

Los matrimonios entre personas del mismo sexo en la Unión Europea

por

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
*Catedrático de Derecho Internacional Privado
en la Universidad Carlos III de Madrid (España)
Vocal Permanente en la Sección Civil
de la Comisión General de Codificación*

y
JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
en la Universidad de Murcia (España)*

SUMARIO

- I. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.
- II. LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN LOS DERECHOS MATERIALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS.
- III. MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA UNIÓN EUROPEA:
 1. CELEBRACIÓN DE MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN LOS ESTADOS MIEMBROS.
 2. LEY APPLICABLE A LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO: LA «TENDENCIA PRO LEX FORI».
 3. EFECTOS EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO CELEBRADOS EN OTROS ESTADOS MIEMBROS.
- I. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO
 1. El presente estudio afronta el tratamiento jurídico de los matrimonios entre personas del mismo sexo en los casos «internacionales» desde una

perspectiva comunitaria. Su objetivo es profundizar en el régimen jurídico de los matrimonios entre personas del mismo sexo en los casos «internacionales», en línea con anteriores trabajos de los autores (1).

La regulación legal del matrimonio en los Derechos de todos los Estados Miembros de la Comunidad Europea se halla presidida por un principio jurídico de extrema importancia, que es, también, un «derecho fundamental». Se trata del *jus connubii*, en cuya virtud toda persona goza del derecho a contraer matrimonio y del derecho a fundar una familia (2). El *jus connubii* significa que toda persona es titular del derecho subjetivo a contraer matrimonio de manera libre con la persona que desee, dentro de los límites marcados por la Ley, límites que, en este punto, son relativamente escasos (= limitación de matrimonios entre parientes muy cercanos, imposibilidad de matrimonio poligámico, limitaciones por razón de edad, imposibilidad de matrimonios sin auténtico consentimiento matrimonial, etc.).

2. Este derecho subjetivo (= *jus connubii*) está recogido y protegido por multitud de textos legales: artículo 32 de la Constitución Española de 27 de

(1) A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho Internacional Privado español», en *Diario La Ley*, núm. 6.391 de 2 de enero de 2006, págs. 1-11; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «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», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LX, núm. 2.007, 15 de febrero de 2006, págs. 5-51.

(2) A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 6.^a ed., Granada, Ed. Comares, 2005, págs. 24-28; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de Familia Internacional*, 3.^a ed., Ed. Colex, Madrid, 2005, págs. 60-67; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Matrimonio y parejas de hecho», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 6.^a ed., Ed. Comares, Granada, 2005, págs. 39-65; Id., *Matrimonio y elección de Ley (Estudio de Derecho Internacional Privado)*, Ed. Comares, Granada, 2000, págs. 69-71; L. ROUSSEL, «Mariages et divorces: contribution à un analyse systematique des modèles matrimoniaux», en *Population*, noviembre-diciembre de 1980, págs. 1025-1040; Id., «La famille en Europe Occidentale: Divergences et convergences», en *Population*, núm. 1, 1992, págs. 133-152; A. TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional español*, Universidad Complutense, Madrid, 3.^a ed., 1992, págs. 396-399, 574-576; W. WENGLER, «Les principes généraux du droit international privé et leur conflits», en *RCDIP*, 1952, págs. 595-613; P. LAGARDE, «Les principes du droit international privé hier, aujourd’hui et demain», en *Principios objetivos y métodos del DIPr. Balance y perspectivas de una década*, Cuartas Jornadas de DIPr, Ed. Centro de Estudios Superiores, Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Madrid, 1995, págs. 17-33; B. AUDIT, «Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la “crise” des conflits de lois)», en *RCADI*, 1984, vol. 186, 1984, págs. 219-398, esp. págs. 272-278 y 290-300; G. KEGEL, «Story and Savigny», en *AJCL*, 1989, núm. 37, págs. 39-66; P. M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Ginebra, Georg, 1985, págs. 200-209; D. MAYER, «Evolution du statut de la famille en droit international privé», en *JDI Clunet*, 1977, vol. 104, págs. 447-469; C. LABRUSSE, «La compétence et l’application des lois nationales face au phénomène de l’immigration étrangère», en *TCFDIP*, 1975/1977, págs. 111-144.

diciembre de 1978, artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, celebrado en el marco del Consejo de Europa (3). Todos estos textos legales utilizan el término «matrimonio». Ahora bien: parece claro que el concepto de «matrimonio», empleado por estos textos, se circunscribe a la «unión entre varón y mujer». En efecto: aunque dichos textos no especifican que la diferencia de sexo entre los contrayentes sea una característica propia del matrimonio, sin la cual, lógicamente, no es posible hablar de «matrimonio», en la época en la que tales textos fueron elaborados no era necesario realizar dicha precisión, pues el matrimonio entre personas del mismo sexo no existía en ningún país del mundo y tal posibilidad no se había planteado en el debate social y jurídico. Basta cotejar la fecha de redacción de los textos jurídicos citados. El matrimonio al que se refieren dichos instrumentos legales era, pues, el matrimonio «entre varón y mujer», porque, en tal época, para poder hablar de «matrimonio» debía existir una unión entre personas de sexo distinto. Y como cualquier otra cosa era inconcebible, los textos legales citados no se molestaron en especificar que el «matrimonio» era una unión entre «varón y mujer»: eso se daba por descontado y no era preciso dejarlo por escrito en ninguna parte, ni en las Constituciones ni en los instrumentos jurídicos internacionales.

3. Sin embargo, una evolución muy importante se aprecia en algunos instrumentos legales internacionales más recientes del Derecho Comunitario europeo.

En primer lugar, debe recordarse la Resolución del Parlamento Europeo sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea (Resolución A3-0028/94 del 8 de febrero de 1994, en

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

DOCE de 28 de febrero de 1994). En esta Resolución, el Parlamento Europeo pide a la Comisión de la Comunidad Europea que «*presente una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales*» que debería, como mínimo, tratar de poner fin, entre otras cosas, «*a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales*», de modo que «*la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia*», y se solicita de la Comisión de la Comunidad Europea, también, que se ponga fin «*a toda restricción de los derechos de las lesbianas y de los homosexuales a ser padres, a adoptar o a criar niños*». Sea cual fuere el valor jurídico de esta Resolución en Derecho Comunitario y en el Derecho de los Estados miembros, la Resolución citada produjo efectos explosivos en los ambientes jurídicos europeos. Por vez primera, un instrumento jurídico internacional afrontaba directamente y sin ambages, la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo.

En segundo lugar, el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, hecha en Niza el 7 de diciembre de 2000 (DOUE C-364 de 18 de diciembre de 2000), un texto de mayor calado jurídico que la anterior Resolución, reviste gran importancia. Su texto indica que «*[s]e garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio*». De la letra de este precepto se pueden extraer varios datos. Primero: se deja en manos de cada Estado miembro la decisión de configurar el matrimonio como una unión entre personas del mismo y/o de diferente sexo. Segundo: ningún Estado miembro está obligado a «reservar» la institución del matrimonio a las personas de sexo distinto. Por eso, un Estado miembro puede llamar «matrimonio» a la unión jurídica entre personas del mismo sexo. Tercero: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no contiene criterios para determinar la «legislación aplicable» al matrimonio en los «casos internacionales». En efecto: en los «casos internacionales» o casos en los que se generan «conflictos de Leyes» (= ejemplo: matrimonio entre ciudadano francés y ciudadano español celebrado en Berlín), el Derecho Comunitario no precisa cuál es la «Ley aplicable» a dichos supuestos ni impone una solución concreta de este «conflicto de Leyes» a los Estados miembros. La determinación de la «Ley aplicable» a estos «casos internacionales de matrimonio» se lleva a cabo, por tanto, a través de las normas de Derecho internacional privado contenidas en los sistemas nacionales de «conflictos de Leyes» (= normas de DIPr. de cada Estado miembro). Cuarto: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tampoco contiene criterios para determinar los «efectos jurídicos» que los matrimonios entre personas del mismo sexo válidamente celebrados en un Estado miembro surten en los demás Estados miembros.

II. LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN LOS DERECHOS MATERIALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS

4. A la fecha presente, marzo de 2006, la mayor parte de los sistemas jurídicos de los diferentes países del mundo no contemplan ni permiten el matrimonio entre personas del mismo. En tales Estados, el concepto de matrimonio se circumscribe a una «unión entre varón y mujer». La diferencia de sexos en los cónyuges es una cuestión tan arraigada en los sistemas jurídicos estatales, que la mayor parte de ellos ni siquiera la mencionan expresamente, pues se da por descontada, obvia y evidente. Ello ha sido recordado por la Exposición de Motivos (I) de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (*BOE* núm. 157 de 2 de julio de 2005). Pero como se ha avanzado, varios Estados miembros admiten los matrimonios entre personas del mismo sexo en sus correspondientes legislaciones civiles. En este sentido, cabe distinguir diversos modos de aproximación a la cuestión (4).

5. Primero. En algunos Estados miembros se admiten determinados efectos jurídicos, limitados, a ciertas uniones entre personas del mismo sexo. Sin embargo, estas «uniones» no se consideran «matrimonios» (= no llevan el «nombre legal» de «matrimonio»), y no surten todos los efectos jurídicos que produce un «matrimonio». Francia, Italia y Portugal, por ejemplo, son Estados miembros que siguen esta vía jurídica. Así, por ejemplo, los convivientes unidos en virtud de un PaCS francés no disponen de derechos hereditarios recíprocos, mientras que los «cónyuges» unidos en virtud de un «matrimonio» sí disponen de tales derechos (5). En Italia no existe legislación global sobre las «uniones civiles» ni por supuesto, tampoco existe el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero ciertas disposiciones legales sectoriales otorgan algunos efectos jurídicos a las uniones entre personas del mismo sexo, por ejemplo, a efectos de subrogación en el arrendamiento de la vivienda habitual.

6. Segundo. Otros Estados conceden a las uniones civiles entre personas del mismo sexo los mismos efectos jurídicos que al matrimonio o efectos jurídicos muy similares. No obstante, tales «uniones civiles» no son designadas con el nombre de «matrimonio». La diferencia es, en este «segundo modelo», se quiera o no, una mera «cuestión terminológica» o de «etiqueta legal». Una cuestión de «nombre». La diferencia entre «matrimonio» (= re-

(4) F. CALVO BABÍO, «Los matrimonios entre personas del mismo sexo en Derecho comparado», en *Juris*, 2004, núm. 52, págs. 52-54.

(5) Francia: Loi núm. 99-944, du 15 de noviembre de 1999, relative au pacte civil de solidarité; Portugal: Lei núm. 135/99, de 28 de agosto, que adopta medidas de protecção da união de facto, y Lei núm. 7/2001, de 11 de mayo, que adopta medidas de protecção das uniões de facto.

servado exclusivamente a la «unión entre varón y mujer») y «uniones civiles» (= abiertas a personas del mismo sexo) se mantiene como consecuencia de razones históricas ya aludidas (= el concepto de matrimonio como «unión entre varón y mujer» tiene un importante peso específico en determinados Estados y sociedades y es difícil de superar), y por motivos políticos (= pues sería impopular, en ciertos países y sociedades, llamar «matrimonio» a la unión entre personas del mismo sexo: el partido político que hiciera un cambio tan impopular, podría perder las elecciones y ése es un riesgo que pocos políticos están dispuestos a afrontar). Pero si los efectos de un «matrimonio» y los efectos de una «unión civil entre personas del mismo sexo» son los mismos, es fácil percibir que la diferencia es una cuestión de cosmética jurídica. En esta situación se pueden encuadrar las legislaciones civiles de Suecia, Dinamarca, Noruega, Alemania, Reino Unido e Islandia, entre otros Estados (6). La diferencia más notable entre los efectos del matrimonio y los de estas «uniones civiles» o «uniones registradas» se había centrado en la imposibilidad para los convivientes vinculados por estas uniones de adoptar menores. Pero esta diferencia está desapareciendo con rapidez. A fecha de marzo de 2006, la adopción de menores por parte de convivientes del mismo sexo vinculados por estas uniones está aceptada en Suecia e Inglaterra-Gales, además de por los Estados que admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, como Bélgica, Holanda y España. Por otra parte, países como Islandia, Noruega, Dinamarca y Alemania admiten la adopción del hijo biológico de un *partner* por el otro *same-sex partner* (= *stepchild-adoption*), adopción permitida igualmente también por Estados no europeos, como ciertos territorios de Canadá y Australia, ciertos *States* de los Estados Unidos de América, e Israel. Este «desfase de nomenclatura legal» entre el nombre de la institución (= *civil partnership*, *civil union* y similares) y los efectos jurídicos que produce (= prácticamente idénticos a los del matrimonio tradicional entre varón y mujer), ha sido criticado por ciertos sectores de la opinión pública (7).

7. Tercero. Un tercer grupo de Estados miembros, los más audaces, admite sin ambages los matrimonios entre personas del mismo sexo con los

(6) Islandia: Ley núm. 87, de 12 de junio de 1996, sobre la *partnership* reconocida; Reino Unido: Civil Partnership Act 2004 (Royal Assent on 18 November 2004 Published on 25 November 2004); Dinamarca: Ley sobre la unión registrada, núm. 372, de 7 de junio de 1989), modificada por la Ley núm. 360, de 2 de junio de 1999); Noruega: Ley núm. 40, de 30 de abril de 1993, relativa al *partnership* registrado; Suecia: Ley sueca sobre la convivencia registrada de 23 de junio de 1994; Alemania: *Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften*, de 16 de febrero de 2001, modificada por *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz - LPartG)* de 31 de diciembre de 2004.

(7) Diario *El País* de 4 de diciembre de 2005, pág. 32: «Elton John podrá casarse... o casi».

mismos efectos que el matrimonio entre personas de diferente sexo y con el mismo nombre: «matrimonio». Es el caso de Bélgica (Ley de 13 de febrero de 2003), de Holanda (Ley de 2 abril de 2001) y de España (art. 44.II del Código Civil, añadido por Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, en *BOE* núm. 157 de 2 de julio de 2005). Más allá de la UE, el matrimonio entre personas del mismo sexo está también admitido en Canadá, en el *State* norteamericano de Massachusetts, y en Sudáfrica.

8. El movimiento en favor de los matrimonios entre personas del mismo sexo es una tendencia *in crescendo*. En varios Estados miembros se estudia actualmente la posibilidad de «abrir» el matrimonio a personas del mismo sexo o, al menos, de elaborar normativas legales que regulen una «unión civil» entre personas del mismo sexo que produzca los mismos efectos que el tradicional matrimonio, aunque se le atribuya un nombre distinto al de «matrimonio». Esta evolución jurídica parece tan imparable como lo fue, en su momento, la extensión del divorcio por todos los países del mundo.

III. MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA UNIÓN EUROPEA

9. El panorama legal tan dispar que se aprecia en los diferentes Estados en relación con los matrimonios entre personas del mismo sexo provoca, necesariamente, problemas de «conflictos de Leyes» (8). A mayor diferencia entre el Derecho material de cada Estado, mayores «conflictos de Leyes», porque, como es evidente, las personas circulan, se trasladan de un país a otro, cambian de país de residencia, o acuden a un país durante un cierto tiempo por razones laborales, y esta situación de «movilidad personal» provoca una «indeterminación de la Ley aplicable» al matrimonio en los «casos internacionales». Este fenómeno suscita, al menos, las siguientes cuestiones:

Primero: el problema de la «competencia internacional» para la celebración de los matrimonios entre personas del mismo sexo. Ejemplo: dos varones de nacionalidad maltesa y con residencia habitual en Londres se trasladan a Alicante (España) con la intención de contraer matrimonio entre sí ante las autoridades civiles españolas. Pero, ¿disponen las autoridades ci-

(8) A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 6.^a ed., Granada, Ed. Comares, 2005, págs. 24-28; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de Familia Internacional*, 3.^a ed., Ed. Colex, Madrid, 2005, págs. 60-67; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2005, 1172-1187; Id., «Espagne: Marriage entre personnes du même sexe. Loi applicable», en *RCDIP*, 2005, págs. 855-858.

viles españolas de «competencia internacional» para celebrar este matrimonio en España?

Segundo: el problema de la «Ley aplicable» a los matrimonios entre personas del mismo sexo. Ejemplo: ¿qué Ley estatal se aplica a la celebración del matrimonio, en España, que pretenden contraer un varón español que reside habitualmente en Madrid y un varón italiano que reside habitualmente en Milán? Con otras palabras: ¿qué Ley estatal determina los requisitos de fondo y forma de este matrimonio que se pretende celebrar en España?

Tercero: el problema de los «efectos internacionales» de los matrimonios entre personas del mismo sexo. Ejemplo: ¿qué efectos produce en Italia el matrimonio celebrado en Holanda entre un varón venezolano y un varón italiano, ambos con residencia habitual en Holanda? Si los varones se trasladan a Francia, ¿serán considerados «cónyuges» en dicho país? ¿Y si se trasladan a España? Con otras palabras: los «cónyuges» del mismo sexo que han contraído matrimonio en Holanda, ¿dejan de ser «cónyuges» si se trasladan a vivir a Francia o a Italia o a España o si, simplemente se hallan ocasionalmente en dichos países?

10. Pues bien, en principio, puede afirmarse que el Derecho comunitario carece de normas específicas que regulen estos tres aspectos. Es decir: no existen normas de Derecho Comunitario que establezcan criterios de competencia internacional para la celebración de los matrimonios entre personas del mismo sexo, criterios de determinación de la Ley aplicable a los matrimonios entre personas del mismo sexo, y los efectos en los Estados miembros de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en otro Estado miembro. Estos tres aspectos, que constituyen la clave de bóveda del Derecho Internacional Privado quedan, por tanto, en manos de los Derechos nacionales de los Estados miembros. Y si esto es así, la pregunta surge espontánea: ¿comporta esta situación legal perjuicios para la «libre circulación» de los ciudadanos comunitarios en la UE, libertad recogida en el artículo 18.1 TCE? (9).

1. CELEBRACIÓN DE MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN LOS ESTADOS MIEMBROS

11. En general, los Estados miembros en cuyas legislaciones civiles se contempla el matrimonio entre personas del mismo sexo no impiden que los contrayentes accedan al matrimonio por el mero hecho de que uno de los

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

contrayentes sea «extranjero». El criterio de competencia internacional más ampliamente utilizado, si bien con matices y particularidades propias en cada Derecho nacional, es el «domicilio de los contrayentes» en el país de celebración del matrimonio. Se trata de un criterio neutro y no discriminatorio que puede apreciarse en Derecho español, en Derecho holandés, y en Derecho belga:

- a) En Derecho español, para que el matrimonio pueda celebrarse en España ante autoridades civiles españolas, es necesario que al menos uno de los futuros esposos tenga su domicilio en España. En efecto: para instruir el expediente matrimonial es preciso que al menos uno de los contrayentes tenga su domicilio en España (art. 238 RRC) y para celebrar el matrimonio es también preciso que al menos uno de los contrayentes tenga su domicilio en España (art. 57 del Código Civil).
- b) En Derecho belga, el artículo 44 de la Ley belga de DIPr exige, para poder celebrar el matrimonio en Bélgica ante autoridades civiles belgas, que al menos uno de los contrayentes sea belga o esté domiciliado en Bélgica o lleve residiendo en Bélgica al menos tres meses.
- c) En Derecho holandés, la situación es similar: como ha recordado F. CALVO BABÍO, sólo se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo en Holanda si al menos uno de los contrayentes tiene su residencia habitual en Holanda (10).

El objetivo de estas regulaciones es muy claro: evitar que personas que no residen en los países que admiten los matrimonios entre personas del mismo sexo, se trasladen a dichos países con el solo objetivo de celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo que, con una alta probabilidad, serán matrimonios nulos o inexistentes en los países de origen de los contrayentes. Estas regulaciones operan como «filtros de seguridad» contra los matrimonios entre personas del mismo sexo que son claramente «claudicantes» y desincentivan el «turismo matrimonial» y el «Forum Shopping matrimonial». No está de más recordar que el «Forum Shopping matrimonial» ha existido siempre. Son casos célebres los «matrimonios en Gretna Green»: los ingleses mayores de dieciséis años, que por ello no podían contraer matrimonio en Inglaterra, acudían a la localidad escocesa de Gretna Green, donde podían celebrar un matrimonio válido con sólo veintiún días de previa residencia en dicha ciudad y prestando su consentimiento ante el herrero del pueblo. Los contrayentes perseguían, naturalmente, celebrar un matrimonio en Escocia para importarlo seguidamente a Inglaterra, de donde procedían. El matrimonio no tenía vínculo real ni

(10) F. CALVO BABÍO, «Los matrimonios entre personas del mismo sexo en Derecho comparado», en *Juris*, 2004, núm. 52, págs. 52-54.

sustancial alguno con Escocia. Por ello, no tenía sentido aplicar a estos casos las Leyes escocesas. Pero como las autoridades escocesas no estaban por la labor de frenar el generoso caudal de turistas matrimoniales que enriquecían la bella localidad de Gretna Green, el Parlamento inglés aprobó en 1856 una Ley para frenar estas «migraciones matrimoniales». Una regla racional de DIPr hubiera prohibido directamente la celebración de estos enlaces en Escocia. Y hay más casos: el gran jurista holandés U. HUBER ya percibió los problemas suscitados por los holandeses que se trasladaban de Frisia a Brabante para contraer un matrimonio entre parientes, prohibido en Holanda.

12. Los Estados miembros que admiten uniones civiles con efectos muy similares al matrimonio no impiden a los extranjeros acceder a estas uniones y registrarlas en el Estado miembro. Con carácter general puede afirmarse que estos Estados miembros permiten constituir una «unión civil» a todo sujeto que manifieste una «vinculación clara» con el Estado en el que se registra la pareja. Suele exigirse para constituir esta «unión civil» que uno de sus miembros tenga nacionalidad y/o residencia o domicilio en el Estado en el que se registra la pareja del que se trate. Esta «limitación espacial» de acceso a la unión civil (= no cualquier persona de cualquier país del mundo puede acceder a la unión civil) presenta una clara finalidad: evitar el «turismo internacional» de las parejas de hecho y eliminar así las «uniones civiles claramente claudicantes». En efecto: dos personas «no conectadas» de ningún modo relevante con un concreto Estado, no podrán inscribir su «pareja de hecho» o «unión civil» en dicho Estado (11). Si tales personas no están vinculadas de algún modo relevante con el Estado en el que se pretende constituir e inscribir la «unión civil», carece de sentido permitir que dichas personas constituyan, pese a ello, su «unión civil» en tal Estado: sería una unión civil destinada a producir efectos, no en el Estado en el que se constituye tal unión civil (= los *partners* no residen habitualmente en dicho Estado), sino en los Estados de origen de los *partners*, Estados en los que dicha unión puede carecer de toda relevancia legal. Ejemplo: en Derecho inglés, la *Civil Partnership Act 2004* permite registrar «*same-sex unions*», cuyos efectos legales son prácticamente iguales a los de un matrimonio tradicional, siempre que ambos contrayentes hayan residido en Inglaterra o Gales al menos durante siete días antes de advertir de su intención de registrar la *civil partnership*. El registro de la unión civil será posible tras un período de espera de al menos quince días y dentro de un plazo nunca superior a doce meses tras la fecha de advertencia de los contrayentes (*notice*). Por tanto, la posibilidad de registrar una unión civil en Inglaterra está estrechamente vin-

(11) A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 6.^a ed., Granada, Ed. Comares, 2005, págs. 64-67; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de Familia Internacional*, 3.^a ed., Ed. Colex, Madrid, 2005, págs. 80-84.

culada al domicilio de ambos contrayentes en Inglaterra (12). Una excepción muy notable está constituida por el Derecho alemán: en Alemania, cualquier persona puede constituir una «*eingetragene Lebenspartnerschaft*». No es relevante el hecho de que ninguno de los integrantes de la unión civil tenga o no tenga nacionalidad alemana y resida o no resida en Alemania (13).

2. LEY APPLICABLE A LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO: LA «TENDENCIA PRO LEX FORI»

13. El planteamiento tradicional de DIPr sobre la cuestión de la Ley aplicable al matrimonio era considerar que la posibilidad de contraer matrimonio con una determinada persona se trataba de un aspecto de «capacidad nupcial» (= calificación de la identidad sexual de los contrayentes como cuestión de «capacidad matrimonial»). Pues bien, la Ley aplicable a la capacidad nupcial en DIPr era la Ley nacional de cada cónyuge (= por ejemplo,

(12) D. McCLEAN & K. BEEVERS, *Morris, The Conflict Of Laws*, 6th ed., Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, pág. 212.

(13) B. L. CARRILLO CARRILLO, «Ley aplicable a las parejas de hecho en DIPr español», en AA.VV., *Mundialización y Familia*, Colex, Madrid, 2001, págs. 385-451; A. DEVERS, «Le concubinage en droit international privé», en *LGDJ*, París, 2004; J. M. FONTANELLAS MORELL, «Noves perspectives per a una regulació de les unions de fet en el Dret internacional privat espanyol», en AA.VV., *Uniones de hecho*, Lleida, 1998, págs. 233-245; H. FULCHIRON, «Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé», en *JDI Clunet*, 2000, págs. 889-913; P. Y. GAUTIER, «Les couples internationaux de concubins», en *RCDIP*, 1991, págs. 524-539; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Marcial Pons, 2004; N. GOÑI URRIZA, «La Ley navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables», en AA.VV., *Mundialización y Familia*, Colex, Madrid, 2001, págs. 375-384; E. JAYME, «Dänisches Partnerschaftsgesetz und IPR», en *IPRax*, 1990, pág. 197; H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, «Registered Partnerships, Pacses and Private International Law. Some Reflections», en *RDIPP*, 2000, págs. 293-322; G. KHAIRALLAH, «Les "partenariats organisés" en droit international privé», en *RCDIP*, 2000, págs. 317-330; I. LÁZARO GONZÁLEZ, *Las uniones de hecho en el DIPr español*, Tecnos, 1999; D. MARTINY, «Internationales Privatrecht [der nichtehelichen Lebensgemeinschaft]», en HAUSSMANN/HOHLOCH (Hrsg.), *Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Handbuch*, 1999, págs. 562-585; F. MOSCONI, «Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario», en *RDIPP*, 2005, págs. 305-314; E. PÉREZ VERA, «Las parejas de hecho desde la perspectiva del DIPr español», en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, págs. 131-138; G. ROSSOLILLO, «Registered Partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano», en *RDIPP*, 2003, págs. 353-362; A. RÖTHEL, «Registrierte Partnerschaften im internationalen Privatrecht», en *IPRax*, 2000, págs. 74-78; S. SÁNCHEZ LORENZO, «Las parejas no casadas ante el DIPr», en *REDI*, 1989, págs. 487-531; K. SCHÜMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaften und ihre Einordnung im Internationalen Privatrecht*, Frankfurt am Main, P. Lang, 2001; R. WAGNER, «Das neue Internationale Privat- und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft», en *IPRax*, 2001-4, págs. 281 y sigs.

en DIPr español y belga), o la Ley del domicilio de cada cónyuge (= así ocurría en Inglaterra en virtud de la *Dual Domicile Doctrine*).

14. Pero estas reglas tradicionales de DIPr comportaban un problema evidente: si una de las Leyes estatales que debían aplicarse impedía el matrimonio entre personas del mismo sexo, éste no sería posible aunque el matrimonio pretendiera celebrarse en un Estado miembro cuyo Derecho sustantivo sí permitiera tal matrimonio entre personas del mismo sexo. Ejemplo: con arreglo al planteamiento tradicional de DIPr, dos varones portugueses no podrían contraer matrimonio entre sí ni en Bélgica, ni en España ni en Holanda. Y eso que los Códigos Civiles de estos tres países admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta consecuencia «anti-matrimonio entre personas del mismo sexo» es el resultado del tradicional tratamiento legal en DIPr de los «impedimentos bilaterales» (*empêchements bilatéraux*). Cuando surge un impedimento matrimonial «bilateral» en DIPr, se ha sostenido tradicionalmente que el matrimonio sólo es posible si ambas Leyes nacionales de ambos cónyuges permiten el matrimonio. Por ello, basta que una de las dos Leyes nacionales no lo permita para que el matrimonio no sea posible (14). Este modo «tradicional» de resolver el tratamiento jurídico de los impedimentos bilaterales en DIPr es injusto, ya que perjudica el *jus con-nubii* y comporta consecuencias discriminatorias.

15. Pues bien: en la actualidad la cuestión de la «Ley aplicable» a la posibilidad de contraer matrimonio con persona del mismo sexo se aborda, actualmente, de manera completamente diferente en los Estados miembros que admiten los matrimonios entre personas del mismo sexo. En efecto: en Derecho holandés, belga y español, se aprecia con meridiana claridad una tendencia muy fuerte a aplicar a los requisitos de fondo de los matrimonios entre personas del mismo sexo (= *Essential Validity of the Marriage*), que son aspectos que afectan a la misma posibilidad de celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo, el Derecho del país ante cuyas autoridades se celebra el matrimonio (= *Lex Fori* o *Lex Loci Celebrationis*). Ejemplo: dos personas del mismo sexo pueden contraer matrimonio en Bélgica con arreglo al Derecho material belga, en España con arreglo al Derecho español, y en Holanda con arreglo al Derecho material holandés.

16. Esta tendencia en favor de la *Lex Materialis Fori* se explica por una razón clara. Las normas relativas a la competencia internacional para poder celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo aseguran que, en el

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

caso de que tal matrimonio sea posible, ello es porque el matrimonio entre personas del mismo sexo en cuestión está «suficientemente vinculado» con el país en el que se celebra el enlace. Con otras palabras: el matrimonio entre personas del mismo sexo en cuestión producirá «efectos sustanciales» en el país de su celebración, razón por la que la aplicación de la Ley del país de su celebración está plenamente justificada. Es una Ley de previsible aplicación para las partes y su aplicación dará lugar a una situación jurídica «no claudicante», precisamente porque tal situación «repercute sustancialmente» en el país de celebración del matrimonio, cuya Ley rige la formación de dicho matrimonio. Los legisladores de los Estados miembros que admiten los matrimonios entre personas del mismo sexo permiten que tales enlaces sean posibles en sus países porque los matrimonios «repercuten» en dichos Estados: los contrayentes están suficientemente vinculados con el país de celebración del matrimonio, ya que normalmente, residen habitualmente en dicho Estado. Esta tendencia en favor de la *Lex Fori* puede explicarse también a la inversa: los legisladores de los Estados miembros que admiten los matrimonios entre personas del mismo sexo, no permiten «viajes de ida y vuelta» de contrayentes «no vinculados» con dichos Estados miembros, por la simple razón de que el matrimonio de tales contrayentes no está destinado a producir efectos sustanciales en el Estado miembro en el que se pretende celebrar, sino en otros Estados. Al impedir dichos enlaces, se cierra la puerta y se impiden matrimonios entre personas del mismo sexo «intrínsecamente claudicantes», válidos en el Estado miembro en el que se han celebrado, pero inexistentes o nulos en los países con los que los contrayentes están vinculados sustancialmente. Pues bien: los legisladores de los Estados miembros, cuyas legislaciones civiles admiten los matrimonios entre personas del mismo sexo, han optado por «abrir» tales matrimonios en las situaciones «conectadas» con los Estados que admiten estos matrimonios, a toda persona, de modo que ningún individuo se vea legalmente «bloqueado» y no pueda acceder a un matrimonio entre personas del mismo sexo por el hecho de que su Ley nacional o su Ley del país de su domicilio no permiten ni contemplan ni regulan los matrimonios entre personas del mismo sexo. La *Lex Fori*, con su manto protector, cobija a los contrayentes del mismo sexo, siempre que el futuro matrimonio produzca efectos sustanciales en el Estado miembro de celebración.

17. Algún autor ha señalado que la regla *Lex Fori* provoca una catarata de matrimonios entre personas del mismo sexo «claudicantes». Esta crítica es injusta e inexacta. Para explicar por qué, basta distinguir tres situaciones:

- a) En las situaciones «estrechamente vinculadas» con el Estado miembro en el que se celebra el matrimonio, es claro que éste producirá efectos sustanciales en el Estado miembro de celebración del enlace.

Por tanto, dar aplicación a la *Lex Fori* no conduce a un matrimonio entre personas del mismo sexo «claudicante», ya que dicho enlace no surtirá «efectos sustanciales» en otros Estados. Ejemplo: un varón español desea contraer matrimonio con varón japonés en España y ambos residen habitualmente en España. El matrimonio es posible y su formación se rige por la Ley española (= *Lex Fori*). Poco importará que este matrimonio no sea válido o existente en Japón, porque el país donde el matrimonio va a instalar su «base» es España (= *the country of the intended home*). Los cónyuges quieren vivir en España como cónyuges. Este matrimonio, por tanto, no es «claudicante». En definitiva, cuando los contrayentes tienen la intención de instalar la «base de su matrimonio» en Holanda, Bélgica y España, la Ley aplicable a la formación del matrimonio entre personas del mismo sexo es la Ley del Estado miembro en el que se celebra el matrimonio, la *Lex Fori* (= la Ley del país donde el matrimonio tiene la intención de instalar su sede o su base, «*the Law of the country where the marriage is to be based*») (15). Explicación: el matrimonio producirá sus «efectos principales» en dicho Estado miembro de celebración del enlace. Si en el futuro los cónyuges se trasladan a otro país, los demás países deberían reconocer la validez y efectos de dicho enlace, práctica, por cierto, habitual en muchos Estados miembros en relación con los matrimonios poligámicos celebrados en países que permiten tales enlaces.

- b) En las situaciones «escasamente vinculadas» con el Estado miembro en el que se celebra el matrimonio, la *Lex Fori* no es aplicable, porque las normas de competencia internacional impiden que el matrimonio entre personas del mismo sexo se celebre en el Estado miembro de que se trate. Por tanto, tampoco nace ningún matrimonio entre personas del mismo sexo «claudicante». Ejemplo: dos varones venezolanos viajan a España con la intención de contraer matrimonio entre sí ante juez español. Este matrimonio no puede celebrarse: artículo 57 del Código Civil. Y por tanto no hay ningún matrimonio claudicante.
- c) En las situaciones «suficientemente conectadas» con el Estado miembro en el que se celebra el matrimonio, pero que también están relevantemente conectadas con otros Estados, la solución es más compleja. El matrimonio entre personas del mismo sexo producirá «efectos sustanciales» tanto en el Estado miembro de celebración del matrimonio como en otros Estados. En estos casos, no aparece claro

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

y definido cuál es el país en el que los cónyuges van a instalar la «base de su matrimonio». Precisamente por ello, la solución que el DIPr holandés, belga y español ofrecen al asunto es la siguiente: el matrimonio es posible en el Estado miembro de que se trate y se regirá por la *Lex Fori/Lex Loci Celebrationis* (= porque este matrimonio entre personas del mismo sexo repercute sustancialmente en el Estado miembro de celebración), y el riesgo de que tal matrimonio sea claudicante en otros países (= en los que también el matrimonio producirá «efectos sustanciales»), lo asumen los cónyuges. Esta tesis la han seguido expresamente las autoridades belgas y españolas. Así, en Bélgica, la «*Circulaire remplaçant la circulaire du 8 mai 2003 relative à la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil*» de fecha 23 de enero de 2004, indica que: «*Des situations apparaîtront ainsi où certains mariages seront parfaitement valables en Belgique, et, où, en même temps, aucun effet ne leur sera reconnu à l'étranger. Il est donc extrêmement important que l'officier de l'état civil attire l'attention des intéressés sur les inconvénients possibles de ces mariages à l'étranger. Il est de l'intérêt des futurs époux de se faire dûment conseiller sur leur statut juridique dans l'hypothèse où ils s'établiraient à l'étranger, ou dans le cas où ils y auraient déjà ou acquerraient par la suite des intérêts patrimoniaux ou autres.*». En la misma línea se sitúa la brillante Resolución-Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005 (16): el juez español no debe operar como «guardián» del sistema legal extranjero, por lo que no debe negar la posibilidad de contraer matrimonio en España a personas del mismo sexo por la sola razón de que en el país del que son nacionales los cónyuges dicho matrimonio probablemente no producirá efectos. Son las autoridades extranjeras las que deben decidir si el matrimonio celebrado en España entre personas del mismo sexo surte efectos en dicho país extranjero o no los surte por resultar contrario a «su» orden público internacional o por superar «su control de la Ley aplicable». Este razonamiento es similar al que se practica desde hace años en el campo del divorcio: un extranjero puede obtener el divorcio en España y por tanto puede volver a contraer nuevo matrimonio en España, aunque la sentencia española de divorcio no haya sido o pueda no ser reconocida en el país del que es nacional el sujeto (P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS) (17) e incluso

(16) BOE núm. 188 de 8 de agosto de 2005.

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

si la Ley nacional del sujeto no admite el divorcio (J. D. GONZÁLEZ CAMPOS/P. ABARCA JUNCO) (18).

18. En el fondo, los Estados miembros que aceptan los matrimonios entre personas del mismo sexo, y como se verá, también aquellos Estados miembros que contemplan las «uniones civiles» entre personas del mismo sexo, han acogido la tradicional regla del DIPr inglés en materia de Ley aplicable a los «asuntos de familia»: el *Lex Fori Approach* (= aunque, curiosamente, el Derecho inglés no seguía esta regla a la hora de precisar la Ley aplicable a la capacidad para contraer matrimonio, cuestión sometida a la Ley del país del domicilio de cada contrayente). En definitiva: cuando las autoridades civiles del Estado miembro tiene competencia para celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo, la Ley que rige dicho matrimonio en cuanto a la forma (= *Formal Validity of the Marriage*) y en cuanto al fondo (= *Essential Validity of the Marriage*) es siempre la Ley material de dicho Estado miembro (19). Por tanto, la disciplina jurídica de los casos internacionales de matrimonios entre personas del mismo sexo se lleva a cabo, fundamentalmente, a la hora de fijar la competencia de las autoridades públicas del Estado miembro. Cada Estado miembro determina, en su propia legislación y con arreglo a sus propios criterios, los matrimonios entre personas del mismo sexo que pueden ser celebrados por sus autoridades en los

(18) J. D. GONZÁLEZ CAMPOS/P. ABARCA JUNCO, «Comentario al artículo 107 del Código Civil», en *Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código Civil. Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982, págs. 907-931 y 2.^a ed., 1994, págs. 1331-1338.

(19) Existe una muy abundante literatura relativa al *Lex Fori Approach* en cuestiones de Derecho de Familia, también conocido como *Jurisdictional Approach*. Vid., entre otros, G. BARILE, «La fonction historique du droit international privé», en *RCADI*, vol. 116, 1965, págs. 305-381; H. BATIFFOL, «Observations sur les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative», en *De conflictu Legum. Mélanges offerts à R. D. Kollewijn/J. Offerhaus*, Leyden, Sijthoff, 1962, págs. 5-24; A. BONNICHON, «La notion de conflit de souveraineté dans la science des conflits de lois», en *RCDIP*, 1949, págs. 615-635 y 1950, págs. 11-32; L. BRILMAYER, *Conflict of Laws. Foundations and Future Decisions*, Boston/Toronto/Londres, 1991; R. CAFARI PANICO, *Diritto internazionale privato inglese e jurisdiction con particolare riguardo ai rapporti di famiglia*, Padovala, 1979; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Conflicto de leyes (en el espacio)», en *EJB*, 1995, págs. 1428-1431; Id., «Derecho Internacional Privado», en *EJB*, 1995, págs. 2311-2316; Id., «El paradigma de la norma de conflicto multilateral», en *Estudios Homenaje A. Menéndez*, Madrid, 1996, págs. 5239-5270; R. H. GRAVESON, «The comparative Evolution of Principles of the Conflict of Laws in England and the USA», en *RCADI*, 1960, vol. 99, págs. 21-118; Id., «Aspects of the General Principles of Private International Law», en *RCADI*, 1963, págs. 7 y sigs.; Id., *Conflict of Laws, Private International Law*, 7th ed., London, 1974, págs. 5 y 13; P. HÉBRAUD, «De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître», en *RCDIP*, 1968, págs. 205-225; O. KAHNFREUND, «General Problems of Private International Law», en *RCADI*, 1974, vol. 143, págs. 149-474; Sp. VRELLIS, «La justice "matérielle" dans une codification du droit international privé», en *E pluribus Unum/Liber amicorum G.A.L. Droz*, Kluwer Law International, The Hague, 1996, págs. 541-562.

«casos internacionales». Resuelta la cuestión, tales autoridades aplicarán, siempre y en todo caso, su propia Ley material o sustantiva (= *Substantial Lex Fori*). En el *Lex Fori Approach* hay algo de prejuicio contra las Leyes extranjeras (= que se consideran, potencialmente, de «menor calidad jurídica» que la *Lex Fori*). Pero no se puede negar que este enfoque resuelve satisfactoriamente los problemas de ejercicio del *jus connubii* y los problemas discriminatorios creados por la aplicación de la Ley personal de los contrayentes en ciertos supuestos y se construye sobre un postulado sólido: a las situaciones muy vinculadas o suficientemente vinculadas con el Estado miembro de celebración del matrimonio, se les aplica la Ley de dicho Estado.

19. Las técnicas utilizadas para dar aplicación a la *Lex Fori = Lex Loci Celebrationis* a la posibilidad de un matrimonio entre personas del mismo sexo son diversas.

En Derecho español, la DGRN aplica a la cuestión el Derecho sustantivo español a través de dos estrategias diferentes (Resolución-Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005 en *BOE* núm. 188 de 8 de agosto de 2005 y RDGRN de 25 de octubre de 2005, en *BOE* núm. 313 de 31 de diciembre de 2005). Primera: el orden público internacional absoluto. La Ley extranjera correspondiente a la nacionalidad del contrayente se estima contraria al orden público internacional español si no permite un matrimonio entre personas del mismo sexo, y por tanto, no se aplica, de modo que la «capacidad matrimonial» queda regida por el Derecho sustantivo español, que sí permite un matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta técnica fue seguida por el legislador belga en el período que transcurrió entre la aprobación de los matrimonios entre personas del mismo sexo y la nueva Ley de Derecho Internacional Privado de 2004 y que puede apreciarse en la «*Circulaire remplaçant la circulaire du 8 mai 2003 relative à la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil*» de fecha 23 de enero de 2004 (20). Segunda: la «tesis positiva por la calificación». La cuestión de saber si es posible contraer un matrimonio entre personas del mismo sexo no puede calificarse como una cuestión que afecta a la «capacidad matrimonial», sino que se trata de un requisito institucional que pertenece al concepto «español» de matrimonio, requisito que se rige, en todo caso, por la Ley sustantiva española.

(20) «Le droit belge ayant ouvert le mariage aux personnes de même sexe, il me paraît qu'une disposition de droit étranger relative au sexe des époux, interdisant le mariage de personnes de même sexe, doit être considérée comme discriminatoire et contraire à notre ordre public international. Dès lors, j'estime que l'application d'une disposition de droit étranger doit être écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un Etat ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat dont le droit autorise un tel mariage».

En Derecho holandés, los requisitos de fondo de un matrimonio entre personas del mismo sexo se rigen siempre por el Derecho material holandés (21).

En Derecho belga, la capacidad matrimonial se rige por el Derecho del país cuya nacionalidad ostenta cada cónyuge. El artículo 46 de la Ley belga de 16 de julio de 2004 (Código de Derecho Internacional Privado) indica que «*Sous réserve de l'article 47, les conditions de validité du mariage sont régies, pour chacun des époux, par le droit de l'Etat dont il a la nationalité au moment de la célébration du mariage*». Sin embargo, el párrafo 2 del citado artículo 46 indica que: «*L'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa 1er est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un Etat ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat dont le droit permet un tel mariage*». Es decir: cuando deben aplicarse de modo distributivo las Leyes nacionales a las respectivas capacidades matrimoniales de los contrayentes, no se dará aplicación preferente a la «Ley más restrictiva», sino que se aplicará la «Ley nacional más favorable» al matrimonio. La tesis potencia el *jus connubii* y encaja con el *favor matrimonii*. Es original, sencilla y práctica. Ejemplo: un varón holandés y un varón griego con domicilio en Bélgica, pueden contraer matrimonio en dicho país, porque la Ley holandesa permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, y este enlace será posible aunque la Ley griega no permita los matrimonios entre personas del mismo sexo.

20. La «tendencia pro *Lex Fori*» había sido ya acogida por numerosos legisladores de Estados miembros, que a la hora de fijar la Ley aplicable a la constitución de las «uniones civiles», habían establecido que dicha Ley fuera, siempre y en todo caso, la *Lex Fori* (= Ley del país de constitución y registro de la pareja de hecho o unión civil). El objetivo perseguido era el mismo que el que ahora se quiere obtener en relación con los matrimonios entre personas del mismo sexo: eliminar toda discriminación y permitir que los individuos cuyas Leyes personales no contemplan la institución de la «pareja registrada» o «unión civil» puedan también acceder a esta institución en los Estados miembros que disponen de tales uniones siempre que la situación fáctica esté «suficientemente vinculada» con el Estado de celebración. Ejemplo: en Derecho inglés, la capacidad para formar y registrar una *same-sex partnership* se rige en todo caso, por la *Lex Loci Celebrationis*, esto es, por el Derecho inglés. Esta tendencia contrasta duramente con la determinación de la Ley aplicable a la capacidad matrimonial en los casos de matrimonios entre personas de sexo diferente. Como escriben D. McCLEAN & K.

(21) F. CALVO BABÍO, «Los matrimonios entre personas del mismo sexo en Derecho comparado», en *Juris*, 2004, núm. 52, págs. 52-54.

BEEVERS, «*but, in contrast to hererosexual marriage, capacity to enter into a same-sex union is also governed by the lex loci celebrationis*» (22).

21. En conclusión, en los Estados miembros que aceptan el matrimonio entre personas del mismo sexo, la Ley aplicable a la posibilidad de contraer dicho matrimonio entre personas del mismo sexo es la *Lex Fori*. La norma de DIPr proclama, simplemente, la aplicación de la Ley sustancial del Estado miembro en el que se celebra el enlace. Lo mismo ocurre en relación con la inscripción de «uniones civiles» en los países que admiten tal institución. No se trata, como es claro, de una «norma de extensión», pues el legislador no fija un conjunto de supuestos vinculados estrechamente con su Estado a los que se aplica la *Lex Fori*, supuestos que se sustraen a la regla general constituida por una norma de conflicto que puede, potencialmente, dejar la regulación del supuesto en manos de una Ley extranjera. Al contrario: todo supuesto de matrimonio entre personas del mismo sexo presentado ante autoridades de un Estado miembro se rige por la Ley sustancial de ese Estado miembro. *Lex Fori Approach* en estado puro.

3. EFECTOS EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO CELEBRADOS EN OTROS ESTADOS MIEMBROS

22. Tampoco existen normas específicas de Derecho comunitario que regulen los efectos en los Estados miembros de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados válidamente en un Estado miembro. Al menos a primera vista. Esta ausencia de «normas comunitarias específicas» hace surgir el temido problema de los «matrimonios claudicantes» (= matrimonios válidos en el país donde han sido celebrados pero no válidos en los demás Estados). Debe recordarse que la eficacia de los matrimonios celebrados en otros países constituye un problema de «eficacia extraterritorial de resoluciones extranjeras» y no una cuestión de «conflicto de Leyes» (M. KELLER/K. SIEHR, P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, E. ARTUCH IRIBERRI) (23).

23. Ya se ha visto antes que, a través de diferentes técnicas, los Estados miembros que admiten los matrimonios entre personas del mismo sexo aplican su propia Ley material a los «requisitos de fondo» de dichos matrimonios

(22) D. McCLEAN & K. BEEVERS, *Morris, The Conflict Of Laws*, 6th ed., Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, pág. 212.

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

(= *Lex Fori*). Pues bien: la aplicación de la *Lex Fori = Lex Loci Celebrationis* a las «condiciones de fondo» del matrimonio entre personas del mismo sexo (= *Essential Validity of the Marriage*) puede incrementar las posibilidades de que un matrimonio entre personas del mismo sexo, válidamente celebrado en España, Holanda, Bélgica o cualquier otro país que admita en el futuro dicho tipo de enlace, no se considere «existente» y/o «válido» a todos los efectos legales en otros Estados miembros. Esta situación se produce por distintos motivos:

Primer. Porque muchos Estados miembros practican el «control de la Ley aplicada» a los matrimonios celebrados en el extranjero. Ciertos Estados miembros consideran que la posibilidad de contraer matrimonio con personas del mismo sexo es una cuestión de «capacidad matrimonial» y la capacidad matrimonial de sus nacionales se rige por su Ley nacional y no por la Ley del país en el que se celebró el matrimonio entre personas del mismo sexo. Ejemplo: un varón griego contrae matrimonio con un varón español en Madrid. Tras dos años de convivencia matrimonial en Madrid, ambos se trasladan a Atenas e instan la inscripción de su matrimonio en el Registro Civil griego. Pues bien: si las autoridades griegas controlan la Ley aplicada al matrimonio (= como hacen las autoridades españolas en relación con los matrimonios contraídos en el extranjero por españoles ante autoridades locales extranjeras), resulta que la Ley que rige la capacidad matrimonial del sujeto griego es, según el DIPr griego, la Ley sustitutiva griega, Ley con arreglo a la cual el matrimonio entre personas del mismo sexo es imposible. Por tanto, este matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España no se considerará válido en Grecia y no se inscribirá en dicho país. Dicho matrimonio «no existe» en Grecia, país que, a la fecha presente, no admite el matrimonio entre personas del mismo sexo y tampoco dispone de una legislación sobre «uniones civiles no matrimoniales»: en Grecia, los cónyuges no son «cónyuges», no existen derechos y deberes entre ellos derivados del matrimonio, no tienen régimen económico matrimonial, no pueden divorciarse y un largo etcétera de consecuencias paradigmáticas.

Segundo. Porque el «orden público internacional» opera, con mucha frecuencia, como un límite a los efectos que los matrimonios celebrados en otros Estados miembros surten en países extranjeros. Si las autoridades extranjeras invocan el «orden público internacional» para impedir en su país los efectos contrarios a los principios básicos de su Derecho que produce un matrimonio entre personas del mismo sexo, dicho matrimonio no se considerará como «existente» y/o «válido» a todos los efectos legales en el país extranjero. Ejemplo: el decreto del *Tribunale di Latina* (Italia) de 10 de junio de 2005 negó todo efecto jurídico en Italia a un matrimonio entre varón venezolano y varón italiano celebrado válidamente en Holanda. El *Tribunale*

di Latina esgrimió que dicha «unión conyugal» producía efectos contrarios al orden público internacional italiano (24), donde el matrimonio entre personas del mismo sexo no existe, ni tampoco una institución que produzca efectos equivalentes o siquiera similares o parecidos. El *Tribunale di Latina* desen-vainó la temible y cortante espada del orden público internacional porque, aunque los artículos 65-66 de la Ley núm. 218/1995 de 31 de mayo de 1995 (Ley italiana de Derecho Internacional Privado) indican que los actos de jurisdicción voluntaria pronunciados por autoridad extranjera (= en este caso, autoridad holandesa), serán reconocidos en Italia si han sido pronunciados por la autoridad cuya Ley es reclamada por las normas de conflicto italianas, existe siempre la reserva del respeto al «orden público internacional italiano». Según el *Tribunale di Latina*, sería intolerable que se introdujera en Italia un matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque éste haya sido celebrado válidamente en Holanda ante autoridades holandesas.

24. Por tanto, los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados con arreglo a la *Lex Fori* en ciertos Estados miembros que admiten tales matrimonios serán, muy probablemente, «matrimonios claudicantes» (= matrimonios válidos en el país de su celebración, pero no en otros Estados miembros más o menos «conectados» con el supuesto). Son matrimonios que no superan el «paso de frontera»: han sido celebrados válidamente en un Estado miembro, pero cuando tales matrimonios se «hacen valer» en otros Estados miembros, las autoridades de tales Estados pueden considerar que tales matrimonios «no existen» o no son «válidos a todos los efectos legales» (= cuando el matrimonio «cruza la frontera», se desvanece, deja de existir). Esta consecuencia es profundamente negativa. Vulnera la seguridad jurídica porque las personas son «cónyuges» en un país, pero siguen «solteros» en otros países, donde incluso podrían casarse de nuevo con terceras personas (!). Además, se incrementan los costes para los particulares, pues las personas que son «cónyuges», por ejemplo, en España, pero no lo son en otros Estados miembros, tendrían que buscar soluciones legales, como, por ejemplo, constituir *ex novo* en los otros países una «unión civil», lo que implica gastos de tiempo y dinero, y eso si es que tal «solución» es posible, que no siempre lo será.

25. Desde la perspectiva del Derecho Comunitario, el hecho de que un matrimonio entre personas del mismo sexo válidamente celebrado en un Estado miembro sea un matrimonio «claudicante» en otros Estados miembros puede constituir un «obstáculo» a la libre circulación de los ciudadanos comunitarios en el territorio de la UE. La cuestión no tiene nada que ver con el carácter «discriminatorio» o no de la disposición legal que pudiera vulne-

(24) Texto en *Rivista di Diritto Internazional Privato e Processuale*, 2005, págs. 1095-1102.

rar, presuntamente, el derecho a la libre circulación de personas, a pesar de lo que, erróneamente, sostienen ciertos autores (25).

26. La Comunidad Europea constituye hoy mucho más que un «mercado interior». Es también un «espacio de libertad, de seguridad y de justicia» (art. 61 TCE), un espacio por el que los ciudadanos de la UE, los nacionales de los Estados miembros, tienen derecho a circular libremente (art. 18.1 TCE) (26). Y «ircular libremente» significa circular sin «obstáculos jurídicos».

27. Hace ya más de diez años que el TJCE afirma que las normas de DIPr de los Estados miembros pueden constituir, en ciertos casos, un «perjuicio», «menoscabo», «restricción» u «obstáculo» a la libre circulación de personas y a las demás libertades comunitarias (STJCE de 30 de marzo de 1993, *Konstantinidis*; STJCE de 2 de diciembre de 1997, *Dafekis*; STJCE de 23 de noviembre de 2000, *Elsen*; STJCE de 9 de marzo de 1999, *Centros*; STJCE de 5 de noviembre de 2002, *Überseering*, STJCE de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art*; STJCE de 2 de octubre de 2003, *García Avello*). Y ¿por qué las normas de DIPr de los Estados miembros pueden provocar «obstáculos» a las libertades comunitarias? Pues muy sencillo: porque, como explica con brillantez H. GAUDEMEL-TALLON (27), una situación legalmente existente en un Estado miembro (= por ejemplo, un matrimonio entre personas del mismo sexo), creada con arreglo a las normas de DIPr de ese Estado miembro, puede no ser considerada como «existente» y/o «válida» en otro Estado miembro. Cuando la situación jurídica «cruza la frontera» desde un Estado miembro a otro, la Ley aplicable a la misma cambia, porque las normas de DIPr del Estado de origen (= con arreglo a las cuales ha sido creada la situación jurídica), son diferentes de las normas de DIPr del Estado de destino de la situación jurídica. La «nueva Ley aplicable» a la situación jurídica puede considerar que ésta «no existe» o «no es válida»: el matrimonio es «claudicante». Y este «cambio de Ley aplicable» puede comportar un obstáculo evidente a la «libre circulación intracomunitaria» de los ciudadanos comunitarios. En efecto: si dos personas son «cónyuges» en un Estado miembro, pero cuando se trasladan a otro Estado miembro, ya no son «cónyuges» y su matrimonio «se evapora», tales ciudadanos comunitarios se sentirán «desincentivados» a circular de un Estado miembro con destino a otro Estado miembro. No desearán viajar a un Estado miembro en el

(25) Erróneamente: S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Privado europeo*, Granada, Ed. Comares, 2002, págs. 32-33.

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

(27) H. GAUDEMEL-TALLON, «De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne», en *Estudos Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, págs. 159-185.

que ya no son cónyuges, en el que no existirá su régimen económico-matrimonial, ni tampoco sus obligaciones alimenticias, ni se podrán divorciar, ni habrá pensión compensatoria tras el divorcio porque no hay divorcio, ya que no se consideran «cónyuges»... Todos estos inconvenientes son «obstáculos» a la libre circulación intracomunitaria de ciudadanos europeos, prohibidos por el artículo 18.1 TCE.

28. La cuestión, pues, es la siguiente: ¿están los Estados miembros obligados, en virtud del artículo 18.1 TCE, a «reconocer» los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en otros Estados miembros? Varias tesis son posibles.

29. a) *La tesis ultraliberal.* En principio, el artículo 18.1 TCE no incluye ningún posible límite que los Estados miembros puedan oponer para negar existencia, validez y efectos a las situaciones jurídicas legalmente creadas en otros Estados miembros, y cuyo «no-reconocimiento» supondría un obstáculo a la libre circulación de personas en la UE. Tales límites se podrían fijar mediante instrumentos jurídicos de Derecho Comunitario derivado, a la fecha presente inexistentes en relación con los matrimonios entre personas del mismo sexo. Pues bien, si se acepta esta primera tesis, deberían sacrificarse las concepciones nacionales de los Estados miembros en el altar de la «libre circulación de personas», de modo que países como Italia y Grecia deberían aceptar la existencia, validez y efectos en su territorio de los matrimonios entre personas del mismo sexo contraídos legalmente en España, Bélgica y Holanda. Y también de las «uniones civiles» legalmente registradas en Estados miembros como Reino Unido, Alemania, Suecia, etc. Los «Estados miembros de destino» no podrían oponer ningún «freno» a dicha «importación» de instituciones ya creadas válidamente en otro Estado miembro, pues si así lo hicieran, se dañaría la libre circulación de personas recogida en el artículo 18.1 TCE, que es un «valor superior» que debe imponerse sobre las categorías nacionales y sobre el «orden público internacional» de cada Estado miembro. Si los Estados miembros son *Friendly States*, no debería ser posible oponer la cláusula de orden público internacional frente a decisiones dictadas en otros Estados miembros e incluso, tampoco debería ser posible oponer dicha cláusula frente a la aplicación de las Leyes de otros Estados miembros, como ocurre en el Derecho interregional español (28).

30. b) *La tesis restrictiva.* Cada regla tiene su excepción. Y en Derecho Comunitario es sabido que el TJCE ha considerado la existencia de «límites» y «frenos» a las libertades comunitarias, aunque tales «límites» y

(28) El artículo 16.2 del Código Civil español indica: «[...]os conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades: (...) 2.º No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público».

«frenos» no se hallan recogidos en los Tratados constitutivos ni en el Derecho derivado. Una *rule of reason* así lo impone. Un ejemplo reciente en el campo del Derecho de sociedades bastará. La STJCE de 13 de diciembre de 2005, *SEVC Systems AG*, indica que las normas de los Estados miembros sobre fusiones transfronterizas no pueden exigir condiciones más severas que las previstas para las fusiones «internas» de sociedades, salvo que tales condiciones estén «justificadas por exigencias imperiosas de interés general, que sean adecuadas o aptas para garantizar el objetivo perseguido y que sean proporcionadas para la realización de tal objetivo». Este límite ha sido construido por el mismo TJCE para salvaguardar «casos límite». Pues bien, este mismo argumento puede emplearse en relación con los matrimonios entre personas del mismo sexo válidamente celebrados en un Estado miembro y cuya eficacia se cuestiona o se suscita en otro Estado miembro. De tal modo, los Estados miembros no estarían obligados a reconocer como «matrimonios» los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en otros Estados miembros si ello vulnera su «orden público internacional», formado por los principios fundamentales de su Derecho matrimonial. En tal caso, se podría considerar que esta limitación está motivada por el «interés general». Todo esto está muy bien. Pero la intervención que «bloquea» la libre circulación de personas debe ser «adecuada» para garantizar el objetivo perseguido y «proporcionada» para la realización de tal objetivo. Este límite debe operar del modo menos agresivo posible. Por tanto, no parece posible afirmar que un matrimonio entre personas del mismo sexo válidamente celebrado en un Estado miembro «se volatiliza», «desaparece», y «no existe» a ningún efecto legal, cuando se hace valer en un Estado miembro que opone su orden público internacional contra este matrimonio entre personas del mismo sexo en nombre del «interés general» (= de «su» interés general «nacional»).

31. Se trata, por tanto, de buscar y encontrar mecanismos jurídicos para paliar las consecuencias negativas derivadas de una total falta de «reconocimiento» en un Estado miembro de un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en otro Estado miembro que admite estos matrimonios. Varios mecanismos pueden proponerse.

32. Primer mecanismo: la «nacionalización del matrimonio entre personas del mismo sexo». Algunos autores han sugerido que los matrimonios entre personas del mismo sexo, válidamente celebrados en países que los admiten, podrían surtir «algunos efectos» en otros países que no los admiten. Para ello, el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en otro país debería «equipararse» a una institución conocida, regulada y admitida en el Derecho del «Estado de destino», normalmente una «unión civil» o similar (*registered partnership*). Si es que existe, claro. De tal modo, por ejemplo, el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España, surtiría en otro país únicamente los efectos que corresponden a una «unión civil» o

similar admitida por el «Estado de destino». Ejemplo: un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España podría surtir «efectos» en Francia, pero sólo los efectos concretos que corresponden a un PaCS (= *pacte civil de solidarité* o «unión civil registrada» recogida en el Derecho francés tras la Ley de 15 de noviembre de 1999). De este modo, se salvaguarda el orden público internacional francés, pero se garantiza, hasta donde es posible, la validez transfronteriza de una situación jurídica creada legalmente en otro Estado y la libre circulación de personas protegida por el Derecho Comunitario (Y. LOUSSOUARN/P. BOUREL/P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES) (29). Varios Estados miembros han acogido esta solución: *a)* Alemania: el § 17.b, número 4 del EGBGB alemán dispone que los efectos en Alemania de una unión civil celebrada en el extranjero no podrán superar los efectos previstos en el Código Civil alemán y en el *Lebenspartnerschaftsgesetz*; *b)* Inglaterra: la *The Civil Partnership Act 2004*, que entró en vigor el 18 de noviembre de 2004 y que permite celebrar «uniones civiles» entre personas del mismo sexo en Inglaterra desde el 5 de diciembre de 2005, establece que las uniones civiles y los matrimonios entre personas del mismo sexo, válidamente celebrados en los países que los contemplan, serán reconocidos y tratados en Inglaterra y Gales como «uniones civiles» (= *civil partnerships*) si cumplen con determinados requisitos (= control de la capacidad de las partes, mismo sexo de los sujetos, y formalidades necesarias en el país donde han sido registrados) (30). Más allá de la UE, también terceros Estados han seguido esta solución. Así, en Suiza (art. 45.3 de la Ley de Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1987): el matrimonio válidamente celebrado en el extranjero entre dos personas del mismo sexo será reconocido en Suiza, pero como «unión civil registrada» (= *partenariat enregistré*) y sólo surtirá los efectos que corresponden, según el Derecho suizo, a dicha «unión civil registrada» (F. KNOEPFLER/Ph. SCHWEIZER/S. OTHENIN-GIRARD) (31). El citado artículo 45.3 de la Ley Federal suiza de Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1987, precepto introducido por la *Legge federale sull'unione domestica registrata* de 18 de junio de 2004, dispone: «*El matrimonio celebrado válidamente en el extranjero entre personas del mismo sexo se reconoce en Suiza como unión doméstica registrada*».

La base teórica de esta solución es antigua. Radica en la «teoría de la equiparación de los efectos» que en los siglos XIX y XX defendió con brillantez parte de la doctrina italiana (D. ANZILOTTI, G. CHIOVENDA, P. CALAMAN-

(29) Y. LOUSSOUARN/P. BOUREL/P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 8.^a ed., París, Dalloz, 2004, pág. 408.

(30) D. McCLEAN & K. BEEVERS, *Morris, The Conflict Of Laws*, 6th ed., Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005.

(31) F. KNOEPFLER/Ph. SCHWEIZER/S. OTHENIN-GIRARD, *Droit international privé suisse*, 3.^a ed., Staempfli Editions, S. A., Berne, 2005, pág. 182.

DREI, R. QUADRI). Según esta tesis, toda decisión extranjera debe ser «equivalente» a una decisión nacional y desplegará los mismos efectos que una resolución dictada por una autoridad del Estado requerido. No puede nunca desplegar «más efectos» que los que despliega una decisión nacional. La decisión extranjera es sometida a una especie de «nacionalización». Su razón de ser la salvaguarda de la soberanía del Estado de destino: no se da cumplimiento a mandatos de un Estado extranjero sin que la decisión sea previamente «nacionalizada» por los tribunales del Estado requerido, lo que requiere «purgar» sus efectos excesivos, es decir, los que sobrepasen los efectos que tendría una decisión nacional.

Como se comprueba, la solución presenta ventajas (= el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España no queda totalmente «borrado del mapa» por un mero «cruce de frontera» con destino a Suiza, Inglaterra, Alemania), pero también suscita inconvenientes.

Primer inconveniente: se atribuye a la decisión extranjera (= al matrimonio entre personas del mismo sexo), efectos que las partes no pudieron prever, o al revés: las partes esperaban ciertos efectos que la Ley del Estado de destino no concede ni reconoce ni admite.

Segundo inconveniente: el matrimonio entre personas del mismo sexo «extranjero» produce «distintos efectos» en cada Estado, pues la decisión despliega en cada país los efectos previstos por la Ley de dicho país.

Tercer inconveniente: la institución extranjera, el «matrimonio», queda en cierta manera «desnaturalizada» (= algunos de sus efectos «se pierden», «se evaporan», debido a que el matrimonio se «degrada», forzosamente, al nivel de una «unión civil» o equivalente). Por ejemplo: los contrayentes son «cónyuges» en España, pero sólo son «convivientes de pareja registrada» en Alemania, Inglaterra y Suiza, lo que puede tener consecuencias jurídicas. Y queda un interrogante de gran calado: si dos varones casados entre sí en España no son considerados «cónyuges» en Suiza, Inglaterra o Alemania, ¿podrán entonces «divorciarse» en algunos de estos países, o no podrán? Es claro que sólo los «cónyuges» pueden divorciarse. Los convivientes sólo pueden «disolver» su «unión civil». Si no pueden divorciarse ante los tribunales del país en el que residen habitualmente, la situación podría vulnerar la mismísima «tutela judicial efectiva» (art. 24 CE 1978) y el «derecho a un proceso equitativo» (art. 6 CEDH 1950): «nacionalizar» un matrimonio y convertirlo, sin más, en una «unión civil» cuando dicho matrimonio «cruza la frontera», suscita esos problemas.

Cuarto inconveniente: la solución es nacionalista y legeforista, porque sólo admite las categorías jurídicas y las instituciones del Derecho nacional (= *Lex Fori*): el mundo entero debe «adaptarse» al Derecho nacional, a las categorías de la *Lex Fori*. Lo que no encaja en tales categorías se elimina como tal del mundo jurídico. Exterminado.

Quinto inconveniente: si el Estado miembro de destino no dispone de ninguna categoría que pueda «absorber» al menos los efectos principales del matrimonio entre personas del mismo sexo válidamente celebrado en otro Estado miembro, este primer mecanismo no sirve. Ejemplo: en Italia no existe, a nivel estatal, una legislación sobre «uniones civiles». Por supuesto, tampoco dispone de matrimonios entre personas del mismo sexo. Así que resultará imposible «adaptar» a las categorías nacionales (= ¿a cuáles?), los efectos de un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado válidamente en Bélgica, Holanda o España. En dicho caso, el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en alguno de estos Estados miembros, «desaparece» si los cónyuges, por ejemplo, se trasladan a vivir a Italia. Ni siquiera podrán ser «degradados» a una «unión civil», porque dicha figura no existe en Italia.

33. Segundo mecanismo: el «orden público internacional atenuado». Esta solución fue propuesta, ya en el siglo XIX, por L. V. BAR y A. PILLET y fue impulsada con fuerza por PH. FRANCESCAKIS en el marco de los «conflictos de sistemas» (32). Estos autores subrayaron que las «relaciones jurídicas legalmente nacidas y creadas en un país extranjero» con arreglo a sus Leyes, producen «distintos efectos». En esta línea, los «efectos nucleares» de tales situaciones jurídicas deben estimarse contrarios al orden público internacional del país cuyas autoridades conocen del asunto, pero otros «efectos periféricos» de dichas situaciones no deben estimarse contrarios a tal orden público internacional. Ello parece lógico, porque la situación jurídica (= el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España) es una situación jurídica «alejada» del país cuyas autoridades conocen del asunto, por lo que la intervención del orden público internacional debe limitarse sólo a los «efectos nucleares» derivados del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado válidamente en España. Los demás efectos, los «efectos periféricos» del matrimonio entre personas del mismo sexo «sobreviven» en otros países aunque las legislaciones de tales países no admitan tales matrimonios. La teoría ha sido acogida en diversos países europeos, como Francia y España (STS de diciembre de 1963, STS de 13 de marzo de 1969, STS de 12 de julio de 1969, RDGRN de 3 de diciembre de 1996 y RDGRN [3.^a] de 20 de febrero de 1997, RDGRN de 10 de octubre de 2005), especialmente en relación con los distintos efectos jurídicos que producen en Europa los matrimonios poligámicos válidamente celebrados en otros países pero que plantean cuestiones jurídicas en España. La teoría presenta ventajas. En pri-

(32) PH. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, París, 1958, págs. 189-203; Id., «Nota sent. Rabat de 24 de octubre de 1950», en *RCDIP*, 1952, pág. 89; Id., «Nota sent. París de 7 de julio de 1954», en *RCDIP*, 1954, pág. 582 y sigs.; Id., «Conflits de lois (Principes généraux)», en *E. Daloz DI*, vol. I, París, 1968, págs. 470-497.

mer lugar, se refuerza la «seguridad jurídica de los particulares afectados» (P. MAYER/V. HEUZÉ) (33), pues con el simple «cruce de frontera» la situación jurídica no se evapora totalmente. En segundo lugar, se acepta la situación jurídica extranjera, como tal, hasta donde es posible (= el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado válidamente en España seguirá siendo «matrimonio» en Francia, por ejemplo), pero sin «degradarla» ni «transformarla» artificialmente en otra institución jurídica (= por ejemplo, en una «unión civil», que es algo que el matrimonio no es): el matrimonio «español» entre personas del mismo sexo no se «nacionaliza» ni acaba convertido obligatoriamente en una «unión civil registrada francesa» (PaCS).

Sin embargo, para que esta tesis funcione correctamente, es preciso perfilar, al menos, dos aspectos:

Primero: es complejo distinguir entre «efectos nucleares» y «efectos periféricos» de la situación jurídica legalmente creada en un Estado, es nebulosa y difícil de concretar. Ejemplo: ¿se estimará que un varón francés casado legalmente en España con otro varón francés es un «cónyuge» a efectos de alimentos, de divorcio, de responsabilidad parental, a efectos fiscales, de pensión de viudedad, etc.? ¿Qué efectos jurídicos son «nucleares» y qué efectos jurídicos son «periféricos»? En la práctica europea relativa a los matrimonios poligámicos la respuesta suele ser la siguiente: los matrimonios poligámicos no pueden celebrarse en Europa ni pueden inscribirse en los Registros Civiles europeos, pero, en general, todos los demás efectos jurídicos derivados de tales matrimonios son aceptados (= alimentos, pensión de viudedad, beneficios fiscales, los hijos ostentan una filiación «matrimonial», etc.). Pues bien, en relación con los efectos jurídicos en otros países de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en España, Bélgica y Holanda, la solución podría ser semejante: tales «matrimonios» no podrán celebrarse en países que no admiten dichos enlaces (= incluso aunque la Ley personal de los contrayentes lo permita), ni tampoco podrán inscribirse en los Registros Civiles oficiales de dichos países, pero se admitirá el resto de los efectos jurídicos que surte este «matrimonio». Los «cónyuges» seguirán siendo «cónyuges». Y ello impedirá, por ejemplo, que dos italianos con residencia habitual en Madrid, casados válidamente en España, sean considerados «solteros» en Italia y puedan contraer nuevo matrimonio en Italia con otra persona sin haber disuelto previamente su matrimonio anterior. Que no cunda el pánico: no hay peligro de bigamia.

Segundo: el simple «cruce de frontera», sin más, no debe activar el «orden público internacional atenuado» de los Estados miembros que no admiten los matrimonios entre personas del mismo sexo. Dicho orden público

(33) P. MAYER/V. HEUZÉ, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 8.^a ed., 2004, págs. 149-154.

internacional, aunque sea «atenuado», no debe ponerse en acción en relación con los matrimonios entre personas del mismo sexo que están completa e íntegramente «instalados» en otro Estado miembro, Estado miembro en el que el matrimonio «tiene su base» (= «*the country where the marriage is based*») (34). Ejemplo: dos varones españoles casados entre sí que se trasladan de simple viaje turístico a Grecia y allí tienen ciertos problemas legales, deben ser considerados «cónyuges» a plenos efectos, porque su «contacto» con la sociedad griega y con Grecia es puramente accidental y ocasional. Sólo cuando la «base del matrimonio» no radica completa y permanentemente en un solo Estado miembro, será posible activar el «orden público internacional» de «otro Estado miembro». Ejemplo: dos varones holandeses residen en Amsterdam, pero pasan largas temporadas, unos cuatro meses al año en Italia, donde tienen propiedades inmuebles y otros negocios. En este caso, la intervención del orden público internacional atenuado italiano está justificada, porque el matrimonio entre personas del mismo sexo no tiene su «base única y exclusiva» en Holanda. Ésta parece ser la opinión del TJCE en relación con otras instituciones, en las que se ha procurado que las excepciones no devoren la regla general y que ésta se aplique del modo más generoso posible. Las excepciones, posibles, que el TJCE ha considerado, han sido confinadas a una utilización exclusiva en «casos muy extremos». Así se aprecia en lo relativo a las «sociedades mercantiles» (= la trilogía formada por la STJCE de 9 de marzo de 1999, *Centros*, la STJCE de 5 de noviembre de 2002, *Überseering*, y la STJCE de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art*, indica que una sociedad válidamente constituida y existente en un Estado miembro debe considerarse como válidamente constituida y existente también en los demás Estados miembros), y en relación con el «derecho al nombre de las personas físicas» (= la STJCE de 30 de marzo de 1993, *Konstantinidis* y la STJCE de 2 de octubre de 2003, *García Avello*, llevan a concluir que el nombre de una persona física atribuido con arreglo al Derecho de un Estado miembro debe ser aceptado «tal cual» por los demás Estados miembros). En estas parcelas del Derecho, el TJCE ha declarado que las libertades comunitarias no pueden ser frenadas, sin más, a través de expedientes como el «orden público internacional», el «fraude de Ley», el «abuso de Derecho» u otros. Una *rule of reason* es precisa. Si estas decisiones del TJCE se leen entre líneas, se descubre que el TJCE lanza un aviso a navegantes (= los órganos legislativos de la Comunidad Europea y los Estados miembros) para que, si se desean establecer «límites a las libertades comunitarias», ello se haga mediante la elaboración de normas comunitarias que así lo recojan.

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

34. Queda un último interrogante. En países como Alemania y el Reino Unido existe una unión civil («*civil partnership*») prevista para sujetos del mismo sexo que produce en la práctica, efectos jurídicos muy similares a los que surte el matrimonio tradicional entre varón y mujer. Se trata de un «matrimonio» que no tiene el nombre de «matrimonio» y que está previsto, exclusivamente, para sujetos del mismo sexo que no pueden, por dicha razón, acceder al matrimonio. Pues bien, la pregunta ahora es: ¿qué efectos surten en España dichas «uniones civiles»? ¿Serán tratados los convivientes como «cónyuges» en España a efectos, por ejemplo, de pensiones de seguridad social o de custodia de hijos comunes, etc.? Supóngase que dos ingleses *partners* de una unión civil inscrita en Inglaterra residen habitualmente en España. Uno de ellos, cuya fortuna ha venido a menos, solicita alimentos al otro sujeto. La Ley que rige la reclamación de alimentos es la Ley española, pues la Ley del país en el que se encuentra la residencia habitual del acreedor de alimentos (= España en este caso), rige la cuestión a tenor del artículo 4 del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 (Ley aplicable a las obligaciones de alimentos). Este Convenio es aplicable para determinar la Ley aplicable a las «obligaciones alimenticias que se derivan de las relaciones de familia, parentesco, afinidad o matrimonio, comprendidas las obligaciones alimenticias respecto de un hijo no legítimo» (art. 1). Buena parte de la doctrina entiende que el Convenio es aplicable para concretar la Ley aplicable a los alimentos que pueden reclamarse los integrantes de una «pareja de hecho», pues ésta es una modalidad de «relaciones de familia» (H. GAUDEMEL-TALLON, A. DEVERS, K. SIEHR, R. HAUSMANN, D. HENDRICH, M. ANDRAE, H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, F. GUILLAUME, D. GIRSBERGER/L. DROESE) (35). En suma: la Ley española rige los alimentos entre estos dos sujetos. Y la Ley española decidirá qué personas pueden reclamar alimentos y en qué cuantía a otros concretos individuos. Pero es que resulta que el artículo 143 del Código Civil español indica que: «[e]stán obligados a darse alimentos (...): 1.º Los cónyuges (...).». Pregunta: ¿son «cónyuges» los dos *partners* ingleses que residen habitualmente en España? Porque «cónyuges»,

(35) H. GAUDEMEL-TALLON, «La désunion du couple en Droit international privé», en *RCADI*, 1991, vol. 226, págs. 9-206, esp. pág. 164; A. DEVERS, «Le concubinage en droit international privé», en *LGDJ*, París, 2004. En general, sobre esta problemática, vid. F. HERZLEDER, «Les obligations alimentaires en droit international privé conventionnel», en *LGDJ*, París, 1985; F. MAROUNGI BUONAIUTI, «Obbligazioni alimentari, rapporti patrimoniali tra coniugi e litispendenza tra i regolamenti Bruxelles I e Bruxelles II», en *RDIPP*, 2005, págs. 699-722; D. MARTINY, «Maintenance Obligations in the Conflict of Laws», en *RCADI*, 1994, vol. 247, págs. 131-290; M. VERWILGHEN, «Contribution à l'étude historique du Droit international privé des obligations alimentaires», en *Mélanges R. Vander Elst*, t. II, Bruselas, 1986, págs. 863-883; Id., «Actes et documents de la Douzième session», vol. IV, *Conférence de La Haye de Droit international privé*, 1972, págs. 383 y sigs. (informe explicativo del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, sobre la Ley aplicable a las obligaciones de alimentos).

lo que se dice «cónyuges», no lo son en Derecho inglés... ¿Son un «matrimonio» en España? ¿Pueden «activar» el artículo 143 del Código Civil?

Como subraya A. DEVERS, las «uniones civiles registradas» en Registros Públicos extranjeros deben regirse por la Ley del país en cuyos Registros Públicos específicos se ha inscrito por primera vez dicha «unión no matrimonial» (= Ley de origen de la unión civil, Ley con arreglo a la cual se constituyó la «unión civil») (36). Dicha Ley determina la existencia de la «unión civil», los derechos y deberes de los convivientes, su *status jurídico* como tales convivientes y la disolución de la «unión civil». Este criterio se sigue en DIPr alemán (Ley de 6 de febrero de 2001), en DIPr finlandés, y en DIPr belga (art. 60 del Código DIPr de 2004).

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

35. El mecanismo del «orden público internacional atenuado» es, sin duda, un mecanismo más respetuoso con el Derecho Comunitario que la «nacionalización de instituciones jurídicas». Pero ninguno de ellos es plenamente satisfactorio. En alguna medida, el matrimonio entre personas del mismo sexo, celebrado válidamente en España, por ejemplo, deja de ser tal «matrimonio» con «plenos efectos» en otros países que no admiten dichos enlaces. Por ello se puede avanzar un paso más en esta reflexión y se pueden sugerir nuevas soluciones. La solución definitiva para evitar que los «cambios de Ley aplicable» provoquen obstáculos a las libertades comunitarias es sencilla: las autoridades comunitarias deben elaborar «normas uniformes» de DIPr válidas para todos los Estados miembros. De ese modo, una situación existente y válida en un Estado miembro será siempre considerada existente y válida en los demás Estados miembros, pues el «cruce de frontera» no implicará ningún «cambio de Ley aplicable». Por eso, la comunitarización del DIPr no es exclusivamente un capricho de los burócratas y de los políticos de Bruselas. No es sólo un proceso

(36) A. DEVERS, «Le concubinage en droit international privé», en *LGDJ*, París, 2004, págs. 353-359.

político de transferencia de competencias legislativas desde los Estados miembros a las autoridades comunitarias. La comunitarización del DIPr es mucho más que eso: es, fundamentalmente, una exigencia de la integración europea, una necesidad de los ciudadanos de la Unión Europea, como ha subrayado la doctrina (37). Pues bien: un Reglamento Comunitario relativo a la Ley aplicable al matrimonio entre personas del mismo y diferente sexo que fijara normas de conflicto uniformes sobre la cuestión sería el primer paso para la construcción de la solución a la cuestión. El segundo paso vendría constituido por ciertos «límites a la libre circulación de personas», algo que está admitido por el mismo artículo 18.1 TCE. Por ejemplo, un futuro e hipotético Reglamento comunitario sobre la Ley aplicable al matrimonio y su reconocimiento, podría contener una cláusula que permitiera a ciertos Estados miembros no «reconocer» los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados válidamente en otro Estado miembro pero fuertemente conectado con el Estado miembro de destino. Tales límites sólo deberían permitir la acción del orden público inter-

(37) S. BARIATTI, «Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario», en *RDIPP*, 2003, págs. 671-706; J. BASEDOW, «The communitarisation of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam», en *CMLR*, 2000, pág. 687 y sigs.; Id., «European Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam», en P. J. BORCHERS/J. ZEKOLL (Eds.), *Essays F. K. Juenger*, Nueva York, 2001, págs. 175-192; K. BOELE-WOELKI, «Unification and Harmonisation of Private International Law in Europe», en *Liber Amicorum K. Siehr*, TMC Asser Press, The Hague, 2000, págs. 61-77; TH. M. DE BOER, «Prospects for European Conflicts Law in the Twenty-First Century», en *Essays F. K. Juenger*, Nueva York, 2001, págs. 193-214; S. BRUINIER, *Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das internationale Privatrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; A.-L. CALVO CARAVACA, «El DIPr de la Comunidad Europea», en *International Law. Revista colombiana de Derecho Internacional*, núm. 2, diciembre de 2003, págs. 277-300; H. GAUDEMET-TALLON, «De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne», en *Estudos Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, págs. 159-185; H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, «The EU and a metamorphosis of Private International Law», en *Essays P. North*, Oxford UP, 2002, págs. 111-136; CH. KOHLER, «Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam», en *RCDIP*, 1999, págs. 1-30; P. LAGARDE, «Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures», en *RabelsZ*, 2004, págs. 225-243; S. LEIBLE/A. STAUDINGER, «El artículo 65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del DIPr y procesal?», en *AEDIP*, vol. I, 2001, págs. 89-115; PH.-E. PARTSCH, *Le droit international privé européen de Rome à Nice*, Bruxelles, Lacier, 2003; P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e Diritto comunitario*, Cedam, Padova 2004; F. POCAR, «La comunitarizzazione del DIPrivate: una european conflict of laws revolution», en *RDIPP*, 2000, págs. 873-884; F. VIANGALLI, *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, Aix-en Provence, 2004; R. WAGNER, «EG-Kompetenz für das Internationale Privatrecht in Ehesachen?», en *RabelsZ*, 2004, págs. 119-153; K. WANDEMACHER, *Die Aussenkompetenzen der EG im Bereich des Internationalen Zivilverfahrensrechts: des räumliche Anwendungsbereich des Art. 65 EGV am Beispiel der EuGVO und der EheVO*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; M. WILDERSPIN/A.-M. ROUCHAUD-JOËT, «La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé», en *RCDIP*, 2004, págs. 1-48.

nacional en la medida en la que fuera estrictamente necesario para salvaguardar el interés general del Estado de destino.

RESUMEN

MATRIMONIO MISMO SEXO

Ciertos Estados miembros de la UE admiten la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Existe una tendencia generalizada en favor de la aplicación a estos enlaces, del Derecho del Estado miembro que los permite (Lex Magistratus). Esta tendencia, que sintoniza con el jus connubi, presenta problemas cuando los cónyuges se instalan en otros Estados miembros y desean «hacer valer» su matrimonio válidamente celebrado en otro Estado miembro que no admite estos matrimonios. La regla del «mutuo reconocimiento de situaciones jurídicas» puede coadyuvar a proteger la libre circulación de personas en la UE, un derecho fundamental recogido por el mismo artículo 18 del Tratado de la Comunidad Europea.

ABSTRACT

SAME-SEX MARRIAGE

Certain Member States of the EU admit the possibility of same-sex marriages. There is a widespread trend toward applying to such unions the law of the Member State permitting them (lex magistratus). This trend, which is in tune with jus connubi, presents problems when the spouses set up house in other Member States that do not admit same-sex marriages and there they wish to «enforce» their marriage, which was validly performed in another Member State. The rule of mutual recognition of legal situations can help protect the free movement of persons in the EU, a fundamental right stated right in article 18 of the Treaty establishing the European Community.

(Trabajo recibido el 29-12-06 y aceptado para su publicación el 8-2-07)