

MATRIMONIO, ORIENTACIÓN SEXUAL E INTEGRACIÓN DEL EXTRANJERO

Capítulo de Libro: *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Barcelona, Atelier, 2009, pp. 685-715.

Por

Mercedes Soto Moya*

SUMARIO: I. Introducción. II. ¿Pueden dos extranjeros contraer matrimonio en España? III. ¿Y en el resto de la Unión Europea? IV. Reagrupación familiar del cónyuge del mismo sexo: hacia una efectiva integración. V. Matrimonios homosexuales de conveniencia. 1. Matrimonios de conveniencia y Derecho de extranjería. 2. Matrimonios de conveniencia y DIPr. VI. Posibilidades de reconocimiento del matrimonio homosexual celebrado en España. VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos veinte años se ha producido en Europa una profunda transformación de los modelos convivenciales¹ y el modelo matrimonial ya no es el único².

* Profesora Ayudante Doctora (acreditada como Contratada Doctora) de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada.

¹ Para un análisis de esta transformación véase P. A. Talavera Fernández, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Granada, Comares, 2001; M. Cebriá García, “El matrimonio en España en la segunda mitad del siglo XX”, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la UE y el Derecho comparado*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, pp. 383-395; P. Domínguez Lozano, “Nuevas tendencias en Derecho de familia: el caso de las uniones de personas del mismo sexo”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Eurolex, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2005, pp. 1395-1422.

Los cambios sociológicos producidos en la estructura familiar han tenido su reflejo en las legislaciones internas de los Estados miembros de la UE. Dinamarca, en 1989, fue la pionera en elaborar una legislación sobre parejas registradas, pero cada vez es más amplia la lista de países que poseen una regulación al respecto³. Junto con las uniones *more uxorio* en los últimos años se ha regulado en algunos Estados el matrimonio entre personas del mismo sexo. Actualmente es posible su celebración en: España, Bélgica, Países Bajos, Canadá⁴, Massachussets⁵ (EEUU) Pretoria (Sudáfrica)⁶ y Noruega⁷. España, por tanto, es

² I. García Rodríguez (“La calificación jurídica del matrimonio de conveniencia: del fraude al uso indebido de la institución matrimonial”, *REDI*, 2007 (2), pp. 631-664, p. 598) apunta un nuevo tipo de organización familiar, que es la denominada [Alone, Living Together (ALT)], que consiste en “la relación estable de pareja entre personas que mantienen sus propios domicilios respectivos”. *Vid.* sobre los cambios producidos en la estructura familiar, M. Bell, “We are Family? Same-Sex Partners and EU Migration Law”, *MJ*, vol. 9, núm. 4, 2002, pp. 335-355; D. Borrillo, “Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités: la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l’Union européenne”, *McGill L. J.*, vol. 46, 2001, pp. 875-922 ; A. Bucher, “La famille en droit international privé”, *Rec. des C.*, vol. 283, 2000, pp. 19-177; E. Caracciolo di Torella y E. Reid, “The changing shape of the “European Family” and fundamental rights”, *Europ. Law Rev.*, Febrero de 2002, pp. 80-91; S. Llebaría Samper, *Hacia la familia no matrimonial*, Cedecs, Barcelona, 1997; J. Pirrüng, “Registrierte Partnerschaften den Europäischen Gerichten”, *Homenagem I. Magalhaes Collaço*, Coimbra, 2002, pp. 605-621; D. Bradley, “Comparative Law, Family Law and Common Law”, *OJLS*, 2003, pp. 127-146; C. González Beilfuss, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la UE*, Barcelona, Marcial Pons, 2004.

³ DINAMARCA: *Egstegekab og Registreret partnerskab*, núm. 372, de 7 de junio de 1989, en vigor desde el 1 de octubre de 1989 y reformada por Act. Núm. 821 de 19 de diciembre de 1989, Act. Núm. 387 de 14 de junio de 1995, y Act. Núm. 360 de 2 de junio de 1999; SUECIA: *Lag (1994:1117) om registrerat partnerskap*, de 23 de junio de 1994, reformada por la Ley de 31 de mayo de 2000, www.homo.se/o.o.i.s/1630; FINLANDIA: *Laki rekisteröidystä parisubteesta*, de 9 de noviembre de 2001, www.finlex.fi/english/index.html; PAÍSES BAJOS: Ley de 5 de junio de 1997, que entró en vigor el 1 de enero de 1998. Modificada por Ley de 6 de julio de 2004 relativa a las normas de conflicto en materia de paternariado registrado (*Wet conflictenrecht geregistreded partnerschap*), que entró en vigor el 1 de enero de 2005; BÉLGICA: Ley de 23 de noviembre de 1998 *instaurant la cohabitation légale*; FRANCIA: Loi n° 99-944 *Relative au Pacte Civil de Solidarité*, publicada en el *Journal Officiel de la République Française* de 16 de noviembre de 1999. El Pacto Civil de Solidaridad, se basa en un contrato mediante el que dos personas organizan su vida en común, siempre que sean mayores de edad, con independencia del sexo; PORTUGAL: Ley 7/2001, de 11 de mayo, ALEMANIA: *Lebenspartnerschaftsgesetz*, de 16 de febrero de 2001, publicada en el *Bundesgesetzblatt* de 22 de febrero de 2001 (*vid.* N. Dethloff, “Registrierte Partnerschaften in Europa”, *ZEuP*, 1/2004, pp. 59-74); LITUANIA: Ley de 1 de julio de 2002; REINO UNIDO: *Civil Partnership Act*, de 18 de noviembre de 2004; LUXEMBURGO: *Loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats*, publicada en *Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, n° 114, de 6 de agosto de 2004; POLONIA: *Registered Partnership Bill* de diciembre de 2004; ESLOVENIA: *Law on Registered Same-Sex Partnership*, de 22 de junio de 2005; SUIZA: *Loi sur le paternariat* (LPart), de 18 de junio de 2004; REPÚBLICA CHECA, *Registered Partnership Law*, de 15 de marzo de 2006.

⁴ *Loi concernant certaines conditions de dond du mariage civil*, en vigor desde el 20 de julio de 2005. El art. 2 de la Ley define el matrimonio como una unión legítima entre dos personas y el art. 4 establece que “no se podrá declara nula la relación matrimonial por el simple hecho de que los esposos sean del mismo sexo”. *Vid.* M. N. Stewart, “Judicial Redefinition of Marriage”, *CJFL*, 2004, pp. 11-132; M. Giroux, “Le mariage homosexuel: perspective Québéco-Canadiense”, *Matrimonio homosexual y adopción*, Colección Jurídica General, Madrid, 2006, pp. 9-43.

uno de los pocos países en el mundo en el que es posible celebrar un matrimonio entre dos personas del mismo sexo. Las reformas realizadas por nuestro Estado en este ámbito jurídico coinciden con el aumento de parejas mixtas, formadas por personas de distinta nacionalidad y con una mayor movilidad de la población⁸.

Como se analizará, dos nacionales de terceros Estados pueden contraer válidamente matrimonio homosexual en España, aunque sus respectivas leyes nacionales no les reconozcan capacidad para hacerlo. La posibilidad de casarse puede ser un modo de integración en nuestro país, si entendemos la integración en un sentido omnicompreensivo, para designar las distintas formas o posibilidades de adaptación del inmigrante mediante su inclusión en las estructuras sociales existentes en el Estado de acogida⁹. Así lo apunta también la Resolución-Circular el 29 de julio de 2005¹⁰, cuando señala que “en la actualidad en España se viven de forma coetánea los fenómenos del reconocimiento social de muy diversas formas de convivencia familiar y el de una intensa inmigración, cuya integración

⁵ Massachussets, a través de la Sentencia del Tribunal Supremo del Estado *Goodridge v. Dep. of Public Health*, se convirtió en el primer Estado en reconocer los matrimonios entre personas del mismo sexo. (Véase S. Cañamares Arribas, “El reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual: un debate todavía abierto”, *Revista General de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, mayo de 2007). En Hawai y Vermont ha habido sendas decisiones del TS permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque, actualmente, sólo es posible celebrarlo en Massachussets. En Hawai el caso *Baehr vs. Lewin* supuso la aceptación jurídica de los matrimonios del mismo sexo. *Vid.* L. Kramer, “Same-Sex Marriage, Conflicts of Laws, and the Unconstitutional Public Policy Exception”, *YLJ*, vol. 106, 1997, pp. 1965-2008; D. L. Chambers, “Polygamy and Same-Sex Marriage”, *Hofstra L. Rev.*, n° 26, vol. 1, 1997, pp. 53-85. En Vermont, la decisión del Tribunal Supremo de de 20 de diciembre de 1999 en el caso *Baker v. Vermont*, fue la primera en considerar válido un matrimonio entre personas del mismo sexo.

⁶ El Tribunal Supremo de Pretoria, a través de su decisión *Fourie and Another*, de 30 de noviembre de 2004, consideró que las parejas del mismo sexo tendrían que tener acceso al matrimonio y a los derechos que se derivan del mismo. *Vid.* A. Quiñones Escámez, “Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo”, *RJC*, 2005, pp. 199-215.

⁷ Ley de 17 de junio de 2008, que entrará en vigor en enero de 2009.

⁸ C. González Beilfuss, “Parejas de hecho, parejas registradas y matrimonios de personas del mismo sexo en el DIPr europeo”, *Matrimonio homosexual y adopción*, Colección Jurídica General, Madrid, 2006, pp. 99-112.

⁹ Véase en esta obra, S. Sánchez Lorenzo, “Perfiles de la integración del extranjero”.

¹⁰ Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la DGRN, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, BOE núm. 188, de 8 de agosto de 2005.

reclama la ampliación de los espacios jurídicos del reconocimiento del estatuto personal basado en la residencia habitual”.

Ahora bien, el problema es que, aunque la globalización ha conseguido la multiplicación de las situaciones privadas internacionales, no ha tenido como consecuencia inmediata el acercamiento entre los sistemas jurídicos. En el caso del Derecho de familia las reglas jurídicas son consecuencia de una tradición cultural íntimamente arraigada a valores y creencias de cada comunidad. Por eso estos matrimonios tendrán en muchas ocasiones dificultades para ser reconocidos fuera de España.

Se analiza en este trabajo la posibilidad de celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo en España y en otros países de la UE, el procedimiento para la reagrupación del cónyuge del mismo sexo, la validez extraterritorial de estas uniones y el fenómeno de los matrimonios homosexuales por conveniencia. El objetivo de este estudio es doble. Por un lado, concretar los problemas con que pueden encontrarse los nacionales de terceros Estados cuando contraen matrimonio con otra persona del mismo sexo y qué criterios podrían emplearse para solucionarlos. Y por otro, poner de relieve las repercusiones de las reformas realizadas en nuestro Derecho material en la vida de los extranjeros que están en España. La inmigración no implica una ruptura con el pasado ni con el futuro jurídico, y la celebración de un matrimonio homosexual, aunque puede suponer un paso más para su integración en España, también puede resultar un obstáculo insalvable, tanto para su movilidad, como para un posible retorno al país de origen.

II. ¿PUEDEN DOS EXTRANJEROS CONTRAER MATRIMONIO EN ESPAÑA?

En España, la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales se produjo a través de la Ley 13/2005 de 1 de julio¹¹, que modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. 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

¹¹ BOE de 2 de julio de 2005.

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 DIPr, ni en el ámbito del Derecho de extranjería, laguna criticable que está comenzando a plantear 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 esta ley, se produjeron varias consultas a la DGRN respecto a la posibilidad de que dos personas del mismo sexo pudiesen contraer matrimonio entre sí, siendo una o ambas extranjeras¹². La DGRN intentó propiciar una respuesta a estas consultas en la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005¹³.

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

¹² 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.* J. A. Tomás Ortiz de la Torre, “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 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. Posteriormente 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).

¹³ *Vid.* los comentarios a esta Resolución-Circular de S. Sánchez Lorenzo, “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; S. Álvarez González, “Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más crítica”, *La Ley*, núm. 6629, 15 de enero de 2007; P. Abarca Junco y M. 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”, *REDI*, núm. 1, 2006, pp. 309-318; A. Quiñones Escámez, “Comentario a la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005, pp. 855-858; J. M. 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”, *La Ley*, núms. 6449 y 6450 de 27 y 28 de marzo de 2006.

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 DIPr¹⁴. De ahí que haya sido la DGRN la que haya tenido que proporcionar una respuesta a través de una Resolución-Circular, que algunos autores califican de “curiosa”¹⁵. 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 sexo. Para llegar a esta conclusión utiliza distintos razonamientos, que han sido estudiados por la doctrina, que realiza análisis muy diversos de las tesis utilizadas por la DGRN en esta Resolución-Circular¹⁶.

La clave está en determinar si la homosexualidad o la heterosexualidad son cuestiones de capacidad¹⁷ o elementos subjetivos consustanciales con la propia institución

¹⁴ No sabemos si por “olvido”, “miopía”, “pereza” o “desidia” del legislador español, adjetivos utilizados por M. A. Rodríguez Vázquez, “Los matrimonios entre personas del mismo sexo en Derecho internacional privado español”, *Bol. Mex. Der. Com.*, núm. 122, mayo-agosto 2008, pp. 913-941, p. 916; S. Álvarez González, “Matrimonio entre personas...”, *loc. cit.*, p. 2; L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa “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; S. Álvarez González, “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.

¹⁵ S. Sánchez Lorenzo, “Nota a la Ley 13/2005 de 1...”, *loc. cit.*, p. 510.

¹⁶ 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, F. Calvo Bavio, “Elemento extranjero en matrimonios entre homosexuales celebrados en España”, *IURIS*, núm. 99, nov. 2005, pp. 52-55; J. A. Tomás Ortiz de la Torre, “Nota sobre el matrimonio y su impacto en el orden público...”, *loc. cit.*, pp. 1-4; S. Sánchez Lorenzo, “Nota a la Ley 13/2005...”, *loc. cit.*, pp. 509-515; A. Quiñones Escámez, “Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del...”, *loc. cit.*, pp. 199-215; R. Arenas García, “La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración del matrimonio en los supuestos internacionales”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 351-371; B. Ancel, “Regards critiques sur l’erosion 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.

¹⁷ P. Orejudo Prieto de los Mozos (*La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Pamplona, Aranzadi, 2002, p. 95) opina que se trata de una cuestión de capacidad; de la misma opinión, R. Arenas García, “La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración del matrimonio...”, *loc. cit.*, p. 363.

matrimonial¹⁸. La DGRN argumenta en ambas direcciones. En una primera aproximación califica el problema como una cuestión de capacidad, calificación que exige determinar qué sucede si la ley nacional del extranjero no admite el matrimonio homosexual. La DGRN mantiene que “ha de recordarse que la ley extranjera debe ser rechazada cuando su aplicación resulte contraria al orden público internacional español, es decir, cuando se produzca una vulneración de los principios esenciales, básicos e irrenunciables de nuestro Derecho”. Esta es una práctica que ha sido utilizada en ocasiones por la DGRN para autorizar matrimonios entre una mujer marroquí y un nacional español (no musulmán)¹⁹. La ley personal de la esposa no permite el matrimonio que, sin embargo, es autorizado, porque, de otra forma, se estaría conculcando el principio de no discriminación por razón de sexo, consagrado en nuestra Constitución²⁰. La cuestión está en determinar si el matrimonio entre personas del mismo sexo es un principio esencial de nuestro ordenamiento. La DGRN realiza una enumeración de supuestos en los que se ha rechazado la aplicación de la ley extranjera alegando la excepción de orden público: “leyes extranjeras que admiten los matrimonios poligámicos, que prohíben contraer matrimonio entre personas de distintas religiones, que admiten el matrimonio entre niños, etc”. La posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo resulta para la DGRN similar a todos los supuestos enumerados, con lo que concluye estableciendo que “el Encargado del Registro Civil español no debe operar como guardián del sistema legal extranjero, por lo que no debe negar la posibilidad de contraer matrimonio en España a personas del mismo sexo, por la sola razón de que en el país del que son nacionales los cónyuges dicho matrimonio no producirá efectos. Son las autoridades extranjeras las que deben decidir si el matrimonio contraído en España entre personas del mismo sexo surte efecto en tal país o no, por resultar contrario a su orden público internacional”²¹.

¹⁸ Tanto el profesor S. Sánchez Lorenzo, (“Nota a la Ley 13/2005...”, *loc. cit.*, pp. 509-515), como la profesora A. Quiñones Escámez (“Límites a la celebración en España de matrimonios...”, *loc. cit.*, p. 201) parten de esta diferenciación para analizar las posibles soluciones a la cuestión de si las autoridades españolas pueden autorizar el matrimonio entre contrayentes del mismo sexo cuya nacionalidad no sea la española.

¹⁹ RDGRN de 7 de junio de 1992, y RDGRN de 10 de junio de 1999.

²⁰ A. Quiñones Escámez, “Límites a la celebración en España de matrimonios...”, *loc. cit.*, p. 205.

²¹ Como afirma R. Arenas García (“La doctrina reciente de la DGRN...”, *loc. cit.*, p. 361) la utilización del orden público puede suscitar diversos problemas. En primer lugar es necesario interpretarlo de una forma restrictiva, habida cuenta del carácter residual de esta excepción. Y en segundo lugar, choca con la situación anterior en la que resultaba contrario al orden público español el reconocimiento de los matrimonios celebrados en el extranjero entre personas del mismo sexo.

De todas formas, la DGRN introduce en su razonamiento también la segunda de las opciones apuntadas anteriormente: considerar la homosexualidad o heterosexualidad como un elemento esencial de la institución matrimonial. Para la DGRN “el desconocimiento por parte de numerosos ordenamientos jurídicos del matrimonio como institución abierta a las parejas del mismo sexo y la paralela inexistencia de norma de conflicto en nuestro Derecho sobre los requisitos del matrimonio ajenos a la capacidad subjetiva de los contrayentes, son factores que puestos en conexión determinan la existencia de una laguna legal al respecto en nuestro derecho conflictual”. Para cubrir esa laguna no basta el recurso a la regla general del art. 9.1 Cc, sino que es necesario aplicar la ley material española. Se proporciona una solución que a fin de cuentas no consiste solo en la inaplicación de la legislación extranjera por la intervención del orden público español, sino que se crea una regla de conflicto unilateral, derogatoria del art. 9.1 Cc, y especial para los matrimonios homosexuales²². Además, de conformidad con la interpretación al uso del artículo. 57 Cc, la autoridad española puede autorizar un matrimonio cuando al menos uno de los contrayentes tenga domicilio en España. Este criterio se aplica a cualquier matrimonio con o sin extranjeros y entre personas del mismo o distinto sexo. De esta forma, las autoridades españolas serán competentes para celebrar matrimonio entre español y extranjero, o entre dos extranjeros siempre al menos uno de ellos resida en España.

III. ¿Y EN EL RESTO DE LA UNIÓN EUROPEA?

Como se ha apuntado, España no es el único país de la UE que ha abierto la institución matrimonial a las personas del mismo sexo. Holanda y Bélgica han regulado estos matrimonios²³ y ambos Estados confieren la posibilidad de que uno, o ambos contrayentes, sean nacionales de terceros Estados. Actualmente sólo es posible la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo en siete países del mundo, y tres pertenecen a la UE. Esta es la razón fundamental de que se haga especial hincapié en la legislación holandesa y belga, porque, en la mayoría de las ocasiones, dos nacionales de terceros Estados del mismo sexo que estén casados habrán celebrado su unión dentro de la UE.

²² B. Ancel, “Regards critiques sur l’erosion du paradigme...”, *loc. cit.*, p. 386.

²³ Y Noruega a partir de enero de 2009, aunque no es un país que pertenezca a la UE, sino al EEE.

La ley holandesa²⁴ establece que basta con que uno de los cónyuges posea la nacionalidad holandesa o resida en Países Bajos para que se autorice la celebración del matrimonio²⁵, aunque se recoge la advertencia a las parejas del mismo sexo que opten por la posibilidad matrimonial sobre el eventual rechazo que su enlace podrá experimentar fuera de las fronteras holandesas²⁶. El art. 2 de la *Wet conflictenrecht huwelijk*²⁷, preceptúa que las autoridades holandesas podrán celebrar el matrimonio entre personas del mismo sexo si al menos uno de los miembros de la pareja tiene su residencia habitual en dicho país o tiene la nacionalidad holandesa. A estos matrimonios se les reconocen los mismos derechos y obligaciones que los heterosexuales²⁸.

Bélgica ha sido el segundo país en abrir la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo²⁹. La ley belga sobre matrimonio entre personas del mismo sexo no regulaba

²⁴ En Países Bajos, *The Act Opening Marriage to Same-Sex Couples* de 21 de diciembre de 2000, que entró en vigor el 1 de abril de 2001, publicada en el *Official Journal of the Kingdom of the Netherlands (Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden)*, núm. 9, 11 de enero de 2001, fue la primera en el mundo en regular el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Un análisis pormenorizado de la preparación de la Ley se puede encontrar en C. Forder, “To Marry or not to Marry: That is the Question”, *ISFL*, 2001, pp. 301-320; K. Waaldijk, “Others may Follow: The Introduction of Marriage, Quasi-Marriage and Semi-Marriage for Same Sex Couples in European Countries”, *New England L. Rev.*, vol. 38.3, 2004, pp. 569-590; N. Maxwell, “Opening Civil Marriage to Same-Gender Couples: A Netherlands-United States Comparison”, *Elec. JCL*, vol. 4.3, noviembre 2000.

²⁵ El Código Civil holandés (*Het Burgerlijk Wetboek*) establece además otra serie de requisitos para poder contraer matrimonio: no estar casado anteriormente (art. 1:33) o registrado como pareja de hecho con otra persona (art. 1:42 *ibid.*), tener más de 18 años (art. 1:31 *ibid.*, aunque entre los 16 y los 18 años está permitido casarse siempre que haya autorización de los padres o el tutor), y en relación con la consanguinidad está prohibido el matrimonio entre padres e hijos, abuelos y nietos y entre hermanos (art. 1:41 *ibid.*).

²⁶ *Vid.* M. Antokolskaia, y K. Boele-Woelki, “Dutch Family Law in the 21 Century: Trend-Setting and Stragglng Behind at the Same Time”, *EJCL*, vol. 6.4, diciembre de 2002.

²⁷ *Wet conflictenrecht huwelijk*, de 7 de septiembre de 1989.

²⁸ En la primera versión de la Ley de 21 de diciembre de 2000 de reforma del Código Civil holandés en relación con la adopción por personas del mismo sexo (*Burgerlijk Wetboek, zoals dat luidt na openstelling van huwelijk en adoptie per adoption by persons of the same sex*) publicado en el *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, núm. 10, de 11 de enero de 2001, no se permitía la adopción internacional a los matrimonios homosexuales. No obstante, esta Ley fue reformada el 2 de mayo de ese mismo año permitiendo la adopción internacional.

²⁹ *Loi Ouvrant le Mariage a des Personnes de Même Sexe et Modifiant Certaines Dispositions du Code Civil*, de 13 de febrero de 2003. Para obtener más información sobre esta ley véase *Moniteur Belge*, de 28 de febrero de 2003, en <http://www.just.fgov.be>. Los requisitos necesarios para contraer matrimonio son los mismos para parejas del mismo o de diferente sexo (prohibición de poligamia,

los aspectos internacionales del matrimonio. El Consejo de Ministros afirmó que esta norma no modificaba los principios de DIPr aplicables al matrimonio: “sólo será posible la celebración del matrimonio cuando las partes satisfagan las condiciones de fondo de su estatuto personal”³⁰. La conexión nacionalidad fue reiterada en una segunda Circular del Ministerio de Justicia de 8 de mayo de 2003³¹, que precisaba que sólo los belgas y los holandeses podrían contraer matrimonio en Bélgica³².

Poco tiempo después de la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales en Bélgica, se evidenciaron los problemas prácticos de una aplicación estricta de esta ley. Las autoridades belgas se negaron a reconocer un matrimonio entre dos hombres que se habían casado en los Países Bajos. Uno de ellos tenía la doble nacionalidad portuguesa-brasileña, y el otro era danés. Ni la ley portuguesa ni la brasileña permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, y por ese motivo, procediendo a una interpretación estricta de la ley belga, ese matrimonio no sería válido en Bélgica, porque las partes no tenían capacidad para contraerlo³³. Ante las incoherencias de la interpretación restrictiva de la legislación en ese punto, se publicó otra circular aclarando su significado³⁴. El Ministro de Justicia afirmó que

impedimentos de consaguinidad...). No obstante, a diferencia de la ley holandesa, la belga no permite la adopción a los matrimonios entre parejas del mismo sexo. La idea es que se reflejen situaciones biológicamente posibles. El Ministro de Justicia belga, Marc Verwilghen, afirmó que esta prohibición ayudaría a no crear dificultades en el plano del Derecho internacional privado. No obstante, el 2 de diciembre de 2005, el Parlamento belga aprobó una propuesta de ley que abre la puerta de la adopción a los matrimonios homosexuales, en las mismas condiciones que los heterosexuales, con lo que se incluyen las adopciones internacionales. *Vid.* G. P. Romano y S. Geeroms, “La loi belge du 13 février 2003 et le droit international privé: de la circulaire ministérielle du 23 janvier 2004 à l’alinéa 2 de l’article 46 du nouveau code”, *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe. (Actes de la XVI Tournée de droit international privé du 5 mars 2004 à Lausanne)*, Schulthess, Genève, 2004, pp. 104-136, p. 108; J. L. Renchon, “L’avènement du mariage homosexuel dans le Code Civil belge”, *Rev. int. dr. com.*, n° 81, 2004, pp. 169-207.

³⁰ Comunicado del 7 de diciembre de 2001, disponible en <http://www4.lachambre.be/kvvcr>.

³¹ Circular de 8 de mayo de 2003 relativa a la ley de 13 de febrero de 2003 sobre la apertura del matrimonio homosexual a las parejas del mismo sexo que modifica ciertas disposiciones del Código Civil, C-2004/09048, *Moniteur Belge* de 27 de enero de 2004.

³² A. Fiorini, “New Belgium Law on Same Sex Marriages and its PIL Implications”, *ICLQ*, vol. 52, 2003, pp. 1.039-1.058.

³³ *Vid.* H. Toner, *Partnership Rights, Free Movement and EU Law*, Hart Publishing, 2004, pp. 40-41.

³⁴ *Circulaire remplaçant la circulaire relative à la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil*, *Moniteur Belge* de 24 de enero de 2004. *Vid.* A. Fiorini, “New Belgium Law on Same-Sex Marriage and the...”, *loc. cit.*, pp. 1039-1058.

cualquier prohibición de otro país de contraer matrimonio con una pareja del mismo sexo sería considerada discriminatoria en Bélgica, y contraria a su orden público. Por tanto, en esos supuestos, la ley belga sería de aplicación si al menos una de las partes era nacional belga o tenía su residencia habitual en Bélgica. Esta solución aportada por la Circular ha sido introducida en una disposición *ad hoc* en el nuevo Código de DIPr belga³⁵, lo que ha suscitado entre la doctrina posturas divergentes³⁶.

El Código de DIPr, concretamente, permite celebrar el matrimonio siempre que uno de los contrayentes sea belga o resida habitualmente en Bélgica por más de tres meses (art. 46 Código de DIPr belga). La pretensión es evitar el turismo matrimonial. A esto debe unírsele que el art. 46.1 del Código de DIPr belga mantiene la conexión “nacionalidad” de cada uno de los esposos para las condiciones de fondo del matrimonio (“las condiciones de validez del matrimonio son reguladas, para cada uno de los esposos, por el Derecho del Estado en el cual tiene la nacionalidad en el momento de la celebración del matrimonio”). No obstante, esta regla general es corregida en el segundo apartado del art. 46. Esta disposición admite que se eluda la aplicación de la ley nacional extranjera, prohibitiva del matrimonio entre personas del mismo sexo, en dos supuestos: a) si uno de los esposos es nacional belga o b) si reside en un país que, como Bélgica, permite tales matrimonios. Un sector doctrinal considera que, en la práctica, la residencia habitual desplazará al criterio de la nacionalidad³⁷. Si finalmente se produce este desplazamiento, se estará aplicando el orden público positivo, destinado a excluir la ley extranjera para permitir la celebración del matrimonio que prohíbe³⁸.

³⁵ Code de droit international privé, de 16 de julio de 2004, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004 (*Moniteur Belge*) de 27 de julio de 2004. *Vid.* M. Fallon, “Le droit international privé belge dans les traces de la loi italienne dix ans après”, *Riv.dir.int.pr.proc.*, abril-junio 2005, pp. 315-339; *id.* “La nueva ley belga conteniendo el Código de Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. LVI, 2004, pp. 821-835.

³⁶ *Vid.* G.P. Romano y S. Geeroms, “La loi belge du 13 février 2003...”, *loc. cit.*, pp. 104-136.

³⁷ J-Y. Carlier, “Le Code belge de droit international privé”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005, pp. 11-45, p. 32.

³⁸ Un análisis de esta técnica en, A. Quiñones Escámez, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación La Caixa, Barcelona, 2000, pp. 39-40; J. Basedow, “Die Verselbständigung des europäischen ordre public”, *Privatrecht in Europa. Vielfalt, Kollision, Kooperation. Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag*, Munich, 2004, pp. 291-319, en especial pp. 296-298.

Esta exposición del ámbito de aplicación personal de la legislación holandesa y belga, evidencia que, igual que sucede en España, es perfectamente factible que dos nacionales de terceros Estados celebren un matrimonio homosexual en estos países. A los efectos de este estudio lo que interesa es analizar qué problemas tendrán estos matrimonios para desplazarse a territorio español convertidos ya en cónyuges, y si será posible la reagrupación familiar.

IV. REAGRUPACIÓN FAMILIAR DEL CÓNYUGE HOMOSEXUAL: HACIA UNA EFECTIVA INTEGRACIÓN

La finalidad de la reagrupación familiar es salvaguardar el derecho inherente de todo ser humano a una vida en familia, y se constituye como un instrumento primordial para lograr la integración del extranjero en el país de acogida, al contribuir a la creación de su estabilidad sociocultural³⁹. El derecho de los extranjeros al respeto de su vida privada y familiar en el Estado de acogida es uno de los elementos clave de cualquier política migratoria orientada a la integración de los extranjeros en la sociedad de recepción⁴⁰. Ahora bien, a pesar de tratarse de un derecho básico y de suponer una pieza clave para la integración del extranjero, la reagrupación familiar se somete al cumplimiento de una serie de condiciones que afectan, por ejemplo, a la posesión de una vivienda de determinado nivel, un mínimo de recursos económicos, al cumplimiento de un plazo de residencia previa o a consideraciones de orden público o de seguridad pública.

Como se ha apuntado, la Disposición Adicional primera de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, establece que todas las referencias al matrimonio que se contienen en nuestro ordenamiento jurídico han de entenderse aplicables tanto al integrado por dos personas del mismo sexo como al contraído por dos personas de distinto sexo. Esto engloba también las normas de Derecho de extranjería, por lo que, y sin necesidad de modificar la Ley Orgánica

³⁹ La Comisión Europea, en su Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo sobre Inmigración, integración y empleo, COM (2003), ha señalado que "el derecho a la reagrupación familiar es, de por sí, un instrumento imprescindible de la integración". *Vid.* J. M. Cortés Martín, "Inmigración y Derecho a la reunificación familiar en la Unión Europea: ¿mínimo común denominador de las políticas nacionales?", *ADE*, núm. 4, 2004, pp. 27-54.

⁴⁰ M. Vargas Gómez-Urrutia, *La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Normas de extranjería y problemas de Derecho aplicable*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 27.

(LO) 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOE) y su Reglamento de desarrollo (Reg.LOE)⁴¹, es perfectamente factible la reagrupación del cónyuge del mismo sexo de un nacional de tercer Estado. De conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la LOE el nacional de tercer Estado podrá reagrupar a su cónyuge “siempre que no se encuentren separados de hecho o de derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley”.

Tanto si la pareja ha contraído matrimonio fuera de España, y posteriormente uno de los cónyuges se traslada a nuestro territorio y quiere reagrupar al otro, como si lo han celebrado en nuestro país, el procedimiento para la reagrupación será el establecido en los arts. 16-19 LOE. Incluso aunque se hayan casado en un país de la UE (Bélgica u Holanda), o del EEE (Noruega) habrán de ceñirse a lo establecido en el régimen general de extranjería⁴², porque lo importante no es la residencia anterior, sino su nacionalidad. No les será de aplicación el régimen comunitario⁴³, ya que hoy por hoy la nacionalidad es el único factor que incide en la titularidad del derecho de libre circulación de personas. Sólo los nacionales comunitarios, los nacionales de los Estados que configuran el EEE⁴⁴, y los nacionales suizos⁴⁵, son titulares originarios del derecho de libre circulación de personas. También gozan de este derecho sus familiares aunque sean nacionales de terceros Estados.

⁴¹ LO 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre (BOE de 21 de noviembre de 2003). RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

⁴² Se denomina así comúnmente al régimen jurídico aplicable a los nacionales de terceros Estados que no son titulares del Derecho de libre circulación de personas.

⁴³ RD 240/2007, de 16 de febrero sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE nº 51, de 28 de febrero de 2007). Esta norma es la transposición que ha hecho España de la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (DOCE L 158, de 30 de abril de 2004. Corrección de errores, DOCE L 229/35, de 29/6/2004).

⁴⁴ Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, adoptado en Oporto el 2 de mayo de 1992, se hacen extensivas a los nacionales de Noruega, Islandia y Liechtenstein. (DOCE L nº 1, de 3 de enero de 1994).

⁴⁵ Acuerdo sobre libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, hecho en Luxemburgo el 21 de junio de 1999, que entró en vigor el 1 de junio de 2002.

Su derecho de libre circulación se constituye como derivado del derecho originario del que es titular la persona que ejerce la libre circulación en el ámbito comunitario⁴⁶. Por tanto en los supuestos en que reagrupante y reagrupado sean nacionales de terceros Estados habrá que estar a lo previsto en la LOE y su Reglamento de desarrollo, independientemente del lugar en el que hayan contraído matrimonio.

El procedimiento de reagrupación familiar establecido en la LOE es muy restrictivo, tanto con el cónyuge que se encuentra en España, como con el que reside en otro país. Al primero se le exige: residencia legal de un año, vivienda adecuada, seguro médico y medios económicos suficientes. Al segundo la obtención de un visado de residencia por reagrupación familiar.

El primero de los requisitos exigidos al reagrupante es el de residencia legal. El cónyuge del mismo sexo puede solicitar la reagrupación cuando haya residido legalmente un año en España y tenga autorización para residir al menos otro año⁴⁷. Para agilizar los trámites no es necesario que se espere a tener concedida la renovación. Puede solicitar a la vez la renovación de la autorización y la reagrupación, aunque ésta última quedará supeditada a que, efectivamente, se conceda la renovación. En caso contrario, la Administración interrumpirá el proceso de reagrupación (art. 42 LOE). El plazo de un año de residencia legal se exceptúa para los estudiantes. En efecto, los estudiantes o investigadores podrán solicitar el correspondiente visado de estancia para que su cónyuge entre y permanezca legalmente en España durante la duración de esos estudios o investigación de manera simultánea a la solicitud de su visado. De esta forma podrán entrar juntos a España.

Además de la residencia legal, el reagrupante deberá acreditar documentalmente que dispone de una vivienda adecuada para atender sus necesidades y las de su familia (art. 18 LOE), en este caso su cónyuge. El de vivienda adecuada es un concepto jurídico indeterminado que deja un cierto grado de maniobra a las autoridades competentes. Serán

⁴⁶ Para un análisis de quién se considera “familia” del nacional comunitario véase M. Soto Moya, “Acceso al mercado laboral español de los familiares nacionales de terceros Estados de españoles y comunitarios. (Análisis de las novedades introducidas por el RD 240/2007, de 16 de febrero)”, *La Ley UE*, núm. 7001, 31 de julio de 2008, pp. 1-8.

⁴⁷ La reagrupación se ha de solicitar personalmente y en modelo oficial (impreso gratuito EX – 07), uno por cada familiar. Modelo oficial disponible en <http://extranjeros.mtas.es/>

los trabajadores sociales de cada Ayuntamiento los que determinen si la vivienda del reagrupante se considera o no “adecuada”. Para ello, deberá solicitar a la Corporación Local del lugar donde esté residiendo un informe de habitabilidad, que habrán de elaborar los trabajadores sociales en un máximo de 15 días desde el momento de la solicitud. Este informe ha de recoger las condiciones de salubridad de la vivienda, si cuenta o no con agua corriente, luz eléctrica, número de habitaciones.... El problema es que el reagrupante nunca va a saber *a priori* si la vivienda en la que se encuentra va a ser considerada adecuada. Si no se emitiera informe en 15 días, existe la posibilidad de acudir a un notario para que levante acta notarial mixta de presencia y manifestaciones. Para probar que el Ayuntamiento no ha cumplido con el plazo, habrá que aportar copia de la solicitud del informe con la fecha en que se realizó. Hasta que no transcurren esos 15 días no puede acudir al notario. La vivienda tendrá que ser la considerada normal para una familia de tamaño comparable en la misma región y que cumpla las normas generales de seguridad y salubridad vigentes.

Por lo que respecta a la tercera de las condiciones, disponer para sí mismo y para el resto de su familia (el cónyuge del mismo sexo) de un seguro de enfermedad, éste tiene que cubrir todos los riesgos. Esta condición tiene por objeto evitar que las personas se conviertan en una carga para la Seguridad Social del Estado miembro de recepción.

La cuarta condición requerida es la prueba de que dispone de recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia. El Reg.LOE [art. 42.2 d)] establece que “mediante Orden del Ministerio de la Presidencia, a propuesta de los Ministros de Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales, se determinará la cuantía de los medios de vida exigibles a estos efectos, así como el modo de acreditar su posesión, teniendo en cuenta el número de personas que pasarían a depender del solicitante a partir de la reagrupación”. Esta Orden todavía no se ha dictado por la dificultad de establecer unos estándares comunes para toda España⁴⁸. Dependiendo de su situación laboral, el reagrupante debe aportar: a) si trabaja por cuenta propia, los tres últimos

⁴⁸ La práctica habitual en algunas provincias andaluzas, como Málaga o Córdoba, consiste en exigir el salario mínimo interprofesional, más un 25 o 30% de ese salario por cada familiar que pretenda ser reagrupado (en el año 2008 el SMI es de 600 euros). En Granada se realiza una aproximación sobre el salario mínimo interprofesional y los miembros de la unidad familiar, amén de considerar otras circunstancias de cada supuesto.

boletines de cotización al régimen de autónomos o régimen especial correspondiente a la Seguridad Social, acreditación del pago del IAE y justificación del último pago del IVA; b) si trabaja por cuenta ajena, contrato o acreditación formal de continuidad en la relación laboral, además de los tres últimos recibos del salario; c) si no trabaja, justificación de ingresos por la situación de inactividad.

Si la solicitud de reagrupación familiar realizada por el reagrupante en España es favorable, el cónyuge del mismo sexo tendrá 2 meses para solicitar personalmente el visado en la Oficina Diplomática o Misión Consular de España en cuya demarcación resida (ya sea dentro o fuera de la UE). A la solicitud de visado se han de acompañar los siguientes documentos: a) Pasaporte ordinario o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses; b) Certificado de antecedentes penales, que debe ser expedido por el país o países en los que haya residido durante los últimos cinco años y en el que no deben constar condenas por delitos existentes en el ordenamiento español; c) Copia de autorización de residencia notificada al reagrupante; d) Documentación original que acredite el vínculo (certificado del Registro civil debidamente legalizado y traducido); e) Certificado médico, con el fin de acreditar que no se padece ninguna de las enfermedades cuarentenables contempladas en el Reglamento Sanitario Internacional⁴⁹. La Oficina Diplomática o Misión Consular tiene 2 meses para notificar, y en el caso de que el visado sea concedido, habrá de ser recogido por el reagrupado que ya podrá entrar en España. En el plazo de un mes desde la entrada el habrá de solicitar la tarjeta de identidad de extranjero.

El procedimiento de reagrupación familiar previsto en la LOE tiene como condición *sine qua non*, que el familiar al que se pretenda reagrupar no se encuentre en España. Si se celebra el matrimonio en nuestro territorio el cónyuge del mismo sexo sólo podrá ser reagrupado si sale de aquí. En este caso, se aplicará lo previsto en los arts. 16-19 LOE ya analizados. Los problemas se suscitarán si el cónyuge se queda en territorio español. Esta situación se puede producir por varios motivos. Por ejemplo, uno de los contrayentes reside legalmente en territorio español, con una autorización de residencia y trabajo, y el otro viene específicamente a contraer matrimonio, con lo que estará en régimen de estancia (hasta 3 meses). La reagrupación sólo será posible si sale del territorio

⁴⁹ Las únicas enfermedades que es necesario notificar actualmente son el cólera, la peste y la fiebre amarilla. *Vid.* Reglamento Sanitario Internacional (2005), OMS, Documento A/58/55, de 23 de mayo de 2005.

español cuando expire su visado o el plazo derivado del sello de entrada estampado en el pasaporte, en caso de que no hubiese necesitado visado para entrar en España⁵⁰. Si permanece en España lo hará en situación irregular, y en estas circunstancias la reagrupación no es posible⁵¹. La única forma de permanencia legal será la obtención de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales (art. 45 Reg.LOE). Este precepto regula la posibilidad de conseguir una autorización de residencia temporal a los extranjeros que se hallen en España de forma irregular, siempre que concurren determinadas circunstancias. El propio sistema reconoce la posibilidad de regularizar la situación de aquellos extranjeros que no se han acogido al régimen ordinario⁵². Las bolsas de inmigración irregular son frecuentes en nuestro país y se han convertido en una característica endémica del sistema, con las graves situaciones de marginalidad, explotación y desajustes que llevan consigo⁵³. Frente a este fenómeno el legislador ha establecido, dentro del propio sistema, el mecanismo de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales⁵⁴.

Estas autorizaciones podrán ser concedidas por cuatro motivos distintos: arraigo (laboral, social o familiar), razones de protección internacional, motivos humanitarios o colaboración con autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales. Dependiendo

⁵⁰ Reglamento (CE) 539/2001, de 15 de marzo, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esta obligación (*DOCE* L 081, de 21 de marzo de 2001), modificado por el Reglamento 2414/2001, de 7 de diciembre de 2001 (*DOCE* L 327, de 12 de diciembre de 2001), por el Reglamento 453/2003 de 6 de marzo de 2003 (*DOCE* L 6, de 13 de marzo de 2003), por el Acta relativa a las condiciones de adhesión de los Estados que se incorporaron a la UE el 1 de mayo de 2004 (*DOCE* L 236, de 23 de septiembre de 2003) y por el Reglamento 851/2005 (*DOCE* L 141, de 4 de junio de 2005).

⁵¹ E. Arce Jiménez, “Los nuevos inmigrantes en situación documental irregular: familiares reagrupables que se encuentran en España sin haber seguido el procedimiento de reagrupación familiar”, *RDME*, núm. 8, marzo 2005, pp. 261-270.

⁵² F. Cavas Martínez y B. Fernández Collados, “Sistemas de acceso de los extranjeros al mercado nacional de trabajo”, *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España*, Diego Marín, Murcia, pp. 471-498.

⁵³ J. M. De Lorenzo Segrelles, “Situación de residencia temporal”, *Comentarios a la Ley de extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 777-812, p. 798.

⁵⁴ Amén de las seis regularizaciones extraordinarias que se han realizado desde 1991 hasta la actualidad. Previa acreditación de la permanencia en España con anterioridad a determinada fecha y bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, el extranjero que se encontraba en España en situación irregular podía obtener una autorización que normalizaba su residencia en nuestro país por un periodo de tiempo determinado.

del motivo, los requisitos exigidos serán diferentes. Así, por ejemplo, para el arraigo laboral el extranjero debe acreditar una permanencia continuada en España durante un período de dos años y demostrar la existencia de relaciones laborales de una duración superior a un año. En cambio, para el arraigo social, la permanencia en España ha de ser de tres años, contar con una oferta de empleo, y acreditar vínculos familiares o presentar un informe de inserción social⁵⁵.

En realidad el matrimonio entre un nacional de tercer Estado en situación regular, y uno en situación irregular no proporcionará una situación jurídico-administrativa estable a este último. Seguirá en situación de irregularidad en tanto no consiga una autorización de residencia por circunstancias excepcionales. La única ventaja, en el arraigo social, será la posibilidad de acreditar que tiene un vínculo familiar con un nacional de tercer Estado en situación de regularidad.

V. MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

La configuración del matrimonio como supuesto normativo de la legislación de nacionalidad y extranjería ha provocado una reacción de los legisladores nacionales y comunitarios en diferentes ámbitos: en el ámbito del Derecho de extranjería, y en el plano del DIPr, en concreto en el control registral en el trámite de autorización del matrimonio y cuando se insta la inscripción de matrimonios celebrados conforme a lo dispuesto en ordenamientos jurídicos extranjeros. En los dos ámbitos, el consentimiento se fiscaliza cuando uno de los contrayentes es nacional de tercer Estado, sea el otro nacional comunitario o nacional de tercer Estado con residencia legal. El matrimonio de conveniencia es un medio, un instrumento, al servicio de unos fines distintos a los característicos e inherentes a la institución matrimonial⁵⁶. Se persiguen ciertos efectos

⁵⁵ Para un análisis más detallado véase J. M. De Lorenzo Segrelles, “Situación de residencia...”, *loc. cit.*, pp. 777-812; A. Rodríguez Benot, “La situación de residencia de los extranjeros en España”, *Derecho de extranjería*, Diego Marín, Murcia, 2005, pp. 390-414.

⁵⁶ *Vid.* sobre el matrimonio de conveniencia en España, M. Aguilar Benítez de Lugo, “El matrimonio de conveniencia”, *BIMJ*, Año LIV, núm. 1879, de 15 de octubre de 2000, pp. 3213-3234; “*Ius nubendi* y orden público matrimonial”, *BMIJ*, núm. 1862, 1 de febrero 2000, pp. 425-447; L. I. Arechenderra Aranzadi, “*Ius nubendi* y simulación matrimonial”, *DPyC*, núm. 7, 1995, pp. 301-331; A. L. Calvo Caravaca, y J. Carrascosa González, “Matrimonios de conveniencia y turismo

secundarios, accesorios o indirectos del matrimonio (en materia de extranjería y de nacionalidad), prescindiendo de su efecto central o esencial⁵⁷. El matrimonio de conveniencia, según la definición que contiene la Resolución del Consejo de la UE de 4 de diciembre de 1997⁵⁸ es el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y la residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro.

Los matrimonios de conveniencia son uno de los medios más utilizados por los nacionales de terceros Estados para acceder de una forma “legal” al territorio de los Estados miembros, y la apertura del matrimonio a las personas del mismo sexo ha abierto

divorcista: práctica internacional española”, *AC*, núm. 6, 9-15 febrero de 1998, pp. 129-140; V. San Julián Puig, “Inmigración y derecho de familia. Estudio de la instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995”, *BIMJ*, núm. 1814, de 1 de febrero de 1998, pp. 151-171; I. Guyon-Renard, “El fraude en materia de Estado civil en los países miembros de la CIEC”, *BIMJ*, núm. 1803-04, 1 de septiembre de 1997, pp. 1779-1799; E. Fernández Masía, “De la ficción a la realidad: la creciente problemática de los matrimonios de conveniencia en España”, *RDP*, septiembre 1998, pp. 628-645; S. Sánchez Lorenzo, “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia”, *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, 2003, pp. 248-285; C. Otero García-Castrillón, “La capacidad y la simulación en el matrimonio: fraude y extranjería en la doctrina de la DGRN”, *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, 2003, pp. 287-296; I. García Rodríguez, “La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios”, *AC*, nº 18, 3-9 de mayo de 1999, pp. 447-463; M. J. Hernández Caballero, “El ejercicio del *ius connubii* por parte de los no nacionales. El matrimonio simulado”, *AC*, nº 17, octubre 2005, pp. 2053-2063; P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Doctrina Registral en torno a los matrimonios de conveniencia para regularizar la situación de los extranjeros en España”, *AEDIPr.*, 2001, pp. 1041-1048; P. Domínguez Lozano, “Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero”, *REDI*, 1995, vol. XLVII, pp. 317-318; M. P. Diago Diago, “Matrimonios por conveniencia”, *AC*, 1996-2, pp. 329-347; P. Maestre Casas, “Observaciones a la RDGRN de 6 de mayo de 1998”, *AEDIPr.*, 2000, pp. 858-860; E. Atuch Iriberry, “La exigencia de consentimiento en las relaciones de familia en el Derecho internacional privado español”, *AEDIPr.*, 2000, pp. 185-217; *id.* “Matrimonios mixtos: diversidad cultural y DIPr”, *Derecho registral internacional*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 199-223; V. Fuentes Camacho, “Nota a la Resolución de la DGRN de 29 de agosto de 1998”, *REDI*, vol. XLI, 1999, pp. 213-217; P. Villafruela Chaves, “Los llamados matrimonios de conveniencia”, *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 325-339.

⁵⁷ M. Aguilar Benítez de Lugo, “El matrimonio de...”, *loc. cit.*, p. 3215.

⁵⁸ DOCE C 382, de 16 de diciembre de 1997. *Vid.* comentario de I. García Rodríguez, “Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos”, *REDI*, vol. 50, 1998, pp. 378-383.

una nueva vía para el posible “fraude”⁵⁹. Ya hay supuestos que han llegado a la DGRN, como el de un nacional senegalés en situación irregular y un nacional alemán que pretendían contraer matrimonio en España, y a los que se les denegó la autorización para hacerlo debido a la ausencia de consentimiento matrimonial⁶⁰.

Se aborda este análisis con una convicción de partida: que el matrimonio no puede ser utilizado como instrumento de control frente a la posible entrada fraudulenta de extranjeros⁶¹.

1. Matrimonios de conveniencia y Derecho de extranjería

Tal como se analizó en el epígrafe anterior para que la reagrupación del cónyuge del mismo sexo sea posible uno de los requisitos es que el matrimonio “no se haya celebrado en fraude de ley” (art. 17 LOE)⁶². El control se realizará en el momento en que el reagrupado solicite el visado por reagrupación familiar en el Consulado de España en el país de residencia del reagrupado (art. 43.3 y 4 RLOE)⁶³. Los indicios de fraude pueden ser

⁵⁹ Sobre qué debe entenderse por “fraude” en este ámbito véase. I. García Rodríguez, “La calificación jurídica del matrimonio...”, *loc. cit.*, p. 619. La profa. Rodríguez se cuestiona donde localizar el fraude, si en el momento de emitir el consentimiento matrimonial o en el momento de solicitar el visado o autorización de residencia.

⁶⁰ RDGRN de 26 de febrero de 2007, *BIMJ*, núm. 2058, de 1 de abril de 2008.

⁶¹ M. Moya Escudero y R. Rueda Valdivia, *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, Madrid, La Ley, 2003, pp. 298-300.

⁶² La Directiva 2003/86, relativa a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros Estados, también prevé la fiscalización de los matrimonios fraudulentos facultando a los Estados miembros a denegar una solicitud de entrada y residencia con fines de reagrupación familiar o denegar la renovación del permiso de residencia si se demuestra que el matrimonio se formalizó únicamente para que la persona interesada pudiera entrar o residir en un Estado miembro. “Los Estados miembros podrán proceder a controles e inspecciones específicos cuando existan sospechas fundadas de fraude o de matrimonio” (art. 16.2 b).

⁶³ El consentimiento no sólo se fiscaliza en los casos en que el solicitante sea un nacional de tercer Estado con residencia legal en un Estado miembro. También se fiscaliza cuando sea un nacional de un Estado miembro el que solicite la reagrupación. En concreto, el legislador comunitario incluye este supuesto dentro del art. 35 de la Directiva 2004/38 (relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, DOCE L 158, de 30 de abril de 2004. Corrección de errores, DOCE L 229/35, de 29/6/2004) que lleva por título “abuso de derecho”. En él establece que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para denegar, extinguir o retirar cualquier derecho conferido por la presente Directiva en caso de abuso de derecho o fraude, como los matrimonios de conveniencia”. Se impide la entrada en el territorio de un Estado miembro al cónyuge (nacional de tercer Estado), de un ciudadano comunitario, siempre que la autoridad administrativa considere que

variados: no mantenimiento de vida en común, ausencia de contribución adecuada a las cargas del matrimonio, el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio, el hecho de que los cónyuges se equivoquen sobre sus respectivos datos (nombre, dirección, nacionalidad, trabajo), sobre las circunstancias en las que se conocieron o que no hablen una lengua comprensible para ambos, el hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio o el hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios fraudulentos anteriores e irregularidades en materia de residencia. Para alcanzar alguna de estas presunciones se puede recurrir a: declaraciones de los interesados o de terceras personas, informaciones que procedan de documentos escritos o datos obtenidos durante una investigación.

En estos casos no se expedirá el visado por reagrupación familiar con lo que el reagrupado no podrá entrar en España por esta vía. La denegación se tipifica como una sanción. El problema es que no se está declarando la nulidad de ese matrimonio, no se vincula la apreciación de la autoridad administrativa a la nulidad del vínculo. La norma agota teóricamente su eficacia en el terreno del Derecho de extranjería. No obstante, resulta difícilmente admisible para un ordenamiento jurídico el hecho de que, admitiendo la validez del matrimonio, se impida la convivencia de los cónyuges mediante la pura aplicación de una norma de extranjería. En realidad, la declaración de nulidad del matrimonio debería ser el antecedente lógico de la limitación a residir en el territorio español en caso de matrimonio fraudulento⁶⁴.

2. Matrimonios de conveniencia y DIPr.

Junto con el Derecho de extranjería, hay otro ámbito en el que se entra a valorar la válida formación del consentimiento matrimonial: el DIPr, en concreto, el control registral en el trámite de autorización del matrimonio. En la práctica, la mayoría de las averiguaciones a las que antes se ha hecho referencia (que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio, el hecho de que los cónyuges se equivoquen sobre sus

el matrimonio es simulado. La restricción a la libre circulación de personas es patente ya que cada vez que pretenda desplazarse de un Estado miembro a otro el matrimonio de ese ciudadano comunitario será fiscalizado.

⁶⁴ S. Sánchez Lorenzo, “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios...”, *loc. cit.*, pp. 247-275.

respectivos datos...), operarán, no en la fase de concesión de la tarjeta de residente comunitario o autorización de residencia por reagrupación familiar, sino en el momento en el que el matrimonio deba acceder al Registro Civil.

Las autoridades registrales españolas han de fiscalizar el consentimiento en dos momentos: antes de la celebración del matrimonio (tramitación del expediente previo), y después si se pretende su inscripción en el RC⁶⁵.

Para la celebración del matrimonio conforme a lo previsto en el ordenamiento jurídico español, es necesaria una autorización al efecto, que el Instructor denegará si el matrimonio que pretende contraerse es considerado fraudulento⁶⁶. Así lo establecía la Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995. Esta Instrucción trataba de dar respuesta a una preocupación concreta: el hecho de que eran cada vez más frecuentes los matrimonios de conveniencia contraídos para “facilitar la entrada y estancia en territorio español de súbditos extranjeros”⁶⁷. El medio de control que preveía era el expediente matrimonial, previo a la celebración.

La Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995, suscitó numerosas críticas doctrinales, no sólo por la frecuencia demostrada con que el Encargado del RC erraba en la apreciación, perjudicando el derecho fundamental a contraer matrimonio⁶⁸, sino porque el interrogatorio “bien encauzado”, además de tendencioso, podía llegar a atentar contra la

⁶⁵ El art. 15 LRC establece que “en el Registro constarán los hechos inscribibles que afectan a los españoles y los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros”.

⁶⁶ Este control se realiza también cuando ambos cónyuges son extranjeros, y el matrimonio se celebra en España. La DGRN considera que “aunque en principio el consentimiento se rige por la ley personal de los contrayentes, ésta no ha de aplicarse siempre y en todo caso. En ejecución de la excepción del orden público deberá dejar de aplicarse cuando se vulneren principios básicos e irrenunciables de nuestro Ordenamiento Jurídico. Se ha de rechazar la autorización del matrimonio en los supuestos de simulación, aún cuando los interesados estén sujetos por su estatuto personal a legislaciones que admitan en sede matrimonial una suerte de consentimiento abstracto, facilitando con ello que esta institución sea utilizada como instrumento de un fraude de ley” (RGRN de 26 de febrero de 2007, *loc. cit.*).

⁶⁷ *Vid.* para un estudio de esta Instrucción V. San Julián Puig, “Inmigración y derecho de familia. Estudio de la instrucción...”, *loc. cit.*; P. Domínguez Lozano, “Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995 sobre...”, *loc. cit.*; A. L. Calvo Caravaca, y J. Carrascosa González, “Matrimonios de conveniencia y turismo...”, *loc. cit.*, pp. 132-134.

⁶⁸ M. Aguilar Benítez de Lugo, “Ius nubendi...”, *loc. cit.*, pp.425-431; J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Madrid, Thomson-Civitas, 2007, p. 356.

intimidad de las personas. Otras críticas vertidas sobre la práctica de la DGRN es que consistía en una vulneración frontal del concepto de “consentimiento matrimonial” en el Derecho civil, donde lo que importa es un consentimiento acerca del vínculo matrimonial y no de las razones que conducen a ello⁶⁹. También se denunciaba la inexistencia de un tratamiento conflictual adecuado a la internacionalidad de las situaciones. Además en el trámite de autorización realmente no se puede afirmar que el consentimiento no es legítimo, porque no se ha prestado todavía. No obstante, la consecuencia es que el matrimonio potencialmente simulado no puede celebrarse ante la denegación de la autorización del instructor⁷⁰.

Para intentar superar todas estas críticas y abordar el tratamiento jurídico de los matrimonios de conveniencia, la DGRN elaboró una serie de directrices en otra Instrucción, de 31 de enero del año 2006⁷¹, con la que realmente sólo reordenó su propia doctrina sin resolver las cuestiones más controvertidas. En esta Instrucción se reitera que “no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”, es necesario “un consentimiento dirigido a crear una comunidad de vida entre los esposos con la finalidad de asumir los fines propios y específicos de la unión”. Se intenta evitar la instrumentalización fraudulenta del matrimonio, habida cuenta de que es una institución que sirve de puente para obtener una situación jurídica privilegiada en materia de nacionalidad y extranjería (reducción en el tiempo necesario para la adquisición de la nacionalidad, ventajas para la reagrupación familiar...)⁷². También se prevé el trámite de la entrevista personal, reservada y por separado a cada contrayente, para cerciorarse de la existencia del consentimiento. Si el Juez Encargado del Registro Civil llega a la conclusión de que hay simulación, no autorizará la celebración del matrimonio. Esto es lo que ocurrió en el asunto antes citado (RDGRN de 26 de febrero de 2006), sobre autorización de matrimonio civil entre un alemán y un senegalés. En la entrevista personal el nacional senegalés manifiesta que no sabe la edad de

⁶⁹ V. San Julián Puig, “Inmigración y derecho de familia...”, *loc. cit.*, p. 165; S. Sánchez Lorenzo, “La inconveniente doctrina...”, *loc. cit.*, p. 267.

⁷⁰ C. Azcárraga Monzonís, “Ámbito de la nulidad de los matrimonios contraídos entre españoles y extranjeros por inexistencia de consentimiento”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 850-853, p. 851.

⁷¹ BOE nº 41, de 17 de febrero de 2006.

⁷² Acerca de las ventajas que supone en materia de nacionalidad y extranjería, *vid.* M. P. Diago Diago, “Matrimonios por...”, *loc. cit.*, pp. 329-347; J. Carrascosa González, “Matrimonios de conveniencia y nacionalidad española”, *AD. Universidad de Murcia*, nº 20, 2002, pp. 7-34.

su novio, que desconoce su fecha de nacimiento, y si tiene o no estudios. El nacional alemán, por su parte, tampoco sabe la fecha de nacimiento de su novio, ni la edad de sus hijos ni si tiene o no más familia. Esto, sumado a la falta de autorización de residencia del nacional senegalés, hace que la DGRN deniegue la solicitud por “falta de voluntad para contraer verdadero matrimonio”.

La simulación supone la exclusión deliberada de la producción de efectos o consecuencias del matrimonio, por lo que el consentimiento no es matrimonial, sino puramente aparente. El consentimiento matrimonial es la exigencia primordial de validez del matrimonio, en tanto que negocio jurídico que exige una declaración de voluntad real, incondicionada y no viciada⁷³. La simulación implica una contradicción consciente y querida por ambas partes entre la voluntad interna y la voluntad declarada, entre lo que internamente se quiere y lo que externamente se dice querer. De tal contradicción nace un matrimonio que puede calificarse de aparente. El matrimonio puede ser considerado nulo, incluso inexistente, si no media dicho consentimiento o está afectado por error o intimidación. El eje central de la simulación consiste en un convenio previo entre las partes para conseguir un beneficio o fin distinto de los establecidos legalmente con la celebración del matrimonio⁷⁴.

La crítica más evidente que puede hacerse a estas consideraciones de la DGRN es que alcanzar las ventajas que proporciona el matrimonio en materia de nacionalidad y extranjería es perfectamente lícito en tanto la institución no haya sido utilizada tan sólo con carácter instrumental⁷⁵; esto es, en tanto el matrimonio no haya sido simulado defraudando la finalidad del negocio jurídico que, por lo demás, no debe ser confundida con los motivos

⁷³ M. J. Hernández Caballero, “El ejercicio del *ius connubii* por parte de...”, *loc. cit.*, p. 2055, afirma que “el consentimiento matrimonial no es otra cosa que la voluntad de celebrar matrimonio como negocio jurídico. La adjetivación matrimonial del consentimiento no supone que se trate de un consentimiento distinto al que se requiere para el perfeccionamiento de otros negocios jurídicos. Si la ley hubiera querido introducir una nueva modalidad de consentimiento hubiera expresado sus características y requisitos”. En contra J. M. Espinar Vicente *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1996, p. 36.

⁷⁴ E. Fernández Masía, “De la ficción a la realidad: la creciente problemática de los matrimonios...”, *loc. cit.*, p. 629.

⁷⁵ Esta crítica la realiza también, P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Tratamiento registral de los matrimonios de complacencia: lectura crítica de la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006”, *La Ley*, núm. 6542, 5 de septiembre de 2006, (consultada la versión electrónica en www.laley.es).

que llevan a las partes a celebrarlo⁷⁶. La *affectio maritalis* no es un requisito constitutivo del matrimonio, por lo que, en puridad, tan legítimo es contraer matrimonio por conveniencia económica como por conveniencia “moral”⁷⁷. Es verdad que se presta el consentimiento impulsado por un motivo concreto, pero ello no indica que no se preste voluntaria y conscientemente, asumiendo sus consecuencias⁷⁸.

Lo que ocurre es que el matrimonio civil exige un consentimiento verdadero de querer contraer matrimonio, pero en modo alguno prejuzga la finalidad con que ese consentimiento se presta. Para enjuiciar la validez del consentimiento hay que prescindir de los motivos que llevan a uno y otro a casarse⁷⁹. Las razones que han llevado a darlo entran en la zona de los móviles irrelevantes para el Derecho⁸⁰. Lo que importa a tal efecto es un consentimiento acerca del vínculo matrimonial, y no las razones que conducen a ello⁸¹. Probar la inexistencia del consentimiento plantea importantes problemas, porque se trata de acreditar la ausencia de una “convicción subjetiva profunda”: que existe una falta de voluntad, necesariamente subjetiva, de asumir los derechos y deberes del matrimonio; y que lo único que se pretende es la utilización instrumental de la institución. Esto parece bien una misión imposible, o bien una “investigación” que deja un potencialmente importante y peligroso margen de discreción en manos de una autoridad administrativa⁸².

La Instrucción de 31 de enero de 2006, establece también que los matrimonios simulados son nulos según los arts. 45.1 y 73.1 Cc, y por ello, conforme al principio de legalidad, no pueden inscribirse o autorizarse por parte de los Encargados de los RC los

⁷⁶ C. Otero García-Castrillón, “La capacidad y la simulación...”, *loc. cit.*, p. 287.

⁷⁷ M. L. Arcos Vieira, *La desaparición de la affectio maritalis como causa de separación y divorcio*, Navarra, Aranzadi, 2000, p. 18, pone de relieve el silencio del Código Civil respecto a este requisito.

⁷⁸ J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, *loc. cit.*, p. 358.

⁷⁹ P. Maestre Casas, “Observaciones a la RDGRN...”, *loc. cit.*, p. 859.

⁸⁰ Como señala I. García Rodríguez (“Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997...”, *loc. cit.*, p. 380) “perfectamente pueden celebrarse matrimonios con la intención de beneficiarse de efectos fiscales (declaración de la renta conjunta), de efectos civiles (vecindad civil), e incluso patrimoniales”.

⁸¹ S. Sánchez Lorenzo, “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios...”, *loc. cit.*, p. 269.

⁸² C. Otero García-Castrillón, “La capacidad y la simulación en el matrimonio...”, *loc. cit.*, p. 293.

matrimonios celebrados o que pretendan celebrarse sin el consentimiento real de alguno o ambos contrayentes. Este control por parte de la autoridad registral, actuando más como una autoridad policial, supone de hecho una usurpación de funciones propias de los órganos jurisdiccionales. El control de validez del consentimiento debe reservarse a éstos órganos a través de la correspondiente acción de nulidad a instancias del Ministerio Fiscal⁸³.

A los Encargados del RC se les obliga a indagar en una convicción subjetiva profunda: que existe una falta de voluntad subjetiva de asumir los derechos y deberes del matrimonio, y que lo único que se pretende es la utilización instrumental de la institución. Es lo que se ha denominado la “nulidad administrativa” del matrimonio⁸⁴. Y no debe olvidarse que el *ius connubi* es un derecho fundamental reconocido internacionalmente. En este caso, el Derecho de extranjería coarta el *ius nubendi* —un derecho fundamental— de forma irrazonable⁸⁵. El control de extranjeros es una actividad gubernativa y policial, pero el problema es que atañe a la dirección política y jurídica de las mismas autoridades que han de valorar una cuestión tan privada como la nulidad del matrimonio por simulación o reserva mental. Además resulta muy difícil de controlar *a priori* el consentimiento sin arriesgar la presunción general de buena fe y las garantías del *ius nubendi*⁸⁶.

Para la DGRN el problema que plantea el tratamiento jurídico de los matrimonios de complacencia desde la perspectiva del DIPr es “fundamentalmente el de precisar que ley estatal es la encargada de fijar cuales son los requisitos de validez del matrimonio”. Es una cuestión que se suscita bien a la hora de autorizar un matrimonio, o bien cuando se insta su inscripción. La Instrucción precisa que “la ley rectora del consentimiento matrimonial de cada cónyuge es la de la ley nacional de cada uno de ellos en el momento de la celebración

⁸³ E. Artuch Iriberry, “Matrimonios mixtos: diversidad cultural y DIPr”, *Derecho registral internacional*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 199-223, pp. 205-206. La autora recuerda que “la nulidad matrimonial es cuestión reservada al conocimiento de jueces y tribunales mediante el trámite declarativo ordinario. Sin embargo, la práctica habitual en España acerca del consentimiento matrimonial no sigue en absoluto este esquema”.

⁸⁴ S. Salvador Gutiérrez, “Registro Civil, inmigración y matrimonio”, *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración*, CGPJ, Madrid, Cuadernos de Derecho judicial, 2004, pp. 257-355, p. 268.

⁸⁵ P. Maestre Casas, “Observaciones a la RDGRN...”, *loc. cit.*, p. 858.

⁸⁶ E. Fernández Masía, “De la ficción a la realidad: la creciente problemática de los matrimonios...”, *loc. cit.*, p. 637. *Vid.* S. Sánchez Lorenzo, “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de...”, *loc. cit.*, p. 251; P. Domínguez Lozano, “Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995 sobre expediente previo al matrimonio...”, *loc. cit.*, p. 318.

del matrimonio”. Pero “si una ley extranjera admite la validez del matrimonio a pesar de que el consentimiento es ficticio no se aplicará por las autoridades españolas por resultar contraria al orden público”. La DGRN se opone a considerar válido un matrimonio en el que se considere probado que el consentimiento fue simulado, aunque el ordenamiento extranjero conforme al cual se celebró no anudase a dicha ausencia la nulidad del vínculo⁸⁷ y con independencia de que la ley nacional de ambos contrayentes coincidiera con la ley conforme al cual se celebró el matrimonio en este punto⁸⁸.

La incongruencia de la DGRN es mantener que ha de ser la ley personal de cada cónyuge la que rija su consentimiento matrimonial, y excluirla posteriormente mediante la aplicación de la excepción de orden público⁸⁹. Sería más acertado que se aplicase el Derecho español en lo relativo al consentimiento cuando quien interviene en la celebración es una autoridad española, sustituyendo la conexión ley nacional, por *lex auctoritatis*⁹⁰.

La idea de fraude del Derecho de nacionalidad o extranjería puede hacer reaccionar a esos sectores del ordenamiento, impidiendo el acceso a la nacionalidad del contrayente extranjero o mediante la denegación de autorizaciones de residencia, siempre que se

⁸⁷ *Vid.* nota 1254 en P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración.....*, *loc. cit.* La autora pone el ejemplo de Australia, donde no se anularían los matrimonios que fueron celebrados con el único propósito de obtener un permiso de residencia. La RDGRN de 7 de julio de 2005, afirma que “se debe rechazar la autorización del matrimonio en los supuestos de simulación, aún cuando los interesados estén sujetos por su estatuto personal a legislaciones que admitan en sede matrimonial una suerte de consentimiento abstracto, descausalizado o desconectado de toda relación con la finalidad institucional del matrimonio, facilitando con ello que esta institución sea utilizada como instrumento de un fraude de ley a las normas rectoras de la nacionalidad o la extranjería a otras de diversa índole”.

⁸⁸ E. Artuch Iriberry, critica esta práctica y afirma que aunque no quepa dudar de la realidad social de los matrimonios de conveniencia, la técnica utilizada para evitar el fraude desconoce por completo la aplicación de cualquier método conflictual: “la ausencia de consentimiento matrimonial es tratado como un mero dato fáctico cuya ausencia depende únicamente de la adecuación de la voluntad del compareciente a la idea de consentimiento matrimonial que tenga el encargado del Registro y que, supuestamente, coincidirá con lo previsto en el ordenamiento español. En definitiva, en la ausencia de la utilización del método conflictual que llevaría a la aplicación de la ley personal a la existencia de consentimiento matrimonial, como elemento integrante del estatuto personal” (véase, “La exigencia de consentimiento en las relaciones de familia en el Derecho internacional privado español”, *AEDIP*, 2000, pp. 185-217, p. 201).

⁸⁹ Obsérvese que es la misma técnica que emplea la DGRN para afirmar que es posible la celebración de matrimonios homosexuales en España aunque ambos contrayentes sean extranjeros y según su ley personal no tengan capacidad para hacerlo. La DGRN rechaza la aplicación de la ley extranjera alegando la excepción de orden público.

⁹⁰ R. Arenas García, “Problemas derivados de la reagrupación...”, *loc. cit.*, p. 280.

demuestre el fraude a través de datos objetivos, mucho más fáciles de determinar una vez celebrado el matrimonio⁹¹ y cuando debe estar desplegando sus efectos personales y patrimoniales⁹². Lo que no parece coherente es tratar de adaptar de esta manera el sistema de DIPr a los intereses en materia de control de los flujos migratorios. Si realmente el trámite propuesto por la DGRN es para proteger la institución matrimonial asegurándose de que no existe ningún impedimento, habría que aplicarlo con la misma seriedad a los matrimonios entre nacionales, porque si no su uso sería discriminatorio⁹³.

VI. POSIBILIDADES DE RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL CELEBRADO EN ESPAÑA

Las disparidades legislativas existentes en el Derecho comparado crean una gran incertidumbre con respecto al trato que vaya a recibir el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España cuando las personas afectadas se desplacen de un país a otro. No se puede obviar el hecho de que habrá Estados en los que dicho reconocimiento se enfrentará a la excepción de orden público⁹⁴. Por regla general estos matrimonios no tendrán eficacia. Así lo reconoce la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005 aludiendo a que la función del Encargado del Registro Civil español no es la de “guardián del sistema

⁹¹Aunque no siempre es tan fácil determinar el fraude una vez celebrado el matrimonio, *Vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Nota a la sentencia de la AP de Madrid de 27 de febrero de 2002. Matrimonio contraído *iocandi causa* a los efectos de adquirir la nacionalidad española”, *AEDIPr*, 2004, pp. 1040-1043.

⁹² E. Artuch Iriberrí, “La exigencia de consentimiento en las relaciones...”, *loc. cit.*, p. 203.

⁹³ C. Otero García-Castrillón, “La capacidad y la simulación...”, *loc. cit.*, p. 296; V. San Julián Puig, “Inmigración y derecho de familia. Estudio de la instrucción...”, *loc. cit.*, p. 164.

⁹⁴ En el ámbito de la libre circulación de personas, no obstante, la aplicación de esta excepción 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 necesaria o proporcional. *Vid.* S. Álvarez González, “Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: límites a la valoración del Juez nacional y orden público comunitario”, *La Ley*, n° 5108, de 31 de julio de 2000, pp. 1-4; E. Pérez Vera, “El concepto de orden público en el Derecho internacional”, *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional*, vol. VII, 1984, pp. 273-287; A. Bucher, “L’ordre public et le but social des lois en droit international privé”, *Rev. des C.*, 1993, vol. 239, pp. 9-116; P. Hammje, “Droits fondamentaux et ordre public”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1997, pp. 1-31; I. García Rodríguez, “Derecho aplicable y orden público comunitario”, *RIE*, vol. 20, núm. 3, 1993, pp. 927-940.

legal extranjero”, y rechazando la idea de que la aparición de matrimonios claudicantes suponga un inconveniente a la hora de proceder a su celebración⁹⁵.

Así, por ejemplo, en los países latinoamericanos el reconocimiento del matrimonio homosexual celebrado en España estaría muy limitado. En Honduras, el art. 112 de la Constitución —reformado en 2005— dispone que "los matrimonios o uniones de hecho entre personas del mismo sexo celebrados o reconocidos bajo las leyes de otros países no tendrán validez en Honduras". En Chile, el art. 80 de la ley de matrimonio civil de 2004 dispone: "Los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer". La situación en el derecho argentino se integra con diferentes principios al no aceptarse como ley personal la de la nacionalidad sino la del domicilio, y frente al terminante rechazo opuesto a la legislación extranjera incompatible con el espíritu de la legislación del Código Civil (art. 14.2), el cual establece como requisito para la existencia del matrimonio el consentimiento de hombre y mujer (art. 172). En Ecuador, la Constitución establece que el matrimonio queda reservado al hombre y la mujer, pero se incluye en el articulado la denominada “unión estable” que genera los mismos derechos y obligaciones que un matrimonio excepto la adopción, que queda reservada a las parejas de distinto sexo (arts. 67 y 68)⁹⁶.

Por lo que respecta a la UE lo único claro es que no existe una obligación de reconocer el matrimonio entre personas de distinto sexo, ni por las instituciones comunitarias (salvo en el ámbito de la función pública), ni por las autoridades de los Estados miembros.

⁹⁵ Para A. P. Abarca Junco y M. Gómez Jene (“Nota sobre la Resolución-Circular de...”, *loc. cit.*, p. 314) éste es “un razonamiento difícilmente compatible con un principio fundamental de cualquier sistema de DIPr: la búsqueda de una armonía de soluciones”.

⁹⁶ La nueva Constitución de Ecuador entró en vigor el 21 de octubre de 2008.

En referencia a la función pública comunitaria, el Estatuto de Funcionarios de la UE, reformado en el año 2004⁹⁷, introdujo esencialmente dos novedades con respecto al anterior Estatuto: a) se sustituyen en la norma los términos “marido” y “esposa”, por el de “cónyuge”⁹⁸, con lo que se está incluyendo en el concepto de cónyuge también al homosexual; b) se equiparan las parejas registradas a las casadas si estas últimas reúnen unos determinados requisitos⁹⁹.

El punto octavo de la Exposición de Motivos del Estatuto de Funcionarios de las Comunidades Europeas dispone que “a los funcionarios que mantienen una relación no matrimonial reconocida como estable por un Estado miembro, y que no pueden contraer matrimonio legalmente, se les deben conceder idénticas ventajas que a las parejas casadas”. Si una unión es válida según el ordenamiento jurídico de cualquier Estado miembro,

⁹⁷ Reglamento 723/2004, de 22 de marzo por el que se modifica el Estatuto de funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas (DOCE L 124 de 27 de abril de 2004).

⁹⁸ Anexo VIII, art. 18 bis.

⁹⁹ El TJCE tuvo ocasión de pronunciarse sobre el concepto de cónyuge, a propósito de la interpretación del Estatuto de Funcionarios de las Comunidades Europeas, antes de su reforma, en asuntos como *D v. Consejo* (STJCE, de 31 de mayo de 2001, Asuntos acumulados C-122/99 y C-125/99) o *Grant* (STJCE, de 17 de febrero de 1998, as. C-249/96). En el primero de ellos el TJCE argumentó que el término “matrimonio”, según la definición admitida en general por los Estados miembros, designa una unión entre dos personas de distinto sexo, y aunque reconoció que desde 1989 un creciente número de Estados miembros habían tipificado, junto al matrimonio, regímenes legales que reconocen diferentes formas de unión entre personas del mismo o de distinto sexo, aseveró que no todos equiparan los efectos de estas uniones a los del matrimonio. Concluyó afirmando que la equiparación incompleta de la pareja inscrita con el matrimonio en un número limitado de Estados miembros no podía tener por consecuencia que se incluyese en el concepto estatutario de “funcionario casado” a personas sometidas a una normativa distinta a la aplicable al matrimonio. *Vid.* G. Scappucci, “Court of First Instance Refuses to Recognize Swedish Registered Partnership Rights and Duties”, *EPL*, 2000, pp. 355-366; E. Ellis, “Joined Cases C-122 & 125/99P, D and Sweden v. Council”, *CMLR*, vol. 39, 2002, pp. 151-157; C. 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”, *Rev. suisse DIDE*, 2001, pp. 143-172, en esp. pp. 155-157. Por lo que respecta al asunto *Grant*, En síntesis la cuestión prejudicial se suscitó en el marco de un litigio entre la señora Grant y su empresario, “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 (pareja de hecho, no pareja registrada) de la señora Grant. *Vid.* M. Bell, “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; T. Giegerich, “Diskriminierung wegen gleichgeschlechtlicher sexueller Orientierung?”, *Juristenzeitung*, núm. 14, 1999, pp. 724-730; T. Connor, “Community Discrimination Law: No Right to Equal Treatment in Employment in Respect of Same Sex Partner”, *ELR*, vol. II, 1998, pp. 378-384; E. Brems, “Case C-249/96. Lisa Jacqueline Grant v. South West Trains Ltd”, *Col. J. Europ. L.*, 1999, pp. 141-151; T. Reeves, “No Homosexual Please, We Are European”, *NLJ*, 199, pp. 558-569.

también lo será con respecto al Estatuto de Funcionarios de las Comunidades Europeas. Ahora bien, para que las uniones no matrimoniales tengan la misma consideración que las matrimoniales, el Reglamento del Estatuto de Funcionarios de las Comunidades Europeas establece una serie de condiciones. La primera de ellas es que se trate de una pareja registrada; por tanto, la pareja de hecho no se equipara al cónyuge. La segunda es que la pareja presente un documento oficial reconocido como tal por un Estado miembro o por cualquier autoridad competente de un Estado miembro en el que se de constancia de su situación de pareja no casada. La tercera condición consiste en que ninguna de las personas que compongan la pareja esté casada o forme parte de una pareja no casada. En cuarto lugar, se exige que no exista entre los miembros de la pareja ninguna de estas relaciones de parentesco: padre e hijos, abuelos y nietos, hermanos, tíos y sobrinos, yernos o nueras. Finalmente, la última condición es que la pareja no pueda celebrar legalmente matrimonio en un Estado miembro. El Reglamento se circunscribe al supuesto en que sus miembros no cumplan los requisitos que imponga la legislación de un Estado miembro para autorizar el matrimonio de dicha pareja¹⁰⁰.

De todo lo expuesto se deduce que en el ámbito de la función pública comunitaria:

a) a las parejas registradas se les conceden las mismas ventajas que a las casadas, pero solo si no pueden contraer matrimonio, lo que normalmente sucederá cuando se trate de una pareja homosexual. Por tanto, si una pareja puede contraer matrimonio válidamente en un Estado miembro y, en lugar de ello, constituye una unión registrada, no será equiparada a la unión matrimonial a los efectos del Estatuto de Funcionarios de las Comunidades Europeas. Para probar que se trata efectivamente de una pareja “no casada”, el Reglamento establece que será necesario un documento oficial reconocido como tal por un Estado miembro o por cualquier autoridad competente de un Estado miembro; b) se equipara el matrimonio heterosexual y homosexual.

Esta equiparación no se hace, en cambio, por las autoridades de todos los Estados miembros de la UE. El reconocimiento de los matrimonios del mismo sexo en estos casos no es una cuestión cerrada. En algunas ocasiones el matrimonio celebrado en España no superará el paso de la frontera¹⁰¹, en otras, seguramente, un buen número de efectos podrán

¹⁰⁰ Anexo VII, art. 1.2. c).

¹⁰¹ Véase a título de ejemplo lo sucedido en Italia, donde no se reconoció un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en Holanda acudiendo a la cláusula de orden público. Tribunale

ser reconocidos, aunque no lo sea el matrimonio como tal¹⁰². Sobre todo teniendo en cuenta que en ningún Estado miembro se prohíbe la homosexualidad¹⁰³. Hay países en los que aún no existiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, sí existe la institución “pareja registrada”¹⁰⁴. La divergencia entre “matrimonio” (reservado exclusivamente a la unión entre el varón y la mujer) y las parejas registradas (abiertas a personas del mismo sexo) se mantiene como consecuencia de razones históricas y por motivos políticos (sería impopular en ciertas sociedades llamar matrimonio a la unión entre personas del mismo sexo)¹⁰⁵. La diferencia es una mera cuestión terminológica. Pero, si los efectos son similares, es fácil percibir que la diferencia es una cuestión de cosmética jurídica¹⁰⁶.

Por eso hay países en los que el matrimonio del mismo sexo contraído en España se equipara automáticamente a la institución “pareja registrada” existente en dicho país¹⁰⁷.

di Latina, Affari Camera di Consiglio, decisión de 31 de mayo de 2005. <http://www.tribunale.latina.it/civile.aspx>. También en *Riv.dir.int.priv.pr.e.proc.*, 2005, núm. 4, pp. 1095 y ss. Para un comentario de esta decisión véase, N. Boschiero, "Les unions homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien", *RDI*, 2007, núm. 1, pp. 57-62.

¹⁰² S. Álvarez González, “El impacto de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho español: perspectiva...”, *loc. cit.*, p.61. Así sucede, por ejemplo, en Francia, donde un matrimonio homosexual válidamente celebrado en el extranjero entre dos personas de nacionalidad extranjera puede producir efectos, especialmente en el plano patrimonial y sucesorio. Este es el criterio del Gobierno expuesto en tres respuestas al Parlamento, una a la Asamblea Nacional y las otras dos al Senado (Respuestas ministeriales nº 41533 a la Asamblea Nacional y nº 16294 al Senado; y nº 20257 al Senado, *Journal Officiel du Sénat*, 9/3/2006, p. 722).

¹⁰³ L. Papadopoulou, “In(di)visible Citizens(hip): Same-Sex Partners in European Union Immigration Law”, *YEL*, nº 21, 2001-2002, pp. 229-263, p. 236.

¹⁰⁴ Para una lista de los Estados de la UE y del EEE que ya tienen una regulación de las parejas registradas véase nota 3.

¹⁰⁵ Para un análisis de las distintas legislaciones de los Estados miembros sobre parejas registradas véase, C. González Beilfuss, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo...*, *loc. cit.*; M. Soto Moya, “La entrada y residencia en España de las parejas registradas y de hecho”, *La Ley*, núm. 6786, 25 de septiembre de 2007, 1-6.

¹⁰⁶ A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Matrimonio entre personas del mismo sexo...”, *loc. cit.*, p. 1. No obstante hay autores que encuentran una importante diferencia. El matrimonio es una institución universalmente conocida y sólo se trataría de resolver la cuestión de si esas reglas se aplican a los matrimonios de personas del mismo sexo. En cambio, la pareja registrada es una institución nueva, que exige la formulación de nuevas normas. *Vid* esta reflexión en C. González Beilfuss, “Parejas de hecho, parejas registradas y matrimonios de personas del mismo sexo en el DIPr ...”, *loc. cit.*, pp. 99-112, p. 103.

¹⁰⁷ Aunque no pertenezca a la UE, es el caso de Suiza, donde la ley del 18 de junio de 2004 sobre el partenariado *Loi sur le partenariat* (LPart), vigente desde el 1 de enero de 2007, añade un tercer

Este es el caso, por ejemplo, Alemania¹⁰⁸ o del Reino Unido (*Civil Partnership Bill*)¹⁰⁹. Esta última norma, en concreto, intenta facilitar el reconocimiento de las parejas registradas en otros países (*overseas relationships*¹¹⁰), estableciendo dos posibles mecanismos. Uno está previsto para las denominadas “specified relationships”, en los que el reconocimiento es automático (pasivo)¹¹¹. 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 refiere¹¹². 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)¹¹³. Sorprendentemente, esta transposición 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

párrafo al art. 45 de la Ley de Derecho internacional privado, afirmando que: "un matrimonio válidamente celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo es reconocido en Suiza como partenariado registrado".

¹⁰⁸ Art. 17 b) 4 (EGBGB).

¹⁰⁹ De 18 de noviembre de 2004. Disponible en <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200304/ldbills/053/2004053.pdf>.

¹¹⁰ 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”.

¹¹¹ *Civil Partnership Bill*, secs. 152 y 155. *Vid.* en este sentido, L. Glennon, “Strategizing for the Future through the Civil Partnership Act”, *JLS*, vol. 33, núm. 2, junio 2006, pp. 244-276.

¹¹² El anexo 20 denominado “Meaning of Overseas Relationship: Specified Relationships”, de la *Civil Partnership Bill*, dispone que se consideraran “specific 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; Holanda- geregistreerde partnerschap y matrimonio; Noruega- registrert partnerskap; Suecia- registrerat partnerskap; Vermont (USA)- civil union; España- matrimonio entre personas del mismo sexo.

¹¹³ Exactamente igual sucede en Suiza (art. 43.3 de la Loi sur le paternariat (LPart), de 18 de junio de 2004). *Vid.* P. Lagarde, reseña a B. Dutoit, *Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2005.

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.

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 o España, pasa a ser directamente considerado en el Reino Unido una pareja registrada.

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”¹¹⁴, ya que su función estriba básicamente en conseguir la continuidad de las relaciones jurídicas¹¹⁵.

¹¹⁴ K. Kreuzer, “La propriété mobilière en droit international privé”, *Rec. des. C.*, t. 259, 1996, p. 297.

¹¹⁵ Para J. Basedow “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, H. 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”, (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 M. Guzmán Zapater, “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, S. Álvarez González, “Objeto del DIPr y especialización normativa”, *ADC*, 1993, pp. 1109-1151; J. L. Iglesias Buhigues, “Reflexiones entorno al objeto y función del Derecho internacional privado”, *REDI*, 1983, pp. 29-42; E. Díez, “De las funciones del Derecho:

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.

VII. CONCLUSIONES

Las cuestiones que plantea el matrimonio homosexual entre extranjeros en España son múltiples y complicadas. La Resolución-Circular el 29 de julio de 2005 resuelve el primer problema: la posibilidad de que dos personas del mismo sexo que no sean españolas puedan contraerlo. Pero una vez resuelta esa primera cuestión se plantean otras muchas. Por ejemplo, las dificultades que encontrarán los matrimonios entre personas del mismo sexo para conseguir la reagrupación familiar, elemento clave para salvaguardar el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar. O el fenómeno social de los matrimonios de conveniencia, del que como ha quedado expuesto no se duda. El problema reside en la técnica utilizada para evitar el fraude. Lo que está en juego es el Derecho a contraer matrimonio y no puede verse limitado por una política de control, donde el problema del fraude no es el matrimonio, sino otro.

Junto con la reagrupación familiar y los matrimonios de conveniencia otra cuestión problemática es la de la validez del matrimonio homosexual fuera de las fronteras españolas. Como se ha apuntado habrá Estados en los que el reconocimiento se enfrentará a la excepción de orden público. No obstante, el recurso intensivo al mecanismo de esta excepción puede condenar al extranjero a una “doble vida jurídica”: casado en España pero no en su país de origen. Son innegables los avances legislativos en el ámbito del Derecho de familia conseguidos en nuestro país, pero quizás, habría sido necesario considerar de

organización y cambio social”, *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, vol. IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5444-5445.

una forma cuidadosa y ponderada la situación del Derecho comparado para evitar situaciones claudicantes¹¹⁶.

¹¹⁶ De esta misma opinión R. Arenas García, “Transexualidad y matrimonio en el Derecho internacional privado”, *Matrimonio homosexual y adopción*, Colección Jurídica General, Madrid, 2006, pp. 191-197.