

**DIMENSIÓN INTERNACIONAL DEL MATRIMONIO ENTRE  
PERSONAS DEL MISMO SEXO:  
LO QUE EL OJO DEL LEGISLADOR ESPAÑOL NO VIO**

**Dr. Santiago Álvarez González**  
Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad de Santiago de Compostela

*“Mariage vaut mariage”*  
Leo Raape, 1934

**I. INTRODUCCIÓN**

Poco después de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, tuve la ocasión de reflexionar sobre la trascendencia que para las situaciones privadas internacionales habría de tener la introducción en España de la posibilidad de que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio<sup>1</sup>. Algunas de las observaciones que entonces realicé conservan hoy todo su valor. Por ello, apenas las modificaré en esta exposición que aborda el mismo tema desde el sosiego que proporcionan los tres años de aplicación no traumática de la ley y desde la perspectiva de los problemas que se han ido planteando dentro y fuera de España, en relación con esta nueva realidad. Ello me permitirá ratificar alguno de mis puntos de vista, creo que entonces originales, con ejemplos extraídos de la práctica comparada (apartados V o IX, por ejemplo); incidir en problemas entonces sólo imaginados, apoyándome ahora en la práctica de la DGRN (apartado IV); o introducir un, parece que ineludible (a pesar de lo que diré en su momento), apartado sobre adopción internacional y matrimonio homosexual (XII), a la luz de también nuevos hechos y opiniones: el que supone la entrada en vigor de la Ley 54/2007, de adopción internacional, y la doctrina de la DGRN. En el resto de los desarrollos, aun siguiendo en lo esencial mis anteriores planteamientos, me esforzaré en exponerlos desde otro punto de vista (quizá más divul-

---

<sup>1</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El impacto de la admisión del matrimonio de homosexuales en el Derecho español: perspectiva internacional”, *Matrimonio homosexual y adopción. Perspectiva nacional e internacional*, (S. Navas Navarro, Directora) Madrid, Ed. Reus, 2006 pp. 45-73.

gativo) introduciendo para ratificarlos o rectificarlos ejemplos, experiencias y opiniones ajenas de los que entonces no disponía.

Durante mi exposición haré alusión indistintamente a matrimonio homosexual y a matrimonio entre personas del mismo sexo para referirme a la misma realidad (en puridad, matrimonio entre personas del mismo sexo).

## II. EL PREVISIBLE LEGISLADOR Y LA AUSENCIA DE REGULACIÓN SATISFACTORIA

Si dentro del confortable ámbito de lo conocido y de lo doméstico, el legislador español no fue capaz de prever las consecuencias para el sistema de sus legislativos actos<sup>2</sup>, exigirle que hubiera tenido en cuenta la dimensión internacional habría sido una misión imposible<sup>3</sup>. Probablemente no se planteó ni siquiera que la nueva normativa tuviese una dimensión internacional. La misma lógica miope aplicada al Derecho civil (“basta cambiar cuatro palabras y dos comas”) contaminó el resto de los aspectos jurídicamente relevantes: allí donde antes se leía matrimonio, a partir de ahora se lee matrimonio entre personas de idéntico o distinto sexo. Tal opción, que se mueve en el estricto plano del sistema jurídico, chocó prontamente con la realidad, también jurídica, de los matrimonios internacionales y con una de sus características más viejas: la posibilidad de aplicar un *Derecho extranjero* a determinados aspectos directamente vinculados a la celebración del matrimonio o para los que la existencia de un matrimonio es un *prius*. Pro-

---

<sup>2</sup> M. P. GARCÍA RUBIO, “El matrimonio entre personas del mismo sexo en España”, *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del s. XXI. Carlos Lasarte (ed.)*, Madrid, Ed. El Derecho, 2006, pp. 71–86; ID., “La modificación del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2005, pp. 1118-1131; los problemas identificados en este trabajo han servido de esquema argumentativo en otros posteriores como el de C.I. ASÚA GONZÁLEZ, “El matrimonio hoy: sus perfiles *ad intra* y *ad extra*”, *Teoría Derecho, Revista de pensamiento jurídico*, 2/2007, pp. 6-27.

<sup>3</sup> Aspecto llamativo, pues ni el ordenamiento jurídico español era el primero en abordar el tema, ni estábamos ayunos de trabajos que ponían de manifiesto problemas y soluciones: por ejemplo, un año antes de la ley, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2004. No rebaja la crítica el hecho de que otros legisladores se comporten del mismo modo: el legislador francés tampoco fue capaz de prever la avalancha de supuestos internacionales provocados por la introducción del *Pacte civil de solidarité* (PaCS), según relata M. REVILLARD, “Les unions hors mariage. Regards sur la pratique de droit international privé”, *Des concubinages. Études offertes à Rubellin-Devichi*, Litec, 2001, pp. 578-599, p. 578, en referencia que he tomado de A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional. Actos públicos y hechos (o actos jurídicos) en el Derecho internacional privado*, Barcelona, 2007, p. 33, nota 42.

bablemente, la *no opción* del legislador hubiera sido coherente y eficaz, de contar el sistema anterior a la ley (y actual, pues es el mismo) con unas soluciones coherentes y eficaces para el matrimonio “heterosexual”; mas el intocado sistema de DIPr planteaba, ya antes de la Ley 13/2005, problemas en relación con el matrimonio internacional<sup>4</sup>, sobre los que las situaciones de contrayentes o cónyuges de igual sexo han actuado como un cristal de aumento.

Como resulta evidente, el hecho de que el legislador no se plantee los problemas no hace que estos no existan. Algunos se materializaron de forma inmediata al poco de la entrada en vigor de la ley: los relativos a la celebración del matrimonio. Otros, menos mediáticos, se plantean de manera sorda y cotidiana: las dificultades de aplicar una normativa convencional (tratados internacionales) o comunitaria, concebida para matrimonios heterosexuales a los matrimonios entre personas del mismo sexo; las dificultades que genera la aplicación a este tipo de matrimonios de leyes extranjeras (por ejemplo a la sucesión por causa de muerte, a la obligación alimenticia...) desconocedoras del matrimonio entre personas de igual sexo; las dificultades que tienen los cónyuges del mismo sexo casados en España (también en otros países donde se admite dicho matrimonio) para que su estatus sea reconocido en el extranjero...

A decir verdad, alguno de estos problemas escapaba a la previsión del legislador español; no tener conciencia de ellos no trae consecuencias más nocivas que ser plenamente consciente. Tal es el caso del reconocimiento en el extranjero de matrimonios celebrados en España. Otros dependen directamente de nuestro sistema jurídico y en él deberían encontrar respuestas. En las consideraciones que siguen los describiré y, si cuadra, expondré las soluciones que han recibido o que podrían recibir.

---

<sup>4</sup> La situación mostraba ya el divorcio existente entre lo que la ley señala (arts. 9.1 y 49 y 50 del Cc), la interpretación oficial de la misma (fundamentalmente a través de la práctica de la DGRN) y la realidad. Parte de la doctrina denunció las incoherencias de aplicar la ley nacional a todos los aspectos de capacidad y consentimientos necesarios, tal cual reitera aún la interpretación oficial; situación que se acomoda tan poco a la realidad de las cosas que en definitiva la regla rectora de la validez del matrimonio es una implícita *lex loci celebrationis*, con ciertas concesiones a la ley nacional en materia de capacidad (entendida esta en sentido estricto) y un tratamiento de los matrimonios celebrados en el extranjero en clave de reconocimiento de su validez. Vid. in extenso P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Navarra, Aranzadi, 2002; R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, De conflictu legum, núm. 6, Santiago de Compostela, 2004.

### III. LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO. LA DGRN Y EL “DIAGNÓSTICO DIFERENCIAL”

La entrada en vigor de la Ley 13/2005 motivó de inmediato una avalancha de problemas en relación con la posibilidad de que contrajesen matrimonio ante autoridad española personas del mismo sexo, cuando una de ellas (o las dos) fuesen nacionales de un país donde tal posibilidad no se reconoce. Los medios de comunicación se hicieron amplio eco de un primer caso controvertido en Canet de Mar (solicitud de matrimonio entre varones español e indio de la India)<sup>5</sup>, al que, al parecer, siguieron otros muchos<sup>6</sup>. Aunque las primeras noticias, a raíz del caso de Canet de Mar, indicaban que la DGRN estudiaría “caso por caso” los recursos de las parejas homosexuales, lo cierto es que optó, con buen criterio, a mi juicio, por emitir una opinión general que pudiera servir para la gran mayoría de supuestos que llegasen a plantearse<sup>7</sup>. La opinión del Centro Directivo se concretó en la Resolución-Circular de la Dirección General de Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005<sup>8</sup>. La doctrina de esta Resolución viene a decir, liberada de matices, que cuando una autoridad española posea competencia para la celebración del matrimonio, éste se podrá celebrar con independencia del sexo de los contrayentes y con independencia de su nacionalidad, su residencia habitual, su domicilio o su color de pelo.

Cual si se tratase de un paciente con una desconocida enfermedad (la discutida posibilidad de celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo, siendo uno o los dos contrayentes extranjeros), la Resolución aborda un “diagnóstico diferencial” al modo del conocido Doctor House, mas con un peculiar resultado: se aceptan un sinnúmero de diagnósticos con sus correspondientes terapias y se ofrecen *todas ellas* destinadas a lo que se entiende que es salvar al enfermo: afirmar la posibilidad de celebración del matrimonio a toda costa. Esto también ocurre, de vez en cuando, en la ficción televisiva; pero sólo cuando no se sabe qué tiene el enfermo (y recordemos que se trata de ficción). En el caso de la DGRN hay que reconocerle

---

<sup>5</sup> Cuya respuesta oficial motivó la *Res. DGRN de 26 de octubre de 2005* (BOE 31 de diciembre de 2005).

<sup>6</sup> J. M. DÍAZ FRAILE expone gráficamente la avalancha de problemas que surgieron de inmediato y llegaron a la DGRN, tras la entrada en vigor de la Ley (J. M. DÍAZ FRAILE, “Exégesis de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la reforma del Código civil en materia de matrimonio introducida por la Ley 13/2005, de 1 de julio”, *Diario La Ley*, núms. 6449 y 6450, de 27 y 28 de marzo de 2006).

<sup>7</sup> *Vid.* la información aparecida en el *Diario de Noticias de La Ley*, de 7 de julio de 2005, citando fuentes del Ministerio de Justicia.

<sup>8</sup> BOE, 8 de agosto de 2005.

una loable finalidad y una eficaz respuesta, aunque el cóctel de pastillas (argumentos jurídicos) sea intragable: por seguir con el símil médico, se suministra simultáneamente al paciente un anticoagulante, un coagulante y fármacos con efectos inmunosupresores, como la ciclofosamida y los corticosteroides (por si acaso es lupus).

Ya me he pronunciado en otros momentos sobre las bondades y las maldades de la Resolución<sup>9</sup>, por lo que ahora sólo las recordamos, remitiéndome a opiniones pretéritas para mayor desarrollo de las mismas. En positivo, la DGRN tuvo la virtud de cortar de un plumazo las dudas de cuantos interesados, particulares y autoridades, se enfrentaban al incómodo panorama de negar la autorización para contraer matrimonio a dos hombres o dos mujeres por el hecho de poseer la nacionalidad de un país que no admite el matrimonio entre personas del mismo sexo. La respuesta fue, además, rápida y pacificadora<sup>10</sup>. Y el tenor de la misma (irrelevancia del sexo de los contrayentes también para la dimensión internacional) infranqueable: las posibilidades de oposición de quienes no estén de acuerdo con ellas son mínimas y pasan por los tribunales de justicia. Es una respuesta que se da a quienes quieren contraer matrimonio y no a quienes no quieren contraerlo; es una respuesta positiva, que vincula al Encargado del Registro Civil en su función de tal<sup>11</sup> y que, en última instancia, será la que dará la

---

<sup>9</sup> Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más crítica”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2007, pp. 1531-1538. Una visión absolutamente favorable a las tesis de la Resolución Circular la proporcionan A.L. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado”, *La Ley*, núm. 6391, de 2 de enero de 2006; *id.*, “Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la resolución-circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2007, 2006, pp. 671-717. Moderadamente críticos, R. ARENAS GARCÍA, “La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración del matrimonio en los supuestos internacionales”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado (AEDIPr)*, t. V, 2005, pp. 351-371; S. SÁNCHEZ LORENZO, “Nota a la Ley 13/2005”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 509-515; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Spain. Private international law problems relating to the celebration of same-sex marriages: DGRN of 29 July 2005”, *Yearbook of Private International Law*, 2006, pp. 299-306.

<sup>10</sup> Como señala alguno de sus exegetas, la Resolución, junto con la práctica de la DGRN que sigue su estela, en general ha *pacificado* la situación (J. M. DÍAZ FRAILE, I, *loc. cit.*).

<sup>11</sup> Por más que haya habido resistencia entre la Judicatura: uno de los argumentos de la Jueza Encargada del Registro Civil de Denia (no sabemos si la misma que interpuso la cuestión de inconstitucionalidad desestimada por Auto TC 505/2005 de 13 de diciembre (disponible en <http://www.tribunalconstitucional.es/>) para denegar la autorización del matrimonio entre dos suizos varones fue que la referida Instrucción “es una instrucción ilegal, que contraviene lo establecido en la Ley, en concreto, vulnera el artículo 9.1 Cc y el art. 117 CE, ya que el artículo 9 LRC debe entenderse derogado por la misma Constitución Española de

propia DGRN ante cualquier incidencia en el expediente previo matrimonial, así que ¿quién va a impugnar en estos términos la Resolución? La propia normativa registral deja poco margen a otros interesados distintos de los contrayentes (aunque realmente no puedan excluirse). La práctica, hasta el momento, atestigua esta placidez<sup>12</sup>.

En negativo, la DGRN interpreta el sistema y lo hace mal. Trata de ofrecer tantos diagnósticos favorables que confunde: parece que el fin haya justificado los medios y los medios, argumentalmente hablando, son deplorables. Por supuesto, no puede descartarse que, como consecuencia de cualquier litigio de los muchos para los que el matrimonio supone un *prius*, un juez tenga que enfrentarse con la validez de un matrimonio celebrado en España o en el extranjero con un elemento de internacionalidad entre personas del mismo sexo y entrar a fondo en la aplicación del sistema de DIPr, sin estar vinculado por esta Resolución: piénsese, por ejemplo, en un litigio sucesorio en el que, mediando el vil metal, los hijos del causante afirman la nulidad de su matrimonio porque la ley nacional de uno de los cónyuges (o de los dos) no admitía tal tipo de matrimonios. Dichos hijos, lejos de alambicados artificios aducen con simpleza que en Derecho español “la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad” y que “dicha ley regirá la capacidad y el *estado civil*, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”. Que eso no se lo han inventado y que es lo que establece el artículo 9.1 del Código civil español (antes y después de la Ley 13/2005). Dicen que, además, esa misma ley aplicable, por hipótesis la francesa (que también es la suya), es la que regula la sucesión; y que, según la ley francesa, su padre, que, aunque poseía un cierto capital inmobiliario en España, siempre vivió en Francia (sólo vino a

---

1978, pues los Jueces y Magistrados a los que está atribuido el Registro Civil son integrantes del Poder Judicial y, por tanto, son independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley, lo que impide que la Administración pueda dictar instrucciones a tales Jueces y Magistrados” (extracto de la *Res. DGRN de 23 de noviembre de 2006*, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2056, pp. 208-215 (pp. 782-789, de la paginación global)).

<sup>12</sup> No podría ser de otro modo, al menos ante la DGRN: las resoluciones que han dado cumplida respuesta a los recursos interpuestos no hacen sino reproducir extensamente párrafos literales de la Resolución Circular y dar la razón a los que quieren casarse y se han encontrado con algún Encargado del Registro Civil quisquilloso. *Vid.* citada *Res. DGRN de 26 de octubre de 2005* (matrimonio de un varón indio y un varón español); *Res. DGRN núm. 4/2006 de 7 abril de 2006*, RJ\2007\3357 (matrimonio de un varón español con un varón portugués); *Res. DGRN núm. 6/2006 de 1 junio de 2006*, RJ\2007\3175 (matrimonio de dos nacionales británicos); *Res. DGRN, núm. 6/2006 de 10 noviembre de 2006*, RJ\2008\716 (matrimonio de dos nacionales británicos); citada *Res. DGRN de 23 de noviembre de 2006* (matrimonio de dos varones suizos).

España para contraer matrimonio con su presunto cónyuge, también francés y domiciliado en España en el momento de la celebración del matrimonio), no está casado con nadie, puesto que su madre (anterior/única cónyuge) murió y el matrimonio celebrado en España es inexistente para la legislación francesa, que es, por otro lado, la que determina quiénes son los herederos (art. 9.8 Cc)<sup>13</sup>. Y ya está el lío.

A mi juicio, caben, Derecho positivo en mano, dos opciones: considerar que efectivamente el matrimonio es nulo o no existe (puesto que esa sería la calificación para el Derecho francés), lo cual situándonos en este mismo epígrafe significaría que no debió autorizarse; o bien, considerar que la ley francesa que no admite el matrimonio entre personas del mismo sexo vulnera el orden público español (art. 12.3 del Código civil) y que, por tanto no es aplicable al caso, a pesar de la llamada del art. 9.1 Cc<sup>14</sup>. Probablemente esta segunda sea la opción más respetuosa con el sistema positivo<sup>15</sup>. Y en relación con este último aspecto me gustaría llamar la atención sobre la situación, no sé si paradójica, aunque sí llamativa, a la que nos conduce este tipo de razonamiento: si un varón francés quiere casarse con un varón español en España, podrá hacerlo, pues la ley francesa la rechazaríamos por vulnerar el orden público español; pero si un francés quiere casarse con su sobrina nieta española en España, en aplicación de la ley francesa (a las condiciones para poder contraer matrimonio del francés) deberíamos rechazar la autorización del matrimonio<sup>16</sup>, por más que tal impedimento no exista en España, ya que no creo que tal condición vulnere dicho orden público. ¿Dónde la lógica?

Concluiré con una idea simple para el lector que no quiera salirse de estas consideraciones buscando un mayor arsenal argumental en las que he citado: de entre la variadísima oferta de la DGRN para abordar jurídicamente el tema, parece hacer fortuna la que señala que la identidad o diversidad de sexos es “un elemento estructural u objetivo de la institución matrimonial” y no una cuestión de capacidad; puede decirse que, por ello, es una cuestión de contenido (o de ley aplicable al contenido en el caso de los

---

<sup>13</sup> Eludo matizaciones que pueden resultar importantes para el ejemplo y que pueden descubrirse en E. FONGARO, “Le mariage homosexuel à l’épreuve du droit international privé. À propos de la réponse ministérielle du 26 juillet 2005”, *Journal du droit international*, 2006, vol. 133, pp. 477-510.

<sup>14</sup> Más extensamente S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Matrimonio entre personas del mismo sexo...”, *loc. cit.*

<sup>15</sup> También A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo”, *RJC*, 2005, pp. 1171-1187.

<sup>16</sup> Tal parece ser la interpretación aceptada en Francia a propósito del art. 163 CCF.

matrimonios internacionales). Todo ello es cierto. Pero no creemos convincentes ni la derivada que la DGRN hace, sin más, a favor de la ley española<sup>17</sup>, ni la más articulada construcción que elude la aplicación del artículo 9.1 Cc en favor de la *lex auctoritatis*<sup>18</sup>. Todo matrimonio celebrado en España es un matrimonio en el que el elemento estructural del sexo de los contrayentes es irrelevante, sí; pero *de ello* no deriva *necesariamente* que deba autorizarse la celebración del matrimonio en todo caso. *Lógicamente* es tan aceptable que no se autorice la celebración de un matrimonio entre dos primos si lo impide su ley personal, o la celebración de un matrimonio entre personas menores de edad si son incapaces según su ley personal y no obtienen el consentimiento de sus padres o tutores<sup>19</sup>, como que no se autorice la celebración del matrimonio de dos italianos varones en España. Cosa distinta es que sea aceptable a la luz de los valores implicados: con el sistema de DIPr en la mano, parece que el viaje de ida y vuelta a la ley nacional de los cónyuges y de esta (si no prevé el matrimonio entre personas del mismo sexo) a la española, es la vía más respetuosa con la letra de la ley, por más que en el momento actual sea un viaje que haya que recorrer en la

---

<sup>17</sup> Derivada apreciable en la Resolución Circular (punto VII de la misma), con enumeración de hasta siete “argumentos” avalistas de tal solución, a los que en los últimos tiempos se añade uno más atractivo, pero igualmente “alegal”: considerar que la ley española se aplica a título de ley más estrechamente vinculada o “...*principio de vinculación más estrecha*” con la ley española, por supuesto (citada Res. DGRN 7ª de 23 de noviembre de 2006).

<sup>18</sup> Con contundencia P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Spain. Private international law problems...”, *loc. cit.*, pp. 305-306 y en esta misma obra, “Las uniones registradas: ¿fin del matrimonio de conveniencia?”, en el contexto de las notas 27 y 28; más cerca de la posición aquí defendida (estamos de acuerdo con la solución *de lege ferenda*, mas no *de lege lata*) P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración del matrimonio... op.cit.*, p. 303 (en sus conclusiones) para la situación anterior a la Ley 13/2005 que, recordemos, es la misma que la actual. También enfocando el tema desde una perspectiva de *lege ferenda* C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Parejas de hecho, parejas registradas y matrimonios de personas del mismo sexo en el Derecho internacional privado europeo”, en *Matrimonio homosexual y adopción... cit.*, pp. 99-112, p. 105; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Uniones conyugales o de pareja...*, *op.cit.*, p. 24.

<sup>19</sup> Son ejemplos ficticios que hablan de que la ley personal puede en teoría (y en la práctica del art. 9.1 Cc) tener algo que decir. El propio Convenio tendente a facilitar la celebración de los matrimonios en el extranjero, hecho en París el 10 de septiembre de 1964 (BOE 19 enero 1977) concede una importancia capital a la ley nacional, en materia de impedimentos para contraer matrimonio, permitiendo que las autoridades de la residencia habitual (coincidente con el lugar de la proyectada celebración) los dispense y llegando a prever la atribución de competencias a las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual para dispensar impedimentos cuya dispensa no estuviera prevista para los propios nacionales (art. 2.2): *v.gr.* una autoridad alemana podría dispensar a un nacional de otro Estado parte un impedimento previsto por su ley nacional, incluso aunque no fuera dispensable para los nacionales alemanes. Y alguno de los impedimentos matrimoniales tampoco son cuestión de capacidad, sino más bien de fondo.

mayoría de los casos, alterando el binomio regla (aplicación de la ley nacional) excepción (inaplicación de la ley nacional por vulneración del orden público español). Esta situación parece una llamada urgente a la modificación legislativa; los ungüentos y pócimas mágicas de la DGRN no convienen más que en sus buenas intenciones<sup>20</sup>.

#### **IV. UN CONVENIO PARA ACREDITAR LA CAPACIDAD MATRIMONIAL: ¿MÁS FÁCIL PARA EL MATRIMONIO HETEROSEXUAL?**

Cuando se tiene el señorío de la legislación, porque así lo ha decidido el pueblo, el legislador puede moverse con soltura haciendo y deshaciendo a su antojo, con los límites constitucionales que considero que quedan respetados<sup>21</sup>. Es verdad que el legislador pudo haber conseguido sus confesados objetivos a través de una regulación particular o especial del matrimonio entre personas del mismo sexo o a través de institución sustancialmente equivalente al matrimonio heterosexual<sup>22</sup>, mas optó libre y legítimamente por el método de la equiparación o absorción. Lo que no puede hacer el legislador estatal es decidir libre y legítimamente sobre lo que haya de entenderse por matrimonio fuera de su ámbito de competencias. Por ejemplo, no

---

<sup>20</sup> El tema es más complejo y requiere propuestas más articuladas que pasan por una opción de método. Vid. en este sentido A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Uniones conyugales o de pareja...*, *op. cit., passim*, con un tratamiento exhaustivo del tema y con unas muy atractivas propuestas *lege ferenda*; ID., “Propositions pour la formation, la reconnaissance et l’efficacité internationale des unions conjugales ou de couple”, *Revue critique de droit international privé*, 2007, pp. 357-382.

<sup>21</sup> Vid. en este mismo libro, M. P. GARCÍA RUBIO, “Viejos y nuevos apuntes sobre la constitucionalidad del matrimonio homosexual”.

<sup>22</sup> El Dictamen del Consejo de Estado aprobado el 16 de diciembre de 2004 en el apartado relativo a “La opción del anteproyecto” que luego vería la luz: “Para la consecución de los objetivos que quedaron aludidos, cabrían distintas opciones de técnica normativa y de regulación sustantiva. Desde ambos puntos de vista la solución adoptada por el Anteproyecto plantea serias dudas...la remoción de toda discriminación por razón de la orientación sexual no requiere la inserción del nuevo modelo de pareja en la institución matrimonial... las discriminaciones que se puedan dar en el tejido social no se evitan mediante la configuración legal de un matrimonio que dé cabida a dos realidades diferentes (solución que incluso podría dificultar el control de tales discriminaciones)... Puesto que se trata de un nuevo modelo de pareja, lo coherente es crear una regulación adecuada a ese nuevo modelo, que dé respuesta a sus propias necesidades, y no insertarlo en una regulación que, como apunta la exposición de motivos, responde a un modelo diferente... un modelo distinto de convivencia en pareja demanda un distinto tratamiento jurídico, sin forzar la aplicación de normas previstas para un modelo diferente, con los problemas que ello puede acarrear... La remisión en bloque –o la integración en bloque que hace el Anteproyecto- a un régimen establecido –sedimentado- para una realidad diferente plantea problemas por el distinto tratamiento que pueden requerir una y otra institución...”.

puede decir si un convenio internacional relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, incluye o no el matrimonio entre personas del mismo sexo dentro de su ámbito de aplicación; *rectius*, puede decirlo, mas dado que eso no depende exclusivamente de él, su decisión no puede vincular al resto de los Estados parte, dada la naturaleza de pacto que posee todo tratado internacional.

Este ejemplo no es casual. Lo he traído a colación a propósito del Convenio núm. 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil, relativo a la expedición de un certificado de de capacidad matrimonial, hecho en Múnich el 5 de septiembre de 1980<sup>23</sup>, cuya interpretación está en el centro de la ya citada *Res. DGRN de 7 de abril de 2006*<sup>24</sup>. La DGRN en este supuesto viene a decir que no es obstáculo para la autorización de la celebración de un matrimonio entre un varón portugués y un varón español, el hecho de que las autoridades portuguesas se nieguen a otorgar el certificado de capacidad matrimonial previsto por tal convenio. La razón esencial de este juicio me parece correcta: el Convenio no impone la *necesidad* del certificado que prevé para la autorización del matrimonio. Hay, no obstante, un matiz y una reflexión que debe hacerse.

El *matiz* es que lo que haya de significar “matrimonio” dentro del Convenio o, más precisamente, lo que haya de significar “capacidad” o “condiciones necesarias para contraer dicho matrimonio” (art. 1 del Convenio) no es algo que dependa de lo que opinen las autoridades portuguesas, como muy bien señala la DGRN... pero tampoco depende de lo que digan o entiendan las autoridades españolas. Tratándose de un convenio, el significado y la interpretación de sus conceptos han de ser los mismos para todos los Estados contratantes. Una interpretación, en este caso, conforme a los objetivos y sistemática del propio Convenio: facilitar la prueba de que los contrayentes reúnen las condiciones requeridas para concluir el matrimonio y evitar la celebración de matrimonios claudicantes.

La *reflexión* viene dada por las consecuencias (repito, plenamente aceptables) de la interpretación recogida por la DGRN. Estando el Convenio dirigido a evitar matrimonios claudicantes (especialmente válidos en el país de celebración e ineficaces en el de la nacionalidad de los contrayentes), incorporando el certificado no sólo una afirmación sobre la capacidad del interesado, sino de la concurrencia del resto de las condiciones para la celebración del matrimonio, y no de cualquier matrimonio, sino del *matrimo-*

---

<sup>23</sup> BOE, 16 de mayo de 1988.

<sup>24</sup>Cit. supra nota 12.

*nio proyectado*<sup>25</sup>, podemos derivar que en el momento actual el Convenio se aplica en la práctica de forma diferente en función del sexo de los contrayentes: para los matrimonios entre personas del mismo sexo no va a ser posible que se sirvan del Convenio los contrayentes extranjeros alemanes, austriacos, italianos, luxemburgueses, portugueses suizos y turcos (sí los holandeses), mientras que tal posibilidad no les estará vetada a los contrayentes de distinto sexo. Es más, cabe defender (y sería una posición altamente verosímil y fácilmente argumentable) que el Convenio se aplica solamente a matrimonios entre personas de distinto sexo. El preámbulo del Convenio se refiere (¿como contexto interpretativo?) a la Recomendación relativa al Derecho matrimonial adoptada por la Asamblea General de la Comisión Internacional del Estado Civil en Viena el 8 de septiembre de 1976, donde se lee que “el matrimonio en todos los Estados miembros implica el libre consentimiento entre un hombre y una mujer expresado ante autoridad competente”. De aceptarse esta, como digo, plausible interpretación, nuestro sistema de DIPr (en el que este convenio se integra) posee un régimen de prueba de la capacidad y condiciones para la celebración del matrimonio (“internacional”) entre personas de distintos sexos (el Convenio) y otro para las personas del mismo sexo, que tendrían que recurrir a otro tipo de pruebas. ¿Diferencia intolerable? Y como se trata de una reflexión, me limito a ponerla de manifiesto, sin llegar a pedir la denuncia del Convenio por vulneración de los múltiples derechos constitucionales justificativos de la Ley 13/2005<sup>26</sup>.

**V. OTRO CONVENIO Y UN NUEVO EJEMPLO DE DISTORSIÓN NORMATIVA. EJEMPLO EXTRANJERO, PERO ILUSTRATIVO: PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD ¿COMO CONSECUENCIA DE UN MATRIMONIO HOMOSEXUAL?**

La situación descrita en el apartado anterior tiene una dimensión teórica y una verdad práctica. La dimensión teórica es que las normas convencionales no son disponibles en cuanto a su alcance por cada uno de los Estados parte. Vamos, que lo que sea matrimonio en el Convenio citado ha de ser lo mismo para España y para Alemania (ambos Estados parte). La dimensión práctica, tratándose de convenios de Derecho privado carentes de una autoridad superior con capacidad para imponer una única interpreta-

---

<sup>25</sup> P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Cooperación Internacional en la celebración del matrimonio: certificados de capacidad matrimonial”, *AEDIPr*, 2000, pp. 405-419, p. 418. El propio modelo anexo al Convenio da fe de ello al certificar que el interesado “Puede contraer matrimonio en el extranjero con...” siguiendo apellidos, nombre, nacionalidad, sexo... del otro contrayente.

<sup>26</sup> Como reclama M. RODRÍGUEZ PIÑEIRO, en una nota no publicada a la presente Resolución.

ción, es que cada Estado va a hacer de su capa un sayo, interpretando a su antojo o conveniencia lo que sólo una única interpretación habría de tener.

Recientemente, los medios de comunicación se han hecho eco de lo que, bajo el titular de discriminación contra el matrimonio gay, no es sino la aplicación pura y dura de la ley. Se trata de la pérdida de la nacionalidad francesa por el francés casado con persona del mismo sexo, de nacionalidad holandesa. Como consecuencia del matrimonio, dirían los críticos, el cónyuge francés perdió su nacionalidad francesa. Un análisis más detenido (aunque ni siquiera profundo), nos indica que la perdió por adquirir la nacionalidad holandesa, en aplicación de lo dispuesto en la ley francesa y en el Convenio sobre reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades y obligaciones militares en caso de pluralidad de nacionalidades<sup>27</sup>, objeto de una distorsionada aplicación ya se analice desde la perspectiva francesa, ya desde la holandesa<sup>28</sup>.

El supuesto es fácil de entender, sin perjuicio de las valoraciones que sobre el mismo puedan hacerse: un francés instalado en Países Bajos desde 2002, contrae matrimonio con un holandés de su mismo sexo en 2003 y adquiere la nacionalidad holandesa en 2006. En aplicación del Convenio citado, la adquisición de la nacionalidad de uno de los Estados parte determina la pérdida de la nacionalidad de otro Estado parte. En 1993, se añadió un Segundo Protocolo a este Convenio en virtud del cual en los casos de matrimonio entre nacionales de Estados contratantes distintos, cada Estado podría prever que el cónyuge que adquiere la nacionalidad del otro cónyuge, como consecuencia de una manifestación de voluntad expresa, conserva su nacionalidad de origen. Así es para Países Bajos y para Francia: mas, descendiendo al caso concreto, el matrimonio vale para Países Bajos, pero no para Francia. Sí, llama la atención que si quien se casa con un holandés es una francesa que adquiere a continuación la nacionalidad holandesa no pierda la francesa; mas es una consecuencia natural de un hecho en modo alguno extraordinario: en Francia esta unión heterosexual sí se considera matrimonio (a los efectos del ordenamiento jurídico francés y a los efectos del Convenio de 1963), mientras que la unión entre Frédéric Minvielle (que así se llama el cónyuge francés del que hablamos) y Karl Nobelen (su pareja holandesa) no.

Cosas del Derecho y de la sociedad. Y aunque en principio el Derecho se impuso como *dura lex*, la notoriedad del caso ha terminado por modifi-

---

<sup>27</sup> Del que también es parte España: BOE, 25 agosto 1987.

<sup>28</sup> Nuestro país ha declarado no aplicables las disposiciones relativas a la reducción de los supuestos de pluralidad de nacionalidades (declaración efectuada respecto de la no aplicación del Capítulo I), por lo que el caso no sería verosímil en España ni respecto de España.

car la situación: el 3 de marzo de 2008 Francia ha denunciado el Capítulo I del Convenio y, consecuentemente, el Segundo Protocolo (con efectos 5 de marzo de 2009); y el 18 de julio de 2008 Frédéric Minvielle ha recuperado la nacionalidad francesa<sup>29</sup>.

## VI. UNA REFLEXIÓN GLOBAL SOBRE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

Debemos adelantar que el hecho de que nuestro sistema de DIPr participe en gran medida de la codificación internacional del DIPr no puede condicionar la libertad de nuestro legislador para tomar decisiones del calado de la Ley 13/2004. Pero sí tiene este legislador la obligación de contar con ello; contar con que la modernización de nuestro DIPr se ha apoyado en una grandísima medida en los convenios internacionales, supliendo en parte la pasividad del propio legislador. Y si en un aspecto tan nuclear como el matrimonial resultase que esos convenios no son de aplicación al matrimonio entre personas del mismo sexo, podríamos estar dando un enorme paso atrás e, incluso, resucitando nuestra arqueología jurídica más rancia: por ejemplo, el art. 9.7 del C.c., felizmente pasado a la situación de hibernación desde el 1 octubre de 1986 (fecha de entrada en vigor para España del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias), pasaría a regular los alimentos entre cónyuges del mismo sexo, mientras que para los demás “cónyuges” sería de aplicación el citado Convenio de La Haya de 1973. De nuevo lanzamos la pregunta: ¿se soporta la diferencia?

Como más atrás he señalado, nada impide extender unilateralmente y para el consumo interno los ámbitos de aplicación de los convenios internacionales a las situaciones que nos ocupan. Por no salirnos del ejemplo del citado Convenio de alimentos, la Ley suiza de DIPr, de 18 de diciembre de 1987, lo ha hecho en relación con las parejas registradas<sup>30</sup>, cuando establece la aplicación analógica de las disposiciones relativas al matrimonio: dentro de estas disposiciones se encuentra la que establece la aplicación del Convenio citado a los alimentos entre cónyuges, lo que determina su aplicación analógica, *en Suiza*, a las uniones registradas. Ya antes, desde su redacción original, la Ley suiza de DIPr establecía la aplicación analógica del mismo Convenio a los derechos de la madre respecto de alimentos y reintegro de

---

<sup>29</sup> De nuevo para la reflexión: el Convenio de marras se acompaña de un Anexo en el que se establecen específicas previsiones para los casos de la *mujer* que opta por la nacionalidad del *marido* (punto 2) o para los casos de la mujer que adquiere otra nacionalidad (distinta de la del marido). Tales preceptos, afortunadamente, no vinculan a nuestro país; mas *iquid* en caso contrario?

<sup>30</sup> En modificación introducida por el anexo a la Ley de 18 de junio de 2004, sobre el “partenariado”, en vigor desde el 1 de enero de 2007

los gastos ocasionados por el parto<sup>31</sup>. La misma solución –aplicación del Convenio de La Haya citado- rige en *Países Bajos* desde el 1 de enero de 2005 para las uniones registradas<sup>32</sup>.

En todo caso, se trata de optar por algo más que el silencio, como nos ilustran los ejemplos suizo y holandés; simple cuestión de seguridad jurídica. Un último ejemplo abunda en lo que decimos: la actual experiencia italiana respecto de numerosos proyectos para regular un pacto civil de solidaridad o acuerdos de cohabitación pone de manifiesto cómo el tema de los convenios internacionales que regulan aspectos directa o indirectamente vinculados con el matrimonio, adopción, sucesiones, etc., está plenamente presente: algunas propuestas plantean su no aplicación (la de los convenios) a las realidades proyectadas o su aplicación bajo el consentimiento previo expresado por los demás Estados contratantes<sup>33</sup>. Las soluciones no están claras, pero el problema (que *mutatis mutandi* vale también para el matrimonio entre personas del mismo sexo) se aborda; está presente.

## VII. EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN LA UNIÓN EUROPEA

Es hoy en día una exigencia expositiva introducir en cualquier discurso jurídico que se realice desde el sistema español la necesaria visión comunitaria; visión que cuenta en la doctrina española con señaladas contribu-

---

<sup>31</sup> Art. 83.2: “...Dans la mesure où les droits à l’entretien de la mère et le remboursement des dépenses occasionnées par la naissance ne sont pas réglés par ladite convention, ses dispositions s’appliquent par analogie...”.

<sup>32</sup> Art. 25 de la *Conflict of Laws Act on Legal Marital Relationships*. Vid. X. E. KRAMER, “Dutch Private Interantional Law –Overview 2002-2006”, *IPRax*, 2007, pp. 54-61. Vid., por el contrario, para Francia la respuesta negativa (el Convenio de La Haya se aplicaría sólo a matrimonios entre personas de distinto sexo), E. FONGARO, *loc. cit.*, p. 495, haciéndose eco de la respuesta ministerial. La introducción del matrimonio entre personas del mismo sexo en Países Bajos se vio aliñada con este tipo de cuestiones que llegaron a plantear interesantes debates y a dividir a los miembros de la *Staatscommissie*, por ejemplo, sobre la aplicación del Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la celebración y el reconocimiento de la validez de los matrimonios (con argumentos intercambiables como el hecho de que nada se dijese en el tal Convenio: vid. I. CURRY-SUMNER, “Private International Law Aspects of Homosexual Couples: The Netherlands Report”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.1 (mayo de 2007) (accesible en <http://www.ejcl.org>); por cierto, la conclusión a la que llegó el gobierno holandés fue la no aplicación de dicho convenio al matrimonio homosexual.

<sup>33</sup> Vid., N. BOSCHIERO, “Les unions homosexuelles à l’épreuve du droit international privé italien”, *Rivista di diritto internazionale*, 2007, pp. 50-131, p. 108.

ciones, donde minuciosamente se desgranar problemas y plantean soluciones<sup>34</sup>; por ello los desarrollos serán breves.

Comencemos diciendo que en este ámbito no existe normativa *ad hoc*. Lo cual no significa que no existan los problemas, algunos de la misma entidad que los que venimos analizando, trasladándolos, eso sí, a la normativa comunitaria, para la que el estado civil en general y el matrimonio en particular siempre han desempeñado una importancia capital, acrecentada en los últimos años con una mayor visibilidad dentro de la órbita de la libertad de circulación de personas<sup>35</sup>. Ello se debe en buena medida a que en la dimensión comunitaria existe, aquí sí, una autoridad capaz de interpretar de forma uniforme y vinculante los conceptos y categorías del Derecho comunitario (o incluso de decir que tal interpretación uniforme no existe): el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuyos hitos en el tema que ahora nos ocupa (el matrimonio entre personas del mismo sexo) no son en modo alguno concluyentes, como ponen de manifiesto las contribuciones doctrinales que más recientemente se ocupan del tema<sup>36</sup>.

En este contexto, resulta cuando menos curioso cómo la indefinición comunitaria se prolonga durante los últimos años: todavía hoy<sup>37</sup> se considera paradigma descriptivo de la situación una respuesta (de hace más de cinco años) del Comisario Vitorino en nombre de la Comisión a una pregunta en relación con las consecuencias de la entonces apertura del matrimonio a personas del mismo sexo en los Países Bajos. La reproducimos:

“...[respecto de los funcionarios] la Comisión ha dado instrucciones para que los matrimonios de funcionarios casados con arreglo al código civil neerlandés modificado disfruten de las mismas condiciones que cualquier otro matrimonio reconocido en los Estados miembros...[respecto del Reglamento 1347/2000]... aunque no pue-

---

<sup>34</sup> Vid. M. REQUEJO ISIDRO, “Derecho internacional privado de la familia y libre circulación de trabajadores: reflexiones suscitadas por el matrimonio homosexual”, en *La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza*, Actas de las XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (Santander, 2001), Madrid, 2003, pp. 243-251. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho... cit.*, pp. 202-205; ID., “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común”, *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 117-186, esp. pp. 150-161.

<sup>35</sup> Una visión global reciente, además de las citadas en la nota anterior, la proporciona F. MOSCONI, “Europa, famiglia e Diritto internazionale privato”, *Rivista di diritto internazionale*, 2008, pp. 347-374.

<sup>36</sup> Además de los citados en nota 34, F. MOSCONI, *loc. cit.*, y N. BOCHIERO, *loc. cit.*

<sup>37</sup> F. MOSCONI, *loc. cit.*, pp. 354-355.

de excluirse que el Reglamento se aplique a los procedimientos de divorcio de una pareja del mismo sexo, esto no implica la obligación de que los tribunales pronuncien o reconozcan el divorcio ni reconozcan el matrimonio... [sobre libre circulación de personas] la legislación neerlandesa, aun surtiendo efectos en territorio de los Países Bajos, no produce la consecuencia de ampliar el concepto de ‘cónyuge’ según el artículo 10 del Reglamento núm. 1612/68 ni de imponer a otros Estados miembros una definición amplia de ‘cónyuge’<sup>38</sup>.

Es verdad que desde entonces ha habido algunos progresos y sigue habiendo conciencia del problema: el Reglamento (CE, Euratom) núm. 723/2004 del Consejo, de 22 de marzo de 2004, por el que se modifica el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a otros Agentes de las Comunidades Europeas, ha dado un paso adelante en Derecho positivo al equiparar (bajo determinadas condiciones) la pareja no casada del funcionario al cónyuge y al establecer expresamente la proscripción de cualquier tipo de discriminación por razón de sexo y orientación sexual. Mas el tema principal sigue estando en manos de los Estados miembros. La propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no va más allá al establecer en su art. 9 que “Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan su ejercicio”; en 2007, el Parlamento Europeo sigue solicitando medidas a nivel comunitario, e invita a la Comisión a que “presente propuestas encaminadas a garantizar que también se aplica en este ámbito [discriminaciones de que son víctimas las parejas del mismo sexo] el principio de reconocimiento mutuo, con objeto de garantizar la libre circulación de todas las personas en la UE sin discriminación alguna”<sup>39</sup>; las opiniones doctrinales sobre la aplicación de normativa comunitaria reguladora de diversos aspectos conectados la matrimonio son contrapuestas<sup>40</sup>; se pierden oportunidades de dar pasos comunitarios en orden a

---

<sup>38</sup> DOCE, C, 28 E, de 6 de febrero de 2003.

<sup>39</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de abril de 2007, sobre la homofobia en Europa.

<sup>40</sup> Por ejemplo, respecto del Reglamento 2201/2003 (Bruselas II bis), en Alemania la respuesta ha sido negativa: H. DÖRNER, “Grundfragen der Anknüpfung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften”, *FS E. Jayme*, I, pp. 143-152, con múltiples referencias; igualmente P. GRUBER, “Die neue EheVO und die deutschen Ausführungsgesetze”, *IPRax*, 2005, pp. 293-300; *vid.* en España, los argumentos expuestos por C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo...*, *op. cit.*, pp. 202-205. Lo que no impide que unilateralmente se declare de forma oficial la aplicación de las soluciones normativas de instrumento comunitarios a matrimonios entre personas del mismo sexo (en Países Bajos, Bélgica...) o a uniones británicas (la sección 219 faculta al Lord Chancellor para dictar disposiciones a la juris-

reconocer explícitamente a los cónyuges del mismo sexo, abandonando, una vez más, el tema a la voluntad de los Estados miembros<sup>41</sup>; desde los observadores más cualificados, las discusiones, hoy, parecen girar la vista hacia la aplicación de la regla del *reconocimiento mutuo* en este ámbito, aunque los obstáculos formales y sustanciales no son flacos<sup>42</sup>.

### VIII. MÁS ALLÁ DE CONVENIOS, DIRECTIVAS Y REGLAMENTOS: EL MATRIMONIO COMO REALIDAD NUCLEAR EN TODOS LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

En el ejemplo que hemos puesto de la sucesión del varón francés casado en España con otro francés de su mismo sexo podían detectarse dos niveles de problemas claramente diferenciables: el relativo a la singular validez del matrimonio celebrado (y retrospectivamente a la autorización para su celebración) y el relativo a su incardinación en el Derecho sucesorio francés, llamado a disciplinar la sucesión por virtud de lo dispuesto en el art. 9.8 Cc, que establece la aplicación de la ley nacional del causante en el

---

dicción de los tribunales ingleses que estén en correspondencia con el Reglamento Bruselas IIbis: *vid.* G:R. DE GROOT, “Private International Law Aspects Relating to Homosexual Couples”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3 (diciembre de 2007), disponible en <http://www.ejcl.org>).

<sup>41</sup> Por ejemplo, la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (DOCE, C 43 E, de 19 de febrero de 2004), introducía una significativa modificación que a la postre no prosperó en el texto final de la Directiva 2004/38/CE. La propuesta señalaba que “A efectos de la presente Directiva se entenderá por... 2) “Miembro de la familia”... a) el cónyuge, *independientemente de su sexo, conforme a la correspondiente legislación nacional*”. La respuesta (contraria o negativa) de la Comisión fue así de tibia: “A este respecto, la Comisión considera que de la armonización de las condiciones de residencia de los ciudadanos de la Unión en Estados miembros de los que no sean nacionales no puede derivarse imponer a determinados Estados miembros modificaciones legislativas que afecten al Derecho de familia, materia en la que la Comunidad carece de competencia legislativa /.../ La Comisión opina que la propuesta modificada representa una solución equitativa a estas cuestiones: por un lado, respeta el principio de no discriminación, al imponer al Estado miembro tratar a las parejas procedentes de otros Estados miembros de la misma manera que a sus propios ciudadanos y, por otro, este texto permite una posible evolución de su interpretación, a la luz de la evolución del Derecho de familia en los Estados miembros.” (Bruselas, 15.4.2003; COM(2003) 199 final 2001/0111 (COD)).

<sup>42</sup> *Vid.* por ejemplo, los análisis de D. COESTER-WALTJEN, “Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht”, *IPRax*, 2006, pp. 392-400 y R. BARATTA, “Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC”, *IPRax*, 2007, pp. 4-11; la propuesta está también presente en A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Uniones conyugales o de pareja...*, *op. cit.*, ya en p. 48 y pasim.

momento del fallecimiento para la regulación de la sucesión por causa de muerte. Me fijaré ahora en esta segunda y también aquí traeré a colación opiniones y desarrollos ya expuestos con anterioridad<sup>43</sup>.

¿Concedemos derechos al cónyuge supérstite del mismo sexo? Una primera respuesta positiva la obtenemos de un burdo razonamiento: diríamos que cuando la ley francesa se refiere a cónyuge se refiere a todo tipo de cónyuge y ya está. Esta solución desnaturaliza, eso sí, el Derecho sucesorio francés y crea situaciones claudicantes (cuando el viudo pretenda hacer valer su título en Francia podría encontrarse con que no tiene efectos<sup>44</sup>); pero puede encontrar algún tipo de justificación formal: la ley sucesoria es consultada para que nos diga cuál es la extensión de los derechos sucesorios del cónyuge supérstite y no para consultar la respuesta global que daría a todo el supuesto<sup>45</sup>. También podemos decir que no: que este cónyuge supérstite, que lo es para nosotros, no lo es para el Derecho sucesorio francés porque los conceptos contemplados no poseen el mismo contenido o un contenido equivalente... y no hereda (por decirlo de algún modo, damos prioridad a la ley sucesoria francesa sobre el matrimonio celebrado en España). Esta segunda postura es formalmente válida; es tan aceptable formalmente hablando como la anterior, pero chirría un poco desde el punto de vista de los valores implicados (los nuestros). Podríamos, en fin, aceptar que “nuestro” concepto de cónyuge y el de la ley francesa, rectora de la sucesión, no son equivalentes, no pueden sustituirse, pero la ley francesa vulnera el orden público español por no permitir que herede un cónyuge de igual sexo al causante y sí uno de distinto sexo (*rectius*, por no reconocer la cualidad de cónyuge al del mismo sexo). ¿Existe realmente una vulneración del orden público español en la ley extranjera que sólo contempla derechos hereditarios para un cónyuge de distinto sexo (porque no considera cónyuge al de igual sexo)? Pues a nuestro juicio no en términos generales; la evicción de la ley sucesoria francesa por contrariar nuestros supremos principios debería ser idéntica cuando la aplicamos a un matrimonio heterosexual que cuando la aplicamos a uno homosexual. No parece muy coherente admitir que la ley sucesoria francesa vale para regular las sucesiones de fran-

---

<sup>43</sup> Este apartado es el que en mayor medida sigue los desarrollos ya publicados en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El impacto de la admisión del matrimonio de homosexuales...”, *loc. cit.*, pp. 67-70.

<sup>44</sup> E. FONGARO, *loc. cit.*, p. 507. Advertimos que la perspectiva adoptada por el autor francés (razona sobre la aplicación de la ley francesa en Francia a un matrimonio homosexual celebrado en el extranjero) presentaría matices respecto del ejemplo que aquí ponemos.

<sup>45</sup> Palabras que extraigo de P. MAYER/ V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 9<sup>a</sup> ed., París, 2007, p. 186, describiendo un clásico problema de derechos sucesorios de la viuda en un matrimonio poligámico.

ceses solteros o casados con personas de sexo distinto, pero nos horripila (ila misma ley, con el mismo contenido!) cuando la aplicamos a las sucesiones de franceses casados con personas de idéntico sexo<sup>46</sup>. Pero de alguna manera hay que salir del lío. Ya en clave de *lege ferenda*, una solución aceptable (pero que no existe hoy) es, por ejemplo, la evicción de la ley sucesoria en beneficio de la ley conforme a la que el matrimonio se ha constituido (y que lo considera, evidentemente, eficaz). Es, por ejemplo, la propuesta del texto presentado por el Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado en su reunión de Tenerife (2004): “(1) Succession is governed by the law designated by the regular rules of private international law of the forum state on succession. /.../ (2) If the law governing intestate succession does not provide a statutory share of the estate for the surviving partner [or their children], the law of the Member State in which the partnership has been established shall apply”<sup>47</sup>.

Ejemplos similares pueden suscitarse cuando nos planteemos si se deben o no alimentos por razón de matrimonio y la ley rectora de los alimentos los prevea para el cónyuge “de distinto sexo” y no para nuestro cónyuge; cuando la ley rectora de la filiación conozca presunciones de paternidad del marido de la madre y nos encontremos con que hay dos maridos o dos esposas<sup>48</sup>; o cuando uno de los cónyuges pretenda llevar con orgullo el

---

<sup>46</sup> Por seguir empleando la descripción de los profesores franceses citados en la nota anterior (p. 188), lo que vulneraría el orden público no sería la ley francesa sino la *combinación* de la ley española y la ley francesa (expresión que utilizan en un contexto parcialmente diferente). Todo lo cual sea dicho con el afán de exponer problemas y paradojas; no desconozco que junto a la paradoja descrita en el texto, pueden articularse argumentos teóricos que si no llegan a desvirtuarla, sí la suavizan de forma importante (*Vid.*, al respecto, crítica y matices a la utilización del orden público en el contexto de problemas resultantes de la concurrencia de leyes en materia familiar y sucesoria en Y. LEQUETTE, “Ensembles législatifs et droit international privé des successions”, *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1983-1984, París, 1986, pp. 163-182, p. 174).

<sup>47</sup>Art. 4 del texto articulado: [www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-14t-fr.html](http://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-14t-fr.html). Realmente en esta propuesta se va más allá de lo que expongo en el texto, pues la aplicación de la ley de celebración del matrimonio o de registro de la unión no matrimonial se subordinaba no meramente a un desconocimiento de la realidad (matrimonio homosexual en nuestro caso) por la ley rectora de la sucesión, sino al hecho de que dicha ley rectora de la sucesión no atribuya un derecho legal en la sucesión al conviviente superviviente. El análisis de esta solución “materializada” (que la propuesta del Grupo retenía también para las demandas alimenticias) excede desgraciadamente de los propósitos de las presentes reflexiones. El texto reproducido es la propuesta efectuada en junio de 2004 que fue revisada por otra de septiembre del mismo año (también en visible en la misma página), de donde desapareció la propuesta reproducida en el texto, al cambiar de orientación todo el proyecto (de cuyo ámbito también desapareció el matrimonio entre personas del mismo sexo: art. 1.2 texto articulado de septiembre).

<sup>48</sup> Reconozco que el ejemplo es claramente artificial, pero no imposible.

apellido del otro y la ley aplicable establezca un régimen de apellidos del cónyuge *sólo de distinto sexo*<sup>49</sup>, etc.

El matrimonio es mucho en Derecho de familia y su sombra puede ser tan alargada como deseemos, puesto que la historia doctrinal del DIPr está plagada de mecanismos técnicos para obtener el resultado querido, bien a través de una perspectiva funcional (forma amable de agruparlos) o bien a través de una manipulación más o menos descarada del discurso jurídico. Llamo sencillamente la atención de la necesidad de poner límites a lo que podría convertirse en una “contaminación *ordenpublicista*”, que más allá de la posibilidad de que dos hombres o dos mujeres contraigan matrimonio censure todo el Derecho del familia de cuantos ordenamientos jurídicos aún no han reconocido tal derecho.

### **IX. ¿Y CON LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA QUÉ?**

Es posible que desde dentro del sistema se pueda pensar que abierto el matrimonio a personas del mismo sexo el tema de la regulación de las uniones estables de pareja puede seguir donde se encuentra hasta ahora: regulado en las Comunidades Autónomas (con distinto contenido en función de las competencias de cada una) y ausente de la regulación estatal, al menos a través de una regulación global y *ad hoc*. De nuevo se tratará de una opción del legislador estatal que no comparto desde la estricta perspectiva sustantiva y que, en todo caso, merece, al menos, dos reproches próximos entre sí desde la perspectiva del “conflicto de leyes”: por un lado, la mera existencia de la normativa autonómica habría exigido, y aún exige, una solución de su parte para regular los conflictos de leyes que puedan producirse entre los distintos Derechos autonómicos; por otro, lo que más nos interesa ahora, la misma exigencia cumple para los supuestos internacionales.

De los múltiples problemas que plantea la dimensión internacional de las uniones estables de pareja, registradas o no, interesa ahora a mi exposición la posibilidad, abierta por la existencia del propio matrimonio entre personas de idéntico sexo, la posibilidad –digo- de equiparar al mismo realidades extranjeras no matrimoniales. Se trata de una propuesta que ya defendí en el pasado<sup>50</sup>, que niega la DGRN<sup>51</sup>, y que recientemente ha bajado

---

<sup>49</sup> Y también eludo en este punto mayores consideraciones técnicas sobre de la forma de resolver una cuestión previa, que aquí sólo utilizo *lato sensu* (*vid.* al respecto el artículo 1 del Convenio de Múnich relativo a la ley aplicable a los nombres y a los apellidos, de 4 de septiembre de 1980 (BOE, de 19 de diciembre de 1989)).

<sup>50</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El impacto de la admisión del matrimonio de homosexuales...”, *loc. cit.*, pp. 58-60, de forma más extensa.

de la teoría del DIPr a la práctica, a la realidad, en otro de los sistemas que ha introducido el matrimonio entre personas del mismo sexo: el belga. La mera descripción del ejemplo belga es más que ilustrativa de lo que legítimamente puede plantearse en España<sup>52</sup>.

El Ministro de Justicia belga ha dictado una circular<sup>53</sup> por la que se equiparan determinadas realidades extranjeras no matrimoniales al matrimonio homosexual belga:

“...me parece por el momento, a reserva de una interpretación contraria de las cortes y tribunales en la materia, que puede ser considerado como equivalente al matrimonio para la aplicación del presente Código [legislación de Derecho internacional privado] toda institución de derecho extranjero que tenga efectos análogos a los del matrimonio que dé lugar a un registro por una autoridad pública y que, en lo que atañe a las condiciones de establecimiento de la relación, las causas, condiciones y modalidades de disolución de esta relación, así como los efectos de la misma en lo tocante a la persona y los bienes, reenvíe a las reglas relativas al matrimonio o regule esta relación de manera idéntica o casi idéntica, con excepción de las disposiciones relativas a la filiación y a la adopción. No obstante, no habrá lugar a considerar la institución como equivalente al matrimonio si el ordenamiento jurídico sobre el que se funda la institución permite igualmente a los convivientes contraer matrimonio (es el caso por ejemplo del derecho holandés que conoce para las personas de sexo diferente o del mismo sexo, tanto el matrimonio como la unión registrada)”.

---

<sup>51</sup> “Por el contrario, no puede extenderse dicho reconocimiento como tales matrimonios a figuras jurídicas que en sus propios países de origen, con arreglo a cuya legislación se han constituido, no tienen la consideración de matrimonios, sino que, desde el punto de vista de su calificación a los efectos del Derecho Internacional Privado español (artículo 12.1 C.c.), deben reconducirse a la figura de las parejas de hecho o uniones estables de pareja reguladas por numerosas leyes autonómicas españolas, por más que aquellas figuras, como estas, reconozcan a sus miembros un régimen jurídico de derechos y deberes en muchos casos paralelos a los del propio matrimonio...” (citada Resolución Circular de 29 de julio de 2005).

<sup>52</sup> Es más, dada la querencia que nuestro Ministerio de Justicia (y dentro de él la DGRN) ha demostrado tener por el DIPr belga (la nueva LAI es un ejemplo palpable), me atrevo a pronosticar que pronto habrá algún tipo de recepción oficial de su experiencia.

<sup>53</sup> Circular ministerial de 29 de mayo de 2007, modificando la Circular de 23 de septiembre de 2004, relativa a los aspectos vinculados al estatuto personal en la ley de 16 de julio de 2004 sobre el Código de Derecho internacional privado, publicada en el boletín oficial (Moniteur Belge) de 31 de mayo de 2007, pp. 29469-29471.

Los requisitos que se proponen para la equiparación no excluyen que en otros ámbitos (fiscal, laboral...) la equiparación pueda ser más laxa; es decir, con la concurrencia de menores condiciones. A título de ejemplo, la Circular describe como situaciones asimilables al matrimonio belga la de las uniones registradas escandinavas (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), el “partenariado” alemán (*lebenspartnerschaft* de la Ley de 16 de febrero 2001, modificada por ley de 15 de diciembre de 2004) y el *civil partnership* británico (Civil Partnership Act 2004, en vigor desde el 5 de diciembre de 2005). Deja fuera de tal asimilación las uniones registradas holandesas, las instauradas en Suiza desde el 1 de enero de 2007, el PACS francés, el “partenariado” luxemburgués y “las diferentes formas de vida en común instauradas en diversas provincias (sic) españolas”<sup>54</sup>.

Quede nueva constancia de esta posibilidad.

#### **X. EL RECONOCIMIENTO DE LOS MATRIMONIOS ESPAÑOLES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL EXTRANJERO**

Esta es la principal dimensión de las que rodean al matrimonio homosexual español que escapa al control estricto de nuestro legislador; aquélla en la que su inactividad no puede ser en modo alguno censurable; exigirle la hercúlea labor de promover pactos internacionales para garantizar la validez de nuestro matrimonio fuera de nuestras fronteras resulta irrazonable. Menos amables creo que hay que ser con quien, partiendo de este nítido hecho, desprecia el problema<sup>55</sup>, trasladándose a los cónyuges. Por seguir con el ejemplo médico, el cóctel de medicamentos salva al enfermo (el matrimonio se celebra), pero sólo hasta que sale del hospital, momento en el cuál la responsabilidad de que muera ya depende de otros (al Doctor House ya no le interesa si el matrimonio se reconoce o no fuera, porque no es de su incumbencia). Las perspectivas y deseos de los cónyuges van por otros derroteros: existe un claro interés en que su matrimonio español sea reconocido por doquier.

---

<sup>54</sup> Vid. al respecto, W. SIEBERICH, “Qualifikation der deutschen Lebenspartnerschaft als Ehe in Belgien”, *IPRax*, 2008, pp. 277-278.

<sup>55</sup> Leemos en la citada Resolución Circular DGRN: “La conclusión anterior se refuerza a la luz de la consideración de que el Encargado del Registro Civil español no debe operar, desde el punto de vista de las funciones que tiene atribuida, 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 no producirá efectos. Son las autoridades extranjeras las que deben decidir si el matrimonio contraído en España entre personas del mismo sexo surte efectos en tal país extranjero o no los surte por resultar contrario a su orden público internacional”.

En consideraciones anteriores ya he ido adelantando algunos movimientos de legisladores extranjeros que no prevén el matrimonio homosexual, pero que no pueden obviar que existe y que entrará en contacto antes o después con sus ordenamientos jurídicos (de hecho ya ha entrado en contacto en la práctica). La relativa soledad impuesta por ser una *rara avis* en Derecho comparado no significa *per se* la restricción de todo tipo de efectos de los matrimonios celebrados en España entre personas del mismo sexo más allá de nuestras fronteras. El fenómeno del matrimonio homosexual también altera la placidez de los sistemas jurídicos en los que no se admite, pero que son conscientes de su existencia. En este sentido, no son ya infrecuentes las disposiciones específicas que equiparan matrimonio homosexual a realidades reguladas en diversos países: por ejemplo, en Suiza, el matrimonio homosexual celebrado en el extranjero se equipara a una unión registrada de Derecho suizo<sup>56</sup>; en el Reino Unido, dicho matrimonio se equipara a una unión civil<sup>57</sup>; en Alemania, el art. 17b 4 EGBGB puede ser interpretado en el mismo sentido (equiparación a la unión registrada alemana).

Al margen de estos datos, que hablan de un reconocimiento por equivalencia con instituciones conocidas en cada país, lo cierto es que incluso en los supuestos en los que tal reconocimiento no se produce a título principal (es decir, el matrimonio celebrado en España no se reconocería ni como matrimonio ni como otra cosa), no se puede descartar que determinados efectos del matrimonio homosexual se reconozcan, como consecuencia de mecanismos conocidos y consolidados en DIPr, como puede ser el orden público atenuado, o incluso una generosa interpretación de la ley rectora de las sucesiones, de los alimentos, etc. Como también he manifestado en el pasado, se puede enviar un mensaje de cierta tranquilidad a quienes contraer matrimonio en España, pues aunque el *símbolo* no se les reconozca, probablemente podrán hacer valer un buen número de derechos y obligaciones derivados del mismo (del matrimonio).

---

<sup>56</sup> Art. 45.3 LDIP “Un mariage valablement célébré à l'étranger entre personnes du même sexe est reconnu en Suisse en tant que partenariat enregistré”. Resulta enormemente significativo que ya antes de la entrada en vigor de este precepto un profesor de la talla de Andreas Bucher, tras descartar la posibilidad de reconocer el matrimonio homosexual en Suiza (como tal) por razones de contrariedad con el orden público suizo, abría la mano al reconocimiento de una multitud de efectos en materia de nombre, impedimento de bigamia (imposibilidad de contraer un matrimonio en Suiza por parte de cualquiera de los “no cónyuges”) o la posibilidad de solicitar el divorcio ante los tribunales suizos (A. BUCHER, *Le couple en droit international privé*, Bâle, Genève, Munich, París, 2004, p. 66).

<sup>57</sup> Listado núm. 20 de la Civil Partnership Act 2004 enmendada por la Civil Partnership Act 2004 (Overseas Relationships) Order 2005.

**XI. UN APUNTE Y UNA DUDA SOBRE EL FUTURO: LA NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR Y A LA INTERDICCIÓN DE INGERENCIA EN DICHO DERECHO**

Una importante sentencia del TEDH, la Sent. de 28 de junio de 2007 (*Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo, demanda núm. 76240/01*), creo que puede modificar en parte el anterior panorama o, en todo caso, me obliga a plantearme dicha posibilidad. Liberada de una enorme cantidad de matices (lo que convierte las siguientes reflexiones en muy matizables) el TEDH condenó a Luxemburgo por no reconocer, en estricta aplicación de las normas de Derecho internacional privado luxemburgués, la adopción plena constituida en Perú por una adoptante soltera luxemburguesa. La condena vino dada por considerar que la ausencia de reconocimiento atentaba contra el artículo 8 del Convenio que consagra el derecho al respeto por la vida privada y familiar así como la interdicción de injerencia en este derecho por parte de los poderes públicos; igualmente consideró violado el art. 14 que consagra la prohibición de todo tipo de discriminación<sup>58</sup>.

La trascendencia de la sentencia para el tema que nos ocupa ha sido objeto de atención por el Grupo Europeo de Derecho internacional privado en su sesión de Hamburgo<sup>59</sup>, donde, siquiera de forma incidental, se planteó la posibilidad de que pudiera afectar al reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo. La división de opiniones allí manifestada justifica este epígrafe y también su tenor abierto: para unos, la sentencia del TEDH no sería sino una solución muy especial y muy condicionada por las peculiaridades del caso concreto<sup>60</sup>; otros, sin embargo, no asumen necesariamente tal interpretación restrictiva, sino una solución que podría revolucionar el método del reconocimiento de resoluciones y situaciones. Traduciendo el alcance de esta segunda visión, podríamos aventurar que si el ma-

---

<sup>58</sup> Vid. la opinión (crítica al menos con los argumentos del TEDH) de D. HENRICH en *IPRax*, 2007, p. 1331 y, sobre todo, el muy interesante comentario de P. KINSCH, *Rev.crit.*, 2007, pp. 807-822, con más referencias doctrinales, entre las que destaco las de A. BUCHER y las del propio P. KINSCH (notas 10 y 15, por ejemplo).

<sup>59</sup> Vid. la información de A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La XVII sesión del Grupo Europeo de Derecho internacional privado (Hamburgo, 14-16 de septiembre de 2007)”, *REDI*, 2007-2, pp. 869-873, p. 872, centrándose especialmente en el tema de la adopción; y en la página del propio grupo: [www.gedip-egpil.eu](http://www.gedip-egpil.eu).

<sup>60</sup> Muy especialmente, esta opinión incidiría en la importancia del cambio de práctica administrativa por parte de las autoridades luxemburguesas que sorprendió las legítimas expectativas de la demandante. En efecto, hasta 1994 las autoridades del Registro Civil en Luxemburgo procedían a la inscripción de adopciones como la discutida sin efectuar mayores controles.

rimonio entre personas del mismo sexo cae dentro de la protección otorgada por el art. 8 del Convenio (que, a mi juicio, cae de lleno) su no reconocimiento en los Estados distintos del de celebración debería estar justificado no por meros esquemas preconcebidos (normas formales sobre reconocimiento de resoluciones o sentencias, normas de conflicto....) sino por una apreciación concreta a la luz del principio de proporcionalidad y de los supuestos de justificación presentes en el art. 8 CEDH y que recuerda el propio TEDH: la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. Extrapolando esta segunda interpretación de la sentencia *Wagner* al caso que nos ocupa, sería probable que el reconocimiento en Alemania de un matrimonio celebrado en España entre dos varones pudiera determinar un resultado distinto (reconocimiento/no reconocimiento) ya se trate de la unión de un alemán domiciliado en Alemania con otro alemán domiciliado en España, ya de la de dos españoles domiciliados en España. Tal diferencia se ancla en la tutela de las legítimas expectativas de los interesados (en el caso *Wagner*, la práctica administrativa que hasta determinado momento reconocía las adopciones plenas en supuestos como el enjuiciado) que pueden ampararse, simplemente, en la vinculación de la situación con el Estado de celebración del matrimonio, mucho más evidente en el segundo caso que en el primero<sup>61</sup> (y no estoy hablando, aunque el ejemplo se preste a ello, de una mera utilización de la cláusula de orden público en función de la conexión del caso con el foro)<sup>62</sup>.

## **XII. ¿INELUDIBLES PALABRAS?: EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y LA ADOPCIÓN (INTERNACIONAL Y CONJUNTA)**

Incidir en la especialidad de la adopción por parte de cónyuges del mismo sexo es abundar en uno de los símbolos de la reforma que no pasa de ser eso: un símbolo. En puridad analítica el tema podría integrarse dentro del apartado VIII de mi exposición y señalar que un cónyuge puede ser sucesor del otro, aunque sea de idéntico sexo; un cónyuge puede asumir los apellidos del otro, aunque sea de idéntico sexo; un cónyuge puede reclamar

---

<sup>61</sup> P. KINSCH, *loc. cit.*, p. 821-821.

<sup>62</sup> Quizá sea también significativo que el TEDH se planteó si las obligaciones derivadas del Convenio se cumplían en el caso mediante la degradación de la adopción plena constituida en Perú en adopción simple de Derecho luxemburgués (algo parecido a lo que he descrito en relación con el reconocimiento de un matrimonio entre personas del mismo sexo, por ejemplo, como unión registrada) y la respuesta fue negativa (núms. 150 y ss. de la sentencia, aunque en este punto bajo la cobertura del principio de igualdad y no de respeto de la vida personal y familiar).

alimentos a otro, aunque sea de idéntico sexo; dos cónyuges pueden otorgar capitulaciones matrimoniales, aunque sean de idéntico sexo; dos cónyuges pueden adoptar a un niño (o a un mayor de edad), aunque sean de idéntico sexo. Sin embargo, esa misma naturaleza de estandarte de la adopción junto con la peculiaridad de la adopción internacional y una habitual mal comprensión del sistema (y ahora hablo de la normativa relativa a la adopción internacional), exigen o, al menos, aconsejan diversas precisiones en relación a esta última situación.

En primer lugar, al hablar de adopción de niños, el contexto valorativo en el que me muevo durante toda mi exposición (en términos de derechos de las personas, de igualdad de los cónyuges ante la ley y de no discriminación por razón de sexo y de orientación sexual) ha de decaer en beneficio de un contexto en el que pasamos a hablar de derechos de los niños. Adelantémonos a señalar, no obstante, que a pesar de este distinto contexto no parece que estos derechos (de los niños) hayan de ser diferentes en función del sexo de los adoptantes; pero no está de más recordar que no existe un “derecho a adoptar”. En segundo término, y para bajar la emotividad de la discusión, hay que recordar que la posibilidad de adopción conjunta por una pareja del mismo sexo era una realidad jurídica ya antes de la Ley 13/2005 en distintas comunidades autónomas<sup>63</sup>. Por último, al hablar de adopción hay que distinguir si se trata de una adopción interna o una adopción internacional. Y dentro de estas últimas, si se trata de la adopción de niños procedentes del extranjero o de niños residentes en España y sujetos al control de las autoridades públicas españolas sobre protección de menores. A los efectos expositivos que nos ocupan, analizaré los supuestos más frecuentes en España; es decir, los de adopciones internacionales de niños residentes en el extranjero.

Una visita a las páginas *web* de los organismos oficiales e, incluso, la opinión reflejada en resoluciones de la DGRN vendría a decirnos que los matrimonios entre personas del mismo sexo pueden adoptar conjuntamente: ¡faltaría más! Y eso es verdad; aunque sólo una parte de la verdad. Es verdad total en aquellos casos en los que la adopción interna o internacional se desarrolla en el ámbito doméstico de principio a fin: un matrimonio de un varón francés y un varón español residentes en España adoptan a un menor rumano residente en España bajo la tutela de una entidad pública española. Como antes señalé, todo es relativamente fácil dentro del ámbito

---

<sup>63</sup> Aragón (desde 2004), Cataluña (desde 2005), Navarra, País Vasco y Cantabria. *Vid.* al respecto M. P. GARCÍA RUBIO, “La adopción por y en parejas homosexuales”, *Libro homenaje al Profesor Lluís Puig Ferriol*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2006, pp. 1393–1412.

doméstico. Tratándose del supuesto más común, adopción de niños en el extranjero, la cuestión es mucho más matizable.

En primer lugar, y en los mismos términos en los que me he manifestado respecto de supuestos similares, existiendo un tratado o convenio internacional, hay que estar a lo que en él se señale. Así, por ejemplo (y el ejemplo también es sumamente significativo por la importancia y trascendencia del Convenio), dentro del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional<sup>64</sup>, resulta más que discutible que la alusión que el Convenio hace a “cónyuges” en su art. 2 pueda incluir a cónyuges de idéntico sexo, a pesar de la contundencia (e inocencia) con la que afirma lo contrario la DGRN<sup>65</sup>. Frente a la interpretación que sostiene que tal aspecto se abandonó a las legislaciones de cada Estado parte, se puede defender lo contrario: que el Convenio se refiere implícitamente a cónyuges de distinto sexo. Tal es el sentido de las observaciones de Corea, Colombia y la Santa Sede, resumidas en el Informe explicativo del Convenio. De los siguientes párrafos de este informe se desprende una interpretación distinta a la que da nuestra DGRN:

“En el documento de trabajo núm. 15, Colombia ha igualmente sugerido que la palabra ‘cónyuges’ contemple una pareja formada por un hombre y una mujer y no puede ser considerada como aplicable a una pareja de homosexuales... aunque la proposición colombiana haya decaído, *la idea que la inspiraba fue aceptada por consenso* y se decidió que el informe contendría una mención clara en ese sentido”<sup>66</sup>.

En segundo término, y esto ya con carácter general (dentro o fuera del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya), lo que decida el sistema

---

<sup>64</sup> BOE, 1 agosto 1995.

<sup>65</sup> Punto III de la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, de la DGRN, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales (BOE, 30 agosto 2006). Una crítica moderada de esta Resolución puede verse en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Reconocimiento e inscripción en el registro civil de las adopciones internacionales”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2006-2, pp. 683-710, pp. 703-705, para este concreto tema.

<sup>66</sup> Informe Explicativo de G. PARRA ARANGUREN, núms. 81-85, y en concreto núms. 83-84, que puede consultarse en español en [www.hcch.net](http://www.hcch.net). La cursiva es añadida. *Vid.* en este mismo curso el trabajo de A. Borrás Rodríguez, “La expansión comunitaria: penetración en el ámbito del Derecho de familia y sucesiones”, nota 12 donde hace alusión a la Comisión especial sobre aplicación del Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional, que tuvo lugar entre los días 17 a 23 de septiembre de 2005: los países de origen de los menores no quisieron saber nada de los matrimonios entre personas del mismo sexo.

español no es más que el punto de partida en la adopción internacional que nos planteamos: de nada vale que en España puedan adoptar los cónyuges de idéntico sexo si en el país de origen del menor ello no es posible. De nuevo nos encontramos con la mitad de la verdad; la otra mitad, que, además, es la que prevalece, la ponen los sistemas jurídicos y las autoridades del país de origen del adoptado. Si la autoridad China no autoriza la adopción conjunta de una de sus niñas por dos hombres o dos mujeres casados entre sí, de nada sirven las afirmaciones en sentido contrario de nuestro ordenamiento (o si no autoriza la adopción por solteros, obesos, deprimidos o rubios). Y en este sentido me gustaría llamar, por último, la atención sobre la práctica consistente en adopciones singulares (por un solo miembro de la pareja) para, una vez en España, proceder a una nueva adopción por parte del conviviente o, en el caso que nos ocupa, cónyuge del mismo sexo<sup>67</sup>. Sin entrar a valorar la legitimidad de esta práctica desde la perspectiva del interés del adoptado, no cabe duda de que puede suponer un fraude (no en sentido técnico, pero fraude al cabo) a la ley extranjera y un elemento que puede deparar un importante freno o, sin más, el cierre de algunos países de origen frente a las adopciones con destino a España. Y, repetimos, se trata de una mera descripción y no de una valoración.

La nueva Ley 54/2007, de adopción internacional, como en tantos otros aspectos<sup>68</sup>, no modifica la situación descrita.

### XIII. CONCLUSIÓN

Será breve. Entrar en contacto con otros sistemas jurídicos implica la pérdida de la confortabilidad de lo propio y la posibilidad de que las pomposas declaraciones no pasen de ser desideratas que no exhiben sino la ignorancia de quien las pronuncia, cuando no –lo que es peor– demagogia barata. Pienso, por supuesto, en legislador y autoridades españolas que, por

---

<sup>67</sup> Realmente dado el nivel de comunicación administrativa entre las autoridades españolas y las extranjeras de origen del menor, la situación probablemente pueda ser más frecuente en parejas estables que en matrimonios homosexuales ya celebrados; en el expediente iniciado por uno de los cónyuges habría de constar su estado civil. Es posible, no obstante, la adopción previa al matrimonio y la subsiguiente adopción por el cónyuge, supuesto del *Auto Juz. Primera Instancia de Alcobendas, de 7 de noviembre de 2007* (La Ley, núm. 7024, Sección Reseña de Jurisprudencia, 1 oct. 2008).

<sup>68</sup> *Vid.* mis análisis en “El Proyecto de Ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *Actualidad civil*, núm. 22, 2007, pp. 2597-2618; “Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia bibliografía*, núm. 1, 2008; *Diario La Ley*, núm. 6910, Sección Doctrina, de 25 de marzo de 2008; “La ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2007, (2008), pp. 39-69.

un lado, tienen el coraje de avanzar en la igualdad de las personas con una reforma del calado de la Ley 13/2005 y, por otro, desprecian cuanto ignoran o, simplemente, ignoran que no estamos solos. Y no me refiero a la posibilidad de que haya vida inteligente fuera de la Tierra, sino a la cotidiana realidad de las situaciones privadas conectadas con más de un ordenamiento jurídico. Del mismo modo que los sistemas que no admiten la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo no pueden obviar esta nueva realidad con la que están obligados a convivir quieran o no (y los ejemplos que he puesto son elocuentes), tampoco los que lo reconocen, como el nuestro, pueden obviar la realidad contraria. Por supuesto que la alternativa no es renunciar a avanzar, sino avanzar con seguridad jurídica.

*Mariage vaut mariage*, afirmaba Leo Raape en su memorable Curso de 1934: "...hay que tener en cuenta –decía– el hecho de que matrimonio vale [como] matrimonio y que el parentesco matrimonial vale [como] parentesco matrimonial... podemos pues evitar el examen sobre si el matrimonio, en el sentido de la ley de conclusión del mismo y en el sentido de la ley [rectora] de la sucesión significa lo mismo"<sup>69</sup>; dado que entonces lo mismo significaba por doquier, añadido yo. El Profesor alemán ponía de manifiesto que la comunidad jurídica de Derecho comparado en torno al matrimonio evitaba un buen número de complicaciones inherentes a otras realidades jurídicas como, por ejemplo, la adopción, al ser lo mismo en todos los países; o, mejor dicho, "...al menos en los Estados civilizados", matizaba. Hoy no es así. Las diferencias y las complicaciones existen y deben buscarse soluciones para evitar o amortiguar las consecuencias potencialmente negativas para los cónyuges (y para terceros) sean del sexo que sean.

---

<sup>69</sup> L. RAAPE, "Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé", *Recueil des cours*, t. 50 (1934-IV), pp. 399-544, p. 511.