

La dimensión internacional de las uniones entre personas del mismo sexo

MERCEDES SOTO MOYA*

RESUMEN: 1. Introducción, 425 – 2. El TJUE y el concepto de cónyuge, 429 – 3. Libre circulación de los matrimonios contraídos en España: algunos ejemplos de derecho comparado. Imposibilidad de reconocimiento del matrimonio celebrado en España, 443 – 3.1. *Reconocimiento de ciertos efectos al matrimonio celebrado en España*, 444 – 3.2. *Equiparación del matrimonio contraído en España a la pareja registrada*, 446 – 4. Valoración: libre circulación del estado civil, 449.

1. Introducción

Esta investigación parte del hecho evidente de que el individuo, cuando circula de un Estado a otro, sea haciendo uso de su derecho de libre circulación o, cumpliendo los requisitos que imponen los ordenamientos para acceder y permanecer en su territorio, o, incluso, en situaciones de migración irregular, lleva consigo sus relaciones familiares, constituidas 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.

* Profesora Contratada Doctora (A) de Derecho internacional privado en la 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. Entregado para su publicación el 30 de abril de 2012.

1. Entre ellos SCHULZE-ZIMMERMANN, *Textos básicos de Derecho privado europeo. Recopilación*, Barcelona, 2002, p. 12.

En España 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, laguna criticable que plantea serias dificultades. Así, por ejemplo, es obligado preguntarse si la permisión 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 esta 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 inten-

2. Boletín Oficial del Estado (BOE) de 2 de julio de 2005.

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. Vid. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *Nota sobre el matrimonio homosexual y su*

tó propiciar una respuesta a estas consultas en la Resolución–Circular de 29 de julio de 2005⁴.

La cuestión que se suscita 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 realizada no ha afectado a ninguna norma de derecho internacional privado⁵. 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

impacto en el orden público internacional español, en *Actualidad civil*, 2005, pp. 1–4. Esta fue sólo la primera de las múltiples consultas realizadas a la DGRN. A modo de ejemplo, véase la 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; y la 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; la Resolución de 1 de junio de 2006, sobre matrimonio civil de dos ciudadanos británicos.

4. Vid. los comentarios que hubo en el momento de la publicación de esta Resolución–Circular de: SÁNCHEZ LORENZO, *Nota a la RDGRN de 24 de enero de 2005*, en *Rev. crit. dr. int. privé*, 2005, pp. 618–627; ID., *Nota a la Ley 13/2005 de 1 de julio*, en *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 509–515; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más crítica*, en *Diario La Ley*, núm. 6629, 15 de enero de 2007; ABARCA JUNCO–GÓMEZ JENE, *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*, en *Rev. esp. der. int.*, 2006, pp. 309–318; QUIÑONES ESCÁMEZ, *Comentario a la Resolución–Circular de 29 de julio de 2005*, en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005, pp. 855–858; DÍAZ FRAILE, *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*, en *Diario La Ley*, núms. 6449 y 6450 de 27 y 28 de marzo de 2006; COBAS COBIELLA, *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–BEAMONTE (COORD.), *Comentarios a las reformas de derecho de familia de 2005*, Navarra, 2006, pp. 109–130.

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

6. SÁNCHEZ LORENZO, *Nota Ley*, cit., p. 510.

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). Para centrar el análisis en la libre circulación de personas debemos atenernos 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.

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, CALVO CARAVACA-CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. 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, *Elemento extranjero en matrimonios entre homosexuales celebrados en España*, en *IURIS*, núm. 99, 2005, pp. 52-55; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *op. cit.*, pp. 1-4; SÁNCHEZ LORENZO, *Nota Ley*, cit., pp. 509-515; QUIÑONES ESCÁMEZ, *Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo*, en *Rev. jur. Cataluña*, 2005, pp. 199-215; ARENAS GARCÍA, *La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración del matrimonio en los supuestos internacionales*, en *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 351-371; ANCEL, *Regards critiques sur l'érosion du paradigme conflictuel*, en *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2005*, Bilbao, 2006, pp. 345-415, pp. 380-388.

8. A modo de ejemplo: en los Países Bajos, la legislación de extranjería (*Vreemdelingenbesluit*) de 18 de agosto del 2000, establece en sus arts. 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 (sucesivamente modificada) sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (*Moniteur Belge* de 31 de diciembre de 1980) engloba al cónyuge del mismo sexo siempre que el matrimonio haya sido válidamente concluido (art. 10.4). En Dinamarca, la sección 9ª de la Ley de inmigración danesa (*Bekendtgørelse af Udlaendingsloven*, n. 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

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. Por esta razón, y porque excedería de los límites de esta investigación el estudio de derecho comparado de todas las legislaciones de extranjería de los 27 Estados miembros de la UE, vamos a centrar el análisis en la libre circulación de personas, como derecho de los nacionales comunitarios y ciertos miembros de su familia a entrar y residir en el territorio de otro Estado miembro.

2. El TJUE y el concepto de cónyuge

El derecho de libre circulación de personas ha experimentado un cambio significativo desde que se creó. Con independencia de que la inclusión de un 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 trabajadores o como prestatarios de servicios¹⁰. Originariamente se concibieron las liberta-

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 *Egstegkab 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.

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.

10. En el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 (TCE), 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). El modelo de integración económica, correspondiente al establecimiento de un mercado común que recoge el TCE suponía la integración de las mercancías mediante la liberalización del comercio entre los Estados miembros. Para lograr este objetivo era imprescindible también

des 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)¹¹. 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 nacionalidad¹². El ideal de la libre circulación de las personas físicas y de la supresión de controles en las fronteras entre los Estados miembros ha trascendido su configuración originaria de objetivo económico comunitario para convertirse en un elemento político capital del proyecto de la integración europea, progresivamente vinculado con mayor fuerza a aspectos relativos a la ciudadanía y los derechos humanos en el «espacio público común europeo»¹³.

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 TCE 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, *Libre circulación de personas y UE*, Madrid, 1994; DEL VALLE GÁLVEZ, *La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*, en *Rev. der. com. eur.*, 1998, pp. 41-79.

11. Véase la *Directiva 90/364*, de 28 de junio de 1990, *relativa al derecho de residencia* (en DOCE, L 180, de 13 de julio de 1990); la *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* (en DOCE, L 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* (en DOCE, L 317, de 18 de diciembre de 1993).

12. 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 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 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, *El derecho de libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria*, Madrid, 1994, p. 47.

13. Para un estudio de esta evolución, véase SOTO MOYA, *La libre circulación de personas como concepto ambivalente*, en *Rev. esp. der. int.*, 2008, pp. 163-178.

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 otro¹⁴. La transformación del estatus conlleva indefectiblemente la restricción del derecho de libre circulación de personas. Los nacionales comunitarios cambian de Estado de residencia cada vez con mayor frecuencia y, sobre todo, con la confianza en que, cuando lo hacen dentro de la Comunidad, sus derechos no quedan desprotegidos.

A pesar de la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia con el Tratado de Ámsterdam de 17 de junio de 1997¹⁵, las restricciones a la libre circulación no han desaparecido, ni están en vías de hacerlo¹⁶. 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 UE¹⁷. Se ha considerado

14. En este mismo sentido MARTINY, *Is Unification of Family Law Feasible or Even Desirable?*, en HARTKAMP et al. (eds.), *Towards a European Civil Code*, The Hague-London-Boston, 4ª ed., 2011, pp. 429-459.

15. DOCE, C 340, de 10 de noviembre de 1997.

16. De la misma opinión, GUIMEZANES, *Vers une disparition des restrictions apportées à la libre circulation des ressortissants communautaires*, en *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé: esprit et méthodes*, Paris, 2005, pp. 355-364.

17. Sobre la unificación del derecho de familia comunitario y la competencia o incompetencia de la UE para abordar esta labor, vid. BOELE WOELKI, *Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflicts of Law*, The Hague-London-Boston, 2010; ID., *The Road Towards a European Family Law*, en *Electron. J. Comp. Law*, 1997; ANTOKOLSKAIA, *Would the Harmonization of Family Law Enlarge the Gap between the Law in the Books and the Law in Action?*, en *FamPra.ch*, 2002, pp. 261-292; ID., *The Harmonization on Family Law: Old and New Dilemmas*, en *Eur. Rev. Priv. Law*, 2003, pp. 28-49; WILHELMSSON, *Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation?*, en *Eur. Rev. Priv. Law*, 2002, pp. 77-94; MARTINY, op. cit.; PINTENS, *Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union?*, en *ZEuP*, 1998, pp. 670-676; ALPA, *European Community Resolutions and the Codification of Private Law*, en *Eur. Rev. Priv. Law*, 2000, pp. 321-333; WEATHERILL, *Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?*, en *Eur. Rev. Priv. Law*, 2004, pp. 633-660; BASEDOW, *Codification of Private Law in the European Union: the Making of a Hybrid*, en *Eur. Rev. Priv. Law*, 2001, pp. 35-49; DE GROOT, *Auf dem Wege zu einem europäischen (internationales)*

que pertenecía al núcleo duro de materias civiles refractarias a toda unificación¹⁸, porque implicaría la desaparición de los ordenamientos jurídicos privados nacionales y la constitución de un nuevo derecho europeo aplicable indistintamente a situaciones internas e intracomunitarias¹⁹. La creación de conceptos autónomos, en consecuencia, es actualmente inviable²⁰, aunque no se puede ignorar el papel del TJCE a este respecto²¹.

Se reprocha al derecho comunitario una visión conservadora de la familia que no es acorde con la evolución de la sociedad europea²². Se afirma, incluso, que la legislación derivada se ha adaptado insuficientemente a la evolución socio-cultural y económica experimentada desde los años setenta²³. 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.

Familienrecht, en *ZEuP*, 2001, pp. 617–627.

18. 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 armonización. Un análisis de las diversas posiciones puede verse en CARACCILOLO DI TORELLA-MASSELOT, *Under Construction: EU Family Law*, en *Eur. Law Rev.*, 2004, pp. 32–51. Para un estudio de las diferencias entre armonización, unificación y codificación, véase MEULDERS-KLEIN, *Towards a European Civil Code on Family Law? Ends and Means*, en *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, Oxford–New York, 2003, pp. 105–116; VERBEKE-LELEU, *Harmonization of the Law of Succession in Europe*, en HARTKAMP et al. (eds.), *op. cit.*, pp. 259–281; HONDIUS, *Towards a European Civil Code*, en *ivi*, pp. 3–27.

19. GARCÍA CANTERO, *¿Derecho de familia europeo?*, en CÁMARA LAPUENTE (COORD.), *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003, pp. 1175–1184; PINTENS, *op. cit.*, p. 6.

20. En contra de que el concepto de cónyuge no goce de una interpretación autónoma en la UE, véase REQUEJO ISIDRO, *Derecho internacional privado de la familia y libre circulación de trabajadores: reflexiones suscitadas por el matrimonio homosexual*, en *La UE ante el siglo XXI: los retos de Niza*, XIX Jornadas de la AEPDIPR, Madrid, 2003, pp. 243–251; BONINI-BARALDI, *Variations on the Theme of Status, Contract and Sexuality: an Italian Perspective on the Circulation Models*, en *Perspectives for the Unification*, *cit.*, pp. 300–319; BELL, *We Are Family? Same-sex Partners and EU Migration Law*, en *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 2002, pp. 335–355; KESSLER, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, Paris, 2004.

21. Desde la aparición de las Comunidades Europeas, ha sido el TJCE el que ha definido, a medida que iba resolviendo asuntos, los conceptos jurídicos incluidos en las normas comunitarias. Véase BARIATTI, *Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni*, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, p. 366. Véase también STRUYCKEN, *Les conséquences de l'intégration européenne sur le droit international privé*, en *Recueil des Cours*, 1992, pp. 267–379, p. 307 ss..

22. ANCEL-MUIR WATT, *La désunion européenne: le Règlement dit Bruxelles II*, en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2001, pp. 403–457, p. 408.

23. ABOGADO GENERAL GEELHOED, *Conclusiones*, C-413/99, *Baumbast*, ap. 34.

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 comunitarias²⁴. Así, se inserta una inevitable nota heterogénea en el ámbito material del derecho comunitario²⁵.

Ante la inexistencia de derecho originario y derivado que proporcione una noción de cónyuge, ha sido el TJCE quién ha ido perfilando los contornos de este concepto, sobre todo a través de la interpretación del art. 10 del *Reglamento 1612/68 sobre libre circulación de los trabajadores*²⁶. 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 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

24. 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); el *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..

25. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Pasado, presente y futuro del DIPr comunitario*, en *Revista xurídica de Universidade de Santiago de Compostela*, 1996, pp. 9–48, p. 40.

26. *Reglamento 1612/68 relativo a la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena dentro de la Comunidad* (en DOCE, L 257, de 19 de octubre de 1968), derogado por el *Reglamento 492/2011 del Consejo*, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (en DOCE, L 141, de 27 de mayo de 2011). El art. 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».

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 TJCE pronunciarse sobre su contenido. El primer asunto en el que el TJCE tuvo que interpretar el art. 10 del *Reglamento 1612/68* fue el caso *Reed*²⁷. En esta inicial toma de contacto con el concepto de cónyuge, el TJCE afirmó que «el art. 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»²⁸.

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 TJCE en el asunto *Grant*²⁹. La cuestión prejudicial se suscitó en el marco de un litigio

27. TJCE, sentencia de 17 de abril de 1986, *Reed*, 59/85. Vid. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Freedom of Movement of Spouses in the EU*, en BASEDOW et al. (eds.), *Private Law in the International Arena (From National Conflict Rules Toward Harmonization and Unification)*. Liber Amicorum Kurt Siehr, The Hague, 2000, pp. 527-543, pp. 530-532; WAALDIJK, *Towards Equality in the Freedom of Movement of Persons*, en *After Amsterdam: Sexual Orientation and the European Union*, Bruxelles, 1999, pp. 45-52, p. 47; MOSCONI, *Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario*, en *Rev. crit. dr. int.*, 2005, pp. 305-315, p. 310.

28. Sentencia *Reed*, considerando 15.

29. TJCE, sentencia de 17 de febrero de 1998, *Grant*, C-249/96. Vid. PINTENS, *Europeanisation of Family Law*, en *Perspectives for the Unification*, cit., pp. 3-33, p. 22; BELL, *Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice: from P v. S to Grant v. SWT*, en *Eur. Law J.*, 1999, pp. 63-81; MCGLYNN, *Challenging the European Harmonisation of Family Law: Perspectives on 'the Family'*, in *Perspectives for the Unification*, cit., pp. 34-56; GIEGERICH, *Diskriminierung wegen gleichgeschlechtlicher sexueller Orientierung?*, en *Juristenzeitung*, 1999, pp. 724-730; CONNOR, *Community Discrimination Law: No Right to Equal Treatment in Employment in Respect of Same-Sex Partner*, en *Eur. Law Rev.*, 1998, pp. 378-384; BREMS, *Case C-249/96. Lisa Jacqueline Grant v. South West Trains Ltd.*, en *Colum. J. Eur. L.*, 1999, pp. 141-151; REEVES, *No Homosexual Please, We Are European!*, en *The New Law Journal*, 1999, pp. 558-569; GUIGUET, *Le droit communautaire et la reconnaissance des partenaires de même sexe*, en *Cah. dr. eur.*, 1999,

entre la señora Grant y su empresario, la *South–West Trains Ltd.*, con motivo de la negativa por parte de este último a conceder reducciones en el precio de los transportes a la compañera de la señora Grant. El problema que se le planteaba al TJCE era grave. Constituía un reto difícil decidir si una pareja homosexual había de ser tratada como una heterosexual o, incluso, como un matrimonio. El TJCE se decantó por la solución conservadora: «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»³⁰. La argumentación del Tribunal 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 gratuito³¹. Por tanto, la norma no discriminaba por razón de sexo, sino por algo que no cubría el art. 119 del TCE, que es la orientación sexual³².

En el año 2008, el TJCE cambió la argumentación mantenida en *D v. Council*, sosteniendo que «la negativa a conceder la pensión de supervivencia a los miembros de parejas estables inscritas constituye una discriminación directa por motivos de orientación sexual, suponiendo

pp. 537–567; KESSLER, *op. cit.*, p. 259; KADDOUS, *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*, en *Revue suisse de droit international et européen*, 2001, pp. 143–172, pp. 148–149; PINTEN, *Von Konstantinidis bis Grant*, en *ZEuP*, 1998, pp. 843–848.

30. A pesar de esto, la compañía ferroviaria suprimió las provisiones discriminatorias.

31. Se ha puesto de relieve que el error argumentativo del TJCE 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. Si la Sra. Grant hubiese convivido con un hombre tendría acceso a estas ayudas. *Vid.* en este sentido, BELL, *Shifting*, *cit.*, p. 69; BREMS, *op. cit.*, p. 144.

32. El TJCE 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 TJCE cita jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo, 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» (§§ 33–35). Véase CONNOR, *op. cit.*, p. 381; véase una interpretación crítica de esta sentencia en GUIGUET, *op. cit.*, en cuya p. 551 se tilda esta jurisprudencia de «vergonzosa».

que los cónyuges supervivientes y los miembros de una pareja estable inscrita se hallen en una situación comparable en lo relativo a esa pensión»³³. 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 ocupación*³⁴.

También resulta de vital importancia el pronunciamiento del TJCE en el asunto *K.B.*³⁵. En él, 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 supérstite. El ordenamiento del Reino Unido, sin embargo, 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 TJCE estimó que, en este caso, existía una desigualdad de trato que, «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» (puntos 30–31 de la sentencia). El órgano jurisdiccional declara que una legislación como la controvertida en el asunto

33. TJCE (Gran Sala), sentencia de 1 de abril de 2008, as. C 267/06, *Tadao Maruko y Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*.

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

35. TJCE, sentencia de 7 de enero de 2004, as. C-117/01, *K.B. v. National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*. El TJCE hace referencia a dos sentencias del TEDH, de 11 de julio de 2002, *Godwin e I. v. Reino Unido*. Vid. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador? (a propósito de las sentencias del TJCE, asuntos K.B. y García Avello)*, en *Rev. der. com. eur.*, mayo-agosto 2004, pp. 507–529; TOMASI, *Le coppie non tradizionali (nuovamente) alla prova del diritto comunitario*, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 977 y ss.

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 art. 141 del TCE («principio de igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadores») ³⁶. El TJCE 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 art. 12 del CEDH ³⁷.

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

37. Sobre el grado de influencia que tiene la jurisprudencia del TEDH en las decisiones judiciales del TJCE, vid. UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, *La interacción constitucional europea en la interpretación de los derechos fundamentales (viejas inercias y nuevas perspectivas)*, en *Revista vasca de administración pública*, núm. 73, septiembre-diciembre 2005, pp. 135-172; RODRÍGUEZ IGLESIAS-DEL VALLE GÁLVEZ, *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*, en *Rev. der. com. eur.*, 1997, pp. 329-376. Estos autores ponen de relieve que «la jurisprudencia del TJCE ha procurado una especial atención a observar y atenerse 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 de los derechos fundamentales es consustancial al propio sistema jurídico comunitario, recayendo en el TJCE la responsabilidad de salvaguardar la tutela judicial interna de tales derechos. El art. 6.2 del TUE vino a constitucionalizar la jurisprudencia del TJCE 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 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, *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?)*, en *Rev. der. com. eur.*, enero-abril 2004, pp. 117-158; Sobre la *Carta de Derechos Fundamentales* pueden consultarse, entre otros, ROLDÁN BARBERO, *La Carta de Derechos Fundamentales de la UE y su estatuto constitucional*, en *Rev. der. com. eur.*, septiembre-diciembre 2003, pp. 943-991; PÉREZ

La sentencia *K.B.* implica un punto y aparte en la jurisprudencia del TJCE³⁸. 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 TJCE 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. Como se ha analizado en este capítulo, 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. Así sucedió en el caso *Grant*, en el que la empresa para la que trabajaba la señora Grant se negó a conceder reducciones en el precio de los transportes a su pareja de hecho, porque no existía un vínculo matrimonial.

Por tanto, y a la luz de estos pronunciamientos, la primera de las características que debe poseer una determinada persona para que pueda ser considerada como cónyuge, a los efectos del derecho comunitario, es que haya celebrado un matrimonio válido⁴¹. A ello se añade que

VERA, *A propósito de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE*, en *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, 2001, pp. 291–307.

38. CANOR, *Nota a la sentencia del TJCE de 7 de enero de 2004*, en *Com. Mark. L. R.*, 2004, p. 1125.

39. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho*, cit., p. 522.

40. Hay autores que opinan que esta doctrina no sería extensible a las relaciones homosexuales a menos que el TJCE lo manifieste expresamente «puesto que la razón del proceder del TJCE en *K.B.* 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, *La familia en perspectiva internacional y europea*, Valencia, 2006, p. 264.

41. Requisito que el TJCE también establece en otros asuntos: véase la sentencia de 17 de febrero de 1998, as. C–249/96, *Grant*; sentencia de 17 de junio de 1993, as. T–65/92, *Mónica Araujo c. Comisión*; sentencia de 31 de mayo de 2001, as. acumulados C–122/99P y C–125/99P, *D. y Reino de Suecia c. Consejo*. Vid., entre otros, McGLYNN, *op. cit.*, p. 220; MOSCONI, *op. cit.*, p. 310.

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 art. 10 de este *Reglamento*, ni de imponer a otros Estados miembros una definición ampliada de cónyuge⁴⁴.

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

42. TJCE, sentencia de 13 de febrero de 1985, as. 267/83, *Diatta*. Vid. BARRETT, *Family Matters: European Community Law and Third-Country Family Members*, en *Com. Mark. L. R.*, 2003, pp. 369–421, p. 383; ALEXANDER, *Free Movement of Non-EC Nationals. A Review of the Case-Law of the Court of Justice*, en *Eur. J. Int. L.*, 1992, pp. 53–65, p. 56; WEILER, *Thou Shalt Not Oppress a Stranger: On the Judicial Protection of the Human Rights of Non-EC Nationals—A Critique*, en *Eur. J. Int. L.*, 1992, pp. 65–91.

43. Vid., entre otras, TJCE, sentencia de 19 de octubre de 2004, as. C-200/02, *Chen & Zhu v. Secretary of State of the Home Department*. Además, vid. DOLLAT, *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne: enjeux et perspectives*, Bruxelles, 1998, por lo que respecta a la filosofía extensiva con la que la jurisprudencia del TJCE ha venido afrontando los supuestos relativos a la libre circulación, también cómo el propio legislador comunitario se ha sumado a esta filosofía. Véase un comentario de esta sentencia en SORO MOYA, *op. 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 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*, en DOCE, E 028, de 6 de febrero de 2003.

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 sexo. Además, se funda en la tesis mantenida por el TJCE 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. y Reino de Suecia v. Consejo*). 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*)». Por todo esto, la Comisión se decanta por restringir la noción de cónyuge al de distinto sexo, salvo evolución futura⁴⁶.

Esta referencia de la Comisión a la sentencia *Reed*, para demostrar que una interpretación de conceptos jurídicos basada en la evolución de la sociedad debe hacerse mediante un examen de la situación en el conjunto de los Estados miembros, no es acertada. La regulación por el poder legislativo de los beneficiarios de la libre circulación de personas es una cuestión distinta a la de la interpretación de un texto

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

46. COMISIÓN, *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. II. Se reprocha esta visión tan conservadora de la familia que no es acorde con la evolución de la sociedad europea: *vid.* BERTHOUS-MASSELOT, *Le mariage, les partenariats et la CJCE: ménage à trois*, en *Cah. dr. eur.*, 2002, pp. 679-694, p. 689; STALFORD, *Regulating Family Life in Post-Amsterdam Europe*, en *Eur. Law Rev.*, 2003, pp. 39-52, pp. 40-41; ANCEL-MUIR WATT, *op. 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.

ya adoptado. No se puede justificar una actitud conservadora del legislador frente al fenómeno de las parejas de hecho, aludiendo a una sentencia que no extiende el concepto de cónyuge a éstas, ni extraer de las consideraciones de los jueces acerca de la conveniencia de atenerse a la interpretación de los conceptos que prevalece en la mayoría de los Estados miembros, límites que se impongan al legislador comunitario. Las dificultades que se mencionan son más políticas que jurídicas, y debería evitarse enmascararlas aludiendo a sentencias del TJCE⁴⁷.

Además, para justificar su razonamiento, la Comisión menciona el asunto *D. y Reino de Suecia v. Consejo* en el que, en síntesis, el demandante pretendía la equiparación de su pareja registrada del mismo sexo al matrimonio, lo que para el TJCE no es posible. Sin embargo, esta conclusión no sería válida para un supuesto de matrimonio entre personas del mismo sexo. La diferencia esencial radica en la existencia de vínculo matrimonial, de manera que ya no es factible acogerse a la tradicional negativa del TJCE a asimilar las parejas de hecho a las casadas. En este supuesto el TJCE tendría que negar la validez para la legislación comunitaria de un matrimonio válidamente constituido en un sistema nacional (Países Bajos, Bélgica o España). Esto crearía dos estatus: matrimonios válidos en la esfera comunitaria y matrimonios válidos sólo en el ámbito nacional, por la única razón de la diferencia sexual, lo que supone una discriminación basada en la orientación sexual, expresamente prohibida por el art. 21 de la *Carta de Derechos Fundamentales* de la UE. Si la discriminación existe, en este caso, sólo puede referirse a la diferente orientación sexual de las parejas casadas. Debe valorarse, entonces, si los principios de derecho comunitario implican una reconsideración del matrimonio homosexual en los Estados miembros respecto al disfrute de las libertades comunitarias⁴⁸.

Independientemente de la interpretación que en un futuro pudiera proporcionar el TJCE sobre esta cuestión, la Comisión ha afirmado que, por ahora, prefiere limitar la noción de cónyuge de la *Directiva 2004/38* al de distinto sexo. Esto permite a los Estados miembros actuar con total libertad para admitir o no en su territorio a los cónyuges

47. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Relaciones e interacciones entre el derecho comunitario, el derecho internacional privado y el derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común*, en *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 117-186, p. 159.

48. ARTUCH IRIBERRI, *La libertad individual y las parejas ante el derecho internacional privado*, en *Rev. esp. der. int.*, 2002, pp. 41-65, p. 60.

homosexuales de nacionales comunitarios. Italia, por ejemplo, que ha traspuesto la *Directiva* a su ordenamiento jurídico a través del *Decreto Legislativo n. 30* del 6 de febrero de 2007⁴⁹, 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 Unión⁵⁰. 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 Unión⁵¹.

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 regirá por el régimen general de extranjería.

De hecho, ya hay un ejemplo claro de este extremo⁵². En efecto, 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 austriaco (*Verfassungsgerichtshof*) que corroboró, en octubre de 2004, la decisión de las autoridades administrativas de no permitir la reagrupación. El caso fue remitido al TJCE 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 art. 9 de la *Carta de Derechos Fundamentales*. Así, el no permitir la reagrupación del cónyuge sería una discriminación por razón de

49. G.U.R.I., n. 72, de 27 de marzo de 2007.

50. Art. 3, comma 3, del Decreto Legislativo n. 30.

51. 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» (*Circolare* del Ministero dell'Interno, Dipartimento Affari Interni e Territoriali, prot. 200704165/151000/14865, del 18 luglio 2007).

52. RIGAUX, *The Law Applicable to Non-Traditional Families*, en *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr*, Zurich, 2000, pp. 647–656, p. 656.

sexo en la aplicación de la legislación comunitaria, prohibida por el art. 13 del 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 art. 2, miembro de la familia al cónyuge, que incluye, según su apreciación, al del mismo sexo⁵³.

3. Libre circulación de los matrimonios contraidos en España: algunos ejemplos de derecho comparado. 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. Véase a título de muestra lo sucedido en ese país. 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 Latina⁵⁴, como la Corte d'Appello de Roma⁵⁵, fallaron en contra de los recurrentes y consideraron ese matrimonio como inexistente en Italia y contrario a su orden público. Los tribunales basaron su decisión en el concepto de matrimonio de la Constitución italiana de 1948, que ha sido interpretado como la relación entre dos personas de diferente sexo⁵⁶. Establecen que en el estado actual de evolución de la sociedad

53. KRICKLER, *No Free Movement for Same-Sex Spouses?*, en *ILGA. Europe Newsletter*, 3, 2003, p. 14; ID., *Austrian Court Dismisses Freedom of Movement Case*, en *ILGA. Europe Newsletter*, 4, 2004, p. 14.

54. TRIBUNALE DI LATINA, decisión de 10 de junio de 2005, en <http://www.tribunale.latina.it/civile.aspx>, y en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, pp. 1095–1102. Para un comentario de esta decisión, véase BILOTTA, *Matrimonio (gay) all'italiana*, en *Nuova giur. civ.*, 2006, pp. 91–100.

55. CORTE D'APPELLO DI ROMA, decisión de 13 de julio de 2006. Véase el comentario de SESTA en *Famiglia e diritto*, 2007, p. 166.

56. Véase un estudio del art. 29 de la Constitución italiana en SCHUSTER, *Riflessioni comparatistiche sull'art. 29 della Costituzione italiana. Le unioni tra persone dello stesso sesso*.

italiana, el matrimonio entre personas del mismo sexo no comulga con su «historia, tradición y cultura». Los recurrentes alegan que el no reconocimiento del matrimonio traerá como consecuencia que no puedan separarse o divorciarse e incluso que puedan volver a casarse en Italia con una persona de distinto sexo, lo que supondría incurrir en un delito de bigamia en Holanda. El Tribunal considera que las partes no están legitimadas para aducir 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 haya mandado una *circular* a los Encargados de los Registros Civiles advirtiéndoles que comprueben cuidadosamente los certificados de matrimonio extranjeros para asegurarse de que en todos los casos los cónyuges son de diferente sexo⁵⁷. 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 alimenticias⁵⁸.

3.1. Reconocimiento de ciertos efectos al matrimonio celebrado en España

En otros Estados, en cambio, si se reconoceran un buen número de efectos, sino todos, aunque no lo sea el matrimonio como tal⁵⁹. Sobre todo teniendo en los 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 una sentencia de 13 de marzo de 2007⁶⁰. Además, conforme la Decisión n. 2010-92-QPC del 28 de enero de 2011, el *Consejo Con-*

Profili di diritto civile, comunitario e comparato, Milano, 2008, pp. 185-200.

57. MINISTERO DELL'INTERNO, *Circolare n. 55*, de 18 de octubre de 2007. Véase, BONINI BARALDI, *Family vs Solidarity. Recent Epiphanies of the Italian Reductionist Anomaly in the Debate on de facto Couples*, en *Utrecht L. Rev.*, 2008, pp. 175-193.

58. Esta inquietud es la que expresa TONOLO, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007, p. 31.

59. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *El impacto*, cit., p. 61.

60. Véase un comentario a este pronunciamiento en FULCHIRON, *Un homme, une femme: la Cour de Cassation rejette le mariage homosexuel*, en *Dalloz*, 2007, pp. 1375-1376.

stitucional se pronunció sobre dos artículos del Código Civil francés (arts. 75 y 144), 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 arts. 75 y 144, porque las parejas de mismo sexo pueden vivir en concubinato o celebrar un *Pacto Civil de Solidaridad* (PACS).

Por tanto, en Francia no es posible contraer un matrimonio con una persona del mismo sexo⁶¹, lo que no impide para que nos preguntemos si se podrán reconocer como tales los celebrados en el extranjero. Al no haber una norma de conflicto específica con respecto al matrimonio del mismo sexo, las soluciones se dan caso por caso. Sí hay un cierto consenso doctrinal a favor del reconocimiento de estos matrimonios válidamente celebrados en el extranjero⁶². 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 Senado)⁶³. 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 personal⁶⁴. Así lo señaló una Respuesta

61. 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, *Pacs, mariage et filiation: étude de la politique familiale*, Paris, 2007, pp. 333-334; FULCHIRON, *Le mariage homosexuel*, en *Rev. int. dr. comp.*, 2010, pp. 245-273, p. 248.

62. FULCHIRON, *Le droit français et les mariages homosexuels étrangers*, en *Dalloz*, 2006, pp. 1253-1258; REVILLARD, *Le Pacs, les partenariats enregistrés et les mariages homosexuels en DIP*, en *Deffrénois*, 2005, pp. 461-480.

63. Respuestas ministeriales n. 41.533 a la Asamblea Nacional y n. 16.294 al Senado (citadas por AVENA ROBARDET, en *Actualité juridique famille*, diciembre de 2006, p. 455) y n. 20.257 al Senado (en *J.O. Sénat*, 9 marzo 2006, p. 722).

64. BOELE WOELKI-CURRY SUMNER-JANSEN-SCHRAMA, *The Evaluation of Same-sex Mar-*

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 francés⁶⁵.

3.2. 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 Bill* de 18 de noviembre de 2004).

La ley alemana contiene una regla de conflicto específica relativa a las parejas registradas: el art. 17, let. b), del EGBGB (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*). En el derecho internacional privado 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 (art. 14), el régimen económico matrimonial (art. 15) y el divorcio (art. 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

riages and Registered Partnerships in the Netherlands, en *Yrbk. Priv. Int'l L.*, 2006, pp. 27–37, p. 31.

65. Réponse ministérielle, n. 886, en *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 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».

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, *Le partenariat enregistré en droit international privé allemand*, en *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*, Schulthess, 2004, pp. 9–29, p. 15.

parte de la doctrina aboga por la no aplicación del art. 17 del EGBGB a los matrimonios del mismo sexo celebrados fuera de Alemania⁶⁸. El argumento principal es que el legislador alemán ha creado 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 art. 17 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 (section 152)⁷³. Sorprendentemente, esta transposición

68. Entre ellos, WAGNER, *Das neue Internationale Privat- und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft*, en *IPRax*, 2001, pp. 281–293, p. 292. En contra, FORKERT, *Eingetragene Lebenspartnerschaften im deutschen IPR. Art. 17b EGBGB*, Tübingen, 2003, pp. 68–74.

69. Véase sentencia del *Bundesfinanzhof*, de 30 de noviembre de 2004; sentencia del *Verwaltungsgericht* de Karlsruhe, de 9 de septiembre de 2004.

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 Bill*, sections 152 y 155. *Vid.*, en este sentido, GLENNON, *Strategizing for the Future through the Civil Partnership Act*, en *J. L. & Soc'y*, 2006, pp. 244–276.

72. El Anexo 20 (*Meaning of Overseas Relationship: Specified Relationships*) de la *Civil Partnership Bill* dispone que se consideraran «specified relationship»: Bélgica (*cohabitation légale 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 (*geregistreerde 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, *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 section 214.

73. Exactamente igual sucede en Suiza (art. 43.3 de la *Loi sur le partenariat de 18 de junio de 2004*). *Vid.* LAGARDE (reseña a DUTOIT), *Droit international privé suisse. Commentaire*

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 Bill* 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 (section 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 derecho internacional privado)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

de la Loi fédérale du 18 décembre 1987, 2005.

74. El art. 212.2 del *Civil Partnership Bill* 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, *A Practical Guide to International Family Law*, Bristol, 2008, p. 380.

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 equipara 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 derecho internacional privado 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.

4. Valoración: libre circulación del estado civil

La libre circulación no significa sólo el ejercicio del derecho al desplazamiento sin obstáculos físicos, sino que supone la «libre circula-

75. Vid. 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, *What's So Special About Marriage? The Impact of Wilkinson v Kitzinger*, en *Child & Fam. L. Q.*, 2008, pp. 479-498.

76. KREUZER, *La propriété mobilière en droit international privé*, en *Recueil des Cours*, 1996, p. 297.

ción 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 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 1999. Hay autores que sostienen que el artículo 18 del TCE obliga a los Estados miembros a aceptar la existencia y validez de las uniones constituidas en otro Estado miembro⁷⁸. A este respecto, resultan muy esclarecedoras las conclusiones del Abogado General LA PERGOLA en el asunto *Eftalia Dafeki*: «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»⁷⁹.

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

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

78. BARATTA, *Problematic Elements of an Implicit Rule Providing for Mutual Recognition of Personal and Family Status in the EC*, en *IPRax*, 2007, pp. 4–11, p. 7. Vid. también CALVO CARAVACA–CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. 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».

79. *Conclusiones*, C–336/94, *Eftalia Dafeki*.

en perjuicio de la respuesta unitaria de soluciones deseables⁸⁰.

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 casada o registrada⁸¹, sobre todo teniendo 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. Algunos autores denominan a esta falta de coherencia entre los sistemas jurídicos «déficit de comunicación»⁸².

Desde la perspectiva del derecho internacional privado ha de procurarse que dicha situación jurídica tenga continuidad en el espacio⁸³. Es cierto que, en algunos Estados, el reconocimiento de la unión se

80. ARTUCH IRIBERRI, *op. cit.*, p. 60.

81. 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 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.

82. Entre ellos, SCHULZE-ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 12.

83. Hay autores que consideran que la verdadera finalidad del derecho internacional privado estriba en «la coordinación de los sistemas de Derecho interno materialmente divergentes para las relaciones transnacionales entre personas individuales y jurídicas» (KREUZER, *op. cit.*, p. 297). Para BASEDOW, «asegurar la continuidad es la forma específica de seguridad jurídica en derecho internacional privado» (*Souveraineté territoriale et globalisation des marchés: le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence*, en *Recueil des Cours*, 1997, pp. 9–177, p. 171). De todas formas, asignar al derecho internacional privado una función de garantía de la continuidad de las relaciones jurídicas no es un objetivo nuevo. Ya en 1929, LEWALD 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» (*La théorie du renvoi*, en *Recueil des Cours*, 1929, p. 521). Con distintas formulaciones este objetivo ha sido central en planteamientos doctrinales posteriores. *Vid.* una síntesis de esta doctrina en GUZMÁN ZAPATER, *Sobre la función del Derecho internacional privado y técnicas de reglamentación*, en *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor J. D. González Campos*, Madrid, 2005, pp. 1619–1643, pp. 1626–1627.

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 se puede justificar que sea necesario o proporcional denegar la reagrupación familiar en aras a la defensa de ese interés general⁸⁴. 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 homosexualidad.

No puede defenderse que la legislación de un Estado miembro con arreglo a la cuál nació una situación jurídica pueda no ser aplicada en otro Estado miembro por estimarse contraria a los principios básicos de dicho Estado, pues, en tal caso, el orden público internacional perjudicaría un derecho fundamental de los ciudadanos europeos: la libre circulación intracomunitaria⁸⁵.

El concepto de cónyuge no puede gozar de autonomía plena, ya que su contenido, en la mayoría de las ocasiones, se ha configurado por la vía interpretativa del Tribunal luxemburgués, que desarrolla un papel fundamental en la aplicación de unas reglas uniformes por parte de operadores jurídicos pertenecientes a una pluralidad de Estados. Por todo 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 TJCE 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

84. REQUEJO ISIDRO, *op. cit.*, pp. 243–251.

85. De esta misma opinión, MARTÍN SERRANO, *Los matrimonios homosexuales: una aproximación desde el Derecho internacional privado español*, en *Rev. esp. der. int.*, 2003, pp. 291–306, p. 298.

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 TJCE 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 matrimonio⁸⁶.

La actuación y soluciones de las instituciones europeas en estos casos están resultando claramente insatisfactorias. Estamos de acuerdo con la Profa. DOMÍNGUEZ LOZANO cuando afirma que «por un lado, se aprecia que los Estados miembros y la Unión Europea no llevan ‘el paso acompasado’ en estas cuestiones: 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 demás»⁸⁷. La Resolución del Parlamento Europeo de 15 de enero de 2003 establece que «no se impone una apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo, sino que, en este punto, al constatarse la diversidad de sistemas, se reclama una reflexión sobre el reconocimiento mutuo, tanto de las relaciones no matrimoniales como de los matrimonios entre personas del mismo sexo, pidiendo a la Unión Europea que desarrolle propuestas concretas al respecto»⁸⁸.

86. SÁNCHEZ LORENZO, *What Do We Mean when We Say ‘Folklore’? Cultural and Axiological Diversities as a Limit for a European Private Law*, en *Eur. Rev. Priv. Law*, 2006, pp. 197–219, p. 203.

87. DOMÍNGUEZ LOZANO, *Novedades legales y tendencias reformadoras en la regulación de las instituciones y figuras jurídicas relativas a las uniones more uxorio*, en *REEL*, 2006, pp. 1–24, p. 15.

88. DOCE de 12 de febrero de 2004.

