



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

TRABAJO FINAL DE GRADO

Aspectos de Derecho Internacional Privado del Matrimonio entre personas del mismo sexo

Presentado por:

Aarón Guerra González

Tutelado por:

Diana Gluhaia

Valladolid, 11 de junio de 2020

INDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS	4
RESUMEN Y PALABRAS CLAVE	5
1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO Y EL CONCEPTO DE MATRIMONIO	10
2.1 EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL DERECHO MATERIAL COMPARADO	18
3. LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO EN ESPAÑA. ANÁLISIS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.	21
3.1 LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO	23
3.2 CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO	24
<i>DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LA CAPACIDAD</i>	<i>24</i>
<i>VERIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DE CAPACIDAD.....</i>	<i>29</i>
3.3 CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL	32
3.4 EL MATRIMONIO CONSULAR.....	38
3.5 DIMENSIÓN REGISTRAL DEL MATRIMONIO	39
4. EFECTOS DEL MATRIMONIO: RELACIONES PERSONALES Y PATRIMONIALES ENTRE LOS CÓNYUGES	41
4.1 NORMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE EFECTOS DEL MATRIMONIO	43
<i>SOLUCIONES PREVISTAS EN EL REGLAMENTO (UE) 2016/1103</i>	<i>44</i>
<i>SOLUCIONES PREVISTAS EN LA LOPJ.....</i>	<i>46</i>
4.2 LA LEY APLICABLE A LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO	48
<i>LEY APLICABLE A LAS RELACIONES PERSONALES</i>	<i>49</i>
<i>LEY APLICABLE AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.....</i>	<i>51</i>
5. RETOS PARA EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL EN EL CASO DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO	54
5.1 ANÁLISIS Y CRÍTICA DE LA RESOLUCIÓN – CIRCULAR DE 29 AGOSTO DE 2005 SOBRE SOBRE MATRIMONIOS CIVILES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.....	59
6. RECONOCIMIENTO TRANSFRONTERIZO DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO CELEBRADOS EN ESPAÑA	66
6.1 LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO CELEBRADOS EN ESPAÑA POR EL TERRITORIO DE LA UE	67

6.2 LOS EFECTOS EXTRATERRITORIALES DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO FUERA DEL ÁMBITO DEL DERECHO COMUNITARIO. ANÁLISIS COMPARADO.	72
<i>IMPOSIBILIDAD DE RECONOCIMIENTO</i>	73
<i>RECONOCIMIENTO PARCIAL DE EFECTOS</i>	74
<i>EQUIPARACIÓN DEL MATRIMONIO A LA PAREJA REGISTRADA O AL CONTRATO DE UNIÓN CIVIL</i>	75
6.3 POSIBLES SOLUCIONES PARA EVITAR LAS UNIONES CLAUDICANTES	76
<i>LA REGLA DEL RECONOCIMIENTO MUTUO</i>	76
<i>LA TRANSPOSICIÓN AUTOMÁTICA</i>	78
<i>APLICACIÓN DEL EFECTO ATENUADO DEL ORDEN PUBLICO INTERNACIONAL</i>	80
CONCLUSIONES	81
BIBLIOGRAFÍA	83
FUENTES JURÍDICAS	86

LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS.

CC – *Código Civil.*

CE – *Constitución Española.*

CE* – *Comunidad Europea (posteriormente UE).*

CDO – *Considerando.*

CEDH – *Convenio Europeo de Derechos Humanos.*

DGRN – *Dirección General de los Registros y del Notariado.*

DIPr – *Derecho Internacional Privado.*

DOUE – *Diario Oficial de la Unión Europea.*

ELSJ – *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.*

FJ – *Fundamento Jurídico.*

LGTB – *Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales.*

LOPJ – *Ley Orgánica del Poder Judicial.*

LRC – *Ley del Registro Civil.*

RRC – *Reglamento del Registro Civil.*

SAP – *Sentencia de la Audiencia Provincial.*

STJUE – *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

STSJ – *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.*

STC – *Sentencia del Tribunal Constitucional.*

TJUE – *Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

TC – *Tribunal Constitucional.*

UE – *Unión Europea.*

RESUMEN

El objeto del presente trabajo es el estudio del matrimonio celebrado entre parejas del mismo sexo, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. Así, a partir de un estudio del DIPr general, son estudiadas las diferentes vicisitudes que presentan las uniones matrimoniales homosexuales con elementos de extranjería, no solo de cara a su propia celebración, sino también a su reconocimiento más allá de las fronteras españolas.

La ley 13/2005 supuso una extensión del régimen matrimonial a las parejas homosexuales. Si bien, reguló con eficacia la institución, la ley dejó sin abordar numerosas cuestiones de derecho internacional privado como la regulación específica del conflicto de leyes al respecto. Dichas cuestiones trataron de abordarse por la DGRN (en la actualidad Dirección General de Fe Pública y Seguridad Jurídica) en su resolución. Sin embargo, estas no han terminado de quedar resueltas.

PALABRAS CLAVE

Matrimonio, Matrimonio entre personas del mismo sexo, Consentimiento matrimonial, Capacidad para contraer matrimonio.

ABSTRACT

The object of the present paperwork is the study of the same-sex marriage, from the perspective of the International Private Law. Starting from the general study of the International Private law, we will broad all the controversies present in the same-sex marriages with alien element, not only about their own celebration, but also about their recognition outside the Spanish territory.

The 13/2005 act extended the legal regime of marriage to the same-sex couples. Although it effectively regulated the legal institution, the act left aside numerous issues concerning the International Private Law such as the specific regulation of the conflict of laws to this extent. These issues were intended to be broaden by the General Direction of the Registries and Notaries, although they remain at this moment unsolved.

KEY WORDS

Marriage, Same-sex marriage, Matrimonial consent, Matrimonial capacity.

1. INTRODUCCIÓN

Entendemos matrimonio, como aquel negocio jurídico bilateral, mediante el cual dos personas consienten en otorgarse ciertos derechos, así como en obligarse mutuamente respecto de ciertos deberes. Pero esta definición atiende a la dimensión legal del matrimonio, pudiendo distinguir en cuanto al mismo otra dimensión de carácter social o cultural.

El matrimonio es una realidad social con un marcado carácter intemporal y universal, que, por su función relevante en la sociedad, en cuanto a la transmisión de la vida o la continuidad de los grupos sociales y sus valores, bien puede ser considerada como una institución natural. Tradicionalmente, se entendió la unión matrimonial como aquella compuesta por el varón y la mujer, comportando una mutua disponibilidad sexual y dirigida claramente a producir descendencia. Es decir, que la heterosexualidad o diferencia de sexos, era – y sigue siendo hoy en día en muchos ordenamientos jurídicos – uno de los requisitos elementales para la celebración del matrimonio, y, por ende, de su propia existencia y validez, dada su orientación a la continuidad de la familia. Es, indudablemente, la pieza básica de todo sistema social.

De forma inequívoca, podemos decir que el concepto de matrimonio ha sido un concepto sujeto a diferentes cambios a lo largo de la historia. Pero, además, es un concepto con variantes muy diversas, que han dado lugar a instituciones matrimoniales con configuraciones en algunos casos muy distintas, debido al carácter religioso que culturalmente se le ha otorgado a la unión matrimonial en todas las civilizaciones.

En cuanto al ordenamiento jurídico español, el concepto tradicional de matrimonio en el que la unión matrimonial era aquella formada entre el varón y la mujer ha sido superado, dando lugar a una institución matrimonial de carácter abierto. En el derecho español, la heterosexualidad no es requisito para la celebración y la validez del matrimonio, dando cabida a la realidad de las parejas homosexuales, ampliamente reconocidas en la sociedad. Es decir, que, a los ojos del derecho, poco importa el sexo de los contrayentes. Al menos, en cuanto a la forma civil del matrimonio. Puesto que no podemos ignorar la forma canónica o religiosa en la que puede celebrarse el mismo, sujeta a sus propios requisitos y formalidades en el momento de celebración. Aunque dichas formalidades no alcancen más allá que a su celebración, puesto que desde la reforma operada por la Ley 30/1981, el legislador optó por un modelo de matrimonio único con diversas formas de manifestación del consentimiento, ya fuere ante la autoridad civil o la religiosa.

No podemos hablar del matrimonio homosexual en España, sin reconocer el carácter progresista y avanzado de la Constitución Española de 1978. Y es que fue su redacción abierta en su artículo 32.1 con el siguiente tenor literal “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”, aunque no plenamente intencional, la que permitió extender el matrimonio por ley a las parejas homosexuales, o, mejor dicho, abrir la institución matrimonial. Un cambio sustancial que no tuvo que enfrentarse a una reforma constitucional. Lo cual hubiese supuesto su posible fracaso.

No sin polémica, la Ley 13/2005 supuso una extensión del régimen matrimonial a las demás realidades. Dicha ley fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte del grupo parlamentario popular, resolviendo el Tribunal Constitucional en favor de la constitucionalidad de la ley casi ocho años después mediante la STC 198/2012. De esta manera, España se convirtió tras Países Bajos y Bélgica, en el tercer país en otorgar plena legalidad a el matrimonio homosexual. Y, por tanto, dando victoria a una de las luchas más importantes del colectivo LGTBI+ en la historia de España.

Hoy el matrimonio homosexual es legal en más de 30 países, a los que deben sumarse otros 12 Estados en los que la ley otorga protección a las parejas homosexuales bajo la institución de la unión civil. Europa es el principal foco de este avance legislativo en materia de derechos humanos, seguido por los continentes americanos. En Asia, tan solo Taiwán reconoce este derecho. Lo mismo ocurre en África, donde solo Sudáfrica reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, al tiempo que se trata de despenalizar las relaciones homosexuales en otros 22 Estados del continente africano.¹

La cuestión del matrimonio homosexual ha dado mucho que hablar. Pero el debate no termina ni mucho menos en todas estas disquisiciones que brevemente he tenido a bien realizar. La ley fue efectiva de cara a regular la institución en el ámbito nacional, esto es, cuando ambos contrayentes son de nacionalidad española y el matrimonio es contraído en el territorio español, pero el legislador se dejó en el tintero muchas otras cuestiones que atañen al carácter internacional que la unión matrimonial pudiere tener.

El derecho internacional privado acoge un modelo incompleto en cuanto al régimen matrimonial, dejando sin regular expresamente cuestiones cruciales como la capacidad para contraer matrimonio, remitiéndose a las reglas generales sobre el conflicto de leyes cuando nos encontramos ante un caso con elementos de extranjería. La ausencia

¹ El matrimonio homosexual es ya legal en 30 países. (17 de junio de 2019). Radio Televisión Española. Recuperado, 23 de marzo de 2020, de <https://www.rtve.es/noticias/20190617/solo-once-paises-del-mundo-esta-legalizado-matrimonio-homosexual/667560.shtml>

de una norma de Derecho Internacional Privado en el ordenamiento jurídico español que regule el matrimonio en toda su extensión ha llevado a una gran complejidad legislativa en esta materia.

Este modelo incompleto, tiene también su proyección en el ámbito del derecho europeo, no existiendo tampoco una armonización a este nivel. Más allá de la afirmación, como principal y elemental característica de este cuerpo legislativo, de la primacía de la libertad de movimiento consagrada por las normas comunitarias sobre las prohibiciones que las normas nacionales pudieren hacer con respecto de las uniones matrimoniales². Así, y a pesar de no existir una regulación autónoma con respecto al matrimonio a nivel comunitario, siempre existirá un mínimo reconocimiento de las uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo, aunque fuere a los solos efectos del régimen comunitario aplicable en materia de extranjería.

El objetivo general de este Trabajo de Fin de Grado consiste en el análisis de las problemáticas que presenta el matrimonio entre personas del mismo sexo con elemento de extranjería a la luz de la legislación española. Para ello, acudiremos en primera instancia al concepto de matrimonio tanto en el derecho español como en el panorama comparado, con el fin de concluir una revisión analítica del mismo. Y una vez conceptualizado éste en todos sus elementos y matices, tendremos a bien analizar de manera pormenorizada la regulación del matrimonio – en especial, en lo referente al matrimonio homosexual – que se plasma, aunque de manera dispersa, en el Derecho Internacional Privado español. También prestaremos atención al desarrollo jurisprudencial que ha tenido lugar durante las últimas décadas y a lo dicho por la doctrina al respecto. Todo ello en consonancia con lo dispuesto por la DGRN en sus no pocas resoluciones e instrucciones dictadas al respecto. Así mismo, se acudirá de forma constante a la legislación comunitaria, así como a la jurisprudencia dictada por el TJUE. Por último, estudiaremos qué grado de reconocimiento transfronterizo goza el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España en el ámbito del derecho comunitario y más allá de sus fronteras.

En consecuencia, la metodología utilizada en el presente estudio será de carácter teórico, acudiendo a la revisión bibliográfica y jurisprudencial. Para realizar nuestra investigación nos serviremos de un enfoque histórico en cuanto a la conceptualización del matrimonio y el análisis de la evolución que la institución matrimonial ha experimentado a

² Véase al respecto STJUE de 5-6-2018, en el asunto C-673/16, *Coman*. Recuperado 7 febrero, 2020 de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=202542&doclang=ES>

lo largo de las últimas décadas. Pero también de un enfoque comparativo, puesto que tendremos a bien acudir al derecho comparado con el fin de tratar de dar respuesta a la conflictiva extensión material de la legislación española que se requiere en relación con estos matrimonios.

En el presente trabajo se pretenderá responder a una serie de preguntas: ¿Qué limitaciones existen en cuanto a los matrimonios internacionales entre personas del mismo sexo?, ¿Existe una divergencia de efectos con respecto al tradicional matrimonio heterosexual en el ordenamiento jurídico español?, ¿Qué reconocimiento tendrán en el extranjero estos matrimonios celebrados en España? O ¿Qué ocurre en el plano del derecho de la UE con estos matrimonios aun siendo no reconocidos por todos los Estados Miembros?

Prescindimos, por lo tanto, del análisis de cuestiones como la disolución del matrimonio, por ser una cuestión de gran amplitud que no puede abarcarse junto con los temas referidos en un Trabajo de Fin de Grado, o del análisis de figuras como el matrimonio poligámico, aunque tendremos oportunidad de hacer referencia a él en no pocas ocasiones. Así mismo, a pesar de que hagamos referencia en repetidas ocasiones a figuras análogas al matrimonio como son las parejas de hecho – o en el caso de algunos países, el contrato de unión civil –, no entraremos en un análisis de sus características y presupuestos, sirviéndonos únicamente de esta figura en cuanto al derecho comparado se refiere, con el fin de analizar los posibles efectos extraterritoriales que pueda tener el matrimonio homosexual celebrado en España.

Me gustaría, antes de entrar en materia, expresar mis sinceros agradecimientos a mi tutora por la toda la atención recibida, así como por su completa disposición para trabajar en todas y cada una de las propuestas que he planteado a lo largo de todo el proceso de investigación detrás de este trabajo. También quiero agradecer a mi pareja, Ioseb Dzamukashvili, por acompañarme en la puesta en práctica de todo lo que aquí se discute, aportarme una visión profunda de la situación política y social de la comunidad LGTB en Europa del Este y Asia Central como experto regional que es, y apoyarme estoicamente durante todo el proceso de elaboración de este trabajo. Por último, agradecer a mis padres, que siempre han apostado por mí en todos mis proyectos.

2. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO Y EL CONCEPTO DE MATRIMONIO.

Como punto de partida, debemos decir que las bases del régimen jurídico matrimonial en el DIPr se articulan en torno a un principio jurídico que goza de un carácter esencial: toda persona ostenta el derecho a contraer matrimonio (*Ius Connubii*) y a formar una familia. El *Ius Connubii* constituye un derecho subjetivo, el de contraer matrimonio de forma libre con la persona que se elija, sin más restricciones que las impuestas por la ley por razones de orden público³. Como es el caso de las prohibiciones impuestas a los matrimonios entre parientes cercanos, el matrimonio poligámico o los matrimonios entre menores de dieciséis años. Y es este *Ius Connubii* el que reviste de una determinada configuración legal al concepto de matrimonio.

El *Ius Connubii* como derecho subjetivo aparece plasmado como tal en una pluralidad de instrumentos legales en los que se refleja un concepto de matrimonio que, si bien no se especifica su sola circunscripción a las uniones entre el varón y la mujer, podemos inferir ésta atendiéndonos a una interpretación histórica de dichos textos, conforme a los usos y la costumbre del tiempo en el que fueron promulgados⁴. Todo ello sin perjuicio de las revisiones doctrinales y jurisprudenciales que hayan tenido lugar al respecto a lo largo de las últimas dos décadas. Así, aparece en el artículo 32 de la Constitución Española de 1978⁵, en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁶, o en el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷, entre otros.

³ Véase CALVO CARAVACA, A., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2018). Derecho internacional privado. 1 (18a ed.). Granada: Comares. p 24-28 ; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Matrimonio y parejas de hecho" en CALVO CARAVACA, A., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2018). Derecho internacional privado. 2 (18a ed.). Granada: Comares. p 73-159

⁴ Véase al respecto CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). Derecho internacional privado y matrimonios entre personas del mismo sexo. Anales De Derecho, 23, 11-70. p.13 Recuperado 16, febrero, 2020 a partir de <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/56411>

⁵ Cfr. art. 32, Constitución Española de 1978. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, p. 29313.

⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948, París. Recuperado 3, marzo, 2020 a partir de <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

⁷ Véase al respecto Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Boletín Oficial del Estado, 30 de abril de 1977, núm. 103 p. 9337

Entonces, ¿Cómo hemos transitado hacia un escenario en el que este tipo de uniones sí que entran dentro del concepto general de matrimonio? Pues bien, podemos empezar a ver una tímida evolución entorno a este *Ius Connubii* en la Resolución del Parlamento Europeo sobre igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la comunidad europea aprobada el 8 de febrero de 1994⁸. Dicha resolución vino a afrontar de forma directa y clara la cuestión de los matrimonios entre personas del mismo sexo, instando a la Comisión Europea a poner fin a “*la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales*”. Pero el Parlamento Europeo fue más allá, proponiendo incluso el levantamiento de las restricciones que existían y, que todavía hoy existen en no pocos Estados miembros de la UE, respecto a la adopción por parte de las parejas homosexuales.

En 1994 esto supuso toda una polémica en los países de las entonces Comunidades Europeas, dejando al margen su valor en cuanto al Derecho Comunitario se refiere. Por primera vez un instrumento jurídico se pronunciaba acerca de esta cuestión, y abría un debate que en años posteriores desembocaría en la apertura del régimen matrimonial. O, al menos, en la adopción de instituciones análogas al mismo.

El hito más importante al respecto tiene lugar en diciembre del 2000 con la aprobación y ratificación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE otorgada en Niza⁹. En su artículo 9, declara que “se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. De este tenor literal se extraen diferentes cuestiones a tratar. En primer lugar, el artículo confirma que cada Estado miembro ostenta plena libertad para configurar la institución matrimonial, reservando ésta a las parejas heterosexuales o abriéndola así mismo a las parejas homosexuales. Dicho esto, queda claro que ningún Estado miembro queda obligado a destinar la institución matrimonial con carácter exclusivo y excluyente a las parejas heterosexuales. Por último, la carta no contempla ninguna norma de conflicto con respecto de los matrimonios internacionales, quedando reservada la problemática conflictual a las normas de DIPr presentes en cada Estado miembro.

La aprobación de la Carta de los derechos fundamentales de la UE no se tradujo en una protección a nivel comunitario del derecho a contraer matrimonio por parte de la

⁸ Resolución del Parlamento Europeo A3-0028/94 del 8 de febrero de 1994 sobre igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la CEE, DOCE 28 febrero 1994.

⁹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 7 de diciembre de 2000, Niza. DOUE C364 de 18 diciembre, 2000.

comunidad LGTB¹⁰, pero sí que abrió la puerta a un debate sobre el concepto del matrimonio y la posibilidad de incluir en él a las parejas homosexuales.

Desde el punto de vista del derecho, el concepto matrimonial concebido socialmente suele tener su reflejo en la ley. Dicha ley es la que establece, además de su régimen de validez, su contenido. Así pues, el matrimonio es un negocio jurídico de carácter bilateral, y como tal, sus contrayentes se obligan a unos determinados deberes recíprocos mediante la prestación del consentimiento, los cuales son exigibles desde el mismo momento de su celebración. Es aquí donde difieren muchos ordenamientos.

Mientras en occidente, la unión matrimonial supone el establecimiento de una comunidad entre los contrayentes, obligándose mutuamente al levantamiento de las cargas familiares y a determinados deberes recíprocos. Conforme al derecho islámico, la institución matrimonial no es más que el medio contractual para organizar las relaciones sexuales entre los contrayentes¹¹ con la finalidad de otorgar legalidad a las mismas¹². Por tanto, podemos decir, que las bases del negocio jurídico matrimonial son totalmente diferentes.

En la cultura española, la cual podemos ubicar perfectamente dentro de la cultura occidental, el concepto de matrimonio se encuentra estrechamente ligado a la concepción tradicional del matrimonio y la familia presente en la tradición cristiano-católica. Y es esta concepción tradicionalmente católica del matrimonio y la familia la que alimenta el conflicto del acceso al matrimonio por parte de las parejas homosexuales¹³.

Dicho esto, debemos acudir al Derecho canónico como primera fuente normativa del derecho matrimonial en la historia, que se encargaba no solo de regular el contenido de la institución matrimonial, sino también de establecer las causas de nulidad del vínculo

¹⁰ De hecho, tanto el Reino Unido como la República de Polonia introdujeron en el momento de ratificar el Tratado de Lisboa un protocolo, el protocolo nº30, con el objetivo de limitar el posible efecto creador de derechos que la Carta pudiese tener en sus ordenamientos jurídicos nacionales. Las razones de ambos países tenían trasfondos distintos, ya que mientras el Reino Unido estaba preocupado por una posible creación extensa de derechos sociales y económicos, la República de Polonia temía que la carta obligase a introducir el matrimonio homosexual en su regulación en materia de derecho de familia.

¹¹ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. (2002) La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el DIPr. Español. Pamplona: Aranzadi. p. 181.

¹² DIAGO DIAGO, M. (2001). La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol. Annales De Droit De Louvain, 4, 407 - 442.

¹³ Véase al respecto MONTESINOS SÁNCHEZ, N. (2006). Matrimonio y homosexualidad, Feminismo/s, 8, p. 176.

matrimonial, y, por tanto, sometiendo a la jurisdicción de la Iglesia Católica la solución de las eventuales controversias que pudieren surgir al respecto.¹⁴

La Iglesia pierde su exclusividad sobre la materia matrimonial a partir de la reforma protestante del siglo XVI, y es en este momento en el que concepto canónico y concepto legal comienzan a bifurcarse, correspondiendo al Estado el monopolio legislativo sobre el régimen jurídico matrimonial. Aunque inicialmente matrimonio civil y matrimonio canónico eran idénticos¹⁵, se produce a lo largo del tiempo una evolución en el concepto de matrimonio civil distanciándose claramente de la tradición católica imperante en tiempos precedentes.

El concepto jurídico de matrimonio presente tanto en el derecho español como en el inmenso conjunto de los derechos materiales occidentales no casa con un concepto tradicional de matrimonio como el que estaba presente de manera común y predominante en todos ellos tiempo atrás. Este concepto, que en el *common-law* inglés del siglo XIX ya venía recogido como “la unión voluntaria para toda la vida entre un hombre y una mujer con la exclusión de cualquier otro”¹⁶ no es el que hoy día integran las legislaciones occidentales en materia matrimonial. Y esto se produce según CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ¹⁷, por varios motivos.

En primer lugar, podemos decir con claridad que el matrimonio ya no se trata de una unión para toda la vida. El divorcio como causa de disolución matrimonial está consolidado e implantado en las legislaciones de todos los Estados, con una única excepción: Filipinas¹⁸. En segundo lugar, algunas legislaciones como proyección y consecuencia de la adopción de políticas de multiculturalidad reconocen los matrimonios poligámicos y les otorgan plenos efectos civiles, como es el caso del Reino Unido¹⁹. Al tiempo que otros Estados, como es el caso de España, a pesar de no reconocer efectos constitutivos a tales matrimonios y no permitir su celebración, el orden público

¹⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P. Y PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2016): Derecho de Familia. Madrid: Edisofer, p 54-55

¹⁵ Ibid. p. 72

¹⁶ CLARKSON, C. M. V, HILL, J., & JAFFEY, A. J. E. (2002) en CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). *op cit.* p. 16

¹⁷ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). *op cit.* p.16 - 22

¹⁸ Sin divorcio legal, Filipinas amarra matrimonios rotos hasta la muerte. (20 de agosto de 2019). El Diario. Recuperado, 23 de marzo de 2020, de https://www.eldiario.es/sociedad/divorcio-Filipinas-amarra-matrimonios-muerte_0_933356768.html

¹⁹ Recordemos que en 1973 se aprobó la llamada Matrimonial Causes Act 1973 que reconocía en su artículo 47 la validez de los matrimonios polígamos en el Reino Unido cuando la ley personal lo permitiera. Es decir, que el orden público internacional no interviene cuando no exista el impedimento de ligamen por un vínculo anterior.

internacional les otorga ciertos efectos civiles reconduciéndoles a la figura del matrimonio putativo a efectos de extranjería²⁰, medidas posteriores al divorcio, alimentos o sucesiones²¹, con el objeto de preservar la seguridad jurídica internacional. En tercer lugar, ciertos autores como GONZÁLEZ BEILFUSS²² establecen la línea divisoria entre el matrimonio y uniones libres en la libertad de disolución. Pero esto ha dejado de ser una diferenciación, al menos en la legislación española, puesto que en la actualidad ya no se exige una causalidad para disolver la unión matrimonial de conformidad con la redacción del artículo 86 CC dada por la Ley 15/2005²³, no requiriendo más que la voluntad de cualquiera de los cónyuges y el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio. Lo cual, no implica que el matrimonio deje de serlo y se convierta en una unión libre²⁴. Solo que no se viene exigiendo esa causalidad que venía a diferenciar la rigidez que presentaba una y otra forma de unión.

Como vemos, existen no pocas razones para decir que el concepto jurídico tradicional de matrimonio ha sido superado. Ahora bien, esto no supone la aceptación implícita de los matrimonios entre personas del mismo sexo. Es preciso continuar con esta reflexión histórica para integrar en el matrimonio a las parejas del mismo sexo.

Como he tenido ocasión de exponer anteriormente, el concepto de matrimonio acogido por la ley civil española fue inicialmente el canónico, el cual no ha variado a lo largo del tiempo²⁵. En 1889 se promulga el Código Civil, y este no es ajeno a la realidad de su tiempo, incorporando un régimen jurídico matrimonial donde el matrimonio consistía en la unión entre el varón y la mujer. Algo que no cambia hasta ya entrado el actual periodo constitucional. No obstante, y esto jugará su papel en etapas futuras, el Código Civil nunca

²⁰ Texto Consolidado de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Boletín Oficial del Estado, 12 de enero de 2000, núm. 10.

²¹ Sentencia Juzgado Social núm.6 Barcelona de 10 octubre 2001; STSJ Madrid 29 julio 2002; Sentencia Juzgado Social La Coruña 13 julio 1998.

²² GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2004). Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea, Madrid: Marcial Pons. p. 34

²³ 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. Boletín Oficial del Estado, 9 julio 2005, núm. 163. p. 24458 – 24461.

²⁴ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). *op cit.* p. 18

²⁵ Es preciso puntualizar que, mientras en el ámbito del derecho civil el concepto de matrimonio ha experimentado una evolución de manera gradual en el tiempo, en el derecho canónico esto no ha sido así. Al menos en cuanto a las notas esenciales del matrimonio. Y esto se refleja tanto en los Códigos de Derecho Canónico promulgados en 1917 por Benedicto XV y en 1986 por Juan Pablo II, que mantienen los mismos rasgos esenciales en cuanto al concepto de matrimonio. Cuestión distinta es la de los fines, pero no entraremos en su análisis.

hizo mención expresa a la unión matrimonial como aquella entre el hombre y la mujer. Reflejo de una etapa de nuestra historia, en la que ni el legislador consideró la necesidad de especificar algo que se presuponía como tal.

El principal vuelco legislativo respecto del matrimonio tuvo lugar con la aprobación de la Constitución Española de 1978. Aunque la constitución viene a establecer un modelo matrimonial en cierta medida continuista del anterior, basado en determinados caracteres cristianos, establece cambios fundamentales al respecto²⁶. En primer lugar, se implanta el principio de libertad de forma de celebración del matrimonio, de manera que solo existe un matrimonio, el civil, y una pluralidad de formas de celebración. Se produce una liberalización de los cauces legales para prestar el consentimiento matrimonial de manera que, en línea con la libertad de culto y el carácter aconfesional del nuevo Estado, se permiten las formas de celebración religiosas en concordancia con lo previsto por los acuerdos de cooperación que se alcancen entre el Estado y las distintas confesiones religiosas. Todas ellas produciendo los mismos efectos civiles. Pero, en segundo lugar, y más importante, se produce la pérdida de la exclusividad del matrimonio como medio legal para el establecimiento de la familia, y se configura ahora como un medio para el ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pero también dejando la puerta abierta al reconocimiento y protección por parte del Estado de otras formas de convivencia como la pareja de hecho o convivencia *more uxorio*.

Sin embargo, ha existido un profundo debate en la doctrina a la hora de determinar qué sentido debe darse a la interpretación del artículo 32 CE y, la posible extracción de una definición o concepto constitucional de matrimonio a partir del mismo. Todo ello, con el objetivo de analizar si la constitución al hablar de matrimonio también incluye al matrimonio homosexual, o, por el contrario, queda fuera de la garantía constitucional que se otorga al matrimonio.

Tuvieron que transcurrir más de siete años para que el TC en su ya célebre sentencia STC 198/2012²⁷ pusiera punto y final al debate, declarando constitucional la integración de las parejas homosexuales en la institución matrimonial y dando respuesta de manera razonada a las posiciones mantenidas por sectores políticos y sociales contrarios a la aprobación de la Ley 13/2005.

²⁶ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (1995). El sistema matrimonial español: matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. p. 293-294.

²⁷ Sentencia Tribunal Constitucional 198/2012 de 6 de noviembre. Boletín Oficial del Estado, 28 de noviembre de 2012, núm. 286, p.168.

El control de la constitucionalidad de la ley se realiza sobre la posible vulneración del artículo 32 CE en su doble vertiente, de garantía institucional del matrimonio y de derecho constitucional a contraer matrimonio²⁸.

En cuanto la primera vertiente, el concepto de garantía constitucional nace a partir de la STC 32/1981²⁹, y persigue la protección de determinadas instituciones enunciadas en la constitución que por su importancia en el orden constitucional deben permanecer inalteradas. La institución matrimonial goza de tal protección y, por tanto, se trata de determinar si la institución mantiene su imagen reconocible con su apertura a las parejas homosexuales. Es decir, se trata de determinar si los matrimonios entre personas del mismo sexo pertenecen a la cultura jurídica española. El Tribunal Constitucional concluye que *“la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, [es la de una] comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento”*. De manera que *“la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código civil antes de la reforma del año 2005, y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el Legislador”* (FJ 9 STC 198/2012). Por tanto, descarta la aludida desnaturalización de la institución matrimonial argumentada por los recurrentes en el recurso interpuesto contra la ley. Para ello, se basa en la idea recogida desde 1930 en la Sentencia de la Corte Suprema de Canadá en el asunto *Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada*, de que la Constitución es un árbol vivo, que, en palabras del tribunal, *“se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad”*. También acude al derecho comparado para justificar la presencia del matrimonio homosexual en la cultura jurídica española, de manera que menciona de forma consistente la consolidación del matrimonio homosexual en el seno de varios ordenamientos jurídicos integrados en la cultura jurídica occidental como son los Países Bajos (Ley de 2000), Bélgica (Ley de 2003), Canadá (Civil Marriage Act de 2005), Sudáfrica (Ley núm. 17 de 2006), Noruega (Ley de

²⁸ VILLANUEVA TURNES, A. (2014). Análisis jurídico de la sentencia del tribunal constitucional 198/2012 de 6 de noviembre de 2012 relativa a la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en España. Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época, (14). Recuperado a partir de <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/2147>

²⁹ Sentencia Tribunal Constitucional 32/1981, de 28 de julio. Boletín Oficial del Estado, 13 de agosto de 1981, núm. 193.

2009), Suecia (Ley de 2009), Portugal (Ley núm. 9/2010), Islandia (Ley de 2010), Argentina (Ley de 2010) o Dinamarca (Ley de 2012). Con posterioridad a la sentencia, y como he tenido ocasión de mencionar anteriormente, muchos otros países han regulado el acceso de las parejas homosexuales al matrimonio, alcanzando el número de treinta.

En cuanto a la segunda, el matrimonio como derecho constitucional, el tribunal trata de dilucidar si la reforma ataca al contenido esencial de este derecho. Al respecto, el tribunal no considera que la apertura de la institución matrimonial a las parejas homosexuales desvirtúe de forma alguna el contenido de este derecho a contraer matrimonio, puesto que permitir que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio entre sí *“ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse”*. Prosigue el tribunal, recordando que *“las personas heterosexuales no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían reconocida como titulares del derecho al matrimonio, puesto que con la regulación actual y con la anterior, gozan del derecho a contraer matrimonio sin más limitaciones que las que se deriven de la configuración legal de los requisitos para contraer matrimonio que realiza el Código civil”* (FJ 10 STC 198/2012).

Cuestión diferente es la oportunidad o conveniencia de los medios utilizados para alcanzar los fines, alegado en último lugar como último resorte en contra de la constitucionalidad de la norma. Como ya hemos dicho, el tribunal toma la idea del Tribunal Constitucional de Canadá de que la constitución debe interpretarse como un árbol vivo, de manera que este argumento tiene un escueto recorrido. Pero, además, y haciendo alusión a las tesis defendidas sobre una hipotética reforma constitucional encubierta, el Tribunal señala que «no es posible hablar de alteración de la Constitución en el sentido de modificación de su contenido normativo puesto que cualquier contradicción entre un enunciado legal y otro constitucional se salda con la declaración de inconstitucionalidad del primero» (FJ 2 STC 198/2012). Y es que lo único que ha tenido lugar es una modificación de las formas de ejercicio de este derecho³⁰.

En cualquier caso, e independientemente del encaje constitucional que pueda tener la reforma, existen otras razones de peso que nos llevan a confirmar la posibilidad de revisar el concepto jurídico de matrimonio y abrir la institución a todas las personas, con independencia de su orientación sexual³¹.

³⁰ VILLANUEVA TURNES, A. (2014). *op cit.* p. 4

³¹ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). *op cit.* p. 18

En primer lugar, la historia nos demuestra que los conceptos jurídicos cambian, sin perjuicio de su consideración como esenciales. En segundo lugar, la tesis de un contenido esencial de la institución matrimonial basado en la heterosexualidad o diferencia de sexo entre los cónyuges tiene un encaje dudoso en los ordenamientos jurídicos constitucionales. Especialmente en aquellos como el español, en el que se consagra una esfera importante de derechos fundamentales, en especial sobre igualdad jurídica y no discriminación, que colisionan frontalmente con una institución heterosexual por definición. Así mismo, no son pocos los textos internacionales que amparan explícitamente el matrimonio entre personas del mismo sexo (y que son muchos más de los mencionados *ad supra*).

2.1. EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL DERECHO MATERIAL COMPARADO.

De las páginas anteriores puede desprenderse que el matrimonio es un concepto dinámico y sujeto a un proceso de evolución gradual. Además de la relatividad del concepto de matrimonio en el tiempo, también podemos hablar de su relatividad en el espacio. Existiendo diferentes configuraciones de la institución matrimonial a lo largo y a lo ancho de la geografía mundial.³²

El primer criterio de distinción que debemos utilizar es, naturalmente, el de la integración o no de las parejas homosexuales en el seno de la institución matrimonial. Lo cual nos lleva a diferenciar entre matrimonios cerrados y matrimonios abiertos.

Serán matrimonios cerrados, aquellos que restringen su entrada a la institución, permitiendo únicamente el acceso al matrimonio a las parejas heterosexuales, como carácter consustancial al mismo. Es decir, que el Estado únicamente admite como matrimonio aquella unión entre el varón y la mujer.

Dentro de los matrimonios cerrados, debemos realizar otra diferenciación importante, basada en la protección que se otorga desde el Estado a las parejas homosexuales. Podemos diferenciar tres categorías de ordenamientos jurídicos, dependiendo del mayor o menor grado de protección jurídica otorgado a las parejas homosexuales, llegando incluso a criminalizar las relaciones homosexuales.

³² Véase al respecto CALVO CARAVACA, A.-L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2006). Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: Notas a la resolución-circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005. *Boletín Del Ministerio de Justicia*, año 60 (2007). p 682

En el primer bloque de ordenamientos jurídicos, que comprende los ordenamientos de países tan dispares como Chile, Italia, Suiza, República Checa, Croacia, Grecia o Estonia, entre otros, el matrimonio es una institución reservada a las parejas heterosexuales, pero, al mismo tiempo, existe la figura de la unión civil, destinada a las parejas homosexuales. En este caso, ambas instituciones jurídicas son simétricas o cuasi simétricas, dado que en determinados ordenamientos todavía no se reconoce el derecho de las parejas homosexuales a adoptar de manera conjunta. Pero quizás este sea el único rasgo que las diferencia.

En estos casos, se otorgan efectos civiles a los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero. Aunque se reconducen estos a la figura de la unión civil.

En el segundo bloque de ordenamientos jurídicos, que comprende los ordenamientos de países como Armenia, China, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia o Corea del Sur, entre otros, se produce un reconocimiento parcial de las relaciones homosexuales. El matrimonio está reservado a las parejas heterosexuales, pero no existe ninguna figura análoga al matrimonio. Tampoco tiene lugar un reconocimiento de estas parejas a efectos económicos, como podría ser en el caso de regular una pareja de hecho o la convivencia *more uxorio*. En estos casos, se les reconoce unos derechos limitados a las parejas homosexuales que suelen alcanzar tímidamente el régimen de la cohabitación, es decir, que se reconocen derechos relacionados con la vivienda como puede ser el derecho de subrogación en el contrato de alquiler cuando el otro conviviente hubiese fallecido. También otorgan el derecho de visita cuando uno de los miembros de la pareja está hospitalizado, e incluso puede que la toma de decisiones médicas como familiar del paciente. Pero el reconocimiento no se extiende mucho más allá.

No obstante, conviene puntualizar al respecto, que aquellos Estados miembros de la Unión Europea cuyos ordenamientos no reconocen más que parcialmente las relaciones homosexuales, sí están obligados al reconocimiento de estas parejas, aunque tan solo a los efectos de conceder permiso de residencia al cónyuge o análogo que sea extranjero no comunitario³³. El caso más sonado fue el de Rumania, que se vio obligada a otorgar el

³³ Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Diario Oficial de la Unión Europea, L 158 de 30 de abril de 2004.

permiso de residencia a un extranjero no comunitario en virtud de su vínculo matrimonial celebrado con un nacional rumano en el extranjero³⁴.

En el tercer y último bloque de ordenamientos jurídicos, directamente se criminalizan las relaciones homosexuales y se persiguen las relaciones homosexuales, o, incluso, la homosexualidad, en sus leyes penales. Encuadramos en este grupo a los países que han adoptado como fuente del derecho la Sharía o ley islámica, como son Arabia Saudí, Irán, Yemen o Sudán, entre otros. Pero también otros, como la mayoría de los estados africanos, Barbados, Bután, Guyana, Sri Lanka o Myanmar, por ejemplo. Si bien, existen otros Estados en los que a pesar de no existir *de iure* una criminalización de la homosexualidad, las autoridades aplican *de facto* y por analogía normas que no se refieren explícitamente a las relaciones homosexuales con el fin de criminalizarlas, como son Egipto e Irak.³⁵

Serán matrimonios abiertos, aquellos que permiten la entrada a la institución matrimonial tanto de parejas heterosexuales como de parejas homosexuales. Es decir, que, a los ojos del derecho, es irrelevante el sexo de los contrayentes. Podemos encuadrar dentro de este grupo a España, que tomó el testigo de Holanda y Bélgica – cuyos ordenamientos jurídicos abrieron sus instituciones matrimoniales a las parejas homosexuales en 2001 y 2003 respectivamente –. Pero en la actualidad, ya son más de una treintena de países los que admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo en sus legislaciones, con los mismos requisitos y surtiendo los mismos efectos que en el caso de los matrimonios heterosexuales.³⁶

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5-6-2018, en el asunto C-673/16, *Coman y otros*.

³⁵ MENDOS RAMÓN, L. (2019). Homofobia de Estado 2019. Ginebra: ILGA. p. 557.

³⁶ *Ibid.* p 285 – 291.

3. LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO EN ESPAÑA. ANÁLISIS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

El matrimonio es una institución que ha sufrido sucesivas y profundas variaciones a lo largo de las últimas décadas, producto de los cambios sociales que han tenido lugar en la sociedad española. La llegada de la democracia – y, por ende, la culminación de la transición española – nos hizo abandonar un modelo de Estado confesional, vigente con anterioridad a la Constitución Española de 1978³⁷, y dirigirnos hacia un modelo de Estado aconfesional con acuerdos con las confesiones más representativas consagrado en el artículo 32 CE.

Este cambio operado por la aprobación de la carta magna implicó el abandono posterior de un modelo de matrimonio que tenía ya poco sentido. La reforma del Código Civil operada por la Ley 30/1981³⁸ puso punto final a un sistema de doble matrimonio, civil y canónico, adoptando un modelo de matrimonio único con diferentes formas de prestación del consentimiento.

Dado que el presente estudio versa sobre cuestiones de DIPr, debemos analizar cuál es la proyección internacional del régimen jurídico matrimonial. A tal extremo, considero necesario prestar atención como punto de partida a los factores expuestos por PALAO MORENO³⁹ que han transformado la esfera internacional privatista del matrimonio en el ordenamiento jurídico español.

En primer lugar, debemos mencionar el reconocimiento legal de los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo, y, en igual medida, la aceptación legal en nuestro país de la realidad de las parejas de hecho. Ambas merecen una mención especial dada su desigual admisión en el derecho comparado, lo cual implica no pocas dificultades para su reconocimiento y su papel en el tráfico jurídico internacional.

En segundo lugar, es significativa la aparición en España de instituciones jurídicas hasta entonces desconocidas como el matrimonio poligámico o el repudio, producto del

³⁷ Constitución Española de 1978. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, p. 29313.

³⁸ Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Boletín Oficial del Estado, 20 de julio de 1981, núm. 172, p. 16457.

³⁹ ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J., & PALAO MORENO, G. (2019). Derecho internacional privado (13a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch. p 453-454

incremento e intensificación de los procesos migratorios. Los cuales han dado un papel más importante al orden público internacional en el ordenamiento jurídico.

Así mismo, esta intensificación de los movimientos migratorios ha tenido una segunda proyección en la institución matrimonial: el matrimonio de complacencia. La normativa en materia de extranjería otorga ciertos privilegios a las personas ligadas por matrimonio con un nacional español en orden a obtener permisos de residencia o de cara a la adquisición de la nacionalidad por residencia. Aunque no profundizaremos en dicho fenómeno, dado que el presente estudio no abarca tal figura.

En tercer lugar, es necesario destacar así mismo el papel activo que ha tomado recientemente el legislador europeo, desarrollando una normativa en el ámbito matrimonial con el objetivo de perfilar y continuar desarrollando el ELSJ. Así, se han elaborado instrumentos legislativos con un carácter sustancialmente significativo para el régimen jurídico matrimonial como son el Reglamento 2019/1111⁴⁰ relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, o los Reglamentos 2016/1103⁴¹ y 2016/1104⁴² en los ámbitos de competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, en materia de régimen económico matrimonial y en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas respectivamente, entre otros. Si bien, no ha tenido lugar una armonización a nivel comunitario en lo que respecta a la propia celebración del matrimonio o a sus efectos personales, salvo la afirmación de la primacía de la libertad europea de circulación de las personas sobre la regulación en materia matrimonial de los Estados Miembros (STJUE de 5-6-2018, en el asunto C-673/16, Coman⁴³).

Con estas premisas de partida, nos disponemos a analizar el régimen jurídico matrimonial otorgado por el derecho internacional privado español.

⁴⁰ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. Diario Oficial de la Unión Europea, 2 de julio de 2019, núm. 178, p. 1-115.

⁴¹ Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. Diario Oficial de la Unión Europea, 8 de julio de 2016, núm. 183, p. 1-29

⁴² Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. Diario Oficial de la Unión Europea, 8 de julio de 2016, núm. 183, p. 30-56.

⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5-6-2018, en el asunto C-673/16, Coman.

3.1. CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

Como ya hemos tenido ocasión de exponer, el modelo actual de matrimonio consagrado en el Código Civil tras la reforma operada por la Ley 30/1981, es un modelo de matrimonio único con distintas formas de manifestar el consentimiento matrimonial, ya sea ante la autoridad civil o ante la autoridad religiosa competente en cada caso.

Se abandona así el modelo de doble matrimonio impuesto por el carácter tradicionalmente confesional que el ordenamiento jurídico español había presentado hasta entonces, donde se aplicaba como regla general el matrimonio canónico, mientras que el matrimonio civil quedaba reservado para aquellas situaciones en las que los contrayentes no profesaban la religión católica.

De esta manera, solo existe un matrimonio, el civil, y se otorgan plenos efectos civiles a los matrimonios celebrados conforme las normas de derecho canónico u en otras formas religiosas siempre que éstas estén previstas en los acuerdos cooperación entre el Estado y las autoridades religiosas correspondientes (artículo 60.1 CC). Así mismo, cuando no existan dichos acuerdos de cooperación, tendrán efectos civiles aquellos matrimonios celebrados en la forma religiosa prevista por aquellas iglesias, confesiones, comunidades religiosas o sus federaciones que, estando inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, tengan reconocido notorio arraigo en España (artículo 60.2 CC).

Si bien, resulta necesario recordar que esta posibilidad de celebración se circunscribe tan solo respecto a las parejas heterosexuales, manteniéndose la exclusión de las parejas heterosexuales del matrimonio celebrado en forma canónica o en las otras formas religiosas que hasta el momento se admiten en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de las modificaciones aprobadas por la Ley 13/2005⁴⁴. Que surten efecto, como no podría ser de otra manera, en cuanto al matrimonio celebrado en forma civil.

A pesar de que tales transformaciones en el régimen jurídico matrimonial han tenido su proyección internacional, dado su renovado carácter – más aperturista, acogiendo nuevas modalidades de celebración del matrimonio –, no así han incorporado un modelo completo en cuanto a la celebración del matrimonio con elementos de extranjería. Y esto tiene su reflejo en el vacío legal existente respecto de cuestiones importantísimas como la determinación de la ley reguladora de la capacidad matrimonial o la validez del consentimiento, entre otras, que queda contrastado al mismo tiempo con la regulación de

⁴⁴ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Boletín Oficial del Estado, 2 de julio de 2005, núm. 157, p. 23632

cuestiones como la autoridad ante quien debe manifestarse el consentimiento matrimonial⁴⁵.

Esta realidad nos lleva a afirmar el carácter complejo y disperso que presenta el panorama legislativo respecto del matrimonio, que conduce a una situación en la que existen una extensa pluralidad de normas aplicables al matrimonio con elementos de extranjería. A tal extremo, CALVO CARAVACA⁴⁶, viene en sostener que el fundamento de dicha complejidad y dispersión se encuentra, en primer lugar, en la ausencia de normativa comunitaria que regule la ley aplicable a la celebración del matrimonio, y, en segundo lugar, en la ausencia de una norma de DIPr español que regule el matrimonio en toda su extensión.

Por tanto, y a tenor de todo lo expuesto, podemos decir que el legislador español ha optado claramente por remitir a las normas de conflicto de leyes en el caso de los matrimonios con elemento de extranjería. Así, deberemos prestar atención a lo dispuesto en la regla general del artículo 9.1 CC a la hora de determinar qué norma resulta de aplicación en cada momento respecto de los diferentes requisitos que comporta la celebración del matrimonio.

3.2. CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO

3.2.1. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LA CAPACIDAD

Partiendo del modelo incompleto acogido por el DIPr español a la hora de regular el matrimonio, debemos señalar que no existe una norma que disponga específicamente sobre la capacidad para contraer matrimonio cuando nos encontramos ante un caso con elemento de extranjería.

Esta laguna ha dado lugar a una problemática que ha sido salvada en cierta medida tanto por la doctrina como por la DGRN – en la actualidad Dirección General de Fe Pública y Seguridad Jurídica – recurriendo a la regla general consagrada por el artículo 9.1 del Código Civil, aunque con la previsión de ciertas excepciones.

Atendiendo al tenor literal del artículo 9.1 CC, la capacidad para contraer matrimonio se regula por la ley personal de cada uno de los contrayentes al tiempo de su

⁴⁵ ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J., & PALAO MORENO, G. (2019). *op. cit.* p 455

⁴⁶ CALVO CARAVACA, A., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2018). *Derecho internacional privado*. 2 (18a ed.). Granada: Comares. p 85

celebración, regulando también los impedimentos y aquellos supuestos en los que cabe su posible dispensa. Dichos impedimentos imponen la prohibición de contraer matrimonio a determinadas personas salvo dispensa, por motivos de edad, parentesco o de otra índole como la que el ordenamiento jurídico español impone a aquellos que hubieren participado en la muerte dolosa del cónyuge anterior o persona análoga.

Debemos hacer una mención especial a la *Convención de Nueva York relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los matrimonios* de 10 de diciembre de 1962⁴⁷. Dicha convención obliga en su artículo 2 a los Estados firmantes a adoptar medidas legislativas para el establecimiento de una edad mínima para contraer matrimonio. Es decir, que se obliga al establecimiento de un impedimento por motivos de edad. Siendo un claro paradigma del consenso buscado en el ámbito internacional con respecto a determinadas cuestiones, en aras de proteger ciertos derechos fundamentales. Aunque dicha regla queda matizada, permitiendo a la autoridad competente dispensar tal impedimento “por causas justificadas y en interés de los contrayentes”.

Aunque existe un silencio del legislador español a tal respecto, podemos decir al hilo de lo expuesto en el párrafo anterior que será la autoridad española la competente para dispensar los impedimentos que puedan existir, a la luz de la ley personal del interesado. Teniendo en cuenta que será esta la que ordenará igualmente si existe o no la posibilidad de su dispensa y la persona que está legitimada para solicitarla.

Hay que decir al respecto que la doctrina española no ha sido pacífica a la hora de abordar esta cuestión de la competencia, acudiéndose en ocasiones a una interpretación extensiva de la LOPJ que permita a la autoridad española ser, además de competente para autorizar el matrimonio, competente para la dispensa de aquellos impedimentos se presenten a la luz de la ley personal de uno de los contrayentes⁴⁸. Una postura que es plenamente coincidente con la adoptada en el *Convenio de París tendente a facilitar la celebración de los matrimonios en el extranjero* de 10 de septiembre de 1964⁴⁹, consagrando en su artículo 1 el reconocimiento de la competencia de las autoridades del Estado de celebración del

⁴⁷ Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registros de los mismos abiertos a la firma en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York el día 10 de diciembre de 1962 y adhesión de España a la misma. Boletín Oficial del Estado, 29 de mayo de 1969, núm. 128, p. 8326.

⁴⁸ ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J., & PALAO MORENO, G. (2019). *op. cit.* p 456

⁴⁹ Instrumento de adhesión de España al Convenio tendente a facilitar la celebración de los matrimonios en el extranjero, hecho en París el 10 de septiembre de 1964. Boletín Oficial del Estado, 19 de enero de 1977, núm. 16, p. 1254.

matrimonio para la dispensa de los impedimentos, eso sí, “en los casos y bajo las condiciones previstas por la ley personal del futuro cónyuge”.

Aunque pareciera quedar resuelta la cuestión de la norma aplicable a la capacidad, debemos prestar atención a la posible intervención del orden público internacional español, generalmente con un efecto limitador de la aplicación de las normas extranjeras que resultaren aplicables, cuando tal aplicación produzca una vulneración de los principios esenciales, básicos e irrenunciables del Derecho español⁵⁰. Tal vulneración impide a los tribunales españoles aplicar dichas normas extranjeras (artículo 12.3 CC), aplicándose en su lugar la ley española como *lex fori*.

Por ejemplo, se limitará la aplicación de aquellas normas extranjeras que impidieren contraer matrimonio por razones religiosas o étnicas, aquellas normas extranjeras que permitieren la celebración del matrimonio entre parientes cercanos⁵¹ o aquellas normas extranjeras que impidieren contraer matrimonio a aquellos que hubieren alcanzado una edad determinada.

La DGRN ha ido resolviendo progresivamente todas las controversias surgidas en cuanto a la inaplicación de las normas de capacidad extranjeras con respecto a los matrimonios celebrados en España.

Una de las mayores controversias surgidas a tal extremo fue la capacidad para contraer matrimonio reconocida por algunos Estados a aquellos que previamente estuvieren ligados por vínculo matrimonial no disuelto, es decir, el reconocimiento del matrimonio poligámico o, incluso, el reconocimiento que pudiere darse al hipotético matrimonio poliándrico⁵². La *Resolución-Circular de la DRGN de 14 de diciembre de 2000* adopta la postura de no reconocer el matrimonio poligámico, pero al mismo tiempo otorga efectos atenuados a dicha realidad, reconduciendo tales supuestos a la figura del matrimonio putativo con el fin de otorgar ciertas garantías en materia de derecho de familia y derecho

⁵⁰ Cfr. Resolución-Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005 sobre matrimonios Civiles entre personas del mismo sexo.

⁵¹ Recordemos que el ordenamiento jurídico español impide, por constituir un impedimento relativo de la capacidad matrimonial, contraer matrimonio a los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción y a los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado (artículo 47 CC).

⁵² Nótese que definimos el Matrimonio poliándrico de forma análoga al poligínico, en el sentido de tratarse de aquella unión de la mujer con más de un varón, quedando el mismo unido a ella de manera exclusiva y excluyente. De forma antagónica a lo que ocurre en la poliginia, que normalmente se identifica con el matrimonio poligámico en sentido estricto, en la que es el varón quien presenta vínculo matrimonial con más de una mujer quedando ésta unida a él de manera exclusiva y excluyente. Siendo este último, el matrimonio poligínico, ampliamente extendido en la cultura y el derecho islámico.

de sucesiones. Algo que contrasta con la taxatividad que la DGRN otorga a la inaplicación de aquellas normas de capacidad que consideren como admisible el matrimonio contraído entre niños que hayan alcanzado la edad a partir de la cual es dispensable el impedimento por razones de edad, en línea con la ya citada *Convención de Nueva York relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los matrimonios de 10 de diciembre de 1962* (Resolución-Circular de la DGRN de 15-3.^a de junio de 2004) o aquellas que tengan por objeto prohibir los matrimonios mixtos entre personas de distinta religión (Resolución-Circular de la DGRN, de 10-1.^a de junio de 1999).

Así mismo, debemos tener muy presente que las reglas en lo referente a la capacidad para contraer matrimonio constituyen una cuestión de indudable trascendencia en lo que respecta al matrimonio entre personas del mismo sexo. Tanto es así, que en muchos ordenamientos jurídicos la heterosexualidad es uno de los presupuestos de la institución matrimonial, constituyendo uno de los elementos de la capacidad para contraer matrimonio y, por tanto, vetando la entrada a esta institución jurídica de las relaciones homosexuales.

La reforma del Código Civil operada por medio de la Ley 13/2005 de 1 de Julio por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio⁵³, vino a introducir un segundo apartado dentro del art 44 CC estableciendo que “*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*”. Se producía entonces una extensión del régimen matrimonial existente abarcando la realidad de las parejas homosexuales, y, por tanto, abriendo la institución matrimonial a ellas.

Dicha reforma fue lo suficientemente efectiva como para regular los aspectos de una unión matrimonial entre dos personas del mismo sexo cuando ambos contrayentes fueran españoles, sin mayores necesidades que las de modificar ciertas referencias explícitas al marido y la mujer a lo largo del Código Civil. Sin embargo, se dejó totalmente de lado y sin una respuesta clara toda cuestión de DIPr que pudiese existir al respecto.

Fue la DGRN la que en su *Resolución-circular de 29 de julio de 2005 sobre matrimonios Civiles entre personas del mismo sexo*, vino a resolver una cuestión tan fundamental como la de aclarar si se reconocía o no capacidad para contraer matrimonio a aquellos contrayentes cuya ley personal no lo permitiera, por no remitir a la normativa española respecto de las normas de capacidad a aplicar o por prohibir taxativamente dichas uniones. Pero también,

⁵³ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Boletín Oficial del Estado, 2 de julio de 2005, núm. 157, p. 23632.

la institución estaba llamada a pronunciarse sobre la aparente necesidad de frenar el efecto llamada que la nueva configuración legal del matrimonio podría tener en el hipotético caso de que se hubiere optado por extender sin límites la legislación material española.

Dicha resolución vino a consolidar una excepción a la regla general consagrada en el artículo 9.1 CC, acogiendo así una interpretación integradora del modelo español de DIPr⁵⁴. Así, la DGRN aclara que “*el matrimonio celebrado entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España del mismo sexo, será válido, por la aplicación de la Ley material española, aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios, y ello tanto si la celebración ha tenido lugar en España como en el extranjero*”. Poniendo luz al mismo tiempo sobre el efecto llamada que tendría la extensión del régimen matrimonial, al que se aludía desde algunos sectores sociales contrarios a la reforma. Así, quedaba claro que la excepción de la regla del artículo 9.1 CC – y, por tanto, la extensión de la legislación material española – solo tendría lugar en el caso de que ambos contrayentes fueren extranjeros residentes en España.

Pero la orientación sexual no es la única cuestión controvertida con respecto a las normas de capacidad. El orden público internacional español también interviene limitando la aplicación de las normas de capacidad extranjeras cuando estas impiden contraer matrimonio a las personas transexuales, por constituir el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad⁵⁵ – y, a su amparo, el derecho a cambiar de sexo – parte de este (*Resolución de la DGRN de 24 de enero de 2005*).

La aparente practicidad de este sistema queda rota al abordar la cuestión de los impedimentos que afectan a ambos contrayentes en virtud de sendas leyes personales. Y es que, como hemos tenido la ocasión de exponer en varias ocasiones a lo largo del presente epígrafe, lo que es considerado impedimento de la capacidad por una norma puede no serlo a los ojos de otra, o, puede otorgarle una consideración distinta. Así, se nos plantea nuevamente un problema conflictual en cuanto a la determinación de la norma aplicable cuando ambas refieren a un mismo impedimento.

Como señala CALVO CARAVACA⁵⁶, nos encontramos ante un sistema en el que los impedimentos pueden dividirse en unilaterales, que afectan a un solo contrayente, y en

⁵⁴ ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J., & PALAO MORENO, G. (2019). *op. cit.* p 457

⁵⁵ Cfr. artículo 10, Constitución Española de 1978. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, p. 29313.

⁵⁶ CALVO CARAVACA, A., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2018) *op. cit. vol 2.* p.87-90

aquellos que afectan a ambos contrayentes. Los primeros no tienen gran trascendencia en cuanto a que su existencia no supone nuevamente un conflicto en relación con la norma aplicable. Los segundos, sin embargo, vuelven a poner en entredicho el sistema de conflicto de leyes al tener presentes dos normas distintas aplicando diferentes regímenes en cuanto a un mismo impedimento.

Sobre este asunto, la DGRN vino a pronunciarse en su Resolución-Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005, estableciendo un criterio más claro para resolver los conflictos que pudieren existir respecto de los impedimentos. Así, en estos casos, la norma que será de aplicación es la que imponga el régimen más estricto. Si bien, esta precisión ha sido objeto de muchas críticas por parte de ciertos autores al entender su contrariedad con el *Ius Connubi*.

3.2.2. VERIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DE CAPACIDAD

Como punto de partida, debemos tener en cuenta que la verificación de la existencia de capacidad para contraer matrimonio presenta un procedimiento diferente según sea la autoridad ante la que va a emitirse o mostrarse el consentimiento matrimonial.

Cuando el consentimiento se emita ante las autoridades civiles españolas, será necesaria la tramitación de un expediente previo a la celebración del matrimonio dirigido a verificar la capacidad de los contrayentes (artículo 56 CC).

En cuanto a la competencia para autorizar el matrimonio, ésta corresponderá al Juez encargado del Registro Civil, al delegado designado de forma reglamentaria, al alcalde del municipio donde vaya a celebrarse el matrimonio o el concejal en quien este delegue, y al funcionario diplomático o consular encargado conforme a lo dispuesto en el artículo 51.1 CC.

La *Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995* aborda la tramitación del expediente matrimonial previo cuando se trata de un caso con elemento de extranjería, es decir, cuando uno o ambos cónyuges son extranjeros. En estos casos, se deberá celebrar audiencia reservada con cada uno de los contrayentes, antes de autorizar el matrimonio, con el fin de verificar la inexistencia de vicios en el consentimiento. Esta práctica constituye un verdadero acto de control por parte de las autoridades civiles de los fines perseguidos por la unión matrimonial, con el fin de evitar que los contrayentes se sirvan para su beneficio de una apariencia de matrimonio entre ambos a efectos de facilitar la entrada y

estancia en territorio español del cónyuge extranjero. Es decir, que se trata de evitar que quien presta su consentimiento matrimonial en realidad no lo haga con el fin de contraer matrimonio, sino con el fin de acogerse a los beneficios que se otorgan al ciudadano extracomunitario familiar de un ciudadano de la unión respecto del régimen de extranjería⁵⁷.

En realidad, este asunto cae bajo la rúbrica del consentimiento matrimonial, pero debemos explicarlo junto con el expediente de capacidad matrimonial por su factor clave o decisivo en la autorización del matrimonio.

La misma instrucción aborda otras cuestiones especiales y dispares. La primera, va en relación con los matrimonios celebrados en forma religiosa conforme al art 60.2 CC, es decir, en el caso de iglesias, confesiones o comunidades religiosas que hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España. Pero dada su escasa o imposible probabilidad con respecto a los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo, veo más importante explicar otra cuestión con más trascendencia para el matrimonio en general y abordada por la DGRN: los divorcios obtenidos en el extranjero y no legalizados en España.

Hablamos de aquella situación producida por la desaparición del impedimento de ligamen como consecuencia de un divorcio obtenido en el extranjero, cuando se pretende contraer de nuevo matrimonio en España. Pues bien, a tal extremo la DGRN recuerda que se debe estar a lo dispuesto por los artículos 83, 84.1 y 256 RRC⁵⁸. En la práctica, la relación entre los dos primeros preceptos generó cierta confusión, que vino a ser aclarada por la RDGRN de 6 de noviembre de 2000⁵⁹, al exigir el exequatur de la decisión cuando uno de los cónyuges divorciados sea español y el matrimonio anterior se encuentre inscrito o debiera estarlo en el Registro Civil de España.⁶⁰

Este certificado viene a ser exigido en determinados ordenamientos jurídicos de nuestro entorno próximo, lo cual lo ha llevado a ser regulado mediante el Convenio de

⁵⁷ Recordemos que la aplicación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los estados miembros de la Unión Europea y de otros estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, también se extiende a los familiares de estos ciudadanos aun cuando sean nacionales de terceros Estados.

⁵⁸ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. Boletín Oficial del Estado, 11 de diciembre de 1958, núm. 296

⁵⁹ Cfr. Resolución de la DGRN de 6 de noviembre de 2000 sobre la necesidad de registrar el exequatur de divorcios obtenidos en el extranjero.

⁶⁰ ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J., & PALAO MORENO, G. (2019). *op. cit.* p. 458

Múnich relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial celebrado en 1980⁶¹ y que en la actualidad vincula a quince Estados. Por medio del mismo, los Estados parte se compelen a expedir un certificado de capacidad matrimonial normalizado de acuerdo con un modelo que se anexa al mismo, cuando uno de sus nacionales (incluyendo a tales efectos refugiados y apátridas cuyo estatuto personal se rija por la ley de dicho Estado) lo solicite para la celebración de su matrimonio en el extranjero y reúna, conforme a la ley del Estado que expida el certificado, las condiciones necesarias para celebrarlo. En la práctica, la expedición de este certificado se ha visto afectada por el fenómeno de los matrimonios de complacencia y la problemática asociada a estos.⁶²

En aquellos casos en los que se inscriba en España un matrimonio ya celebrado en el extranjero., la verificación de la capacidad se llevará a cabo a posteriori. Esto se refleja en el artículo 65 CC, que, exceptuando lo dispuesto en el artículo 63 CC, exige que en aquellos casos en los que el matrimonio se hubiere celebrado prescindiendo de la tramitación del correspondiente expediente, el Juez o funcionario encargado del Registro Civil, deberá realizar las oportunas comprobaciones en cuanto a si concurren o no los requisitos legales para su celebración, antes de practicar el asiento de inscripción en el correspondiente registro.

Si bien, encontramos matizada esta regla por el artículo 252 RRC que prevé la posibilidad de que este control se ejerza a priori, cuando los contrayentes hayan manifestado su voluntad de contraer matrimonio en el extranjero de acuerdo con la forma establecida en el lugar de celebración y ésta les exija la presentación de un certificado de capacidad matrimonial.

Cuando el consentimiento matrimonial se formule ante una autoridad religiosa en España, la verificación de la capacidad queda postpuesta a al momento de la inscripción del matrimonio celebrado en la forma religiosa en el Registro Civil correspondiente, es decir, al momento del registro de la certificación emitida por la Iglesia, confesión, comunidad o federación religiosa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 CC. No obstante, los matrimonios celebrados en forma religiosa entre personas del mismo sexo son, por ahora, parte de una hipótesis imposible. Por lo que no nos extenderemos más en este aspecto.

⁶¹ Cfr. Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, hecho en Múnich el 5 de septiembre de 1980. Boletín Oficial del Estado, 16 de mayo de 1988, núm. 117 p. 14790

⁶² Véase al respecto, Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995 sobre el Expediente Previo al Matrimonio cuando uno de los Contrayentes esta Domiciliado en el Extranjero.

3.3 CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

Vista la capacidad matrimonial como elemento fundamental de la unión matrimonial, debemos hacer un profundo análisis del consentimiento. Como hemos tenido oportunidad de hacer referencia anteriormente, además de la capacidad es necesario el válido consentimiento de los contrayentes para contraer matrimonio. Y este debe ser emitido con el fin de su celebración, no estando viciado por otras razones que no conducirían a su formulación en el caso de no mediar éstas. Es decir, que no debe perseguirse otro fin distinto que el de contraer matrimonio.

El consentimiento es un requisito *sine qua non* el matrimonio carece de toda validez posible y, por tanto, constituye un requisito imprescindible a la hora de contraer matrimonio. Esto viene a decirse de forma muy clara en el artículo 45.1 CC cuando se establece que “*No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial*”. Esta afirmación de la necesidad de consentimiento convierte al mismo en causa de nulidad matrimonial al tenor del artículo 73 CC.

En esta línea, debemos mencionar la Convención de Nueva York relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos⁶³. Dicho convenio, que ya hemos tenido ocasión de mencionar *ad supra*, instaura como *conditio sine qua non* para contraer matrimonio la existencia de dicho consentimiento. Y esto se refleja su artículo 1 cuyo tenor literal viene a establecer la inviabilidad legal de contraer matrimonio prescindiendo del “*pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresada por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos de acuerdo con la ley*”. No obstante, el artículo 2 matiza la exigencia de manifestar el consentimiento en persona, admitiendo excepciones.

Ahora bien, la ley española se mantiene silencio en cuanto a el consentimiento matrimonial en aquellos supuestos en los que existen elementos de extranjería. Una laguna que ha venido a ser colmada por la DGRN en su Instrucción de 31 de enero de 2006⁶⁴ y

⁶³ Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registros de los mismos abiertos a la firma en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York el día 10 de diciembre de 1962 y adhesión de España a la misma. Boletín Oficial del Estado, 29 de mayo de 1969, núm.128. p. 8326

⁶⁴ Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006, sobre los matrimonios de complacencia. Boletín Oficial del Estado, 17 de febrero de 2006, núm. 41. p. 6330

también por algunos autores como GONZÁLEZ CAMPOS⁶⁵, considerando que el consentimiento viene a ser regulado por la regla general aplicable al conflicto de leyes consagrada en el artículo 9.1 CC.

Así, el consentimiento matrimonial vendrá a ser regulado conforme a lo previsto en las respectivas leyes personales de cada cónyuge, en el momento de celebración del matrimonio. Será dicha ley la que determine, entre otros, si nos encontramos ante un consentimiento aparente o real, los vicios del consentimiento, cuáles serán los efectos o consecuencias del consentimiento simulado o viciado, el plazo para el ejercicio de las acciones de nulidad, así como quiénes estarán legitimados para ello.

A tal extremo, debemos prestar atención a lo que ocurriría en el hipotético caso de que, siendo ambos cónyuges extranjeros, sus leyes personales admitan en todo caso la validez del consentimiento, independientemente de su simulación o la existencia de vicios que lo invaliden. Pues bien, nos encontramos aquí ante otro supuesto de intervención del orden público internacional español. Así, se recurrirá a la excepción del orden público conforme a lo dispuesto en el art. 12.3 CC y se aplicará la ley material española, en vez de la ley que fue convocada por el artículo 9.1 CC.⁶⁶

Frente a esta postura, surge otra alternativa que merece ser tenida en cuenta dentro del debate acerca de la ley reguladora del consentimiento matrimonial. Así, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS⁶⁷, sostiene que resulta imposible en la práctica aplicar normas extranjeras en lo que al consentimiento respecta, contrarias a la concepción de la institución matrimonial de la autoridad interviniente.

Aunque este argumento podría someterse a cierto debate, la realidad es que los ordenamientos jurídicos defienden una determinada institución matrimonial a través de su orden público internacional, por lo que tiene su reflejo en la práctica. Así, los conflictos entre la ley extranjera convocada por el artículo 9.1 CC y los límites impuestos con determinados aspectos de la institución matrimonial a través del orden público internacional español ocurren con no poca frecuencia. Y es que en ocasiones se va a producir una extensión en la aplicación de la ley material española, cuando la ley personal de alguno de los cónyuges permita situaciones tales como la concertación del matrimonio

⁶⁵ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS citado en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J., & PALAO MORENO, G. (2019). op. cit. p. 460

⁶⁶ SAP VALENCIA 142/2008 de 21 de abril de 2008, en EDJ (2008) 2008/89429.

⁶⁷ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. (2009) Las uniones registradas: ¿El fin del matrimonio de conveniencia? En *Estudios de derecho de familia y sucesiones (dimensiones interna e internacional)*. (p. 219-246.) La Coruña: Universidade de Santiago de Compostela.

por terceras personas, la celebración del matrimonio en ausencia de consentimiento alguno o la celebración de matrimonios de carácter temporal y sometidos a término o condición resolutoria. Defendiendo, por tanto, las notas esenciales de la institución matrimonial recogida en nuestro CC. Y esto es así tanto en relación con la celebración de un matrimonio con elementos de extranjería en España, como en el caso de la inscripción de un matrimonio celebrado en el extranjero, el cual se somete a un control con los mismos parámetros – es decir, conforme a la legislación española – antes de ser inscrito en el Registro Civil.

En relación con el consentimiento matrimonial, resulta necesario prestar atención al fenómeno de los llamados matrimonios de complacencia al que ya hicimos una breve referencia en el punto anterior. Tales matrimonios, producto de la actual presión migratoria y la rigidez que viene presentando durante las últimas décadas la normativa de extranjería, tienen una especial incidencia en la existencia de un consentimiento matrimonial válido.

Los matrimonios de complacencia representan un conflicto en relación con el derecho fundamental a contraer matrimonio con la persona que uno desee y el derecho del Estado a establecer su propia política de extranjería. De un lado nos encontramos con un derecho fundamental regulado en numerosos textos internacionales en materia de DDHH, y de otro, el derecho del Estado a regular la entrada, permanencia y salida de los extranjeros del territorio. Así, a la hora de regular los matrimonios con elementos de extranjería, se corre el riesgo de contaminar otros sectores normativos relacionados, pero con finalidades totalmente distintas, como es el caso del DIPr y el Derecho de Extranjería.⁶⁸

Encontramos en la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006 los elementos que nos permiten delimitar cuándo un matrimonio puede y debe ser calificado como de complacencia. Ya hemos tenido ocasión de mencionar cómo se produce el control de la validez del consentimiento, esto es, mediante el expediente previo a la autorización del matrimonio, o, en el momento de la inscripción de este en el registro civil. Ahora bien, el parámetro de control de la validez del consentimiento expresado se basa ciertas presunciones que permiten comprobar, con una certeza bastante razonable, la existencia de un matrimonio simulado. Si bien para la denegación del matrimonio, es necesario que el juez encargado del registro civil tenga una convicción plena de que se simuló el consentimiento Matrimonial⁶⁹. Pero, en cualquier caso, hay que decir que la simulación del

⁶⁸ ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J., & PALAO MORENO, G. (2019). op. cit. p. 461

⁶⁹ STS 846/2018 de 15 de marzo de 2018.

matrimonio en sí misma no constituye ilícito penal alguno⁷⁰. Cosa distinta es la utilización que se le dé a esta apariencia de matrimonio, que sí podría constituir una conducta antijurídica y, por tanto, castigada por las leyes penales.

Con todo ello, el matrimonio es un acto revestido siempre de una forma jurídica. La forma de matrimonio abarca todas las formalidades que, conforme a la ley, son necesarias para su celebración. Hablamos, por tanto, de cuestiones tan esenciales como el procedimiento, las fases y el desarrollo del acto de celebración o ceremonia. Y, consustancial a los mismos, es la existencia de un abanico de solemnidades y requisitos formales, como la exigencia de intervención de determinadas autoridades, la necesidad de contar con la presencia de testigos o la utilización de determinadas formas solemnes.

Teniendo en cuenta lo ya mencionado *ad supra*⁷¹, inferimos del artículo 73.3 CC – relativo a las causas de nulidad del matrimonio – que la manifestación del consentimiento ante el Juez, alcalde o funcionario ante quien deba celebrarse y también ante los testigos son ambas condiciones determinantes de validez de este. No obstante, el CC no ofrece una solución general en cuanto a la forma de manifestación del consentimiento, sino que se decanta por acudir a la casuística y diferenciar distintos supuestos de prestación del mismo en España o en el extranjero, aunque ambos de manera incompleta⁷².

El primer supuesto contemplado por la ley civil española es el relativo a los matrimonios celebrados en España, bien sea entre españoles o bien sea entre españoles y extranjeros. El artículo 49.1 CC dispone que será válido el consentimiento manifestado ante el juez, alcalde o funcionario señalado por el CC (49.1.1º CC) o en la forma religiosa prevista (art 49.1.2º CC).

El segundo supuesto contemplado es el relativo a los matrimonios celebrados en España entre extranjeros. El artículo 50 CC dispone que el matrimonio será celebrado con arreglo a la forma prescrita por el artículo 49 CC, esto es, de conformidad con el régimen aplicable a los matrimonios entre españoles o entre español y extranjero, o bien, se celebrará conforme a lo establecido por la ley nacional de cualquiera de los contrayentes.

Esta última apreciación del artículo 50 CC tiene su importancia práctica, dado que se considerará válido aquel matrimonio entre extranjeros celebrado ante una autoridad

⁷⁰ STS de 6 de abril de 2017, Rec. 649/2016.

⁷¹ La Convención de Nueva York de 1962 relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos fija tanto el requisito del consentimiento como el de su manifestación ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio.

⁷² ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J., & PALAO MORENO, G. (2019). op. cit. p. 461

religiosa no prevista por la legislación española, pero sí en la ley personal de cualquiera de los contrayentes.

Sobre estos artículos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO⁷³ viene a decir que desempeñan una doble función en el ordenamiento jurídico español. Primero, constituye la base sobre la que se asienta el modelo español de matrimonio, en la que – como hemos tenido ocasión de explicar – existe un único matrimonio, el civil, y una pluralidad de formas de celebración. Por otra parte, cumplen una función como regla de DIPr, de manera que clarifica qué ley será aplicable a la celebración del matrimonio en cada uno de los casos. Es decir, que actúa como norma de conexión.

El tercer supuesto contemplado en la ley civil española es el relativo a los matrimonios celebrados fuera del territorio español. A este respecto, nos encontramos con varias opciones previstas por la ley.

La primera es la contemplada en el artículo 49.2 CC, que dispone que los españoles podrán contraer matrimonio fuera de España en la forma establecida por la ley del lugar de celebración.

La segunda es la contemplada por el artículo 49.1 CC que reconoce la posibilidad de que cualquier español contraiga matrimonio “dentro o fuera de España” ante el juez, alcalde o funcionario señalado por el CC y en la forma legalmente prevista por la normativa española.

Por último y, en tercer lugar, cabría hacer una mención al matrimonio consular en virtud también del artículo 49.1 CC y ordenado por el artículo 51.3 CC. Pero haremos un estudio más detallado de la figura en el siguiente epígrafe del presente punto.

A pesar de regular de manera pormenorizada cada uno de los supuestos anteriormente explicados, el CC deja sin abordar un fenómeno habitual: los matrimonios entre extranjeros celebrados en el extranjero.

En este caso, la doctrina ha apostado por aplicar de forma analógica el artículo 50 CC a este supuesto. De tal forma que serán considerados válidos aquellos matrimonios entre extranjeros que, siendo celebrados en el extranjero, lo hayan sido de conformidad con la ley del lugar de celebración del matrimonio o de acuerdo con la ley nacional de cualquiera de los contrayentes.

⁷³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2013). *Comentarios al Código Civil. Vol. 1*. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 677

No obstante, esta solución podría dar lugar a ciertos conflictos en la aplicación de las normas, cuando el ordenamiento extranjero prevea realidades contrarias a nuestro orden público internacional⁷⁴. El ejemplo más gráfico de esto es el matrimonio poligámico. Y es que la respuesta a este tipo de supuestos debe abstraerse de cualquier automatismo o regla práctica. Así, deberá entenderse que es contrario a nuestro orden público internacional aquel matrimonio poligámico celebrado en un país donde es totalmente válido. No produciendo, por tanto, ningún efecto en España⁷⁵. Aunque esta respuesta, podría verse flexibilizada acudiendo al mecanismo del efecto atenuado del orden público, siendo reconducidos tales supuestos a la figura del matrimonio putativo y tan solo a determinados efectos.

Si bien, sí que podría tener lugar el reconocimiento de los matrimonios de derecho consuetudinario, o también llamados *common-law marriages*, presentes en varios ordenamientos de la tradición jurídica anglosajona. Es decir, el reconocimiento de aquellos matrimonios consensuales en los que se adquiere la condición de cónyuge por el transcurso de un periodo temporal y sin intervención de autoridad alguna.⁷⁶ No obstante, debemos puntualizar que en general los llamados matrimonios informales, carecen de efectos en el ordenamiento jurídico español. El fundamento de este reconocimiento, según FERNÁNDEZ ROZAS⁷⁷, estriba en que estos matrimonios parten del consentimiento como elemento esencial, por lo que no podemos considerar que la intervención de la autoridad tenga finalidad constitutiva alguna, sino tan solo integrativa.

3.4. EL MATRIMONIO CONSULAR

Podemos encontrar un nuevo ejemplo del carácter incompleto que presenta el modelo español de DIPr en materia de derecho matrimonial con elementos de extranjería, acudiendo a la figura del matrimonio consular. Y es que el artículo 53.2.3 CC solamente atribuye competencia al funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero para autorizar el matrimonio. Dejando, por tanto, una pluralidad de cuestiones en cuanto a su tratamiento legal en el aire.

⁷⁴ ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J., & PALAO MORENO, G. (2019). *op. cit.* p. 463

⁷⁵ Resolución DGRN de 25 de octubre de 1998; Resolución DGRN de 30 de octubre de 1998

⁷⁶ Resolución DGRN de 2 de enero de 1998

⁷⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. (2018). *Derecho Internacional Privado*. Pamplona: Civitas. p.457

A este respecto, debemos establecer una diferenciación entre el tratamiento legal dado al matrimonio consular español celebrado en el extranjero y el matrimonio consular celebrado por los funcionarios diplomáticos o cónsules de países extranjeros en territorio español.

En cuanto a los requisitos que se exigen al nacional español para la celebración de un matrimonio consular en el extranjero. Por un lado, será imprescindible que uno de los contrayentes tenga la nacionalidad española, esto es, la del cónsul. Y esto se desprende del artículo 15 LRC⁷⁸ y del artículo 13.1.b del Convenio Europeo sobre las funciones consulares hecho en París en 1963⁷⁹. Pero por otro, al menos uno de los contrayentes deberá estar domiciliado en la demarcación consular correspondiente⁸⁰. Y, por supuesto, el Estado receptor – es decir, aquel donde el Cónsul ejerce sus funciones – deberá reconocer al Cónsul la capacidad para celebrar estos matrimonios⁸¹.

Surge con respecto a estos matrimonios una situación complicada, en cuanto a la posible celebración de matrimonios consulares entre personas del mismo sexo. Pues bien, a pesar de que la ley civil española reconoce la posibilidad de celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo, cuando se trata de un matrimonio consular, queda supeditado al reconocimiento de estos matrimonios, también, por la legislación del Estado receptor de la misión consular. Esto tiene su base legal en el Convenio de Viena de 1963 sobre relaciones consulares⁸², que en su artículo 5.f) viene a establecer que una de las funciones consulares consistirá en actuar en calidad de funcionario de registro civil, y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor. Algo que ya ha tenido lugar en la práctica⁸³.

⁷⁸ Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil. Boletín Oficial del Estado, 10 de junio de 1957, núm. 151.

⁷⁹ Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre las Funciones Consulares, hecho en París el 11 de diciembre de 1967. Boletín Oficial del Estado, 8 de abril de 2011, núm. 84. p. 36539

⁸⁰ Cfr. Resolución DGRN 29 de julio de 2005 sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo; Art. 5 Convenio tendente a la facilitar la celebración de los matrimonios en el extranjero, hecho en París el 10 de septiembre de 1964.

⁸¹ Constituyen ejemplos contrarios a tal reconocimiento la República Austriaca, el Reino de Dinamarca, la República de Guatemala, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la Confederación Suiza, la República Oriental del Uruguay o la República Bolivariana de Venezuela.

⁸² Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963. Boletín Oficial del Estado, 6 de marzo de 1970, núm. 56. p. 3629

⁸³ BORRAZ, M. (31 de enero de 2018). Las parejas del mismo sexo no pueden casarse en los consulados españoles en países sin matrimonio igualitario. *El Diario*. Recuperado, 4 de abril de 2020, de https://www.eldiario.es/sociedad/Espana-consulados-prohiben-matrimonio-igualitario_0_734927296.html

Otra cuestión de gran trascendencia es la reforma de la Ley del Registro Civil que, aunque ya operada en términos formales en el año 2011, todavía se encuentra en periodo de *vacatio legis* y que, aunque se esperaba que entrase en vigor en junio de 2020, finalmente lo hará en abril de 2021 como consecuencia de las medidas extraordinarias adoptadas a raíz de la pandemia del Covid-19⁸⁴. Dada su complejidad, no entraremos a valorar más que los cambios de procedimiento en cuanto al matrimonio consular. Dicho esto, debemos señalar que la Ley 20/2011 del Registro Civil⁸⁵ pone punto y final en su nueva redacción del artículo 57 CC a la posibilidad de celebrar un matrimonio consular cuyo expediente previo de autorización haya sido instruido en territorio español⁸⁶.

En cuanto a los matrimonios celebrados ante el Cónsul de un país extranjero en España, hay que estar a ciertos requisitos muy importantes. En primer lugar, ninguno de los contrayentes podrá tener la nacionalidad española⁸⁷. Pues, en tal caso, se deberá celebrar el matrimonio ante las autoridades civiles españolas. Y, en segundo lugar, el Cónsul extranjero deberá tener reconocida por España y, en calidad de Estado receptor, la capacidad para celebrar matrimonios en virtud del artículo 5.f del Convenio de Viena de 1963 sobre relaciones consulares.⁸⁸

3.5. LA DIMENSIÓN REGISTRAL DEL MATRIMONIO

Aunque del tenor literal del artículo 61.1 CC puede desprenderse que la inscripción del matrimonio en el Registro Civil carece de una naturaleza constitutiva – siendo, por el contrario, de naturaleza declarativa – no podemos ignorar que el acceso del matrimonio al Registro Civil tiene implicaciones significativas que merecen, cuanto menos, su tratamiento en el presente trabajo. Así, el pleno reconocimiento de los efectos derivados de la unión Matrimonial quedará supeditados a su inscripción, en virtud del artículo 61 en su párrafo

⁸⁴ Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Boletín Oficial del Estado, 29 de abril de 2020, núm. 119.

⁸⁵ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Boletín Oficial del Estado, 22 de julio de 2011, núm. 175.

⁸⁶ GARAU JUANEDA, L. (2017) La ley 20/2011, del registro civil, y sus efectos en el derecho internacional privado español. *Revista Española de Derecho Internacional*, 69, (2). p. 19-44

⁸⁷ Cfr. Circular DGRN de 5 de agosto de 1981; Art. 5 Convenio tendente a la facilitar la celebración de los matrimonios en el extranjero, hecho en París el 10 de septiembre de 1964; art 13.1.b del Convenio Europeo sobre las funciones consulares, hecho en París el 11 de diciembre de 1967.

⁸⁸ Instrucción DGRN de 6 de febrero de 1995.

segundo en relación con el artículo 70.1 LRC⁸⁹. Todo ello, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas (art. 61 párr. III).

En el plano internacional, esto también tiene sus implicaciones. La LRC exige la inscripción en el Registro Civil de todos aquellos matrimonios celebrados en España, con independencia de que afecten a nacionales o a extranjeros, al igual que todos aquellos matrimonios celebrados por españoles en el extranjero (arts. 1.9 y 15 LRC, en relación con los arts. 62 y 326 CC). De ello resulta, que para todos ellos el Registro Civil constituya “la prueba de los hechos inscritos” de conformidad con el artículo 2 LRC. Y es que, en este mismo sentido, el artículo 327 CC viene a afirmar que las actas del Registro serán la prueba del estado civil y del matrimonio celebrado.

A tal extremo, la condición de la autoridad ante la cual se manifieste el consentimiento incidirá en esta situación registral.

Respecto de aquellos matrimonios celebrados ante las autoridades civiles españolas, estas procederán a la expedición de la inscripción o el acta correspondiente inmediatamente después de la celebración. En ella constará su firma, la de los contrayentes y la de los testigos, entregando a los contrayentes un documento acreditativo de la celebración del matrimonio.⁹⁰

Cuando se trate de matrimonios celebrados ante autoridades religiosas en España, el artículo 63 CC viene a establecer su inscripción en el registro con la simple presentación ante el mismo de la certificación expedida por la iglesia, confesión, comunidad religiosa o federación a tal efecto. Esta certificación deberá expresar las circunstancias que la LRC exige para su registro. Sin ahondar más en este supuesto, puesto que en la actualidad es totalmente improbable que ocurra con respecto a los matrimonios entre personas del mismo sexo.

En aquellos supuestos en los cuales se trate de matrimonios celebrados en el extranjero ante autoridades extranjeras, bien sean civiles o bien religiosas, y también en aquellos supuestos de celebración en España ante autoridades consulares acreditadas, su inscripción en el Registro Civil será practicada mediante la presentación de la pertinente certificación expedida por la autoridad extranjera. Y si este matrimonio afectare a un español, entonces se procederá a su inscripción en el Registro Civil Central (art 18 LRC).

⁸⁹ Téngase en cuenta que nos referimos, cuando mencionamos la Ley del Registro Civil en todo este apartado, a la Ley del Registro Civil de 1957. Puesto que la Ley 22/2011 del Registro Civil todavía no se encuentra en vigor a fecha de realización del presente trabajo.

⁹⁰ Cfr. arts. 62, 73 y 75 LRC y art. 255 RRC.

No obstante, hay que tener presente que, de no haberse realizado el preceptivo expediente previo para su autorización, las autoridades civiles españolas competentes a tal efecto deberán comprobar si concurren los requisitos legales para su celebración (arts. 65 CC y 256 RRC).

En todos aquellos casos fuera de los mencionados anteriormente, el matrimonio solo podrá inscribirse en virtud de expediente, en el cual deberá acreditarse debidamente la celebración en forma del matrimonio, así como la existencia de cualquier impedimento (art. 157 RRC).

4. EFECTOS DEL MATRIMONIO: RELACIONES PERSONALES Y PATRIMONIALES ENTRE LOS CÓNYUGES

No puede ser ajeno a nosotros el hecho evidente de que, de la unión matrimonial, surgen o se generan unas determinadas consecuencias jurídicas. Estas, determinan y delimitan en términos exactos la relación existente entre los cónyuges, tanto en la esfera personal como en la patrimonial. Esto, sin importar de qué tipo de matrimonio se trate: parejas homosexuales o heterosexuales unidas mediante vínculo matrimonial o bajo la figura de la pareja registrada.

Desde el punto de vista de las fuentes del derecho, es necesario remarcar la ausencia a nivel internacional de normas convencionales que obliguen a España en esta materia. Podemos decir que la actividad de los centros normativos internacionales o de codificación ha sido prácticamente inexistente al respecto. Como única excepción nos encontramos con la UE, que recientemente la ha regulado a nivel comunitario. Pudiendo concluir que todas las cuestiones relativas a las relaciones conyugales han sido reguladas en gran medida por normas de origen estatal o autonómico hasta la fecha⁹¹.

A tal extremo, encontramos dos preceptos de normas distintas que vienen a regular esta cuestión de las relaciones entre los cónyuges desde una perspectiva interna. Así, el artículo 9.2 CC incorpora una norma de conflicto relativa a los efectos del matrimonio, mientras que el art 22 quáter c) LOPJ⁹² establece las normas de competencia judicial

⁹¹ ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J., & PALAO MORENO, G. (2019). op. cit. p. 466

⁹² Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, 2 de julio de 1985, núm. 157.

internacional en materia de relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges. No obstante, la doctrina entiende que ambos regulan el conjunto de relaciones personales y patrimoniales que se generan a consecuencia del matrimonio.

Cuestiones diferentes y fuera de los preceptos mencionados anteriormente serán las relativas al régimen jurídico de la filiación, el régimen sucesorio, o cuestiones a veces tan singulares como la problemática que puede surgir en torno al cambio de nombre y apellidos derivados del matrimonio. También, hay que señalar que quedarán fuera de la regulación de dichos artículos no solo las crisis matrimoniales, sino también los efectos del matrimonio en tales situaciones.

La entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo⁹³, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo⁹⁴, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, han dado lugar a una reforma integral del sistema vigente. Por tanto, deberemos acudir a las normas imperativas dispuestas en sendos reglamentos, en lo que respecta a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

En cuanto a las relaciones personales entre los cónyuges, quedarán – en la medida en que se trate de cuestiones exigibles – sujetas al régimen previsto en la normativa española. Con la excepción de las cuestiones relativas a los efectos de la nulidad, separación y divorcio, que quedarán regulados por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo⁹⁵, y que escapan de nuestro estudio en el presente trabajo. Si bien, conviene precisar que dicho reglamento será de entera aplicación a partir del 1 de agosto de 2022, a excepción de los artículos 92, 93 y 103, que ya entraron en vigor el 22 de julio de 2019.

⁹³ Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. DOUE, 8 de julio de 2016, L 183/1.

⁹⁴ Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. DOUE, 8 de julio de 2016, L 183/30.

⁹⁵ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. DOUE, 2 de julio de 2019, L 178/1.

4.1. NORMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE EFECTOS DEL MATRIMONIO

Para la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles con respecto a litigios sobre los efectos del matrimonio, deberá tenerse en cuenta este binomio Reglamento (UE) 2016/1103 – LOPJ del que hemos venido hablando recientemente.

Más exactamente, tendremos que acudir a las normas imperativas establecidas por el Reglamento (UE) 2016/1103 cuando el litigio en cuestión verse sobre los efectos patrimoniales del matrimonio. Y es que, en virtud de lo establecido en su artículo 15, las normas contenidas en este instrumento serán de aplicación imperativa, debiendo comprobar de oficio su competencia aquel órgano jurisdiccional del Estado parte que esté implicado en el litigio. Por tanto, cuando se trate de litigios en materia de efectos personales del matrimonio, habrá que acudir a lo previsto por la legislación española. Esto es, lo previsto en el artículo 22 LOPJ.

A tal extremo, conviene tener presente que el Reglamento (UE) 1215/2012⁹⁶ relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y el Reglamento (CE) 2201/2003⁹⁷ relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, no regulan esta cuestión. Así lo han determinado resoluciones judiciales como la STJUE en el asunto C-67/17, *Todor Lliev*⁹⁸. Tampoco lo hacen los acuerdos multilaterales⁹⁹ y bilaterales suscritos por España en materia de competencia judicial internacional¹⁰⁰.

⁹⁶ Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE, 20 de diciembre de 2012, L 351/1.

⁹⁷ Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000. DOUE, 23 de diciembre de 2003. L 338/1.

⁹⁸ Véase al respecto, STJUE, 14 de junio de 2017, en el asunto C-67/17, *Todor Lliev* en la que el tribunal considera no aplicable los reglamentos citados al respecto, para un caso de liquidación de bienes tras la disolución del matrimonio.

⁹⁹ Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007. DOUE, 10 de junio de 2009, L 147/5.

¹⁰⁰ Véase a este respecto, Instrumento De Ratificación del Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000. Boletín Oficial del Estado, 25 de octubre de 2001, núm. 256.

4.1.1. SOLUCIONES PREVISTAS EN EL REGLAMENTO (UE) 2016/1103

En cuanto al análisis del sistema establecido en virtud del Reglamento (UE) 2016/1103 para la determinación de la competencia judicial de los tribunales de un Estado parte, debemos señalar en primer lugar su finalidad. Dicho reglamento persigue una simplificación o una facilitación de la administración de justicia, estableciendo una serie de foros de competencia judicial de aplicación imperativa (arts. 4 a 12). No cabrá, por lo tanto, acudir a las disposiciones previstas en los sistemas autónomos siempre que los tribunales de un Estado parte resulten competentes por razón de dichos foros, esto es, que el asunto caiga dentro del ámbito de aplicación del citado reglamento (art 15). Lo cual, no implica que las partes puedan resolver de manera amistosa la controversia.¹⁰¹

Dicho esto, debemos diferenciar entre aquellos supuestos en los que existe una conexión con otros procedimientos ya ordenados por otros reglamentos y aquellos casos en los que dicha conexión no exista, todo ello al margen de los foros que el reglamento establece para atender a situaciones *sui generis* que traigan consigo problemáticas singulares y con un carácter mayoritariamente excepcional.¹⁰²

En cuanto a los primeros, que ya hemos tenido a bien enunciar en el párrafo anterior, la competencia judicial de los tribunales de un Estado miembro – en relación con litigios en materia de régimen económico matrimonial – se vincula bien a la competencia judicial relativa en materia de sucesiones en virtud del Reglamento (UE) 650/2012¹⁰³ o bien a la competencia judicial relativa a litigios pendientes en materia de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio en virtud del Reglamento (CE) 2201/2003¹⁰⁴. Todo ello

¹⁰¹ El considerando 39 de dicho reglamento dispone que “*El presente Reglamento no debe obstar a que las partes resuelvan amistosa y extrajudicialmente el asunto relativo al régimen económico matrimonial, por ejemplo, ante un notario, en el Estado miembro de su elección, en caso de que ello sea posible en virtud de la ley de dicho Estado miembro. Tal posibilidad debe existir, aunque la ley aplicable al régimen económico matrimonial no sea la de dicho Estado miembro.*”

¹⁰² ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J., & PALAO MORENO, G. (2019). op. cit. p. 469

¹⁰³ Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. DOUE, 27 de julio de 2012, L201/207.

¹⁰⁴ Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000. DOUE, 23 de diciembre de 2003. L 338/1.

en virtud de los arts. 4 y 5 del reglamento. Aunque debemos profundizar un poco más en cada uno de los casos.

En aquellos casos en los que exista una conexión del litigio con un procedimiento sucesorio, se prevé en el art. 4 una remisión directa al Reglamento (UE) 650/2012, y se podrá optar por limitar el procedimiento y no resolver sobre determinados bienes situados en un tercer Estado, cuando se dude de la posibilidad de que la decisión se reconozca o ejecute en dicho país (art. 13).

Igualmente se prevé en relación con litigios pendientes en materia de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio, una remisión directa a los foros establecidos por el Reglamento (CE) 2201/2003 en virtud del art. 5.1. No obstante, siempre que no exista un acuerdo entre los cónyuges que permita extender la competencia. Aunque prevalecerá el acuerdo, su ejecución deberá realizarse siempre a favor de los foros contenidos en los dos últimos guiones del artículo 3.1.a) y los artículos 5 y 7 del mencionado Reglamento (CE) 2201/2003.

En un segundo lugar, debemos abordar el resto de los supuestos no comprendidos en los arts. 4 y 5 del Reglamento (UE) 2016/1103, es decir, cuando no exista conexión con litigios ordenados en otros reglamentos. Dicho reglamento trata de garantizar, por una parte, la seguridad jurídica, y por otra, la conexión del litigio con determinados tribunales de un Estado parte.

Por lo tanto, las partes podrán, de un lado, someterse por escrito y de forma exclusiva a los tribunales del Estado cuya ley resulte aplicable (arts. 22 o 26.1.a y b) o recurrir a la sumisión tácita – o por incomparecencia del demandado, siempre y cuando no se persiga la impugnación ulterior de la competencia – en los mismos supuestos en los que la ley resulte aplicable (art. 8), y, de otro, y en defecto de tal sumisión, el artículo 6 establece una jerarquía de tribunales de los Estados miembros que resultarán competentes.

En primer lugar y en virtud del art 6 del citado reglamento, será competente el tribunal donde se encuentre la residencia habitual de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda. En segundo lugar, aquel del lugar donde se sitúe su última residencia y todavía uno de ellos lo haga, en el momento antes señalado. En tercer lugar, aquel donde resida habitualmente el demandado, también en ese momento. Por último y cuarto lugar, el tribunal que corresponda por la nacionalidad común, con la misma fijación temporal.

Al margen de estos supuestos y, como hemos adelantado anteriormente, el Reglamento (UE) 2016/1103 contempla situaciones *sui generis* en las que se complica esta determinación de la competencia. Estos supuestos, aunque excepcionales en la mayor parte de los casos, afectan a cuestiones muy particulares.

Ejemplos de estos supuestos son la posibilidad de inhibición cuando el órgano ante el que se somete el litigio estima que su normativa de DIPr no reconoce dicho matrimonio (art. 9). También, la competencia subsidiaria de los tribunales del lugar de situación de un inmueble con respecto a aquellos litigios relativos al mismo (art. 10). Así mismo, la posibilidad de acudir al *forum necessitatis* para evitar situaciones de denegación de justicia (art. 11) o de no resolver en virtud de una reconvencción (art. 13).

Debemos tener en cuenta que el Reglamento (UE) 2016/1103 crea un sistema integral de competencia judicial internacional, incorporando un abanico de normas de aplicación. Así, se pronuncia sobre cuestiones básicas que articulan tal sistema, como el momento de sustanciación de los asuntos (art. 14), la verificación de la competencia (art. 15), la verificación de la admisibilidad de la demanda (art. 16), la litispendencia (art. 17) y conexidad (art. 18) o cuestiones como la adopción de medidas provisionales y cautelares (art. 19).

4.1.2. SOLUCIONES PREVISTAS EN LA LOPJ

La adopción de sistema de competencia judicial internacional regulado por el Reglamento (UE) 2016/1103 no ha supuesto de modo alguno la derogación del sistema de competencia internacional previsto por la legislación española. Así, la LOPJ¹⁰⁵ establece una serie de foros de competencia judicial internacional no exclusivos, previstos para su aplicación en relación con los asuntos relativos al matrimonio en general. Es decir, que ambos sistemas se interrelacionan.

El sistema diseñado por el legislador español sigue plenamente vigente en lo que respecta a aquellos litigios relativos a los efectos personales del matrimonio. Es, de algún modo, la otra cara de la moneda. Así, mientras que serán de aplicación los foros contenidos en el Reglamento (UE) 2016/1103 en cuanto a los litigios relativos a los efectos patrimoniales del matrimonio – en virtud, como ya hemos mencionado, de la imperatividad

¹⁰⁵ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, 2 de julio de 1985, núm. 157.

establecida a tal efecto por el art. 15 del citado reglamento – , para aquellos litigios relativos a los efectos personales del matrimonio se aplicará el sistema previsto en la LOPJ.

En primer lugar, y de forma general, los tribunales españoles serán competentes para conocer de los litigios internacionales en materia de efectos personales entre los cónyuges, cuando el domicilio del demandado se encuentre en España (art. 22 ter LOPJ¹⁰⁶).

En segundo lugar, y de forma subsidiaria, nos encontramos con los foros establecidos en el art 22 quáter c) LOPJ¹⁰⁷, que autorizan a los tribunales españoles, en una serie de situaciones determinadas, a conocer de litigios en materia de relaciones personales entre los cónyuges. Si bien, siempre y cuando ningún otro tribunal tenga reconocida la competencia.

La primera de ellas será cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda. O, cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos continúe residiendo. También cuando España sea la residencia habitual del demandado.

Por otra parte, nos encontramos con aquel supuesto en que la demanda sea de mutuo acuerdo y uno de los cónyuges resida en España. También se atribuirá la competencia a los tribunales españoles, cuando el demandante lleve al menos un año residiendo de forma habitual en territorio español desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda. Por último, serán competentes los tribunales españoles cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española.

En todos estos casos, y, salvo que cualquier otro tribunal extranjero se considere competente al respecto, los tribunales españoles serán competentes respecto a estos litigios. Pero, la LOPJ¹⁰⁸ también establece un fuero en materia de tutela cautelar en su artículo 22 sexies.

Podemos decir que la LOPJ ha diseñado un sistema de competencia judicial internacional basado en tres fueros alternativos. No obstante, debemos tener presente que para su aplicación resultará imprescindible que el matrimonio en cuestión sea válido a los efectos de nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁰⁶ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, 2 de julio de 1985, núm. 157.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, 2 de julio de 1985, núm. 157.

4.2. LA LEY APLICABLE A LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO

Determinada la competencia judicial internacional, llega el momento de la determinación de aquel ordenamiento rector de las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges. Es decir, debemos averiguar qué norma resultará aplicable a los efectos del matrimonio, y, por tanto, cuáles serán los criterios de valoración a los que deberán atenerse los tribunales españoles a la hora de sustanciar el litigio en cuestión.

En relación con esta cuestión, volveremos a realizar una distinción entre las relaciones patrimoniales entre los cónyuges – también llamado régimen económico patrimonial – y las relaciones personales entre los cónyuges.

En este sentido, debemos subrayar de nuevo el carácter erga omnes que presenta el Reglamento (UE) 2016/1103¹⁰⁹ y que se desprende de su artículo 20, desplazando el sistema de puntos de conexión establecido por el artículo 9.3 CC¹¹⁰ y que venía siendo de aplicación hasta el 29 de enero de 2019. Ahora, el instrumento europeo será el que ordene de manera exclusiva y excluyente lo relativo a los efectos patrimoniales del matrimonio, siendo el artículo 9.2 CC el encargado de hacer lo propio con respecto a los efectos personales del mismo.¹¹¹

Ya hemos tenido ocasión de decirlo, pero necesariamente debemos reiterar la relatividad existente en cierto modo, en cuanto a los efectos personales del matrimonio se refiere. Al menos, desde la perspectiva de la ley civil española. Así, debemos señalar que las previsiones contenidas en los arts. 67 y 68 CC serán meras declaraciones de principios, con una exigibilidad en los tribunales hasta cierto punto cuestionable en muchos de los casos¹¹². Y es que, en nuestro ordenamiento jurídico, no existe una exigibilidad – ni en el orden civil ni tampoco así en el orden penal bajo la figura del delito – de los deberes recíprocos de convivencia conjunta, respeto mutuo o fidelidad, aunque en cierta medida algunos sí que sean

¹⁰⁹ Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. DOUE, 8 de julio de 2016, L 183/1.

¹¹⁰ Cfr. art. 9.3 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Legislación Consolidada. Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889. Núm. 206.

¹¹¹ ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J., & PALAO MORENO, G. (2019). op. cit. p 471

¹¹² Ibid.

susceptibles de serlo. En cualquier caso, no serán incumplimientos contractuales a los ojos del derecho civil, puesto que no son verdaderas obligaciones.

Si bien, las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial distan mucho de esta relatividad. Así, integrarían estos efectos patrimoniales los recogidos en los arts. 1318 y ss. CC como la sujeción de los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas patrimoniales o la cobertura de las necesidades básicas de la familia. Si bien no formarán parte de estos efectos aquellas donaciones realizadas entre los cónyuges, es decir, las comprendidas en el art 1323 CC, que quedarán sujetas al reglamento Roma I¹¹³. Tampoco pertenecerán a este ámbito la liquidación patrimonial producida como consecuencia de los supuestos de crisis matrimonial, puesto que como sostiene la doctrina, con carácter mayoritario, serán las normas reguladoras de la nulidad – art. 107 CC – y de la separación y divorcio – previsto en el Reglamento (UE) 1259/2010¹¹⁴ – las que la concreten en sus términos, realizándose ésta conforme a lo previsto en el Reglamento (UE) 2016/1103.

4.2.1.LEY APLICABLE A LAS RELACIONES PERSONALES

El art. 9.2 CC¹¹⁵ establece una norma de conflicto con un punto de conexión múltiple y criterios de naturaleza subsidiaria. A pesar de la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/1103 debemos considerar que será esta la norma aplicable a la hora de determinar cuál es la ley aplicable a las relaciones personales, puesto que la imperatividad del citado reglamento viene a circunscribirse al régimen económico matrimonial o las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, algo que tendremos oportunidad de analizar más adelante.

En primer lugar, y conforme al ya citado art. 9.2 CC, será de aplicación la ley personal común de los contrayentes al momento de contraer matrimonio. Por tanto, será aplicable la ley española cuando ambos cónyuges sean españoles al momento de contraer matrimonio.

¹¹³ Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). DOUE, 4 de julio de 2008, núm. 177.

¹¹⁴ Reglamento (UE) n ° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010 , por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. DOUE, 20 de diciembre de 2010, L 343/10.

¹¹⁵ Cfr. art. 9.2 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Legislación Consolidada. Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889. Núm. 206.

España es un país con una estructura compleja en cuanto al derecho civil se refiere, puesto que, al margen del derecho común, nos encontramos con los derechos forales cuya aplicación vendrá determinada por la posesión de la vecindad civil. A tal extremo, debemos acudir al art. 16.3 CC en aquel caso en que la ley española resulte aplicable, pero nos encontremos con una vecindad civil diversa. Dicho artículo establece que los efectos de aquel matrimonio celebrado entre españoles vendrán regulados por la ley española que resulte de aplicación de conformidad con lo dispuesto en el art. 9 CC, y en su defecto, por las normas materiales del CC.

En segundo lugar, y con carácter subsidiario, será aplicable a los efectos personales del matrimonio la ley personal o de residencia habitual de cualquiera de los contrayentes. No obstante, esta deberá haber sido elegida por ambos en documento auténtico antes de su celebración.

Es decir, que este segundo apartado establece cuatro posibilidades – en realidad, dos opciones – como punto de conexión. Serán de aplicación, bien la ley personal de uno de los cónyuges, la ley del país de residencia habitual de uno de los cónyuges.

En tercer lugar, y con carácter subsidiario de las dos opciones anteriores, se aplicará a los efectos personales del matrimonio la ley del lugar de residencia habitual común inminentemente después de la celebración del matrimonio. Se entiende, que con independencia de dónde se encuentre la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges en el momento de sustanciación del procedimiento.

Por último, el artículo establece una cláusula de recogida o cierre, estableciendo que será aplicable en defecto de todas las opciones descritas anteriormente la ley del lugar de celebración del matrimonio.

PALAO MORENO¹¹⁶ considera que el art 9.2 CC esboza un modelo de norma de conflicto que “destierra toda discriminación por razón de sexo y hace primar la seguridad jurídica”. A tal respecto, menciona que esta estructura de puntos de conexión permite evitar un conflicto móvil, es decir, una complicación del conflicto de leyes en el espacio añadiendo al mismo un conflicto de leyes en el tiempo. Esta apreciación resulta muy relevante, puesto que no es infrecuente encontrar problemáticas de este tipo en casos en los que una persona contrae matrimonio siendo nacional de un Estado y después adquiere otra nacionalidad durante el transcurso del mismo. También viene a señalar la singularidad que

¹¹⁶ ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J., & PALAO MORENO, G. (2019). op. cit. p 472

supone la previsión de la existencia de acuerdo respecto de la ley aplicable, recogida en documento público. Y, por último, debemos apreciar la introducción de una cláusula de conexión de cierre convocando la ley del lugar de celebración del matrimonio, que podría conducir a la aplicación de leyes no siempre vinculadas a la relación matrimonial.

4.2.2.LEY APLICABLE AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

La determinación de la ley aplicable a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges – también llamadas en su conjunto régimen económico matrimonial – se abarca en el Capítulo III del Reglamento (UE) 2016/1103¹¹⁷. En los arts. 20 a 35 del citado reglamento, se consagran un conjunto de normas de conflicto de leyes que, debido a su imperatividad al tenor de lo dispuesto en el art 20, desplazan al modelo consagrado en el art. 9.3 CC.

Antes de referirnos a las normas de conflicto y a la jerarquía normativa que estas establecen, debemos hacer una breve referencia a los principios que informan este instrumento europeo. Encontramos pues, como punto de partida, los principios de unidad de la ley aplicable, es decir, su aplicabilidad con independencia de la naturaleza de los bienes y de su ubicación (consagrado en el art. 21 del Reglamento (UE) 2016/1103) y el clásico principio de la autonomía de la voluntad, siempre esencial en el ámbito del derecho civil (consagrado en el art. 22 del citado reglamento).

A tal extremo, y en línea con el principio de autonomía de la voluntad, serán los cónyuges quienes puedan seleccionar cuál será la ley material aplicable a sus relaciones patrimoniales. Y esto, supone todo un avance con respecto al sistema que, hasta el 29 de enero de 2019, regía este ámbito del derecho de familia: los matrimonios con elementos de extranjería.

Podrán elegir, por tanto, entre la ley del Estado de la residencia habitual de los cónyuges o cualquiera de las leyes personales de cada uno de los cónyuges, ambos casos en el momento de la celebración del acuerdo. Se restringe la capacidad de elección con el fin de garantizar siempre la existencia de una cierta conexión entre uno o ambos cónyuges y la ley material elegida.

¹¹⁷ Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. DOUE, 8 de julio de 2016, L 183/1.

Es en defecto de dicha elección, cuando entran en juego las normas de conflicto de leyes establecidas por el Reglamento (UE) 2016/1103. Con el fin de dotar previsibilidad y seguridad jurídica a la materia, en su artículo 26.1 se ordena un sistema jerárquico de leyes aplicables al régimen económico matrimonial.

En primer lugar, será de aplicación la ley del Estado de primera residencia habitual del matrimonio tras su celebración. En segundo lugar, se aplicará la ley de su nacionalidad común, fijada en ese mismo momento. No obstante, si los cónyuges tuvieran más de una ley nacional común (es decir, cuando nos encontramos ante supuestos de doble o múltiple nacionalidad y que, además, dos o más son compartidas por ambos cónyuges), no podrá acudir a esta solución en virtud del art. 26.2. En tercer lugar, se aplicará aquella ley con la que los cónyuges mantengan una conexión más estrecha, con la misma fijación temporal, es decir, en el momento de su celebración.

Con respecto al segundo punto de conexión, la ley de nacionalidad común, debemos hacer una puntualización. Acudiendo al considerando nº 50 del reglamento, éste establece que la determinación de este punto de conexión se entenderá como una cuestión previa a ser resuelta de conformidad con el derecho interno, pero siempre con respeto a los principios de la UE.

Si bien, el art. 26.3 del reglamento nos dice que la autoridad judicial podrá convocar – a instancia de cualquiera de las partes – la ley del lugar de una residencia habitual común posterior a la primera, ello sin afectar a los derechos adquiridos por terceros de buena fe. Atendiendo a las circunstancias, como por ejemplo su extensión más prolongada en el tiempo que en el caso de la primera residencia habitual tras la celebración del matrimonio. Esto, por supuesto, siempre que los cónyuges no hubieren celebrado capitulaciones matrimoniales estableciendo de común acuerdo como ley aplicable la del lugar de su última residencia habitual común.

El Reglamento (UE) 2016/1103 también determina qué materias cubrirá exactamente la ley rectora. El artículo 27 del citado reglamento, establece que dicha ley regulará cuestiones como la clasificación de los bienes, su transferencia de una categoría a otra, la responsabilidad de uno de los cónyuges por las obligaciones y deudas del otro, sus facultades, derechos y obligaciones, la disolución y reparto, distribución o liquidación del régimen y la validez material de las capitulaciones matrimoniales. También abarcará el ámbito de los efectos patrimoniales sobre la relación entre uno de los cónyuges y un tercero, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 28 para los casos en los que dicho tercero no

tenga conocimiento de la aplicación de la ley rectora determinada a tal efecto, siempre y cuando hubiere actuado de forma diligente.

Como vemos en este último inciso, la determinación de la ley aplicable a los efectos patrimoniales no siempre llega a su fin con la aplicación de estas soluciones conflictuales que he expuesto. En ocasiones, su aplicación se enfrenta a cuestiones singulares o problemas de aplicación al caso. Y es por ello, que el reglamento prevé así mismo una serie de medidas para paliar estos efectos adversos.

Así, al tiempo que se establece la posibilidad de adaptar los derechos reales no contemplados por la ley estatal invocada (artículo 29 del citado reglamento), se incorporan disposiciones tradicionalmente incorporadas en los distintos instrumentos de cooperación judicial en materias civiles. Ejemplo de ello son la aplicación de las leyes de policía del foro en cuestión¹¹⁸ (art. 30), la excepción del orden público (art. 31), la exclusión del reenvío (art. 32), así como la previsión relativa a los conflictos territoriales e interpersonales de leyes (arts. 33 y 34) que excluye del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2016/1103 a los conflictos internos de leyes.

Otra cuestión de gran relevancia práctica y que PALAO MORENO¹¹⁹ subraya, es la dimensión registral de la determinación de la ley rectora del REM pueda tener en España. Y esto se debe a que el artículo 92 RH dispone que, si “el régimen económico matrimonial del adquirente o adquirentes casados estuviere sometido a legislación extranjera, la inscripción se practicará a favor de aquel o aquellos haciéndose constar en ella que se verifica como sujeción a su régimen matrimonial, con indicación de este, si constare”. El artículo plantea así la cuestión de la alegación y prueba del derecho extranjero de la relación en caso de darse la situación. Sobre esta cuestión la DGRN también se ha pronunciado en, al menos, tres ocasiones¹²⁰.

¹¹⁸ El Cdo. 53 del Reglamento (UE) 2016/1103 incluye las normas previstas para la protección de la vivienda familiar.

¹¹⁹ ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J., & PALAO MORENO, G. (2019). op. cit. p 474

¹²⁰ Resoluciones de la DGRN de 15 de junio de 2011, de 5 de marzo de 2018 y de 1 de marzo de 2019.

5. RETOS PARA EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL EN EL CASO DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Resulta imposible negar la trascendencia que la regulación del matrimonio homosexual tiene en el tráfico jurídico internacional¹²¹. Producto de fenómenos sociales tan relevantes en la actualidad como son la globalización o la multiculturalidad, no es poco frecuente ver matrimonios mixtos, y, por tanto, sujetos a las normas de DIPr. Pero, al mismo tiempo, nos encontramos en la actualidad con una divergencia espacial en cuanto a las diferentes formas de regular las relaciones homosexuales, que deriva en una gran complejidad a la hora de abordar cuestiones de DIPr respecto a la existente en los tiempos pasados.¹²² Lo que implica numerosos desafíos a afrontar por parte de las normas de DIPr que merecen de nuestro estudio.

En el momento de la aprobación de la Ley 13/2005¹²³ por la que se adopta el matrimonio homosexual, España se ponía al frente de una tendencia legislativa casi prematura en la escala mundial. Con anterioridad a España, tan solo Bélgica y Países Bajos habían promulgado leyes en este mismo sentido. Al margen estaba el singular caso del Estado de Massachusetts, en EEUU, en el que la adopción del matrimonio homosexual no tuvo lugar mediante ley, sino mediante sentencia judicial¹²⁴. Y en todos los casos, había grandes incógnitas sobre cuestiones de DIPr que se presentaban difíciles de resolver.

A esta situación singular en el derecho material comparado, se unió un legislador español con una previsión – tradicionalmente – escasa o nula en cuanto al Derecho Internacional Privado se refiere. En la Ley 13/2005 se implanta un matrimonio homosexual por extensión del régimen vigente a las relaciones homosexuales. Esta

¹²¹ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A. (2008) Los matrimonios entre personas del mismo sexo en el derecho internacional privado español. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLI (122). pp. 913-941

¹²² WAALDIJK, K. y DE SCHUTTER, O (2005) More or Less Together: Levels of Legal Consequences of Marriage, Cohabitation and Registered Partnership for Different-Sex and Same Sex Partners. A Comparative Study of Nine European Countries, Documents de Travail, (125) Institut National d'Études Démographiques (INED). Recuperado, 18 de abril de 2020, de <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/12585/More-or-less-together00-Complete%20report.pdf?sequence=2>

¹²³ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Boletín Oficial del Estado, 2 de julio de 2005, núm. 157, p. 23632

¹²⁴ Massachusetts se convierte en el primer Estado de EE UU en legalizar los enlaces homosexuales (17 de mayo de 2004). El País. Recuperado, 17 de abril de 2020, de https://elpais.com/sociedad/2004/05/17/actualidad/1084744801_850215.html

implantación se produjo sin que se hicieran mayores estipulaciones que la especificación en el segundo inciso del artículo 44 CC¹²⁵ o la eliminación de toda referencia al esposo y la mujer para pasar a referirnos a los cónyuges, un término más neutral. Tampoco se aprobó ninguna norma nueva de DIPr para hacer frente a esta nueva realidad en el circuito jurídico internacional, porque precisamente, su intención fue la extensión a las parejas homosexuales de toda la normativa aplicable anteriormente tan solo a las parejas heterosexuales. Esto, incluso cuando la materia requiere en muchos de los casos una elaboración específica en aras de resolver determinados conflictos de manera sólida.¹²⁶ Es todo un hecho que el legislador, al actuar de esta manera, ignoró completamente la trascendencia o proyección que la institución matrimonial tiene en la esfera internacional privatista.

La prueba irrefutable de esto es que España, a pesar de encabezar lo que anteriormente he denominado una tendencia legislativa casi prematura, contaba con los ejemplos de Bélgica y de Países Bajos, que sí aprobaron nuevas normas de DIPr junto con la adopción del matrimonio homosexual. Es decir, que tanto el legislador belga como el holandés, preveían el surgimiento de conflictos de leyes de extraordinaria complejidad – y de complicada solución por las normas generales de conflicto de leyes de sus respectivos sistemas de DIPr – por la regulación de una institución que no tenía en aquel momento parangón alguno en las legislaciones civiles extranjeras. Así, y, por el contrario, en España el legislador dejaba todos estos asuntos en manos del amplio margen de interpretación de quien tuviere que aplicar la norma al caso concreto.

Por todo, no es de extrañar que nada más aprobarse la modificación del CC surgieran una serie de incógnitas sobre qué sucedería con los matrimonios mixtos entre españoles y extranjeros, cuyas leyes civiles prohibieran los matrimonios homosexuales. Las cuales no tardaron en aparecer. En el mismo verano del 2005, ya surgió la primera controversia al respecto, cuando la juez de paz encargada del registro civil de Canet de Mar (Barcelona) rechazó la autorización del matrimonio entre un varón español y otro varón nacional de la India, precisamente por prohibir la ley personal de este último el matrimonio homosexual¹²⁷.

¹²⁵ Cfr. art. 44 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Legislación Consolidada. Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889. Núm. 206.

¹²⁶ Véase al respecto SOTO MOYA, M. (2013). Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 26

¹²⁷ QUIÑONES ESCÁMEZ, A. (2005) "Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo". *Revista Jurídica de Catalunya*. p. 1172-1187.

Las reacciones hostiles de los ordenamientos jurídicos extranjeros sobre la proyección internacional del matrimonio y los conflictos aparejados a las mismas, ya se venían presentando mucho antes de la aprobación de la Ley 13/2005. Pero es ahora cuando se pone de manifiesto la gran necesidad que siempre ha existido de contar con un sistema integral para el matrimonio internacional en el sistema de DIPr español.¹²⁸ Como dice ÁLVAREZ GONZÁLEZ¹²⁹, el matrimonio homosexual actuó de “cristal de aumento”, poniendo el foco donde ya antes había una gran problemática.

Es evidente que no existe conflicto de DIPr cuando ambos contrayentes son españoles, residentes en España y contraen matrimonio ante las autoridades civiles españolas. Puesto que no se trata ni de un caso con elementos de extranjería ni tampoco surte ningún tipo de efecto trasnacional¹³⁰. Pero la institución fue regulada de una manera universal, dando acceso a la misma a cualquier individuo con independencia de si tiene o no capacidad para contraer matrimonio según su ley personal, sin crear ninguna norma específica de DIPr al respecto¹³¹. Y esto, provoca que, cuando se celebran matrimonios entre personas del mismo sexo cuya nacionalidad es distinta de la española o bien su residencia se encuentra fuera del territorio español, surjan consecuencias contrarias a todo aquello que podría considerarse deseable en cuanto a política legislativa internacional. Puesto que se favorecen las uniones matrimoniales claudicantes, es decir, aquellas que son válidas en España, pero que carecen de cualquier tipo de reconocimiento en los Estados de procedencia de uno u ambos contrayentes, cuyos efectos negativos se prolongan en el futuro.

Porque, además de la problemática existente en cuanto a la celebración de estos matrimonios cuando nos encontramos con un caso con elementos de extranjería, nos encontramos con problemas posteriores al reconocimiento de muy difícil solución, producidos por la falta de previsión de esta institución en el ordenamiento jurídico de origen de uno de los contrayentes o su previsión de una manera radicalmente distinta. Y es aquí donde el DIPr falla, dado que una de sus principales funciones consiste en evitar dichos conflictos.

¹²⁸ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2009). Dimensión internacional del matrimonio entre personas del mismo sexo: lo que el ojo del legislador español no vio. En *Estudios de derecho de familia y sucesiones (dimensiones interna e internacional)*. (p. 9-38.) La Coruña: Universidade de Santiago de Compostela. p. 11

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). Op. cit. p. 26.

¹³¹ SOTO MOYA, M. (2013). Op. cit. p. 27

Sin embargo, esto no es más que la manifestación de la necesidad existente de reforma del sistema de DIPr, flexibilizando unas reglas tradicionales que son excesivamente rígidas y que nos impiden en la actualidad resolver conflictos de leyes respecto de instituciones tan recientes o nuevas como el matrimonio homosexual¹³². Resulta fundamental la implantación de un sistema claro y coherente de reconocimiento de estos matrimonios, en aquellos ordenamientos cuyas normas no hacen previsión de ellos o que, haciéndolo, incorporan figuras o instituciones jurídicas paralelas o alternativas al matrimonio.¹³³ Incluso cuando no legislen en materia de matrimonio en un sentido u otro (refiriéndonos a su adopción o a su prohibición), en todo caso deberán determinar en qué grado aceptan las consecuencias de una unión matrimonial válidamente constituida en otro Estado¹³⁴. Algo que ocurre implícitamente en los países de la UE, puesto que el derecho comunitario ya otorga un mínimo grado de reconocimiento en materia de extranjería en aquellos países en los que estas uniones no son reconocidas o incluso prohibidas constitucionalmente.

Si bien, esto último no acaba en absoluto con la problemática de los matrimonios claudicantes en el seno de la UE. Puesto que este mínimo grado de reconocimiento a efectos de conceder permisos de residencia al cónyuge extranjero, en ningún caso supone un verdadero reconocimiento de las relaciones homosexuales por parte de la legislación nacional. Es, por tanto, una aplicación estricta de la normativa comunitaria, pero nada más que eso. Algo que no evita el choque de pleno con uno de los pilares fundamentales de la unión, como es la libertad de movimiento de personas, al producirse, en realidad, una pérdida del estado civil por el mero hecho de ejercer este derecho a la libre circulación. Algo que conduce a escenarios tan extremos y absurdos como la posibilidad de casarse nuevamente en otro país de la UE con una persona de diferente sexo, constante el matrimonio homosexual¹³⁵.

Tampoco nos encontramos, en el ámbito del derecho comunitario, un concepto autónomo de cónyuge. Lo que impide en la práctica la aplicación uniforme de la normativa comunitaria en materia de familia, cuando nos encontramos con matrimonios entre

¹³² SOTO MOYA, M. (2013). Op. cit. p. 27

¹³³ DOMÍNGUEZ LOZANO, P. (2006). Novedades legales y tendencias reformadoras en la regulación de las instituciones y figuras jurídicas relativas a las uniones more uxorio. *Revista Española de Estudios Internacionales* (12) p. 11

¹³⁴ DE GROOT, G. R. (2007). "Private International Law aspects relating to Homosexual couples". *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3. Recuperado, 27 de abril de 2020, de <http://www.ejcl.org/113/article113-12.pdf>

¹³⁵ SOTO MOYA, M. (2013). Op. cit. p. 29

personas del mismo sexo. Porque si bien es cierto que esta cuestión se ha ido mitigando con el paso del tiempo, por el proceso de adopción que esta institución u otras de caracteres análogos (como son la pareja registrada o la unión civil) ha tenido a lo largo y a lo ancho de la geografía de la unión, todavía muchos Estados miembros siguen sin otorgar ningún tipo de reconocimiento a estas parejas.

Resulta patente el hecho de que, para el legislador comunitario, las uniones del mismo sexo son invisibles. Quizás esto se deba a la gran dificultad que presenta la materia de familia a la hora de ser armonizada a escala comunitaria, por sus implicaciones más allá de lo puramente jurídico. Se trata, al fin y al cabo, de una pieza fundamental del sistema social, y, por ello, la soberanía nacional, la cultura y la idiosincrasia de cada país juegan un papel destacado a tal extremo. Pero con ello, los reglamentos de armonización de los sistemas de competencia judicial internacional o conflicto de leyes estudiados en este trabajo pierden su razón de ser y su esencia, cuando nos topamos con los matrimonios entre personas del mismo sexo.¹³⁶

En definitiva, podemos decir que el DIPr está – más que nunca – llamado a cumplir su función coordinadora entre ordenamientos jurídicos sustancialmente diferentes en esta materia. En el caso de España, estos conflictos han sido sustanciados de una forma bastante deficiente, en términos de política legislativa. Tuvo que ser la DGRN, en la actualidad Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, la que en su Resolución-Circular de 29 de julio de 2005¹³⁷, supliera la falta de una norma de DIPr destinada a resolver los conflictos de leyes que surgen con respecto a la celebración de estos matrimonios. De manera que, otra vez más, se perdió una gran oportunidad de configurar un sistema integral de matrimonio internacional en el sistema español de DIPr.

¹³⁶ Véase al respecto SOTO MOYA, M. (2013). Op. cit. pp. 29 – 31.

¹³⁷ Véase al respecto, Resolución-circular de 29 julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo. Boletín Oficial del Estado, 8 de agosto de 2005, núm. 188.

5.1. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN – CIRCULAR DGRN DE 29 AGOSTO DE 2005 SOBRE SOBRE MATRIMONIOS CIVILES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.

Como hemos venido diciendo, el legislador español optó por no adoptar ninguna norma específica de DIPr que resolviera los conflictos específicos que surgen con respecto a estos matrimonios, al haber sido regulados de una manera universal. Este hecho, provocó que la DGRN se viera obligada a integrar una importante laguna normativa en el sistema español de DIPr, mediante su ya célebre Resolución-Circular de 29 de julio de 2005 sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo¹³⁸, dando una solución interpretativa que permitiera integrar la laguna en el sistema de conflicto de leyes vigente.

A este respecto y, antes de comenzar con el análisis en profundidad, debemos considerar el momento en que dicha resolución se adopta. En 2005, España siguió los pasos de Países Bajos y Bélgica, pero, al mismo tiempo, adoptó una figura sin parangón alguno en el derecho material comparado salvo en los dos casos mencionados. Lo que representaba una fuente inagotable de conflictos de leyes de muy complicada solución, tanto a la hora de celebrar estos matrimonios, como en cuanto a sus efectos posteriores.

No obstante, debemos señalar que en el año 2020 nos encontramos en una situación sustancialmente diferente. No solo hay una larga lista de países que han adoptado el matrimonio homosexual en sus ordenamientos jurídicos, o han regulado figuras alternativas como los contratos de unión civil o las parejas registradas, sino que también se han dado grandes pasos en el terreno europeo como la sentencia del TJUE en el asunto C-673/16, *Coman*.¹³⁹ Todo lo cual, ha provocado que los conflictos disminuyan de una forma significativa. Pero no por esto el problema ha desaparecido por completo, puesto que todavía existe una larga lista de países que no otorgan ningún tipo de reconocimiento a estas uniones válidamente constituidas.

La citada Resolución-Circular de la DGRN vino a abordar todos aquellos problemas que la adopción del matrimonio homosexual supone en el tráfico jurídico internacional, aportando las soluciones y directrices que deben seguir los funcionarios encargados del Registro Civil en aquellos supuestos en que se presenten elementos de

¹³⁸ Resolución-circular de 29 julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo. Boletín Oficial del Estado, 8 de agosto de 2005, núm. 188.

¹³⁹ Véase al respecto STJUE de 5-6-2018, en el asunto C-673/16, *Coman*. Recuperado 7 febrero, 2020 de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=202542&doclang=ES>

extranjería. La resolución pretende, en resumidas cuentas, ampliar el ámbito de aplicación personal de la ley material española¹⁴⁰. Y lo hace, planteándose dos cuestiones al respecto. En primer lugar, se pregunta si pueden contraer matrimonio en España dos personas del mismo sexo cuando una de ellas es extranjera.¹⁴¹ Y, si esto es así, se pregunta si la definición de autoridades civiles competentes para celebrar el matrimonio incluida en el art. 57 CC¹⁴² incluye también a los encargados de los registros civiles consulares de España en el extranjero.¹⁴³

En cuanto a la primera cuestión que se suscita, debemos, como punto de partida, recordar que en el sistema de DIPr la formación del matrimonio engloba dos cuestiones sustancialmente distintas¹⁴⁴. Una primera, que son aquellas cuestiones que afectan a las condiciones de fondo del matrimonio. Y una segunda, que son aquellas cuestiones que tienen que ver con la forma de celebración del mismo.

Encuadramos dentro de las primeras, tanto la capacidad como el consentimiento matrimonial.¹⁴⁵ A tal extremo, tanto la jurisprudencia como la doctrina concluyen que ambas se rigen por la ley personal de los contrayentes (art. 9.1 CC), aplicación que queda siempre limitada por la intervención del orden público internacional español cuando ésta suponga una vulneración de los principios esenciales e irrenunciables del ordenamiento jurídico español.

¿Cuáles son estos principios? Pues bien, la doctrina ha venido identificando tales principios con los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna, así como con otros principios constitucionales contenidos en la misma.¹⁴⁶ De hecho, hemos tenido ocasión de analizar esta cuestión en el epígrafe 3 de este trabajo, cuando exponíamos la intervención del orden público internacional español en cuestiones tan diversas como los matrimonios poligámicos o la inexistencia de impedimentos de edad en la ley personal del cónyuge extranjero. De tal suerte que la extensión de la aplicación de la ley material española por intervención del orden público internacional español, en el caso que venimos

¹⁴⁰ ABARCA JUNCO, A. P. & GÓMEZ JENE, M.(2006). 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. *REEI* (12). p. 1

¹⁴¹ CALVO CARAVACA, A.-L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2006). Op. cit. p. 6

¹⁴² Cfr. art 57 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Legislación Consolidada. Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889. Núm. 206.

¹⁴³ CALVO CARAVACA, A.-L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2006). Op. cit. p. 6

¹⁴⁴ ABARCA JUNCO, A. P. & GÓMEZ JENE, M. (2006). Op. cit. p. 1

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Ibid. p.2

analizando, estribaría únicamente en la consideración que se otorgue al matrimonio homosexual dentro del sistema español de derechos fundamentales.

La DGRN establece en su resolución la extensión de aplicación de la ley material española, por intervención del orden público internacional español, en el caso de los matrimonios entre personas del mismo sexo con elementos de extranjería, cuando la ley personal de uno de los contrayentes impida o prohíba estos matrimonios. Pero lo hace esgrimiendo un conjunto de argumentos que, aunque en la actualidad se ajustan completamente a derecho, en aquel momento se representaba bastante complicado de justificar a la luz del ordenamiento jurídico vigente y la jurisprudencia. Así, considera que tanto la diversidad de sexos que caracteriza a la concepción tradicional del matrimonio, como la identidad de sexos que se admite tras la aprobación, son elementos estructurales y constituyentes de una misma institución, la institución matrimonial, y, por lo tanto, nada tienen que ver con la capacidad matrimonial subjetivamente considerada.¹⁴⁷ Es decir, que se deberá integrar esta laguna, no aplicando a este caso el art. 9.1 CC, porque de otra forma se vulneraría el *ius connubii* o derecho a contraer matrimonio.

A la vez que afirma esta extensión de la ley material española, viene a señalar que el daño colateral producido por la admisión de la celebración de estos matrimonios con elementos de extranjería, es decir, el de las uniones claudicantes, no supone en absoluto un inconveniente para permitir la celebración de estos matrimonios. Y lo justifica recordando que, las autoridades civiles españolas, no pueden ser en ningún caso guardianes de los ordenamientos jurídicos extranjeros que pudieran ser de aplicación, conforme a las normas de conflicto de leyes.

Esta ha sido una cuestión bastante controvertida con anterioridad a que se produjera el pronunciamiento del TC sobre la constitucionalidad del matrimonio homosexual en el año 2012. Para autores como ABARCA JUNCO y GÓMEZ JENÉ¹⁴⁸, el encaje del matrimonio homosexual en el sistema de derechos fundamentales establecido por la CE era difícil de asumir. Consideraban que el matrimonio contenido en el art. 32 CE y, por tanto, merecedor de protección constitucional, era con claridad – y, especialmente, al poner el foco en los elementos estructurales de la institución matrimonial – el heterosexual. Porque al no aplicar la regla general de conflicto de leyes contenida en el art. 9.1 CC, se

¹⁴⁷ Resolución-circular de 29 julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo. Boletín Oficial del Estado, 8 de agosto de 2005, núm. 188.

¹⁴⁸ ABARCA JUNCO, A. P. & GÓMEZ JENE, M. (2006). Op. cit. pp. 3 – 4

estaba admitiendo que el matrimonio homosexual era una sustancia diferente. Poniendo en duda la idoneidad de la reforma del CC, y apostando por una regulación de las parejas de hecho a nivel de Estado. Tampoco comparten la consideración que la DGRN hace sobre el favorecimiento de las uniones claudicantes, puesto que, a pesar de que proteger los ordenamientos jurídicos extranjeros no se incluye entre las funciones de los funcionarios de los Registros Civiles españoles, esto no impide que se contravenga un principio esencial de cualquier sistema de DIPr., como es la búsqueda de una armonía de soluciones.

Bien sabemos que en la actualidad la constitucionalidad de la Ley 13/2005 o la protección constitucional del matrimonio homosexual, está fuera de cualquier debate posible. Ya la STC 198/2012¹⁴⁹ vino a clarificar todas estas cuestiones, dejando claro que el matrimonio homosexual integra la institución matrimonial con plenos efectos y, por tanto, recibe la misma protección constitucional al ser un nuevo modo de ejercer el mismo derecho de contraer matrimonio. Es decir, que no aplicar la regla general del conflicto de leyes del art. 9.1 CC responde a una intervención del orden público internacional español, que en base al art. 12.3 CC permite aplicar la ley material española para evitar así una vulneración de los principios constitucionales consagrados en la CE. No obstante, existe una pluralidad de teorías sobre la admisión del matrimonio homosexual con elementos de extranjería que, a pesar de no poder ser analizadas en este trabajo, han sido expuestas por autores como CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ¹⁵⁰.

Esta regla general de extensión de la aplicación de la ley material española encuentra una excepción: aquellos supuestos en que ambos contrayentes sean extranjeros. Una excepción matizada, puesto que no se cierra la puerta a aplicar la ley española a ambos cónyuges. Pero sí que se exige como requisito para la contracción del matrimonio, la residencia legal de ambos contrayentes en el territorio español. Aunque no existe una norma de DIPr que resuelva todas las cuestiones que el matrimonio entre dos extranjeros produce *ad extra*, y que son mucho más complejas y conflictivas que las producidas en los supuestos de matrimonio mixto, puesto que aquí no encontramos más que un simple punto de conexión con la ley española y muy débil: la residencia.

La resolución de la DGRN ha sido tachada en multitud de ocasiones de favorecer un integrismo legislativo de la ley española. Se admite la aplicación de la ley material española, y, por tanto, se admiten los matrimonios entre personas del mismo sexo con

¹⁴⁹ Sentencia Tribunal Constitucional 198/2012 de 6 de noviembre. Boletín Oficial del Estado, 28 de noviembre de 2012, núm. 286, p.168

¹⁵⁰ CALVO CARAVACA, A.-L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). Op. cit. pp. 16 y ss.

elemento de extranjería, pero se ignora por completo el problema de las uniones claudicantes. No hay dudas de que la DGRN se propone aplicar a toda costa la ley material española, y lo hace. Aunque no termina de estar muy claro si los fines justifican los medios, y autores como ÁLVAREZ GONZÁLEZ¹⁵¹ la critican duramente por ello. Porque no se trata de una crítica a una defensa de un modelo de institución matrimonial, algo perfectamente válido y que, de hecho, cada Estado hace a través de su DIPr y su orden público internacional, sino más bien de una crítica a las formas empleadas.

Nos encontramos con una adaptación de las normas existentes de DIPr al complejo contexto que se presentaba tras la reforma del CC, pero que solo alcanza al ámbito de la celebración. Puesto que se dejan en el tintero otras materias con gran trascendencia en el tráfico jurídico internacional, como son las sucesiones, que no quedan enteramente vinculados por la resolución puesto que ésta no abarca en modo alguno los efectos ad extra de las uniones que permite. Y he aquí un problema mucho más trascendente que las propias uniones claudicantes, que nos presenta como necesaria una regulación al respecto.

Si nos representamos cualquier litigio en el que el matrimonio sea un *prius* o punto de partida, y un juez tenga que enfrentarse con la validez de un matrimonio entre personas del mismo sexo con elementos de extranjería y celebrado en España, podemos ver la problemática existente al verse este obligado a entrar en el fondo y analizar la aplicación del sistema español de DIPr¹⁵².

Un ejemplo concreto bien puede ser cualquier litigio en materia sucesoria. Basta con imaginarnos un litigio sucesorio en el que los hijos del cónyuge causante reclaman la nulidad del matrimonio porque la ley nacional de uno u ambos cónyuges no permitía los matrimonios entre personas del mismo sexo¹⁵³. Acertadamente, esgrimirán frente al tribunal que “la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad” y que “dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”, que es lo que viene a establecer el art. 9.1 CC¹⁵⁴. Si, además, el cónyuge causante no residió habitualmente en España, sino que lo hacía en su país (pensemos que se casa con un español) perfectamente pueden afirmar que la ley aplicable a la sucesión es la suya, la del país de nacionalidad, y que el causante no

¹⁵¹ Véase al respecto, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2009). Op. cit.

¹⁵² ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2009). Op. cit. p.14

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Cfr. art. 9.1 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Legislación Consolidada. Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889. Núm. 206.

estaba casado con nadie. Pero es que, por otra parte, el art. 9.8 CC¹⁵⁵ establece que la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento. Y con esto, ya estamos inmersos en una gran encrucijada¹⁵⁶.

En tal punto tendremos que o bien considerar nulo el matrimonio o bien considerar que la ley personal del cónyuge contraviene el orden público internacional español y aplicar la ley material española en virtud del art. 12. 3 CC, a pesar de la llamada del 9.1 CC a la ley personal del cónyuge extranjero. Lo más respetuoso con el sistema positivo es esta segunda opción, puesto que asumir la primera, implica directamente admitir que estos matrimonios no pueden o deben autorizarse. Pero en tal caso, ¿Hasta qué punto resulta paradójico prohibir por ejemplo la celebración de matrimonios entre familiares lejanos porque la ley de uno de los cónyuges lo impida, pero no prohibir los matrimonios entre personas del mismo sexo aun siendo no permitidos por esta misma ley? Está claro que la diferencia entre uno y otro supuesto estriba en los valores implicados.

No obstante, esta solución sigue planteando una paradoja con respecto a los presupuestos planteados por la DGRN en su resolución. Como ya hemos dicho, ésta viene a considerar tanto la diversidad como la identidad de sexos una característica estructural de la institución matrimonial, y no una cuestión de capacidad. Bien, podemos estar de acuerdo en que, para los ojos del ordenamiento jurídico español, el elemento estructural del sexo de los contrayentes es completamente irrelevante. Pero sigue siendo complicado asumir, sin más, la solución adoptada por la DGRN para permitir esta extensión de la ley española a todos los casos. Puesto que la derivada que hace hacia la *lex auctoritatis*, aun compleja, difícilmente elude a la hora de la verdad la llamada del art. 9.1 CC a la ley personal, ya que el hecho de que para la ley española el sexo de los contrayentes sea irrelevante no deriva necesariamente en que deba autorizarse la celebración del matrimonio en todos los casos.¹⁵⁷ Como he repetido varias veces a lo largo de mis últimos párrafos, se hace necesario legislar en este sentido y poner orden en el sistema conflictual del DIPr español.

Recapitulando, todavía nos queda la segunda cuestión a abordar: si la definición de autoridades civiles competentes para celebrar el matrimonio incluida en el art. 57 CC¹⁵⁸

¹⁵⁵ Cfr. art. 9.8 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Legislación Consolidada. Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889. Núm. 206.

¹⁵⁶ He venido a reformular el ejemplo contenido en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2009). Op. cit. p. 14.

¹⁵⁷ Véase al respecto ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2009). Op. cit.

¹⁵⁸ Cfr. art 57 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Legislación Consolidada. Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889. Núm. 206.

incluye también a los encargados de los registros civiles consulares de España en el extranjero. Pues bien, aunque ya hemos dedicado parte de este estudio a la figura del matrimonio consular¹⁵⁹ conviene terminar de analizar lo dicho a este respecto por la Resolución-Circular de la DGRN que es objeto de análisis.

La DGRN viene a recordar que la competencia para celebrar el matrimonio no ha sido modificada de modo alguno por la aprobación de la Ley 13/2005. Por lo que se mantiene, con carácter general – tanto para el matrimonio entre españoles como en el caso de que uno u ambos cónyuges sean extranjeros – el trámite de instruir un expediente matrimonial previo al matrimonio. De la instrucción del mismo, será competente el juez del domicilio de cualquiera de los contrayentes. En el caso de los españoles residentes en el extranjero, podrán tramitar el expediente matrimonial ante el funcionario diplomático o consular que sea competente en la demarcación consular correspondiente.

Recordemos que en el caso de que ambos cónyuges sean extranjeros, deberán tener su residencia legal en España. Una restricción que tiene como objeto limitar el fenómeno del llamado *fórum shopping* o un hipotético turismo matrimonial. Cuestión completamente distinta es aquella en la que tan solo uno de los contrayentes es extranjero. En este caso, se permite la instrucción del expediente en las oficinas del registro civil de las misiones consulares españolas. El matrimonio que se quiere celebrar en este caso tiene elementos de extranjería, pero ya presenta una conexión con España, por lo que se admite su trámite en el exterior.

Completamente diferente es su efectiva celebración en el registro civil consular. Puesto que esta posibilidad dependerá en todo caso de la admisión por parte del Estado receptor de la capacidad de la misión diplomática no ya de celebrar matrimonios conforme a la ley española, sino de celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo.¹⁶⁰

Por tanto, podemos concluir que sí podemos considerar dentro de la definición de autoridades civiles competentes para celebrar el matrimonio, incluida en el art. 57 CC, a los funcionarios diplomáticos y consulares que desempeñen sus funciones en los registros civiles consulares. No obstante, teniendo en cuenta las limitaciones impuestas en cada caso por el país receptor de la misión consular española.

¹⁵⁹ Véase *ad supra* el epígrafe 3.4 del presente trabajo, “El matrimonio Consular”.

¹⁶⁰ Para un mayor entendimiento de este asunto, me remito *ad supra* al epígrafe 3.4 del presente trabajo en el que trato el matrimonio consular.

6. EL RECONOCIMIENTO TRANSFRONTERIZO DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO CELEBRADO EN ESPAÑA.

A lo largo del presente trabajo, hemos podido observar las grandes disparidades existentes entre los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales con respecto a la materia matrimonial. Por tanto, no es de extrañar que exista un alto grado de incertidumbre en cuanto a los posibles efectos que las uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo, y celebradas en España, puedan tener en otros países. La respuesta más deseable a toda esta problemática bien sería la llamada “portabilidad del status”. Pero esto difícilmente puede darse en la práctica.

En algunos Estados, su orden público internacional impedirá un reconocimiento de la validez de estas uniones celebradas válidamente en España, por contravenir normas y principios esenciales de su ordenamiento jurídico¹⁶¹. Pensemos en que el matrimonio, es, generalmente, una institución cuyas líneas maestras vienen dadas por las normas constitucionales. Las cuales, conforme a la teoría general del derecho, poseen un rango supremo.

Hay muchos ejemplos de ello, pero me gustaría enunciar uno muy particular e ilustrativo, por recorrer en sentido inverso un camino que suele desarrollarse desde la restricción hasta la liberalización. En Georgia – país caucásico, que no Estado constituyente de los EEUU – el texto constitucional estaba formulado de manera neutral en cuanto al género, por lo que establecía en líneas generales que el “matrimonio deberá basarse en la igualdad de derechos y en el libre consentimiento de los contrayentes”. En 2016 la coalición Sueño Georgiano propuso una enmienda constitucional destinada, precisamente, a especificar que la unión matrimonial existe “solamente entre el hombre y la mujer y con el propósito de crear una familia”, a pesar de que su CC ya especificaba como requisito de la unión matrimonial la diversidad de sexos¹⁶². La motivación fue el temor fundado a que el texto constitucional en aquellos términos pudiera llevar a una aprobación del matrimonio igualitario por sentencia del Tribunal Constitucional, existiendo un recurso de inconstitucionalidad presentado por la posible inconstitucionalidad de la restricción establecida en el CC. Dicha enmienda fue aprobada, y entró en vigor en 2018, poniendo fin al debate y cerrando cualquier posibilidad a la apertura de la institución matrimonial.

¹⁶¹ SOTO MOYA, M. (2013). Op. cit. p. 127

¹⁶² GD Refloats Proposal on Setting Constitutional Bar to Same-Sex Marriage. (8 de marzo de 2016). *Civil.Ge.* Recuperado, 1 de mayo de 2020, de <https://civil.ge/archives/125345>.

Y en otros Estados, estos matrimonios no superarán el control de la “ley aplicada” al que se somete a los matrimonios celebrados en el extranjero, puesto que la ley que correspondía aplicar conforme al DIPr español era, en realidad, la ley personal del contrayente extranjero.¹⁶³ Y, por tanto, no tendrán eficacia alguna, por no respetar el estatuto personal de los contrayentes. La DGRN fue plenamente consciente de ello al permitir los matrimonios internacionales entre personas del mismo sexo, pero como ya hemos dicho, se justificó alegando que las autoridades civiles españolas no pueden constituir en ningún caso un guardián de los ordenamientos jurídicos extranjeros.

En cualquier caso, sean admitidos o no estos matrimonios, todos los países se verán obligados a pronunciarse en un sentido u otro mediante la adopción de las correspondientes normas de DIPr. Ya que no podrán controlar la existencia de situaciones conflictivas, desencadenadas o producidas por los efectos en el tráfico jurídico internacional de uniones válidamente constituidas en otros Estados. A tal extremo, encuentro necesario hacer un análisis de los posibles escenarios a los que deberá enfrentarse aquella unión matrimonial homosexual y celebrada en España, en el tráfico jurídico internacional.

6.1. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO CELEBRADOS EN ESPAÑA POR EL TERRITORIO DE LA UE

La disparidad que presentan los distintos derechos materiales de los Estados miembros en cuanto al derecho de familia es un fenómeno que trae consigo una serie de graves restricciones a la libertad de movimiento consagrada en el TFUE¹⁶⁴. Muchas siguen vigentes, aunque otras han desaparecido. Y es que el pleno ejercicio del derecho de los ciudadanos a circular por todo el territorio de la UE conlleva también el reconocimiento y la continuidad extraterritorial de todas las uniones – ya sean matrimoniales o no – válidamente constituidas en todos los Estados miembros¹⁶⁵. De otra forma, esto sería vaciar de todo contenido dicha libertad de movimiento, puesto que la unión válidamente constituida dejaría de serlo al moverse a otro Estado miembro, dejando al ciudadano

¹⁶³ SOTO MOYA, M. (2013). Op. cit. p. 127

¹⁶⁴ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE, 26 de octubre de 2012, C 326.

¹⁶⁵ SOTO MOYA, M. (2013). Op. cit. p. 136

desprotegido y en una situación extrema de inseguridad jurídica. El cambio de status conlleva, indefectiblemente, una limitación a la libertad de circulación.¹⁶⁶

El término ‘cónyuge’ no ha sido delimitado expresamente en el derecho comunitario, tanto el derecho originario como el derivado no contemplan en sus disposiciones una definición exacta de este término.¹⁶⁷ Ante esta inexistencia de definición, ha sido el TJUE quien ha ido perfilando a golpe de sentencia el concepto, primero interpretando en 1986 el art. 10 del Reglamento 1612/68 relativo a la libre circulación de los trabajadores¹⁶⁸ – hoy en día derogado por el Reglamento (UE) núm. 492/2011¹⁶⁹ – y más recientemente, en 2018, mediante la sentencia sobre el asunto *Coman y otros*, ofreciendo una interpretación autónoma del concepto de cónyuge al que se refiere el art. 2.2.a) de la Directiva 2004/38 relativo al derecho de los ciudadanos de la unión y sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros¹⁷⁰.

La sentencia del TJUE en el asunto *Coman y otros* ha supuesto todo un punto de inflexión en la libertad de circulación de los matrimonios entre personas del mismo sexo por el territorio de la UE. Y esto, porque ha traído consigo un reforzamiento de esta libertad al advertir que quien posee la cualidad de cónyuge en virtud de una unión matrimonial válidamente celebrada en un Estado miembro, la posee en todos los demás, con independencia de que se trate de matrimonios entre personas del mismo sexo y, por tanto, no aceptados por muchos de los ordenamientos jurídicos nacionales. El TJUE viene a fallar que resulta incompatible con las normas comunitarias la restricción, por parte de un Estado miembro, de la libre circulación de un ciudadano de la unión denegando a su

¹⁶⁶ SOTO MOYA, M. (2013). Op. cit. p. 136

¹⁶⁷ REQUENA CASANOVA, M. (2019). Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: consecuencias del asunto *Coman y otros*. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 62, 41-79. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.62.02>

¹⁶⁸ Reglamento (CE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. DOUE, 19 de octubre de 1968, L 257.

¹⁶⁹ Reglamento (UE) n° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión. Texto pertinente a efectos del EEE. DOUE, 27 de mayo de 2011, L 141.

¹⁷⁰ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. DOUE, 30 de abril de 2004, L 158.

cónyuge, del mismo sexo y nacional de un tercer Estado, un derecho de residencia en su territorio.¹⁷¹

Y lo hace, en base a dos consideraciones muy importantes sobre la relación entre el derecho de la unión y los ordenamientos jurídicos nacionales en materia de derecho de familia. La legislación en materia de derecho de familia encuentra sus raíces en la soberanía nacional de los Estados miembros, y esto es algo que – y el TJUE ha venido a decir repetidas veces – el derecho comunitario no restringe.¹⁷² Pero hay dos puntualizaciones que se deben hacer necesariamente al respecto.

En primer lugar, a pesar de que los Estados miembros son libres para ejercer sus competencias en materia de estado civil de las personas, estos deben hacerlo con sometimiento a las normas comunitarias¹⁷³. Es decir, que deberá respetarse en todo momento la normativa comunitaria, especialmente en lo relativo al principio de no discriminación, cuando se aplique el derecho de la unión. Por ello, no es posible admitir la denegación de un permiso de residencia derivado, por el simple hecho de que la ley civil del Estado miembro no admite las uniones – ya sean o no matrimoniales – entre las personas del mismo sexo, puesto que se incurre en una clara discriminación por razón de orientación sexual con respecto de las parejas heterosexuales, que sí tienen reconocido este derecho fuera de toda duda.

En segundo lugar, cuando los Estados miembros ejercen sus competencias en derecho de familia, deben hacerlo respetando en todo momento las libertades de circulación y residencia de los ciudadanos de la unión, consagradas en el TFUE¹⁷⁴. Y es que caben imponer ciertas restricciones al ejercicio de esta libertad de circulación y residencia, pero de una manera completamente justificada y no atendiendo únicamente a la ley civil de los Estados miembros. Pues, como ya hemos dicho, esto implicaría socavar la idea de

¹⁷¹ Véase apdo. 50 de la STJUE de 5 de junio de 2018 en el asunto *Coman y otros*. C-673/16, EU:C:2018:385.

¹⁷² Véanse a este respecto las STJUE de 10 de mayo de 2011, *Römer*, C-147/08, EU:C:2011:286, apdo. 38; de 1 de abril de 2008, *Maruko*, C-267/06, EU:C:2008:179, apdo. 59; y de 24 de noviembre de 2016, *Parris*, C-443/15, EU:C:2016:897, apdo. 58.

¹⁷³ Véanse al respecto apdos. 37 y 38 de la STJUE de 5 de junio de 2018 en el asunto *Coman y otros*. C-673/16, EU:C:2018:385.

¹⁷⁴ Véase en este sentido, las STJUE de 2 de octubre de 2003, *García Avello*, C-148/02, EU:C:2003:539, apdo. 25; de 14 de octubre de 2008, *Grunkin y Paul*, C-353/06, EU:C:2008:559, apdo. 16; y de 2 de junio de 2016, *Bogendorff von Wolfersdorff*, C-438/14, EU:C:2016:401, apdo. 32.

integración que informa la creación del ELSJ y consagrada en el art. 3.2 TUE¹⁷⁵. Por tanto, los Estados miembro de acogida estarán obligados a reconocer estos matrimonios a los solos efectos de garantizar la continuidad extraterritorial de las uniones entre personas del mismo sexo, y, por ende, de garantizar la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la UE.

La sentencia constituye todo un hito en la historia de la unión, no solo por consolidar algo que se venía reclamando desde hace un tiempo atrás, sino también porque supera en cierta medida las reticencias jurisprudenciales por parte del tribunal para dar una interpretación autónoma del concepto de cónyuge, al ser un concepto perteneciente al ámbito del derecho de familia y, por tanto, muy conectado a la cultura de cada Estado miembro¹⁷⁶.

Por tanto, a partir de este momento los Estados quedan obligados a garantizar la libre circulación de cualquier ciudadano de la UE casado con una persona de su mismo sexo en un Estado miembro, a través de la concesión de un permiso de residencia derivado, y sin perjuicio de que los Estados mantengan su competencia para autorizar o no los matrimonios entre personas del mismo sexo conforme a su legislación nacional¹⁷⁷. Es decir, que el reconocimiento de estos matrimonios en países cuya legislación nacional los prohíbe no alcanzará en ningún caso mayor grado que el de cumplir con las normas comunitarias y otorgar un permiso de residencia al nacional de un tercer país casado con un ciudadano de la UE. Y esto no es una situación especial, es algo que también ocurre con las parejas heterosexuales.

Sin embargo, ¿Qué ocurriría cuando se trata de una pareja del mismo sexo cuyos contrayentes sean nacionales de terceros países? Pues queda claro, siguiendo el hilo de todo lo expuesto, que estas parejas no verán reconocido su derecho a la libre circulación y quedarán sujetas por entero a la normativa nacional de extranjería del Estado en cuestión. Porque lo que se exige es respeto al principio de no discriminación al aplicar el derecho comunitario, pero fuera de sus ámbitos de aplicación, los ordenamientos jurídicos nacionales en materia de derecho de familia no quedan sujetos a esta restricción.

¹⁷⁵ Cfr. art. 3.2 Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea. DOUE, 26 de octubre de 2012, C 326.

¹⁷⁶ Véase al respecto, DENYS, C. (1999). Homosexuality: A Non-Issue in Community Law? *European Law Review*, 419-420.

¹⁷⁷ REQUENA CASANOVA, M. (2019). Op. cit. p. 46

Así mismo, pensemos en que los contrayentes que no vieran reconocido su matrimonio podrían volver a contraer matrimonio con una persona de distinto sexo – incurriendo en un posible delito de bigamia allá donde la unión anterior permanezca válidamente constituida – y no podrán divorciarse o separarse en estos Estados de acogida. Por lo que seguimos apreciando una problemática al respecto, que quedaría solucionada con un reconocimiento mutuo como mecanismo armonizador de las legislaciones de los Estados miembros en materia de familia.

Sobre este reconocimiento mutuo, debemos decir que, aunque el legislador comunitario no crea conceptos autónomos en el seno del derecho de familia, remitiéndose a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, sí que se contempla en disposiciones específicas del derecho originario el reconocimiento mutuo como mecanismo armonizador en materia de derecho de familia trasfronterizo¹⁷⁸ (art. 81.3 TFUE¹⁷⁹) e incluso, existe un principio judicial de reconocimiento mutuo que ha sido desarrollado por el TJUE y que ya ha sido aplicado en diferentes políticas, especialmente en lo relativo al mercado común.¹⁸⁰ De hecho insiste REQUENA CASANOVA¹⁸¹, en que éste ha sido el sistema recomendado desde varios estudios técnicos sobre cómo abordar la política legislativa de la UE en cuanto a los matrimonios entre personas del mismo sexo.

Dicho esto, resulta especialmente complicado negar los efectos ulteriores que este mínimo reconocimiento tiene en los países que no admiten estas uniones. Rumanía, junto con el resto de los Estados miembros que no admiten el matrimonio homosexual, sufrió un duro revés con esta sentencia, que vio como su concepción tradicional del matrimonio se desmoronaba con la aplicación de la normativa comunitaria. Porque a pesar de que, como ya hemos visto, el grado de reconocimiento de estas uniones entre personas del mismo sexo, no exceda en ningún momento los límites de la normativa de extranjería y la garantía de la libre circulación de los ciudadanos por el territorio de la UE, esto tiene también unas consecuencias ulteriores. No es tan fácil reconocer la unión a los efectos de permitir su entrada y establecimiento en el país, y después, una vez residentes, ignorar por completo la existencia de tal unión.

¹⁷⁸ REQUENA CASANOVA, M. (2019). Op. cit. p. 53

¹⁷⁹ Cfr. art 81.3 Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE, 26 de octubre de 2012, C 326.

¹⁸⁰ JANSSENS, C. (2013). *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199673032.001.0001> p. 11

¹⁸¹ REQUENA CASANOVA, M. (2019). Op. cit. p. 53

Se plantea la necesidad del reconocimiento mutuo, precisamente, siguiendo este razonamiento. Porque debemos plantearnos una cuestión nada abstraída de la realidad ¿Cómo se producirá el tratamiento fiscal de estos matrimonios entre personas del mismo sexo? ¿Podrán estos matrimonios beneficiarse de ayudas del Estado dirigidas a la familia? Nos encontraríamos, seguro, con un supuesto de unión claudicante. Por esto, autores como TRYFONIDOU¹⁸², esgrimen que, para evitar estas uniones claudicantes, deberá de reconocerse en el Estado de acogida el status jurídico otorgado a las uniones homosexuales en su Estado de origen, sin perjuicio de la postura del ordenamiento jurídico nacional con respecto a estas uniones, y por medio de la figura del reconocimiento mutuo. De manera que, si se permite la entrada al Estado de acogida y se otorga el derecho derivado de residencia en el mismo, también se deberá extender esta circunstancia al tratamiento de esta realidad en el tráfico jurídico nacional. Si bien, este es un paso todavía por dar.

6.2. LOS EFECTOS EXTRATERRITORIALES DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO FUERA DEL ÁMBITO DEL DERECHO COMUNITARIO. ANÁLISIS COMPARADO.

Al margen de lo que ya hemos visto con respecto a la libertad de circulación de los matrimonios entre personas del mismo sexo por el territorio de la UE, nos encontramos con una serie de escenarios a los que estas uniones matrimoniales deberán enfrentarse. Es evidente que las uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo no encontrarán problemas para su reconocimiento en Estados cuyos ordenamientos jurídicos admitan su celebración. Y esto es algo que cada vez es más frecuente, puesto que cada vez son más los países que admiten los matrimonios entre personas del mismo sexo.

Pero ¿Qué ocurre cuando el matrimonio se traslada a otro Estado cuyo ordenamiento jurídico no admite el matrimonio entre personas del mismo sexo? Con el fin de realizar un estudio sistemático, podemos clasificar las distintas situaciones – con las particularidades que cada caso presenta de país a país – en tres grandes grupos: la imposibilidad de reconocimiento de estas uniones, el reconocimiento parcial de sus efectos, y la equiparación de la unión matrimonial a una pareja registrada o contrato de unión civil.

¹⁸² TRYFONIDOU, A. (2015). EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same- Sex Relationships: The Case of Mutual Recognition. *Columbia Journal of European Law*, 21 (2), pp. 195-248.

6.2.1. IMPOSIBILIDAD DE RECONOCIMIENTO

En muchas ocasiones, las parejas del mismo sexo casadas en España y que se desplazan a otros Estados, pierden su estado civil al resultar imposible el reconocimiento de su matrimonio. Ya hemos hecho referencia en multitud de ocasiones a toda una serie de Estados que, expresamente, niegan el otorgamiento de cualquier tipo de reconocimiento legal a las uniones homosexuales. En la mayoría de los casos, dicha negativa proviene de prohibiciones establecidas por sus textos constitucionales, en los que expresamente se excluye de la noción de matrimonio a las parejas del mismo sexo. En otros casos, esta prohibición constitucional no existe, pero su orden público internacional actúa en contra de ellos, prohibiendo el reconocimiento de estos matrimonios celebrados en el extranjero no solo por ser contrarios a su noción de matrimonio sino por no aplicar la ley personal de los contrayentes. Es decir, que el matrimonio no pasa el control de la ley aplicada.

La seguridad jurídica de los cónyuges puede verse seriamente comprometida cuando se establecen en un Estado que no otorga reconocimiento alguno a su matrimonio. En este caso, los cónyuges estarían solteros a los ojos de la ley, por lo que no podrían divorciarse ni separarse, puesto que nadie puede disolver una unión que no existe. En una situación extrema, podría darse el caso en que uno de los cónyuges contrae matrimonio con una persona de distinto sexo, sin necesidad de disolver la anterior, sin perjuicio del posible delito de bigamia en el que pudiera incurrir allá donde el matrimonio homosexual continuase válidamente constituido¹⁸³.

Un ejemplo de la imposibilidad de tal reconocimiento era, hasta que adoptó la figura de la unión civil en 2016, Italia. Cuyos tribunales fallaron en contra del reconocimiento de un matrimonio entre dos personas del mismo sexo celebrado en Holanda, porque la Constitución Italiana de 1948 contiene un concepto de matrimonio que no puede ser interpretado de otra forma más que como la unión entre un hombre y una mujer. Los recurrentes alegaron contra la decisión de no reconocer su matrimonio los distintos efectos negativos que hemos expuesto anteriormente, pero su alto tribunal estimó que no podían alegar tales inconvenientes puesto que ellos mismos los habían creado¹⁸⁴. En 2016 adoptó por ley la figura de la unión civil, destinada a dar reconocimiento a las parejas entre personas del mismo sexo, por lo que ahora mismo debemos encuadrar a Italia en el tercer grupo de este estudio.

¹⁸³ Véase SOTO MOYA, M. (2013). Op. cit. p. 162

¹⁸⁴ Ibid.

Dentro de este grupo debemos excluir – aunque con grandes matices – a todos los Estados miembros de la UE que no reconocen o prohíben los matrimonios entre personas del mismo sexo, puesto que, como ya hemos visto, en virtud de las normas comunitarias se reconocen efectos a las uniones matrimoniales con el propósito de otorgar un derecho derivado de residencia al cónyuge nacional de un tercer Estado. Pero cuando ambos contrayentes son ciudadanos no comunitarios, como podría ser el ejemplo de dos estadounidenses, que se mudan a un Estado cuyo ordenamiento jurídico nacional prohíbe las uniones homosexuales, como podría ser el caso de Bulgaria, Letonia, Lituania, Rumanía o Polonia, nos encontramos con una pérdida completa del estado civil. También sucederá cuando se trate de matrimonios entre nacionales de un mismo país celebrados en el extranjero.

Otros ejemplos europeos de países que no otorgan ningún reconocimiento a las uniones homosexuales que podemos mencionar son Albania, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Macedonia del Norte, Rusia y Turquía. Por otra parte, Armenia, Bielorrusia, Georgia, Moldavia, Montenegro, Serbia y Ucrania, constituyen el ejemplo de países que prohíben constitucionalmente los matrimonios entre personas del mismo sexo.

6.2.2. RECONOCIMIENTO PARCIAL DE EFECTOS

A diferencia de los Estados anteriormente citados, en otros, se reconocen algunos efectos a las uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo que han sido válidamente constituidas en otros. Lo cual no puede confundirse con la equiparación de los matrimonios a una pareja registrada o un contrato de unión civil, supuesto radicalmente distinto del anterior, ya que el reconocimiento parcial de efectos no implica el reconocimiento per sé de la unión. Simplemente, se otorga efectos jurídicos al hecho de la cohabitación entre los contrayentes, pero no son equiparables jurídicamente a la protección que ofrece la figura del matrimonio o, incluso, la pareja registrada.

Esto supone, por tanto, la pérdida casi total del estado civil. Nos encontramos un problema bastante similar al visto en el supuesto anterior, dado que, aunque se otorguen ciertos efectos a la unión, en realidad nos encontramos con un rechazo a su reconocimiento. Por lo que volvemos de nuevo a encontrarnos en el terreno de la inseguridad jurídica.

En la UE dos son los países que proceden de esta manera a la hora de enfrentarse al reconocimiento de un matrimonio entre personas del mismo sexo: Polonia y Eslovaquia. En ambos países, se dan ciertas prerrogativas al cónyuge relacionadas con la vivienda como puede ser el derecho de subrogación en el contrato de alquiler cuando el otro conviviente hubiese fallecido, también otorgan el derecho de visita cuando uno de los miembros de la pareja está hospitalizado, e incluso puede que la toma de decisiones médicas como familiar del paciente. Pero en ningún caso se les da un estatuto jurídico similar al de la pareja registrada.

Otro caso interesante de reconocimiento parcial es Israel. En 2006 el Tribunal Supremo obligó al Ministerio del Interior a inscribir en el registro civil cinco matrimonios contraídos entre hombres en Canadá. Pero solo a los efectos de poder cobrar la pensión del cónyuge fallecido o de permitir la adopción de los hijos del cónyuge.¹⁸⁵ Por lo que debemos considerar que Israel tan solo reconoce parcialmente estas uniones, a los efectos de conceder a los cónyuges ciertas facultades.

6.2.3. EQUIPARACIÓN DEL MATRIMONIO A LA PAREJA REGISTRADA O AL CONTRATO DE UNIÓN CIVIL

Nos encontramos con el escenario menos problemático detrás del reconocimiento total de la unión matrimonial. En este caso, el Estado de acogida reconoce la unión matrimonial, pero la equipara automáticamente a una pareja registrada bajo su particular estatuto jurídico. Por eso, esto puede suponer una pérdida de ciertos derechos para la pareja y el sistema constituye una fuente de inestabilidad jurídica.

Un ejemplo de equiparación de los matrimonios homosexuales a parejas registradas es el de Suiza¹⁸⁶. La ley de parejas registradas establece de manera expresa que aquellos matrimonios contraídos en el extranjero entre dos personas del mismo sexo equivalen a una pareja registrada en el territorio helvético. Por tanto, un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España equivale a una pareja registrada conforme a la ley suiza, lo que implica que solo surtirá aquellos efectos establecidos por el Derecho suizo para las parejas registradas. Estonia constituye otro ejemplo de ello, considerando aquellos

¹⁸⁵ SOTO MOYA, M. (2013). Op. cit. p. 167

¹⁸⁶ Es necesario señalar que, a fecha de realización del presente trabajo, existe un proyecto de ley de matrimonio igualitario en fase de tramitación parlamentaria en el país helvético.

matrimonios homosexuales celebrados en el extranjero como parejas registradas conforme a la ley estonia y, por tanto, sujetas a los efectos establecidos en ella.

6.3. POSIBLES SOLUCIONES PARA EVITAR LAS UNIONES MATRIMONIALES CLAUDICANTES

A pesar de las grandes dificultades que existen para garantizar la continuidad territorial de estas uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo, debemos buscar soluciones para evitar un fenómeno con efectos muy negativos para la seguridad jurídica: los matrimonios claudicantes. Es decir, aquellos cuya validez y efectos solo tienen vigencia en el territorio en el cual se han constituido.

La STJUE en el asunto *Coman y otros* ha supuesto, como ya hemos tenido ocasión de ver, un antes y un después en materia de DIPr comunitario. Es un gran paso que sienta las primeras bases para que, en un futuro, se pudiera alcanzar un consenso suficiente que conduzca a la elaboración de un sistema conflictual comunitario tal y como sucedió con el Reglamento (UE) 2016/1103.

Sin embargo, existen así mismo otras posibles soluciones a este problema de las uniones claudicantes. Estas son adoptar una regla de reconocimiento mutuo, aplicar una trasposición automática de la institución matrimonial del Estado de origen o aplicar de manera atenuada el orden público internacional.

6.3.1. LA REGLA DEL RECONOCIMIENTO MUTUO

Aunque ya hemos tenido a bien mencionar esta regla cuando tratábamos la libre circulación de estos matrimonios por el territorio de la UE, debemos profundizar más en cuanto a su posible desarrollo. Para empezar, debemos sintetizar esta técnica en la siguiente idea: aquel producto que cumpla con los estándares establecidos por el derecho del Estado del que es originario, deberá poder ser comercializado en todos los otros Estados miembros, siempre y cuando la legislación del Estado de origen brinde una protección similar a la ofrecida por la ley de los otros Estados miembros¹⁸⁷.

Quede claro que no estamos hablando en este caso de productos, sino de uniones matrimoniales. Pero debemos fijarnos en un mercado, como es el mercado único, en el que

¹⁸⁷ FALLON, M. citado en SOTO MOYA, M. (2013) Op. cit. p. 172

se compran y se venden, sin restricciones, una gran variedad de productos producidos por una multitud de países, para establecer un contexto que justifique la adopción de esta solución.

Los Estados miembros no partían en el momento de construir dicho mercado común de una legislación homogénea. Se presentaba un gran desafío a la hora de hacer realidad este mercado único, puesto que cada Estado miembro tenía no solo una legislación completamente distinta, sino también, distintas instituciones y conceptos jurídicos muy complicados de homogeneizar. Es por ello por lo que esta regla del reconocimiento mutuo sirvió como un mecanismo homogeneizador efectivo para la construcción del mercado único de las comunidades europeas, allá por la década de 1980.

El contexto no es muy diferente en lo que refiere al régimen jurídico matrimonial. Cada Estado miembro regula de una manera diferente la institución matrimonial. Y esto no solo en cuanto a los sujetos legitimados para contraer matrimonio, porque también varía el contenido de la institución en términos de derechos y obligaciones de los contrayentes. Por esto, y dejando a un lado la cuestión de la identidad nacional, resulta muy complicado alcanzar una armonización por medio de una regulación del régimen matrimonial a nivel comunitario. Pero lo que es una realidad es que la unión matrimonial civil brinda una protección jurídica similar en todos los Estados, con pequeñas variaciones en cada país.

Partiendo de estas premisas, no resulta complicado pensar en la aprobación de una regla de reconocimiento mutuo de las relaciones familiares intracomunitarias, con el objetivo de evitar las uniones claudicantes.¹⁸⁸ Aún más si cabe, cuando en aplicación de la normativa comunitaria y en aras de garantizar la libre circulación de los ciudadanos comunitarios por el territorio de la UE, se obliga a todos los Estados miembros a reconocer mínimamente las uniones homosexuales en materia de extranjería. Aunque como hemos visto, resulta complicado ignorar la existencia de tal unión una vez se ha establecido en el Estado de acogida.

Un argumento en contra de este reconocimiento mutuo es la competencia exclusiva de los Estados miembros en materia de derecho de familia, siendo inviable una armonización respecto del estado civil de las personas a nivel comunitario. Algo que, sin embargo, es complicado de argumentar en la actualidad, puesto que sí que se produce reconocimiento mutuo en materias de derecho de familia tales como los documentos

¹⁸⁸ SOTO MOYA, M. (2013) Op. cit. p. 174

expedidos por los registros civiles. Resulta ilustrativa la STJUE en el asunto *Eftalia Dafeki*¹⁸⁹ respecto de la negativa de las autoridades alemanas a otorgar valor probatorio a los documentos expedidos por el registro civil griego rectificando su edad de nacimiento por ejecución de una sentencia de los tribunales civiles. El tribunal viene a establecer que “las autoridades administrativas y judiciales de un Estado miembro están obligadas a respetar las certificaciones y documentos análogos relativos al estado civil de las personas que emanen de las autoridades competentes de los demás Estados miembros, a menos que existan indicios concretos, referidos al caso de que se trate, que hagan dudar seriamente de su exactitud” (cdo. 19). Es evidente que esta consideración no resuelve el problema de los matrimonios del mismo sexo, pero lo que resalta de esta sentencia es que determina que los Estados miembros tienen de reconocer a un trabajador el estatuto jurídico de su Estado de origen.

No obstante, algunos autores como QUIÑONES ESCAMEZ¹⁹⁰ sostienen que este reconocimiento mutuo no tendría por qué estar únicamente basado en la libertad de circulación que consagra el derecho comunitario. También podría aplicarse a las relaciones extracomunitarias, encontrando su base en la garantía de los derechos fundamentales como los de libre desarrollo de la personalidad o el derecho a una vida normal, ambos reconocidos en el art 8 CEDH¹⁹¹.

6.3.2.LA TRANSPOSICION AUTOMÁTICA

Otra posible solución a la discontinuidad territorial de las uniones podría ser la transposición automática. Se trata, en este caso, de respetar la pluralidad legislativa y la armonización de las identidades nacionales al tiempo que se reconocen las uniones válidamente constituidas en otro Estado, mediante un acuerdo o instrumento jurídico internacional. De esta forma, se puede evitar la necesidad de legislar un régimen jurídico armonizado para los diferentes Estados, que probablemente, tratándose de matrimonios entre personas del mismo sexo, socave la identidad nacional.

¹⁸⁹ STJUE de 2 de diciembre de 1997, asunto *Eftalia Dafeki*. C-336/94. Recuperado de <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43462&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8741589>

¹⁹⁰ QUIÑONES ESCAMEZ citado en SOTO MOYA, M. (2013). Op. cit. p.174

¹⁹¹ Cfr. art. 8 del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Boletín Oficial del Estado, 10 de octubre de 1979, núm. 243.

La confianza es la base de esta trasposición automática, de manera que el Estado de acogida deberá confiar en que el Estado de celebración de dicha unión matrimonial haya respetado los principios fundamentales del Estado de derecho.¹⁹²

Esta es una solución que ya ha sido llevada a la práctica por algunos Estados, y encontramos un ejemplo de ello en el acuerdo celebrado entre Dinamarca, Suecia, Noruega e Islandia para la trasposición automática de las parejas registradas constituidas en cualquiera de los Estados citados. Otro ejemplo claro de ello es el Reino Unido y su Civil Partnership Bill, que otorga reconocimiento a las uniones registradas en el extranjero (overseas relationships), siempre que estén registradas un determinado grupo de países o cumplan una serie de requisitos.

¿Podría ser este otro camino para garantizar la continuidad territorial de las uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo en la UE? Por el momento, ninguno de los reglamentos aprobados en materia de derecho de familia contiene disposiciones que permitan una transposición de las uniones conyugales. Como hemos venido explicando, resulta complicado armonizar el derecho de familia a nivel comunitario por las implicaciones que éste tiene con las identidades nacionales de los Estados miembros.

Todos los Estados miembros comparten una serie de principios proclamados en el CEDH, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y en las Constituciones de los Estados miembros, que nos permiten afirmar la existencia de un orden público europeo¹⁹³ o de un orden público de los derechos humanos¹⁹⁴. Así mismo, la jurisprudencia del TJUE ha venido afirmando principio de confianza recíproca entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros “sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales están en condiciones de proporcionar una protección equivalente y efectiva de los derechos fundamentales, reconocidos en el ámbito de la Unión, en especial, en la Carta de los Derechos Fundamentales”¹⁹⁵. Sin embargo, todo ello resulta insuficiente para elaborar una norma que permita la transposición automática de las uniones conyugales a nivel comunitario, sirviendo únicamente como principio inspirador y armonizador de los ordenamientos jurídicos nacionales.

¹⁹² SOTO MOYA, M. (2013) Op. cit. p.175

¹⁹³ Ibid. p. 176

¹⁹⁴ Ibid. p. 177

¹⁹⁵ STJUE de 22 de diciembre de 2010, en el as. *Aguirre Zárraga* C491/10.

6.3.3. APLICACIÓN DEL EFECTO ATENUADO DEL ORDEN PÚBLICO

La aplicación del efecto atenuado del orden público comporta una gradación de las condiciones que las uniones matrimoniales celebradas en el extranjero necesitan cumplir para obtener su reconocimiento en un determinado ordenamiento jurídico nacional. Y esto en función del grado de vinculación que presente el supuesto de hecho con respecto del Estado de acogida, y los fines que persiga tal reconocimiento.¹⁹⁶

Su objetivo no es otro que garantizar la continuidad territorial de las uniones matrimoniales, puesto que se reconocen tan solo aquellos efectos que no vulneran el orden público internacional del Estado en cuestión. De esta forma, el Estado no se ve obligado a constituir una unión contraria a su concepto de matrimonio y, por tanto, que atenta contra su identidad nacional. Lo único que ocurre es el reconocimiento de ciertos efectos como la percepción de pensiones de viudedad o ciertos derechos sucesorios.

Un ejemplo de esta aplicación atenuada del orden público es la que se produce en España con respecto de los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero. El orden público internacional español impide el reconocimiento de estos matrimonios por atentar contra dos principios irrenunciables de nuestro ordenamiento jurídico, la monogamia y la igualdad entre hombres y mujeres. Pero, al mismo tiempo, estos matrimonios se reconducen a la figura del matrimonio putativo, es decir, a la de aquel matrimonio nulo por razón de un impedimento, pero que surte determinados efectos como si hubiera sido válido y lícito. En este caso, en cuanto a la filiación, las pensiones y la sucesión.

A la vista del ejemplo expuesto, parece que la aplicación atenuada del orden público puede ser una solución efectiva con respecto a las uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo. De hecho, Israel constituye un ejemplo de aplicación de esta técnica.

¹⁹⁶ SOTO MOYA, M. (2013) Op. cit. p.178

CONCLUSIONES

Podemos extraer del presente trabajo una serie de conclusiones claras acerca del encaje del matrimonio entre personas del mismo sexo en el sistema del DIPr español y en el tráfico jurídico internacional.

Debemos constatar que el matrimonio homosexual está plenamente integrado en la cultura jurídica española. Se trata, sin lugar a dudas, de un nuevo modo de ejercicio del *Ius Connubii* protegido por el art. 32 CE que, por tanto, integra la institución matrimonial con los mismos efectos y la misma protección que el matrimonio heterosexual. Algo que se confirma con la taxatividad del artículo 44 CC párr. 2, que claramente dispone que el matrimonio “tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

Entonces, ¿Existen limitaciones en cuanto al matrimonio entre personas del mismo sexo? Pues bien, podemos decir que sí. Pero tan solo en lo concerniente a aquellos supuestos en que uno u ambos contrayentes sean extranjeros y su ley personal no admita la celebración de tales matrimonios.

A pesar de que en el plano nacional se produce una extensión del régimen jurídico existente para el matrimonio heterosexual, el uso de esta técnica legislativa complica la celebración y los efectos de los matrimonios homosexuales con elementos de extranjería. Y es que su encaje en el DIPr español y el derecho comparado presenta una gran complejidad a la hora de resolver los posibles conflictos de leyes que surjan al respecto. La ausencia de un sistema conflictual específico dentro del DIPr español en lo que respecta al matrimonio, junto con la ausencia de una norma de DIPr que regulase específicamente el asunto de la celebración de los matrimonios internacionales entre personas del mismo sexo, han provocado la existencia de una laguna en el ordenamiento jurídico que se ha presentado complicada de integrar.

La DGRN vino a colmar el espacio en blanco dejado por la ley, permitiendo la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo, incluso cuando la ley personal de uno u ambos cónyuges expresamente lo prohíba. Un movimiento que ha sido tachado de favorecer un integrismo legislativo español, ignorando por completo el gran problema de seguridad jurídica que comporta la creación de uniones claudicantes, válidas en España, pero no reconocidas por los Estados de los que uno u ambos contrayentes son nacionales. Algo que precisamente va en contra de uno de los fines más elementales de todo sistema de

DIPr, como es armonizar y facilitar la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos nacionales en el tráfico jurídico internacional.

La defensa de un modelo de matrimonio por parte del orden público internacional es plenamente legítima, y, de hecho, es algo que todos los Estados tienden a hacer por medio de sus normas de DIPr. Sin embargo, podemos decir que las formas han sido bastante cuestionables. La adaptación de las normas existentes del DIPr a una realidad sin apenas parangón en el ámbito del derecho comparado se ha circunscrito al ámbito de la celebración de estos matrimonios, pero ha dejado fuera del tintero todas aquellas cuestiones que no quedan enteramente vinculadas por la resolución, puesto que ésta no abarca en modo alguno los efectos ad extra de las uniones que permite. Sobre todo, en lo que respecta a aquellas situaciones jurídicas en las que el matrimonio pudiera ser un *præiudicium*, como es, dentro de la sucesión, la legítima del cónyuge superviviente.

Si bien, otro de los problemas que nos encontramos es el de la continuidad territorial de los efectos de estos matrimonios, tanto en el ámbito de la UE como en el extracomunitario. En el seno de la UE se han dado grandes pasos en este sentido, reconociendo de manera general y en todos los Estados miembros, tras la STJUE en el asunto *Coman y otros*, el derecho del cónyuge nacional de un tercer país a obtener un permiso de residencia derivado de su condición de cónyuge de un ciudadano de la UE. Pero todavía son insuficientes para conseguir evitar las uniones claudicantes, puesto que persisten los problemas de reconocimiento de efectos más allá del ámbito de la normativa de extranjería, lo que provoca que instrumentos tan importantes como los reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 en materia de competencia judicial internacional y ley aplicable, no sean de aplicación cuando estos matrimonios no sean reconocidos por los tribunales del Estado en que se litiga.

Se proponen varias soluciones al respecto, encaminadas a garantizar de una manera efectiva esta continuidad territorial de las uniones homosexuales al tiempo que tratan de mitigar la colisión entre las identidades nacionales de los diferentes Estados. Estas son el reconocimiento mutuo, la transposición automática y la aplicación del orden público con efectos atenuados.

En definitiva y a modo de cierre, podemos confirmar que todavía queda un largo camino por recorrer en el terreno legislativo. Y no solo en cuanto al derecho comunitario, puesto que sigue pendiente la necesidad de regular por parte del legislador español de manera efectiva e integral un sistema matrimonial de DIPr.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y MONOGRÁFICOS

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2013). *Comentarios al Código Civil. Vol. 1*. Valencia: Tirant lo Blanch.

CALVO CARAVACA, A., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2018). *Derecho internacional privado. 1* (18a ed.). Granada: Comares.

CALVO CARAVACA, A., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2018). *Derecho internacional privado. 2* (18a ed.). Granada: Comares.

ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J., & PALAO MORENO, G. (2019). *Derecho internacional privado* (13a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. (2018). *Derecho Internacional Privado*. Pamplona: Civitas.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2004). *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid: Marcial Pons

JANSSENS, C. (2013). *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199673032.001.0001>

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (1995). *El sistema matrimonial español: matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P. Y PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2016): *Derecho de Familia*. Madrid: Edisofer

MENDOS RAMÓN, L. (2019). *Homofobia de Estado 2019*. Ginebra: ILGA.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. (2002) *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el DIPr. Español*. Pamplona: Aranzadi.

SOTO MOYA, M. (2013). *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

CAPITULOS DE LIBROS

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2009). Dimensión internacional del matrimonio entre personas del mismo sexo: lo que el ojo del legislador español no vio. En *Estudios de derecho de familia y sucesiones (dimensiones interna e internacional)*. (p. 9-38.) La Coruña: Universidade de Santiago de Compostela.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. (2009) Las uniones registradas: ¿El fin del matrimonio de conveniencia? En *Estudios de derecho de familia y sucesiones (dimensiones interna e internacional)*. (p. 219-246.) La Coruña: Universidade de Santiago de Compostela.

ARTICULOS DE REVISTA

ABARCA JUNCO, A. P. & GÓMEZ JENE, M.(2006) 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. *REEI* (12).

CALVO CARAVACA, A.-L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2006). Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: Notas a la resolución-circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005. *Boletín Del Ministerio de Justicia*, año 60 (2007).

CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). Derecho internacional privado y matrimonios entre personas del mismo sexo. *Anales De Derecho*, 23, 11-70. Recuperado 16, febrero, 2020 a partir de <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/56411>

DIAGO DIAGO, M. (2001). La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol. *Annales De Droit De Louvain*, 4.

DENYS, C. (1999). Homosexuality: A Non-Issue in Community Law? *European Law Review*, 419-420

DE GROOT, G. R. (2007). "Private International Law aspects relating to Homosexual couples". *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3. Recuperado, 27 de abril de 2020, de <http://www.ejcl.org/113/article113-12.pdf>

DOMÍNGUEZ LOZANO, P. (2006). Novedades legales y tendencias reformadoras en la regulación de las instituciones y figuras jurídicas relativas a las uniones more uxorio. *Revista Española de Estudios Internacionales* (12)

GARAU JUANEDA, L. (2017) La ley 20/2011, del registro civil, y sus efectos en el derecho internacional privado español. *Revista Española de Derecho Internacional*, 69, (2)

MONTESINOS SÁNCHEZ, N. (2006). Matrimonio y homosexualidad, *Feminismo/s* (8). p. 159-180

QUIÑONES ESCÁMEZ, A. (2005) "Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo". *Revista Jurídica de Catalunya*. p. 1172-1187.

REQUENA CASANOVA, M. (2019). Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: consecuencias del asunto Coman y otros. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 62, 41-79. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.62.02>

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A. (2008) Los matrimonios entre personas del mismo sexo en el derecho internacional privado español. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLI (122). pp. 913-941

TRYFONIDOU, A. (2015). EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same- Sex Relationships: The Case of Mutual Recognition. *Columbia Journal of European Law*, 21 (2) pp. 195-248.

VILLANUEVA TURNES, A. (2014). Análisis jurídico de la sentencia del tribunal constitucional 198/2012 de 6 de noviembre de 2012 relativa a la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en España. *Revista Estudios Jurídicos*. Segunda Época, (14). Recuperado, 8 de marzo de 2020, a partir de <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/2147>

WAALDIJK, K. y DE SCHUTTER, O (2005) More or Less Together: Levels of Legal Consequences of Marriage, Cohabitation and Registered Partnership for Different-Sex and Same Sex Partners. A Comparative Study of Nine European Countries, Documents de Travail, (125) Institut National d'Études Démographiques (INED). Recuperado, 18 de abril de 2020, de <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/12585/More-or-less-together00-Complete%20report.pdf?sequence=2>

ARTÍCULOS DE PRENSA

BORRAZ, M. (31 de enero de 2018). Las parejas del mismo sexo no pueden casarse en los consulados españoles en países sin matrimonio igualitario. *El Diario*. Recuperado, 4 de abril de 2020, de https://www.eldiario.es/sociedad/Espana-consulados-prohiben-matrimonio-igualitario_0_734927296.html

El matrimonio homosexual es ya legal en 30 países. (17 de junio de 2019). Radio Televisión Española. Recuperado, 23 de marzo de 2020, de <https://www.rtve.es/noticias/20190617/solo-once-paises-del-mundo-esta-legalizado-matrimonio-homosexual/667560.shtml>

GD Refloats Proposal on Setting Constitutional Bar to Same-Sex Marriage. (8 de marzo de 2016). *Civil.Ge*. Recuperado, 1 de mayo de 2020, de <https://civil.ge/archives/125345>

Massachusetts se convierte en el primer Estado de EE UU en legalizar los enlaces homosexuales (17 de mayo de 2004). *El País*. Recuperado, 17 de abril de 2020, de https://elpais.com/sociedad/2004/05/17/actualidad/1084744801_850215.html

Sin divorcio legal, Filipinas amarra matrimonios rotos hasta la muerte. (20 de agosto de 2019). *El Diario*. Recuperado, 23 de marzo de 2020, de https://www.eldiario.es/sociedad/divorcio-Filipinas-amarra-matrimonios-muerte_0_933356768.html

FUENTES JURÍDICAS

CONSTITUCIÓN

Constitución Española de 1978. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, p. 29313.

CONVENCIONES Y TRATADOS INTERNACIONALES

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948, París. Recuperado 3, marzo, 2020 a partir de <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Boletín Oficial del Estado, 10 de octubre de 1979, núm. 243.

Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registros de los mismos abiertos a la firma en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York el día 10 de diciembre de 1962 y adhesión de España a la misma. Boletín Oficial del Estado, 29 de mayo de 1969, núm. 128, p. 8326.

Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963. Boletín Oficial del Estado, 6 de marzo de 1970, núm. 56. p. 3629

Instrumento de adhesión de España al Convenio tendente a facilitar la celebración de los matrimonios en el extranjero, hecho en París el 10 de septiembre de 1964. Boletín Oficial del Estado, 19 de enero de 1977, núm. 16, p. 1254.

Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Boletín Oficial del Estado, 30 de abril de 1977, núm. 103 p. 9337

Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre las Funciones Consulares, hecho en París el 11 de diciembre de 1967. Boletín Oficial del Estado, 8 de abril de 2011, núm. 84. p. 36539

Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, hecho en Múnich el 5 de septiembre de 1980. Boletín Oficial del Estado, 16 de mayo de 1988, núm. 117 p. 14790

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 7 de diciembre de 2000, Niza. DOUE C364 de 18 diciembre, 2000.

Instrumento De Ratificación del Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000. Boletín Oficial del Estado, 25 de octubre de 2001, núm. 256.

Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007. DOUE, 10 de junio de 2009, L 147/5.

LEGISLACIÓN EUROPEA

DERECHO ORIGINARIO

Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE, 26 de octubre de 2012, C 326.

Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea. DOUE, 26 de octubre de 2012, C 326.

REGLAMENTOS

Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000. DOUE, 23 de diciembre de 2003. L 338/1.

Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. DOUE, 20 de diciembre de 2010, L 343/10.

Reglamento (UE) n ° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011 , relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión Texto pertinente a efectos del EEE. DOUE, 27 de mayo de 2011, L 141.

Reglamento (UE) n ° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012 , relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. DOUE, 27 de julio de 2012, L201/207.

Reglamento (UE) n ° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE, 20 de diciembre de 2012, L 351/1.

Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. Diario Oficial de la Unión Europea, 8 de julio de 2016, núm. 183, p. 1-29

Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. Diario Oficial de la Unión Europea, 8 de julio de 2016, núm. 183, p. 30-56.

Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. Diario Oficial de la Unión Europea, 2 de julio de 2019, núm. 178, p. 1-115.

DIRECTIVAS

Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Diario Oficial de la Unión Europea, L 158 de 30 de abril de 2004.

Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. DOUE, 30 de abril de 2004, L 158.

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

LEYES ORGÁNICAS

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, 2 de julio de 1985, núm. 157.

Texto Consolidado de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Boletín Oficial del Estado, 12 de enero de 2000, núm. 10.

LEYES

Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil. Boletín Oficial del Estado, 10 de junio de 1957, núm. 151.

Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Boletín Oficial del Estado, 20 de julio de 1981, núm. 172, p. 16457.

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Boletín Oficial del Estado, 2 de julio de 2005, núm. 157, p. 23632

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. Boletín Oficial del Estado, 9 julio 2005, núm. 163. p. 24458 – 24461.

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Boletín Oficial del Estado, 22 de julio de 2011, núm. 175.

REALES DECRETOS

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Legislación Consolidada. Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889. Núm. 206.

Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los estados miembros de la Unión Europea y de otros estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

REGLAMENTOS

Reglamento de la Ley del Registro Civil. Boletín Oficial del Estado, 11 de diciembre de 1958, núm. 296

RESOLUCIONES DE LA DGRN

Circular DGRN de 5 de agosto de 1981

Instrucción DGRN de 9 de enero de 1995 sobre el Expediente Previo al Matrimonio cuando uno de los Contrayentes esta Domiciliado en el Extranjero

Instrucción DGRN de 6 de febrero de 1995.

Resolución DGRN de 2 de enero de 1998

Resolución DGRN de 25 de octubre de 1998

Resolución DGRN de 30 de octubre de 1998

Resolución-Circular DGRN, de 10-1.^a de junio de 1999

Resolución-Circular DRGN de 14 de diciembre de 2000

Resolución-Circular DGRN de 15-3.^a de junio de 2004

Resolución-circular DGRN de 29 de julio de 2005 sobre matrimonios Civiles entre personas del mismo sexo

Resolución DGRN de 24 de enero de 2005

Instrucción DGRN de 31 de enero de 2006, sobre los matrimonios de complacencia

Resolución DGRN de 15 de junio de 2011

Resolución DGRN de 5 de marzo de 2018

Resolución DGRN de 1 de marzo de 2019

JURISPRUDENCIA DE LA UE

STJUE de 2 de diciembre de 1997, asunto Eftalia Dafeki. C-336/94. Recuperado de <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43462&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8741589>

STJUE de 22 de diciembre de 2010, en el as. Aguirre Zárrega C491/10

STJUE de 5 de junio de 2018 en el asunto Coman y otros. C-673/16, EU:C:2018:385

JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

STS 846/2018 de 15 de marzo de 2018.

STS de 6 de abril de 2017, Rec. 649/2016.

SAP VALENCIA 142/2008 de 21 de abril de 2008