

LIBRE CIRCULACIÓN POR EL TERRITORIO DE LA UNIÓN EUROPEA DE LOS MATRIMONIOS DEL MISMO SEXO CELEBRADOS EN ESPAÑA

MERCEDES SOTO MOYA *

- I. DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO OBJETO DE ANÁLISIS.
- II. CONCEPTO DE CÓNYUGE Y LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS.
- III. EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LOS MATRIMONIOS CELEBRADOS EN ESPAÑA: ALGUNOS EJEMPLOS DE DERECHO COMPARADO.
 1. IMPOSIBILIDAD DE RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO CELEBRADO EN ESPAÑA.
 2. RECONOCIMIENTO DE CIERTOS EFECTOS A LOS MATRIMONIOS CELEBRADOS EN ESPAÑA.
 3. EQUIPARACIÓN DEL MATRIMONIO CELEBRADO EN ESPAÑA A LA PAREJA REGISTRADA.
- IV. DISOLUCIÓN DE LA UNIÓN DEL MISMO SEXO.
 1. CONCEPTO DE CÓNYUGE EN EL REGLAMENTO 2201/2003 (<<BRUSELAS II BIS>>).
 2. LEY APLICABLE A LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO (REGLAMENTO 1259/2010).
- V. CONCLUSIONES.

I. DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO OBJETO DE ANÁLISIS

Esta investigación parte del hecho evidente de que el individuo, cuando circula de un Estado a otro, lleva consigo sus relaciones familiares, consti-

* Profesora Contratada Doctora (A) de Derecho Internacional Privado, Departamento de Derecho Internacional Privado e Historia del Derecho, Universidad de Granada, España.

Trabajo realizado en el marco del Proyecto de excelencia P09-SEJ-4738: "Análisis transversal de la integración de mujeres y menores nacionales de terceros Estados en la sociedad andaluza", subvencionado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía.

tuidas conforme a normas jurídicas diferentes a las del Estado de recepción. La descoordinación jurídica entre las normas de cada Estado genera una merma de seguridad para los particulares que pretenden desplazarse por el territorio de la UE. Algunos autores denominan a esta falta de coherencia entre los sistemas jurídicos “déficit de comunicación”¹.

Los cambios sociológicos producidos en la estructura familiar y la aparición de nuevos modelos de convivencia han sido, en los últimos tiempos, tan importantes y tan rápidos que el Derecho sigue a duras penas su ritmo. En el ordenamiento jurídico español la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales se produjo a través de la Ley 13/2005 de 1 de julio², que modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. El nuestro fue el tercer país de la Unión Europea en permitir casarse a las parejas del mismo sexo. La trascendencia social de esta norma y su valor simbólico son incuestionables hoy en día, desde la perspectiva que nos da el tiempo. En España la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o de distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. Los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, son únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes, entre otros, los referidos a derechos y prestaciones sociales y la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción. Se ha procedido a una adaptación terminológica de los distintos preceptos del Código Civil que se refieren o traen causa del matrimonio, así como de una serie de normas del mismo Código que contienen referencias explícitas al sexo de sus integrantes. Por la disposición adicional primera, todas las referencias al matrimonio que se contienen en nuestro ordenamiento jurídico han de entenderse aplicables tanto al matrimonio de dos personas del mismo sexo como al integrado por dos personas de distinto sexo.

Sin embargo, no se ha hecho ninguna previsión específica en el marco del Derecho Internacional Privado (DIPr), laguna criticable que plantea serias dificultades. Así, por ejemplo, es obligado preguntarse si la permisón de la ley española respecto de los matrimonios integrados por personas del mismo sexo se extiende también cuando uno o ambos contrayentes sean de nacionalidad extranjera. Inmediatamente después de la entrada en vigor de la men-

¹ Entre ellos SCHULZE, S. y ZIMMERMANN, R., *Textos básicos de Derecho privado europeo. Recopilación*, Barcelona, Marcial Pons, 2002, p.12.

² BOE de 2 de julio de 2005.

cionada ley, se produjeron varias consultas a la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN) respecto a la posibilidad de que dos personas del mismo sexo pudiesen contraer matrimonio entre sí, siendo una o ambas extranjeras³. La DGRN intentó propiciar una respuesta a estas consultas en la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005⁴.

La cuestión más problemática es si las autoridades españolas pueden autorizar el matrimonio entre contrayentes del mismo sexo cuya nacionalidad no sea la española (o al menos uno de ellos no sea español). En nuestro ordenamiento jurídico no se arbitra una respuesta concreta, ya que la reforma

³ Cuatro días después de la entrada en vigor de la ley, un ciudadano español y otro hindú solicitaron contraer matrimonio. El Juez de paz de Canet de Mar (Barcelona), se planteó si podía casar a dos hombres siendo uno de ellos de nacionalidad india, y exigió a dicho ciudadano certificación consular en la que constase su capacidad para poder contraer matrimonio. RDGRN de 26 de octubre de 2005 (*BOE* de 31 de diciembre de 2005). *Vid.* TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A., “Nota sobre el matrimonio homosexual y su impacto en el orden público internacional español”, *AC*, núm. 20, 2005, pp. 1-4. Esta fue sólo la primera de las múltiples consultas realizadas a la DGRN. A modo de ejemplo, Resolución de 10 de octubre de 2005 (*BOE* núm. 276, de 18 de noviembre de 2005), en donde se resuelve un supuesto de ciudadanos colombianos que pretenden contraer matrimonio en España. Resolución de 7 de abril de 2006 (*BOE* núm. 135, de 7 de junio de 2006), que se dictó debido a la solicitud de matrimonio de un nacional español y un nacional portugués. Resolución de 1 de junio de 2006, sobre matrimonio civil de dos ciudadanos británicos (*BIMJ*, núm. 2036, de 1 de mayo de 2007, pp. 2021-2030). Resolución de 23 de noviembre de 2006 sobre autorización para contraer matrimonio de dos ciudadanos suizos (Aranzadi-Westlaw, JUR2008\112557).

⁴ *Vid.* los comentarios que hubo en el momento de la publicación de esta Resolución-Circular de: SÁNCHEZ LORENZO, S., “Nota a la Ley 13/2005 de 1 de julio”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 509-515; *id.* “Nota a la RDGRN de 24 de enero de 2005”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005, pp. 618-627; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más crítica», *La Ley*, núm. 6629, 15 de enero de 2007; ABARCA JUNCO, P. y GÓMEZ JENE, M., “Nota sobre la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo”, *REDI*, núm. 1, 2006, pp. 309-318; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Comentario a la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005, pp. 855-858; Díez Fraile, J. M., “Exégesis de la doctrina de la DGRN sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio introducida por la Ley 13/2005, de 1 de julio”, *La Ley*, núms. 6449 y 6450 de 27 y 28 de marzo de 2006; COBAS COBIELLA, M. E., “Cuestiones de Derecho internacional privado: la Resolución Circular, de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios civiles entre personas del mismo sexo”, en, DE VERDA, J.R., y BEAMONTE (coord.), *Comentarios a las reformas de derecho de familia 2005*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 109- 130.

realizada no ha afectado a ninguna norma de DIPr⁵. De ahí que haya sido la DGRN la que haya tenido que proporcionar una respuesta a través de la mencionada Resolución-Circular, que algunos autores califican de “curiosa”⁶. En síntesis, afirma que pueden celebrarse matrimonios entre personas del mismo sexo en España, ante autoridad pública española, sin que sea óbice para ello el hecho de que alguno de los contrayentes sea nacional de un país cuyo Derecho no haya regulado los matrimonios entre personas del mismo sexo⁷.

Por tanto, en España pueden constituirse matrimonios del mismo sexo entre dos nacionales españoles, entre un nacional y un extranjero o entre dos extranjeros (sean o no comunitarios). Partiendo de esta realidad, la investigación

⁵ No sabemos si por “olvido”, “miopía”, “pereza” o “desidia” del legislador español, adjetivos utilizados por RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A., «Los matrimonios entre personas del mismo sexo en el derecho internacional privado español», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLI, núm. 122, mayo-agosto 2008, pp. 913- 941, p. 916; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Matrimonio entre personas...», *loc. cit.*, p. 2; CALVO CARAVACA, L. y CARRASCOSA, J., “Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado español”. *La Ley*, núm. 6391, de 2 de enero de 2006, pp. 1-11, p. 2; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “El impacto de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho español: perspectiva internacional”, *Matrimonio homosexual y adopción. Perspectiva nacional e internacional*, Colección Jurídica General, Madrid, 2006, pp. 45-73, p. 72, respectivamente.

⁶ SÁNCHEZ LORENZO, S., “Nota a la Ley 13/2005 de 1...”, *loc. cit.*, p. 510.

⁷ Para llegar a esta conclusión utiliza distintos razonamientos. La clave está en determinar si la homosexualidad o la heterosexualidad son cuestiones de capacidad o elementos subjetivos consustanciales con la propia institución matrimonial. La doctrina se encargó en su momento de analizar las diversas tesis utilizadas por la DGRN en esta Resolución-Circular. Así, por ejemplo, los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ (“Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional...”, *loc. cit.*, pp. 1-5) realizan una exposición de las diferentes tesis tanto favorables como contrarias a la posibilidad de que las autoridades españolas sean competentes para celebrar matrimonio entre personas del mismo sexo cuando una de ellas o las dos son extranjeras y en su país de origen no se contemple tal posibilidad. *Vid.* también, CALVO BAVIO, F., “Elemento extranjero en matrimonios entre homosexuales celebrados en España”, *IURIS*, núm. 99, nov. 2005, pp. 52-55; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A., “Nota sobre el matrimonio y su impacto en el orden público...”, *loc. cit.*, pp. 1-4; SÁNCHEZ LORENZO, S., “Nota a la Ley 13/2005...”, *loc. cit.*, pp. 509-515; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo”, *RJC*, núm. 4, 2005, pp. 199-215; ARENAS GARCÍA, R., “La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración del matrimonio en los supuestos internacionales”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 351-371; ANCEL, B., “Regards critiques sur l’érosion du paradigme conflictuel”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2005, ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2006, pp. 345-415, pp. 380-388.

se centra en el derecho de libre circulación por el territorio de la UE de los matrimonios constituidos en España. Aunque no en todos. Para focalizar el análisis en la libre circulación de personas debemos atenernos solo a los matrimonios en los que al menos una de las partes sea nacional comunitario, ya que las posibilidades de desplazamiento por la UE de un matrimonio celebrado en España entre dos nacionales de terceros Estados dependen, en gran medida, de las normas de extranjería propias de cada legislación interna⁸. Los límites que se impongan a la entrada y permanencia de parejas formadas por dos nacionales de terceros Estados en un determinado país de la Unión Europea, y la posibilidad de que no se reconozcan efectos al matrimonio celebrado en España, no supondrán restricción alguna al derecho de libre circulación de personas⁹.

⁸ A modo de ejemplo: en los Países Bajos, la legislación de extranjería (*Vreemdelingenbesluit*) de 18 de agosto del 2000, establece en sus artículos 3.13, 3.14, 3.17 y 3.22 que el cónyuge nacional de tercer Estado de un holandés o de un residente en los Países Bajos podrá reagruparse con él, sea cuál sea su sexo. Esto significa que el derecho a la reagrupación familiar se extiende a los cónyuges homosexuales, independientemente de la nacionalidad que tenga tanto el reagrupante como el reagrupado. En Bélgica, la noción de “cónyuge”, recogida en la ley de 15 de diciembre de 1980 *sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers* engloba al cónyuge del mismo sexo siempre que el matrimonio haya sido válidamente concluido (art. 10.4). *Moniteur Belge*, de 31 de diciembre de 1980, sucesivamente modificada por la *Loi du 2 août 2002* (*Moniteur Belge* de 28 de agosto de 2002), *Loi du 15.9.2006* (*Moniteur Belge* de 6.10.2006), *Loi du 25.4.2007* (*Moniteur Belge* de 10.5.2007). En Dinamarca, la sección 9ª de la Ley de inmigración danesa (*Bekendtgørelse af Udlændingeloven*, nr. 608, de 17 de Julio de 2002), establece que se otorgará un permiso de residencia por reagrupación familiar a un nacional de tercer Estado, mayor de 24 años, que cohabite con una persona que resida desde hace más de tres años en Dinamarca, también mayor de 24 años, o con un nacional danés. Dinamarca reconoce, de este modo, la posibilidad de conceder residencia por reagrupación familiar no sólo al cónyuge, sino también a la pareja de hecho, bajo unas determinadas circunstancias. Es cierto que en Dinamarca no es posible que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio. Pero no hay que olvidar que en este país, de acuerdo con la sección 3 de *Egstegekab og Registreret partnerskab* (Ley sobre parejas registradas), núm. 372, de 7 de junio de 1989, las parejas registradas se equiparan prácticamente en todo a los matrimonios tradicionales, con lo que no será probable obtener la reagrupación familiar para la pareja del mismo sexo y no para el cónyuge del mismo sexo. También hay cierta normativa comunitaria que incide en este ámbito como la Directiva 2003/109, del Consejo, de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración (*DOUE* L64, de 23 de enero de 2004) o la Directiva 2009/50, del Consejo de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo altamente cualificado (*DOUE* L 155, de 18 de junio de 2009).

⁹ Aunque sí se podría argumentar que se estaría conculcando el principio de confianza comunitario, ya que la unión se ha celebrado en un Estado miembro de la UE.

La investigación se estructura en tres partes:

En la primera de ellas se analiza la existencia o no de un concepto de cónyuge en la Unión Europea. Si el objeto del trabajo es la circulación de los matrimonios del mismo sexo, el punto de partida habrá de ser si la UE los considera cónyuges. Ante la inexistencia de norma comunitaria que defina este concepto, acudimos a la jurisprudencia del TJCE, que, al menos, establece unos parámetros que nos ayudan a delimitar el concepto.

Una vez que se han fijado estos límites, la segunda parte de la investigación se hace más concreta. El ejercicio pleno de la libre circulación de personas conlleva el reconocimiento y la continuidad extraterritorial de las uniones procedentes de los Estados miembros. El ciudadano comunitario se sentirá desincentivado a circular por el territorio de la UE si su relación, válida en un Estado miembro, no lo es en otro¹⁰. Por eso se analiza, a través de un estudio de Derecho comparado, si se reconocerán o no en otros países de la UE los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en España. En algunos casos se equiparán a la pareja registrada, en otros se reconocerán solo ciertos efectos y en algunos serán inexistentes.

Por último, la tercera parte de este trabajo se dedica a la disolución de la unión del mismo sexo. La razón es que la libre circulación de personas no solo se ve limitada si el matrimonio válidamente celebrado en un Estado miembro no se reconoce como tal en otro, sino también en otros supuestos, como las posibilidades de disolución del vínculo. Enlazando con la primera parte, la inexistencia de un concepto autónomo de cónyuge en las normas comunitarias, conlleva indefectiblemente que sea cada Estado el que decida libremente qué concepto de matrimonio mantiene, y si sus órganos jurisdiccionales son competentes para disolver un matrimonio homosexual, lo que limita la libre circulación al no poder divorciarse, quizás, en el Estado miembro en el que se reside, a pesar de la existencia de normas comunitarias de unificación en materia de crisis matrimoniales.

II. CONCEPTO DE CÓNYUGE Y LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

El derecho de libre circulación de personas ha experimentado un cambio significativo desde sus orígenes. Con independencia de que la inclusión de un

¹⁰ En este mismo sentido, MARTINY, D., "Is unification of Family Law Feasible or Even Desirable?", *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, (4ª Edición), 2011, pp. 429-459.

principio de libre circulación de personas en el TCE respondiera inicialmente a objetivos de carácter económico, pronto se puso de manifiesto que este principio estaba llamado a desempeñar un papel mucho más significativo. En las primeras disposiciones se trataba únicamente de la libre circulación de cada persona considerada como sujeto económico, ya fuera como trabajador o como prestatario de servicios¹¹. Originariamente se concibieron las libertades comunitarias sólo para los que ejercían una actividad profesional, asalariada o no, en el territorio de la Comunidad. Esta postura se fue flexibilizando, ampliando la libertad de circulación a ciudadanos que no ejercían actividades profesionales en el territorio de otro Estado miembro (estudiantes, jubilados, residentes y ciertos familiares)¹². Este concepto económico inicial se fue vinculando a la idea de una ciudadanía europea, independientemente de la actividad que se ejerciera y de las diferencias en cuanto a la nacionalidad¹³.

¹¹ En el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 (TCEE), los Estados miembros se fijaron como objetivo principal «el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros» (art. 2 TCEE). El modelo de integración económica, correspondiente al establecimiento de un mercado común que recoge el TCEE suponía la integración de las mercancías mediante la liberalización del comercio entre los Estados miembros. Para lograr este objetivo era imprescindible también la integración de los demás factores de producción, a través de la supresión de los obstáculos a su libre circulación. El sentido inicial de la inclusión de la libre circulación de personas en el TCEE era poner el factor de producción “trabajo” al servicio de la integración económica, y evitar la distorsión de la competencia en un mercado abierto, sin barreras protectoras intracomunitarias. (Vid. entre otros, LIROLA DELGADO, M. I., *Libre circulación de personas y UE*, Madrid, Civitas, 1994; DEL VALLE GÁLVEZ, A., «La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo-RDCE*, núm 3, 1998, pp. 41-79).

¹² Véase la Directiva 90/364, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia, (DOCE L nº 180 de 13 de julio de 1990); Directiva 90/365 de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional (DOCE L nº 180, de 13 de julio de 1990); y la Directiva 93/96, De 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes (DOCE L nº 317, de 18 de diciembre de 1993).

¹³ La noción de *mercado interior* como “espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de personas está asegurada”, incorporada por el art. 7 del AUE (De 27 de enero de 1986, que entró en vigor el 1 de julio de 1987, tras su publicación en el DOCE L nº 169, de 19 de junio de 1987) ofreció un apoyo tanto conceptual como jurídico que permitió superar la visión económica que condicionaba la comprensión del principio de libre circulación de personas en la Comunidad. Bajo el mercado común la libre

A pesar de la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia con el Tratado de Ámsterdam de 17 de junio de 1997¹⁴, las restricciones a la libre circulación no han desaparecido, ni están en vías de hacerlo¹⁵. Una de las razones fundamentales es la disparidad en el Derecho material de los Estados miembros con respecto al Derecho de familia. Cada Estado miembro es competente para autorizar el matrimonio o cualquier unión de pareja en su territorio, porque no existe un sólo precepto en el TCE ni en una norma de Derecho derivado que ofrezca una noción de cónyuge. Esto no es de extrañar, porque, no hay un Derecho de familia sustantivo en la UE¹⁶. Se ha considerado que pertenecía al núcleo duro de materias civiles refractarias a toda unificación¹⁷, porque implicaría la desaparición de los ordenamientos jurídicos privados nacionales y la

circulación de personas quedó limitada por el propio sistema del Tratado a la libre circulación de las personas económicamente activas. Con la nueva terminología (mercado interior), se proclama un espacio sin fronteras interiores del que se extraer una importante consecuencia: las personas, y ya no sólo los agentes económicos, quedan vinculadas por la realización de este proyecto común, *vid.* JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, P., *El derecho de libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria*, Madrid, 1994, p. 47. Para un estudio de esta evolución véase, SOTO MOYA, M., “La libre circulación de personas como concepto ambivalente”, *REDI*, 2008, pp. 163-178.

¹⁴ *DOCE* C núm. 340, de 10 de noviembre de 1997.

¹⁵ De la misma opinión, GUIMEZANES, N., “Vers une disparition des restrictions apportées à la libre circulation des ressortissants communautaires”, *Le Droit international privé: esprit et methods. Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 355-364.

¹⁶ Sobre la unificación del Derecho de familia comunitario y la competencia o incompetencia de la UE para abordar esta labor *vid.* BOELE WOELKI, K., *Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflicts of Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2010; *id.* “The Road Towards a European Family Law”, *EJCL*, vol. 1, nov. 1997; ANTOKOLSKAIA, M., “Would the Harmonisation of Family Law Enlarge the Gap between the Law in the Books and the Law in Action?”, *FamPra.*, 2002, pp. 261-292; *id.* “The Harmonisation on Family Law: Old and New Dilemas”, *ERPL*, 2003, pp. 28-49; WILHEMSSON, T., “Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation?”, *ERPL*, 2002, pp. 77-94; MARTINY, D., “Is Unification of Family Law Feasible or Even...”, *loc. cit.*; PINTENS, W., “Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union?”, *ZEuP*, 1998, pp. 670-676; ALPA, G., “European Community Resolutions and the Codification of Private Law”, *ERPL*, 2000, pp. 321-333; WEATHERILL, S., “Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?”, *ERPL*, vol. 5, 2004, pp. 633-660; BASEDOW, J., “Codification of Private Law in the European Union: the Making of a Hybrid”, *ERPL*, 2001, pp. 35-49; DE GROOT, G. R., “Auf dem Wege zu einem europäischen (internationales) Familienrecht”, *ZEuP*, 2001, pp. 617-627.

¹⁷ Hay un debate doctrinal abierto sobre la existencia de un Derecho de familia comunitario, y la posibilidad de su creación a través de dos métodos: la unificación y la

constitución de un nuevo Derecho europeo aplicable indistintamente a situaciones internas e intracomunitarias¹⁸. La creación de conceptos autónomos, en consecuencia, es actualmente inviable¹⁹, aunque no se puede ignorar el papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) a este respecto²⁰.

Se reprocha al Derecho comunitario una visión conservadora de la familia que no es acorde con la evolución de la sociedad europea²¹. Se afirma, incluso, que la legislación derivada se ha adaptado insuficientemente a la evolución socio-cultural y económica experimentada desde los años setenta²².

armonización. Un análisis de las diversas posiciones puede verse en CARACCILO DI TORELLA, E., y MASSELOT, A., "Under Construction: EU Family Law", *ELR*, núm. 29, 2004, pp. 32-51. Para un estudio de las diferencias entre armonización, unificación y codificación véase MEULDERS-KLEIN, T., "Towards a European Civil Code on Family Law? Ends and Means", *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003, pp. 105-116; VERBEKE, A. y LELEU, Y., "Harmonization of the Law of Succession in Europe", *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, (4ª Edición), 2011, pp. 259-281; HONDIUS, E., "Towards a European Civil Code", *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, (4ª Edición), 2011, pp. 3-27.

¹⁸ GARCÍA CANTERO, G., "¿Derecho de familia europeo?", *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 1175-1184, p. 1175; PINTENS, W., *Europeanisation of Family Law*, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003, pp. 3-33, p. 6.

¹⁹ En contra de que el concepto de cónyuge no goce de una interpretación autónoma en la UE: REQUEJO ISIDRO, M., "DIPr. de la familia y libre circulación de trabajadores: reflexiones suscitadas por el matrimonio homosexual", *La UE ante el siglo XXI: los retos de Niza, XIX Jornadas de la AEPDIPR*, Madrid, 2003, pp. 243-251, p. 245; BONINI-BARALDI, M., "Variations on the Theme of Status, Contract and Sexuality: an Italian Perspective on the Circulation Models", *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Oxford-Nueva York, 2003, pp. 300-319, p. 314; BELL, M., "We are Family? Same-Sex Partners and EU Migration Law", *MJ*, vol. 9, núm. 4, 2002, pp. 335-355, p. 346; KESSLER, G., *Les patenariats enregistrés en droit international privé*, Bruselas, L.G.D.J., Tomo 431, 2004, pp. 268-269.

²⁰ Desde la aparición de las Comunidades Europeas, ha sido el TJUE el que ha definido, a medida que iba resolviendo asuntos, los conceptos jurídicos incluidos en las normas comunitarias. BARIATTI, S., "Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni", *Riv.dir.int.pr.proc.*, núm. 2, abril-junio 2006, pp. 361-377, p. 366. Véase también STRUYCKEN, A.V.M., "Les conséquences de l'intégration européenne sur le droit international privé", *Rec. des C.*, t. 232, 1992, pp. 267-379, p. 307 y ss.

²¹ ANCEL, B. y MUIR WATT, H., "La désunion européenne: le Règlement dit Bruxelles II", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2001, pp. 403-457, p. 408.

²² Conclusiones del Abogado General Geelhoed en el asunto *Baumbast* (C-413/99), apartado 34.

Compartimos esta opinión, y consideramos, que la razón fundamental de este conservadurismo son las diferencias en la legislación sobre Derecho de familia de los Estados miembros. Es un sector enraizado en la soberanía nacional y en el que la UE no tiene competencia exclusiva. No puede, por tanto, imponer a los Estados miembros unas normas que les obliguen a transformar sus legislaciones internas. Por ello, el legislador comunitario no elabora conceptos autónomos en el ámbito del Derecho de familia, sino que se remite a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Esta remisión —común prácticamente a todas las normas analizadas a lo largo de la investigación— es la razón de que sea cada Estado el que interprete, a tenor de sus propios criterios, los conceptos introducidos en las normas comunitarias²³. Así, se inserta una inevitable nota heterogénea en el ámbito material del Derecho comunitario²⁴.

Ante la inexistencia de Derecho originario y derivado que proporcione una noción de cónyuge, ha sido el TJUE quién ha ido perfilando los contornos de este concepto, sobre todo a través de la interpretación del artículo 10 del Reglamento 1612/68 sobre libre circulación de los trabajadores²⁵. Precisamente, la libre circulación de personas originó el nacimiento de un concepto autónomo de cónyuge dentro de la UE. Muy pronto se hizo patente en la

²³ Recuérdense, entre otros, el Reglamento 2201/2003, del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis), el Reglamento 1259/2010, del Consejo de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III), Reglamento 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (Bruselas III), etc.

²⁴ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Pasado, presente y futuro del DIPr comunitario”, *RXUSC*, 1996, vol.5, pp. 9-48, p. 40.

²⁵ Reglamento (CEE) 1612/68, relativo a la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena dentro de la Comunidad, *DOCE* L 257, de 19 de octubre de 1968. Derogado por el Reglamento (CEE) núm. 492/2011 del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, *DOUE* L 141, de 27 de mayo de 2011. El artículo 10 de este Reglamento 1612/68 establecía: 1. “Con independencia de su nacionalidad, tendrán derecho a instalarse con el trabajador nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado miembro: a) su cónyuge y sus descendientes menores de 21 años o a su cargo; b) los ascendientes del trabajador y de su cónyuge que estén a su cargo. 2. Los Estados miembros favorecerán la admisión de cualquier miembro de la familia que no se beneficie de lo dispuesto en el apartado 1, si se encontrase a cargo, o viviese, en el país de origen, con el trabajador antes mencionado”.

Comunidad que difícilmente iban a desplazarse los trabajadores primero, y los inactivos después, de un Estado miembro a otro, si no eran acompañados por sus familias. Este fue el motivo de que se otorgara el derecho de libre circulación de personas a ciertos familiares del trabajador, entre ellos su cónyuge, aunque a título derivado. Esto es lo que ha permitido al TJUE pronunciarse sobre su contenido. El primer asunto en el que el TJUE tuvo que interpretar el artículo 10 del Reglamento 1612/68 fue el caso *Reed*²⁶. En esta inicial toma de contacto con el concepto de cónyuge, el TJUE afirmó que el artículo 10 del Reglamento 1612/68, contempla exclusivamente una relación fundada en el matrimonio, sin posibilidad de ampliarlo a una relación de pareja estable, porque falta una evolución social de orden general que justifique una interpretación extensiva, y además no existe una indicación contraria en el Reglamento. De esto se deduce que el concepto de cónyuge en este Reglamento es dinámico, ya que depende de “una eventual evolución de la sociedad, por eso es necesario realizar un examen de la situación en el conjunto de la Comunidad, y no en relación con un sólo Estado miembro”²⁷.

La ausencia de consenso europeo sobre las parejas del mismo sexo explica la imposibilidad de que la jurisprudencia pueda interpretar extensivamente las normas comunitarias. El Tribunal rehúsa llevar a cabo la extensión de los beneficios previstos para el cónyuge al “compañero”, aseverando que sólo posee la cualidad de cónyuge la persona que está casada. Así lo estableció también el TJUE en el asunto *Grant*²⁸. Constituía un reto difícil decidir si una

²⁶ STJUE, de 17 de abril de 1986, *Reed*, C-59/85, *Rec.* p.I-04401; *Vid.* BOUTARD-LABARDE, M.C., *Journ. dr. int.*, 1987, pp. 434-435; JESSURUN D’OLIVEIRA, H. U., “Freedom of Movement of Spouses in the EU”, *Private Law in the International Arena, From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2000, pp. 527-543, pp. 530-532; WAALDIJK, K., “Towards Equality in the Freedom of Movement of Persons”, *After Amsterdam: Sexual Orientation and the European Union*, Bruselas: ILGA-Europe, 1999, pp. 45-52, p. 47; MOSCONI, F., “Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, abril-junio, 2005, pp. 305-315, p. 310.

²⁷ *Reed*, considerando 15, *loc. cit.*

²⁸ STJUE, de 17 de febrero de 1998, *Lisa Jacqueline Grant /South-West Trains Ltd.*, C- 249/96, *Rec.*, p.I-00621; *Vid.* PINTENS, W., “Europeanisation of...”, *loc. cit.*, pp. 3-33, p. 22; BELL, M., “Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice: from *P v. S* to *Grant v. SWT*”, *ELJ*, vol. 5, núm. 1 de marzo de 1999, pp. 63-81; MCGLYNN, C., “Challenging the European Harmonisation of Family Law”, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Oxford-Nueva York, 2003, pp. 217-237, p. 221; GIEGERICH, T., “Diskriminierung wegen gleichgeschlechtlicher sexueller Orientierung?”, *Juristenzeitung*, núm. 14, 1999, pp. 724-730;

pareja homosexual había de ser tratada como una heterosexual o, incluso, como un matrimonio. El TJUE se decantó por la solución conservadora²⁹. La argumentación del TJUE se basó en el hecho de que no se discriminaba a la actora por ser mujer, ya que a una pareja de varones le hubiera sido igualmente denegado el transporte gratuito³⁰. Por tanto, la norma no discriminaba por razón de sexo, sino por algo que no cubría el artículo 119 TCE, que es la orientación sexual³¹.

CONNOR, T., "Community Discrimination Law: No Right to Equal Treatment in Employment in Respect of Same Sex Partner", *ELR*, vol. II, 1998, pp. 378-384; BREMS, E., "Case C-249/96. Lisa Jacqueline Grant v. South West Trains Ltd", *Col. J. Europ. L.*, 1999, pp. 141-151; REEVES, T., "No Homosexual Please, We Are European", *NLJ*, 199, pp. 558-569; LOUSADA ALOCHENA, J. F., "El acoso moral por razón de género", *AS*, nº 15/2003, (BIB 2003/1349); CANOR, I., "Equality for Lesbians and Gay Men in the European Community Legal Order- they shall be male and female?", *MJ*, vol. 7, 2000, pp. 273-299; GUIGUET, B., "Le droit communautaire et la reconnaissance des partenaires de même sexe", *Cahiers Dr. Eu*, 1999, pp. 537-567, en especial, pp. 555 y ss; KESSLER, G., *Les partenariats enregistrés en droit...*, *op. cit.*, p. 259; KADDOUS, W., "La situation des partenaires de même sexe en droit communautaire et dans le cadre de l'Accord sectoriel sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne", *Rev. suisse DIDE*, 2001, pp. 143-172, pp. 148-149; PINTENS, W., "Von Konstantinidis bis Grant", *ZEuP*, 1998, pp. 843-848.

²⁹ "En el estado actual del Derecho en el seno de la Comunidad, las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se equiparan a las relaciones entre personas casadas o a las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo". Y añadió: "la mayor parte de los Estados miembros no considera a la pareja registrada ni a la pareja de hecho cónyuge" (FJ 23). A pesar de esto, la compañía ferroviaria suprimió las provisiones discriminatorias.

³⁰ Se ha puesto de relieve que el error argumentativo del TJUE radica en la elección del término de comparación. En lugar de comparar a la Sra. Grant con un hombre que convive con una mujer se la compara con un hombre que convive con otro hombre. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la UE*, Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 76. Si la Sra. Grant hubiese convivido con un hombre tendría acceso a estas ayudas. *Vid.* en este sentido, BELL, M., "Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice...", *loc. cit.*, p. 69; BREMS, E., "Case C-249/96. Lisa Jacqueline Grant...", *loc. cit.*, p. 144.

³¹ El TJUE consideró que la Sra. Grant no vivía en pareja ni era cónyuge en el sentido del Derecho de la mayor parte de los Estados miembros, ni tampoco según el CEDH. A este respecto el TJUE cita jurisprudencia del TEDH, para argumentar que "a pesar de la evolución de las mentalidades, las relaciones homosexuales duraderas no están comprendidas todavía en el ámbito de aplicación del derecho al respeto a la vida familiar y, por tanto, las relaciones entre personas casadas, o las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo, no se equiparan a las de una pareja homosexual" (FJ 33-35). CONNOR, T., "Community Discrimination Law: No Right to Equal

En el año 2008, el TJUE modificó la línea argumental mantenida en *D v. Council*³². Considera el Alto Tribunal que, si en el Derecho nacional (en este caso el alemán) la institución pareja estable inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges, hay que equipararlos también por lo que respecta, en este supuesto, a la obtención de la pensión de viudedad, porque de lo contrario se estaría vulnerando lo establecido en la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación³³.

También resulta de vital importancia el pronunciamiento del TJUE en el asunto *K.B.*³⁴. La demandante, de nacionalidad británica, deseaba que su compañero, que había sufrido una operación de cambio de sexo de mujer a hombre y con el que se había unido en una ceremonia religiosa, pudiera, en su día, disfrutar de la pensión de viudedad que le correspondería como cónyuge superviviente. El ordenamiento del Reino Unido impide el matrimonio de un transexual con arreglo a su nuevo género y, por tanto, al no tener derecho a contraerlo, no podía disfrutar de una pensión de viudedad en caso de premoriencia de su compañera. El TJUE estimó que, en este caso, existía una desigualdad de trato³⁵.

Treatment in Employment in..." , *loc. cit.*, p. 381. En este mismo sentido véase, TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A., *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Granada, Comares, 2001, p. 204. Véase una interpretación crítica de esta sentencia en GUIGUET, B., "Le droit communautaire et...", *loc. cit.*, en cuya página 551 se tilda esta jurisprudencia de vergonzosa.

³² STJUE (Gran Sala), de 1 de abril de 2008, *Tadao Maruko y Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C- 267/06, *Rec.*, p. I-01757.

³³ Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, de relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, (DOCE L 303).

³⁴ STJUE de 7 de enero de 2004, *K.B. v. National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health.*, C-117/01, *Rec.* p. I-541. El TJUE hace referencia a dos STEDH, de 11 de Julio de 2002, *Godwin e I. v. Reino Unido*. Vid. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJUE, asuntos K.B. y García Avello)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo-RDCE*, núm. 18, mayo-agosto 2004, pp. 507-529; CANOR, I., nota a la STJUE de 7 de enero de 2004, *CMLR*, 2004, pp. 1113-1125; TOMASI, L., "Le coppie non tradizionali (nuovamente) alla prova del diritto comunitario", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. 40, núm. 3, julio-septiembre 2004, pp. 977 y ss.

³⁵ "Si bien no afecta directamente al disfrute de un derecho protegido por el Derecho comunitario, afecta a uno de sus presupuestos, pues la desigualdad de trato no incide en el reconocimiento de una pensión de viudedad, sino en una condición previa indispensable para su concesión, a saber, la capacidad para contraer matrimonio de un transexual, que la legislación del Reino Unido excluye" (apartados 30 y 31).

El órgano jurisdiccional declara que una legislación como la controvertida en el asunto principal, que vulnera el CEDH y que impide que una pareja cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro, debe considerarse incompatible con el artículo 141 TCE (“principio de igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadores”)³⁶. El TJUE hace suyo el giro jurisprudencial del TEDH reconociendo a las personas transexuales el derecho al matrimonio bajo su nueva identidad sexual, ya que la imposibilidad de contraer matrimonio para un transexual constituye una violación del *ius nubendi* en el sentido del artículo 12 del CEDH³⁷.

³⁶ Este principio ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia comunitaria. El TJUE ha aseverado que situaciones iguales no pueden ser tratadas de forma diferente (*vid.* STJUE de 19 de octubre de 1977, *Ruckdeschel v. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*, as. C-117/76 y 16/77, *Rec.*, p. 1753; STJUE de 29 de junio de 1988, *Van Landschool v. Mera*, as. C- 300/86, *Rec.* p. I-3443; STJUE de 29 de junio de 1995, *SCAC v. Associazione dei Produttori Ortofrutticoli*, as. C-56/94, *Rec.* p. I-1769; STJUE de 12 de diciembre de 2002, *Rodríguez Caballero*, as. C- 442/00, *Rec.* p. I-955). Tampoco situaciones diferentes pueden ser tratadas de la misma manera si no está objetivamente justificado (STJUE de 13 de diciembre de 1984, *Sermide v. Cassa Conguaglio Zuccero* as. C- 106/83, *Rec.* p. I-4209).

³⁷ Sobre el grado de influencia que tiene la jurisprudencia del TEDH en las decisiones judiciales del TJUE *vid.* H. Toner, “Community law immigration Rights...”, *loc. cit.*, disponible en <http://webjcli.ncl.ac.uk/>; J. I. Ugartemendía Eceizabarrena, “La interacción constitucional europea en la interpretación de los derechos fundamentales (viejas inercias y nuevas perspectivas)”, *RVAP*, núm. 73, septiembre-diciembre 2005, pp. 135-171; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., y DEL VALLE GÁLVEZ, A., “El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo-RDCE*, vol. 2, 1997, pp. 329-376. Estos autores ponen de relieve que “la jurisprudencia del TJUE ha procurado una especial atención a observar y atenderse a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, que es sistemáticamente consultada”, aunque no exista una norma específica al respecto que así lo establezca. A pesar de esto la posibilidad de conflictos interpretativos es inevitable en la medida en que ninguna jurisdicción puede predecir en una decisión judicial la interpretación futura que hará el Tribunal superior de otro ordenamiento jurídico. No se puede olvidar que a pesar del silencio inicial del TCE, el respeto a los derechos fundamentales es consustancial al propio sistema jurídico comunitario, recayendo en el TJUE la responsabilidad de salvaguardar la tutela judicial interna de tales derechos. El art. 6.2 TUE vino a constitucionalizar la jurisprudencia del TJUE al establecer que la “Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario”. Después de largos debates, el TCE hizo definitivamente explícito el compromiso

La sentencia *K.B* implica un punto y aparte en la jurisprudencia del TJUE³⁸. No parece posible referirse a un “derecho matrimonial europeo”, sino solo de garantizar la eficacia del principio de no discriminación por razón de sexo³⁹. La cuestión que se suscita es la de saber si este mismo razonamiento podría ser aplicado por el TJUE a los matrimonios homosexuales, ya que en la mayoría de los Estados miembros no se permite su unión, que se presenta, en más de una ocasión, como necesaria para el disfrute de derechos atribuidos por el ordenamiento comunitario⁴⁰. Sería factible, tomando como base este pronunciamiento, argumentar que la imposibilidad de contraer matrimonio limita el derecho de libre circulación de personas. El cónyuge homosexual tiene más posibilidades de desplazamiento que la pareja registrada y que la pareja de hecho. Pero el matrimonio no es sólo presupuesto cuasi-necesario para ejercitar el derecho de libre circulación de personas —a título derivado—, sino, asimismo, para acceder, entre otras, a ventajas de tipo económico.

Por tanto, y a la luz de estos pronunciamientos, la primera de las características que debe poseer una determinada persona para que pueda ser conside-

de la Unión en materia de derechos fundamentales al incorporar en su Parte II, con pleno valor jurídico, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Vid.* SANZ CABALLERO, S., “Interferencias entre el Derecho comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo *versus* Estrasburgo: ¿quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo-RDCE*, n 17 enero-abril 2004, pp. 117-158; Sobre la Carta de Derechos Fundamentales pueden consultarse, entre otros, ALONSO GARCÍA, R., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *GJ-CE*, n 209, 2000, pp. 3-17; ROLDÁN BARBERO, J., “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE y su estatuto constitucional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo-RDCE*, n 16, septiembre-diciembre de 2003, pp. 943-991; PÉREZ VERA, E., “A propósito de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE”, *AFD. Universidad de La Laguna*, n 18, 2001, pp. 291-307; ABRISKETA URIARTE, J., “La adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950: tan lejos, tan cerca”, *El desarrollo del Tratado de Lisboa: un balance de la Presidencia española*, Colección Escuela Diplomática n 17, 2011, pp. 221-232.

³⁸ CANOR, I., “Nota a la STJUE de 7 de enero...”, *loc. cit.*, p. 1125.

³⁹ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Derecho comunitario, derechos fundamentales...”, *loc. cit.*, p. 522.

⁴⁰ Hay autores que opinan que esta doctrina no sería extensible a las relaciones homosexuales a menos que el TJUE lo manifieste expresamente “puesto que la razón del proceder del TJUE en *KB* se debe a que se ha producido un cambio quirúrgico de sexo, cosa que no ocurre cuando nos enfrentamos a parejas homosexuales en las que lo que existe es una preferencia por personas de la misma orientación sexual”. *Vid.* SANZ CABALLERO, S., *La familia en la perspectiva internacional y europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, p. 264.

rada como cónyuge, a los efectos del Derecho comunitario, es que haya celebrado un matrimonio válido⁴¹. A ello se añade que debe ser un matrimonio actualmente existente, esto es, no disuelto por una autoridad competente⁴². Esta interpretación tan sumamente formalista resulta un tanto paradójica para un Tribunal que ha repetido que las disposiciones que consagran un principio fundamental, como el de la libre circulación de personas, deben interpretarse en un sentido amplio⁴³. Y no sólo resulta paradójica, sino que desencadena una serie de consecuencias, como la posibilidad, de incluir en este concepto al cónyuge del mismo sexo en el caso de los matrimonios homosexuales ya que parece que la heterosexualidad no es una característica que integre el concepto de cónyuge. Sin embargo, la Comisión ha afirmado, en respuesta a una pregunta escrita relativa a la apertura del matrimonio civil y de la adopción a personas del mismo sexo en los Países Bajos, que por lo que respecta al Reglamento 1612/68, la legislación neerlandesa, aún surtiendo efectos en territorio de los Países Bajos, no produce la consecuencia de ampliar el concepto de cónyuge según el artículo 10 de este Reglamento, ni de imponer a otros Estados miembros una definición ampliada de cónyuge⁴⁴.

⁴¹ Requisito que también establece en otros asuntos, STJUE de 17 de febrero de 1998, *Grant*, as. C-249/96, *Rec.* p. I-621; STPI, de 17 de junio de 1993, *Mónica Araujo c. Comisión*, as. T-65/92, *Rec.* p. II-597; STJUE de 31 de mayo de 2001, *D y Reino de Suecia c. Consejo*, as. acumulados C-122/99P y C-125/99P, *Rec.* p. I-4319; *Vid.* entre otros, MCGLYNN, C., “Challenging the European Harmonisation of Family...”, *loc. cit.*, pp. 220; MOSCONI, F., “Le nuove tipologie di convivenza...”, *loc. cit.*, pp. 310-311.

⁴² STJUE de 13 de febrero de 1985, *Diatta*, as. 267/83, *Rec.* p. 00567. *Vid.* BARRETT, G., “Family Matters: European Community Law and Third-Country Family Members”, *CMLR*, nº 40, 2003, p. 383, pp. 369-421; ALEXANDER, W., “Free Movement of Non-EC Nationals. A Review of the Case-Law of the Court of Justice”, *EJIL*, vol. 3, 1992, p. 56, pp. 53-65; O’CAOIMH, A., *ILTSJ*, 1985, pp. 112-113; WEILER, J., “Thou Shalt Not Oppress a Stranger: On the Judicial Protection of the Human Rights of Non-EC Nationals-A Critique”, *EJIL*, vol. 3, 1992, pp. 65-91.

⁴³ *Vid.* entre otras, STJUE de 19 de octubre de 2004, *Chen & Zhu v. Secretary of State of the Home Department*, C-200/02, *Rec.* p. I-9925, apartado 31. Además *vid.* DOLLAT, P., *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne: enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1998, por lo que respecta a la filosofía extensiva con la que la jurisprudencia del TJUE ha venido afrontando los supuestos relativos a la libre circulación, también cómo el propio legislador comunitario se ha sumado a esta filosofía. N comentario de esta sentencia en SOTO MOYA, M., “La libre circulación de personas como concepto...”, *loc. cit.*, pp. 163-178.

⁴⁴ La pregunta escrita se refería específicamente a si la Comisión opinaba que en las directivas y en los reglamentos referentes a la libre circulación de ciudadanos de la UE y otras personas, como, por ejemplo, en el Reglamento 1612/68, el término cónyuge

La Directiva 2004/38, relativa al derecho de libre circulación de los ciudadanos de la Unión, permite la reagrupación del cónyuge, sin especificar si se incluye también al del mismo sexo. El Parlamento Europeo presentó una enmienda a la Propuesta de Directiva, en la que se adicionaba al término cónyuge la siguiente afirmación: “independientemente de su sexo, conforme a la correspondiente legislación nacional”. La justificación de esta puntualización era que “la legislación de la UE relativa a la libre circulación debía reflejar y respetar la diversidad de relaciones familiares existente en la sociedad actual”⁴⁵. No obstante, la Comisión rechazó esta enmienda con diversos argumentos. Consideró que no optaba por una definición del término cónyuge que introdujera una referencia explícita al cónyuge del mismo sexo, ya que por el momento sólo dos Estados miembros contemplan en su legislación el matrimonio entre personas del mismo sexo⁴⁶. En definitiva, la Comisión se decanta por restringir la noción de cónyuge al de distinto sexo, salvo evolución futura⁴⁷. Esto permite a los Estados miembros actuar con total libertad

abarca también al cónyuge del mismo sexo de conformidad con el Derecho neerlandés (aunque la respuesta vale también para el belga, y el español). Pregunta escrita E-3261/01 de Joke Swiebel a la Comisión. Reglamento 1347/2000 y apertura del matrimonio civil y de la adopción a personas del mismo sexo en los Países Bajos. *DOCE* E 028 de 06.02.2003.

⁴⁵ Enmienda 14, adoptada el 23 de enero de 2003, PE 319.238, Documento de sesión A5-0009/2003.

⁴⁶ Además, se funda en la tesis mantenida por el TJUE para el que el término matrimonio, según la definición admitida en general por los Estados miembros, designa una unión entre dos personas de distinto sexo (*D. vs. Reino de Suecia*). También declaró que una interpretación de conceptos jurídicos basada en la evolución de la sociedad, y que produce consecuencias en todos los Estados miembros, debe hacerse mediante un examen de la situación de conjunto de la Comunidad (*Reed*).

⁴⁷ Comisión de las Comunidades Europeas, “Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”, COM (2003) 199, p. 11. Se reprocha esta visión tan conservadora de la familia que no es acorde con la evolución de la sociedad europea. *Vid.* BERTHOU, K. y MASSELOT, A., “Le mariage les partenariat et la CJCE: menaje à trois”, *Cah. Dr. Eur.*, nº 5-6, 2002, pp. 679-694, p. 689; STALFORD, H., “Regulating Family Life in Post-Amsterdam Europe”, *ELR*, 2003, pp. 39-52, pp. 40-41; ANCEL, B. y MUIR WATT, H., “La désunion européenne: le Règlement dit...”, *loc. cit.*, p. 408. En este mismo sentido las conclusiones del Abogado General Geelhoed en el asunto *Baumbast* (C-413/99). En el apartado 34 se afirma que “la legislación derivada... (en este asunto el Reglamento 1612/68), se ha adaptado insuficientemente a la evolución socio-cultural y económica experimentada desde los años sesenta”. En el apartado 87 se califica de obsoleto el hecho de que el Reglamento parta de la estabilidad de las relaciones matrimoniales.

para admitir o no en su territorio a los cónyuges homosexuales de nacionales comunitarios. Italia, por ejemplo, que ha traspuesto la Directiva a su ordenamiento jurídico a través del Decreto legislativo núm. 30, de 6 de febrero de 2007⁴⁸, establece la posibilidad de entrada de la pareja con la que el ciudadano de la Unión tenga una relación estable debidamente acreditada por el Estado del ciudadano de la Unión⁴⁹. Aunque el Decreto no detalla que clase de prueba va a ser admitida, la Administración prefiere limitarla a la certificación del registro del Estado de origen del ciudadano de la Unión⁵⁰.

Ahora bien, que no se considere cónyuges a dos personas del mismo sexo que han contraído matrimonio —recuérdese—, a los solos efectos de entrada y residencia, provoca graves restricciones a la libre circulación de personas. Si el ciudadano comunitario contrae matrimonio con un nacional de tercer Estado, no podrá acompañarlo si pretende desplazarse a otro Estado miembro, porque no se estimará titular del derecho de libre circulación de personas a título derivado. Si el Estado miembro de acogida no lo considera cónyuge, no estará incluido en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, y se registrará por el régimen general de extranjería⁵¹.

⁴⁸ *Gazzetta Ufficiale*, núm. 72, de 27 de marzo de 2007.

⁴⁹ Art. 3 c. 3, Decreto legislativo núm. 30.

⁵⁰ En concreto, “documentazione dello Stato del cittadino dell’Unione, titolare del diritto di soggiorno, dalla quale risulti il rapporto parentale ovvero la relazione stabile, registrata nel medesimo Stato”. Circular del Ministero dell’Interno, Dipartimento Affari Interni e territoriali prot. N. 200704165/151000/14865, del 18 de julio de 2007.

⁵¹ De hecho, ya hay un ejemplo claro de este extremo. Las autoridades austríacas han negado la reagrupación familiar a un nacional norteamericano casado con un alemán en los Países Bajos, lo que ocasionó que este último no aceptara un puesto de trabajo en una organización internacional en Viena. El asunto llegó hasta el Tribunal Constitucional austríaco (*Verfassungsgerichtshof*, VfGH) que corroboró, en octubre de 2004, la decisión de las autoridades administrativas de no permitir la reagrupación. El caso fue remitido al TJUE, y las partes alegan, básicamente, que su derecho a contraer matrimonio está protegido por la legislación nacional donde lo contrajeron (Países Bajos), y por el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales. Así, el no permitir la reagrupación del cónyuge sería una discriminación por razón de sexo en la aplicación de la legislación comunitaria, prohibida por el artículo 13 TCE. Además, argumentan que la Directiva 2004/38, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia a circular y residir libremente por el territorio de la Unión, considera, en su artículo 2, miembro de la familia al cónyuge, que incluye, según su apreciación, al del mismo sexo. RIGAUX, F., “The Law Applicable to Non Traditional Families”, *Private Law in the International Arena. Liber Amicorum Kurt Siehr*, Zurich, T.M.C. Asser, 2000, pp. 647-656, p. 656.

III. EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LOS MATRIMONIOS CELEBRADOS EN ESPAÑA: ALGUNOS EJEMPLOS DE DERECHO COMPARADO

1. IMPOSIBILIDAD DE RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO CELEBRADO EN ESPAÑA

El reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo puede resultar incierto si la pareja pretende desplazarse por la UE. Su estabilidad jurídica quizás resulte comprometida con el traslado. Hay países que no reconocerán el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España o en cualquier otro Estado. Este es el caso, por ejemplo, de Italia. Dos nacionales italianos celebraron un matrimonio del mismo sexo en Holanda. De vuelta a Italia pretendieron inscribirlo como “matrimonio” en el Registro Civil, a lo que el Encargado se opuso. Los cónyuges recurrieron la decisión y tanto el *Tribunale di Latina, Affari Camera di Consiglio*⁵², como la Corte de Apelación de Roma⁵³, fallaron en contra de los recurrentes. Consideraron ese matrimonio como inexistente en Italia y contrario a su orden público. Los órganos jurisdiccionales basaron su decisión en el concepto de matrimonio de la Constitución italiana de 1 de enero de 1948, que ha sido interpretado como la relación entre dos personas de diferente sexo⁵⁴. Establecen que en el estado actual de evolución de la sociedad italiana el matrimonio entre personas del mismo sexo no comulga con su “historia, tradición y cultura”. Los recurrentes alegaron que el no reconocimiento del matrimonio traería como consecuencia que no pudiesen separarse o divorciarse e incluso que pudiesen volver a casarse en Italia con una persona de distinto sexo, lo que supondría incurrir en un delito de bigamia en Holanda. El Tribunal consideró que las partes no estaban legitimadas para adu-

⁵² Tribunale di Latina, decisión de 10 de junio de 2005, www.tribunale.latina.it/civile.aspx. También en *Riv.dir.int.priv.pr.e.proc.*, 2005, núm. 4, pp. 1095-1102; *Famiglia e diritto*, 2005, p. 411. Para un comentario de esta decisión véase, BOSCHIERO, N., «Les unions homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien», *Riv. Dir. Int.*, 2007, núm. 1, pp. 57-62; BILOTTA, F., “Matrimonio (gay) all'italiana”, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2006, pp. 91-100.

⁵³ Decisión de 13 de julio de 2006. Véase comentario de SESTA, M. en, *Famiglia e diritto*, 2007, p. 166.

⁵⁴ Véase un estudio del art. 29 de la Constitución italiana en SCHUSTER, A., “Riflessioni comparatistiche sull'art. 29 della Costituzione italiana”, *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato*, Mimesis, Milán, 2008, p. 185-200.

cir esta serie de inconvenientes que ellas mismas han creado contrayendo un matrimonio que sabían que en Italia no era posible reconocer. En este contexto tan poco propicio no es de extrañar que el Ministerio del interior italiano enviase una circular a los Encargados de los Registros Civiles advirtiéndoles de su obligación de comprobar cuidadosamente los certificados de matrimonio extranjeros para asegurarse de que en todos los casos los cónyuges son de diferente sexo⁵⁵. En definitiva, actualmente en Italia no es posible que un matrimonio del mismo sexo acceda al Registro Civil, y, lo que es más preocupante, tampoco que se reconozcan ciertos efectos como los sucesorios, la disolución, prestaciones alimenticias⁵⁶...

2. RECONOCIMIENTO DE CIERTOS EFECTOS AL MATRIMONIO CELEBRADO EN ESPAÑA

En otros Estados, en cambio, sí se reconocerán un buen número de efectos, incluso, aunque no se reconozca el matrimonio como tal⁵⁷. Sobre todo en aquellos países en los que, aún no existiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, sí existe la institución “pareja registrada”.

Para algunos países de la UE, como Francia, el matrimonio es “la unión de un hombre y una mujer”. Así lo ha afirmado la *Cour de cassation* en sentencia de 13 de marzo de 2007⁵⁸. Además, conforme la decisión número 2010-92-QPC del 28 de enero de 2011, el Consejo Constitucional se pronunció sobre dos artículos del Código Civil (artículos 75 y 144 Código Civil Francés), que excluyen el matrimonio entre personas del mismo sexo, decidiendo que no se afecta el derecho de parejas homosexuales a llevar una vida normal de familia, ni el principio de igualdad ante la ley con las disposiciones contenidas en los artículos 75 y 144 Civil, porque las parejas de mismo sexo, pueden vivir en concubinato o celebrar un Pacto Civil de Solidaridad (PACS).

⁵⁵ Ministerio del Interior. Circular núm. 55, de 18 de octubre de 2007. Véase, BONINI BARALDI, M., “Family vs. Solidarity. Recent Epiphanies of the Italian Reductionist Anomaly on the Debate on *de facto* Couples”, *Debates in Family Law around the Globe at the Dawn of the 21 st Century*, Intersentia, Oxford, 2009, pp. 253-278, p. 275.

⁵⁶ Esta inquietud es la que expresa TONOLO, S., *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Giuffrè Editore, Milán, 2007, p. 31.

⁵⁷ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “El impacto de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho español: perspectiva...”, *loc. cit.*, p.61.

⁵⁸ Véase un comentario a este pronunciamiento en FULCHIRON, H., “Un homme, une femme: la Cour de cassation rejette le mariage homosexuel”, *Daloz*, 2007, p. 1375-1376.

Por tanto, en Francia no es posible contraer un matrimonio con una persona del mismo sexo⁵⁹, lo que no impide para que nos preguntemos si se podrán reconocer como tales los celebrados en el extranjero. Al no existir una norma de conflicto específica con respecto al matrimonio del mismo sexo, las soluciones se producen caso por caso. Sí hay un cierto consenso doctrinal a favor del reconocimiento de estos matrimonios válidamente celebrados en el extranjero⁶⁰. El criterio del gobierno sobre los efectos en Francia de los matrimonios válidamente celebrados en un país de la UE ha sido expuesto en tres respuestas al Parlamento, una a la Asamblea Nacional y las otras dos al Senado⁶¹. En ellas se establece que un matrimonio entre personas del mismo sexo, celebrado en la UE, será reconocido en Francia como matrimonio sólo si supera un test de ley aplicable. Es decir, sólo si ambas partes tenían capacidad para contraer ese matrimonio según su ley nacional. Por ejemplo, un matrimonio entre un español y un holandés celebrado en España, será válido en Francia porque según sus respectivas leyes nacionales tenían capacidad para contraerlo. En cambio, si se trata de un italiano y un belga casados en Bélgica, el matrimonio no será válido en Francia, porque el nacional italiano no tenía capacidad según su ley personal⁶². Así lo señaló una Respuesta Ministerial, en el año 2008, relativa a los efectos sucesorios en Francia de un matrimonio del mismo sexo celebrado en Países Bajos entre un nacional holandés y otro francés⁶³.

⁵⁹ Aunque sí se ha intentado. El 5 de junio de 2004 el alcalde de Bègles (Burdeos) celebró con grandes pompas el primer matrimonio homosexual en Francia. No obstante, pocas semanas más tarde el matrimonio fue anulado por el *Tribunal de Grande Instance* de Burdeos, decisión confirmada el 19 de abril de 2005 por la *Cour d'appel* de Burdeos. Vid. DE BENALCÁZAR, S., *Pacs, mariage et filiation: étude de la politique familiale*, Defrénois, Paris, 2007, pp. 333-334; FULCHIRON, H., "Le mariage homosexuel", *Rev. int. dr. com.*, núm. 2, 2010, pp. 245-273, p. 248. Además, el 6 de noviembre de 2012, el Consejo de Ministros francés dio luz verde al Proyecto de Ley de matrimonio homosexual que se debatirá en la Asamblea en el año 2013.

⁶⁰ FULCHIRON, H., "Le droit français et les mariages homosexuels étrangers", *Dalloz*, Paris, 2006, pp. 1253-1258; REVILLARD, M., "Le Pacs, les partenariats enregistrés et les mariages homosexuels en DIP", *Defrénois*, 2005, pp. 461-480.

⁶¹ Respuestas ministeriales n° 41533 a la Asamblea Nacional y n° 16294 al Senado, citadas por AVENA-ROBARDET, V., en «Actualité juridique famille», diciembre de 2006, p. 455, y n° 20257 al Senado, *Journal Officiel du Sénat*, 9/3/2006, p. 722.

⁶² K. BOELE-WOELKI, I. CURRY-SUMNER, M. JANSEN, W. SCHRAMA, "The evaluation of same-sex marriages and registered partnerships in the Netherlands", *YPIL*, vol. VIII, 2006, pp. 27-37, p. 31; FULCHIRON, H., "Le mariage...", *loc. cit.*, p. 263.

⁶³ Réponse ministérielle, n° 886; *J.O. Sénat*, Q 24 janvier 2008, p. 161. Literalmente establece que "Or, il résulte des principes de droit international privé et selon le code

3. EQUIPARACIÓN DEL MATRIMONIO CONTRAÍDO EN ESPAÑA A LA PAREJA REGISTRADA

Hay Estados en los que el matrimonio del mismo sexo contraído en España se equipara automáticamente a la institución “pareja registrada” existente en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Este es el caso, por ejemplo, de Alemania o del Reino Unido (*Civil Partnership Act*)⁶⁴.

La ley alemana contiene una regla de conflicto específica relativa a las parejas registradas, el artículo 17 b) 4 (EGBGB)⁶⁵. En DIPr alemán la nacionalidad es el principal factor de conexión en las relaciones de familia. Así, en principio, hay un estatuto uniforme que determina la ley aplicable a los efectos personales del matrimonio (artículo 14 EGBGB), el régimen económico matrimonial (artículo 15) y el divorcio (artículo 17), donde el primer punto de conexión es la nacionalidad común de los esposos⁶⁶. En cambio, el legislador no ha utilizado este punto de conexión para la pareja registrada, sino el del derecho del lugar donde se ha producido el registro⁶⁷. El interrogante que se suscita es si esta norma de conflicto se aplicará también a los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en otros países o sólo a las parejas registradas. Gran parte de la doctrina aboga por la no aplicación del artículo 17 EGBGB a los matrimonios del mismo sexo celebrados fuera de Alemania⁶⁸. El argumento principal es que el legislador alemán ha creado

civil que la validité du mariage s’apprécie, d’une part, au regard de la loi du lieu de célébration et, d’autre part, de la loi personnelle de chacun des futurs époux, laquelle en régit les conditions de fond. Deux Français de même sexe qui se marient valablement à l’étranger, car la loi du lieu de célébration reconnaît ce mariage ne seront pas considérés comme mariés en France, dans la mesure où leur loi personnelle le prohibe. Il en va de même du mariage d’un Français à l’étranger avec une personne de même sexe”.

⁶⁴ De 18 de noviembre de 2004. Disponible en www.parliament.the-stationery-office.co.uk.

⁶⁵ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

⁶⁶ A falta de nacionalidad común el punto de conexión será la residencia habitual común de los cónyuges y a falta de esta la última residencia habitual común si uno de ellos todavía reside allí.

⁶⁷ VON SACHSEN GESSAPHE, K. A., “Le paterariat enregistré en droit international privé allemand”, *Aspects de droit International privé des paternariats enregistrés en Europe*, Schulthess, Suiza, 2004, pp. 9-29, p. 15. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., apunta que “la presencia de normas de conflicto bilaterales específicas fue, en el año 2001, una novedad dentro del panorama legislativo existente en el derecho comparado”, en *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional*, Atelier, 2007, p. 133.

⁶⁸ Entre ellos, WAGNER, R., “Das neue internationale Privat- und Verfahrensrecht zur eingetragene Lebenspartnerschaft”, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrens-*

una institución nueva, casi idéntica al matrimonio, pero sólo abierta a las parejas homosexuales, lo que indica que no quiere asimilar las dos instituciones. Además, ya hay varias sentencias que confirman la aplicación del artículo 17 EGBGB a los matrimonios del mismo sexo⁶⁹.

En el Reino Unido se intenta facilitar el reconocimiento de las parejas registradas en otros países (*overseas relationships*⁷⁰), estableciendo dos posibles mecanismos. Uno está previsto para las denominadas “specified relationships”, en los que el reconocimiento es automático (pasivo)⁷¹. Estas parejas tienen que provenir de uno de los países que se especifican en el anexo 20 de la ley, que también recoge las instituciones concretas a las que se refiere⁷². Todas estas instituciones se equiparan automáticamente a las parejas registradas en el Reino Unido, pero sólo por lo que respecta a las parejas del mismo sexo, aunque en el país de celebración se permita también el registro a las parejas heterosexuales (sec. 152)⁷³. Sorprendentemente, esta transposi-

srechts (IPRax), 2001, pp. 281-293, p. 292. En contra, FORKERT, M., *Eingetragene Lebenspartnerschaften im deutschen IPR: art. 17 b EGBGB*, Tübingen, 2003, pp. 68-74.

⁶⁹ Sentencia del Bundesfinanzhof de 30 de noviembre de 2004 y la sentencia del Verwaltungsgericht Karlsruhe, de 9 de septiembre de 2004. Citadas y comentadas por la Profa. Quiñones en *Uniones conyugales o de pareja...*, *loc. cit.*, pp. 160-163.

⁷⁰ El Capítulo II de la 5ª Parte se denomina “Overseas Relationships Treated As Civil Partnership”, y el art. 212 es el que define qué debe entenderse por “Overseas Relationships”.

⁷¹ *Civil Partnership Act*, secs. 152 y 155. *Vid.* en este sentido, GLENNON, L., “Strategizing for the Future through the Civil Partnership Act”, *JLS*, vol. 33, núm. 2, junio 2006, pp. 244-276.

⁷² El anexo 20 denominado “Meaning of Overseas Relationship: Specified Relationships”, de la *Civil Partnership Act*, dispone que se consideraran “specific relationship”: Bélgica- cohabitación légal y matrimonio; Canadá- tanto la Domestic Partnership (Nueva Escocia) como la Union Civil (Quebec); Dinamarca- registeret partnerskab; Finlandia- rekisteröity parisuhde; Francia- PACs; Alemania- Lebenspartnerschaft; Islandia- Stadfesta samvist; Luxemburgo- partenariat enregistré; Nueva Zelanda- civil union; Holanda- geregisterde partnerschap y matrimonio; Noruega- registrert partnerskap; Suecia- registrerat partnerskap; España- matrimonio entre personas del mismo sexo; EE.UU: California- Domestic Partnership; Connecticut- Civil Union; Maine- Domestic Partnership; Massachusetts- Marriage; New Jersey- Domestic Partnership; Vermont (USA)- civil union. Desde el 5 de diciembre de 2005 el anexo 20 no ha sido actualizado. el resto de países que han legislado sobre parejas registradas o matrimonios del mismo sexo que no están en la lista podrán ser reconocidos en el reino unido como civil partnership si cumplen las condiciones de la sec. 214).

⁷³ Exactamente igual sucede en Suiza (art. 43.3 de la Loi sur le paternariat (LPart), de 18 de junio de 2004). *Vid.* LAGARDE, P., reseña a DUTOIT, B., *Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2005.

ción automática se aplica también a los matrimonios homosexuales que provengan de Holanda, Bélgica o España, lo que en muchos aspectos supondrá una disminución de su estatus, ya que deberían equipararse a las parejas casadas y no a las registradas.

El segundo mecanismo de reconocimiento que establece la *Civil Partnership Act* es el activo. Cualquier unión puede equipararse a las parejas registradas en el Reino Unido, aunque no se trate de un país de los establecidos en el Anexo 20 de la ley, si cumple una serie de condiciones generales (sec. 214): que se trate de una relación “legalmente exclusiva”, es decir, que no estén simultáneamente casados o formen parte de otra pareja registrada; que la relación sea de una duración indeterminada, esto es, que no esté sujeta previamente a un límite temporal; que las partes sean tratadas como pareja o como un matrimonio; que para constituir esa pareja haya sido necesario el registro ante una autoridad competente. Además, al igual que en el caso anterior, debe tratarse de parejas homosexuales.

A diferencia de lo que ocurre en Francia, el Reino Unido no exige para el reconocimiento de estas uniones que las partes tengan capacidad según su ley personal, sino que las partes tengan capacidad según la ley del país donde se ha constituido la unión (incluidas las normas de DIPr)⁷⁴.

La solución adoptada por la legislación del Reino Unido es innovadora, y es un modelo válido para el reconocimiento del matrimonio homosexual en otros Estados. El recurso a la transposición activa y pasiva es muy flexible y puede acomodarse a la evolución de las legislaciones nacionales en esta materia. Sin embargo, también habría que plantearse si no constituye un gran riesgo imponer un determinado estatus a una pareja sin su claro consentimiento, y sin su completa apreciación de las consecuencias legales que se derivarán de éste, sobre todo en los supuestos en que un matrimonio celebrado en Holanda, Bélgica, Portugal, Suecia, España, o en cualquier otro Estado en el que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio, pasa a ser directamente considerado en el Reino Unido una pareja registrada. Así lo ha señalado también la *High Court* de Londres en 2006 cuando tuvo que resolver sobre el reconocimiento en Inglaterra de un matrimonio celebrado en Canadá entre dos mujeres. La *High Court* estableció que esta unión se equi-

⁷⁴ El art. 212.2 CPB establece que “the requirement that relationship be registered will be satisfied where the two people concerned had capacity to enter into the relationship under the law of the country or territory where the relationship is registered (including its rule of private international law)”. *Vid.* HODSON, D., *A Practical Guide to International Family Law*, Jordan Publishing, Bristol, 2008, p. 380.

para en Inglaterra a una pareja registrada y se regirá por las disposiciones de la *Civil Partnership*⁷⁵. Por tanto, en el Reino Unido tanto un matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo en España como un Pacs francés se equiparan a la *Civil Partnership* cuando los derechos y obligaciones que conllevan para cada una de las partes en sus respectivos lugares de celebración son muy diferentes.

No obstante, esta no es la solución aportada por todos los Estados. Lo normal es que el desplazamiento del matrimonio produzca una pérdida de estatus, lo que suscita una gran inestabilidad e inseguridad jurídica. En estos casos el DIPr tendría que actuar para conseguir “la coordinación de los sistemas de Derecho interno materialmente divergentes para las relaciones transnacionales entre personas individuales y jurídicas”⁷⁶, ya que su función estriba básicamente en conseguir la continuidad de las relaciones jurídicas.

Sería deseable que se establecieran una serie de parámetros a disposición de las autoridades competentes; por ejemplo, un listado de países cuya institución “pareja registrada” se considerase como equivalente al matrimonio en el país de acogida. De este modo, bastaría con que la autoridad competente certificase el Estado donde se ha constituido el matrimonio.

IV. DISOLUCIÓN DE LA UNIÓN DEL MISMO SEXO

La libre circulación no significa sólo el ejercicio del derecho al desplazamiento sin obstáculos físicos, sino que supone la “libre circulación del estado civil” como circunstancia que acompaña a la persona⁷⁷. Se trata de la libre circulación de situaciones, y no de decisiones, que encontraría su

⁷⁵ En el asunto de 13 de julio de 2006, *Sue Wilkinson v. Celia Kitzinger*. En concreto el pronunciamiento señalaba: “by withholding from same-sex partners the actual title and status of marriage, the Government declined to alter the almost universal recognition of marriage, but without in any way failing to recognise the right of same-sex couple”, (Vid. AUCHMUTY, R., “What's so special about marriage? The Impact of Wilkinson v Kitzinger”, *Child & Family Law Quarterly*, 2008, pp. 479-498. DEECH, B. R., “Civil Partnership”, *Family Law*, vol. 40, mayo 2010, pp. 468-476, p. 472; DE CRUZ, P., *Family, Law, Sex and Society. A Comparative Study of Family Law*, Routledge, Londres-Nueva York, 2010, p. 266; GOLDSTEIN, G., “La cohabitation hors mariage en droit international privé”, *R. des. C.*, T. 320, 2006, p. 154.

⁷⁶ KREUZER, K., “La propriété mobilière en droit international privé”, *Rec. des. C.*, T. 259, 1996, p. 297.

⁷⁷ LAGARDE, P., “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243, p. 231.

justificación en la creación en la Europa comunitaria de un espacio de libertad, seguridad y justicia, a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam el 1 de mayo de 1999⁷⁸. Se trata de la libre circulación de situaciones, y no de decisiones, que encontraría su justificación en la creación en la Europa comunitaria de un espacio de libertad, seguridad y justicia, a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam el 1 de mayo de 1999⁷⁹. Hay autores que sostienen que el artículo 18 TCE obliga a los Estados miembros a aceptar la existencia y validez de las uniones constituidas en otro Estado miembro⁸⁰. A este respecto, resultan muy esclarecedoras las conclusiones del Abogado General La Pégola en el asunto *Eftalia Dafeki*⁸¹.

De acuerdo con la finalidad del propio TCE, el disfrute de la libertad comunitaria ha de obtener una respuesta unitaria, con independencia del ordenamiento nacional que la encause; esta finalidad debiera evitar las divergencias que al respecto mantienen las leyes nacionales en la materia. Por otro lado, pero en íntima conexión, es preciso evitar que, dentro del propio espacio comunitario, se produzcan alteraciones en el estatuto personal del ciudadano, lo cual, nuevamente, redundaría en perjuicio de la respuesta unitaria de soluciones deseable⁸². Por todo ello lo lógico sería que las normas comunitarias se aplicaran

⁷⁸ MARTÍN SERRANO, J. M., “Los matrimonios homosexuales: una aproximación desde el Derecho internacional privado...”, *loc. cit.*, p. 298.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 298.

⁸⁰ BARATTA, R., “Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC”, *IPRax*, núm. 1, 2007, pp. 4-11, p. 7. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional...”, *loc. cit.*, p. 10. Afirman estos autores que “los Estados miembros son “friendly States”, de modo que las situaciones válidamente creadas con arreglo al DIPr de un Estado miembro deben, por ello, ser aceptadas en los demás Estados miembros”.

⁸¹ “No se puede admitir que el estatus del individuo, entendido como su condición jurídica dentro del ordenamiento de que se trate, reciba una apreciación distinta dependiendo del ordenamiento jurídico en que resida o trabaje dentro de la Comunidad. Del carácter invariable del estatuto de las personas, que se presenta como requisito previo del derecho del individuo, resulta la necesidad de garantizar de manera uniforme la configuración concreta y la salvaguardia de situaciones subjetivas del ordenamiento comunitario: sería contrario a la idea misma de integración que un derecho exista y pueda ser invocado en un Estado miembro, pero no en otro por el mero hecho de que el estado civil del interesado sea apreciado de forma distinta dentro de la Comunidad mientras que esta se concibe, precisamente, como un espacio único sin fronteras interiores” Conclusiones del Abogado General La Pégola, en el asunto *Eftalia Dafeki c. Landesversicherungsanstalt Württemberg*, C-336/94, Rec. p. I-6761.

⁸² ARTUCH IRIBERRI, E., “La libertad individual y las parejas ante el Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. LIV, 2002, pp. 41-65, p. 60.

de manera uniforme, sobre todo los reglamentos. Es el principio de unidad del estado civil el que tiene que presidir todo el tratamiento de la materia.

La libre circulación de personas no solo se ve limitada si el matrimonio válidamente celebrado en un Estado miembro no se reconoce como tal en otro, sino también en otros supuestos. Así, se estudia la posibilidad de aplicación de ciertas normas comunitarias a los matrimonios entre personas del mismo sexo, como, por ejemplo, el Reglamento 2201/2003 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en material matrimonial y responsabilidad parental, o el Reglamento 1259/2010, sobre ley aplicable al divorcio y a la separación. El interrogante que se suscita es si un matrimonio del mismo sexo celebrado en España puede divorciarse en otro Estado miembro. El problema fundamental con el que nos encontraremos será que cada Estado decide libremente qué concepto de matrimonio mantiene, y si sus órganos jurisdiccionales son competentes para disolver un matrimonio homosexual o para reconocer una unión de este tipo.

1. CONCEPTO DE CÓNYUGE EN EL REGLAMENTO 2201/2003 («BRUSELAS II BIS»)

Es innegable que en la sociedad multicultural y globalizada en la que vivimos —y en la que cada vez son más frecuentes los matrimonios mixtos— la regulación del matrimonio homosexual tiene una repercusión directa en los asuntos de tráfico jurídico externo⁸³. La diversidad de instituciones con las que cada Estado regula las uniones del mismo sexo, ha llevado a la disciplina a un terreno mucho más complejo y variado que en el pasado⁸⁴. Se presentan nuevos retos, surgen problemas a los que el DIPr debe intentar dar solución y que han de ser estudiados. No resulta posible hablar ya ni de universalidad de las instituciones, ni de uniformidad de los contenidos, a diferencia de lo que venía sucediendo tradicionalmente con la institución matrimonial⁸⁵.

⁸³ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A., «Los matrimonios entre personas del mismo sexo en el derecho internacional privado...», *loc. cit.*, p. 917.

⁸⁴ Así lo señala WAALDIJK, K y DE SCHUTTER, O., *More or Less Together: Levels of Legal Consequences of Marriage, Cohabitation and Registered Partnerships for Different-Sex and Same-Sex Partners*. A Comparative Study of Nine European Countries, Institut National d'Etudes Démographiques (INED), Documents de Travail, núm. 125, 2005. Disponible en www.same-sex.ined.fr.

⁸⁵ DOMÍNGUEZ LOZANO, P., «Novedades legales y tendencias reformadoras en la regulación de las instituciones y figuras jurídicas relativas a las uniones *more uxorio*», *REEI*, núm. 12, 2006, pp. 1-24, p. 19.

Uno de los problemas a los que indefectiblemente ha de hacer frente el Derecho internacional privado actual, es la posibilidad de aplicación de los instrumentos jurídicos comunitarios a los matrimonios entre personas del mismo sexo. *A priori*, el análisis carecería de sentido, habida cuenta que, tanto la determinación de la competencia judicial internacional y el reconocimiento, como, la ley aplicable, son cuestiones que han sido reguladas a través de reglamentos. Al ser éste un instrumento normativo de unificación, que pretende evitar la disparidad en los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados miembros, que no pueden introducir variantes en sus respectivas legislaciones, parecería lógico que la solución fuera la misma para todos los países de la UE. No obstante, la unificación solo ha llegado a los aspectos procesales, pero no a la concepción que cada Estado tiene de lo que ha de entenderse por “cónyuge”. En efecto, ni en el Reglamento 2201/2003⁸⁶, ni en su antecesor, el Reglamento 1347/2000⁸⁷, se define qué se entiende por cónyuge y se plantean serias dudas y debates doctrinales acerca de la existencia de un concepto autónomo que permita delimitar el ámbito de aplicación personal de la citada norma comunitaria⁸⁸.

Para establecer si el Reglamento Bruselas II bis se aplica al matrimonio homosexual, el punto de partida ha de ser el análisis de su primer artículo. La citada norma establece que se aplica a los procedimientos civiles relativos al divorcio, a la separación judicial y a la nulidad *matrimonial*. En la doctrina europea son mayoritarios los autores que niegan la aplicabilidad del Reglamento Bruselas II bis) a los matrimonios entre personas del mismo sexo⁸⁹. Los argu-

⁸⁶ *DOUE* L 338, de 23 de diciembre de 2003.

⁸⁷ Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, *DOCE* L 160, de 30 de junio de 2000.

⁸⁸ Entre otros *vid.* KHOLER, C., “Internationales Verfahrensrecht für Ehesachen in der Europäischen Union: Die Verordnung Brüssel II”, *NJW*, 2001, pp. 10-15, p. 15; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en...*, *loc. cit.*, pp. 202-205; MARTÍN SERRANO, J.M., “Los matrimonios homosexuales: una aproximación desde el Derecho internacional privado español”, *REDI*, vól. LV, 2003, pp. 291-305, pp. 302-304; URSO, E., “Il Diritto di famiglia nella prospettiva europea”, *Il Diritto di famiglia nell'Unione Europea*, Padua, CEDAM, 2005, pp. 515-611, pp. 552-553 y 601-611. Para un análisis de los denominados “conceptos autónomos” dentro del derecho comunitario *vid.* AUDIT, M., “L'interprétation autonome du droit international privé communautaire”, *Journ. dr. int.*, 2004, núm. 3, pp. 789-816.

⁸⁹ Por ejemplo, GAUDEMONT TALLON, H., “Le Règlement 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs”, *Journ. dr. int.*, 2001, pp. 381-446; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Globalización y Derecho internacional privado*,

mentos son, sin embargo, muy vagos, y apuntan a que el legislador comunitario no contempló tal posibilidad⁹⁰. A esta afirmación se puede oponer que no se limitó el ámbito material del Reglamento Bruselas II bis) a las parejas casadas de distinto sexo, descartando así a las parejas homosexuales, como lo hace, por ejemplo, excluyendo los procesos de disolución matrimonial que no sean procesos civiles con arreglo a la definición contenida en su artículo 1.2. Se puede aducir también que, cuando se estaba elaborando el Reglamento Bruselas II bis), en los Países Bajos ya se había promulgado la ley que abría la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo, con lo que si se hubiese querido, se podían haber excluido este tipo de uniones expresamente de su ámbito de aplicación material⁹¹. Además, hay que admitir que la terminología usada en el Reglamento comunitario es neutral desde el punto de vista del género⁹².

Será cada Estado miembro el que decida libremente qué concepto de matrimonio mantiene, y si sus órganos jurisdiccionales son competentes para disolver un matrimonio homosexual o para reconocer una unión de este tipo. Así lo ha dejado claro la Comisión⁹³. En España, desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005⁹⁴, el término cónyuge se entenderá referido, en cualquier

Liberlibro.com, Albacete, 2002, p. 79; GRUBER, P., “Die neue EheVo und die Deutschen Ausführungsgesetze”, *IPRax*, 2005, pp. 293-300; DÖRNER, H., “Grundfragen der Anknüpfung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften”, *Festschrift für Erik Jayme*, 2004, European Law Publishers, Munich, 2004, pp. 143-153.

⁹⁰ En este sentido URSO, E., “Il Diritto di famiglia nella...”, *loc. cit.*, p. 552. Afirma la autora que precisamente la exclusión de los matrimonios homosexuales del ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003 proviene del silencio del legislador. Por lo que respecta a la disolución de las parejas registradas fundamenta su inadmisión en el ámbito de aplicación material del Reglamento contemplado en el considerando 8º, que establece que “el presente Reglamento sólo debe aplicarse a la disolución del matrimonio”.

⁹¹ SWENNEN, F., “Atypical Families in EU (Private International) Family Law”, *International Family Law for the European Union*, Intersentia, Oxford, 2007, pp. 389-424, p. 396.

⁹² MCELEAVY, P., “The communitarization of divorce rules: what impact for English and Scottish law?”, *ICLQ*, núm. 53, 2004, pp. 605-642, p. 607.

⁹³ “El Reglamento es un instrumento de Derecho internacional privado. Por lo que se refiere a las relaciones entre “cónyuges”, su propósito es establecer normas sobre competencia y permitir el reconocimiento en un Estado miembro de un divorcio, una separación o una anulación matrimonial pronunciados en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho aplicable según su Derecho internacional privado. Aunque no pueda 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”. Respuesta del Sr. Vitorino en nombre de la Comisión de 12 de marzo de 2002, a la pregunta escrita de Joke Swiebel *OJ* 2003/C 28 E/002.

⁹⁴ Ley 13/2005, de 1 de julio, que modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (*BOE* de 2 de julio de 2005).

norma, a los matrimonios heterosexuales y a los homosexuales⁹⁵. El Reglamento <<Bruselas II bis>> no es una excepción, y en nuestro país su aplicación a los matrimonios del mismo sexo es indiscutible.

Sin embargo, no todos los Estados miembros han optado por la misma solución, habida cuenta de que la norma comunitaria deja libertad de decisión. De esta forma se crea una obvia incongruencia. Una de las finalidades del Reglamento Bruselas II bis) es evitar la disparidad de normas de competencia judicial internacional en tanto ésta dificulta la libre circulación de personas, así como el buen funcionamiento del mercado interior. Por ello, el Reglamento pretende unificar las normas de conflicto de jurisdicciones en las materias matrimoniales. Si se admite que una misma unión pueda ser calificada de unión matrimonial o de unión extramatrimonial en la fase de determinación de la competencia judicial internacional, se rompe la uniformidad pretendida. Ello, sin embargo, no es óbice para que, posteriormente, en la fase de reconocimiento de la disolución del matrimonio, se aplique la excepción de orden público, lo que hará inviable que la decisión relativa a la disolución de un matrimonio homosexual circule libremente en la UE. El artículo 25 dispone que el reconocimiento de una decisión pronunciada por una causa relativa al vínculo matrimonial no ha de ser rechazado porque el Estado requerido no lo considere admisible por la misma causa. Esto puede producir una unificación, aunque se mantiene el orden público como condición. Pero esta “unificación” en realidad es el reflejo, precisamente, de grandes divergencias. Ahora bien, siempre cabrá la duda de si la aplicación en tales supuestos del control de orden público no supondrá una vulneración de lo previsto en el citado precepto. En todo caso, estarán excluidos los divorcios puramente privados en los que el acuerdo de los cónyuges no haya sido formalizado en un documento público⁹⁶.

⁹⁵ El nuestro fue el tercer país de la Unión Europea en permitir a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio. La trascendencia social de esta norma y su valor simbólico son incuestionables hoy en día, desde la perspectiva que nos da el tiempo. Tanto el Consejo de Estado, como el Consejo General del Poder Judicial pusieron de relieve que se trataba de la reforma más importante del sistema matrimonial español en toda su historia. La institución matrimonial no se ha hundido, como algunos auguraban y políticamente el debate es casi inexistente. La cuestión ha quedado definitivamente zanjada tras el fallo del Tribunal Constitucional, de 6 de noviembre de 2012, en el que desestimó el recurso de inconstitucionalidad presentado el 30 de septiembre de 2005, por más de 50 Diputados del Grupo Parlamentario Popular, contra la totalidad de la Ley 13/2005”.

⁹⁶ Vid. ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, De

Igual sucede con las parejas registradas, cada Estado decidirá si aplica el Reglamento Bruselas II bis) a este tipo de uniones o no. Por ejemplo, en el Reino Unido, el Reglamento 2201/2003 no va a ser aplicado de forma directa, pero sí se toma expresamente como modelo para la adopción de disposiciones nacionales para la determinación de la competencia de las autoridades británicas en la disolución de una pareja registrada y para el reconocimiento de las sentencias que provengan de otro Estado miembro en relación con dichas uniones. El Capítulo 3 de la *Civil Partnership Bill*, está por entero dedicado al desarrollo de esta materia (sec. 219-238).

La falta de una mención expresa al matrimonio entre personas del mismo sexo y a las parejas registradas, pone de relieve la “poca sensibilidad” del Reglamento comunitario con el pluralismo actual de los modelos familiares⁹⁷. No solo se ha perdido la ocasión de regular las rupturas de matrimonios del mismo sexo sino también de parejas distintas a la matrimonial⁹⁸. Cabría abogar por una interpretación extensiva con respecto, por lo menos, a las uniones registradas que crean un nuevo estado civil y en las que la ruptura requiere la intervención de la autoridad pública⁹⁹.

2. LEY APLICABLE A LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO (REGLAMENTO 1259/2010)

La creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que la libre circulación de personas esté garantizada es la justificación principal del

Conflictv Legvm. Estudios de Derecho internacional privado, Santiago de Compostela, 2004, pp. 399-400. Sí será lícito denegar por orden público si el divorcio es revocable (al menos durante el periodo de revocabilidad) o claramente discriminatorio, aunque hay autores que consideran que no se debería rechazar por orden público si quien lo solicita es la parte discriminada. *Id.* p. 517.

⁹⁷ ANCEL, B., y MUIR-WATT, H., “La désunion européenne: le Règlement dit Bruxelles II”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 2001, pp. 403-457, p. 408.

⁹⁸ DEVERS, A., *Le concubinage en Droit international privé*, Bibliothèque de Droit privé, tomo 416, París, L.G.D.J., 2004; ANCEL, B. y MUIR-WATT, H., “La désunion européenne: le Règlement dit...”, *loc. cit.*, p. 403; KESSLER, G., *Les patenariats enregistrés en droit international privé*, Bruselas, L.G.D.J., Tomo 431, 2004.

⁹⁹ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Eficacia extraterritorial de las uniones de pareja: nuevas normas de Derecho internacional privado en la Ley alemana (2001)”, *RJC*, 2002, pp. 833-858; *id.* “Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y sustracción de menores en el Reglamento 2210/2003”, *Crisis matrimoniales. Protección del menor en el marco europeo*, Madrid, La-Ley actualidad, 2005, pp. 103-137.

Consejo de la UE para elaborar el Reglamento 2201/2003¹⁰⁰. A esto, es necesario adicionar la restricción a la libre circulación de personas que implica que cada Estado miembro sea el que decida si la competencia de sus tribunales para disolver el vínculo está o no fundamentada en el Reglamento Bruselas II bis). No obstante, no es ésta la única materia dentro del Reglamento en la que los Estados miembros difieren. Así, algunos no conocen la figura de la separación, de la nulidad matrimonial o, incluso, del divorcio¹⁰¹, difieren en las causas, exigen o no separación previa al divorcio, imponen el registro de la decisión en un determinado periodo de tiempo, pasado el cual, dejan de tener efecto de cosa juzgada..., disparidades que pueden llegar a afectar a exigencias constitucionales¹⁰².

La unificación en el ámbito procesal constituye una prioridad indiscutible en la UE¹⁰³. Tal como se ha analizado *supra*, las normas sobre competencia judicial internacional y reconocimiento en materia matrimonial y de responsabilidad parental han sido unificadas a través del Reglamento 2201/2003. Fren-

¹⁰⁰ Se afirma en su Exposición de Motivos que “la disparidad entre determinadas normas nacionales en cuanto a la competencia y reconocimiento hace más difícil la libre circulación de personas así como el buen funcionamiento del mercado interior. El presente Reglamento debe establecer medidas coherentes y uniformes que permitan que la circulación de personas sea tan amplia como resulte posible”. *Vid.* el punto 1 de la Exposición de Motivos de este Reglamento. GALLANT, E., *Responsabilité parentale et protection des enfants en Droit international privé*, París, Defrénois, 2004, resalta el efecto que producirá este Reglamento para la libre circulación de personas, pp. 7-8.

¹⁰¹ Este es el caso de Malta, que hasta el año 2012, era el único Estado miembro de la UE que no conocía el divorcio, y, sin embargo, tenía que aplicar el Reglamento Bruselas II bis).

¹⁰² *Vid.* el informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al art. K. 3 del Tratado de la Unión Europea sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, elaborado por la Prof. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, (DO C 221, pp. 27 y ss). Afirma la profesora Borrás que las diferencias no son menores, sino que incluso afectan al conocimiento o no de las distintas instituciones que regula el Convenio, y pone el ejemplo de Finlandia o Suecia, países en los que la separación o nulidad matrimonial son instituciones desconocidas en su ley material.

¹⁰³ MARCHAL ESCALONA, N., El espacio judicial europeo: ¿un espacio de indefensión?, *Evolución y tendencias del Derecho europeo. RFD. Universidad de Granada*, núm. 9, 2006, pp. 209-243, p. 209, justifica esta unificación del ámbito procesal en la existencia en Europa de unos principios procesales comunes que emanan de la Convención de Roma de 1950 para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como de la jurisprudencia adoptada por el TEDH. Tampoco se pueden obviar las reformas introducidas por el Tratado de Ámsterdam (art. 65 TCE) que proporcionan un cauce específico para dicha unificación.

te a la actividad desarrollada en el ámbito del Derecho procesal civil internacional, las instituciones comunitarias habían mostrado escaso interés por la unificación de las normas de conflicto. No obstante, esta tendencia se está rompiendo y, a pesar de las dificultades para avanzar en este sector, la UE ha conseguido elaborar el Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (“Roma III”)¹⁰⁴, y en el que participan, además de España, Bélgica, Bulgaria, Alemania, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía y Eslovenia. Estas dificultades se han plasmado, precisamente, en el procedimiento de adopción del Reglamento: la cooperación reforzada. En la sesión del Consejo celebrada en Luxemburgo el 5 y 6 de junio de 2008, se constató que no era posible obtener la unanimidad. Dado que la existencia de diferencias insalvables entre algunas de las Delegaciones harían imposible cualquier unanimidad en un futuro próximo, ocho Estados miembros propusieron la posibilidad de acudir a este procedimiento¹⁰⁵. Al final se han unido catorce países y, posiblemente, la lista se amplíe en un futuro próximo. A pesar de que este mecanismo pueda parecer farragoso y desordenado, cuenta con la virtualidad de haber hecho posible la ampliación de las competencias comunitarias, aunque a través del modelo de la Europa a distintas velocidades.

Es necesario poner de relieve que el Reglamento 2201/2003 brinda al demandante un amplio abanico de foros ante los que suscita la correspondiente demanda, posibilitando la práctica del *forum shopping*. Para evitar que dicho *forum shopping* sea simultáneamente un *law shopping*, es imprescindible que todos los tribunales de la UE apliquen las mismas normas de conflicto¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, *DOUE*, de 29 de diciembre de 2010.

¹⁰⁵ España, Francia, Italia, Austria, Grecia, Hungría, Luxemburgo, Rumanía y Eslovenia.

¹⁰⁶ KHOLER, C., “Auf dem Wege zu einem europäischen Justizraum für das Familien- und Erbrecht- das Massnahmenprogramm des Rates zur Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen im Binnenmarkt”, *FamRZ*, 2002, pp. 710-713, p. 713; BOELE-WOELKI, K., “Unification and Harmonization of Private International Law in Europe”, *Private Law in the International Arena- Liber Amicorum Kurt Siehr*, 2000, pp. 61-77, p. 73. En contra, JAYME, E., “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation”, *Rec. des C.*, tomo 282, 2000, pp. 19 -39, p. 24-25, que opina que “las reglas uniformes de DIPr en materia de divorcio están vacías de contenido, porque con el Reglamento 2201/2003 estas reglas uniformes no tendrán influencia en el reconocimiento de decisiones extranjeras. Las disparidades de la ley aplicable, afirma, no son un obstáculo para el reconocimiento de un divorcio”.

Un cónyuge puede decidir presentar la demanda de divorcio ante determinados tribunales estatales porque sabe que de este modo “provoca” la aplicación de una ley que le resulta favorable. Por este motivo, el legislador comunitario ha considerado indispensable, a fin de combatir este último, la unificación de la normativa conflictual en la materia.

El primer instrumento en el que se testó la posibilidad de elaborar una norma comunitaria en este ámbito fue el “Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”¹⁰⁷. El Grupo Europeo de DIPr sugería admitir la conclusión de la unión sobre la base de los criterios de la residencia o la nacionalidad de cualquiera de las partes, aplicando la ley del foro a la cuestión de su constitución¹⁰⁸. Asimismo, consideraba que, admitida por la *lex fori* la formación de la relación, habría de ser también aquella la encargada de determinar su disolución¹⁰⁹.

El 17.07.2006, la Comisión presentó una Propuesta de Reglamento del Consejo para modificar el Reglamento 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia e introducir normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial (Propuesta de Reglamento Roma III)¹¹⁰. La Comisión propuso incluir unas normas armonizadas de conflicto de leyes en materia de divorcio y separación judicial, con el objetivo de reducir el riesgo de la “carrera a los tribunales”, puesto que cualquier órgano jurisdiccional de la Comunidad al que se acudiera aplicaría la ley designada sobre la base de normas comunes. La pretensión del legislador comunitario era “proporcionar un marco jurídico claro y completo con relación a los asuntos matrimoniales en la Unión Euro-

¹⁰⁷ COM (2005) 82 final, de 14 de marzo de 2005 (conocido como <<Roma III>>).

¹⁰⁸ El Grupo Europeo de DIPr, consciente de los problemas que podía suponer la no unificación de la normativa convencional, dedicó su novena reunión, celebrada en Oslo los días 10 a 12 de septiembre de 1999, entre otros extremos, al estudio del problema del Derecho aplicable a las relaciones de vida en común o parejas registradas, estudio que continuó durante al décima reunión celebrada en Roma del 15 al 17 de septiembre de 2000. Partiendo de la exclusión, como posible solución, de la aplicación del Derecho del foro, por favorecer el *forum shopping*, la propuesta que, en relación con la cuestión de la ley aplicable al divorcio, formuló el Grupo al finalizar su décima reunión pasaba por admitir para la misma una autonomía conflictual limitada, que habría de quedar restringida a la elección a alguna de las siguientes leyes: la ley nacional o de la residencia habitual de cualquiera de las partes y la ley del foro. *Vid. GONZÁLEZ CAMPOS, J. y BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Décima reunión del Grupo Europeo de Derecho internacional privado (Roma, 15-17 de septiembre de 2000)”, REDI, vol. LII, 2000, pp. 659-662.*

¹⁰⁹ Conclusiones de la reunión del Grupo europeo de DIPr, Roma 15 a 17 de septiembre de 2000.

¹¹⁰ COM (2006) 399 final de 17 de julio de 2006.

pea y ofrecer soluciones adecuadas a los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, predictibilidad, flexibilidad y acceso a los tribunales”.

El 29 de diciembre de 2010 se publicó en el *DOUE* el Reglamento 1259/2010, que prevé que los cónyuges puedan elegir la ley aplicable a su divorcio o separación judicial (art. 5.1). Tal disposición presenta las ventajas de que funciona perfectamente en los casos de divorcios y separaciones judiciales de mutuo acuerdo y otorga seguridad jurídica a los cónyuges, permitiendo aplicar la ley cuyo contenido resulte más adecuado para éstos, que son los auténticos y verdaderos protagonistas del proceso de divorcio o separación judicial. Además, se trata de un criterio moderno contemplado en algunos ordenamientos jurídicos como el belga o el neerlandés. La posibilidad de elección se circunscribe a leyes con las que el matrimonio presenta una estrecha vinculación atendiendo a los siguientes criterios: a) que se trate de la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio; c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio; d) o la ley del foro, es decir, la ley del Estado cuyos órganos jurisdiccionales conocen del asunto. Así, aunque se permite que los cónyuges elijan entre un amplio abanico de leyes estatales, se pretende evitar que éstos se dediquen a buscar la legislación que más convenga a sus respectivos intereses, aunque carezca de vinculación efectiva con la concreta situación¹¹¹.

Entre las posibilidades que otorga el Reglamento no se encuentra la opción de elegir la ley del lugar de celebración del matrimonio, lo que en ocasiones puede ser un verdadero contratiempo para los cónyuges del mismo sexo. Es cierto que, contra este argumento, se puede argüir que si la ley del lugar de celebración no coincide con ninguna de las leyes que prevé el artículo 5.1 de la norma comunitaria, es porque no existe una vinculación suficiente con el supuesto en cuestión. Pero no es menos cierto que es algo incongruente que un Reglamento que ha de ser aplicado a partir del 21 de junio de 2012, y en el que participan catorce Estados miembros de la UE, deje abierta la posibilidad de que un matrimonio del mismo sexo no pueda divorciarse. Una unión que, con mucha probabilidad, se habrá celebrado en la UE, —recordemos que ya hay cinco países que cuentan con una legislación al respecto—, de los cuales tres participan en este Reglamento. Sobre todo porque, como se ha analizado, en

¹¹¹ VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M., “El divorcio en Derecho internacional privado comunitario: cuestiones de ley aplicable”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 17, 2008.

ninguna de estas legislaciones se exige, ni siquiera, que la nacionalidad de uno de los cónyuges sea la del país en cuestión para celebrar el matrimonio. Imaginemos una pareja de dos nacionales británicos que contraen matrimonio en España¹¹². Uno de ellos llevaba un año residiendo en nuestro territorio pero, después del matrimonio, deciden trasladarse a Italia. A los dos años solicitan el divorcio en Italia. Los tribunales italianos serían competentes para conocer del asunto, según lo establecido en el artículo 3 del Reglamento 2201/2003. Si los cónyuges quisieran elegir la ley aplicable podrían hacerlo entre la ley italiana (última residencia habitual y ley del foro, o la ley británica, que es la de la nacionalidad de uno de los cónyuges). La ley española no es una posibilidad, con lo que la disolución, seguramente, no sería posible. Es más, incluso aunque resultara de aplicación una ley que sí ha abierto el matrimonio a las personas del mismo sexo, se recoge en el articulado de Reglamento explícitamente la excepción de orden público. Y aunque, en principio, el Reglamento tiene una aplicación universal, con lo que la norma de conflicto puede designar la ley de un Estado miembro o de un tercer Estado, el artículo 12 dispone que se rechazará la aplicación de la ley designada si es “manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

Además, tampoco podemos obviar un problema anterior: la cuestión previa de la existencia y validez de ese matrimonio. En efecto, al igual que un Estado que no contemple en su sistema jurídico la posibilidad del divorcio no está obligado a dictar una sentencia de divorcio —obviamente no es el caso de España—, tampoco lo está un Estado que no reconozca la validez del matrimonio, cuestión prejudicial excluida del Reglamento en el artículo 13. Por tanto, quizás, en el supuesto que estamos proponiendo, los tribunales italianos ni siquiera se considerarían competentes para conocer del asunto. El Consejo de la UE en un Comunicado de prensa en abril de 2007 aclaró, con respecto a los matrimonios del mismo sexo, que la definición de matrimonio y las condiciones de su validez son cuestiones de Derecho sustantivo y, por lo tanto, pertenecen al Derecho nacional. Por consiguiente, el tribunal de un Estado miembro con competencia en materia de separación o divorcio puede calificar la existencia de matrimonio con su propia ley¹¹³.

Una vez más, la aplicación uniforme de un reglamento comunitario puede verse comprometida por la falta de un concepto claro y autónomo de cón-

¹¹² RDGRN de 1 de junio de 2006, sobre matrimonio civil de dos ciudadanos británicos (*BIMJ*, núm. 2036, de 1 de mayo de 2007, pp. 2021-2030).

¹¹³ Documento del Consejo núm. 8364/07, sesión de Justicia y Asuntos de Interior, 19-20 de abril de 2008.

yuge. Una misma pareja puede considerarse casada en un Estado miembro y no en otro, con lo que habrá supuestos en los que un matrimonio constituido en la Unión Europea no pueda disolverse en otro Estado miembro.

V. CONCLUSIONES

1. La inexistencia de un Derecho de familia sustantivo en la UE conlleva que no haya un solo precepto de derecho originario o derivado que ofrezca una noción de cónyuge. El legislador comunitario remite a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, lo que inserta una nota de heterogeneidad en el ámbito material del Derecho comunitario.

2. Ha sido el TJUE el que ha ido perfilando los contornos de este concepto. A la luz de sus pronunciamientos se puede afirmar que para que una persona sea considerada cónyuge a de haber celebrado un matrimonio válido y que no esté disuelto por una autoridad competente. Esta formalista interpretación abre la posibilidad de incluir al cónyuge del mismo sexo, ya que parece que la heterosexualidad no es una característica que integre el concepto de cónyuge. Sin embargo, la Comisión ha afirmado que no se puede imponer a otros Estados miembros una definición ampliada de cónyuge. Al haberse configurado por la vía interpretativa del Tribunal luxemburgués, el concepto de cónyuge no puede gozar de una autonomía plena. Por ello, este concepto no puede ser preciso, fijo y distinto del que recogen cada uno de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, ya que no existe una unificación jurídica y tampoco se vislumbra en un futuro próximo. El TJUE puede controlar los contornos del concepto de cónyuge mediante la articulación de una interpretación autónoma, pero no le es posible controlar su contenido, inevitablemente ligado a una legislación nacional. La ausencia de consenso europeo sobre las parejas homosexuales explica la imposibilidad de que la jurisprudencia interprete extensivamente las normas comunitarias. De todas formas, esta delimitación tan restrictiva del concepto de cónyuge resulta un tanto paradójica teniendo en cuenta que el TJUE ha repetido incansablemente que las disposiciones que consagran un principio fundamental, como el de la libre circulación de personas, deben interpretarse en un sentido amplio. Se puede afirmar, en definitiva, que el concepto comunitario de cónyuge está profundamente enraizado en el entendimiento heterosexual del matrimonio¹¹⁴.

¹¹⁴ SÁNCHEZ LORENZO, S., "What Do We Mean when We Say "Folklore"? Cultural and Axiological Diversities as a Limit for a European Private Law", *ERPL*, núm. 2, 2006, pp. 197-219, p. 203.

3. Cada Estado decide cómo aplica las normas comunitarias en las que resulte implicado un matrimonio del mismo sexo. Por eso si los contrayentes pretenden desplazarse por la UE su estabilidad jurídica puede quedar comprometida. Hay países que no reconocerán el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España o en cualquier otro Estado. Este es el caso, por ejemplo, de Italia. Otros Estados, en cambio, sí se reconocerán un buen número de efectos, incluso, aunque no se reconozca el matrimonio como tal. Sobre todo en aquellos países en los que, aún no existiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, sí existe la institución “pareja registrada”. Y otros en los que el matrimonio del mismo sexo contraído en España se equipara automáticamente a la institución “pareja registrada” existente en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Este es el caso, por ejemplo, de Alemania o del Reino Unido.

4. Pero, la libre circulación no significa sólo el ejercicio del derecho al desplazamiento sin obstáculos físicos, sino que supone la “libre circulación del estado civil” como circunstancia que acompaña a la persona. Se trata de la libre circulación de situaciones, y no de decisiones. Es preciso evitar que, dentro del propio espacio comunitario, se produzcan alteraciones en el estatuto personal del ciudadano, lo cual, nuevamente, redundaría en perjuicio de la respuesta unitaria de soluciones deseable. Por todo ello lo lógico sería que las normas comunitarias se aplicaran de manera uniforme, sobre todo los reglamentos.

5. No obstante, analizando los Reglamentos 2201/2003 y 1259/2010, ambos sobre disolución del matrimonio, se llega a la conclusión de que una aplicación unitaria no es posible, ya que ambas normas dan libertad de interpretación a los Estados miembros. Se admite que una misma unión pueda ser calificada de unión matrimonial o de unión extramatrimonial dependiendo del país, y por tantos, en unos podrán divorciarse y en otros no (porque no se les considera matrimonio). Es el principio de unidad del estado civil el que tiene que presidir todo el tratamiento de la materia. No puede depender del ángulo desde el cuál se analice que una persona esté o no casada¹¹⁵, sobre todo te-

¹¹⁵ De esta misma opinión es el Grupo europeo de DIPr. En su reunión celebrada en Roma del 15-17 de septiembre de 2000, el Grupo partía en su propuesta de admitir el reconocimiento de las parejas registradas en los Estados miembros. En concreto, afirmaba que la pareja registrada válidamente constituida en un Estado miembro habría de ser considerada como tal en cualquier otro Estado. El Grupo, no obstante, contemplaba la posibilidad de que un Estado contratante se negara a reconocer la validez de la relación, si ésta fuera manifiestamente incompatible con su orden público. En la reunión de

niendo en cuenta que la necesidad de garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio se siente cada vez con mayor intensidad en el ámbito comunitario. La descoordinación de las normas genera una merma de seguridad jurídica para los particulares que pretenden desplazarse por el territorio de la UE.

6. Desde la perspectiva del DIPr ha de procurarse que dicha situación jurídica tenga continuidad en el espacio¹¹⁶. Es cierto que, en algunos Estados, el reconocimiento de la unión se enfrentará a la excepción de orden público, pero la aplicación de esta excepción en el contexto de la libre circulación de personas debe superar un test de compatibilidad comunitaria, de forma que no cabría su aplicación si la medida fuera discriminatoria, no estuviera justificada por razones de interés general, y no fuera eficaz o proporcional. Compartimos la opinión doctrinal que considera dudoso que la aplicación de la excepción supere este test de compatibilidad porque, aunque sea lícito argumentar que la defensa del matrimonio es una cuestión de interés general, no

Tenerife, en septiembre de 2004, el Grupo impulsó una nueva propuesta que se funda en la «teoría del reconocimiento», de tal forma que una pareja legalmente constituida en un Estado miembro será reconocida en los demás Estados miembros «en tanto que tal», lo que implica que producirá los mismos efectos que en el lugar en que se ha constituido.

¹¹⁶ Hay autores que consideran que la verdadera finalidad del DIPr estriba en “la coordinación de los sistemas de Derecho interno materialmente divergentes para las relaciones transnacionales entre personas individuales y jurídicas” (KREUZER, K., “La propriété mobilière en droit international privé”, *Rec. des. C.*, t. 259, 1996, p. 297). Para BASEDOW, J., “asegurar la continuidad es la forma específica de seguridad jurídica en DIPr” (“Souveraineté territoriale et globalisation des marchés: Le domain d’application des lois contre les restrictions de la concurrence”, *Rec. des C.*, t. 264, 1997, pp. 9-177, p. 171). De todas formas, asignar al DIPr una función de garantía de la continuidad de las relaciones jurídicas no es un objetivo nuevo. Ya en 1929, LEWALD, H., caracterizó la armonía internacional como “la aspiración de que una relación jurídica que contiene un elemento extranjero sea sometida a la misma legislación cualquiera que sea el país donde se desarrolla el proceso”, (cf. “La théorie du renvoi”, *Rec. des. C.*, t. 29, 1929, p. 521). Con distintas formulaciones este objetivo ha sido central en planteamientos doctrinales posteriores. Vid. una síntesis de esta doctrina en GUZMÁN ZAPATER, M., “Sobre la función del Derecho internacional privado y técnicas de reglamentación”, *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor J. D. González Campos*, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1619-1643, pp. 1626-1627. En general, sobre la función del DIPr véase, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Objeto del DIPr y especialización normativa”, *ADC*, 1993, pp. 1109-1151; IGLESIAS BUHIGUES, J. L., “Reflexiones entorno al objeto y función del Derecho internacional privado”, *REDI*, 1983, pp. 29-42; E. Díez, “De las funciones del Derecho: organización y cambio social”, *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, vol. IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5444-5445.

se puede justificar que sea necesario o proporcional denegar la reagrupación familiar en aras a la defensa de ese interés general¹¹⁷. La aplicación de este principio requiere verificar, ante todo, si el resultado concreto al que lleva el reconocimiento de la eficacia invocada es inadmisibles para el foro y en ningún Estado miembro se prohíbe la homosexualidad¹¹⁸.

7. La actuación y soluciones de las instituciones europeas en estos casos están resultando claramente insatisfactorias, el fuerte dinamismo de las legislaciones nacionales contrasta con la lentitud de la reacción comunitaria. Por otro lado, las respuestas comunitarias, al menos hasta ahora, obstaculizan la realización de un objetivo que, sin embargo, viene a asumir una vocación general de aplicación: el de extensión de los efectos de una situación válidamente constituida en uno de los Estados miembros en todos los demás¹¹⁹.

LIBRE CIRCULACIÓN POR EL TERRITORIO DE LA UNIÓN EUROPEA DE LOS MATRIMONIOS DEL MISMO SEXO CELEBRADOS EN ESPAÑA

RESUMEN: Los cambios sociológicos producidos en la estructura familiar y la aparición de nuevos modelos de convivencia han sido, en los últimos tiempos, tan importantes y tan rápidos que el Derecho sigue a duras penas su ritmo. Desde el año 2001 con la apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo en los Países Bajos, la institución matrimonial ha dejado de estar en peligro de extinción para convertirse en la protagonista del derecho de familia. En España la apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo se produjo en el año 2005, y se permite que uno o ambos contrayentes sean extranjeros, lo que ha propiciado una auténtica revolución en el ámbito del DIPr. Se analiza en este estudio las posibilidades de circulación de estos matrimonios por el territorio de la UE delimitando el concepto de cónyuge que ofrece el TJCE, si será factible el divorcio fuera de España aplicando los Reglamentos 2201/2003 y 1259/2010, o si estas uniones podrán ser reconocidas fuera de nuestras fronteras.

PALABRAS CLAVE: matrimonios del mismo sexo; libre circulación de personas; Derecho internacional privado; concepto de cónyuge; TJUE.

¹¹⁷ REQUEJO ISIDRO, M., "Derecho internacional privado de la familia y libre circulación de trabajadores: reflexiones suscitadas por el matrimonio homosexual", *La UE ante el siglo XXI: los retos de Niza*, XIX Jornadas de la AEPDIPr, Madrid, 2003, pp. 243-251, pp. 243-251.

¹¹⁸ PAPADOPOULOU, L., "In(di)visible Citizens(hip): Same-Sex Partners in European Union Immigration law", *YEL*, nº 21, 2001-2002, pp. 229-263, *loc. cit.*, p. 236.

¹¹⁹ DOMÍNGUEZ LOZANO, P., "Novedades legales y tendencias reformadoras en la regulación de las instituciones y figuras jurídicas relativas...", *loc. cit.*, p. 15.

FREE MOVEMENT IN EU TERRITORY OF SAME-SEX MARRIAGES CELEBRATED IN SPAIN

ABSTRACT: The sociological changes produced in family structure and the emergence of new models of coexistence have been, in recent times, so important and so fast that the law can hardly follow it. Since 2001, with the admission of marriage of same-sex couples in the Netherlands, the institution of marriage is no longer in danger of extinction, but on the contrary, it has become the leading of Family Law. In Spain the opening of marriage to same-sex couples came in 2005 and the possibility that one or both parties are foreigners has led to a revolution in the field of private international law. The possibilities of circulation of these marriages in EU territory are analyzed in this study through the consideration of three aspects: a) the spouse concept who offers the ECJ; b) if the divorce outside Spain will be feasible applying Regulations 2201/2003 and 1259/2010; and c) if these unions can be recognized outside our borders.

KEY WORDS: same-sex marriage; free movement of persons; private international law; concept of spouse; ECJ.

LIBRE CIRCULATION DES MARIAGES HOMOSEXUELS CELEBRÉS EN ESPAGNE DANS LE TERRITOIRE DE L'UNION EUROPÉENNE

RÉSUMÉ: Les changements sociologiques produit dans la structure familiale, et l'arrivée de nouveaux modèles de cohabitation ont été d'une telle rapidité et importance, qu'ils ont fini pour empêché que la loi puisse s'adapter aux changements produits. Depuis l'acceptation dans les Pays Bas du mariage des couples du même sexe en 2001, l'institution du mariage a vu disparaître un danger d'extinction pour devenir protagoniste du Droit de la famille. En Espagne, l'ouverture du mariage aux couples du même sexe est arrivé en 2005, en permettant la loi espagnole qu'un seul ou les deux partenaires soient étrangers, il s'est produit une véritable révolution dans le domaine du Droit international privé. Dans notre étude, nous analysons les possibilités de déplacement de ces couples dans le territoire de l'UE, en délimitant la notion de conjoint émise par la Cour de Justice de l'Union Européenne, s'il va être possible le divorce à l'extérieur de l'Espagne avec l'application des règlements 2201/2003 et 1259/2010, ou si les couples concernés pourront être reconnus en dehors de nos frontières.

MOTS CLÉS mariage aux couples du même sexe; la libre circulation des personnes; le droit international privé; notion de conjoint; la Cour de justice de l'Union Européenne.

