

ANALES DE DERECHO. Universidad de Murcia. Número 23 2005. PÆgs.11-70

## DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

*CatedrÆtico de Derecho Internacional Privado*

Universidad Carlos III de Madrid

JAVIER CARRASCOSA GONZÆLEZ

*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado*

Universidad de Murcia

SUMARIO: I. El derecho a contraer matrimonio en el contexto internacional y los matrimonios entre personas del mismo sexo. II. El concepto de matrimonio, "revisitado". 1. Relatividad del concepto de matrimonio en el espacio. 2. Relatividad del concepto de matrimonio en el tiempo. III. Matrimonios entre personas del mismo sexo en Derecho material comparado. IV. Matrimonios entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado. 1. Matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en EspaÆa. A) Primera tesis: "tesis negativa de la Ley nacional". B) Segunda tesis: "tesis positiva pseudo-constitucional". C) Tercera tesis: "tesis del orden pÆblico de proximidad". D) Cuarta tesis: "tesis anti-bloqueo" o "tesis belga". E) Quinta tesis: "tesis del orden pÆblico internacional absoluto". F) Sexta tesis: "tesis positiva por la calificaci3n". G) Balance de las tesis propuestas. 2. Matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero. A) Matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado ante autoridades consulares espaÆolas. B) Matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado ante autoridades locales extranjeras. 3. Efectos en EspaÆa de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero. 4. Efectos en el extranjero de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en EspaÆa. A) Aspectos generales. B) Efectos en los Estados miembros de la UE de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en EspaÆa. C) Efectos en terceros Estados de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en EspaÆa.

RESUMEN: El presente artÆculo aborada la evoluci3n del concepto jurÆdico dematrimonio en Occidente. Ello sirve de p3rtico para analizar las posibilidades de los extranjeros del mismo sexo para contraer matrimonio en EspaÆa. Igualmente se

estudian los efectos que los matrimonios del mismo sexo celebrados en los países que admiten esta posibilidad, surten o pueden surtir en otros países. Con tal objetivo, se examina la eficacia de la cláusula de “libre circulación de personas” del art. 18 del Tratado de la Comunidad Europea, practicando una comparación con la cláusula Full Faith And Credit de la Constitución Federal norteamericana”.

**PALABRAS CLAVE:** Matrimonio, Jus connubii, Conflicto de Leyes, Derecho internacional privado, Homosexualidad.

**ABSTRACT:** The so called *jus conubii* or the fundamental right to marry has now another dimension which is of high importance in the Conflict-Of-Laws. The concept of “marriage” in the XXIst Century is not what it was known as a “marriage” in the XIXth Century. Some countries, as Spain, Holland and Belgium, have passed some Laws allowing same-sex marriages. This new legal environment creates serious problems with regard to Conflict-Of-Laws. People coming from some countries where same-sex marriages are not permitted, come to Spain in order to get married. Although the capacity to marry is governed by the national Law of the spouses, the public policy exception leads to the admission of same-sex marriages in Spain even if the spouses have the nationality of a State where those marriages are not allowed. In addition, some other countries have recognized “same-sex unions” or “civil unions” which have the same effect of a traditional marriage between a man and a woman. Article 18 of the Treaty of The European Community has also a powerful effect on the recognition of same-sex marriages in the EU.

**KEY WORDS:** same-sex marriages; Conflict of Laws and marriage; Effects of foreign; marriages; Free movement of persons in Europe.

## **I. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL Y LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO**

1. La regulación legal del matrimonio en Derecho internacional privado (= DIPr.) se construye sobre un principio jurídico clave que es, al mismo tiempo, un “derecho fundamental”: toda persona goza del *jus connubii* (= derecho a contraer matrimonio) y del derecho a fundar una familia<sup>1</sup>. El *jus connubii* significa que toda

<sup>1</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 6ª edición, Granada, Ed. Comares, 2005, pp. 24-28; A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de Familia Internacional*, 3ª ed., Ed. Colex, Madrid, 2005, pp. 60-67; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho” en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 6ª ed., Ed. Comares, Granada, 2005, pp. 39-65; Id., *Matrimonio y elección de Ley (estudio de Derecho*

persona goza del derecho subjetivo a contraer matrimonio de manera libre con la persona que desee, dentro de los límites marcados por la Ley, límites que, en este punto, son más bien escasos (= limitación de matrimonios entre parientes muy cercanos, imposibilidad de matrimonio poligámico, limitaciones por razón de edad, etc.).

2. Este derecho subjetivo (= *jus connubii*) está recogido en el art. 32 de la Constitución España de 27 diciembre 1978, en el art. 16 de la Declaración universal de los Derechos Humanos, en el art. 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el art. 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 noviembre 1950, celebrado en el marco del Consejo de Europa<sup>2</sup>.

---

*internacional privado*), Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 69-71; L. ROUSSEL, "Mariages et divorces: contribution à un analyse systematique des modèles matrimoniaux", *Population*, noviembre-diciembre, 1980, pp. 1025-1040; ID., "La famille en Europe Occidentale: Divergences et convergences", *Population*, núm.1, 1992, pp. 133-152; A. TORRES DEL MORAL, *Principos de Derecho constitucional español*, Univ.Complutense, Madrid, 3ª ed., 1992, pp. 396-399, 574-576; W. WENGLER, "Les principes généraux du droit international privé et leur conflits", RCDIP, 1952, pp. 595-613; P. LAGARDE, "Les principes du droit international privé hier, aujourd'hui et demain", en *Principios objetivos y métodos del DIPr. Balance y perspectivas de una década, Cuartas Jornadas de DIPr.*, Ed.Centro de Estudios superiores Sociales y jurídicos Ramón Carande, Madrid, 1995, pp. 17-33; B. AUDIT, "Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la 'crise' des conflits de lois)", RCADI, 1984, vol.186, 1984, pp. 219-398, esp. pp. 272-278 y 290-300; G. KEGEL, "Story and Savigny", AJCL, 1989, núm.37, pp. 39-66; P.M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement a caractere substantiel*, Ginebra, Georg, 1985, pp. 200-209 ; D. MAYER, "Evolution du statut de la famille en droit international privé", *JDI Clunet*, 1977, vol.104, pp. 447-469; C. LABRUSSE, "La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangere", *TCFDIP*, 1975/1977, pp. 111-144.

<sup>2</sup> El art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de 10 diciembre 1948, indica que: "1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". El art. 23.2 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre 1966, precisa que: "2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello". El art. 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, concluido en el marco del Consejo de Europa, y hecho en Roma el 4 noviembre 1950 (BOE núm.243 de 10 de octubre de 1979), señala que "[a] partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho".

3. Todos estos textos se refieren y utilizan el término “matrimonio”. Ahora bien: parece claro que el concepto de “matrimonio” empleado por estos textos se circunscribe a la “unión entre varón y mujer”. En efecto: aunque dichos textos no especifican que la diferencia de sexo entre los contrayentes es una característica propia del matrimonio sin la cual no es posible hablar de “matrimonio”, en la época en la que tales textos fueron elaborados no era necesario realizar dicha precisión, pues el matrimonio entre personas del mismo sexo no existía en ningún país del mundo y tal posibilidad no se había planteado en el debate social y jurídico. El matrimonio al que se refieren dichos textos era, pues, el matrimonio “entre varón y mujer”, porque, en tal época, para poder hablar de “matrimonio” debía existir una unión entre personas de sexo distinto. Y como cualquier otra cosa era inconcebible, los textos legales citados no se molestaron en especificar que el “matrimonio” era una unión entre “varón y mujer”: eso se daba por descontado.

4. Sin embargo, una evolución muy importante se aprecia en algunos instrumentos legales internacionales más recientes.

En primer lugar, debe recordarse la Resolución del Parlamento Europeo sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la comunidad europea (Resolución A3-0028/94 del 8 de febrero de 1994, DOCE 28 febrero 1994). En esta Resolución, el Parlamento Europeo pide a la Comisión de la Comunidad Europea que “presente una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales” que debería, como mínimo, tratar de poner fin, entre otras cosas, “a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales”, de modo que “la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia”, y se solicita de la Comisión de la Comunidad Europea, también, que se ponga fin “a toda restricción de los derechos de las lesbianas y de los homosexuales a ser padres, a adoptar o a criar niños”. Prescindiendo de su valor jurídico en Derecho Comunitario y en el Derecho de los Estados Miembros, este texto cayó como una bomba en los ambientes jurídicos europeos. Por vez primera, un instrumento jurídico internacional afrontaba directamente y sin ambages, la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo.

En segundo lugar, el art. 9 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE hecha en Niza el 7 de diciembre de 2000 (DOUE C364 de 18 diciembre 2000), un texto de mayor calado jurídico que la anterior Resolución, constituye un hito muy importante. Su texto indica que “[s]e garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. De este precepto se extraen varios datos. Primero: se deja en manos de cada Estado miembro la decisión de configurar el matrimonio como una unión entre personas

del mismo y/o de diferente sexo. Segundo: ningún Estado miembro está obligado a “reservar” la institución del matrimonio a las personas de sexo distinto. Por eso, un Estado miembro puede llamar “matrimonio” a la unión entre personas del mismo sexo. Tercero: la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea no contiene criterios para determinar la “legislación aplicable” al matrimonio en los “casos internacionales”. En efecto: en los “casos internacionales” o casos en los que se generan “conflictos de Leyes” (= ejemplo: matrimonio entre ciudadano francés y ciudadano español celebrado en Berlín), el Derecho Comunitario no precisa cuál es la “Ley aplicable” a dichos supuestos ni impone una solución concreta de este “conflicto de Leyes” a los Estados miembros. La determinación de la “Ley aplicable” a estos “casos internacionales de matrimonio” se lleva a cabo, por tanto, a través de las normas de Derecho internacional privado contenidas en los sistemas nacionales de “conflictos de Leyes” (= normas de DIPr. de cada Estado miembro).

## II. EL CONCEPTO DE MATRIMONIO, “REVISITADO”

5. El concepto jurídico de “matrimonio” no es algo estático que se haya mantenido inalterado en todos los países del mundo y a través del tiempo. Todo lo contrario. El concepto de “matrimonio” es variable: es distinto de país a país, de cultura a cultura, y además, es un concepto que ha cambiado profundamente con el paso de los años.

### 1. Relatividad del concepto de matrimonio en el espacio

6. El matrimonio es una institución cuyo concepto y contenido jurídico varían enormemente según sea el “círculo cultural” examinado (D. COESTER-WALTJEN / M. COESTER, L. PALSSON, D. HOLLEAUX / J. FOYER / G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE<sup>3</sup>). Ejemplo: el “matrimonio” que regula el Derecho musulmán es algo muy diferente del “matrimonio” recogido en el Código civil español. El nombre es el mismo, pero el concepto y el contenido son muy diferentes. En efecto, 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 MOZOS)<sup>4</sup>, y cuya

---

3 CD. COESTER-WALTJEN / M. COESTER, "Formation of Marriage", IECL, Ch.3, 1991, pp. 10-11; L. PALSSON, L. PALSSON, *Marriage and Divorce in comparative Conflict of Laws*, Leiden, 1974, pp. 150-155; ID., *Marriage in Comparative Conflict of Laws: Substantive Conditions*, La Haya, 1981; ID., "Rules, Problems and Trends in Family Conflict of Laws- Especially in Sweden", RCADI, 1986, vol.199, pp. 378-402; D. HOLLEAUX / J. FOYER / G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, París, Masson, 1987, p. 511.

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

finalidad es convertir en “lícitas” las relaciones sexuales entre los esposos (M.P. DIAGO DIAGO<sup>5</sup>). Con tal concepción, en Derecho musulmán el matrimonio poligámico es un verdadero matrimonio, naturalmente, y el repudio está permitido. Pero es evidente que dicho concepto de “matrimonio” no coincide con el que se maneja en los Derechos de los países occidentales.

## 2. Relatividad del concepto de matrimonio en el tiempo

7. El concepto jurídico de “matrimonio” no siempre ha sido el mismo, incluso en los Derechos occidentales. Dicho concepto ha evolucionado con el tiempo y con la sociedad. Sirva como *starting point* el típico y tradicional concepto inglés sobre lo que es, o era, el “matrimonio”. En *Hyde vs Hyde* (1866) se contiene la clásica definición de “matrimonio” proporcionada por la jurisprudencia inglesa y debida a LORD PENDANZE: el matrimonio es la “unión voluntaria para toda la vida entre un hombre y una mujer con la exclusión de cualquier otro” (= “*the voluntary union for life of one man and one woman to the exclusion of all others*”<sup>6</sup>). Pues bien: resulta evidente que el concepto jurídico de “matrimonio” que hoy se acepta en la inmensa mayoría de los países del mundo no coincide con el concepto jurídico tradicional de matrimonio que la jurisprudencia inglesa daba por sentado hace poco más de cien años como concepto de “matrimonio” común a los países occidentales. Y ello por varios motivos.

Primero. El matrimonio no es una unión “para toda la vida”. El divorcio existe, es un hecho. Y el matrimonio es “matrimonio” aunque no dure toda la vida. El divorcio está permitido en casi todo el mundo. Hasta Chile, uno de los últimos baluartes antidivorcistas, ha caído ante los encantos del divorcio, pues la Ley chilena de matrimonio civil de 7 mayo 2004 introduce el divorcio en Chile y acaba con la prohibición radical del divorcio que databa de 1884 y que ha permanecido en Derecho chileno más de un siglo.

Segundo. Numerosos países europeos consideran “matrimonio”, al menos a ciertos efectos, determinados “matrimonios poligámicos” celebrados con arreglo a Leyes extranjeras. El caso más relevante es el caso inglés, pues la jurisprudencia

5 M.P. DIAGO DIAGO, "La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol", *Annales de Droit de Louvain*, 2001-4, pp. 407-442; ID., "Repercusiones de la nueva *Mudawwana* en la inmigración marroquí", en AA.VV., *Musulmanes en el Aragón del siglo XXI*, Zaragoza, 2004, pp. 141-165.

6 (1886) LR 1 P & D 130; CH.M.V. CLARKSON / J. HILL / A.J.E. JAFFEY, *Jaffey on the Conflict of Laws*, 2ª ed., London, Butterworths, 2002, p. 354.

inglesa hace ya casi cuarenta años que dejó claro que “*a polygamous marriage will be recognised in England as a valid marriage unless there is some strong reason to the contrary*” (*Mohamed vs. Knott*, 1969), como posteriormente ratificó el Derecho escrito inglés (Matrimonial Proceedings Polygamous Marriage Act 1972 y Matrimonial Causes Act 1973). En España, también existen decisiones jurisprudenciales que, a ciertos efectos, admiten la validez de matrimonios poligámicos en España. En efecto: en principio, el “orden público internacional” recogido en el art. 12.3 Cc. opera contra la aplicación en España de las Leyes extranjeras que consideran capaz para contraer matrimonio a un sujeto que ya está ligado por anterior matrimonio no disuelto (RDGRN 14 diciembre 2000, RDGRN [2ª] 14 mayo 2001, RDGRN 4 julio 2002, RDGRN [3ª] 23 noviembre 2002, RDGRN [7ª] 4 diciembre 2002, RDGRN [1ª] 22 octubre 2004, RDGRN [4ª] 10 diciembre 2004), por lo que no es posible que se celebre en España un matrimonio civil poligámico aunque la Ley nacional de alguno o de los dos contrayentes permita tal enlace, ni tampoco se considerará válido en España un “matrimonio poligámico” celebrado en país extranjero, de modo que nunca se inscribirá en el Registro Civil español. Pero visto que la intervención del orden público internacional es, siempre, restrictiva, en España se rechazan los “efectos constitutivos” del matrimonio poligámico ya celebrado válidamente en el extranjero, si bien los “efectos” que el matrimonio poligámico surte en otros órdenes jurídicos, sí se aceptan en España, al objeto de preservar la “seguridad jurídica internacional”. Por ello, un matrimonio poligámico es considerado “matrimonio” también en España a los efectos de una “reagrupación familiar del segundo cónyuge” (art. 17 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre y por la Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, y art. 39.a del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), de los derechos sucesorios de la segunda esposa, del derecho de alimentos y pensión compensatoria post-divorcio para el segundo cónyuge, y del derecho a pensión de viudedad por parte de segundas esposas (Sent. Juzgado Social núm.6 Barcelona de 10 octubre 2001; STSJ Madrid 29 julio 2002; Sent. Juzgado Social La Coruña 13 julio 1998).

Tercero. Ciertos autores han trazado la línea divisoria entre “matrimonio” y “otras uniones libres” en el dato de que una “unión libre” puede disolverse sin necesidad de “causa”. Por ello, estos autores han afirmado que “una unión que se disuelve sin necesidad de acreditar que concurre justa causa no es un matrimonio” (C. GONZÁLEZ BEILFUSS<sup>7</sup>), ya que un matrimonio sólo puede disolverse si concurre

una “causa”. Pues bien, este dato ya no es sostenible en la actualidad, porque resulta que, en Derecho español, el art. 86 Cc. en su redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163 de 9 julio 2005), indica que “[s]e decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurran los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81”. En otras palabras: para pronunciar el divorcio, el vigente Derecho civil español no requiere más que la mera voluntad de cualquiera de los cónyuges y el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio, sin que se exija ninguna “causa” para acceder al divorcio. Y no parece que el matrimonio recogido y regulado en el Código Civil español sea una “unión libre”: es un “matrimonio”, por supuesto. Sólo que dicho matrimonio puede disolverse aunque no concurran “causas” de divorcio.

8. Pues bien: se trata ahora de saber si es posible dar un “cuarto paso” hacia adelante en la evolución del concepto jurídico de matrimonio. Un paso que permitiría atribuir dicho *nomen juris*, “matrimonio”, a la unión entre dos personas del mismo sexo. Para ello, una mínima reflexión histórica es necesaria. La configuración jurídica del matrimonio como una “unión entre varón y mujer” es una herencia de la Historia. La construcción romana de la figura es importante. La clásica definición debida a MODESTINO “*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*” (MODESTINO, Digesto, 23.2.1), contiene ya elementos que perdurarán durante siglos en Derecho occidental, como la monogamia, la pervivencia en el tiempo de la unión conyugal y la diferencia de sexo entre los contrayentes (= “matrimonio es la unión de un marido y una mujer, consorcio de toda vida y comunicación de derecho divino y humano”). No obstante, y sin menospreciar en absoluto la construcción jurídica del matrimonio en Derecho romano, no parece exagerado afirmar que “el Derecho canónico elaboró completamente el Derecho matrimonial: su formación, los impedimentos, el consentimiento, los vicios, el vínculo y la separación, los procesos” (A. MARTÍNEZ BLANCO<sup>8</sup>). O con otras palabras: “[e]l modelo del Derecho matrimonial europeo, su derecho clásico, no es ciertamente el derecho romano, sino

---

7 C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Marcial Pons, 2004, p. 34.

8 A. MARTÍNEZ BLANCO, *Derecho canónico*, DM, Murcia 1995, p. 172.



el canónico”, como ha escrito X. D’ORS<sup>9</sup>. Es cierto que desde la aparición del Cristianismo hasta el siglo X, las cuestiones matrimoniales fueron competencia de las autoridades civiles y objeto de legislaciones civiles, que consideraban al matrimonio un “mero contrato civil” (DE SMET, S. ADROHER BIOSCA)<sup>10</sup>. Pero un cambio de gran importancia tiene lugar en Europa durante el siglo X: a partir de ese momento, se afirma sin fisuras la competencia exclusiva de las autoridades eclesiásticas sobre las cuestiones matrimoniales, y la aplicación del Derecho Matrimonial Canónico a tales cuestiones, como ha estudiado abundante doctrina (D. COESTER-WALTJEN / M. COESTER, S. CARRIÓN, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, E. ENGDAHL, P. MAYER / V. HEUZÉ, S. ADROHER BIOSCA, R. NAVARRO VALLS, E. CORECCO, J. GAUDEMET, D.COESTER, S.CARRIÓN, etc<sup>11</sup>).El cambio se produjo porque ya desde el siglo IV la Iglesia había defendido la jurisdicción exclusiva de las autoridades eclesiásticas en materia matrimonial y la aplicación exclusiva del Derecho Matrimonial Canónico a las cuestiones matrimoniales apoyándose en una afirmación clave: el matrimonio es un “sacramento”. Y como es un sacramento,

9 X. D'ORS, "Principios y criterios fundamentales de estructuración del sistema matrimonial en el Derecho Romano", en *Libertades fundamentales y sistema matrimonial*, Ponencias al V Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico, vol.I, Pamplona, 1990. p. 1-15; R. NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho*, Ed.Tecnos, 1995, p. 13.

10 S. ADROHER BIOSCA, *Forma del matrimonio y Derecho internacional privado*, Ed.Bosch, Barcelona, 1993, pp. 45-49; DE SMET, *De sponsalibus et Matrimonio*, Brujas, 1927, 4ª ed., pp. 387-390.

11 J.D. GONZÁLEZ CAMPOS en M. AGUILAR NAVARRO Y OTROS, *Derecho civil internacional*, Serv.publ. Facultad Derecho, Univ.Complutense, Madrid, 4ª ed., 1975 (reimpresión en 1979), pp. 245-249 y 269-271; E. ENGDAHL, "Proposal for a Benign Revolution in Marriage Law and Marriage Conflicts Law", *Iowa Law Review*, 1969, pp. 56-68; ID., "The Canonical and Metaphysical Background of the Classic Dutch Marriage Conflicts Rule", *NILR*, 1968, pp. 42-67; P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 8ª ed., 2004, pp. 399-492; S. ADROHER BIOSCA, *Forma del matrimonio y Derecho internacional privado*, Ed.Bosch, Barcelona, 1993, pp. 45-49; A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, vol. II, 1987, pp. 458-473; R. NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho*, Ed.Tecnos, 1995, pp. 12-22; E. CORECCO, "Die Lehre der Untrennbarkeit des Ehevertrages vom Sacrament im Lichte des scholastischen Prinzips 'Gratia perficit, non destruit naturam'", *Archiv für Katholisches Kirchenrecht*, n.143, 1974, p. 435; A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Curso de Derecho matrimonial Canónico*, Tecnos, Madrid, 5ª ed., 1986, pp. 25-26 y 44-48; J. GAUDEMET, "El vínculo matrimonial. Incertidumbre en la Alta Edad Media", en AA.VV., *Matrimonio y Divorcio*, Salamanca, 1974, pp. 87-90; J. FORNÉS, *Derecho matrimonial canónico*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 91-97; A. MOLINA MELIÁ / M. ELENA OLMOS ORTEGA, *Derecho matrimonial canónico, sustantivo y procesal*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 88-91; D. COESTER-WALTJEN / M. COESTER, "Formation of Marriage", *IECL*, Ch.3, 1991, p. 4; S. CARRIÓN, *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Ed.RDP, Edersa, Jaén, 1977, pp. 3-8; DE SMET, *De sponsalibus et Matrimonio*, Brujas, 1927, 4ª ed., pp. 387-390.

sólo la Iglesia puede decidir las cuestiones que afectan al matrimonio mediante la aplicación del Derecho de la Iglesia, que es el Derecho Canónico. Resultado: durante siglos no existió en Europa más Derecho matrimonial que el Derecho Matrimonial Canónico, que es un Derecho de ámbito universal y cuya vigencia supraestatal es reconocida por todos los Estados de la época. En consecuencia, los diferentes países carecen de “normativa civil” sobre el matrimonio.

9. El concepto de “matrimonio” en el Derecho Matrimonial Canónico ha experimentado significativos cambios a lo largo de los años. Por ejemplo, en lo relativo a sus “fines”, el *Codex* de 1917 y el *Codex* de 1983 mantienen diferencias no pequeñas. Sin embargo, los rasgos propios del matrimonio en Derecho Canónico (= lo que algunos llamarían su “contenido esencial”) han sido siempre los mismos. Así, el canon 1055 del vigente Código de Derecho Canónico de 1983 se refiere al matrimonio como la “alianza por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida”. Para el Derecho Canónico, el matrimonio siempre ha sido, y es, una “unión entre varón y mujer”. La diversidad de sexo entre los contrayentes es una característica del mismo concepto de matrimonio. Por ello, para el Derecho Canónico, la identidad de sexos entre los contrayentes no es un “impedimento matrimonial” ni afecta a la “capacidad para contraer matrimonio”: dos personas del mismo sexo no pueden contraer matrimonio entre sí porque el matrimonio es, *per definitionem*, una unión entre varón y mujer.

10. Todo cambia con la Reforma protestante. En numerosos países europeos que reciben los postulados de la Reforma Protestante, el matrimonio deja de ser considerado un sacramento y pasa a ser contemplado como una cuestión jurídica más que el Estado debe regular. En tales países, ve la luz una normativa civil reguladora de las relaciones jurídicas matrimoniales. Es el caso de la Ordenanza Política de Holanda y Frisia Oriental de 1 abril 1580. Esta legislación se extendió a los Estados federados de Holanda en 1656; en Inglaterra surge el matrimonio civil en la época de Cromwell en 1653. Sin embargo, éste es un proceso muy lento, que no culmina con claridad hasta la Revolución francesa de 1789, raíz de de un verdadero “sistema de matrimonio civil” en varios países europeos. En efecto: con la llegada de la Revolución Francesa de 1789, el matrimonio se “secularizó” y pasó a ser una institución propia o un simple contrato regulado por la legislación civil de cada Estado (A. ESMEIN<sup>12</sup>). El Derecho civil de los distintos Estados occidentales recibió todo el aparato conceptual y dogmático del Derecho matrimonial canónico y lo hizo enteramente suyo, apartando sólo ciertos elementos característicos del

---

12 A. ESMEIN, *Le mariage en Droit canonique*, 2ª ed., Paris, 1929, pp. 34-48.

Derecho matrimonial canónico incompatibles con la mentalidad de la Ilustración. Por tanto, las distintas legislaciones civiles de los Estados europeos aceptaron y dieron por descontado, naturalmente, que el matrimonio era una “unión entre varón y mujer”. Así había sido durante siglos en Derecho Canónico y así lo seguía siendo a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX en las legislaciones civiles estatales.

11. Esta concepción del matrimonio como “unión entre varón y mujer” se recogió en el Código Civil francés de 1804 (Código de Napoleón), del que, a su vez, pasó a numerosos Códigos Civiles europeos que tomaron como modelo el Código de Napoleón. Y así dicha concepción aterrizó en el Código Civil español de 1889. Era tan evidente en aquella época que para que existiera “matrimonio” debía haber una relación o unión “entre varón y mujer”, que los Códigos Civiles y entre ellos, de nuevo, el Código Civil español de 1889, ni exigían expresamente que los contrayentes de todo matrimonio tenían que ser “varón y mujer”, ni tampoco prohibían expresamente que dos personas del mismo sexo contrajeran matrimonio.

12. La precisión del concepto de “matrimonio” que se recoge en el art. 32 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 es cuestión algo más compleja y discutida<sup>13</sup>. Parece claro también que el concepto de matrimonio que maneja la Constitución Española de 1978 reposa necesariamente, por las razones históricas antes aludidas, en la unión entre “varón y mujer”. La posibilidad de un “matrimonio” entre personas del mismo sexo no se contempla. Por ello, la Constitución Española de 1978 no prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo. Tampoco prohíbe que el legislador ordinario acepte y regule un matrimonio entre personas del mismo sexo. Pero también, por las mismas razones históricas, la Constitución no brinda especial protección al matrimonio entre personas del mismo sexo como “matrimonio”, porque el único matrimonio que se protege en el art. 32 del texto constitucional como “matrimonio” es el matrimonio entendido como una unión entre “varón y mujer”. Ello no es óbice, por supuesto, para afirmar, con toda razón, que el matrimonio entre personas del mismo sexo también puede encontrar un sólido “fundamento constitucional”, ya que dicha institución, como precisa la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el

---

13 M<sup>a</sup>.P. GARCÍA RUBIO, "La modificación de del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio", *Diario La Ley*, núm. 6359 de 15 noviembre 2005; J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, "Sobre el dictamen del Consejo de Estado y el matrimonio entre personas del mismo sexo", *Diario La Ley*, núm.6170 de 18 enero 2005; Dictamen del Consejo de Estado de 16 de diciembre de 2004; Estudio del Consejo General del Poder Judicial sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonios entre personas del mismo sexo de 26 enero 2005.

Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE núm. 157 de 2 julio 2005), se edifica sobre principios y valores de clarísima raíz constitucional. En efecto: un matrimonio entre personas del mismo sexo refleja los principios-valores constitucionales de “libre desarrollo de la personalidad” (arts. 9.2 y 10.1 de la Constitución Española de 1978), igualdad entre las personas y no discriminación por razón de sexo o por cualquier otra condición personal o social (art. 14 de la Constitución Española de 1978).

13. Pero en fin, tenga o no tenga el matrimonio entre personas del mismo sexo protección en el marco del art. 32 CE 1978, existen poderosas razones para afirmar que es perfectamente posible que el legislador modele de nuevo el concepto jurídico de “matrimonio” y permita que dicha institución esté abierta, también, a personas del mismo sexo.

En primer lugar, la Historia enseña que el concepto jurídico de matrimonio ha cambiado en el tiempo, alterándose lo que antes se consideraban sus “elementos esenciales” o su “contenido esencial”. Por tanto, si tal concepto ha cambiado en el pasado, puede ahora volver a cambiar. Lo que parecía intocable por pertenecer a la “esencia del matrimonio”, se ha visto alterado ya en el pasado. No se ve por qué no puede ahora cambiar otro “rasgo del matrimonio” por muy “esencial” que sea.

En segundo lugar, la tesis del “contenido esencial del matrimonio” y la tesis del *Institutsgarantie* o “contenido institucional del matrimonio” (= tesis según las cuales una unión entre dos personas del mismo sexo no puede nunca ser un “matrimonio” porque la diferencia de sexo es “consustancial al concepto de matrimonio”), es una tesis con ribetes metafísicos y jusnaturalistas que dificulta la adaptación del Derecho a la realidad social, que no permite explicar los cambios históricos en el concepto de “matrimonio” y cuyo encaje en la Constitución Española de 1978 es más que dudoso.

En tercer lugar, los nuevos textos internacionales (= especialmente la Resolución del Parlamento Europeo de 8 febrero 1994 y el art. 9 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE de 7 diciembre 2000), abren la puerta de manera explícita a un matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho español.

En cuarto lugar, las objeciones constitucionales al matrimonio entre personas del mismo sexo en Derecho español no son, ni mucho menos, definitivas. La Constitución Española de 1978 no prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo, y no prohíbe al legislador extender el concepto de “matrimonio” a personas del mismo sexo.

### III. MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN DERECHO MATERIAL COMPARADO

14. La mayor parte de los sistemas jurídicos de los diferentes países del mundo no permiten el matrimonio entre personas del mismo. En tales Estados, el concepto de matrimonio se circunscribe a una “unión entre varón y mujer”. Como antes se ha avanzado, la diferencia de sexos es una cuestión tan arraigada en los sistemas jurídicos estatales, que la mayor parte de ellos ni siquiera la mencionaban expresamente, pues se daba por descontada, como recuerda la Exposición de Motivos (I) de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE núm. 157 de 2 julio 2005). En este sentido, cabe subrayar varios datos<sup>14</sup>.

15. Primero: en algunos Estados, la homosexualidad en sí misma, como actitud y/o comportamiento, está castigada por la Ley, incluso con penas muy severas que pueden llegar a la pena capital. En Mauritania, Sudán, Arabia Saudí, Yemen, Irán, entre otros Estados, el castigo a la homosexualidad como actitud es muy riguroso. También castigan la homosexualidad, aunque con penas menos estrictas, países como Somalia, India, Birmania, Libia, Angola, Nigeria, etc. Naturalmente, en estos Estados, el matrimonio entre personas del mismo sexo está totalmente “fuera de la Ley” y es imposible.

16. Segundo: otros Estados reconocen determinados efectos jurídicos, limitados, a ciertas uniones entre personas del mismo sexo. Pero estas “uniones” no se consideran “matrimonios” y no surten todos los efectos jurídicos que produce un “matrimonio”: Francia, Italia, Portugal y otros muchos Estados siguen este “segundo modelo”.

17. Tercero: otros Estados conceden a las uniones civiles entre personas del mismo sexo los mismos efectos jurídicos que al matrimonio, si bien tales “uniones civiles” no son designadas con el nombre de “matrimonio”. La diferencia es, en este “tercer modelo”, se quiera o no, una mera “cuestión terminológica”. La diferencia entre “matrimonio” (= reservado exclusivamente a la “unión entre varón y mujer”) y “uniones civiles” (= abiertas a personas del mismo sexo) se mantiene como consecuencia de razones históricas ya aludidas (= el concepto de matrimonio como “unión entre varón y mujer” tiene un gran peso en determinados Estados y sociedades y es difícil de superar), y por motivos políticos (= pues sería impopular,

---

14 F. CALVO BABÍO, "Los matrimonios entre personas del mismo sexo en Derecho comparado", *Juris*, 2004, núm.52, pp. 52-54.

en ciertos países y sociedades, llamar “matrimonio” a la unión entre personas del mismo sexo). Pero si los efectos de un “matrimonio” y los efectos de una “unión civil entre personas del mismo sexo” son los mismos, es fácil percibir que la diferencia es una cuestión de cosmética jurídica. En esta situación se pueden encuadrar las legislaciones de algunos *States* de los Estados Unidos de América, como Vermont, Connecticut, Masschussets, así como las legislaciones de Suecia, Dinamarca, Noruega, Nueva Zelanda, Alemania e Inglaterra (*The Civil Partnership Act 2004*, que entró en vigor el 18 noviembre 2004 y que permite celebrar “uniones civiles” entre personas del mismo sexo en Inglaterra desde el 5 diciembre 2005), entre otros Estados<sup>15</sup>.

18. Cuarto: finalmente, un cuarto grupo de Estados admite los matrimonios entre personas del mismo sexo con los mismos efectos que el matrimonio entre personas de diferente sexo y con el mismo nombre: “matrimonio”. Es el caso de España: el art. 44.II Cc., añadido por la Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE núm. 157 de 2 julio 2005), es clarísimo al respecto. A fecha de septiembre 2005, también se admiten los matrimonios entre personas del mismo sexo en Canadá (Ley de 20 julio 2005), Bélgica (Ley de 13 febrero 2003) y Holanda (Ley de 2 abril 2001). En Sudáfrica, los tribunales han declarado que las personas del mismo sexo tienen derecho a contraer matrimonio entre sí (Sent. Tribunal Supremo de Pretoria de 30 noviembre 2004). En los Estados Unidos de América, los tribunales de algunos *States* admiten los matrimonios entre personas del mismo sexo (Vermont, Alaska, Hawái, Massachussets), pero estos matrimonios están expresamente prohibidos por las Leyes e incluso por las Constituciones de algunos *States* promulgadas o enmendadas con la intención expresa de dejar sin efecto algunos pronunciamientos jurisprudenciales que admitían los matrimonios entre personas del mismo sexo (Alaska, Arizona, California, Colorado, Delaware, Hawái, Utah...). Además, la DOMA (“*Defense of Marriage Act*” de 21 septiembre 1996, 1 U.S.C. §7, 28 U.S.C. §1738c) indica que ningún *State* está obligado a aceptar la validez de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados válidamente en otros *States* de la Unión, lo que es una excepción a la “*Full Faith And Credit Clause*” contenida en la Constitución Federal de los Estados Unidos de América.

19. El movimiento en favor de los matrimonios entre personas del mismo sexo es una tendencia en auge. En numerosos Estados se estudia actualmente la posibilidad de “abrir” el matrimonio a personas del mismo sexo (= “cuarto

---

15 Diario *El País* de 4 diciembre 2005, p. 32: “Elton John podrá casarse... o casi”.

modelo”) o, al menos, de elaborar normativas legales que regulen una “unión civil” entre personas del mismo sexo que surta los mismos efectos que el tradicional matrimonio aunque se le atribuya un nombre distinto al de “matrimonio” (= “tercer modelo”). Esta evolución jurídica parece tan imparable como lo fue, en su momento, la extensión del divorcio por todos los países del mundo.

#### IV. MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

20. El panorama legal tan dispar que se aprecia en los diferentes Estados en relación con los matrimonios entre personas del mismo sexo provoca, necesariamente, problemas de “conflictos de Leyes”<sup>16</sup>. A mayor diferencia entre el Derecho material de cada Estado, mayores “conflictos de Leyes”, porque, como es evidente, las personas circulan, se trasladan de un país a otro y ello provoca una “indeterminación de la Ley aplicable” al matrimonio en los “casos internacionales”. Ejemplo: ¿pueden contraer matrimonio en España un varón griego que reside habitualmente en Madrid y un varón italiano que reside habitualmente en Milán? En otras palabras, ¿cuál es la “Ley aplicable” a dicho matrimonio? Como ha señalado certeramente A. QUIÑONES ESCÁMEZ, los aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo no han tardado en surgir en España inmediatamente después de la entrada en vigor de la Ley 13/2005: en el mismo verano de 2005, dos varones, uno de nacionalidad española y otro de nacionalidad india, solicitaron al Juzgado de Paz de Canet de Mar (Barcelona), autorización para contraer matrimonio en España<sup>17</sup>.

21. Pues bien, por lo que se refiere al DIPr. español, varias cuestiones surgen: 1º) ¿Pueden contraer matrimonio en España los extranjeros nacionales de países o residentes habituales en países en los que el matrimonio entre personas del mismo sexo no es posible?; 2º) ¿Pueden los nacionales españoles contraer matrimonio con persona del mismo sexo en países extranjeros?; 3º) ¿Serán “reconocidos” en España

---

16 A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 6ª edición, Granada, Ed. Comares, 2005, pp. 24-28; A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de Familia Internacional*, 3ª ed., Ed. Colex, Madrid, 2005, pp. 60-67; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2005, 1172-1187.

17 A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2005, 1172-1187.

los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero?; 4º) ¿Serán “reconocidos” en el extranjero los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en España?

22. El DIPr. español no contiene una respuesta específica a ninguna de las cuestiones anteriores. La tradicional pereza del legislador español en cuestiones de DIPr. puede explicar esta situación. Pero la respuesta es necesaria.

### **1. Matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España**

23. No surge ningún “problema de DIPr.”, lógicamente, cuando los contrayentes son españoles, residen habitualmente en España y contraen matrimonio en España ante autoridad civil española. En este caso, lo más frecuente será que el caso no contenga ningún “elemento extranjero” (= *case with no foreign elements*) y/o no surta ningún “efecto transnacional” (= *case with no cross-border implications*), por lo que el Derecho Civil español rige la cuestión sin intervención de las normas de DIPr. español. El matrimonio entre personas del mismo sexo, naturalmente, es perfectamente posible.

24. El problema se plantea en los casos en que uno o los dos contrayentes residen habitualmente y/o son nacionales de países en los que no se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo o no se contempla dicha posibilidad. En tales casos, ante la falta de regulación específica de la cuestión en DIPr. español, se han esgrimido diversas tesis, unas favorables a esta posibilidad y otras contrarias a la misma.

#### **A) Primera tesis: “tesis negativa de la Ley nacional”**

25. Según esta primera tesis, los extranjeros nacionales de países en los que el matrimonio entre personas del mismo sexo no es posible, no podrán contraer matrimonio en España con persona del mismo sexo. Esta tesis se asienta en diversos argumentos.

26. Primer argumento: la capacidad matrimonial de los extranjeros se rige por su correspondiente Ley nacional (art. 9.1 Cc.), y si la Ley nacional del contrayente no permite que éste contraiga matrimonio con persona del mismo sexo, el matrimonio no será posible aunque se celebre en España, país cuyo Derecho sí admite este matrimonio, y ante autoridad española. Este argumento parte de varias premisas.

Primera premisa: *la capacidad para contraer matrimonio se regula por la Ley nacional de cada contrayente*. Es cierto que no es posible encontrar en DIPr. español una “norma específica” que señale expresamente cuál es la Ley que rige la



capacidad matrimonial en los “casos internacionales”. Sin embargo, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia indican que la capacidad matrimonial es un aspecto particular de la “capacidad”. Por ello, el art. 9.1 Cc. es aplicable y la Ley reguladora de la capacidad matrimonial será la Ley nacional de cada contrayente, teniendo en cuenta la nacionalidad de cada contrayente en el momento de la celebración del matrimonio (STS 29 mayo 1970, STS 22 noviembre 1977, RDGRN [1ª] 6 noviembre 2000, RDGRN [3ª] 24 mayo 2002, ConDGRN 12 noviembre 2003, RDGRN [1ª] 30 enero 2004, RDGRN [3ª] 15 junio 2004). La aplicación de la Ley nacional de los contrayentes a los requisitos de fondo del matrimonio, -capacidad y consentimiento-, se explica por razones históricas puestas de manifiesto por la doctrina<sup>18</sup>. En primer lugar, se reacciona contra el sistema anterior (*Lex Loci Celebrationis*), dado que dicha regla de DIPr., herencia de la Estatutaria holandesa, dejaba mucho espacio al *Forum Shopping*, ya que los contrayentes acudían a países con legislaciones muy permisivas en materia de requisitos para contraer matrimonio y ello se estimó intolerable y fraudulento. En segundo lugar, se afirma que el matrimonio, más que un contrato, es una institución que afecta al “estado de la persona”, por lo que la Ley personal debe regir el matrimonio sea cual sea el país de celebración del enlace.

Segunda premisa: *la posibilidad de contraer matrimonio con persona del mismo sexo es una cuestión que afecta a la “capacidad nupcial”*. Para los defensores de

---

18 CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2000, pp. 22-40; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. en AGUILAR NAVARRO Y OTROS, M., *Derecho civil internacional*, Serv.publ. Facultad Derecho, Univ.Complutense, Madrid, 4ª ed., 1975 (reimpresión en 1979), pp. 245-249; M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, "Art.9 Cc.", *Com.Cc. y Comp.For.*, 1978, pp. 176-18; ID., "La reforma del art. 9 Cc. español", *RFDUCM*, 1973, núm.47, pp. 315-353; ID., "Art.9.1 Cc.", *Com.Cc. y Comp.For.*, 2ª ed., 1995, pp. 163-181; ID., "La familia en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado", *REDI*, vol.XLV, 1993, pp. 7-37; ID., *Introducción al Estatuto personal según la práctica española*, Tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Diciembre 1966, pp. XIX-XXIII; ID., "Estatuto personal y orden público en el Derecho internacional privado español", *REDI*, 1967, vol.XX, pp. 217-246; BATIFFOL, H. / LAGARDE, P., *Droit international privé*, vol.I, 8ª ed., París, LGDJ, 1993, p. 376 y pp. 449-450; J.Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, Bruylant, 1992, pp. 205-207; DE WINTER, L.I., "Domicile or Nationality. The Present State of Affairs", *RCADI*, 1969, vol.128, pp. pp. 347-504; PASTORE, F., "Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia", *RDI*, 1993, pp. 73-76; A. BONNICHON, "La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois", *RCDIP*, 1949, pp. 615-635 y 1950, pp. 11-32; WATTE, N., *Les droits et devoirs respectifs des époux en droit international privé*, Bruselas, 1987, pp. 82-125; GRAVESON, R.H., "The comparative Evolution of Principles of the Conflict of Laws in England and the USA", *RCADI*, 1960, vol.99, pp. 21-118; VITTA, E., "Cours Général de droit international privé", *RCADI*, 1979, vol.162, pp. 21-243, esp. pp. 145-150.

esta tesis, la posibilidad de contraer matrimonio con persona del mismo sexo debe ser “calificada” como una cuestión de “capacidad”, porque “la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la Ley española” (art. 12.1 Cc.), y en Derecho civil español, la posibilidad de contraer matrimonio con persona del mismo sexo es una cuestión de “capacidad”.

Conclusión: si la Ley nacional del extranjero no permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, éste no será posible en España, aunque el Código Civil español permita los matrimonios entre personas del mismo sexo.

27. Segundo argumento: la aplicación de una Ley extranjera que impide el matrimonio entre personas del mismo sexo no genera ninguna contradicción con el orden público internacional español (art. 12.3 Cc.). Ello es así porque cada país regula el matrimonio como estima oportuno y de este modo, se evita una “extensión” de la concepción española del matrimonio a supuestos regulados por un Derecho extranjero y por tanto, “alejados” de la esfera española.

28. Tercer argumento: esta tesis evita que España se convierta en un “paraíso matrimonial” para personas del mismo sexo cuyas Leyes nacionales no contemplan o incluso prohíben el matrimonio entre personas del mismo sexo. En efecto: los nacionales de países cuyas Leyes no admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo no pueden contraer dicho matrimonio en España aunque esté permitido en Derecho español. De nada les servirá un “viaje matrimonial” a España, pues la autoridad civil española, una vez comprobado que el matrimonio entre personas del mismo sexo no es posible a tenor de la Ley nacional de uno o de los dos contrayentes, no autorizará la celebración del matrimonio.

29. Los defensores de esta primera tesis sólo aceptan una excepción a la regla anterior, excepción que permite que un extranjero cuya Ley nacional niega la posibilidad de contraer matrimonio con persona de su mismo sexo, pueda contraer dicho matrimonio en España. Ello se produce en el caso de que opere un “reenvío de retorno” en favor de la Ley española (art. 12.2 Cc.), porque el DIPr. del país del que es nacional el contrayente remite, a su vez, a la Ley española. En dicho supuesto, el matrimonio entre personas del mismo sexo en España sí será posible, pues la “capacidad nupcial” del extranjero quedará, en caso de “reenvío de retorno” regulada por el Derecho material español, que admite los matrimonios entre personas del mismo sexo.

Ejemplo: los contrayentes son dos varones australianos con domicilio en España. Según el DIPr. australiano, la Ley aplicable a todos los requisitos legales del matrimonio, incluyendo la capacidad matrimonial, es la Ley del país de celebración del matrimonio. Existe, por tanto, un “reenvío” de primer grado en

favor del Derecho material español, que debe ser aceptado (art. 12.2 Cc.): la capacidad nupcial de ambos sujetos australianos se regirá por el Derecho civil español y la celebración del matrimonio en España entre ambos varones será posible, aunque el matrimonio entre personas del mismo sexo no esté contemplado en Derecho australiano. El “reenvío” pone de relieve que el Estado del que es nacional el sujeto “no está interesado” en la regulación de un concreto matrimonio, razón por la que aplicar el Derecho de dicho Estado a la capacidad nupcial de su nacional carece de sentido. Se evita así que el Derecho nacional de un Estado se aplique contra la voluntad de dicho Estado, de modo que la aplicación del Derecho español al sujeto extranjero en nada perjudica los “intereses” del Estado extranjero.

30. Esta “tesis negativa de la Ley nacional” debe rechazarse por diversos motivos. Los más relevantes son los que siguen.

Primero. Algunas de las premisas de esta tesis son muy discutibles. Por ejemplo: no está nada claro que la cuestión de la “diferencia entre sexos” sea una cuestión de “capacidad nupcial” en el Derecho español, con lo que toda la construcción posterior de esta tesis se derrumba.

Segundo. Esta tesis no respeta la configuración del *jus connubii* en Derecho español. En efecto: con arreglo a esta tesis, los extranjeros nacionales de países en los que no se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo no pueden ejercitar, en España, el *jus connubii* con individuos del mismo sexo, incluso en casos “claramente conectados” con España. El “vértigo de la Ley nacional” (= una excesiva esfera de aplicación de la Ley nacional), ese “vértigo jurídico” denunciado hace ya tantos años por J.-P. NIBOYET, impide el matrimonio entre personas del mismo sexo en España cuando la Ley nacional de uno de los contrayentes no admite dicho enlace<sup>19</sup>. Pues bien: en contra de lo que opinan los defensores de esta tesis, es aconsejable una intervención del “orden público internacional” español para preservar el *jus connubii*. A través del art. 12.3 Cc., el “orden público internacional” debe defender el *jus connubii* tal y como aparece configurado en el Derecho Civil español frente a la aplicación de Leyes extranjeras que ignoran el nuevo alcance que el *jus connubii* presenta en Derecho español.

Tercero. Esta tesis provoca resultados discriminatorios. En efecto: con arreglo a esta tesis, los españoles y los nacionales de otros países en los que se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo, -como holandeses, belgas y canadienses-, tampoco pueden contraer matrimonio con persona del mismo sexo en

---

<sup>19</sup> NIBOYET, J.P. *Principios de Derecho internacional privado*, 1ª ed., Madrid, Ed.Reus, 1930, pp. 550-559.

España si el “otro contrayente” es nacional de un país en cuyas Leyes este matrimonio no es posible. Ello significa que, en el caso de que un extranjero nacional de país en el que no se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo, desee contraer matrimonio con un español, la Ley extranjera “bloquea” el matrimonio, lo hace imposible. Esta situación perjudica no sólo al contrayente extranjero, sino también al contrayente español, y es el lógico resultado de tratar la cuestión de la diferencia de sexos como un impedimento matrimonial “bilateral” (*empêchements bilatéraux*). Cuando surge un impedimento matrimonial “bilateral” en DIPr., se ha sostenido tradicionalmente que el matrimonio sólo es posible si ambas Leyes nacionales de ambos cónyuges, permiten el matrimonio, con lo que basta que una de las dos Leyes nacionales no lo permita, para que el matrimonio no sea posible<sup>20</sup>. Este modo “tradicional” de resolver el tratamiento jurídico de los impedimentos bilaterales en DIPr. es injusto, ya que daña el *jus connubii*. Pues bien, para evitar la antes mencionada discriminación, es aconsejable, de nuevo, una intervención del “orden público internacional” español. En efecto, el contrayente español estaría “discriminado”: no podría contraer matrimonio con persona del mismo sexo, simplemente porque ese “otro contrayente” es, por ejemplo, marroquí, y no es español, holandés, belga, canadiense o de Massachussets. Por tanto, y en contra de lo que sostienen los defensores de esta tesis, la Ley extranjera que no admite el matrimonio entre personas del mismo sexo debe ser descartada por resultar contraria al “orden público internacional” español, pues dicha Ley extranjera provoca una discriminación intolerable y daña el *jus connubii*.

Cuarto. Como se verá más adelante, aceptar la posibilidad de que extranjeros nacionales de países en cuyos ordenamientos jurídicos no se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo, puedan contraer tal matrimonio en España, no aumentará el “turismo matrimonial” hacia España. Argumento: no es suficiente la mera voluntad de dos personas para que su matrimonio pueda celebrarse en España ante autoridad española, ya que el art. 57 Cc., en el modo en el que es interpretado por la DGRN, exige una clara conexión del supuesto con España al requerir el domicilio en España de, al menos, uno de los contrayentes.

31. Un ejemplo puede ayudar a ver las consecuencias negativas de esta tesis. Los contrayentes son dos varones, un mauritano y un español, que residen

---

20 OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el DIPr. español*, Pamplona, Aranzadi, 2002, pp. 68-71; MAYER P. / HEUZÉ, V., *Droit international privé*, París, Montchrestien, 8ª ed., 2004, pp. 399-400; Y. LOUSSOUARN / BOUREL P./ DE VAREILLES-SOMMIÈRES, P., *Droit international privé*, 8ª ed., París, Dalloz, 2004, pp. 402-404; B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, París, 3ª ed., 2000, pp. 538-541.

habitualmente en España desde 1991. Con arreglo a esta tesis, no es posible celebrar matrimonio civil en España entre ambos sujetos, porque según el Derecho mauritano, que rige la capacidad matrimonial del contrayente mauritano *ex art. 9.1 Cc.*, no es posible el matrimonio entre personas del mismo sexo. Es más: en Mauritania, la homosexualidad es un delito. El resultado de esta tesis es profundamente negativo: se perjudica el *jus connubii* tanto del contrayente mauritano como del contrayente español.

### **B) Segunda tesis: “tesis positiva pseudo-constitucional”**

32. Según esta tesis, todo extranjero puede contraer matrimonio civil en España con persona del mismo sexo. Argumento: el art. 13 CE 1978 indica que los extranjeros gozarán en España de determinados derechos y libertades públicas, entre los que se cuenta el derecho a contraer matrimonio. Ciertos autores consideran que este precepto es “base jurídica suficiente” para que todo extranjero pueda contraer matrimonio en España con persona del mismo sexo. Pero la tesis es errónea: el art. 13 CE 1978 contempla el “goce de derechos” por los extranjeros, esto es, indica de qué derechos disponen los extranjeros, pero no establece nada respecto a cuál es el “régimen jurídico” de tales derechos, esto es, respecto al “ejercicio de tales derechos”, cuestión que el mismo art. 13 CE 1978 deja en manos de las Leyes. Este art. 13 CE 1978 indica que ciertos derechos se atribuyen a los extranjeros, pero “en los términos que establezcan los tratados y la Ley”, y el art. 9.1 Cc. indica que la capacidad de los extranjeros se rige por su Ley nacional.

### **C) Tercera tesis: “tesis del orden público de proximidad”**

33. Según esta tesis, se acepta que la cuestión de la “diversidad de sexos en el matrimonio” es una cuestión de “capacidad nupcial” y como tal, está regida por la Ley nacional de cada contrayente en el momento de celebración del matrimonio (art. 9.1 Cc.). Sin embargo, se añade que debe rechazarse la aplicación en España de toda Ley extranjera que impide el matrimonio entre personas del mismo sexo, pues dicha aplicación resulta contraria al orden público internacional español (art. 12.3 Cc.), pero sólo en el caso de que el supuesto esté “estrechamente vinculado con España”. Sólo en tal caso, la Ley extranjera no se aplica y la capacidad matrimonial se rige entonces por la Ley material española, que sí permite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

34. La tesis “del orden público de proximidad” nació en el siglo XIX en Alemania y Suiza, creada, al parecer, por F. KAHN<sup>21</sup>. Su objetivo aparente es “recortar” el alcance del orden público internacional para evitar que dicho “orden

público internacional” alcance a supuestos no conectados con el país cuyos tribunales conocen del asunto, supuestos que “no interesan” ni afectan a dicho Estado. Ejemplo: visto que en Derecho alemán es posible el matrimonio entre personas no domiciliadas en Alemania, el matrimonio a celebrar en Hamburgo entre dos egipcios con residencia habitual en Egipto “afecta” en escasa medida a la

---

21 KAHN, F., "Die Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetze)", *Jherings 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. Sobre esta tesis, entre otros muchos, vid. F. KNOEPFLER / PH. SCHWEIZER / S. OTHENIN-GIRARD, *Droit international privé suisse*, 3ª ed., Staempfli Editions SA, Berne, 2005, pp. 183-184; G. BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale e il coordinamento tra sistemi (L'ordine pubblico internazionale)*, Padua, Cedam, 1968; ID., "Ordine pubblico (Diritto internazionale privato)", EdD, vol.XXX, Milán, 1980, pp. 1106-1121; H. BATIFFOL, "Quelques précisions sur le domaine de l'exception d'ordre public", *Studi in onore di G.Balladore Pallieri, Milán 1978*, pp. 345-361; A.J. BAUMERT, *Europäischer ordre public und Sonderanknüpfung zur Durchsetzung von EG-Recht: unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten mittelbaren horizontalen Wirkung von EG-Richtlinienbestimmungen*, Frankfurt am Main, 1994; A. BLECKMANN, "Sittenwidrigkeit wegen Verstosses gegen den ordre public international", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 34, 1974, pp. 112-132; J.H. VON BRUNN, "Der europäische ordre public", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1962, pp. 985-989; A. BUCHER, "L'ordre public et le but social des lois en droit international privé", *RCADI*, 1993, vol.239, pp. 9-116; H. DIEZI, *Der Ordre Public im internationalen Privatrecht in der Praxis des Bundesgerichts*, Diss. Basel, 1969; H. DÖLLE, "Der ordre public im Internationalen Privatrecht: Deutsche Landesreferate zum dritten internationalen Kongress für Rechtsvergleichung", *Beiträge zum bürgerlichen Recht*, Tübingen, 1950, pp. 397-415; B. DUTOIT, "L'ordre public: caméléon du droit international privé", en *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, 1985, pp. 455-472; I. FADLALLAH, "Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français?", *RCDIP*, 1981, pp. 17-29; F. GAMILLSCHEG, "Ordine pubblico e diritti fondamentali", *Études en l'honneur de Roberto Ago*, 1987, vol.II, Milano, Giuffrè, pp. 89-104; M. GUTZWILLER, "Der 'ordre public' im schweizerischen Internationalprivatrecht", en *Mélanges Georgios S.Streit*, vol.I, Atenas, 1939, pp. 194-211; P. HAMMJE, "Droits fondamentaux et ordre public", *RCDIP*, 1997, pp.1-31; E. JAYME, *Methoden der Konkretisierung des Ordre Public im internationalen Privatrecht*, Heidelberg, 1988 (ID., "Métodos para la concretización del orden público en el Derecho internacional privado", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm.82, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1991, pp. 217-270); G. KEGEL, "Zum heutigen Stand des internationalen Privatrechts: Theorie und Rechtspolitik", en H. WOLFGANG / U. KLINKE (Hrsg.), *Internationales Privatrecht, internationales Wirtschaftsrecht. Referate eines Symposiums der Alexander von Humboldt-Stiftung*, Köln, 1985, pp. 1-24; 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. ; S. SCHWUNG, *Die Rechtsfolgen aus der Anwendung der ordre public-Klausel im internationalen Privatrecht*, Diss.Mainz, 1983; K. SIEHR, "Grundrecht der Eheschliessungsfreiheit und Internationales Privatrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom ordre public", *RabelsZ.*, 36, 1972, pp. 93-115; A. SPICKHOFF, *Das ordre public im internationalen Privatrecht. Entwicklung, Struktur, Konkretisierung*, Frankfurt a.M., 1989.

sociedad alemana y a Alemania como Estado. Por tanto, no tiene sentido impedir la aplicación de la Ley nacional egipcia a los requisitos de fondo del matrimonio mediante una invocación del orden público internacional alemán, porque poco hay que proteger en Alemania a través de dicha cláusula. Resultado: en este caso, los requisitos de fondo del matrimonio se rigen por el Derecho egipcio, y el orden público internacional alemán no debe intervenir para rechazar la aplicación de la Ley egipcia, diga ésta lo que diga. Incluso aunque dicha Ley provoque consecuencias contrarias a los principios básicos del Derecho matrimonial alemán y a los derechos fundamentales recogidos en la legislación alemana. Si se extrapola esta tesis al problema que aquí se analiza, sería posible un matrimonio entre personas del mismo sexo en España incluso aunque la Ley nacional de uno o de ambos contrayentes no contemple tal posibilidad, pero siempre que la situación presente un “vínculo suficiente con España”. Si tal vínculo no existe, los contrayentes siguen atados a sus Leyes nacionales con cadenas de oro, y no pueden contraer matrimonio con persona del mismo sexo en España si sus Leyes nacionales lo prohíben.

35. Esta tesis debe descartarse por diversos motivos. Los más relevantes son los que siguen.

Primero. El *jus connubii* se convierte, con esta tesis, en un “derecho fundamental de geometría variable” (H. MUIR WATT<sup>22</sup>), porque algunos sujetos lo disfrutan y otros, pudiendo teóricamente contraer matrimonio en España porque al menos uno de los contrayentes reside habitualmente en España (art. 57 Cc.), no lo disfrutan. Ello se hace depender de los “contactos con España” del caso concreto. Existen así, “sujetos de primera clase” (= los “vinculados con España”, unos privilegiados que han tenido suerte), y “sujetos de segunda clase” (= los “no vinculados con España”, a los que la diosa Fortuna ha vuelto la espalda). La existencia de “sujetos de doble condición jurídica” (P. HAMMJE<sup>23</sup>) es inaceptable, ya que un derecho fundamental, como es el *jus connubii*, se admite en relación con ciertas personas pero no en relación a otras.

Segundo. La distinción entre “casos estrechamente vinculados con España” y “casos alejados de la esfera española” es una distinción falsa. En efecto: si el

---

22 H. MUIR-WATT, "Les principes généraux en droit international privé français", *JDI Clunet*, 1997, pp. 403-415;

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

supuesto internacional se plantea ante las autoridades españolas y éstas son competentes para pronunciarse al respecto, es porque el caso ya presenta un “contacto claro” con España, lo que justifica que opere, en su caso, el orden público internacional “español”. Además, se supone que las autoridades públicas españolas carecen de competencia judicial internacional en relación a los casos “muy alejados de la esfera española”, puesto que en caso contrario, la norma de “competencia internacional” podría ser inconstitucional por infracción de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE 1978). Por ello, cuando las autoridades españolas son competentes para autorizar y celebrar el matrimonio, el supuesto está ya “vinculado con España”. Si las autoridades españolas no son competentes para autorizar ni para celebrar el matrimonio en España, el supuesto está “muy alejado de la esfera española” (= porque con arreglo al art. 57 Cc., ninguno de los contrayentes está domiciliado en España), y el problema de la “Ley aplicable” al matrimonio, ni siquiera se plantea.

Tercero. El legislador español no acoge la distinción entre “casos conectados” y “casos no conectados” con España en relación con el matrimonio de extranjeros del mismo sexo en España. Por tanto, no parece oportuno introducir la distinción por vía interpretativa (*ubi lex non distinguit nec nostrum est distinguere*). Y además, no están nada claros los criterios que habría que utilizar para diferenciar entre “casos suficientemente conectados con España” y “casos alejados de la esfera española”. Se han manejado, al menos, tres criterios.

Para ciertos autores, sólo son supuestos “suficientemente conectados con España” aquéllos relativos a un matrimonio de sujetos que estén, ambos, domiciliados en España. La exigencia es desmesurada e inexacta. Ejemplo: un varón español y un varón portugués solicitan contraer matrimonio en España. El varón español reside habitualmente en Madrid y el varón portugués reside habitualmente en Lisboa. Tienen bienes en España y Portugal y piensan trasladarse a España a vivir juntos tras el matrimonio. Pues bien: resulta evidente que este caso está suficientemente vinculado con España: existen conexiones clarísimas del supuesto con España, vinculaciones que no pueden ignorarse, y que aconsejan que, en este caso, la Ley portuguesa no sea aplicable por vulnerar el orden público internacional español.

Para otros autores, un caso de matrimonio está suficientemente vinculado con España cuando al menos uno de los contrayentes ostenta la nacionalidad española. Ejemplo: si se aceptara esta hipótesis, resulta que dos varones israelíes con residencia habitual en España desde hace más de diez años no podrían contraer matrimonio entre sí en España porque su Ley nacional lo impide y el caso está “alejado” de la esfera española, con lo que su derecho fundamental al *jus connubii*



se ver perjudicado. Pero el *punctum dolens* de esta tesis radica en que estimar que esta situación jurídica “muy alejada de la esfera española”, lo que justificaría la “no intervención” del orden público internacional español. Esta afirmación no se sostiene: los contrayentes viven en España, trabajan en España, pagan impuestos en España, tienen su círculo social de amistades, sus intereses económicos y familiares en España. Es evidente que el caso sí está vinculado con España, que el orden público internacional español debe intervenir y que su matrimonio debe ser posible.

Otros autores, quizás la mayor parte de los defensores de esta tesis, suelen utilizar como mecanismo que refleja la “conexión del caso con España”, la “residencia habitual” en España de, al menos un contrayente. Pues bien: esta exigencia no resuelve nada de nada, porque precisamente, el art. 57 Cc. exige que la “residencia habitual” en España de, al menos un contrayente para que el matrimonio se pueda celebrar en España. De lo que se deduce de modo palmario que todo matrimonio que puede celebrarse en España está ya “suficientemente conectado con España” o, en otras palabras, que no existen matrimonios que puedan celebrarse en España pero que no estén “suficientemente vinculado” con España y respecto de los cuales el orden público internacional español no deba intervenir. Por tanto, esta tesis es estéril, pues se queda sin campo de actuación.

36. Algunos ejemplos adicionales pueden ayudar a comprender cómo funciona esta tesis y por qué es muy aconsejable su total rechazo.

Primer ejemplo: un varón marroquí con residencia habitual en Casablanca desea contraer matrimonio en España con un varón español con residencia habitual en Tarragona. Pues bien: si se estima que éste es un caso “alejado de la esfera española” porque los contrayentes no residen habitualmente, ambos, en España, -lo que genera ya de por sí enormes dudas-, se coarta el *jus connubii* tanto del sujeto marroquí como del sujeto español, lo que no parece aceptable. Estos contrayentes serían, entonces, “sujetos de segunda clase” a los que les está prohibido el matrimonio entre personas del mismo sexo en España.

Segundo ejemplo: los contrayentes son dos mujeres italianas residentes habitualmente en Ibiza desde 1986. A fecha septiembre de 2005, en Derecho italiano no es posible el matrimonio entre personas del mismo sexo. Pues bien: si se estima que éste es un caso “alejado de la esfera española” porque ninguno de los contrayentes es español, se restringe el *jus connubii* de personas que están plenamente integradas en la sociedad española desde hace décadas. Ello no parece aceptable ni razonable y es fruto de una interpretación constitucionalmente rechazable.

**D) Cuarta tesis: “tesis anti-bloqueo” o “tesis belga”.**

37. Esta tesis arranca de dos premisas ya conocidas: la posibilidad de contraer matrimonio con persona del mismo sexo es una cuestión que afecta a la “capacidad nupcial” y la capacidad nupcial o capacidad para contraer matrimonio se regula por la Ley nacional de cada contrayente a tenor del art. 9.1 Cc.

38. Ahora bien: visto que la capacidad matrimonial se rige por la Ley nacional de cada contrayente (art. 9.1 Cc.), resultaría que si un cónyuge es nacional de un país en el que no está admitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero el otro es nacional de un país que sí lo admite, el matrimonio entre personas del mismo sexo no sería posible. Ello perjudicaría el *jus connubii* de ambos contrayentes, y muy especialmente, el *jus connubii* del contrayente cuya Ley nacional sí permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, que, paradójicamente, queda “bloqueado” por la Ley nacional del “otro contrayente”, Ley que impide el matrimonio. Este “bloqueo legal” se produce por el tratamiento jurídico que tradicionalmente han recibido los “impedimentos matrimoniales bilaterales” en DIPr. En relación con tales impedimentos, se ha considerado que el matrimonio sólo es posible si la Ley nacional de ambos contrayentes permite el matrimonio. Por ello, cuando las dos Leyes nacionales difieren y la Ley nacional de uno de los contrayentes considera que no existe impedimento, pero la Ley nacional del otro contrayente considera que sí existe tal impedimento, el matrimonio es imposible porque prevalece la Ley nacional “más restrictiva”. Pues bien, los defensores de esta tesis estiman que este tratamiento tradicional del impedimento matrimonial bilateral de “identidad de sexo” es rechazable porque provoca la vulneración del *jus connubii*. Debe buscarse una solución novedosa. Y la solución es ésta: para evitar el “bloqueo legal” que hace imposible el matrimonio, no debe aplicarse la Ley nacional que impide el matrimonio entre personas del mismo sexo si uno de los contrayentes es nacional de un país cuyas leyes sí permiten tal matrimonio o tiene su residencia habitual en un país cuyas leyes sí permiten tal matrimonio. En el fondo, la tesis acepta que, en los casos internacionales, el matrimonio está “vinculado con varios países”, y que si uno de dichos países es un país cuyas Leyes admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, dicho matrimonio debe ser posible. Nace, pues, un nuevo “punto de conexión” materialmente orientado que conduce a la Ley del país de la nacionalidad o residencia habitual de cualquiera de los cónyuges si dicha Ley permite el matrimonio entre personas del mismo sexo (= la aplicación de uno u otro Derecho estatal se hace depender del “contenido material” de tal Derecho).

39. La “tesis anti-bloqueo” ha sido expresamente recogida por el art. 46 de la Ley belga de 16 julio 2004 (Código de Derecho internacional privado). La tesis

“desbloquea” el matrimonio entre personas del mismo sexo en el caso descrito, haciendo que, cuando deben aplicarse de modo distributivo las Leyes nacionales a las respectivas capacidades matrimoniales de los contrayentes, no se aplique la “Ley más restrictiva”, sino que se aplique la “Ley más favorable” al matrimonio. La tesis potencia el *jus connubii* y encaja con el *favor matrimonii*. Es original, sencilla y práctica. Además, la tesis no fomenta el truísmo matrimonial con destino a Bélgica, porque el art. 44 de la Ley belga de DIPr. exige, para poder celebrar el matrimonio en Bélgica, que al menos uno de los contrayentes sea belga o esté domiciliado en Bélgica o lleve residiendo en Bélgica al menos tres meses. Así, varones dos argelinos que no residen en Bélgica no pueden contraer matrimonio entre sí en Bélgica. Algunos ejemplos adaptados a la realidad española pueden ayudar a comprender cómo funciona en casos reales.

Primer ejemplo. Un varón mejicano residente en su país desea contraer matrimonio en España con un varón español con residencia habitual en Toledo. Con arreglo a la Ley mejicana, este matrimonio no es posible, porque el varón mejicano no tiene capacidad nupcial para contraer matrimonio con otro varón (art. 9.1 Cc.). El varón español observa perplejo que, aunque el Código Civil español le permite contraer matrimonio con otro varón, resulta que debido a la aplicación de la Ley mejicana, él, un sujeto español, no puede contraer matrimonio con ese “otro varón concreto”. Ello comporta consecuencias injustas, pues se perjudica el *jus connubii* de ambos contrayentes y especialmente del sujeto español. En efecto: la Ley española permite al varón español contraer matrimonio con persona del mismo sexo (= art. 9.1 Cc.: Ley nacional), pero tal posibilidad queda “bloqueada” y es imposible dicho matrimonio si el “otro contrayente” es nacional de un país cuya Ley nacional no admite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Solución: debería permitirse la celebración del matrimonio en España para evitar que la Ley mejicana “bloquee” la celebración de un matrimonio que es perfectamente posible con arreglo a la Ley española.

Segundo ejemplo. Los contrayentes son dos mujeres, una holandesa y otra irlandesa, ambas con residencia habitual en Madrid desde 1998. Con arreglo a la Ley holandesa este matrimonio entre personas del mismo sexo matrimonio es posible. Pero con arreglo a la Ley irlandesa, dicho matrimonio no es posible. Pues bien, para potenciar el *jus connubii*, el hecho de la “identidad de sexos” no debe impedir la celebración del matrimonio en España, a pesar de lo que dispone la Ley irlandesa. La “tesis anti-bloqueo” haría posible este matrimonio entre personas del mismo sexo porque una de las “Leyes en conflicto” lo permite, descartando la aplicación de la Ley estatal que impide este matrimonio entre personas del mismo sexo (= la Ley más permisiva se impone sobre la “Ley más restrictiva”).

40. Esta tesis es razonable, sintoniza con los presupuestos constitucionales del matrimonio en Derecho español y concibe el DIPr. como una rama del ordenamiento jurídico que debe potenciar, y no perjudicar, los derechos fundamentales de las personas. Ahora bien, esta tesis presenta un inconveniente en DIPr. español. A diferencia de lo dispuesto por el legislador belga, que ha acogido expresamente esta tesis en sus normas de DIPr., el legislador español nada ha dispuesto al respecto. El tratamiento jurídico que la Ley belga dispensaba a estos casos era suficientemente conocido por el legislador español que reformó el Código Civil español en el verano de 2005. Por tanto, se podría afirmar que el legislador español, pudiendo haber acogido la “tesis anti-bloqueo”, no lo hizo (*ubi lex voluit dicit, ubi noluit, tacuit*). No obstante, es también cierto que podría afirmarse que el legislador deja “manos libres” al intérprete para resolver los casos difíciles sin descender a detalles que pueden y deben resolverse por vía interpretativa<sup>24</sup>. Ello dejaría la puerta abierta para que los tribunales pudieran introducir la “tesis anti-bloqueo” en Derecho español a través de un “desarrollo judicial” razonado y constitucionalmente orientado. Pero lo que es innegable es que, aunque se admita la posibilidad de un “desarrollo judicial” en este sentido, la Ley 13/2005 y el Código civil español guardan el mutismo más absoluto en relación con dicha tesis, y ello no juega, ciertamente, en favor de una aplicación clara de la “tesis anti-bloqueo” en DIPr. español.

#### **E) Quinta tesis: “tesis del orden público internacional absoluto”**

41. Esta tesis arranca de las conocidas premisas antes citadas: la posibilidad de contraer matrimonio con persona del mismo sexo es una cuestión que afecta a la “capacidad nupcial”, y la capacidad nupcial o capacidad para contraer matrimonio se rige por la Ley nacional de cada contrayente, pues así lo indica el vigente art. 9.1 Cc. Ahora bien, según esta “tesis del orden público internacional absoluto”, debe rechazarse la aplicación en España de toda Ley extranjera que no admita el matrimonio entre personas del mismo sexo. Dichas Leyes extranjeras vulneran el orden público internacional español, por lo que no pueden recibir aplicación en España (art. 12.3 Cc.). En su lugar, se aplicará la Ley española (= *Lex Fori*), que sí admite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

42. Los argumentos a favor de esta tesis son numerosos. Entre los más relevantes cabe citar los que siguen.

---

<sup>24</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2004, pp. 52-8.

Primero. El derecho a contraer matrimonio con individuos del mismo o distinto sexo tiene “fundamento constitucional”, como indica la Exposición de Motivos (II) de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE núm. 157 de 2 julio 2005). En este sentido, y utilizando las palabras del legislador, el matrimonio entre personas del mismo sexo fomenta la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (arts. 9.2 y 10.1 CE 1978), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (arts. 1.1 CE 1978) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (arts. 14 CE 1978). El anclaje constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo hace del mismo un elemento básico del sistema matrimonial español que forma parte del “orden público internacional español” y que requiere una enérgica defensa ante la aplicación de Leyes extranjeras que pudieran vulnerar el *jus connubii* tal y como lo concibe en 2005 el Derecho matrimonial español. Es importante subrayar que en Bélgica, el Ministerio de Justicia ha mantenido esta misma postura (A. FIORINI<sup>25</sup>): una Ley extranjera que impida el matrimonio entre personas del mismo sexo es discriminatoria y vulnera el orden público internacional belga (Circular del Ministerio de Justicia de 23 enero 2004 relativa a ciertos aspectos de DIPr. de la Ley de 13 febrero 2003 que introdujo el matrimonio entre personas del mismo sexo, Ley que abordaba problemas de DIPr. antes de la actual Ley-Código de Derecho internacional privado de 16 julio 2004). Consecuencia necesaria: en ningún caso debe admitirse la aplicación de una Ley extranjera que vulnere dicho principio básico. O con otras palabras: una Ley extranjera que no admite el matrimonio entre personas del mismo sexo, Ley reclamada por el art. 9.1 Cc. por ser la Ley nacional de uno de los contrayentes cuando el matrimonio se celebra ante autoridad española, no se aplicará jamás en España. En su lugar se aplicará el Derecho español, que sí admite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Segundo. No debe distinguirse entre “sujetos más conectados” o “sujetos menos conectados” con la esfera española, por ser una distinción artificial, no recogida en las normas de DIPr. español, y que produce resultados discriminatorios e inconstitucionales. Por ello, cuando la Ley extranjera (= Ley nacional de uno de los cónyuges) vulnera los principios estructurales del Derecho español, no se aplicará

---

25 A. FIORINI, "New Belgian Law on Same Sex Marriage and the PIL Implications", *International & Comparative Law Quarterly*, 2003, pp. 1039-1049.

en España, prescindiendo de los contactos más o menos estrechos que el supuesto pueda presentar con España. Y ello es así, porque todos los supuestos de los que puede conocer y que debe resolver una Autoridad española, ya están “suficientemente conectados con la esfera española”, pues las autoridades españolas, por definición, carecen de competencia en relación con casos “absolutamente desconectados de la esfera española”. Ejemplo: el problema de la Ley aplicable al matrimonio civil a celebrar ante autoridad española en España entre dos sujetos varones de nacionalidad sudanesa con residencia habitual en Francia, es un problema inexistente, porque las autoridades españolas carecen de competencia para incoar el expediente matrimonial correspondiente a este matrimonio y para celebrar este enlace (art. 57 Cc., art. 238 RRC y Consulta DGRN 23 diciembre 2004).

Tercero. La no aplicación de Leyes extranjeras que impiden el matrimonio entre personas del mismo sexo potencia el *jus connubii* de todas las personas, lo que sintoniza con los textos internacionales más avanzados reguladores de los derechos humanos, y con la misma Constitución Española de 27 diciembre 1978.

43. Puede parecer que esta tesis provoca un inconveniente, subrayado por los detractores de la misma. Se dice que esta tesis fomenta las “migraciones matrimoniales” de personas del mismo sexo con destino a España, lo que conduce al resultado, que se considera negativo, de una posible multitud de matrimonios entre personas del mismo sexo que son válidos en España pero nulos en el país de procedencia de los sujetos. En otras palabras: se fomentan los matrimonios del mismo sexo “claudicantes”. Ahora bien: este inconveniente no debe exagerarse, y ello por varios motivos.

Primer motivo: los casos en los que es posible celebrar matrimonio civil en España están “claramente conectados con España”, al exigirse que al menos uno de los futuros esposos tenga su domicilio en España. En efecto: para instruir el expediente matrimonial es preciso que al menos uno de los contrayentes tenga su domicilio en España (art. 238 RRC) y para celebrar el matrimonio es también preciso que al menos uno de los contrayentes tenga su domicilio en España (art. 57 Cc.). De ese modo, el “turismo matrimonial” de personas del mismo sexo está ya muy limitado, porque no basta un “simple viaje a España” para que dos personas extranjeras del mismo sexo puedan contraer matrimonio entre sí en España.

Segundo motivo: si los cónyuges del mismo sexo residen habitualmente en España y no en el extranjero, situación muy frecuente, la validez de este matrimonio en el país extranjero del que son nacionales los esposos es una cuestión de menor importancia. En efecto, si los contrayentes habitan en España, es en España donde el matrimonio producirá sus “efectos principales”. España es el país en el que el

matrimonio “está instalado”, el país donde el matrimonio “tiene su base” (= “*the country where the marriage is to be based*”<sup>26</sup>). Y además, los contrayentes extranjeros son conscientes de que el matrimonio celebrado en España entre personas del mismo sexo será válido en España pero, muy probablemente, no será válido en el país del que son nacionales los contrayentes. Por ello, si los sujetos del mismo sexo deciden contraer matrimonio entre sí en España, asumen voluntariamente que será un “matrimonio claudicante”, válido en España pero no en el extranjero. El juez español no debe operar como “guardián” del sistema legal extranjero, por lo que no debe negar la posibilidad de contraer matrimonio en España a personas del mismo sexo por la sola razón de que en el país del que son nacionales los cónyuges, dicho matrimonio, probablemente no producirá efectos (Resolución-Circular DGRN 29 julio 2005 en BOE núm. 188 de 8 agosto 2005). Son las autoridades extranjeras las que deben decidir si el matrimonio contraído en España entre personas del mismo sexo surte efectos en tal país extranjero o no los surte por resultar contrario a “su” orden público internacional. Este razonamiento, plenamente acertado, no es nuevo en DIPr. español: se acepta con total normalidad desde hace años que un extranjero puede obtener el divorcio en España y por tanto puede volver a contraer nuevo matrimonio en España, aunque la sentencia española de divorcio no ha sido o pueda no ser reconocida en el país del que es nacional el sujeto (P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS<sup>27</sup>) e incluso si la Ley nacional del sujeto no admite el divorcio (J.D. GONZÁLEZ CAMPOS / P. ABARCA JUNCO<sup>28</sup>).

Tercer motivo: la prohibición de los matrimonios entre personas del mismo sexo que existe en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos del mundo es una prohibición que persigue reforzar la institución del matrimonio entre personas de distinto sexo. Esta prohibición, a diferencia de otras prohibiciones, como el límite de edad nupcial o los impedimentos de parentesco, no persigue la “protección de los contrayentes”. Pues bien: como cada Estado concibe la institución del matrimonio de manera diferente, la protección de la “institución matrimonial” sólo tiene sentido cuando un concreto matrimonio afecta a la sociedad e intereses de un concreto

26 CH.M.V. CLARKSON / J. HILL / A.J.E. JAFFEY, *Jaffey on the Conflict of Laws*, 2ª ed., London, Butterworths, 2002, pp. 354-355.

27 P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el DIPr. español*, Pamplona, Aranzadi, 2002, pp. 119-139.

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

Estado. Parece evidente que cuando dos personas del mismo sexo y de nacionalidad extranjera, unidas en matrimonio, residen habitualmente en un Estado, en el que trabajan, pagan impuestos, conviven, adoptan hijos, y desarrollan, en definitiva, su vida profesional y personal, dicho matrimonio entre personas del mismo sexo sólo “afecta” a la sociedad de dicho Estado (= Estado de la común residencia habitual de los cónyuges). Los Estados cuyas Leyes nacionales ostentan los cónyuges no se ven “afectados” por este matrimonio entre personas del mismo sexo. Y este matrimonio entre personas del mismo sexo no “afecta” ni “pone en peligro” la institución del matrimonio entre personas de distinto sexo que es el único que existe en muchos Estados, incluso aunque sean Estados cuyas Leyes nacionales ostentan los sujetos que contraen un matrimonio entre personas del mismo sexo en España.

Cuarto motivo. En realidad, no existe razón fundada para que un Estado cuyo Ordenamiento jurídico no admite los matrimonios entre personas del mismo sexo, esgrima su “orden público internacional” de manera radical contra un matrimonio entre personas del mismo sexo que reside habitualmente en otro país. En efecto: dicho concreto matrimonio no produce efectos contrarios al núcleo del orden público internacional de otros países, porque los “efectos nucleares” de tal matrimonio repercuten en el país donde los cónyuges residen, no en otros Estados. Ello debe permitir que los cónyuges del mismo sexo válidamente casados en España puedan ser considerados “cónyuges” en otros países a determinados efectos colaterales, como ocurre en la actualidad con los matrimonios poligámicos celebrados en países que los admiten, que son considerados como existentes y válidos en Europa a determinados efectos legales (sucesiones, alimentos, etc.).

44. Varios ejemplos pueden ayudar a percibir cómo opera esta tesis en casos reales.

Primer ejemplo. Dos varones egipcios desean contraer matrimonio entre sí en Almería. Ambos residen habitualmente en dicha ciudad desde 1989. Y ambos saben perfectamente que dicho matrimonio no surtirá ningún efecto jurídico en Egipto. Pero ello no quitará el sueño a los contrayentes egipcios, porque no piensan regresar jamás a Egipto, donde no tienen propiedades ni familia cercana. Y si tuvieran propiedades o familia cercana en dicho país, ambos saben, con total certeza, que dicho matrimonio será considerado como “inexistente” en Egipto y asumen que en tal país no producirá ningún efecto legal. Lo que los sujetos desean es casarse en España y vivir en España unidos en matrimonio. Es en España donde van instalar el hogar matrimonial, donde el matrimonio entre personas del mismo sexo va a desplegar sus efectos sustanciales. Negar a estos sujetos la posibilidad de contraer matrimonio alegando que éste “puede no producir efectos en Egipto”, carece de sentido: tal interpretación vulneraría el *jus connubii*, convertiría a estos sujetos en



personas que, aunque están integrados en la sociedad española, son tratados como “ciudadanos de segunda clase” que no gozan de ciertos derechos, y vetaría la celebración en España de un matrimonio que no repercute de ningún modo en Egipto por la razón (¿) de que podría perjudicar el “orden público internacional” egipcio.

Segundo ejemplo. Dos varones que ostentan la nacionalidad marroquí residen en España desde 1998. Desean contraer matrimonio entre sí ante autoridad civil española. Pues bien: aunque ocasionalmente viajen a Marruecos, ambos sujetos trabajan regularmente y despliegan su vida social y afectiva en España desde hace más de siete años. Como es sabido, este matrimonio entre personas del mismo sexo no está permitido en el Derecho marroquí. Ahora bien, negar la posibilidad de que estos sujetos puedan contraer matrimonio en España entre sí, vulnera el *jus connubii* y carece totalmente de sentido. Ellos habitan en España y España es el lugar donde radica el “centro de gravedad del matrimonio”. Aplicar la Ley marroquí a los requisitos de fondo de este matrimonio conduce a resultados que vulneran el *jus connubii*. Además, la concepción marroquí del matrimonio no está en peligro ni se ve directamente afectada por un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España entre dos sujetos que residen habitualmente en España.

Tercer ejemplo. En abril de 2006, dos varones italianos, enterados de que en España se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo, viajan a Tenerife para contraer su matrimonio. Resultado: el matrimonio no será posible, pero no porque lo impida la Ley italiana (= que ciertamente lo impide), sino porque, simplemente, no existe autoridad española competente para autorizar ni para celebrar este concreto matrimonio entre personas del mismo sexo, ya que ninguno de los contrayentes tiene su domicilio en España (art. 238 RRC y art. 57 Cc.). Estos preceptos frenan el “turismo matrimonial de personas del mismo sexo” con destino a España.

Cuarto ejemplo. Dos varones irlandeses que residen en España desde 1990 desean contraer matrimonio en España. Carecería de sentido impedir este enlace argumentado que su Ley nacional no permite este matrimonio y que si el matrimonio se celebra, será “inexistente” en Irlanda, que opondrá su orden público internacional contra este matrimonio (= matrimonio claudicante). Carece de sentido porque si los cónyuges residen habitualmente en España, el orden público internacional irlandés no se ve afectado. Si viajan a Irlanda ocasionalmente y allí deben, por cualquier razón (= reclamación de alimentos, responsabilidad parental, etc.), “hacer valer” su condición de “cónyuges”, ello debe ser posible, pues sólo se estarían admitiendo en Irlanda ciertos “efectos colaterales” del matrimonio celebrado en España. Matrimonio que en ningún caso se inscribirá en los Registros irlandeses ni se podrá celebrar en Irlanda.

**F) Sexta tesis: “tesis positiva por la calificación”**

45. Esta tesis es la más original de todas cuantas se han vertido sobre la polémica. Según esta tesis, la “diferencia de sexo” entre los contrayentes no debe calificarse como una cuestión atinente a la “capacidad nupcial”, sino que debe calificarse, por el contrario, como un “requisito objetivo de la institución matrimonial”. Así las cosas, todo cambia, porque el art. 9.1 Cc., que remite a la Ley nacional del contrayente para la regulación de la capacidad nupcial del mismo, no es aplicable a la cuestión de saber si dos personas del mismo sexo pueden contraer matrimonio entre sí. El mérito de esta brillante construcción debe atribuirse a la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 julio 2005 (BOE núm. 188 de 8 agosto 2005. No es casualidad, obviamente, que, en el momento de dictarse dicha Resolución-Circular, la Directora General de los Registros y del Notariado sea la Profesora Dra. Dña. PILAR BLANCO MORALES LIMONES, catedrática de Derecho internacional privado. La citada Resolución-Circular recoge y explica esta tesis con perspicacia singular.

46. Los argumentos en favor de esta tesis son variados. Los más relevantes son los que siguen.

Primero. Esta tesis tiene un muy sólido anclaje legal en un dato indiscutible: los arts. 46 y 47 Cc. nunca han contemplado la “identidad de sexos” como una causa de “incapacidad nupcial”. En efecto, en Derecho español, el matrimonio ha sido, hasta 2005, una “unión entre varón y mujer”, pero tras la Ley 13/2005, el matrimonio es una “unión entre dos personas con independencia de su sexo”. Por tanto, la “diferencia de sexos” es una característica del matrimonio como “institución jurídica”, no una exigencia de capacidad de los contrayentes. Lo que encaja con otro dato consistente: la exigencia de “sexo distinto” en los contrayentes no es una exigencia que persiga proteger a los contrayentes (= lo que sí sucede, por ejemplo, con exigencias que pueden calificarse, claramente, como atinentes a la capacidad, tales como la edad de los contrayentes), sino una “exigencia institucional”, al margen de las personas de los contrayentes, diseñada para defender, preservar y proteger un determinado concepto de “matrimonio”. Por tanto, la cuestión de la “diferencia / identidad de sexos” no afecta a la capacidad nupcial y no se rige por el art. 9.1 Cc. ni por la Ley nacional de los contrayentes.

Segundo. Asumido el presupuesto anterior (= la exigencia de “sexo diferente” no es una exigencia que afecte a la capacidad), ¿cuál debe ser la “Ley aplicable” a este requisito objetivo de la institución matrimonial que es la posible diferencia de sexo entre los contrayentes? Pues bien, dos aspectos resultan claros. En primer lugar,

como se ha avanzado, visto que la cuestión de la “diferencia / identidad de sexos” no afecta a la capacidad nupcial, no se aplica el art. 9.1 Cc. y la cuestión no se regula por la Ley nacional de los contrayentes. En segundo lugar, no existe norma de conflicto en DIPr. español que designe de modo explícito la Ley aplicable a la cuestión de la “diferencia / identidad de sexos” de los contrayentes. Ello genera una laguna legal, laguna que puede ser integrada de dos modos.

Primer modo de integración de la laguna legal: la Ley aplicable a esta cuestión debe ser la Ley material española y ello por diversas razones: (a) El art. 9.1 Cc. es aplicable a la “capacidad” pero la “diferencia de sexos” no es una cuestión de “capacidad”, es un “requisito objetivo del matrimonio”, por lo que aplicar la Ley nacional de los contrayentes sería excesivo, inconveniente e imprevisible; (b) Aplicar la Ley material española fomenta el *jus connubii*, la validez del matrimonio y el libre desarrollo de la personalidad, principios todos ellos de rango constitucional, pues el resultado de esta tesis es que siempre es posible celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo cuando el matrimonio se celebra ante autoridad española; (c) Aplicar la Ley material española significa aplicar la Ley de la residencia habitual de, al menos, uno de los contrayentes, porque, como antes se ha dicho, para que el matrimonio pueda celebrarse ante autoridad pública española que actúa en España, es preciso que al menos uno de los contrayentes tenga su residencia habitual en España. Además, el criterio de la residencia habitual de alguno de los contrayentes es el seguido por la mayor parte de las Leyes autonómicas españolas reguladoras de las “parejas de hecho”, criterio que se puede aplicar por analogía a los matrimonios entre personas del mismo sexo.

Segundo modo de integración de la laguna legal: la Ley aplicable a esta cuestión debe fijarse con arreglo al “principio de proximidad”, que es un principio general del DIPr. español. Así, debe aplicarse a la “diferenciación de sexos” como “requisito objetivo del matrimonio”, la Ley del país más estrechamente vinculado a la situación. Pero el resultado no cambia excesivamente respecto de la solución anterior. En efecto: en la mayor parte de los casos, España será el “país más estrechamente vinculado” con el supuesto, pues es el país de celebración del matrimonio, al menos uno de los contrayentes tiene su residencia habitual en España y la autoridad celebrante es una autoridad española.

47. Esta tesis conduce a consecuencias que deben ser valoradas positivamente, y entre las cuales pueden citarse las siguientes.

Primera consecuencia. Cualquier persona, español o extranjero, puede contraer matrimonio con persona del mismo sexo en España si las autoridades españolas son

competentes para autorizar y celebrar el matrimonio, pues la Ley material española admite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Y siempre que el hecho de la identidad de sexo entre los contrayentes sea el único presumible “obstáculo legal” para la celebración del matrimonio, la cuestión se regirá por el Derecho Civil español, que como es sabido, admite los matrimonios entre personas del mismo sexo. Y el obstáculo desaparece, porque cuando las autoridades españolas son competentes para autorizar y celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo, la Ley material española es aplicable, siempre, a la controvertida cuestión de la “identidad / diferencia de sexos” (= *Lex Fori Approach*).

Segunda consecuencia. La tesis simplifica de modo muy significativo el funcionamiento del DIPr. español en casos internacionales de matrimonios entre personas del mismo sexo. En primer lugar, no tiene ninguna incidencia en la cuestión el hecho de que la Ley nacional de los contrayentes extranjeros no permita el matrimonio entre personas del mismo sexo. En segundo lugar, no es necesaria la intervención del orden público internacional español (art. 12.3 Cc.) para que el matrimonio entre personas del mismo sexo sea posible en España. Ello es lógico, porque no se aplica nunca una Ley extranjera a la cuestión de la identidad o diferencia de sexos como “obstáculo legal” para la celebración del matrimonio. Y sin Ley extranjera implicada, el orden público internacional español no tiene nada que decir. Con ello desaparece toda polémica sobre el alcance más o menos extenso del orden público internacional español y su consideración en relación con “casos suficientemente conectados” con España: el “orden público de proximidad” y el “orden público absoluto” son teorías que, en el marco de esta tesis, no tienen ningún margen de actuación.

Tercera consecuencia. Como es natural, subsiste el riesgo de que un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España con arreglo a la Ley material española, no produzca efectos legales en los países de los que son nacionales los contrayentes y en cuyas Leyes este tipo de matrimonio no se admite. En efecto: las autoridades de dichos Estados pueden oponer “su orden público internacional” para evitar los efectos en dichos países, del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España. O pueden realizar un severo “control de la Ley aplicada” de modo que los nacionales de dichos Estados sólo pueden contraer matrimonio con arreglo a los requisitos exigidos por su Ley nacional. En ambos casos, el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España no surtirá “plenos efectos” en tales países. Sin embargo, como antes se ha avanzado, este inconveniente es más teórico que real y además, por varias razones. Primero, porque sólo es posible que el matrimonio entre personas del mismo sexo se celebre en España si al menos uno de los contrayentes tiene su domicilio en España (art. 238 RRC y art. 57 Cc.). Segundo, porque en la mayor parte de los casos, la validez

de este matrimonio en el país extranjero del que son nacionales los esposos es una cuestión sin relevancia práctica, ya que los cónyuges viven permanentemente en España, y no regresan a sus países ni tiene intereses de ningún tipo allí. Tercero, porque son los cónyuges los que deben decidir si desean celebrar un enlace matrimonial claudicante o no, y tales cónyuges asumen el riesgo de que el matrimonio no produzca “efectos legales plenos” en los países de los que son nacionales. Cuarto, porque con mucha frecuencia, los Estados cuyas Leyes nacionales ostentan los cónyuges no se verán “afectados” por este matrimonio entre personas del mismo sexo, ya que dicho matrimonio estará “instalado” en España, país en el que repercuten sus efectos sustanciales: la institución matrimonial extranjera, concebida como una unión entre personas de distinto sexo, no se ve amenazada por un matrimonio contraen un matrimonio entre personas del mismo sexo en España. Y por tal razón, dichos Estados podrían, sin merma de “su orden público internacional”, admitir que los contrayentes son “cónyuges” al menos a determinados efectos legales, igual que se admiten ciertos efectos en España de matrimonios poligámicos celebrados en países que permiten dichos enlaces.

48. Un ejemplo pueden ayudar a percibir cómo opera esta tesis en casos reales: un varón español desea contraer matrimonio civil con un varón griego. Ambos residen habitualmente en Valencia desde 2001. Con arreglo a esta tesis, el matrimonio entre estos dos sujetos es perfectamente posible en España: las autoridades civiles españolas son competentes para instruir el expediente matrimonial (art. 238 RRC) y para celebrar el matrimonio (art. 57 Cc.), y la cuestión de la diferenciación de sexos se rige por la Ley material española, que permite este matrimonio entre personas del mismo sexo. El hecho de que, en el Derecho griego, este matrimonio no sea posible, no incide en la cuestión, porque el Derecho griego no es aplicable y por tanto, tampoco es preciso invocar el orden público internacional español. El *jus connubii* queda protegido, los sujetos no se ven discriminados y se potencia el *favor matrimonii*.

### **G) Balance de las tesis propuestas.**

49. Tras el análisis de las diferentes tesis vertidas para resolver la cuestión, puede afirmarse que las tres primeras (= “tesis negativa de la Ley nacional”, “tesis positiva pseudo-constitucional” y “tesis del orden público de proximidad”), son rechazables y no tiene cabida en el DIPr. español. Por el contrario, las otras tres tesis (= “tesis anti-bloqueo” o “tesis belga”, “tesis del orden público internacional absoluto” y “tesis positiva por la calificación”), son perfectamente aceptables en el DIPr. español. La Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 julio 2005 (BOE núm. 188 de 8 agosto 2005) admite que

cualquiera de estas tres tesis es defendible en DIPr. español. Estas tres últimas tesis, conducen, por caminos diferentes, al mismo destino: pueden celebrarse matrimonios entre personas del mismo sexo en España ante autoridad pública española sin que sea óbice a ello el hecho de que alguno de los contrayentes sea nacional o residente habitual en un país cuyo Derecho no admite el matrimonio entre personas del mismo sexo. En el fondo, se alcanza así en DIPr. español, la misma solución que se sigue en el DIPr. holandés: sólo se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo en Holanda, por aplicación del Derecho holandés, si al menos uno de los contrayentes tiene su residencia habitual en Holanda<sup>29</sup>. Además, cualquiera de estas tesis puede también seguirse en el caso, perfectamente posible, de matrimonio entre personas del mismo sexo ante cónsul español celebrado en el extranjero. Por tanto, no es cierto que con cualquiera de las tres interpretaciones el DIPr. español acepte que la Ley aplicable al fondo del matrimonio es la Ley del país de celebración del enlace (*Lex Loci Celebrationis*), porque ello sólo ocurre en presencia de determinadas circunstancias (= en todo caso, al menos uno de los contrayentes debe tener su residencia habitual en España). Debe subrayarse igualmente que, en el marco del Convenio relativo a la celebración y al reconocimiento del matrimonio, hecho en La Haya el 14 marzo 1978 (no en vigor para España a fecha 13 septiembre 2005), la Ley aplicable a los requisitos de fondo del matrimonio no es, simplemente, la Ley del país donde se celebra el matrimonio (*Lex Loci Celebrationis*). La aplicación de dicha Ley sólo procede si al menos uno de los futuros cónyuges tenga la nacionalidad del Estado donde se celebra el matrimonio y resida habitualmente en dicho Estado. Y es posible que ello no sea suficiente (= *vid.* la posible reserva que pueden realizar los Estados, prevista en el art. 6 del Convenio)<sup>30</sup>.

## **2. Matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero.**

### **A) Matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado ante autoridades consulares españolas.**

50. Los cónsules españoles tienen competencia para celebrar matrimonios en países extranjeros, pero sólo en determinadas condiciones. Se trata del “matrimonio consular”, previsto en el art. 51.3º Cc. En todo caso, es preciso instruir previamente

---

<sup>29</sup> F. CALVO BABÍO, "Los matrimonios entre personas del mismo sexo en Derecho comparado", *Juris*, 2004, núm.52, pp. 52-54.

<sup>30</sup> Texto del Convenio en *Hague Conference of Private International Law, Collection of Conventions (1951-2005)*, La Haya, 2005, pp. 240-250.

un expediente matrimonial. Pues bien, el matrimonio consular sólo es posible si se cumplen las siguientes exigencias legales. Primero: al menos uno de los contrayentes debe ostentar la nacionalidad española (Con.DGRN 18 marzo 2002). Segundo. Al menos uno de los contrayentes debe estar domiciliado en la circunscripción consular correspondiente (arts. 51.3º y 57 Cc.). Tercero. El Estado extranjero receptor del cónsul español no debe oponerse a que éste celebre matrimonios en su territorio (art. 5, f del Convenio sobre relaciones consulares, hecho en Viena el 24 abril 1963, en BOE núm.56 de 6 marzo 1970). Ello afecta a todo matrimonio. Por ello, si el Estado receptor impide el matrimonio consular, éste no será posible incluso cuando uno de los contrayentes sea español (RDGRN 15 septiembre 1995 y RDGRN 6 febrero 1995). Así ocurre en países como Austria, Dinamarca, Reino Unido, Suiza, etc. Otros países impiden el matrimonio consular si está implicado un sujeto contrayente que ostenta la nacionalidad del país en el que opera el cónsul (RDGRN 8 enero 1987). Finalmente, y ésta es la cuestión más relevante en relación con los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados por cónsules españoles en países extranjeros, las funciones consulares relacionadas con el estado civil sólo pueden ejercitarse “siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor”. Ello podría impedir que los cónsules españoles autorizaran matrimonios entre personas del mismo sexo si dichos matrimonios o si tales matrimonios están prohibidos en el ordenamiento jurídico del Estado receptor. En tal caso, puede recurrirse a la “delegación de funciones”. Con arreglo al art. 57.2º Cc., si el matrimonio entre personas del mismo sexo no es posible en país extranjero porque tal matrimonio vulnera las leyes del Estado receptor, el cónsul español conserva la competencia para instruir, a título de Encargado del Registro civil del domicilio del contrayente domiciliado en su demarcación consular, el expediente previo. Instruido el expediente matrimonial y recaído auto favorable, el cónsul instructor del expediente puede delegar la prestación del consentimiento, en favor de otra autoridad encargada del Registro Civil en España (RDGRN 15 septiembre 1995 y RDGRN [10ª] 4 julio 2002).

51. A la hora de determinar la Ley aplicable al matrimonio, el cónsul aplica las normas de DIPr. español en relación al matrimonio. Por tanto, y ante la ausencia de toda indicación expresa del legislador al respecto, las tesis antes esgrimidas entran en conflicto: las tres primeras son rechazables y las tres últimas pueden utilizarse para resolver la cuestión. Resultado: puede celebrarse un matrimonio entre personas del mismo sexo ante cónsul español acreditado en país extranjero, bastando para ello que el Estado extranjero receptor del cónsul español no se oponga a que el cónsul español celebre matrimonios en su territorio (art. 5, f del Convenio sobre relaciones consulares, hecho en Viena el 24 abril 1963, en BOE núm.56 de 6 marzo 1970) y que las funciones consulares relacionadas con el estado civil no se opongan a las leyes y reglamentos del Estado receptor.

**B) Matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado ante autoridades locales extranjeras.**

52. En este caso, la posibilidad de que se celebre un matrimonio entre personas del mismo sexo depende del sistema extranjero de DIPr. Varias hipótesis son posibles.

53. Primera hipótesis: el sistema de la Ley nacional. En muchos países, la capacidad matrimonial se rige por la Ley nacional de los contrayentes. Así, en Italia, el art. 27 *in primis* de la Ley de Derecho internacional privado de Italia núm.218/1995 de 31 mayo 1995, indica que: “la capacidad para contraer matrimonio y las demás condiciones para contraer matrimonio se rigen por la ley nacional de cada contrayente en el momento del matrimonio”. También en Francia se aplica a la capacidad de los contrayentes, la Ley nacional de cada contrayente (art. 3 Code civil: “*Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger*”).

Resultado: si un español desea contraer matrimonio con otro sujeto que ostenta la nacionalidad de un país cuyo Derecho no contempla los matrimonios entre personas del mismo sexo, en dicho país, tal matrimonio no será posible, porque la Ley nacional del otro contrayente “bloquea” dicho matrimonio. Por ello, un varón español no podrá contraer matrimonio civil en Francia con un varón francés, aunque la Ley nacional española lo permita para el contrayente español, ya que la Ley francesa no lo permite para el contrayente francés. Pero es que, además, surge otro problema: muchos países que siguen el criterio de la Ley nacional como Ley que debe regir la capacidad matrimonial, cuando se vean obligados a aplicar la Ley española a la capacidad matrimonial de un español, opondrán frente a la aplicación de la Ley española, “su orden público internacional”, ya que pueden estimar que la aplicación de Ley española vulnera un principio fuerte de su Derecho matrimonial, el principio de la diferencia entre sexos de los contrayentes. Ejemplo: dos mujeres españolas desean contraer matrimonio entre sí ante autoridad municipal italiana. La Ley nacional de los contrayentes (= en este caso, la Ley española), que rige las condiciones de fondo del matrimonio según el art. 27.1 Ley núm.218/1995 de 31 mayo 1995, permite dicho matrimonio. Pero es más que probable que las autoridades italianas estimen que la aplicación de la Ley española vulnera el orden público internacional italiano (art. 16.1 Ley núm.218/1995), y que, por ello, tales autoridades no apliquen la Ley española, de modo que el matrimonio no será posible. Esta primera hipótesis se reproduce en el caso de que el país donde se desea contraer matrimonio siga, en su DIPr., la llamada “*Dual Domicile Doctrine*”, con arreglo a la cual, la capacidad para contraer matrimonio se rige por la Ley del país



en cuyo territorio cada cónyuge tiene su domicilio. Así sucede en la Gran Bretaña, cuyos tribunales aplican a los requisitos de fondo del matrimonio, entre otras reglas de DIPr., la regla “*Dual Domicile Doctrine*”.

54. Segunda hipótesis: países anti-bloqueo y el caso belga. En Bélgica el enfoque es diferente. En dicho país, que sí admite el matrimonio entre personas del mismo sexo, se sigue, como en Francia o en España, el criterio de la aplicación de la Ley nacional a las cuestiones de capacidad nupcial. Pero el art. 46 de la Ley belga de 16 julio 2004 (Código de Derecho internacional privado), al que antes se ha hecho referencia, permite el matrimonio entre personas del mismo sexo en determinados casos “internacionales”. En efecto, dicho precepto indica: “...las condiciones de validez del matrimonio se rigen, para cada cónyuge, por el Derecho del país cuya nacionalidad ostentan en el momento de celebración del matrimonio. La aplicación de una disposición legal designada por el párrafo primero queda descartada si dicha disposición prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo, cuando una de ellas ostenta la nacionalidad o tiene su residencia habitual en el territorio de un Estado cuyo Derecho permite dicho matrimonio”. Por tanto, un varón de nacionalidad española podrá contraer en Bélgica un matrimonio con varón de nacionalidad francesa, aunque en Derecho francés el matrimonio entre personas del mismo sexo no existe.

### **3. Efectos en España de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero.**

55. El matrimonio celebrado ante autoridad extranjera debe acceder al Registro Civil español si ha sido celebrado en España o, caso más frecuente, si afecta a un contrayente de nacionalidad española (art. 15 LRC). En este caso (art. 65 Cc. y art. 256 RRC), la inscripción se practica mediante certificación expedida por la Autoridad extranjera o por la Confesión Religiosa de que se trate. Pero nunca se procede a una “inscripción inmediata” de la certificación. El acceso al Registro Civil español de la certificación del matrimonio expedida por autoridad extranjera es una cuestión de “eficacia extraterritorial de resoluciones extranjeras” y no una cuestión de “conflicto de Leyes” (M. KELLER / K. SIEHR, P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, E. ARTUCH IRIBERRI<sup>31</sup>). El Encargado del Registro Civil español debe

---

31 M. KELLER / K. SIEHR, *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrecht*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1986, pp. 145-147; E. ARTUCH IRIBERRI, “Matrimonios mixtos: diversidad cultural y DIPr.”, *Homenaje R. Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 199-222; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el DIPr. español*, Pamplona, Aranzadi, 2002, pp. 250-255.

realizar un “control” de los siguientes extremos: 1º) La “realidad del hecho” (= no deben existir dudas de que el enlace se ha celebrado). En el caso de matrimonios *solo consensu* (= los llamados *Common Law Marriages*, válidos todavía en Escocia [*Marriage by Habit and Repute*] y en unos quince *States* de los Estados Unidos de América, entre los que se cuentan Alabama, Colorado, Distrito de Columbia, Iowa, Kansas, Montana, New Hampshire, Oklahoma, Rhode Island, South Carolina, Texas, y Utah), esta prueba de la “realidad del hecho” es difícil, pero no es imposible; 2º) La “legalidad” del matrimonio “conforme a la ley española”. Ello significa que el Encargado del Registro debe controlar, conforme a las normas de DIPr. español: (1) La *capacidad nupcial* de los contrayentes, que se rige por su respectiva Ley nacional; (2) La *existencia y validez del consentimiento matrimonial* prestado ante autoridad extranjera, que se rige también por su respectiva Ley nacional; (3) La *forma de celebración del matrimonio*, que se rige por las Leyes designadas por los arts. 49 y 50 Cc. La autoridad registral española debe controlar la Ley aplicada por la autoridad extranjera ante la que se celebró el matrimonio. Si el matrimonio no es válido con arreglo a la Ley designada por la norma de conflicto española, el matrimonio no podrá acceder al Registro Civil español, pues se considera que no es un acto válido “conforme a la Ley española”.

56. Cuando el matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido celebrado en el extranjero y debe acceder al Registro Civil español, es necesario controlar que la autoridad extranjera aplicó la “Ley nacional” de cada contrayente a su capacidad nupcial. Pues bien: la aplicación de Leyes extranjeras que admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo no vulnera el orden público internacional español, pues en Derecho español es posible el matrimonio entre personas del mismo sexo (art. 44.II Cc. añadido por la Ley 13/2005 de 1 de julio). Queda totalmente superada la RDGRN 21 enero 1988, que estimaba “esencial”, en la institución matrimonial, la “diferenciación de sexos”.

57. Y queda otro interrogante. En países como Alemania y el Reino Unido, existe una unión civil (“*civil partnership*”) prevista para sujetos del mismo sexo que produce los mismos efectos jurídicos del matrimonio tradicional entre varón y mujer. Se trata de un matrimonio que no tiene el nombre de “matrimonio” y que está prevista, exclusivamente, para sujetos del mismo sexo que no pueden, por dicha razón, acceder al matrimonio. Pues bien, al pregunta ahora es: ¿qué efectos surten en España dichas “uniones civiles”? ¿Serán tratados los convivientes como “cónyuges” en España a efectos, por ejemplo, de pensiones de seguridad social o de custodia de hijos comunes, etc.? Supóngase que dos ingleses *partners* de una unión civil inglesa desean adoptar en España, lógicamente, con arreglo a la Ley española (art. 9.5 Cc.): ¿puede ser aplicable el art. 175.4 Cc.? Dicho precepto indica que “Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice

conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges (...). ¿Puede considerarse que tales sujetos son “cónyuges”, a los efectos del citado precepto?

Como subraya A. DEVERS, las “uniones civiles registradas” en Registros Públicos extranjeros, se rigen por la Ley del país en cuyos registros públicos específicos se ha inscrito por primera vez dicha “unión no matrimonial” (= Ley de origen de la unión civil, Ley con arreglo a la cual se constituyó la “unión civil”)<sup>32</sup>. Dicha Ley determina la existencia de la “unión civil”, los derechos y deberes de los convivientes, su *status jurídico* como tales convivientes y la disolución de la “unión civil”. Este criterio se sigue en DIPr. alemán (Ley 6 febrero 2001), en DIPr. finlandés, y en DIPr. belga (art. 60 Código DIPr. 2004).

Ahora bien, se trata ahora de dar un “salto cualitativo” y de otorgar un tratamiento legal de “cónyuges” a los convivientes de uniones registradas en el extranjero, para que, como se ha dicho antes, tales sujetos puedan ser considerados como “cónyuges” a otros efectos legales. Puede brindarse una solución al asunto a partir de una “calificación por la función”: si en Derecho británico, tales sujetos están unidos en virtud de un ligamen cuyas características corresponden exactamente a las de un “matrimonio”, entonces, debe considerarse que tales sujetos pueden ser considerados como “cónyuges” a ciertos efectos legales en España. Ello se refuerza, además, por un dato: tales sujetos no pueden contraer matrimonio en Gran Bretaña (= institución reservada a varón y mujer), por lo que sería radicalmente injusto exigirles que se unan en matrimonio para tratarlos como “cónyuges”.

#### **4. Efectos en el extranjero de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en España**

##### **A) Aspectos generales**

58. Como se ha afirmado precedentemente, es muy probable que un matrimonio entre personas del mismo sexo, válidamente celebrado en España, no se considere “existente” y/o “válido” a todos los efectos legales en otros países. Ello ocurrirá en varios casos.

59. Primero: el control de la Ley aplicada. Si uno de los contrayentes de un matrimonio entre personas del mismo sexo es un sujeto extranjero cuya Ley

---

32 A. DEVERS, *Le concubinage en droit international privé*, LGDJ, Paris, 2004, pp. 353-359.

nacional no permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, este matrimonio celebrado en España no surtirá plenos efectos legales en el extranjero. Ello se produce porque es posible que las autoridades extranjeras controlen la Ley aplicada al matrimonio y consideren que la capacidad matrimonial de sus nacionales se rige por su Ley nacional y no por la Ley española (= que fue, muy probablemente, la que aplicó la autoridad española para autorizar y celebrar el matrimonio civil en España).

Ejemplo: un varón griego contrae matrimonio con un varón español en Madrid. Tras dos años de convivencia matrimonial en Madrid, ambos se trasladan a Atenas e instan la inscripción de su matrimonio en el Registro civil griego. Pues bien: si las autoridades griegas controlan la Ley aplicada al matrimonio (= como hacen las autoridades españolas en relación con los matrimonios contraídos en el extranjero por españoles ante autoridades locales extranjeras), resulta que la Ley que rige la capacidad matrimonial del sujeto griego es, según el DIPr. griego, la Ley sustantiva griega, Ley con arreglo a la cual el matrimonio entre personas del mismo sexo es imposible. Por tanto, este matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España no se considerará válido en Grecia y no se inscribirá en dicho país. Dicho matrimonio “no existe” en Grecia, país que, a la fecha presente, no admite el matrimonio entre personas del mismo sexo y ni siquiera dispone de una legislación sobre “uniones civiles no matrimoniales”: los cónyuges no son “cónyuges”, no existen derechos y deberes entre ellos derivados del matrimonio, no tienen régimen económico matrimonial, no pueden divorciarse y un largo etcétera.

60. Segundo: el orden público internacional como límite a los efectos que los matrimonios celebrados en España surten en países extranjeros. Si las autoridades extranjeras invocan el “orden público internacional” para impedir en su país los efectos contrarios a los principios básicos de su Derecho que produce un matrimonio entre personas del mismo sexo, dicho matrimonio no se considerará como existente y/o válido a todos los efectos legales en el país extranjero. En efecto, incluso aunque las autoridades extranjeras no lleven a cabo un “control de la Ley aplicada”, tales autoridades pueden considerar que un matrimonio entre personas del mismo sexo válidamente celebrado en España produce efectos contrarios a los principios jurídicos básicos de ese otro país.

Ejemplo: una mujer italiana contrae matrimonio con una mujer española en Valencia. Tras dos años de residencia del matrimonio en Valencia, ambas se trasladan a Milán e instan la inscripción de su matrimonio en el Registro civil italiano. Pues bien: los arts. 65-66 de la Ley núm. 218/1995 de 31 mayo 1995 (Ley italiana de Derecho internacional privado) indican que los actos de jurisdicción voluntaria pronunciados por autoridad extranjera (= en este caso,

autoridad española), serán reconocidos en Italia si han sido pronunciados por la autoridad cuya Ley es reclamada por las normas de conflicto italianas, pero siempre con la reserva del respeto al “orden público internacional italiano”. Resultado: aunque la autoridad española se considera competente para certificar el matrimonio y éste no se somete a ningún “procedimiento especial” para que pueda surtir efectos en Italia ni existe ningún “control de la Ley aplicada” por la autoridad extranjera, el matrimonio no será válido en Italia ni se inscribirá, porque produce efectos contrarios al orden público internacional italiano, hostil hacia los matrimonios entre personas del mismo sexo.

61. Por tanto, los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en España serán, muy probablemente, “matrimonios claudicantes” (= matrimonios válidos en España, pero no en otros países conectados con el supuesto). Son matrimonios que no superan el “paso de frontera”: han sido celebrados válidamente en España, pero cuando tales matrimonios se “hacen valer” en el extranjero, las autoridades extranjeras consideran que tales matrimonios “no existen” o no son “válidos a todos los efectos legales” (= cuando el matrimonio “cruza la frontera”, se desvanece, deja de existir). Esta consecuencia es profundamente negativa. Vulnera la seguridad jurídica (= las personas son “cónyuges” en un país, pero no en otros países), e incrementa los costes para los particulares (= las personas que son “cónyuges” en España pero no en otros países, tendrían que buscar soluciones, como, por ejemplo, constituir en los otros países una “unión civil”, lo que implica gastos de tiempo y dinero).

62. Se han propuesto diferentes mecanismos jurídicos para paliar las consecuencias negativas derivadas de una total falta de “reconocimiento” en un país extranjero de un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España o en otro país que admita los matrimonios entre personas del mismo sexo.

63. Primer mecanismo: “nacionalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo”. Algunos autores han sugerido que los matrimonios entre personas del mismo sexo válidamente celebrados en países que los admiten, podrían surtir “algunos efectos” en otros países que no los admiten. Para ello, el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en otro país debería “equipararse” a una institución conocida, regulada y admitida en el Derecho del “Estado de destino”, normalmente una “unión civil” o similar (*registered partnership*). De tal modo, el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España, surtiría en otro país únicamente los efectos que corresponden a una “unión civil” o similar admitida por el “Estado de destino”. Ejemplo: un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España podría surtir “efectos” en Francia, pero sólo los efectos concretos que corresponden a un PaCS (= *pacte civil de solidarité* o “unión civil

registrada” recogida en el Derecho francés tras la Ley de 15 noviembre 1999). De este modo, se salvaguarda el orden público internacional francés, pero se garantiza, hasta donde es posible, la validez transfronteriza de una situación jurídica creada legalmente en otro Estado (Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES<sup>33</sup>). Varios Estados han acogido esta solución: a) Suíza (art. 45.3 Ley de Derecho internacional privado): el matrimonio válidamente celebrado en el extranjero entre dos personas del mismo sexo será reconocido en Suíza, pero como “unión civil registrada” (= *partenariat enregistré*) y sólo surtirá los efectos que corresponden, según el Derecho suizo, a dicha “unión civil registrada” (F. KNOEPFLER / PH. SCHWEIZER / S. OTHENIN-GIRARD<sup>34</sup>). El citado art. 45.3 de la Ley federal suiza de Derecho internacional privado de 18 diciembre 1987, precepto introducido por la *Legge federale sull’unione domestica registrata* de 18 junio 2004, dispone: “*El matrimonio celebrado válidamente en el extranjero entre personas del mismo sexo se reconoce en Suiza como unión doméstica registrada*”; b) Alemania: el § 17.b número 4 del EGBGB alemán dispone que los efectos en Alemania de una unión civil celebrada en el extranjero no podrán superar los efectos previstos en el Código Civil alemán y en el *Lebenspartnerschaftsgesetz*; c) Inglaterra: la *The Civil Partnership Act 2004*, que entró en vigor el 18 noviembre 2004 y que permite celebrar “uniones civiles” entre personas del mismo sexo en Inglaterra desde el 5 diciembre 2005, establece que las uniones civiles y los matrimonios entre personas del mismo sexo válidamente celebrados en los países que los contemplan serán reconocidos y tratados en Inglaterra y Gales como “uniones civiles” (= “*civil partnerships*”) si cumplen con determinados requisitos (= control de la capacidad de las partes, mismo sexo de los sujetos, y formalidades necesarias en el país donde han sido registrados)<sup>35</sup>.

Como se comprueba, la solución presenta ventajas (= el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España no queda “cancelado” por un mero “cruce de frontera” con destino a Suiza, Inglaterra Alemania), pero también suscita inconvenientes. Primero: la institución extranjera, el matrimonio, queda en cierta manera “desnaturalizada” (= algunos de sus efectos “se pierden”, debido a que el

---

33 Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 8ª ed., París, Dalloz, 2004, p. 408.

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

35 D. MCCLEAN & K. BEEVERS, Morris, *The Conflict Of Laws*, 6th ed., Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005.

matrimonio se “degrada”, forzosamente, al nivel de una “unión civil”). Por ejemplo: los contrayentes son “cónyuges” en España pero sólo “convivientes de pareja registrada” en Alemania, Inglaterra y Suiza, lo que tiene consecuencias jurídicas. Por ejemplo: las consecuencias legales de una “unión registrada” según la Ley suiza (= “*unione domestica registrata*”) son “similares” a las de un matrimonio, pero no son “iguales”. Y queda un interrogante de gran calado: si dos varones casados entre sí en España no son considerados “cónyuges” en Suiza, Inglaterra o Alemania, ¿podrán entonces divorciarse en algunos de estos países, o no podrán? Es claro que sólo los cónyuges pueden divorciarse. Los convivientes sólo pueden “disolver” su “unión civil”. Si no pueden divorciarse ante los tribunales del país en el que residen habitualmente, la situación podría vulnerar la mismísima “tutela judicial efectiva” (art. 24 CE 1978) y el “derecho a un proceso equitativo” (art. 6 CEDH 1950): “nacionalizar” un matrimonio y convertirlo sin más en una “unión civil” cuando dicho matrimonio “cruza la frontera”, tiene esos problemas. Segundo: la solución es nacionalista y legeforista, porque sólo admite las categorías jurídicas y las instituciones del Derecho nacional (= *Lex Fori*): el mundo entero debe “adaptarse” al Derecho nacional, a las categorías de la *Lex Fori*.

64. Segundo mecanismo: el “orden público internacional atenuado”. Esta solución fue propuesta, ya en el siglo XIX, por L. V. BAR y A. PILLET. Estos autores subrayaron que las “relaciones jurídicas legalmente nacidas y creadas en un país extranjero” con arreglo a sus Leyes, producen “distintos efectos”. En esta línea, los “efectos nucleares” de tales situaciones jurídicas deben estimarse contrarios al orden público internacional del país cuyas autoridades conocen del asunto, pero otros “efectos periféricos” de dichas situaciones no deben estimarse contrarios a tal orden público internacional. Ello parece lógico, porque la situación jurídica (= el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España) es una situación jurídica “alejada” del país cuyas autoridades conocen del asunto, por lo que la intervención del orden público internacional debe limitarse sólo a los “efectos nucleares” derivados del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado válidamente en España. Los demás efectos, los “efectos periféricos” del matrimonio entre personas del mismo sexo, “sobreviven” en otros países aunque las legislaciones de tales países no admitan tales matrimonios. La teoría ha sido acogida en diversos países europeos, como Francia y España (STS diciembre 1963, STS 13 marzo 1969, STS 12 julio 1969, RDGRN 3 diciembre 1996 y RDGRN [3ª] 20 febrero 1997, RDGRN 10 octubre 2005), especialmente en relación con los distintos efectos jurídicos que producen en Europa los matrimonios poligámicos válidamente celebrados en otros países. La teoría presenta ventajas. En primer lugar, se refuerza la “seguridad jurídica de los particulares afectados” (P. MAYER / V. HEUZÉ<sup>36</sup>), pues con el simple “cruce de frontera” la situación jurídica no se

evapora totalmente. En segundo lugar, se acepta la situación jurídica extranjera, como tal, hasta donde es posible (= el matrimonio celebrado en España seguirá siendo “matrimonio” en Francia, por ejemplo), pero sin “degradarla” ni “transformarla” artificialmente en otra institución jurídica (= por ejemplo, en una “unión civil”, que es algo que el matrimonio no es): el matrimonio “español” entre personas del mismo sexo no se “nacionaliza” transformándose obligatoriamente en una “unión civil registrada francesa”. Pero esta tesis también plantea inconvenientes: la distinción entre “efectos nucleares” y “efectos periféricos” de la situación jurídica legalmente creada en un Estado es nebulosa y difícil de concretar. Ejemplo: ¿se estimará que un varón francés casado legalmente en España con otro varón francés es “cónyuge” a efectos de alimentos, de divorcio, de responsabilidad parental, a efectos fiscales, de pensión de viudedad, etc.? ¿Qué efectos jurídicos son “nucleares” y qué efectos jurídicos son “periféricos”? En la práctica europea relativa a los matrimonios poligámicos la respuesta suele ser la siguiente: los matrimonios poligámicos no pueden celebrarse en Europa ni pueden inscribirse en los Registros civiles europeos, pero, en general, todos los demás efectos jurídicos derivados de tales matrimonios son aceptados (= alimentos, pensión de viudedad, beneficios fiscales, los hijos ostentan una filiación “matrimonial”, etc.). Pues bien, en relación con los efectos jurídicos en otros países de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en España, la solución podría ser semejante: tales “matrimonios” no podrán celebrarse en países que no admiten dichos enlaces (= incluso aunque la Ley personal de los contrayentes sea la Ley española), ni tampoco podrán inscribirse en los Registros Civiles oficiales de dichos países, pero se admitirá el resto de los efectos jurídicos que surte el “matrimonio”.

65. Aunque el mecanismo del “orden público internacional atenuado” (= segundo mecanismo expuesto) es, sin duda, mejor que la “nacionalización de instituciones jurídicas” (= primer mecanismo expuesto), ninguno de ellos es plenamente satisfactorio. En alguna medida, el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado válidamente en España, deja de ser tal “matrimonio” con “plenos efectos” en otros países que no admiten dichos enlaces. Por ello se puede avanzar un paso más en esta reflexión y se pueden sugerir nuevas soluciones.

## **B) Efectos en los Estados miembros de la UE de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en España.**

66. España pertenece la Comunidad Europea. Forma con los demás Estados miembros, una auténtica “comunidad jurídica” caracterizada no sólo por las

---

36 P. MAYER / V. HEUZE, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 8ª ed., 2004, pp. 149-154.



tradicionales libertades comunitarias (= libre circulación de mercancías, libre establecimiento, libre prestación de servicios, libre circulación de capitales y libre circulación de trabajadores), sino por la “libre circulación de personas” en el territorio de los Estados miembros. La Comunidad Europea es hoy mucho más que un “mercado interior”. Es también un “espacio de libertad, de seguridad y de justicia” (art. 61 TCE), un espacio por el que los ciudadanos de la UE, los nacionales de los Estados miembros, tienen derecho a circular libremente<sup>37</sup>. Y “circular libremente” significa circular sin “obstáculos jurídicos”.

67. Pues bien: hace ya más de diez años que el TJCE afirma que las normas de DIPr. de los Estados miembros pueden constituir, en ciertos casos, un “perjuicio”, “menoscabo”, “restricción” u “obstáculo” a la libre circulación de personas y a las demás libertades comunitarias (STJCE 30 marzo 1993, *Konstantinidis*; STJCE 2 diciembre 1997, *Dafeki*; STJCE 23 noviembre 2000, *Elsen*; STJCE 9 marzo 1999, *Centros*; STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*, STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*; STJCE 2 octubre 2003, *García Avello*). Y ¿cómo es que las normas de DIPr. de los Estados miembros pueden provocar “obstáculos” a las libertades comunitarias? Pues muy sencillo: porque, como ha explicado magistralmente H. GAUDEMET-TALLON<sup>38</sup>, una situación legalmente existente en un Estado miembro, creada con arreglo a las normas de DIPr. de ese Estado miembro, puede no ser considerada como “existente” y/o “válida” en otro Estado miembro. Cuando la situación jurídica “cruza la frontera” desde un Estado comunitario a otro, la Ley aplicable a la misma cambia, porque las normas de DIPr. del Estado de origen (= con arreglo a las cuales ha sido creada la situación jurídica), son diferentes de las normas de DIPr. del Estado de destino de la situación jurídica. La “nueva Ley aplicable” a la situación jurídica puede considerar que ésta no existe o no es válida.

68. Este “cambio de Ley aplicable” puede comportar un obstáculo evidente a la “libre circulación intracomunitaria” de los ciudadanos comunitarios. En efecto: si el “cruce de frontera” comporta un “cambio de Ley aplicable”, puede suceder que una situación legalmente existente en un Estado comunitario se considere “inexistente” o “inválida” en otro Estado comunitario o surta solamente, unos “efectos legales

---

37 Art. 18.1 TCE: "Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación".

38 H. GAUDEMET-TALLON, "De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne", *Estudos Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 159-185.

recortados” (= como indica el DIPr. alemán respecto de los matrimonios entre personas del mismo sexo, que son “degradados” al nivel de una unión civil alemana regulada en el Código Civil alemán y en el *Lebenspartnerschaftsgesetz*: § 17.b número 4 del EGBGB). Resultado final: el ciudadano comunitario se sentirá “desincentivado” a circular de un Estado miembro a otro Estado miembro, porque sabe que si “cruza la frontera” con destino a ese otro Estado miembro, una situación jurídica legalmente válida y existente que le resulta necesaria al sujeto para ejercer sus “libertades comunitarias”, puede “evaporarse” y desvanecerse en la nada o resultar “jurídicamente degradada”. El “cambio de Ley aplicable” es un obstáculo a la libre circulación de personas. Negar efectos jurídicos en otros Estados miembros, a los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados válidamente en España puede vulnerar el art. 18 TCE. Este precepto recoge el derecho de los ciudadanos europeos a la “libre circulación en la UE”, sin obstáculos jurídicos.

Pues bien: cuando dos personas del mismo sexo casadas válidamente entre sí en España, “cruzan la frontera” y se trasladan a otro Estado miembro de la UE, su matrimonio se “desvanece” si en ese otro Estado miembro se niegan plenos efectos a los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en España. En ese otro Estado miembro, los cónyuges pueden no ser considerados un “matrimonio”, y no existirá su régimen económico matrimonial, ni tampoco sus obligaciones alimenticias, ni se podrán divorciar, ni habrá pensión compensatoria tras el divorcio porque no hay divorcio, ni percibirán beneficios fiscales como “matrimonio” porque en ese otro Estado miembro no son un “matrimonio”, etc.

Ejemplo: una pareja de mujeres, una de nacionalidad irlandesa y otra de nacionalidad española, contraen matrimonio civil en España ante juez español en diciembre de 2005. En diciembre de 2006, y por motivos laborales, deciden trasladarse a vivir a Dublín. Pues bien: este matrimonio entre personas del mismo sexo cruza la frontera con destino a Irlanda, pero es muy posible que dicho matrimonio no sobreviva al “cruce de frontera”, porque las autoridades irlandesas considerarán que tal “matrimonio” no es un “matrimonio”, ya que produce efectos contrarios al “orden público internacional irlandés”. Las dos mujeres, ciudadanas comunitarias, encuentran un fuerte obstáculo a su movilidad y circulación en la UE: su matrimonio, válido en España, no existirá en Irlanda. En Irlanda no serán considerados “cónyuges” y por tanto, no tendrán régimen económico matrimonial, ni tampoco existirán sus obligaciones alimenticias, ni se podrán divorciar, ni habrá pensión compensatoria tras el divorcio porque no hay divorcio posible en Irlanda, ya que en dicho Estado no se considera que estas mujeres están casadas. Todos estos inconvenientes son “obstáculos” a la libre circulación intracomunitaria de ciudadanos europeos.

69. Los “obstáculos” a la libre circulación de personas están prohibidos por el art. 18 TCE. La norma de conflicto del Estado destino constituye un obstáculo a la libre circulación de personas en la UE. La solución al problema es un “proceso en dos fases” (*Two-Stage Process*)<sup>39</sup>.

Primero. Si el “cambio de Ley aplicable” conduce a una vulneración de las libertades comunitarias, las normas de DIPr. del Estado de destino deben ser “eurodepuradas” (= se debe “recortar” su alcance para que sintonicen con el Derecho Comunitario). Por tanto, la norma de DIPr. del Estado de destino no se puede aplicar, ya que es contraria al Derecho Comunitario.

Segundo. La situación jurídica considerada como “existente” y “válida” en un país comunitario debe estimarse también “existente” y “válida” en los demás países comunitarios. Sólo así se elimina el obstáculo a libre circulación en la UE. En efecto: no parece defendible sostener que la Ley extranjera con arreglo a la cual nació la situación jurídica pueda no ser aplicada en otro Estado miembro por estimarse contraria a los principios básicos del Derecho de dicho Estado (= “cláusula de orden público internacional”), pues en tal caso, el “orden público internacional” perjudicaría un derecho fundamental de los ciudadanos europeos, su “libre circulación intracomunitaria”, derecho subjetivo que debe prevalecer. Además, el art. 18 TCE es muy claro: el precepto indica que “[t]odo ciudadano de la Unión *tendrá derecho* a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros...” (cursiva añadida), precepto que emplea el verbo en tiempo futuro de indicativo “*tendrá derecho*” (= lo que recuerda a la formulación literal de la *Full Faith And Credit Clause* de la Constitución de los Estados Unidos de América, también en tiempo futuro). Y las excepciones a este derecho subjetivo a la libre circulación sólo pueden fundarse en el propio Tratado de la Comunidad Europea o en disposiciones de Derecho Comunitario. Por tanto, si no existen en la actualidad tales excepciones, no parece posible crearlas por vía jurisprudencial o interpretativa. En otras palabras: el “orden público internacional” podría ser incompatible con la libertad de circulación intracomunitaria. Tampoco parece adecuado invocar la teoría del fraude ni el abuso de Derecho, pues ello perjudicaría la libre circulación intracomunitaria de los ciudadanos europeos. Por ello, “orden público internacional”, “fraude de Ley” y “abuso de Derecho” son construcciones que no encajan bien en el DIPr. Comunitario. Naturalmente, el “orden público

---

39 A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 6ª edición, Granada, Ed. Comares, 2005, pp. 31-37.

internacional” puede ser un contrapeso correcto a la libertad de circulación de los ciudadanos comunitarios en la UE, pero para ello sería preciso que un instrumento legal comunitario así lo recogiese de modo expreso. Se podrá argumentar, en sentido contrario, que un país sin matrimonios entre personas del mismo sexo, como por ejemplo, Italia, se ve obligado a aceptar unos matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en España sólo por el hecho de que tales matrimonios son posibles en España. Es cierto. Pero es el precio a pagar por un espacio sin fronteras ni obstáculos a la libre circulación de personas en la UE. La “eurodepuración” de las normas de DIPr. de los Estados miembros es un potente factor de integración europea y debe ser bienvenida.

70. La “eurodepuración” de las normas de DIPr. de los Estados miembros es necesaria porque las normas de conflicto de los Estados miembros son distintas de país a país. Por ello, la solución futura para evitar los “cambios de Ley aplicable” que provocan obstáculos a las libertades comunitarias, es sencilla: las autoridades comunitarias deben elaborar “normas uniformes” de DIPr. válidas para todos los Estados miembros. De ese modo, una situación existente y válida en un Estado miembro será siempre considerada existente y válida en los demás Estados miembros, pues el “cruce de frontera” no implicará ningún “cambio de Ley aplicable”. En otras palabras: esta situación de “cruce de frontera” explica por qué el DIPr. se ha comunitarizado, por qué las autoridades comunitarias han asumido las competencias legislativas para dictar Reglamentos comunitarios que “unifican” las normas de conflictos de Leyes de los Estados miembros. Sólo de esa manera se evita que el “cruce de frontera” produzca la “desaparición” o “degradación jurídica”, en ciertos Estados miembros, de situaciones legalmente creadas en otro Estado miembro de la UE. La conclusión de lo anterior es evidente: la comunitarización del DIPr. no es exclusivamente un capricho de los burócratas y de los políticos de Bruselas. No es sólo un proceso político de transferencia de competencias legislativas desde los Estados miembros a las autoridades comunitarias. La comunitarización del DIPr. es mucho más que eso: es, fundamentalmente, una exigencia de la integración europea, una necesidad de los ciudadanos de la Unión Europea, como ha subrayado la doctrina<sup>40</sup>.

---

40 S. BARIATTI, "Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario", *RDIPP*, 2003, pp. 671-706; J. BASEDOW, "The communitarisation of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam", *CMLR*, 2000, p. 687 ss.; ID., "European Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam", en P.J. BORCHERS / J. ZEKOLL (EDS.), *Essays F.K. Juenger*, Nueva York, 2001, pp. 175-192; K. BOELE-WOELKI, "Unification and Harmonisation of Private International Law in Europe", *Liber Amicorum K. Siehr*, TMC Asser Press, The Hague, 2000, pp. 61-77; TH.M. DE BOER, "Prospects for European Conflicts Law in the Twenty-First Century", *Essays F.K. Juenger*, Nueva York, 2001, pp. 193-214; S.

Por otra parte, en el instrumento jurídico comunitario que se adopte, se podrían incluir ciertos "límites a la libre circulación de personas", algo que está admitido por el mismo art. 18.1 TCE. Por ejemplo, un futuro e hipotético Reglamento comunitario sobre la Ley aplicable al matrimonio ya su reconocimiento, podría contener una cláusula que permitiera a ciertos Estados miembros no "reconocer" los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados válidamente en otros Estados.

Ejemplo: si el futuro e hipotético Reglamento comunitario sobre matrimonios indica que las condiciones de fondo del matrimonio se rigen por la Ley del país del domicilio de cada cónyuge (*Dual Domicile Doctrine*), o la Ley del país de celebración del matrimonio (*Lex Loci Celebrationis*), dicha norma de conflicto será la misma para todos los Estados miembros. Y por tanto, cuando un matrimonio válidamente celebrado en un Estado miembro se "haga valer" en otro Estado miembro, éste lo deberá considerar, -salvo reserva, en su caso, siempre excepcional, del orden público internacional-, como "válido y existente".

Mientras el futuro e hipotético Reglamento comunitario sobre "Ley aplicable y reconocimiento de matrimonios" no exista, parece claro que los Estados comunitarios deben aceptar la existencia y validez de un matrimonio entre personas del mismo sexo válidamente celebrado en otro Estado miembro. Al menos, ésa ha

---

BRUINIER, *Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das internationale Privatrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; A.-L. CALVO CARAVACA, "El DIPr. de la Comunidad Europea", *International Law. Revista colombiana de Derecho internacional*, núm.2, diciembre 2003, pp. 277-300; H. GAUDEMET-TALLON, "De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne", *Estudos Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 159-185; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "The EU and a metamorphosis of Private International Law", *Essays P. North*, Oxford UP, 2002, pp. 111-136; CH. KOHLER, "Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam", *RCDIP*, 1999, pp. 1-30; P. LAGARDE, "Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures", *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243; S. LEIBLE / A. STAUDINGER, "El art. 65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del DIPr. y procesal?", *AEDIP*, vol.I, 2001, pp. 89-115; PH.-E. PARTSCH, *Le droit international privé européen de Rome a Nice*, Bruxelles, Lacier, 2003; P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e Diritto comunitario*, Cedam, Padova 2004; F. POCAR, "La comunitarizzazione del DIPrivo: una european conflict of laws revolution", *RDIPP*, 2000, pp. 873-884; F. VIANGALLI, *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, Aix-en Provence, 2004; R. WAGNER, "EG-Kompetenz für das Internationale Privatrecht in Ehesachen?", *RabelsZ*, 2004, pp. 119-153; K. WANNEMACHER, *Die Aussenkompetenzen der EG im Bereich des Internationalen Zivilverfahrensrechts: des räumliche Anwendungsbereich des Art. 65 EGV am Beispiel der EuGVO und der EheVO*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; M. WILDERSPIN / A.-M. ROUCHAUD-JOËT, "La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé", *RCDIP*, 2004, pp. 1-48.

sido la opinión del TJCE en relación con las “sociedades mercantiles” (= la trilogía formada por la STJCE 9 marzo 1999, *Centros*, la STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*, y la STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*, indica que una sociedad válidamente constituida y existente en un Estado miembro debe considerarse como válidamente constituida y existente también en los demás Estados miembros), y en relación con el “derecho al nombre de las personas físicas” (= la STJCE 30 marzo 1993, *Konstantinidis* y la STJCE 2 octubre 2003, *García Avello*, llevan a concluir que el nombre de una persona física atribuido con arreglo al Derecho de un Estado miembro, debe ser aceptado “tal cual” por los demás Estados miembros). En estas parcelas del Derecho, el TJCE ha declarado que las libertades comunitarias no pueden ser frenadas a través de expedientes como el “orden público internacional”, el “fraude Ley”, el “abuso de Derecho” u otros. Si estas decisiones del TJCE se leen entre líneas, se descubre que el TJCE lanza un aviso a navegantes (= los órganos legislativos de la Comunidad Europea y los Estados Miembros) para que, si se desean establecer “límites a las libertades comunitarias”, ello se haga mediante la elaboración de normas comunitarias que así lo recojan.

71. La elaboración de normas de conflicto comunes para toda la UE en relación con los matrimonios es también positiva porque acaba con paradojas legales que vulneran la seguridad jurídica y que generan enormes costes para los ciudadanos. Ejemplo: en la actualidad, una mujer griega casada con otra mujer griega en España, podría regresar a Grecia, y visto que tal matrimonio “no existe” para el sistema legal griego, podría contraer matrimonio con un varón en Atenas. Resultado: estaría casada con una mujer en España y con un varón en Grecia. Es cierto que estas paradojas jurídicas son, hasta cierto punto, normales e inevitables en DIPr. En efecto, dichas paradojas legales se producen debido a la existencia de Estados soberanos e independientes en la Comunidad internacional. Sin embargo, cuando tales Estados están integrados en una Comunidad supranacional en la que la “libre circulación de personas” es esencial, es deber del legislador y el intérprete acabar con tales “paradojas”, potenciar la seguridad jurídica y la certeza del Derecho en la UE.

72. En los Estados Unidos de América, los expertos legales y los tribunales se enfrentan a problemas muy similares a los que se plantean en la UE<sup>41</sup>. Existen

---

41 *Vid.*, entre otros muchos, A.D. D'AMATO, "Conflict of Laws Rules and the Interstate Recognition of Same-Sex Marriages", *University of Illinois Law Review*, 1995, pp. 911-943; D.M. HENSON, "Will Same-Sex Marriages Be Recognized in Sister States", *University Of Louisville Journal of Family Law*, 1994, pp. 551-600; S. FRUEHWALD, "Choice of Law and Same-Sex Marriage", *Florida Law Review*, 1999, vol. 51, pp. 799-850; K.T. GRAHAM, "Same-Sex Unions and Conflicts of Law: When 'I Do' May be Interpreted as 'No, You Didn't!'", *Whittier Journal of Child & Family Advocacy*, 2004, vol. 3, pp. 231-283; K.I. KERSCH, "Full Faith and Credit for Same-Sex Marriages?", *Political Science Quarterly*, 1997, vol. 112, pp. 117-136; A. KOPPELMAN, "Dumb and

ciertos *States* que permiten los *Same-Sex Marriages*, y la pregunta es si tales enlaces serán considerados “matrimonios” en otros *States*, especialmente en aquéllos que no admiten tales *Same-Sex Marriages*. El debate jurídico se centra en los siguientes puntos.

1º) En la mayor parte de los *States*, la Ley aplicable a la formación del matrimonio es una Ley única, la Ley del lugar de celebración del matrimonio (*Lex Loci Celebrationis*)<sup>42</sup>.

2º) Sin embargo, la regla *Lex Loci Celebrationis* tiene fuertes límites en el DIPr. norteamericano. En efecto: se niega el reconocimiento de matrimonios válidamente celebrados en ciertos *States* con arreglo a la legislación de tales *States*, en los *States* en cuyo territorio tienen su domicilio los cónyuges si el enlace fue celebrado sin respetar ciertos impedimentos matrimoniales y exigencias contenidas en la Ley del *State* de domicilio de los cónyuges (= impedimentos de edad, parentesco en ciertos grados, matrimonios poligámicos, incestuosos, etc.). Los “*States* de destino” (= *States* de domicilio de los cónyuges) oponen su “orden público internacional” contra el reconocimiento de los matrimonios, incluyendo, naturalmente, los *Same-Sex Marriages*, celebrados válidamente en otros *Sister-States*. La regla *Lex Loci Celebrationis* no es, entonces, tan simple, tan sencilla ni tan generosa como puede pensarse, porque las excepciones, en la práctica, pueden devorar la regla general y resurge, otra vez, la *Lex Domicilii*. Para dos sujetos domiciliados en un *State* que no admite los *Same-Sex Marriages*, no es suficiente “cruzar la frontera” para contraer este matrimonio en un *State* que sí los admite: su matrimonio no será válido en el *State* donde residen. El viaje puede haber sido romántico, pero será inútil.

---

DOMA: Why the Defense of Marriage Act is Unconstitutional", *Iowa Law Review*, 1997, vol. 83, pp. 1-33; A. KOPPELMAN, "Same-Sex Marriage, Choice of Law, and Public Policy", *Texas Law Review*, 1998, vol. 76, pp. 921-1001; A. KOPPELMAN, "Interstate Recognition of Same-Sex Marriages and Civil Unions: a Handbook for Judges", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 153, 2005, pp. 2143-2194; M.H. REDISH, "Same-Sex Marriage, the Constitution, and Congressional Power to Control Federal Jurisdiction: Be Careful What You Wish For", *Lewis & Clark Law Review*, 2005, pp. 363-380; CH. RIZZO, "Banning State Recognition of Same-Sex Relationships: Constitutional Implications of Nebraska's Initiative 416", *Journal of Law & Policy*, 2002, pp. 1-66; L. SILBERMAN, "Same-Sex Marriage: Refining the Conflict of Laws Analysis", *University of Pennsylvania Law Review*, 2005, vol. 153, pp. 2195-2214; M. STRASSER, "Marriage, Transsexuals, and the Meaning of Sex: on DOMA, Full Faith and Credit, and Statutory Interpretation", *Houston Journal of Health Law & Policy*, 2003, pp. 301-330; T.B. WOLFF, "Interest Analysis in Interjurisdictional Marriage Dispute (Current Debates in the Conflict of Laws)", *University of Pennsylvania Law Review*, 2005, vol. 153, pp. 2215-2250.

42 E.F. SCOLES / P. HAY / P.J. BORCHERS / S.C. SYMEONIDES, *Conflict of Laws*, 3ª ed., Hornbook series, West Group, St. Paul, Minn., 2000, pp. 542-576.

3º) Ciertos autores sostienen que la *Full Faith And Credit Clause* contenida en la Sección 1 del artículo IV de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América, comportaría una obligación para todos los *States* de admitir la validez de tales enlaces celebrados en otros *States* con arreglo a sus Leyes (Ley del lugar de celebración del matrimonio)<sup>43</sup>. Pero la cosa no está tan clara. Algunos expertos legales aceptan que un “*marriage certificate*” expedido por las autoridades del *State* donde se ha celebrado el *Same-Sex Marriage*, es un “*judgment*” a efectos de la *Full Faith And Credit Clause*. Sin embargo, otros expertos indican que tales *marriage certificates* no son *judicial proceedings* porque no implican una “acción judicial” ni resuelven un litigio, que son los requisitos esenciales para que una decisión judicial sea considerada un *judicial Proceeding* a efectos de la *Full Faith And Credit Clause*. Se ha sugerido una solución al dilema: los contrayentes podrían instar, de los tribunales del *State* de celebración del matrimonio, una “resolución judicial meramente declarativa” (= *declaratory judgment*) en el que conste su *legal status* como “casados”. Per la solución no convence: serían decisiones judiciales dictadas sin oposición que no podrían obligar a sujetos que no han sido partes en el procedimiento. Por tanto, tampoco se beneficiarían de la *Full Faith And Credit Clause*. Más dudas: otros autores indican que la *Full Faith And Credit Clause* también obliga a los distintos *States* de la Unión a admitir la aplicación de las “Leyes” de los demás *Sister-States* y no sólo de las resoluciones judiciales dictadas en los demás *Sister-States*. Pero este nuevo argumento se enfrenta con una afirmación indiscutida en la jurisprudencia del *Supreme Court USA*: todo *State* puede oponer “su orden público internacional” para denegar, en casos extremos, el reconocimiento de decisiones judiciales y la aplicación de Leyes de otros *Sister-States* si tales decisiones o Leyes vulneran las *policy preferences* del “*State* de destino”. El Tribunal Supremo norteamericano ha declarado que el binomio “*Lex Loci Celebrationis* corregido por el orden público internacional” es plenamente constitucional (*Sun Oil Company vs. Wortman*, 1988).

4º) Otros autores, encabezados por el intrépido L. KRAMER<sup>44</sup>, han subrayado que el Tribunal Supremo norteamericano se equivoca: el orden público internacional es incompatible con la *Full Faith And Credit Clause* y por tanto, el orden público

---

43 “*Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State. And the Congress may by general Laws prescribe the Manner in which such Acts, Records and Proceedings shall be proved, and the Effect thereof*”.

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



internacional, en casos de conflictos internos en USA, es “inconstitucional”. Es cierto que la Constitución Federal de los Estados Unidos de América no contiene ningún límite expreso a la *Full Faith and Credit Clause*, razón por la que el “orden público internacional” es, en caso de “conflictos internos” en USA, radicalmente inconstitucional. La afirmación es poderosa. Pero contrasta con los hechos: el mismo Tribunal Supremo norteamericano ha admitido, como se ha dicho antes, que el orden público internacional es un “límite inherente” a las normas de conflicto, límite que encaja bien con la Constitución (= “*long established and still subsisting choice-of-law practices*”): toda regla tiene su excepción, dice la *Supreme Court* norteamericana.

5º) Para acabar de complicarlo todo, en 1996, -dos años antes del “*affaire Monica Lewinsky*”-, el que fuera cuadragésimosegundo Presidente de los Estados Unidos de América, William Jefferson (Bill) Clinton, dio vía libre a la DOMA (“*Defense of Marriage Act*” de 21 septiembre 1996, 1 U.S.C. §7, 28 U.S.C. §1738c), Ley que indica que ningún *State* está obligado a aceptar la validez y los efectos legales de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados válidamente en otros *States* de la Unión. Es decir, la DOMA interfiere en la acción de la “*Full Faith And Credit Clause*” contenida en la Constitución Federal de los Estados Unidos de América y “recorta su radio de acción”<sup>45</sup>. Y precisamente por ello, numerosos expertos legales han entendido que, en este punto, la DOMA es inconstitucional. Pero no faltan los autores que afirman que la DOMA es irrelevante: esta Ley permite que los *States* invoquen su orden público internacional para frenar el reconocimiento en su territorio de los *Same-Sex Marriages* celebrados en otros *States*, algo que ya estaba permitido a tenor de la interpretación que el mismo Tribunal Supremo de los Estados Unidos sostiene en relación a la *Full Faith and Credit Clause*, como se ha visto (P.J. BORCHERS<sup>46</sup>).

---

45 DOMA, Section 2 (“Powers reserved to the States”): “*No State, territory, or possession of the United States, or Indian tribe, shall be required to give effect to any public act, record, or judicial proceeding of any other State, territory, possession, or Indian tribe respecting a relationship between persons of the same sex that is treated as a marriage under the laws of other State, territory, possession, or tribe, or a right or claim arising from such marriage*”. DOMA (“Section 3: Definition of Marriage”): “*In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word ‘marriage’ means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word ‘spouse’ refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife*”.

46 P.J. BORCHERS, “*Baker vs. General Motors: Implications for Interjurisdictional Recognition of Non-Traditional Marriages*”, *Creighton Law Review*, 1998, vol. 147, pp. 154-158.

Como se observa, aunque el debate jurídico norteamericano tiene su peculiaridades, sus rasgos básicos son muy similares al debate europeo: una disposición superior (= Constitución USA - Tratado de la Comunidad Europea) que asegura la libre circulación y la validez en todos los Estados implicados (= de la Unión o de la UE), de las situaciones legales creadas válidamente en un Estado (= *Full Faith And Credit Clause* - Libre circulación sin obstáculos), disposición que se enfrenta a las pretensiones de frenar tal “validez internacional de las situaciones legales en ciertos Estados mediante la utilización del “orden público internacional”.

### **C) Efectos en terceros Estados de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en España.**

73. En relación con terceros países (= Estados no miembros de la UE), el hecho de que los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en España puedan ser claudicantes es inevitable. También es inevitable el hecho de que un matrimonio poligámico celebrado en Argelia sea “claudicante” y que, por tanto, no surte “plenos efectos legales” en España y en el resto de los Estados europeos, que oponen su orden público internacional contra tales matrimonios poligámicos. Este ejemplo demuestra que la existencia de situaciones jurídicas claudicantes en el plano internacional ha existido siempre. Por tanto, *nihil novo sub sole*. Pero debe llamarse la atención sobre la diferencia que existe entre la eficacia de un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España en un Estado miembro (= porque el art. 18 TCE obliga a los Estados miembros a “aceptar” la existencia y validez de tal matrimonio), y la eficacia de tal matrimonio entre personas del mismo sexo en terceros Estados (= no obligados a aceptar la validez de tal matrimonio en su país). Los Estados miembros componen una “Comunidad de Estados” en la que la libre circulación de personas está garantizada (art. 18 TCE): los Estados miembros son “*friendly States*”, de modo que las situaciones válidamente creadas con arreglo al DIPr. de un Estado miembro deben, por ello, ser aceptadas en los demás Estados miembros. Volviendo, por último, la mirada a la situación en relación con “terceros Estados”, debe recordarse que el hecho de que el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España pueda ser “claudicante” en tales terceros países será, con frecuencia, un problema más teórico que real. En efecto: si los cónyuges casados en España no van a volver jamás a sus países de origen, no tienen bienes allí ni familia, el hecho de que su matrimonio válidamente celebrado en España no tenga efectos legales en dicho país, resulta irrelevante desde el punto de vista práctico. Puede también recordarse que los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en España suelen afectar a personas con residencia habitual en España, por lo que los efectos que tales

matrimonios pueden producir en los países cuya nacionalidad ostentan los cónyuges, son “efectos periféricos”. Por ello, si los terceros Estados acogen la tesis del “orden público internacional atenuado”, tales terceros Estados no verán vulnerado su orden público internacional por el hecho de admitir que los contrayentes son “cónyuges” sólo a tales “efectos periféricos”.