

## LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL\*

María Ángeles RODRÍGUEZ VÁZQUEZ\*\*

**RESUMEN:** En el derecho español, desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005 está permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo. La ley guarda silencio sobre las cuestiones de derecho internacional privado y, en la práctica, numerosos problemas se han planteado ante los órganos judiciales españoles. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha afirmado que los extranjeros cuya ley personal no permita el matrimonio homosexual pueden contraer matrimonio en España ya que se considera que la diversidad de sexos en el matrimonio no es una cuestión de capacidad, sino un elemento vinculado directamente a la institución matrimonial, por lo que ha de aplicarse la ley española; y porque el derecho extranjero que no permite el matrimonio entre personas del mismo sexo vulnera el orden público español.

**Palabras clave:** Matrimonio entre personas del mismo sexo, derecho internacional privado.

**ABSTRACT:** *In the Spanish law since the entry into force of de Law 13/2005 is allowed the same-sex marriage. The Law says nothing about questions of Private International Law and, in the practice, numerous problems have appeared before the judicial Spanish organs. The Dirección General de los Registros y del Notariado has affirmed that foreigners whose national law does not allow same-sex marriage can celebrate this marriage in Spain because it is considered that the diversity of sex in marriage is not a question of capacity, but an element linked directly to the matrimonial institution that is governed by the Spanish law; and because the foreigner law does not allow same-sex marriage damages the public Spanish order.*

**Descriptors:** *Same-sex marriage, Private International Law.*

\* Artículo recibido el 21 de octubre de 2007 y aceptado el 21 de enero de 2008.

\*\* Doctora en derecho internacional privado y profesora en la Universidad de Sevilla.

SUMARIO: I. *La aprobación de la Ley 13/2005 y su silencio sobre las cuestiones de derecho internacional privado.* II. *La celebración del matrimonio ante autoridades españolas. La competencia y la ley aplicable.* III. *La eficacia extraterritorial del matrimonio homosexual celebrado en España.* IV. *A modo de conclusión. Los problemas que pueden plantearse a largo plazo.*

## I. LA APROBACIÓN DE LA LEY 13/2005 Y SU SILENCIO SOBRE LAS CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Sin lugar a dudas, y en los tiempos que vivimos, pocas leyes han causado tanto impacto y revuelo —político y social— como la aprobación y entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1o. de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.<sup>1</sup> Desde que se anunciase su elaboración hasta su definitiva promulgación, diferentes sectores de la sociedad se movilizaron, bien mostrando su total rechazo, bien apoyando la idea de la apertura del matrimonio a personas del mismo sexo. A todo ello hay que sumar el despliegue de los medios de comunicación —que nos mostraron casi en vivo y directo la celebración de la primera “boda gay” en nuestro país—, y la repercusión mediática de los enlaces matrimoniales de algunos personajes públicos españoles —del ámbito de la política, del mundo del deporte o de la televisión—.

Tras esta inicial crispación o euforia —según se mire—, y tras dos años de vigencia de la ley, nos encontramos ante una situación de “aparente calma”, motivada, quizás, por el dato de que no se ha producido la tan temida avalancha de bodas.

En 2006, y como resulta de los datos suministrados por el Instituto Nacional de Estadística, se registraron en España 211.818 matrimonios. El número de matrimonios en los que ambos cónyuges eran del

<sup>1</sup> *BOE*, núm. 157, 2 de julio de 2005. Para un estudio de su tramitación parlamentaria, véase Alventosa del Río, J., “La ley 13/2005, de 1 de julio, de reforma del matrimonio en el Código Civil. Génesis y contenido”, en *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 107-194.

mismo sexo representó el 2'16% del total. En 3190 matrimonios, el sexo de ambos cónyuges fue varón, y en 1384 fue mujer.

Téngase en cuenta que no pueden celebrarse matrimonios entre personas que no tengan ninguna vinculación con el ordenamiento español. Según lo dispuesto en el artículo 57, CC, la competencia para celebrar el matrimonio civil en España corresponde al juez, alcalde o funcionario correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes. Exigiendo esta vinculación se evita el denominado “turismo matrimonial”.

Esta situación se mantendrá, puesto que hasta la fecha no se ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Partido Popular el 28 de septiembre de 2005, admitido a trámite mediante Providencia de 25 de octubre de 2005.<sup>2</sup> También habrá que esperar a los resultados de las elecciones generales convocadas para el 9 de marzo de 2008, puesto que de ganar el Partido Popular, seguro que se acometerán reformas en la materia.<sup>3</sup>

Lo que sí ha quedado resuelto es la imposibilidad de que un juez encargado del Registro Civil, competente para tramitar el expediente matrimonial, pueda presentar ante el Tribunal Constitucional una cuestión de constitucionalidad. La situación se planteó porque a los pocos días de la entrada en vigor de la Ley 13/2005 se presentaron varias cuestiones de inconstitucionalidad por los jueces de Primera Instancia de Denia (Alicante) y Telde (Gran Canaria) y por el juez encargado del Registro Civil de Burgos, que, en el marco de la instrucción de los respectivos expedientes de matrimonios homosexuales, entendieron que el nuevo artículo 44, CC, era inconstitucional. El TC ha afirmado que la “cuestión de inconstitucionalidad sólo puede ser promovida por órganos judiciales cuando ejercen jurisdicción” y que “en el marco de los expedientes matrimoniales un juez encargado del Registro Civil no desarrolla una función jurisdiccional... y tampoco puede calificarse de jurisdiccional la decisión, pese a su denominación de auto, que ha de adoptar en el expediente matrimonial aprobando o

<sup>2</sup> *BOE*, núm. 273, 15 de noviembre de 2005.

<sup>3</sup> En el programa electoral del Partido Popular, varias medidas se barajan en este ámbito, como, por ejemplo, la creación de un Ministerio de la Familia y del Bienestar Social o el cambio de denominación de estas uniones que pasarían de ser “matrimonios” a ser “parejas de hecho”.

denegando la celebración del matrimonio, al ser susceptible de recurso y revisión ante un órgano administrativo”.<sup>4</sup>

Otra cuestión de calado constitucional es la que hace referencia a si es posible que las autoridades españolas, competentes para celebrar el matrimonio, se amparen en la objeción de conciencia para negarse a dicha celebración. A diferencia de lo que ha ocurrido en otros países, como Canadá, en nuestra normativa no se ha recogido ninguna previsión.<sup>5</sup> Al respecto, el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 22 de noviembre de 2006 sobre recurso contra el acuerdo de 7 de febrero de 2006 sobre denegación del derecho de objeción de conciencia en expedientes matrimoniales entre personas del mismo sexo, ha afirmado expresamente que “el estricto sometimiento del juez al principio de legalidad —cualquiera que sea su específico cometido profesional, siempre que el mismo sea realizado, precisamente, por y en su condición de juez— impide considerar como conforme a derecho la objeción de conciencia planteada por el recurrente, en la medida en que la admisión de su ejercicio supondría dar carta de naturaleza a la inaplicación, por su parte (y con base en razones religiosas), de una norma legal que, en su calidad de miembro del Poder Judicial, está llamado a aplicar, sin que por lo demás, exista norma constitucional o legal que ampare o posibilite una tal posibilidad en el concreto caso examinado”.

Sin entrar en la constitucionalidad o no de la ley, puesto que no nos compete, y dado que existen sólidas opiniones en uno y otro sentido,<sup>6</sup> el objetivo de este trabajo es analizar la Ley desde la perspecti-

<sup>4</sup> Autos del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2005, *La Ley*, núm. 6394, 5 de enero de 2006. Para su valoración, véase Cañamares Arribas, S., *El matrimonio homosexual en derecho español y derecho comparado*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 77-83.

<sup>5</sup> Durante la tramitación de la Ley, varios grupos parlamentarios presentaron enmiendas que tenían por objetivo introducir una disposición que reconociese el derecho a la objeción de conciencia. Véase Navarro-Valls, R., “La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo” y Malo González, F., “Objeción de conciencia a la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo”, en Martínez Calcerrada, L., *La homosexualidad y el matrimonio. Ley 13/2005, de 1 de julio*, Madrid, Ediciones Académicas, 2005, pp. 222-248 y pp. 249-281, respectivamente; Cañamares Arribas, S., *op. cit.*, nota 4, pp. 57-76.

<sup>6</sup> Téngase en cuenta que el Dictamen del Consejo de Estado consideró que el derecho constitucional al matrimonio se reserva a personas de distinto sexo, pudiendo regularse otros modos de convivencia diferentes al matrimonio (véase Rodríguez-Arana Muñoz, J., “Sobre el Dictamen del Consejo de Estado y el matrimonio entre per-

va del derecho internacional privado, ya que es innegable que en la sociedad multicultural y globalizada en la que vivimos —y en la que cada vez son más frecuentes los matrimonios mixtos— su regulación va a tener una repercusión directa en los asuntos de tráfico jurídico externo.

A diferencia de lo que ha ocurrido en otros países de nuestro entorno que, *grosso modo*, han abordado la regulación de estas uniones mediante la elaboración de leyes de parejas de hecho, uniones civiles o parejas registradas —en algunas ocasiones sólo con algunos efectos y en otras, con efectos muy parecidos a los del matrimonio—, el legislador español ha optado por la extensión del derecho a contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo. España entra así en el “club minoritario de países” que admiten el matrimonio homosexual (junto a Holanda, Bélgica y Canadá).<sup>7</sup>

Diversos modelos se han seguido en Europa para regular las uniones entre personas del mismo sexo: de un lado, los países nórdicos han elaborado leyes de uniones o parejas registradas que les conceden prácticamente los mismos efectos que los del matrimonio (Dinamarca, Noruega, Finlandia, Reino Unido...); otro grupo de países sólo reconocen

sonas del mismo sexo”, *La Ley*, núm. 6170, 18 de enero de 2005, pp. 1 y ss.). En la doctrina véase, entre otros, Aliste Santos, T. J., “Argumentos acerca de la inconstitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, *La Ley*, núm. 6839, 12 de diciembre de 2007, pp. 1 y ss.; Cerdeira Bravo de Mansilla, G., “¿Es inconstitucional hoy el matrimonio homosexual?”, *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril de 2005, pp. 37-56; Pérez Álvarez, S., “El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿una cuestión de inconstitucionalidad?”, <http://www.reei.org>, núm. 12, 2007; Ramos Chaparro, E., “Comentario crítico a la Ley 13/2005 sobre matrimonio homosexual”, *Aranzadi Civil*, mayo de 2006, pp. 2035-2046. Junto al Dictamen del Consejo de Estado, emitieron sus respectivos informes el Consejo General del Poder Judicial y la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. Para un estudio de los mismos, véase Alventosa del Río, J., “La Ley 13/2005...”, *cit.*, nota 1, pp. 128-158; Cañameres Arribas, S., *op. cit.*, nota 4, pp. 43-51.

<sup>7</sup> A ellos hay que unir la jurisprudencia de los tribunales de algunos Estados de los Estados Unidos de América (por ejemplo, Massachussets) y de Sudáfrica que admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo. Para su estudio véase Tomás Ortiz de la Torre, J. A., “Algunas notas para la reflexión ante los nuevos modelos familiares”, en *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005, pp. 252-254.

a dichas uniones limitados efectos (Francia, Portugal...); por último, aquéllos que admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo.<sup>8</sup>

Antes de la Ley 13/2005, en España, varias comunidades autónomas habían dictado leyes sobre parejas de hecho en las que se regulan las uniones homosexuales (Andalucía, Aragón, Baleares, Cataluña...). Con la nueva Ley, tanto la doctrina como el Dictamen del Consejo de Estado, han puesto de manifiesto que pueden plantearse problemas de coexistencia con estas leyes autonómicas.<sup>9</sup>

En efecto, mediante la Ley 13/2005, de 1 de julio, se añade al artículo 44 del Código Civil un segundo párrafo en virtud del cual “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”, y se procede a una adaptación terminológica de los distintos artículos del Código Civil que se refieren o traen causa del matrimonio, así como de una serie de normas del mismo cuerpo legal que contienen referencias expresas al sexo de sus integrantes.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Para un estudio *in extenso* de las distintas legislaciones en el ámbito europeo, véase Calvo Babío, F., “Los matrimonios entre personas del mismo sexo en derecho comparado”, *Revista Iuris*, núm. 89, diciembre de 2004; Camarero Suárez, V., *Las uniones no matrimoniales en el derecho español y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005; González Beilfuss, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2004; Moliner Navarro, R. M., “El matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho comparado”, en *Matrimonio y adopción...*, *cit.*, nota 1, pp. 195-244; Quiñones Escámez, A., *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional*, Atelier, 2007.

<sup>9</sup> García Rubio, María P., “La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, *La Ley*, núm. 6359, 15 de noviembre de 2005, p. 11; Álvarez González, S., “El impacto de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho español: perspectiva internacional”, en Navas Navarro, S. (dir.), *Matrimonio homosexual y adopción*, Madrid, 2006, pp. 70 y 71. A juicio de Abarca Junco, P. y Gómez Jene, M., “Nota sobre la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, 2006, p. 317, “la regulación de las parejas de hecho por parte del legislador estatal hubiera sido la actuación más correcta, sino que, además, entendemos que con ella se hubieran podido solucionar los problemas derivados de la existencia de leyes autonómicas en la materia; leyes que contemplan diferentes y confusos ámbitos de aplicación”.

<sup>10</sup> Para un análisis de estas adaptaciones véase Pérez Cánovas, N., “El matrimonio homosexual”, *Actualidad Civil*, núm. 20, noviembre de 2005, pp. 2447 y 2448.

Así de sencillo, al legislador español le ha bastado esta escasa regulación (un artículo único, dos disposiciones adicionales y dos disposiciones finales, aparte de una Exposición de Motivos) para establecer el matrimonio entre personas del mismo sexo. Pero: ¿no puede tacharse la regulación de tacaña?, ¿bastaba con modificar terminológicamente el Código Civil?, ¿y el resto de normas?, ¿puede una reforma de este calado guardar silencio sobre el resto de problemas que pueden presentarse y confiar sus posibles soluciones al operador jurídico?

Como afirma María P. García Rubio:

La opción del legislador español no ha sido la de regular el matrimonio homosexual, sino la de extender el régimen jurídico del matrimonio tal y como estaba también a las parejas homosexuales que decidan someterse a él. Este planteamiento supone una remisión en bloque al régimen del matrimonio heterosexual, lo que sin lugar a dudas ha impedido a nuestro legislador meditar suficientemente y, en consecuencia, dar solución expresa a problemas jurídicos específicos del matrimonio homosexual.<sup>11</sup>

Afirmación que se corrobora cuando leemos la disposición adicional primera de la Ley que establece que “las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes”.

Y de entre todas las carencias de la nueva reglamentación destacamos, por lo que nos atañe, el total olvido que existe a las cuestiones de derecho internacional privado —olvido al que, por otra parte, la doctrina internacional-privatista española parece estar ya acostumbrada, que no resignada—.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> García Rubio, María P., *op. cit.*, nota 9, pp. 6 y 7.

<sup>12</sup> Así, y por citar algunos, Álvarez González, S., “Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más crítica”, *La Ley*, núm. 6629, 15 de enero de 2007, p. 2, afirma que “el legislador en última instancia... volvió a ser el legislador de una sociedad distinta de la que somos; el miope legislador que desprecia cuanto ignora”. Para Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Matrimonio entre personas del mismo sexo y derecho internacional privado español”, *La Ley*, núm. 6391, 2 de enero de 2006, p. 2, consideran que “la tradicional pereza del legislador español en cuestiones de Dpr puede explicar esta situación”.

Pero tarde o temprano —y como han demostrado los hechos fue muy pronto— los problemas iban a plantearse puesto que las soluciones de la Ley estaban llamadas a aplicarse en una sociedad integrada en un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, en la que la inmigración ha crecido de forma muy notable, en la que cada vez son más frecuentes los desplazamientos...; en definitiva, la nueva regulación estaba inevitablemente abocada a aplicarse a las relaciones privadas internacionales.

Desde la perspectiva del derecho internacional privado, las dos grandes cuestiones sobre las que la Ley 13/2005 guarda silencio son las siguientes: ¿puede una autoridad española autorizar el matrimonio entre contrayentes del mismo sexo cuya nacionalidad no sea la española? y ¿cuál será la eficacia en el extranjero de los matrimonios homosexuales celebrados en España? Junto a ellos y a colación de los mismos, se van a plantear múltiples interrogantes acerca de las siguientes materias: alimentos, adopción internacional, pensión de viudedad, sucesiones... Pero vayamos por partes.

## II. LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO ANTE AUTORIDADES ESPAÑOLAS. LA COMPETENCIA Y LA LEY APLICABLE

Como decíamos, la *praxis* muy pronto puso de manifiesto que la laguna de la Ley en cuestiones de derecho internacional privado iba a acarrear muchos problemas.<sup>13</sup> A los pocos días de su entrada en vigor, se presenta ante el Juzgado de Paz de Canet de Mar (Barcelona) una solicitud de autorización de matrimonio entre un nacional español y un nacional hindú. El juez de Paz, encargado del Registro Civil, de dicha localidad, en la tramitación del expediente previo, dictó providencia suspendiendo la tramitación de dicho expediente requiriendo al nacional hindú a que aportase informe de su Consulado que acreditase que, conforme a su ley personal, no existía ningún im-

<sup>13</sup> A juicio de Arenas García, R., “La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración del matrimonio en los supuestos internacionales”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. V, 2005, p. 370, hay que destacar “la importancia que tiene el que haya sido precisamente un supuesto de Dipr el que haya servido de primer test para la Ley 13/2005. La intensificación del tráfico jurídico hace que los problemas de Dipr se sitúen en el primer plano del debate jurídico”.

pedimento para contraer matrimonio con un ciudadano español de su mismo sexo.<sup>14</sup> Interpuesto recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado se autorizó la celebración de dicho matrimonio mediante Resolución de 26 de octubre de 2005, solución acogida por las posteriores resoluciones dictadas en la materia.<sup>15</sup>

La cuestión que debía resolverse era, pues, si una autoridad española podía autorizar el matrimonio entre personas del mismo sexo, cuando la ley personal de uno de los contrayentes no permite tal matrimonio. ¿Se podía extender a este supuesto la aplicación de la ley española?

El silencio de la Ley exigía una respuesta que vino dada por la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la DGRN, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo,<sup>16</sup> que pasamos a analizar.

<sup>14</sup> En contraste, y sin plantearse ninguna cuestión de derecho internacional privado, el 11 de julio de 2005 se celebra en Madrid un matrimonio entre dos varones, uno de nacionalidad estadounidense y el 22 de julio de 2005 en el Registro Civil de Mollet del Vallès (Barcelona) se celebra el primer matrimonio entre mujeres, una de las cuales es argentina. A raíz de estas actuaciones contradictorias, y como describe Díaz Fraile, J. María, “Exégesis de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio introducida por la Ley 13/2005, de 1 de julio (I)”, *La Ley*, núm. 6449, de 27 de marzo de 2006, pp. 3-4, numerosos magistrados y cónsules españoles en el extranjero, encargados de los registros civiles, deciden elevar consultas a la DGRN solicitando criterios de actuación.

<sup>15</sup> *BOE*, núm. 313, 31 de diciembre de 2005. En términos idénticos, Resolución de 7 de abril de 2006 (*BOE*, núm. 135, 7 de junio de 2006), dictada a raíz de la solicitud de matrimonio entre un nacional español y uno portugués. Posteriormente Resolución (6a.) de 1 de junio de 2006 y Resolución (6a.) de 2 de junio de 2006, ambas sobre matrimonio civil de dos ciudadanos británicos con residencia habitual en España (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2036, 1 de mayo de 2007, pp. 2021-2030 y pp. 2038-2048, respectivamente).

<sup>16</sup> *BOE*, núm. 188, 8 de agosto de 2005. Es de resaltar que desde que la catedrática de derecho internacional privado, doña Pilar Blanco-Morales Limones desempeña el cargo de directora de la DGRN, existe una gran sensibilidad por parte de este centro directivo a las cuestiones de derecho internacional privado, tal y como lo muestran las distintas resoluciones publicadas sobre cuestiones atinentes a nuestra disciplina. Junto a la estudiada, pueden citarse las siguientes: Instrucción de 31 de enero de 2006, DGRN, sobre los matrimonios de complacencia (*BOE*, núm. 41, 17 de febrero de 2006); Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, DGRN, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil de las adopciones internacionales (*BOE*, núm. 207, 30 de agosto de 2006); Instrucción de 28 de marzo de 2007 DGRN, sobre competen-

1. *El punto de partida: el problema de la calificación de la heterosexualidad u homosexualidad ¿cuestión de capacidad o elemento estructural del matrimonio?*

A juicio de la DGRN, la base del problema se encuentra en dilucidar si la diversidad/identidad de sexos es una cuestión de capacidad o si se trata de un elemento objetivo o estructural de la institución matrimonial. Es decir, se plantea un problema de calificación de la diversidad o identidad de sexos con respecto a la institución matrimonial.

Tradicionalmente, y ante la ausencia en el ordenamiento español de una norma de conflicto *ad hoc* a modo de *lex matrimonii*, la doctrina ha diferenciado a la hora de estudiar el matrimonio tres cuestiones: capacidad, consentimiento y forma. Las dos primeras quedan sometidas a la ley personal de cada cónyuge y la forma a lo dispuesto en los artículos 49 y 50, CC.<sup>17</sup>

La capacidad matrimonial —que incluye además de la capacidad natural para prestar el consentimiento, los impedimentos— se rige por la ley personal de cada cónyuge en el momento de contraer matrimonio, ex artículo 9.1, CC. Conforme a esta tesis, dicha ley será la que determine si contraer matrimonio con una persona del mismo sexo constituye o no un impedimento de capacidad. En caso afirmativo, el matrimonio no puede celebrarse en España puesto que la posibilidad de contraer matrimonio con una persona del mismo sexo es una cuestión de capacidad para contraer matrimonio.

cia de los Registros civiles municipales y demás reglas relativas a los expedientes de declaración de nacionalidad española con valor de simple presunción (BOE, núm. 86, 10 de abril de 2007); Instrucción de 23 de mayo de 2007, DGRN, sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el registro civil español (BOE, núm. 159, 4 de julio de 2007); Instrucción de 26 de julio de 2007, DGRN, sobre tramitación de las solicitudes de adquisición de nacionalidad española por residencia (BOE, núm. 189, 8 de agosto de 2007).

<sup>17</sup> Entre otros, Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*, 7a. ed., Granada, Comares, 2006, vol. II, pp. 47-72; Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 429-435; González Campos, J. D., “Matrimonio”, en *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos “Ramón Carande”, 1993, pp. 406-424.

Por tanto, si se opta por la primera calificación (la diversidad o identidad de sexos es una cuestión de capacidad), una autoridad española no podría celebrar el matrimonio en nuestro país entre un nacional español y uno extranjero cuya ley personal no permite tal matrimonio. La validez del matrimonio se supeditaría, en consecuencia, a que ambos contrayentes cumplan los requisitos de capacidad establecidos en sus respectivas leyes nacionales, puesto que se procedería a una aplicación distributiva de cada ley nacional. Si una ley permite el matrimonio entre personas del mismo sexo y la otra lo prohíbe, se daría preferencia a ésta última.

En derecho comparado, esta es la solución inicial del artículo 46 del Código belga de derecho internacional privado que afirma que las condiciones de validez del matrimonio se rigen, para cada esposo, por el derecho del Estado del que es nacional en el momento de celebración del matrimonio. Sin embargo, dicha ley se descarta si prohíbe el matrimonio de personas del mismo sexo, cuando una de ellas tiene la nacionalidad belga o está domiciliado en Bélgica o lleve residiendo en dicho país al menos tres meses.<sup>18</sup>

Esta es la calificación que *a priori* asume la citada Resolución-Circular de 29 de julio en su apartado II —“La ley aplicable en materia de capacidad matrimonial”— y, conforme a ella, los supuestos de validez de matrimonio entre español/a y extranjero/a son muy reducidos (como analiza en el apartado III): matrimonio entre dos españoles, aun contraído en el extranjero con independencia de que en el país de celebración se admita o no el matrimonio entre personas del mismo sexo; matrimonio celebrado en España entre contrayente español y contrayente holandés, belga o canadiense —puesto que sus respectivas leyes personales permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo—; los supuestos en los que en virtud del expediente del reenvío resultase aplicable la ley española o la de un país que

<sup>18</sup> Sobre la solución belga véase Fiorini, A., “New Belgium Law on Same Sex Marriages and its PIL Implications”, *International Comparative Law Quarterly*, 2003, pp. 1039 y ss.

autorice el matrimonio entre personas del mismo sexo; y, por último, los supuestos de plurinacionalidad o apatridia.<sup>19</sup>

Así las cosas, el problema se presenta, como venimos analizando, cuando la ley personal de uno de los contrayentes no admite el matrimonio entre personas del mismo sexo, y —dejando aparte el tema del orden público que analizaremos más adelante— para solucionarlo la Resolución-Circular da un giro de 180 grados en su argumentación para pasar a calificar, en el apartado VII, la diversidad/identidad de sexos como un elemento vinculado directamente con la propia naturaleza de la institución matrimonial.<sup>20</sup> A juicio de S. Álvarez González, si la Resolución consideraba que no se trataba de una cuestión de capacidad “¿para qué entonces los extensos desarrollos en los puntos II, III, IV y V en clave, precisamente de capacidad?”<sup>21</sup>

A la DGRN no le quedaba otra opción que cambiar su *íter* argumentativo si quería —como así parecía intuirse desde el principio— autorizar dichos matrimonios. Por eso afirma que se impone de nuevo “examinar la consideración que ha de merecer el requisito de la diversidad de sexos desde la perspectiva de su calificación a efectos de determinar la norma de conflicto aplicable”, lo cual es decisivo

<sup>19</sup> Álvarez González, S., “Matrimonio entre personas del mismo sexo...”, *cit.*, nota 12, pp. 3 y 4, critica duramente este apartado III de la Resolución-Circular puesto que, al margen de la falta de sistemática, se describen supuestos de matrimonios celebrados en España y supuestos de matrimonios celebrados en el extranjero, con un tratamiento en clave de ley aplicable, tanto para los primeros cuanto para los segundos, y parece aceptarse —sin ninguna base legal— el reenvío de segundo grado. Sobre esta última crítica también insiste Sánchez Lorenzo, S., “Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2005, t. V, p. 510.

<sup>20</sup> Estima la Resolución que la tradicional reconducción de la capacidad matrimonial a la ley nacional ha sido el resultado de un silogismo interpretativo ampliamente extendido en la doctrina científica y la oficial de este Centro Directivo. A juicio de Bercovitz Rodríguez Cano, R., “Laguna legal y matrimonio de los homosexuales”, *Aranzadi Civil*, núm. 18, 2005, pp. 2156 y 2157, “el requisito de la heterosexualidad era y sigue siendo un requisito de capacidad, relacionado con el estado civil matrimonial. Otra cosa es que el resultado que se deriva de la aplicación del artículo 9.1, CC, a los extranjeros cuya ley nacional no les permite el matrimonio homosexual no sea el deseado por la Dirección General de los Registros y del Notariado”.

<sup>21</sup> Álvarez González, S., “Matrimonio entre personas del mismo sexo...”, *cit.*, nota 12, p. 3.

porque, como hemos avanzado, nuestro derecho internacional privado no cuenta con una norma de conflicto específica.

Como tal calificación, según el artículo 12.2, CC, ha de realizarse conforme a la ley española y como en los artículos 46 y 47, CC, al regular los impedimentos, no incluyen el de identidad de sexos, puede considerarse que:

La diversidad de sexos, en la concepción tradicional, o la posible identidad de sexos, en la concepción legal ahora vigente, es elemento vinculado directamente con la propia naturaleza del derecho a contraer matrimonio y, por extensión, de la institución matrimonial, y no necesariamente con la capacidad nupcial subjetivamente considerada.

Y la existencia de esa hipotética laguna legal en nuestro derecho conflictual<sup>22</sup> debe solucionarse, a juicio de la DGRN, acudiendo a la aplicación de la ley material española. Aplicación que se sustenta en los siguientes argumentos: *a)* La analogía de la figura con las parejas de hecho homosexuales reconocidas y reguladas por un amplio número de leyes autonómicas; *b)* El principio de proximidad entre la autoridad competente para celebrar el matrimonio y la ley aplicable (*forum-ius*); *c)* El principio general de nuestro ordenamiento del *favor matrimonii*; *d)* La consideración del *ius nubendi* como derecho fundamental (artículo 32, CE) puesto en conexión con la prohibición de toda discriminación por razones de orientación sexual (artículo 21 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea); *e)* La vinculación del ejercicio efectivo del derecho al matrimonio con el principio de libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1, CE); *f)* La interpretación de las leyes con arreglo a la realidad social del tiempo en que han de aplicarse; *g)* Por último, la aplicación analógica de la jurisprudencia TS durante la vigencia de la ley del divorcio de 2 de marzo de 1932 (que permitió el divorcio de españoles casados con extranjeros nacionales de países que no reconocían en la época dicha institución).

<sup>22</sup> Para Bercovitz Rodríguez Cano, R., “Laguna legal y matrimonio...”, nota 20, p. 2158, esa laguna no ha existido nunca. También ponen en tela de juicio esta afirmación de la Resolución Álvarez González, S., “Matrimonio entre personas del mismo sexo...”, *cit.*, nota 12, p. 5, y Sánchez Lorenzo, S., “Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código Civil...”, *cit.*, nota 19, p. 512.

Todos estos argumentos, considerados por S. Sánchez Lorenzo, como un *totum revolutum*,<sup>23</sup> avalan la consideración de que el matrimonio celebrado entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España del mismo sexo será válido por aplicación de la ley material española, aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de estos matrimonios (y tanto si la celebración ha tenido lugar en España como en el extranjero, sin perjuicio de que en este último caso haya que cumplirse los pertinentes requisitos de forma y competencia). Si la autoridad española es competente para celebrar el matrimonio homosexual aplicará la ley material española.

A mayor abundamiento en las Resoluciones DGRN (6a.) de 1 y de 2 de junio de 2006 se recurre a un nuevo argumento para la integración de dicha laguna como es el “principio de vinculación más estrecha”. La posibilidad de contraer matrimonio con persona del mismo sexo, debe regirse, en los casos internacionales, por la ley del país con el que la situación presente los vínculos más estrechos. Tratándose de dos británicos domiciliados en España, nuestro país es el más vinculado con la situación y, por tanto, será la ley española la que debe decidir si la identidad de sexos impide o no impide la celebración de este matrimonio.

Acto seguido, la Resolución-Circular analiza, en los apartados VIII y IX, la competencia de las autoridades españolas para celebrar el matrimonio entre personas del mismo sexo, prestando especial consideración al matrimonio consular.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Sánchez Lorenzo, S., “Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código Civil...”, *cit.*, nota 19, p. 512. A juicio de Álvarez González, S., “Matrimonio entre personas del mismo sexo...”, *cit.*, nota 12, p. 5, estos argumentos “se caracterizan por su heterogeneidad, su voluntarismo, e incluso su irrelevancia”.

<sup>24</sup> En concreto, en el apartado VIII, se analiza la competencia de las autoridades españolas para celebrar el matrimonio. Conforme al artículo 57, CC, la competencia para autorizar el matrimonio civil en España corresponde al juez, alcalde o funcionario correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes. Con independencia de quien celebre el matrimonio, la instrucción del expediente matrimonial corresponde siempre al juez del domicilio de cualquiera de los contrayentes. Con esta regla se previene el *forum shopping* y no se fomenta el “turismo matrimonial”. Por su parte, el apartado IX analiza el matrimonio consular haciéndose especial hincapié en el dato de que, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.f) del Convenio de Viena de 24 de

Recapitulando, la heterosexualidad u homosexualidad, al ser calificada como una cuestión consustancial a la institución del matrimonio, como un requisito objetivo, tal y como está concebido ahora en nuestro país, escapa a la aplicación de la ley personal de los contrayentes, siendo aplicable la ley material española.<sup>25</sup>

Aunque lo que no queda claro es, como se ha afirmado, “a título de qué opera esta ley”.<sup>26</sup> Algún sector de la doctrina ha considerado que mientras que el sistema no se corrija, podría considerarse que el nuevo artículo 44, CC, es una “norma material imperativa”;<sup>27</sup> o que la ley española es “de aplicación necesaria o inmediata aplicable a todos los matrimonios que se celebren en territorio español”.<sup>28</sup>

En aplicación de estas instrucciones, se dicta Resolución DGRN de 26 de octubre de 2005, autorizando el matrimonio entre el nacional español y el nacional hindú.<sup>29</sup>

abril de 1963 sobre relaciones consulares, las representaciones consulares en el extranjero están obligadas a un deber de respeto y no vulneración del ordenamiento jurídico del país de acogida, por lo que los cónsules españoles deben abstenerse, por falta de competencia, de autorizar matrimonios entre personas del mismo sexo en caso de que a ello se opongan las leyes del Estado receptor. No obstante estos inconvenientes, pueden obviarse mediante el mecanismo de delegación que prevé el artículo 57.2, CC, de tal modo que la prestación del consentimiento, por delegación del instructor, puede realizarse ante el encargado en España de otro Registro Civil. Para un estudio *in extenso*, véase Díaz Fraile, J. María, “Exégesis de la doctrina... (II)”, *La Ley*, núm. 6450, de 28 de marzo de 2006, pp. 4-11.

<sup>25</sup> Para una valoración crítica de estas consideraciones, véase Abarca Junco, P. y Gómez Jene, M., *op. cit.*, nota 9, p. 315; *id.*, “Breves notas sobre la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo”, <http://www.reei.org>, núm. 12, 2007.

<sup>26</sup> Arenas García, R., *op. cit.*, nota 13, p. 368.

<sup>27</sup> Álvarez González, S., “El impacto de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo...”, *cit.*, nota 9, p. 55.

<sup>28</sup> Quiñones Escámez, A., “Límites a la celebración en España del matrimonios internacionales del mismo sexo”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 2005, p. 207.

<sup>29</sup> En esta Resolución se reproduce casi literalmente toda la argumentación del 29 de julio de 2005, concluyendo que es innecesaria, y en consecuencia improcedente como trámite superfluo, la exigencia de la prueba de conformidad con el derecho extranjero de la nacionalidad de uno de los contrayentes del matrimonio cuya autorización se solicita. En la Resolución de 7 de abril de 2006, se afirma que esta conclusión no puede verse alterada por el Convenio de Munich de 5 de septiembre de 1980 relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial.

Es cierto que la argumentación de la DGRN es farragosa y susceptible de crítica en muchos aspectos, pero también lo es que la Ley 13/2005 ha forzado una relectura de nuestras normas de derecho internacional privado, normas que son aplicables a un nuevo concepto de matrimonio (puesto que el legislador no ha previsto reglas expresas de derecho internacional privado para el matrimonio entre personas del mismo sexo).<sup>30</sup> Y es en este punto donde debe centrarse el verdadero debate.

Si desde hace tiempo algún sector de la doctrina reivindicaba una revisión de nuestro derecho internacional privado matrimonial,<sup>31</sup> es ahora, y tras estos acontecimientos, cuando más se apuesta *de lege ferenda* por la aplicación al matrimonio de la ley española como ley de la autoridad celebrante (aplicándose la ley personal de cada contratante a la estricta cuestión de capacidad).

El principal defensor de esta tesis es R. Arenas García que parte de la consideración de que el matrimonio no es una institución universal puesto que cada ordenamiento lo puede configurar con características particulares y de ahí que el carácter homosexual o heterosexual del matrimonio deba ser considerado:

Como una característica del matrimonio propio de cada ordenamiento y que, por tanto, ha de regirse por lo que establece el derecho de la autoridad que interviene en la celebración. Si lo que se pretende es celebrar el matrimonio ante una autoridad española es claro que el matrimonio que se contrae no se caracteriza por la nota de la necesaria heterosexualidad.<sup>32</sup>

Para este autor la estudiada Resolución-Circular abre el camino para la revisión del matrimonio en el ordenamiento español.

En sentido análogo, S. Álvarez González opina que:

<sup>30</sup> Abarca Junco, P. y Gómez Jene, M., *op. cit.*, nota 9, p. 315, afirman que “el matrimonio homosexual es jurídicamente tan distinto del matrimonio tradicional que —en clave de Dipr— no sirven las normas de conflicto que regulan este último; ni en el ámbito de los requisitos, ni en el ámbito de la capacidad”.

<sup>31</sup> Principalmente, Orejudo Prieto de los Mozos, P., *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en derecho internacional privado español*, Navarra, Aranzadi, 2002.

<sup>32</sup> Arenas García, R., *op. cit.*, nota 13, p. 363. En sentido análogo, Sánchez Lorenzo, S., “Ley 13/2005...”, *cit.*, nota 19, p. 510 y Quiñones Escámez, A., “Límites a la celebración en España del matrimonios...”, *cit.*, nota 28, pp. 204 y 205.

En cierta medida podría verse en alguna de las fundamentaciones de la DGRN para la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo con independencia de su ley nacional. El legislador no sólo debería haber tenido en cuenta la necesidad de ofrecer soluciones de Dipr a la nueva situación tras la Ley 13/2005, sino que bien pudo aprovechar la ocasión para recomponer todo el sistema.<sup>33</sup>

Y para C. González Beilfuss, de *lege ferenda* resultaría más adecuado sujetar la capacidad nupcial a la *lex fori* debiendo servir de acicate para revisar la regulación del derecho internacional privado del matrimonio la introducción del matrimonio entre personas del mismo sexo.<sup>34</sup>

Parece que soplan vientos de cambio —ahora que se han retomado los trabajos de reforma de nuestro sistema de derecho internacional privado— aunque está por ver si su resultado es fructuoso. La última palabra la tiene el legislador español que deberá aportar una solución expresa. En tanto eso no ocurra, habrá que seguir analizando la evolución de la *praxis* registral.

## 2. ¿La aplicación o el descarte de la cláusula del orden público?

Retomando la argumentación de la Resolución-Circular de 29 de julio, otro argumento barajado por la DGRN, cuando parte de la inicial consideración de la diversidad/identidad de sexos como cuestión relativa a la capacidad matrimonial, es la posibilidad de invocar la cláusula del orden público español y descartar la aplicación de la ley extranjera que prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo por ser contraria a los principios básicos y fundamentales del ordena-

<sup>33</sup> Álvarez González, S., “El impacto de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo...”, *cit.*, nota 9, p. 55.

<sup>34</sup> González Beilfuss, C., “Parejas de hecho, parejas registradas y matrimonios de personas del mismo sexo en el derecho internacional privado europeo”, en Navas Navarro, S. (dir.), *op. cit.*, nota 9, p. 105. Con anterioridad, esta autora ya había defendido la aplicación de la *lex celebrationis*, tanto a los aspectos formales de la Constitución como a la determinación de la capacidad (véase González Beilfuss, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo...*, *cit.*, nota 8, pp. 113-115). A juicio de Quiñones Escámez, A., *Uniones conyugales o de pareja...*, *cit.*, nota 8, p. 344, “podría interpretarse que la ausencia de normas de derecho internacional privado en la Ley 13/2005 refuerza la idea de que la propia ley (*lex fori*) es una *lex matrimonii* oculta”.

miento español.<sup>35</sup> Pero invocar en esta sede la cláusula del orden público tropezaba, a nuestro juicio, con muchos problemas e inconvenientes.

Como se sabe, el orden público es una excepción a la aplicación del derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto, por su incompatibilidad o contrariedad con los principios o valores fundamentales del ordenamiento del foro. Cuando la aplicación de una ley extranjera produce una vulneración de los principios esenciales, básicos e irrenunciables del derecho español, los tribunales españoles deben descartar su aplicación y, en su lugar, aplicar la ley española como *lex fori* (artículo 12.3, CC).<sup>36</sup>

Y sin moverse del ámbito del derecho matrimonial, la Resolución nos recuerda que la cláusula del orden público internacional ha sido aplicada con frecuencia por la doctrina de la DGRN. En materia de capacidad matrimonial el orden público ha sido invocado en los siguientes supuestos: *a)* Leyes extranjeras que admiten los matrimonios poligámicos, no reconociendo capacidad nupcial a las personas ya ligadas por anterior matrimonio no disuelto; *b)* Leyes extranjeras que prohíben contraer matrimonio entre personas de distintas religiones (en particular, respecto de las leyes que limitan el derecho de la mujer musulmana a contraer matrimonio con varón no musulmán); *c)* Leyes extranjeras que impiden el matrimonio entre transexual con persona de su mismo sexo biológico, pero distinto sexo legal por no reconocer el cambio de sexo declarado judicialmente en España; *d)* Leyes extranjeras que admiten el matrimonio entre niños; *e)* Leyes extranjeras que autorizan el matrimonio sin necesidad de la voluntad libre y real prestada por cada uno de los contrayentes.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Junto a la posible operatividad de la cláusula de orden público, también se plantea la DGRN la cuestión de si la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, ha supuesto o no la inconstitucionalidad parcial y sobrevenida del artículo 9.1, CC, ya que existiría un trato discriminatorio entre españoles y extranjeros atentatorio al principio de igualdad consagrado por el artículo 14, CE. A esta cuestión se responde, en el punto VI de la Resolución-Circular, en sentido negativo.

<sup>36</sup> Establece el artículo 12.3 del Código Civil que “en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”.

<sup>37</sup> Para un estudio profundo de todos estos supuestos, véase Díaz Fraile, J. María, “Exégesis de la doctrina...”, *cit.*, pp. 9 y 10.

De esta argumentación podría deducirse que si el derecho extranjero, designado competente por la aplicación del artículo 9.1, CC, prohibiese el matrimonio entre personas del mismo sexo, no se aplicaría por vulnerar el orden público español.

Ahora bien, varias aclaraciones o precisiones deben realizarse a esta afirmación inicial: de un lado, si el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo forma parte del contenido del orden público español, y de otro, la que hace referencia a la aplicación restrictiva y excepcional de dicha cláusula.

La función del orden público es salvaguardar los valores jurídicos del foro, pero no todos, sino aquéllos que se consideran fundamentales y a los que no se puede renunciar porque le son inherentes al constituir el fundamento de su ordenamiento jurídico, asegurando su eficacia y coherencia frente a cualquier elemento que lo pueda poner en peligro.<sup>38</sup> Es decir, no todos los valores del ordenamiento jurídico español deben considerarse como “superiores, esenciales e irrenunciables”, puesto que esta calificación requiere consagración constitucional y alcance internacional. Es de sobra conocida la consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional que afirma que el orden público español tiene un contenido constitucional (entre otras SSTC 43/1986, de 15 de abril; 54/1989, de 23 de febrero; 132/1991, de 17 de junio).

Así las cosas, las preguntas que de inmediato surgen son las siguientes: ¿constituye realmente un valor superior, esencial e irrenunciable del derecho español el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo?, ¿puede invocarse el orden público español para excluir la aplicación de una ley extranjera que desconoce o prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo? Y para responder a estas cuestiones la Resolución-Circular se apoya en una jurisprudencia que, precisamente, no le ayuda mucho.

El Tribunal Constitucional español ha afirmado en diversas ocasiones que el derecho a contraer matrimonio reconocido y protegido constitucionalmente por el artículo 32, CE, es el heterosexual, de modo que no existe un derecho constitucional al establecimiento del

<sup>38</sup> Como ha afirmado Carrillo Salcedo, J. A., *Comentarios a la reforma del Código Civil*, Madrid, Tecnos, 1977, vol. I, p. 639, el orden público es “un instrumento al servicio de la cohesión del ordenamiento del foro”.

matrimonio entre personas del mismo sexo biológico (STC 184/1990 y Auto TC 222/1994).<sup>39</sup>

La regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo es una cuestión que se deja en manos del legislador ordinario que debe considerar y decidir si la establece o no. Se trata, en definitiva, de una opción de política legislativa puesto que no existe un derecho constitucional a su establecimiento. Opción de política legislativa que, de ejercerse, se ampara en la consideración de que con dicha institución se consagra el valor constitucional de igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad y en el principio de no discriminación por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social. Si el legislador español, haciendo uso de dicha remisión, ha procedido a dicha regulación es porque así lo ha querido y estimado conveniente (y aquí un dato que no puede olvidarse es que una de las promesas electorales del PSOE fue la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo).

También la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado, en varias ocasiones, que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica una vulneración del artículo 12 del Convenio Europeo, puesto que dicha regulación queda remitida a la facultad que tienen los Estados contratantes de regular mediante leyes el ejercicio del derecho a casarse (a tal efecto, se citan las sentencias de 17 de octubre de 1986 y de 27 de septiembre de 1990).<sup>40</sup>

De todas las consideraciones realizadas, parece que difícilmente puede concluirse que una ley extranjera que prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo sea contraria al núcleo duro de valo-

<sup>39</sup> Para un estudio en profundidad de la jurisprudencia española, en relación con el derecho a contraer matrimonio, véase Cañamares Arribas, S., *op. cit.*, nota 4, pp. 118-138.

<sup>40</sup> Véase Cañamares Arribas, S., *op. cit.*, nota 4, pp. 110-118. A esta jurisprudencia puede añadirse la del TJCE, que en diversas ocasiones ha interpretado el concepto de matrimonio en sentido estricto. Así, por ejemplo, en la STJCE de 31 de mayo de 2001, D/Consejo, se afirmó que el término matrimonio designa una unión entre personas de distinto sexo.

res y principios básicos e irrenunciables que componen el orden público español.<sup>41</sup>

Pero, de otro lado, también tenemos que hacer referencia a que una de las características de la cláusula de orden público es la de su excepcionalidad o aplicación restrictiva. El orden público siempre representa la excepción a la regla general de aplicar el derecho extranjero designado por la norma de conflicto y por esta razón debe intervenir lo menos posible.

Si esto es así, la mayoría de las leyes extranjeras (por no decir todas, salvo tres) desconocen o prohíben el matrimonio entre personas del mismo sexo por lo que *todas* vulnerarían el orden público español, descartándose su aplicación a favor de la ley española. Como afirma R. Arenas García, “en este contexto la excepción de orden público pasaría a convertirse en la *regla* de orden público”.<sup>42</sup> Y en sentido análogo se pronuncia A. Quiñones Escámez cuando considera que “si la excepción va a ser la regla es que la norma principal (la norma de conflicto) está mal formulada”.<sup>43</sup>

Sorprendentemente y a pesar de toda esta argumentación, la Resolución-Circular afirma la contrariedad con el orden público español de la ley extranjera que no autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo. Y la existencia de esta contrariedad la fundamenta en la existencia de la propia Ley 13/2005 y en una similitud con los casos de disparidad de cultos o prohibición del matrimonio a los transexua-

<sup>41</sup> Como afirma Álvarez González, S., “Matrimonio entre personas del mismo sexo...”, *cit.*, nota 12, p. 4, “si no sale de la Constitución, ni de la normativa internacional de derechos humanos y si en el derecho comparado somos una *rara avis*, ¿de dónde sale entonces este orden público integrista?”. En sentido contrario, Tomás Ortiz de la Torre, J. A., “Notas sobre el matrimonio homosexual y su impacto en el orden público internacional español”, *Actualidad Civil*, noviembre de 2005, p. 2455, considera que la ley prohibitiva del matrimonio homosexual vulnera el orden público español por “afectar al sexo, puesto que conforme a los convenios internacionales vigentes para España, en materia de derechos humanos, no cabe discriminación alguna por esta circunstancia”.

<sup>42</sup> Arenas García, R., *op. cit.*, nota 13, p. 362. En sentido análogo, Álvarez González, S., “El impacto de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho español...”, *cit.*, nota 9, p. 50.

<sup>43</sup> Quiñones Escámez, A., “Límites a la celebración en España...”, *cit.*, nota 28, p. 202.

les en los que la propia DGRN ha aplicado dicha cláusula (cuestión más que discutible como lo considera S. Sánchez Lorenzo).<sup>44</sup>

La contrariedad con el orden público español de la ley extranjera, que prohíbe los matrimonios homosexuales, también se ha defendido en las resoluciones (6a.) de 1 y 2 de junio de 2006 que sostienen que tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo ha pasado a integrar el orden público español, puesto que el derecho a contraer dicho matrimonio tiene un evidente fundamento constitucional.

A nuestro juicio, estas afirmaciones tan rotundas nos parecen desafortunadas y la propia Resolución-Circular parece contradecirse, puesto que si así lo consideraba aquí podía haber acabado toda su argumentación: si la ley extranjera, aplicable por el artículo 9.1, CC, no permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, el juez español no la aplica y, en su lugar, aplica la ley española autorizando dichos matrimonios. Pero ¿por qué no la mantiene hasta el final y retoma el argumento de la calificación? Nos da la impresión de que la propia DGRN no estaba convencida de su propio razonamiento y tenía que reforzar su *iter* argumentativo para conseguir el resultado al que se quería llegar desde el principio y que no era otro que el de autorizar dichos matrimonios. Como afirma J. María Díaz Fraile:

La aplicación de una regla de excepción y de interpretación restrictiva por vía de analogía es claro que no dejaba satisfecha a la propia Dirección General (hay que recordar que el orden público es la última *ratio* a la que se debe acudir en sede de derecho internacional privado) y, por ello, sin perjuicio de dejar la cuestión apuntada en el citado sentido, abordará el problema desde una óptica diferente acudiendo a la técnica de la calificación... dando un giro sorpresivo a la cuestión.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> En efecto, dicho autor considera (“Ley 13/2005, de 1 de julio...”, *cit.*, p. 511) que no parece claro que exista una analogía con los supuestos de disparidad de cultos o el derecho de los transexuales a contraer matrimonio puesto que en el primero el impedimento de capacidad atenta contra el artículo 16, CE, y en el segundo la jurisprudencia del TEDH garantiza el derecho de los transexuales a contraer matrimonio de conformidad con el artículo 12 del CEDH.

<sup>45</sup> Como afirma Díaz Fraile, J. María, “Exégesis de la doctrina...”, *cit.*, p. 11.

Si se trataba de confundir al lector y de razonar con ideas farragosas, el órgano directivo lo consigue puesto que parece que el propósito era el juego del despiste: primero enfoca el tema en sede de capacidad, considerando viable la operatividad de la cláusula de orden público, y luego parece descartar todas estas consideraciones.

Algunos autores, sin embargo, han considerado que lo que muestra la Resolución-Circular es que por caminos diferentes (ya sea por la tesis del orden público, ya sea por la tesis de la calificación) se llega al mismo resultado: pueden celebrarse matrimonios entre personas del mismo sexo en España ante autoridad pública española, aunque alguno de los contrayentes sea nacional o residente habitual en un país cuyo ordenamiento no admite tal matrimonio.<sup>46</sup>

Pero aquí no termina la argumentación de la DGRN sobre el orden público, puesto que concluye considerando que el encargado del Registro Civil no debe operar como “guardián” del sistema legal extranjero, sino que “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”. Adelantemos simplemente una reflexión: ¿qué ocurre entonces con la armonía internacional de soluciones o con el principio de continuidad de las relaciones jurídicas? Está claro que autorizando estos matrimonios se potencia la aparición de matrimonios claudicantes (válidos en nuestro país, pero inexistentes en el país de la nacionalidad del cónyuge que conforme a su ley personal no puede contraerlo), tema que pasamos a analizar en el siguiente epígrafe.

### III. LA EFICACIA EXTRATERRITORIAL DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL CELEBRADO EN ESPAÑA

El segundo problema que se plantea es que, como ya se ha apuntado, al celebrarse el matrimonio en España, aplicándose la ley española, en la mayoría de los supuestos nos encontraremos con matrimonio claudicantes, es decir, válidos en nuestro país pero no en el

<sup>46</sup> Véase en este sentido, Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Matrimonio entre personas del mismo sexo...”, *cit.*, nota 12, p. 11.

resto de ordenamientos jurídicos.<sup>47</sup> En el caso que estudiamos, el matrimonio entre el español y el hindú válido en España, no tendrá eficacia en India. Como afirman A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González:

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).<sup>48</sup>

Nos situamos ahora en el plano de la eficacia *ad extra* del matrimonio homosexual celebrado en nuestro país. Con respecto a la eficacia en España del matrimonio homosexual celebrado en el extranjero, la única duda que se plantea, como lo hace el punto X de la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, es el supuesto de que el matrimonio se hubiera celebrado antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005 en países extranjeros que a la fecha de su celebración permitían dichos matrimonios (los casos de españoles casados en Holanda, Bélgica o Canadá). La ausencia de una previsión transitoria en la Ley exigía una respuesta. Respuesta que, por coherencia argumentativa, no podía enfocarse desde la perspectiva de la capacidad matrimonial puesto que llevaría a la apreciación de un vicio de nulidad no convalidable por falta de capacidad en tales matrimonios. No se trata, pues, de una aplicación retroactiva de la Ley 13/2005 sino del reconocimiento actual de una institución antes desconocida en nuestro país. Si en el país donde se celebró, se permitía el matrimonio homosexual, se procederá a su reconocimiento en nuestro país. Y se con-

<sup>47</sup> A juicio de García Rubio, María P., *op. cit.*, nota 9, p. 8, “sería muy conveniente que el encargado del Registro Civil advirtiese a las personas que deseen contraer matrimonio en tales circunstancias sobre el carácter claudicante de su *status*, sobre todo en el caso de que pretendan establecerse o tengan intereses en un país extranjero que no reconozca el matrimonio homosexual”.

<sup>48</sup> Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Matrimonio entre personas del mismo sexo...”, *cit.*, nota 12, p. 13. Sobre este aspecto, las resoluciones (6a.) de 1 y 2 de junio de 2006 afirman expresamente que “son los contrayentes los que deben saber y asumir que su matrimonio válidamente celebrado en España puede desplegar sólo ciertos efectos legales, o ninguno, según los casos, en su país de origen”.

cluye afirmando que dicho reconocimiento no se puede extender a figuras jurídicas análogas que en sus propios países de origen, y con arreglo a cuya legislación se han constituido, no tienen la consideración de matrimonios. En este caso se procederá a una calificación y a una reconducción a las figuras españolas de parejas de hecho o uniones estables.

Retomando la cuestión planteada, hay que reconocer que la regla general será la ausencia de eficacia de estos matrimonios, como tales matrimonios, en la mayoría de países que en sus legislaciones no prevén o no permiten el matrimonio homosexual. Y para denegar esa eficacia, los órganos o autoridades extranjeras recurrirán, principalmente, a la vulneración o contradicción con su orden público.<sup>49</sup> Aunque no se refiera a un matrimonio celebrado en España nos sirve como ejemplo (porque si se diese el caso, pensamos que el resultado iba a ser el mismo), el Decreto del Tribunal di Latina de 10 de junio de 2005, en el que se deniega el reconocimiento de un matrimonio homosexual celebrado en Holanda por contrariedad al orden público italiano (al vulnerarse el principio de diferencia de sexos de los contrayentes).<sup>50</sup>

Cada vez que se solicite, como cuestión principal, la inscripción de estos matrimonios en otros países, las autoridades extranjeras invocarán su orden público para evitar que en su país surtan efectos dichos matrimonios al ser contrarios al núcleo de los principios básicos de su ordenamiento:

<sup>49</sup> Reconocimiento que también se denegaría si la autoridad extranjera controlase la ley aplicada al matrimonio, véase Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Matrimonio entre personas del mismo sexo...”, *cit.*, nota 12, p. 13.

<sup>50</sup> *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2005, núm. 4, pp. 1095 y ss. En concreto, afirma el Tribunal di Latina que “allo stato dell’evoluzione della società italiana, il matrimonio tra persona dello stesso sesso contrasta con la storia, la tradizione, la cultura della comunità italiana, secondo una valutazione recepita del legislatore e trasfusa nelle norme di legge, sia di rango costituzionale sia ordinarie...”. Para una valoración de esta decisión, véase Marinai, S., “La aplicación del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 en el ordenamiento italiano”, en *Hacia la supresión del exequatur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2006, pp. 138-140; Boschiero, N., “Les unions homosexuelles à l’épreuve du droit international privé italien”, *Rivista di Diritto Internazionale*, 2007, núm. 1, pp. 57-62.

En el seno de la Unión Europea esta cuestión está siendo objeto de un debate doctrinal, puesto que la falta de eficacia de los matrimonios homosexuales en el espacio europeo constituiría un obstáculo a la libre circulación de personas. La solución estaría en una futura unificación de las normas europeas de derecho internacional privado en materia de derecho de familia.<sup>51</sup>

Ahora bien, sentada esta afirmación, una cuestión que cabría analizar es si sería posible que, a pesar del no reconocimiento del vínculo matrimonial, pudieran reconocerse determinados efectos a dicha unión conyugal (por ejemplo, alimentos, derechos sucesorios, etcétera).

Y para solucionar esta cuestión se han propuesto principalmente dos soluciones.

De un lado, si en el país donde se solicita el reconocimiento no se regula el matrimonio homosexual pero se conocen otras figuras (por ejemplo, la pareja registrada o la pareja de hecho) dicho matrimonio podría equipararse a esa figura admitida en el Estado del reconocimiento. Se trataría de una calificación por parte de la autoridad extranjera de la figura del matrimonio homosexual con la consiguiente transposición o reconducción a la institución que en su ordenamiento desempeña o cumple una función análoga.<sup>52</sup>

Esta solución es la que se sigue, por ejemplo, en el derecho suizo (conforme a lo que dispone el artículo 45.3 de la Ley de Derecho Internacional Privado, un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado válidamente en el extranjero se reconocerá en Suiza como “partenariat enregistré”); en el derecho alemán (artículo 17 b) 4 EGBGB); o en la Civil Partnership Act 2004 (que establece que los

<sup>51</sup> En la doctrina española, véase, entre otros, González Beilffuss, C., *Parejas de hecho y matrimonios...*, *cit.*, nota 8, pp. 80-88; *id.*, “Relaciones e interacciones entre derecho comunitario, derecho internacional privado y derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. IV, 2004, pp. 150-161; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Matrimonio entre personas del mismo sexo...”, *cit.*, nota 12, pp. 14-18.

<sup>52</sup> En el ordenamiento jurídico español, la tesis de la “calificación por la función” es la que se ha utilizado para el reconocimiento en España de la *Kafala* musulmana o de las adopciones simples (Resolución- Circular de 15 de julio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales —BOE, núm. 207, 30 de agosto de 2006—).

matrimonios entre personas del mismo sexo, válidamente celebrados en otros Estados, serán considerados en la Gran Bretaña como *civil partnership* con los efectos jurídicos que el derecho británico atribuye a estas uniones).

De otro lado, podrían reconocerse en el extranjero determinados efectos al matrimonio homosexual por la vía del orden público atenuado. La cláusula de orden público sólo actuaría para rechazar el reconocimiento del vínculo conyugal, pero no se opondría a que en dicho país dicho matrimonio surtiese efectos en materias como alimentos, beneficios fiscales, pensión de viudedad.

Se trataría de un orden público que actuaría con un menor grado de intensidad, y que se reflejaría sobre el concreto efecto que produciría en dicho Estado el reconocimiento de dicha unión. De este modo se intentaría limitar el efecto perturbador del orden público ante una situación creada válidamente en otro ordenamiento jurídico.

De hecho, la tesis del orden público atenuado es la que se ha seguido en muchos países europeos para reconocer determinados efectos a los matrimonios poligámicos, por lo que, como mayoritariamente propugna la doctrina, se podría dar el mismo tratamiento a los matrimonios homosexuales.<sup>53</sup> Como afirma S. Álvarez González:

Actualmente se reconocen todos los efectos a los matrimonios poligámicos menos el del vínculo conyugal múltiple y simultáneo (aceptamos que la “segunda” esposa tiene derecho a alimentos derivados del matrimonio, que sus hijos pueden gozar de la presunción de paternidad del marido o que puede tener derecho a compartir la pensión de seguridad social con la primera esposa, en calidad de viuda) por lo que a partir de este dato ¿qué no se puede reconocer del matrimonio entre personas del mismo sexo?<sup>54</sup>

<sup>53</sup> González Beilfuss, C., “Parejas de hecho, parejas registradas y matrimonios de personas del mismo sexo...”, *cit.*, nota 34, pp. 105 y 106; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Matrimonio entre personas del mismo sexo...”, *cit.*, nota 12, p. 14; Quiñones Escámez, A., “Límites a la celebración en España...”, *cit.*, nota 28, p. 206.

<sup>54</sup> Álvarez González, S., “El impacto de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo...”, *cit.*, nota 9, pp. 61 y 62. El citado autor concluye afirmando: “Creo que se puede enviar un mensaje de cierta tranquilidad a quienes contraen matrimonio en España pues, aunque el *símbolo* no se les reconozca fuera, probablemente

A favor de de esta solución, equiparar el tratamiento de los matrimonios homosexuales al que han recibido los matrimonios polígámicos, aboga la DGRN en sus resoluciones (6a.) de 1 y 2 de junio de 2006.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN. LOS PROBLEMAS QUE PUEDEN PLANTEARSE A LARGO PLAZO

El legislador español ha regulado el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo extendiendo la regulación existente sobre el matrimonio heterosexual y sin hacer ninguna mención a los aspectos internacionales.

Si, como hemos estudiado, el matrimonio entre un español y un extranjero o entre dos extranjeros domiciliados en España puede celebrarse con independencia de lo previsto en la ley nacional del o de los contrayentes, hay que reconocer que los problemas no terminan analizando la ley aplicable y el reconocimiento en el extranjero de los matrimonios homosexuales. Los problemas no han hecho más que empezar.

La nueva regulación española del matrimonio no debe leerse aisladamente, porque va a tener una clara incidencia en la de otras figuras. La cuestión no es baladí porque con el tiempo pueden plantearse múltiples problemas. Uno no se casa y punto: la pareja se desplaza, adquiere bienes, aspira a tener hijos, puede tener una crisis afectiva.

La cuestión más polémica es la de la adopción (tema sobre el que ya han corrido ríos de tinta), pero piénsese, por ejemplo, en el divorcio, en el régimen económico matrimonial, en una reclamación de alimentos, en los derechos sucesorios, en una pensión de viudedad.

Si en el plano puramente interno parece que estos problemas tendrán menor entidad —puesto que los miembros de las parejas homosexuales pueden acceder ahora por extensión a un conjunto de derechos anteriormente reservados sólo al vínculo matrimonial—,<sup>55</sup> no

podrán hacer valer un buen número de los derechos y obligaciones derivados del mismo”.

<sup>55</sup> Para un análisis del impacto de la reforma en la legislación interna española (Código Civil, Estatuto de los Trabajadores, Ley para la Reforma de la Función Pú-

ocurrirá lo mismo en los supuestos internacionales por la incidencia de los convenios internacionales, el derecho comunitario y la consiguiente presencia de ordenamientos extranjeros.

Sólo la práctica y la previsible evolución en la materia por parte de los distintos ordenamientos jurídicos nos dirá el modo de afrontarlos y de resolverlos. Sin lugar a dudas, los internacional-privatistas y los prácticos del derecho nos enfrentamos a temas apasionantes a los que, en la medida que vayan planteándose, habrá que aportar respuestas específicas.<sup>56</sup>

blica, legislación tributaria...), véase Pérez Cánovas, N., “El matrimonio homosexual...”, *cit.*, nota 10, pp. 2446 y 2447.

<sup>56</sup> Junto al tema analizado, hay que reconocer que el derecho de familia se enfrenta a múltiples problemas, por ejemplo, uno es el que hace referencia a la adopción homoparental. Una reflexión al respecto la podemos ver en González Martín, N., “Un acercamiento a las nuevas estructuras familiares: la adopción homoparental”, en González Martín, N. y Rodríguez Benot, A. (coords.), *El derecho de familia en un mundo globalizado*, México, UNAM, Porrúa, 2007, pp. 55-91.