

LA CUESTIÓN PREVIA DE LA “EXISTENCIA DE MATRIMONIO” EN EL PROCESO DE DIVORCIO CON ELEMENTO EXTRANJERO

LORENZO ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA

Magistrado. Titular del Juzgado de lo Penal núm. 1 de León, en Comisión de Servicio en la Audiencia Provincial de León

Profesor asociado de Derecho Internacional Privado, Doctor en Derecho Universidad de León

Recibido: 13.09.2013 / Aceptado: 17.09.2013

Resumen: La entrada en vigor del Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre, de cooperación reforzada en materia de ley aplicable en una gran parte del territorio de la Unión plantea a los Estados participantes en el proyecto de cooperación reforzada el reto de una aplicación armonizada del Derecho Internacional Privado de factura europea en materia de crisis matrimoniales. Una de las principales dificultades que los Estados participantes tendrán que afrontar es la relativa a la existencia misma de matrimonio; cuestión que no tendrá la misma respuesta en todos los Estados. Las principales dificultades surgirán en relación con los matrimonios poligámicos, los matrimonios entre personas del mismo sexo y los matrimonios informales. De las soluciones que adopten en los próximos años los Jueces europeos dependerá en gran medida la realización de un ideal que ya ha vislumbrado, en algunos sectores, la jurisprudencia del TJUE: la idea de que, para que un sujeto pueda circular libremente por el territorio de la Unión, debe tener el mismo estado civil en cualquier punto de ese territorio.

Palabras clave: cuestión previa, existencia de matrimonio, matrimonio válido, matrimonio claudicante, matrimonio poligámico, matrimonio entre personas del mismo sexo, matrimonio informal, matrimonios exclusivamente religiosos, matrimonios religiosos plurilocalizables, método conflictual, método de reconocimiento.

Abstract: The entry into force of Regulation 1259/2010 of the Council of 20 December on enhanced cooperation in the area of applicable law in a large part of the territory of the Union raises the States participating in enhanced cooperation project the challenge of an application Private International Law harmonized European bill on marriage breakdown. One of the main difficulties that participating States will face is related to the existence of marriage issue will not have the same response in all states. The main difficulties arise in relation to polygamous marriages, marriages between same-sex and common-law marriages. The solutions may be adopted in the coming years by the European judges will possibly realize an ideal that has already glimpsed in some sectors, in some ECJ's judgments: the idea that a subject must have the same status civilis at any point in the territory, in order to enjoy a full freedom of movement and residence.

Key words: preliminary question, existence of marriage, valid marriage, marriage lame, polygamous marriage, marriage between same sex marriage informal exclusively religious marriages, religious marriages plurilocalizables, conflictual method, recognition method.

Sumario: I. Introducción. 1. ¿Es posible construir un concepto autónomo de “matrimonio” en la Unión Europea? 2. La existencia de “matrimonio” como cuestión previa y el art. 13 del Reglamento 1259/2010. II. Tratamiento procesal de la cuestión previa en el Derecho español. 1. Cuestión de especial pronunciamiento e incidente de especial pronunciamiento. 2. La incidencia de la sentencia de

nulidad matrimonial en la resolución incidental. 3. La incidencia de la Sentencia de nulidad canónica en la resolución de la cuestión incidental. 4. El reconocimiento de una sentencia de divorcio extranjera *incidenter tantum*. 5. La acción de estado civil como alternativa al incidente de especial pronunciamiento. V. Matrimonio islámico y cuestión previa. VI. La aplicación del Reglamento 1259/2010 en los casos de matrimonios del mismo sexo. 1. Introducción. 2. Diversidad de sexo y capacidad nupcial. 3. La concepción “estructural” de la diversidad de sexos en el matrimonio y el orden público internacional español. 4. Las limitaciones del Derecho Comunitario y el alcance del art. 21 de la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 5. La estrategia de los cónyuges del mismo sexo: ¿Elección de ley material o de sistema de Derecho Internacional Privado? 6. *Forum necessitatis vs. forum shopping for system shopping*. 7. Toma de posición. VII. La ley aplicable a los matrimonios exclusivamente religiosos, matrimonios religiosos plurilocalizables y matrimonios religiosos claudicantes. VIII. La aplicación del Reglamento 1259/2010 en relación con los matrimonios constituidos sin intervención de autoridad. IX. Conclusiones.

I. Introducción

1. ¿Es posible construir un concepto autónomo de «matrimonio» en la Unión Europea?

1. El art. 13 del Reglamento 1259/2010, que no puede ser entendido sin una referencia a las normas de conflicto nacionales aludidas en el Considerando (10), no puede considerarse como una puerta cerrada a la construcción de un concepto autónomo que pudiera ser aceptado por la totalidad de los Estados Miembros participantes en el proyecto de cooperación reforzada.

La ampliación de las coordenadas jurídico materiales del matrimonio podría permitir que encontrasen cabida dentro del mismo las categorías de uniones familiares que mayor debate han originado, en lo que respecta a su naturaleza, en las dos últimas décadas, a saber, el matrimonio poligámico, el matrimonio entre personas del mismo sexo y las uniones de pareja registradas que mantienen un régimen de disolución con intervención de autoridad.¹

Ante el silencio –comprensible y justificable– del Reglamento 1259/2010, acerca del concepto de válido matrimonio, la solución para los problemas relacionados con la separación y el divorcio de los matrimonios válidamente celebrados entre personas del mismo sexo en España, Bélgica u Holanda, podría llegar por vía de introducción de un *concepto autónomo de matrimonio* por parte del TJUE, o bien mediante una reforma del Reglamento 1259/2010, que será tanto más difícil cuanto mayor sea el número de los Estados que se adhieran al sistema de cooperación reforzada.

Téngase en cuenta que, si unos Estados Miembros participantes admiten demandas de separación o divorcio para la suspensión o disolución del vínculo matrimonial entre cónyuges del mismo sexo y otros rechazan esta posibilidad, no se logrará ningún avance en el terreno del combate contra el *forum shopping*; pero, aún más, tendríamos que permitir un *good forum shopping* por parte de tales sujetos si estuvieran imposibilitados de demandar la disolución de su matrimonio en el Estado de su residencia habitual, por tener por segura la negativa de los tribunales de tal Estado a su petición.

Análogamente, si algunos Estados admitiesen demandas de divorcio de segundas y ulteriores esposas ligadas al varón polígamo y en otros se negase a esas uniones el carácter de *matrimonio*, se produciría un desplazamiento de los procesos hacia esos primeros Estados que sí reconocen a la demandante la posibilidad de liberarse de la unión poligámica.

En relación con las uniones no matrimoniales registradas, que en algunos Estados requieren un pronunciamiento o decisión de autoridad para su disolución, se han propuesto algunas soluciones

¹ La disolución de la pareja registrada es uno de los campos en que las diferencias de regulación de unos Estados a otros han alcanzado una mayor amplitud. Algunos Estados admiten la disolución «*ad nutum*», plenamente unilateral y sin exigencia alguna de justa causa; otros, exigen una nueva decisión de las dos partes para poner fin a la relación personal registrada, con recurso alternativo, en defecto de disenso bilateral, a una autoridad judicial o administrativa. Por último, algunos Estados solo admiten la *disolución heterónoma*, es decir, con intervención de autoridad, normalmente judicial. Vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la unión europea*, Marcial Pons, Madrid, 2004. pp. 187 y ss.

imaginativas que tendrían que pasar por la aceptación, por los Estados Miembros, de un concepto de matrimonio más amplio y sustancialmente distinto de los que mantienen en sus derechos materiales.²

La tarea de forjar un concepto funcional de matrimonio aceptado por todos los Estados Miembros participantes, en un primer e hipotético avance, nos parece inabordable desde la labor jurisprudencial de los Tribunales de cada Estado. No es una labor de creación individual la que puede generar ese enriquecimiento. La denominación de «*concepto autónomo*» que un Juez pueda dar al resultado de su singular construcción intelectual no garantiza que vaya a ser aceptada por los órganos jurisdiccionales de los demás Estados Miembros participantes. Muy distintamente, sólo el método de trabajo en equipo, en el seno de las instituciones de la Unión puede garantizar la consecución de una noción de matrimonio aceptable por los poderes públicos de aquellos.

En tanto se produce el cambio jurídico deseable por obra del legislador comunitario o del Tribunal Europeo, los jueces de los Estados Miembros participantes deberán seguir la pauta marcada por el Considerando (10) del Reglamento, aplicando sus propias normas de conflicto acerca de la validez del matrimonio, si bien el método conflictual y su resultado no podrán oponerse en ningún caso al derecho a la libre circulación de los ciudadanos comunitarios y de quienes, vinculados a éstos, tienen tal libertad reconocida por la jurisprudencia reciente del TJUE. Ensayar la construcción, desde las propias jurisdicciones nacionales de un *concepto autónomo de matrimonio* que podrían aceptar todos los Estados Miembros participantes, de manera que no se produzcan divergencias intolerables entre la aplicación del Reglamento 1259/2010 por unos u otros.

2. Creemos que las mayores dificultades para la construcción de un concepto autónomo de matrimonio pueden provenir de los Estados, hoy abrumadora mayoría, que no han admitido ni el matrimonio entre personas del mismo sexo, ni las uniones no matrimoniales registradas.

Por lo que se refiere al grupo de problemas señalado en primer lugar, aunque es creciente desde hace años el número de Estados que van modificando sus ordenaciones materiales internas para dar cabida al matrimonio abierto, no parece que vaya a acelerarse este proceso a través de la jurisprudencia emanada de las cortes internacionales sobre Derechos Fundamentales. En el caso *Schalk and Kopf Vs. Austria*, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia nº 30141/04 de 24 de junio de 2010, estableció que no es discriminatorio exigir la diversidad de sexos como condicionamiento para el acceso al matrimonio, aunque consideraba las uniones no matrimoniales de pareja como integrantes de la noción de «vida familiar» que incorpora el art. 8 del Convenio Europeo. Es altamente improbable que el Tribunal de Estrasburgo vuelva sobre sus pasos en el futuro, para dar un mayor alcance a los derechos de los arts. 8 y 12 del Convenio Europeo; por lo que, con independencia de la decepción despertada por esta sentencia en los medios forenses,³ no parece que, hoy por hoy, pueda justificarse un concepto autónomo de matrimonio que comprenda, e. g., los matrimonios entre personas del mismo sexo, o las uniones no matrimoniales registradas, por más que éstas se aproximen en su contenido a un matrimonio cada día más desritualizado, así en la forma de entrar en la relación, como en la de ponerle fin.

Sería ingenuo, por tanto, pretender que los Estados que han incluido en sus ordenamientos la *heterosexualidad* de la pareja como contenido o como efecto esencial y definitorio del matrimonio, renuncien a hacer uso del correctivo de orden público, o a utilizar ese concepto propio de su Derecho sustantivo de producción interna, a los casos internacionales.

En cuanto al problema de las uniones registradas, tal como anticipábamos en otro punto de este Capítulo, las instituciones comunitarias han dado muestra en los últimos reglamentos publicados en el DOUE, y en los trabajos preparatorios elaborados por la Comisión, de la voluntad de tener presente la

² Según FULCHIRON, «il suffirait d'élargir la catégorie «mariage» pour y intégrer les partenariats enregistrés», señalando más adelante que «On a fait remarquer que cet élargissement des catégories est traditionnel en droit international privé: ainsi a-t-on fait entrer dans une catégorie mariage élargie des institutions aussi éloignées de la conception occidentale du mariage que le mariage polygamique ou certains forms coutumières d'unions plus o moins étrangers aux conceptions du droit interne.» (Vid. H. FULCHIRON, «Mariage et partenariats homosexuels en Droit International Privé français», *Revue de Droit International de Droit Comparé*, Nº 2, 2006. p. 415).

³ J.N. LAFFERRIÈRE Y U. BASSET, «Matrimonio, familia y uniones de personas del mismo sexo en la jurisprudencia de la Corte Europea», en *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, nº 63, 2010/2. pp. 10–44.

diferencia entre el matrimonio y «otras relaciones con efectos comparables al matrimonio»;⁴ lo que sería un argumento contrario a cualquier extensión analógica del concepto más allá de lo que se entiende por «matrimonio» en la mayoría de los Estados Miembros participantes, que no admiten la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo y que, si han abordado la regulación de las parejas registradas, ha sido, entre otras razones de política legislativa, para cortar cualquier recurso jurisprudencial a la analogía.

Con todo, no puede dejar de apuntarse que, en algunos Reglamentos comunitarios, se está exigiendo a las autoridades de los Estados Miembros un enfoque funcional que prescinda de los conceptos propios de los ordenamientos de producción interna. Ese es el efecto que produce y el esfuerzo que se consagra en el art. 25 del Reglamento 2201/03. En un sentido muy distinto, y no ya en sede de validez extraterritorial de decisiones sino en el marco del Derecho aplicable, la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, al abordar el correctivo de orden público internacional en el art. 18, dispone que «La aplicación de una disposición de la ley determinada por el presente reglamento no podrá considerarse contraria al orden público del foro por la única razón de que la ley del foro no contemple la institución de la unión registrada.»

2. La «existencia de matrimonio» como cuestión previa y el artículo 13 del Reglamento 1259/2010

3. La fórmula del art. 13 del Reglamento 1259/2010, entendida, en lo que concierne a la existencia de un matrimonio válido, a la luz –escasa y cegadora– del Considerando (26)⁵ es reflejo de la renuncia del legislador comunitario a forjar un concepto común de matrimonio.

Las instituciones comunitarias han sido perfectamente conscientes de ello al establecer que el Reglamento no es aplicable a «*la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio*» (art. 1.2. b) del Reglamento).

Se deja, pues, en manos de los tribunales de los Estados Miembros participantes la determinación de la cuestión previa de la existencia de un *matrimonio válido*, según las normas o criterios de clasificación que existan en cada sistema nacional de Derecho Internacional Privado; se abandona al criterio legislativo de cada Estado, acerca de las propiedades esenciales del matrimonio, la estimación o desestimación de la demanda de separación o de divorcio de los casados del mismo sexo. Y, como veremos más adelante, se deja también a la elaboración pretoriana, según el posicionamiento de un sector de la doctrina europea, la posible desestimación del divorcio en los casos de matrimonio poligámico.

4. El Reglamento 2201/03, cuyo contenido se presume coherente con el del Reglamento 1259/2010 del Consejo (art. 2 de este último) no contiene un concepto de matrimonio, por lo que, a falta de un concepto autónomo de tal, a los siete años de andadura y aplicación del texto comunitario, tenemos que admitir que cada autoridad estatal aplica el concepto de matrimonio que le impone su propio Derecho Internacional Privado, aunque no necesariamente sus normas de conflicto, pues es una opción de cada legislador estatal la de inclinarse por una *técnica conflictual* de control de la validez del matrimonio con elemento extranjero, o bien por una *técnica de reconocimiento* de tales matrimonios.⁶

La consecuencia concreta de advertirse que la demanda de separación o de divorcio persigue la suspensión de deberes o la disolución del vínculo en relación con una unión que no es un verdadero matrimonio, no se encuentra en el art. 13 del Reglamento, cuya dirección es, como veremos, la de ampliar,

⁴ Así, en el Considerando 10 del Reglamento (CE) N° 864/2007 de 11 de julio de 2007, en el que se expone que «Las relaciones familiares deben abarcar parentesco, matrimonio, afinidad y familia colateral, La referencia en el art. 1, apartado 2, a las relaciones con efectos comparables al matrimonio y otras relaciones familiares deben interpretarse de acuerdo con la legislación del Estado Miembro en que se somete el asunto al tribunal.»

⁵ El Considerando (26) del Reglamento indica al operador jurídico que «Las referencias del presente Reglamento al hecho de que la ley de Estado Miembro participante a cuyos órganos jurisdiccionales se recurre no considera válido el matrimonio de que se trate a los efectos de un proceso de divorcio deben interpretarse, entre otras cosas, en el sentido de que ese matrimonio no existe según la ley de tal Estado Miembro.»

⁶ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, Aranzadi, 2002, pp. 250 y ss.

no la de restringir, las facultades de la autoridad; sino que, según lo que disponga el propio Derecho procesal del foro, podrá *inadmitir* la demanda, absteniéndose de conocer, o bien entrar en el fondo y tras una plena substanciación del proceso, *desestimarla*.⁷

Con independencia de que los Derechos procesales de los Estados Miembros puedan exigir la existencia de un «matrimonio válido» como requisito para la apreciación de la competencia judicial internacional de sus tribunales, la existencia de ese *matrimonio* constituye una premisa inexorable del éxito de la pretensión constitutiva de separación o de divorcio, pues, si no existe vínculo, ¿Qué vínculo se va a «relajar»? ¿Qué relación jurídica va quedar disuelta?

La constatación de un *matrimonio monogámico*, además de *real* o *existente*, plantea problemas que aparecen relacionados con la técnica que en cada Estado se va a seguir para rechazar la pretensión de divorcio, con independencia de que esto se lleve a efecto a través de una inadmisión de la demanda «*in limine litis*» o mediante la *desestimación* de la misma después de una plena sustanciación del proceso judicial.⁸

Si bien era inexorable la renuncia del legislador europeo a avanzar un concepto de matrimonio utilizable por las autoridades de todos los Estados Miembros, no ha renunciado en este caso a ofrecernos una solución utilizable por los Estados Miembros participantes, aunque se trata de una solución no conducente a un concepto unívoco, sino a una técnica de localización de la situación privada internacional que estaría sujeta a las normas de conflicto o de reconocimiento de matrimonios propias de cada Estado Miembro participante, si bien el método que se adopte, en la medida en que mantiene un evidente carácter instrumental en relación con las normas de conflicto del Reglamento 1259/2010, debe mantener el obligado respeto a los Derechos reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (Considerando (30) del Reglamento)

En principio, vemos que ninguna indicación se ha llevado, ni al Considerando núm. (26) del Preámbulo del Reglamento, ni tampoco al art. 1.1. b), en cuanto dispone que no se aplicará el Reglamento a la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio, «aún cuando se planteen como mera cuestión prejudicial»); expresión ésta que carece de cualquier valor normativo, ya que la conceptualización de una cuestión como incidental o prejudicial no la determina un cuerpo de normas de conflicto, sino la organización y articulación del objeto del proceso en función de las *pretensiones* deducidas por las partes y el *factum* que se aporte como causa de pedir.⁹

5. Vale la pena mencionar que en el Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la Competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, cuya redacción se concluyó antes que el Reglamento 1259/2010, sí se incorpora una «sugerencia» sobre el sector normativo que debe ser consultado a los efectos de dirimir las posibles disputas sobre la realidad e individualización de las relaciones familiares entre acreedor/es y deudor/es, disponiéndose, en el Considerando (21), después de aclarar que las normas del Protocolo de La Haya no alcanzan a regular la relaciones familiares que están en la base de las obligaciones alimenticias, que «El establecimiento de relaciones familiares sigue estando regulado por el Derecho nacional de los Estados Miembros, *incluidas sus normas de Derecho Internacional Privado*.»¹⁰ Más adelante tendremos la oportunidad de retomar este punto como base de

⁷ Esta solución, que no aparece así expresamente impuesta en el Reglamento 2201/03, sí se encuentra en tales términos configurada en la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. El art. 5 de la Propuesta dispone que todos los órganos jurisdiccionales cuya competencia judicial internacional pudiera sustentarse en un foro distinto del del Estado donde la unión estuviera registrada, «podrán declararse incompetentes si su derecho no reconoce la unión registrada.»

⁸ R BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milán, 2004, pp. 36 y ss.

⁹ W. WENGLER, «Die orfrage im Kollisionsrecht», en *Rebels Zeitschrift*, 1934, pp. 148 y ss.; Lagarde, Paul, «La règle de conflit applicable aux questions préalables», en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1960, pp. 459 y ss.; P. PICONE, *Saggio sulla struttura formale delle questioni preliminari, nel diritto internazionale privato*, Nápoli, 1971; Gotlieb, A.E., «The incidental question revisited, Theory and practice in the conflict of laws», in *International Comparative Law Quarterly*, 1977, pp. 734 y ss.; T. S. SCHMIDT, «The incidental Question in private International Law», en *Recueil des cours de l'Academie de droit international de la Haye*, 1992, vol. 233, pp. 305 y ss.

¹⁰ Sobre el alcance de este Considerando puede verse el trabajo de M. CASTELLANETA, MARINA y A. LEANDRO, «Il Regolamento CE relativo alle obbligazioni alimentari», en *Le nuove leggi civili comentate*, Cedam, 2009. pp. 1051–1111.

nuestros argumentos, al abordar la resolución de la cuestión incidental relativa a la existencia/validez/reconocimiento del matrimonio, desde un prisma conflictual.

Pero no seríamos enteramente imparciales en cuanto a los argumentos que el método del análisis contextual del Derecho procesal comunitario proporciona, si no mencionásemos igualmente que la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales,¹¹ proporciona argumentos para sostener una *calificatio lege fori*. En efecto, el Considerando (10) de la propuesta, después de declarar que dicho instrumento proyectado se limita a regular las cuestiones relacionadas con los regímenes matrimoniales, añade que «No se refiere al concepto de «matrimonio», que se define en el *Derecho nacional* de los Estados Miembros.»

II. Tratamiento procesal de la cuestión previa en el Derecho español

1. Cuestión de especial pronunciamiento e incidente de especial pronunciamiento

6. No es dudoso que, sometida a un Juez la petición de relación del vínculo matrimonial (*separación*) o su disolución (*divorcio*), el operador jurídico bien puede considerar que la petición no es siquiera analizable, por falta del presupuesto elemental del matrimonio. Si la relación jurídica que se pretende *suspender* o *extinguir*, simplemente, no existe, un silogismo sencillo nos lleva a la conclusión de que la petición no puede ser estimada. Cuestión distinta, que no le toca afrontar al Reglamento, es la de si el Juez debe *inadmitir* la demanda en que se deduce tal pretensión, sin entrar en el fondo del asunto, dictando una sentencia meramente procesal, o entrar en el fondo y *desestimar* dicha demanda. Esta incógnita debe ser despejada acudiendo al Derecho del Foro, concretamente al Derecho procesal.

Trasladada la cuestión al Derecho procesal español, nos parece claro que el debate sobre si las partes están casadas entre sí *puede* y *debe* ser llevado al Juez a través de una cuestión de especial pronunciamiento, de los arts. 387 y 389 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.¹²

Y es que, cualquiera que sea el método que se adopte para decidir la cuestión previa, relativa la existencia de matrimonio (Considerando (10), párrafo III del Reglamento 1259/2010) la independencia y sustantividad de dicha cuestión no puede ser obviada: viene ahora claramente impuesta por los arts. 1 y 13 del propio Reglamento. Así, tanto si adoptamos un método conflictual clásico como un reconocimiento del matrimonio con elemento extranjero, el debate debe discurrir por los cauces de la cuestión y del procedimiento incidental.¹³ (arts. 389 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

7. Partiendo de esa polivalencia del procedimiento incidental para servir de cauce a uno u otro método de resolución de la cuestión previa, tenemos que señalar que el debate sobre la «existencia» de matrimonio, puede albergar alguno de estos contenidos posibles:

- * En primer lugar, las partes pueden litigar acerca de la *inexistencia o nulidad de un matrimonio, sin ceñirse a una resolución, extranjera ni nacional*, que lo declare así. En este caso, es obvio que el Juez competente para conocer de la separación o divorcio no puede «declarar» la nulidad del matrimonio de los solicitantes o contendientes, sino que debe limitarse a «apreciar» esa nuli-

¹¹ COM(2011) 126 final. Bruselas, 16.3.2011

¹² Aunque no es imposible que la cuestión previa matrimonial se plantee sin dar lugar a una pieza incidental *separada*, esa independencia de la cuestión que ha de ser objeto de una resolución separada en la sentencia (Cfr. Art. 209, Regla 4ª y 393.4.II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «con la debida separación») creemos que es conveniente para la ordenación procedimental, que se sustancie esa pieza procesal con independencia de los autos principales, pues de otro modo se podría dar el caso de insertarse en unos mismos autos la prueba correspondiente a la existencia de un matrimonio válido, por una parte, y por otra, la prueba relativa al objeto principal del pleito, es decir, la relativa al divorcio y a todas las demás pretensiones acumulables según la ley procesal del foro (disolución del régimen económico, atribución de la guarda y custodia, régimen de visitas y comunicaciones, alimentos, atribución de la vivienda, et sic coeteris).

¹³ En este sentido, P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., pp. 259 y 260.

dad a los efectos propiamente incidentales, sin perjuicio de las acciones que los esposos puedan ejercitar entre sí o las que pueda ejercitar contra ambos el Ministerio Fiscal (arts. 74 y siguientes del Código Civil español) en el correspondiente proceso especial. Y ello, porque el Juez no puede apartarse del material fáctico y de las pretensiones deducidas por las partes que hayan de integrar el objeto principal del proceso (arts. 216 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

- * En segundo lugar, cabe la posibilidad de que la existencia o la nulidad del matrimonio haya sido ya resuelta por un tribunal español en una sentencia con fuerza de cosa juzgada, o puede serlo en virtud de un procedimiento ya iniciado o que las partes están dispuestas a promover de inmediato. En este caso, la acreditación de la nulidad del matrimonio declarada por una autoridad del Estado del foro, se reduce a un genuino problema de prueba de la sentencia dictada por los órganos jurisdiccionales españoles, que puede solucionarse aportando el testimonio de la sentencia firme o una certificación registral de su inscripción en el Registro Civil, si hubiese sido inscrita. A partir de aquí, la cuestión que los jueces españoles tendrían que resolver se limitaría a la apreciación de la cosa juzgada material de la sentencia española precedente, sobre los parámetros de los arts. 207, 222, 400 y 421 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- * Por otra parte, la apreciación de la inexistencia o la nulidad del matrimonio puede discurrir en torno a la validez o el reconocimiento de una *sentencia dictada por tribunales extranjeros*, que declare la nulidad del matrimonio o una previa disolución del vínculo, lo que plantearía una simple cuestión de cosa juzgada material. En tales casos, si la resolución estuviera comprendida en el concepto de tal propio del Reglamento 2201/03 y emanase de un órgano jurisdiccional de un Estado Miembro de dicho Reglamento –no de Dinamarca, por lo tanto– sería de aplicación lo que disponen, en relación con el reconocimiento incidental o automático de resoluciones, los arts. 21.1 y 4 del Reglamento. Si se trata de una resolución dictada por autoridades de un Estado con el que España tenga un Convenio bilateral de reconocimiento de decisiones, siempre que no se hayan excluido las cuestiones matrimoniales y que se permita el reconocimiento incidental,¹⁴ se aplicarán las prescripciones de tal Convenio en lo relativo a presupuestos y causas de denegación. Por último, si no existe un tal Convenio bilateral con el Estado del que emana la decisión, es discutible si se aplicaría el régimen de los arts. 952 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues en esta normativa no se permite el reconocimiento incidental, sino solo el reconocimiento por homologación. Una interpretación formalista de tales preceptos tiene que llevarnos a reconocer que el Juez de Primera Instancia competente para conocer de la demanda de separación o divorcio, no puede admitir su propia competencia funcional para resolver por vía incidental lo que el régimen de esos preceptos se reserva al procedimiento por homologación;¹⁵ por lo que deberá procederse a suspender el procedimiento principal de separación o divorcio, por la vía señalada en el art. 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,¹⁶ hasta tanto se obtenga una decisión estimatoria o desestimatoria del reconocimiento en el correspondiente procedimiento por homologación.

8. La legislación registral permite se pueda practicar en el Registro Civil, no la inscripción de la decisión extranjera afectante al estado civil, pero sí una anotación registral, «en tanto no se obtenga el exequatur o el reconocimiento incidental en España». (Arts. 40.3.5º y 96.2.1º de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil). Esta anotación tiene un valor puramente informativo, pero la mera posibilidad de su acceso al Registro, sin valor probatorio alguno, muestra su relevancia y la sensibilidad del legislador español en relación con la publicidad de los derechos declarados, constituidos o reconocidos en decisiones extranjeras.

¹⁴ Son pocos los convenios bilaterales ratificados por España en los que se establece claramente un cauce de reconocimiento incidental. Ello es claro en el Convenio entre el Reino de España y la URSS, sobre asistencia jurídica en materia civil, hecho en Madrid el 26 de octubre de 1990. (Auto del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2001. Las Sentencias dictadas por los órganos judiciales alemanes y austríacos dentro del ámbito no excluido por los Convenios de Bonn de 14 de noviembre de 1983 y de Viena de 17 de febrero de 1984, solo se rigen por estos convenios cuando son de fecha anterior al 1 de marzo de 2001. Las posteriores, también admiten el reconocimiento incidental, pero ya en virtud del art. 21 del Reglamento 2201/03.

¹⁵ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 29 de septiembre de 2006 y Tribunal Supremo de 14 de julio de 2008; A.L. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. I. p. 548.

¹⁶ Lo que exigiría una interpretación extensiva de la referencia al «proceso pendiente ante...distinto Tribunal civil».

Sin embargo, existe un supuesto en que la legislación interna española permite una suerte de reconocimiento incidental en defecto de convenio bilateral aplicable cuando se trate de determinar o completar la capacidad para el acto inscribible (Art. 84.1 del Reglamento del Registro Civil).¹⁷ El precepto, tal como ha sido entendido por la doctrina, no afectaría al aspecto probatorio, sino al constitutivo, estableciendo un mecanismo de reconocimiento incidental de la resolución extranjera. En la *praxis* registral, el art. 84.1, que no incorpora ningún elemento normativo discriminatorio por razón de la nacionalidad, se ha venido utilizando casi exclusivamente para el reconocimiento automático de decisiones de separación y divorcio que no afectan a españoles¹⁸ y que han sido celebrados fuera de España; solución evidentemente discriminatoria y sin ninguna base en la Ley del Registro Civil de 1957 ni en el propio art. 84 del Reglamento.¹⁹

En la nueva Ley 20/20011 el supuesto ha sido ampliamente desbordado, sin ninguna diferenciación de régimen en función de la nacionalidad de los sujetos implicados en la relación conyugal anulada, disuelta o modificada, al permitirse en el artículo 98 el *reconocimiento incidental registral*, a cargo del encargado de la Oficina del Registro Civil, de las decisiones judiciales extranjeras, como alternativa al reconocimiento por homologación previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Disponiéndose en este precepto que el Encargado del Registro Civil, otorgará positivamente el reconocimiento siempre que verifique: a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados. b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento. d) Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

9. Cuando, en el primero de los casos que hemos señalado, las partes contienden sobre la concurrencia de los requisitos del matrimonio válido, el Juez competente para conocer de la demanda de separación o divorcio no tiene que plantearse si debe «*declarar*» nulo el matrimonio entre las partes solicitantes o contendientes, sino tan sólo si debe «*apreciar*» esa nulidad. La diferenciación entre *declaración de nulidad* y *apreciación de la nulidad* es bien conocida en la doctrina española y tiene que ser admitida en los Estados Miembros participantes para el correcto funcionamiento de unas normas de conflicto como las del Reglamento 1259/2010 que tienen como supuesto de hecho, precisamente, la *existencia* de una válida unión matrimonial. De hecho, la doctrina española admite que, cuando la Dirección General de los Registros y del Notariado debe resolver acerca de la inscripción de un matrimonio en el Registro Civil, no declara la nulidad de la unión a inscribir, sino que simplemente deniega dicha inscripción, por lo que solo se habría producido una presunción de nulidad del acto a inscribir.²⁰ Ello es así porque, en nuestro Derecho, el art. 74 del Código Civil exige el ejercicio de una «*acción*» para reclamar la nulidad, y esta acción solo puede ejercitarse ante los tribunales; ante el «*Juez*», aclara el art. 78 del propio Código.

Esa distinción entre *declaración* y *apreciación* de la nulidad también ha estado clara siempre en el Derecho francés, pero, tras la reforma del *Code Civil* introducida por Ley n° 2006/1376 de 14 de noviembre de 2006, aparece mucho más nítida si cabe. En esta ley se abordaba en la República francesa la delicada cuestión de la validez de los matrimonios a inscribir en el Registro Civil francés, planteándose dos finalidades: la de evitar las desviaciones de la institución matrimonial sujetando a controles rigurosos la validez de los matrimonios, cualquiera que fuese su lugar de celebración; y la de mejorar los mecanismos de control de los requisitos de los matrimonios que debían celebrarse fuera de Francia e inscribirse luego en el Registro Civil de la República. En esta Ley se refuerza la función del Ministerio

¹⁷ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., p. 415.

¹⁸ Con una visión crítica acerca del respeto al principio de jerarquía normativa, y a la distancia entre los aspectos de mera mecánica registral que se abordan en la norma y las consecuencias que se han articulado sobre su letra, Vid. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., pp. 371–378.

¹⁹ R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., pp. 371 y ss., especialmente p. 372.

²⁰ I. GARCÍA RODRÍGUEZ, «Matrimonio e inmigración», *Cólex*, 2008, p. 179.

Fiscal suprimiendo el antiguo plazo de caducidad de un año para la formalización de la oposición de éste a la celebración del matrimonio. El resultado es un sistema muy próximo al español establecido en la Instrucción de la Dirección general de los registros y del Notariado de 31 de enero de 2006, aunque con condiciones más estrictas de control.²¹

2. La incidencia de la sentencia de nulidad matrimonial en la resolución de la cuestión incidental

10. Si aceptamos que es presupuesto de la acción de divorcio un «matrimonio válido», entonces es forzoso concluir que la *nulidad declarada por un órgano del orden judicial civil y debidamente inscrita en el Registro Civil*, es causa de *desestimación* de la demanda de divorcio, o en su caso, de sobreseimiento del proceso civil si está permitida por el Derecho procesal del foro esta modalidad de terminación del proceso.²² Esta es una proposición perfectamente válida tanto para la sentencia dictada por tribunales españoles, inscrita en el Registro Civil, como la Sentencia extranjera que, previo el correspondiente procedimiento de reconocimiento, o bien sin tal expediente, en virtud de lo que dispone el art. 84 del Reglamento del Registro Civil, ha sido igualmente inscrita. Tras la entrada en vigor del Reglamento 2201/2003 el 1 de marzo de 2005, la sentencia de nulidad de un matrimonio inscrito en el Registro Civil de cualquier Estado Miembro, no necesita un reconocimiento para producir lo que el art. 21.2 llama «actualización» (*updating, aggiornamento, mise à jour*) y que supone un verdadero *antirreconocimiento*, propio de la más plena confianza entre Estados pertenecientes a una verdadera Comunidad de Derecho.

La inscripción del matrimonio en el Registro Civil español, ya se haya celebrado conforme a la *ley española* o con arreglo a una *ley extranjera*, supone una presunción de validez *iuris tantum* y puede ser impugnada por vía de acción judicial declarativa (acción de estado, para obtener un pronunciamiento oponible *erga omnes*). Pero no debería originar ningún problema admitir que el cónyuge demandado de separación o de divorcio pueda deducir, en base a una sentencia de nulidad no inscrita y no inscribible en el Registro Civil español,²³ la inexistencia de matrimonio válido a los efectos de dictar un pronunciamiento de separación o divorcio.

Si, ejercitada una acción de separación o de divorcio, se impugnase por el demandado la validez del matrimonio, aportándose una sentencia extranjera que declare su nulidad, sería necesario, para que ésta pudiera desplegar sus efectos en España, incluida su inscripción en el Registro Civil, su homologación o reconocimiento por el Juzgado de Primera Instancia correspondiente.²⁴

Existen algunos supuestos, sin embargo, en que, en virtud de los instrumentos supranacionales o internacionales vigentes para nuestro país, no sería necesario procedimiento alguno de reconocimiento. En primer lugar tendríamos que citar el Reglamento 2201/2003 que admite el reconocimiento de decisiones de nulidad, separación o divorcio, dictadas en un Estado Miembro, sin necesidad de ningún procedimiento, es decir, por vía incidental, que concluiría con un pronunciamiento prejudicial del cambio jurídico pedido en la demanda, sin fuerza de cosa juzgada. En cuanto este Reglamento no sea aplicable por provenir la decisión de un Estado no miembro, serían aplicables los convenios bilaterales suscritos por España que mantienen como rasgo característico, el de permitir un reconocimiento automático.

11. *¿Quid iuris* si el matrimonio celebrado en el extranjero no está inscrito en el Registro Civil español y no es susceptible de inscripción? Entonces la solución correcta es la de presumir su validez si se acredita mediante certificación del Registro Civil extranjero u otro medio de prueba admitido por la ley que rige su forma (ley de fondo del matrimonio), con independencia de que tal presunta validez pueda ser impugnada judicialmente ante los tribunales españoles, en cuyo caso la sentencia del juez español deberá *apreciar* su validez, e el procedimiento incidental de resolución de la cuestión previa, si cumple las condiciones de consentimiento, capacidad y forma exigidas por las leyes respectivamente

²¹ Idem. pp. 194 y ss.

²² Tal es el caso del Derecho español. Vid. art. 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

²³ No inscribible, por las razones «geográficas» que determina el art. 15 de la ley del Registro Civil, concordante con el art. 9 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que entrará en vigor el 22 de julio de 2014.

²⁴ Vid. arts. 83 y 265 del Reglamento del Registro Civil. Aunque estos preceptos se refieren literalmente al exequátur, es patente que se trataría del reconocimiento de las decisiones extranjeras declarativas de la nulidad.

aplicables. (arts. 98 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, 144 y 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Sin embargo, no puede descartarse que una sentencia extranjera, provenga o no del entorno europeo, que ha declarado la nulidad del matrimonio entre quienes litigan sobre la separación o divorcio, puede producir un efecto puramente probatorio como documento público. La sentencia extranjera puede ser, en efecto, incorporada al proceso de separación o divorcio seguido en el foro, con una finalidad puramente probatoria, prescindiendo de su elemento constitutivo, lo cual podría suceder, por ejemplo, porque ya se haya producido una declaración jurisdiccional de no reconocimiento (art. 21. 3 y 22 del Reglamento 2201/03) en España, y sin embargo el cónyuge demandado esté interesado en que se tenga por probado un *hecho* o un *conjunto de hechos* que sustentaba la decisión extranjera.²⁵

12. La posible «inexistencia de matrimonio» puede plantearse por el demandado como *cuestión de especial pronunciamiento* (art. 389 y 392 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil), acompañando testimonio de la sentencia firme de nulidad matrimonial o, para mayor certeza jurídica, certificación literal de la inscripción de matrimonio, en la que constará la nulidad judicialmente declarada.

Si el procedimiento de nulidad matrimonial ante la jurisdicción civil no hubiese concluido en el momento del emplazamiento del demandado en el proceso de divorcio, el tal demandado no puede esgrimir la *excepción de litispendencia* pues, concebida ésta como una *anticipación de la cosa juzgada*,²⁶ exige la concurrencia de las tres identidades procesales clásicas –entre ellas la *identidad de pretensiones*– que no se dan cuando, en la demanda originadora del primer proceso, se pide la nulidad, con aniquilación de todos los efectos del matrimonio que no puedan llevarse al ámbito del matrimonio putativo, y en el segundo, la disolución «*ex nunc*» del vínculo.²⁷

La jurisprudencia ha advertido de la diferente naturaleza y del alcance también distinto de las pretensiones de nulidad y de divorcio, por cuanto este último, junto a la separación, viene ubicándose entre los «*remedios ordinarios ante la crisis surgida en la unión nupcial*», partiendo de la *validez del vínculo* contraído, en tanto que la declaración judicial de nulidad, por las causas que recoge el artículo 73 del Código Civil, reviste unas características de *excepcionalidad*, pues supone la exclusión de los condicionantes, ya de capacidad subjetiva, ya formales, o bien afectantes a la correcta formación y emisión del consentimiento matrimonial que, en definitiva, pueden determinar, con uno u otro alcance, la negación *ab initio* del negocio jurídico matrimonial, invalidando, desde el mismo momento de su celebración, todos o, en su caso, la mayor parte de sus efectos jurídicos.²⁸

Tiene gran interés para el estudio de esta cuestión la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª, de 20 de mayo de 2009, dictada en el recurso de apelación 160/2009, de la que fue Ponente el Magistrado Don Emilio Buceta Miller. La Audiencia de Toledo revocaba en esta sentencia la del Juez «a quo» en la que se decretaba el divorcio del matrimonio celebrado en Bolivia, formado por un ciudadano español y una ciudadana boliviana, declarando contundentemente que el matrimonio, en el caso de autos, no podía ser disuelto, pues fue autorizado erróneamente por el encargado del Registro de Bolivia, que ofició la unión nupcial en la creencia de que la contrayente era soltera y el varón, divorciado, cuando en realidad ambos estaban casados –causa de nulidad radical y absoluta; de forma que, otorgar el divorcio en este caso, supondría un implícito reconocimiento de la validez del matrimonio radicalmente nulo.

Tal como se razona en el Fundamento de Derecho PRIMERO de esta sentencia, «...*lo que no se puede admitir es que una sentencia de divorcio de carta de naturaleza y reconozca como matrimonio*

²⁵ Cfr. C. ESPLUGUES MOTA, *El divorcio internacional Jurisdicción, ley aplicable, consentimiento y ejecución de sentencias extranjeras*, ob. cit., pp. 201-207.

²⁶ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Julio de 1998, dictada en el recurso de casación 1098/1994.

²⁷ Aunque no argumenta sobre la litispendencia en relación con la dicotomía nulidad–divorcio, sino en un caso de articulación de pretensiones opuestas de divorcio–separación, son interesantes las observaciones contenidas en el Auto de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1ª de 30 de julio de 2009, dictada en el recurso de apelación 255/2009, en el que se resuelve un problema de litispendencia internacional en el marco del Reglamento 2201/2003.

²⁸ V Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, de 15 de diciembre de 2009, dictada en el recurso de apelación Nº 802/2009, de la que fue Ponente el Magistrado Don Eduardo Hijas Fernández; sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4ª, de 17 de febrero de 2009, dictada en el recurso de apelación 422/2009, de la que fue Ponente la Magistrada Doña Cristina Trascasas Blanco.

válido, disolviéndolo, una situación que a todas luces es nula de pleno derecho desde el principio pese a no haberse ejercitado la acción de nulidad, pues incumple flagrantemente el impedimento de ligamen del art. 46.2º del Código Civil.», añadiendo a continuación que «Una cosa es que un matrimonio válido produzca todos sus efectos desde su celebración pese a que no se haya inscrito y otra bien distinta es que un matrimonio no válido por estar afectado de causa de nulidad radical y absoluta, se reconozca como válido porque los contrayentes no han querido ejercitar la acción de nulidad... Si ello fuera así, se dejaría en manos de cualquiera el eludir los impedimentos matrimoniales, que son verdaderas prohibiciones, sin más que absteniéndose de ejercitar la acción de nulidad, obteniendo el pleno reconocimiento de su matrimonio porque la inscripción del mismo no tiene carácter constitutivo y el pleno reconocimiento de sus efectos no se supedita a dicha inscripción.»

«La existencia de vínculo matrimonial no disuelto (art. 73.2 en relación con el 46.2 del Código Civil es causa de nulidad radical y absoluta (SSTS de 7 de marzo de 1972 y 17 de noviembre de 2005) y no solo la acción para hacerla valer es imprescriptible y no sanable por el transcurso del tiempo, sino que además, en aplicación del art. 65 del Código Civil, el encargado del Registro Civil denegaría su inscripción al cumplir su deber de cerciorarse de la inexistencia de impedimentos (RRDGRN de 3-1-00, 6-6-00 y 20- 9-05), tratándose de un matrimonio que no solo no debe ser inscrito sino que además, nunca debió ser autorizado, y si se autorizó erróneamente porque los contrayentes declararon ante el encargado del Registro de Bolivia, ser soltera ella y divorciado él, cuando en realidad ambos estaban casados, ese matrimonio no inscrito no debe ser disuelto, pues ello supondría un implícito reconocimiento del mismo, del mismo modo que sería inconcebible divorciar el matrimonio no inscrito formado por padre e hija o por dos hermanos o por la abuela con su nieto, los cuales son nulos de pleno derecho desde el momento mismo de su celebración y aunque nadie haya ejercitado la acción de nulidad, el Juez que la conoce, no puede dar lugar a la disolución de algo inexistente.»²⁹

En el Fallo de esta sentencia, no se hace pronunciamiento alguno relativo a la validez del matrimonio, pues nadie había pedido tal singular tutela judicial, sino que se había deducido una *petición disolutoria del matrimonio* que ahora se denegaba. La Audiencia Provincial de Toledo, con pleno respeto al principio de rogación, se limitaba a denegar el divorcio, revocando la sentencia de instancia que erróneamente lo había decretado.

Así pues, para que en un proceso de divorcio se estimase la excepción de litispendencia, sería necesario que en el primer proceso se hubiera deducido la misma pretensión entre las mismas partes –separación, nulidad, o divorcio, en uno y otro proceso– y con idéntica causa de pedir; y tratándose de *litispendencia internacional*, los procesos tendrían que seguirse entre Estados de la Unión Europea vinculados por el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Art. 19) o en otro caso, entre Estados ligados por un convenio internacional, multilateral o bilateral, que diese a las respectivas autoridades judiciales facultades para suspender un proceso en atención al seguimiento, en el otro Estado, de otro con las pertinentes identidades procesales.³⁰

3. La incidencia de la Sentencia de nulidad canónica en la resolución de la cuestión incidental

13. En principio, los mismos criterios que hemos señalado para pautar la incidencia de una Sentencia extranjera de nulidad el matrimonio, deben ser aceptados en relación con la problemática que puede plantear una sentencia de nulidad canónica, firme, dictada por la competente autoridad eclesiástica.

El sistema diseñado por el art. 80 de Código Civil se basa en un sistema de homologación de condiciones, que no son otras que las establecidas en el art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, aunque adaptadas a la especial naturaleza de la materia de la nulidad matrimonial. El citado art. 80 del Código Civil reproduce la expresión del art. VI del Acuerdo, «...si se declaran ajustadas al Derecho del Estado.»

²⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª, de 20 de mayo de 2009, dictada en el recurso de apelación 160/2009, de la que fue Ponente el Magistrado Don Emilio Buceta Miller. (Fundamento de Derecho PRIMERO).

³⁰ Vid. en este sentido, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª de 10 de octubre de 2006, dictado en el recurso de apelación 662/2006, del que fue Magistrado Ponente Don Eduardo Hijas Fernández.

La jurisprudencia ha venido realizando una interpretación amplia de la norma del art. 80 del Código Civil. El único límite sustantivo que puede oponerse al reconocimiento es la contravención del orden público del Estado español, que opera como lo haría frente a cualquier resolución extranjera. (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1995).

Referido genéricamente al *Derecho del Estado*, el ajuste comprende tanto el Derecho material como el procesal³¹ sin que pueda suponer una revisión de fondo de la resolución eclesiástica, de tal manera que queda vedado al Juez civil el método de la confrontación del resultado –la nulidad– con el que habría podido obtenerse utilizando las causas de nulidad del art. 73 del Código Civil español.

En los Estados que han admitido, vía concordato con Roma, la eficacia civil de los matrimonios canónicos, bien *ipso iure* o tras un procedimiento de exequátur u homologación, la denegación del divorcio puede provenir de la existencia de una nulidad canónica ya decretada por el tribunal eclesiástico correspondiente.

La nulidad canónica que ya ha producido efectos civiles debe determinar al Juez obviamente a denegar el divorcio, tanto en los casos internos como en los internacionales, pues ya no existe matrimonio.³² Así debe ser en el marco de un pretendido y proclamado *espacio* judicial *européo*, con la quiebra de la reserva de jurisdicción mantenida todavía en el Derecho portugués a favor de los tribunales eclesiásticos.³³

14. La entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero no ha afectado al régimen de homologación por condiciones de las resoluciones de nulidad eclesiásticas, pues, en virtud de lo dispuesto en la Disposición derogatoria de la misma, se han dejado vigentes los artículos 951 a 958, sobre eficacia en España de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, [hasta tanto sea sustituida esa normativa por la futura –nunca proyectada, siquiera– Ley sobre cooperación jurídica internacional.

En cambio, sí ha afectado a esta cuestión el Reglamento 2201/2003, que entró en vigor el 1 de marzo de 2005, en el que se garantiza la circulación de las decisiones eclesiásticas reconocidas por los tribunales españoles, italianos y portugueses en virtud de sus respectivas disposiciones concordatarias. Conviene tener presente que lo que se pretende con esta norma no es la circulación por el espacio judicial europeo de resoluciones eclesiásticas, sino, muy distintamente, de las resoluciones homologadoras

³¹ J. FERRER ORTIZ, «La eficacia civil del matrimonio canónico y de las decisiones eclesiásticas en el Derecho español», en *Revista Ius et Praxis*, año 14 – núm. 2. p. 398.

³² En cambio, en el caso inverso, deducción de la petición de nulidad matrimonial sobre un matrimonio ya disuelto por divorcio, sí es perfectamente admisible esta pretensión, pues, tal como ha explicado el Tribunal Supremo y las Audiencias, «...no se está ante resoluciones irreconciliables, no tanto por faltar la identidad objetiva cuanto porque sus consecuencias jurídicas no se excluyen recíprocamente en la medida en que los efectos civiles del divorcio no resultan alterados o modificados por la posterior declaración canónica de su nulidad». Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo y 8 de marzo de 2001 y sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 4ª, de 21 de mayo de 1992. Pero esta hipótesis no nos transmite un problema de la apreciación de la existencia o invalidez de matrimonio como cuestión previa en los casos de demanda de divorcio.

³³ Reserva que parecía haber anunciado su fin con el nuevo Concordato entre Portugal y la Santa Sede, de 2004, el cual no contiene ninguna disposición en que se reserve en exclusiva el conocimiento de las causas de nulidad de matrimonio canónico a los tribunales eclesiásticos. Sin embargo, no ha sido así. El 18 de mayo del 2004, Portugal y la Santa Sede firmaron un Acuerdo que tenía como finalidad ajustar sus relaciones de cooperación a la realidad social del momento y al cambio de pensamiento de la sociedad portuguesa en relación con el papel del Estado portugués ante el fenómeno religioso, ello sin salir del marco del art. 41 de la Constitución portuguesa de 21 de abril de 1976. La firma del nuevo acuerdo ha llevado aparejada la derogación del Concordato de 7 de mayo de 1940, modificado por el Protocolo Adicional de 7 de febrero de 1975, de conformidad con las previsiones contenidas en su art. 33. Aunque el art. 16 del Concordato ya no incorpora una reserva de jurisdicción a favor de los tribunales eclesiásticos, el legislador estatal ha mantenido la fórmula del Código Civil que la trasladaba al ámbito legislativo interno el artículo XXV del antiguo Concordato, por lo que el art. 1625 del Código Civil portugués sigue proclamando, pese a la nueva realidad concordataria, que «O conhecimento das causas respeitantes à nulidade do casamento católico e à dispensa do casamento rato e não consumado é reservado aos tribunais e às repartições eclesiásticas competentes.» Tendremos que esperar a nuevos cambios –primero sociales, seguramente, legislativos, después– para que se cierre eficazmente el espacio judicial europeo en lo que respecta las resoluciones homologadoras de nulidades canónicas. Vid. J.I. ALONSO PÉREZ, «Appunti per una prima lettura del Concordato del 18 maggio 2004 tra la Santa Sede e la Repubblica Portoghese», en *Ius Ecclesiae*, XVI, 2004. E. CADELO DE ISLA, «La eficacia civil de las sentencias canónicas de nulidad matrimonial en la Unión Europea: el Reglamento 2201/2003». Univesità della Santa Croce, Roma, 2005, pp. 178 y ss. y 224. S. PÉREZ ÁLVAREZ, «La incidencia del concordato de 2004 en la eficacia civil del matrimonio canónico en el derecho portugués y en la normativa de la UE», en *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI*, XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, 2004. C. LASARTE ÁLVAREZ, A. DONADO VARA, M.F. MORETÓN SANZ, F. YÁÑEZ VIVERO.

dictadas por los Estados, una vez que ya han incorporado aquellas resoluciones canónicas al Derecho de cada Estado.³⁴

El reconocimiento en otros Estados de las resoluciones que en los cuatro Estados, atribuyan eficacia civil a las resoluciones canónicas de nulidad³⁵ va a permitir la circulación por el territorio europeo de resoluciones que indudablemente han tenido una incidencia en el estatuto personal de quienes contrajeron matrimonio según las formas de la Iglesia católica, lo que significa, lejos de las censuras que un sector de la doctrina –canónica, por supuesto–³⁶ ha dirigido al art. 63 del Reglamento, un avance y no un retroceso.

La remisión que se efectúa en el artículo 63 a la utilización, para la atribución de reconocimiento de efectos civiles a las resoluciones canónicas de nulidad, a los procedimientos previstos en la Sección 1ª del Capítulo III, nos tiene que llevar a admitir algo que, con el art. 778 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la mano, hubiera sido arduo admitir, a saber: que tal reconocimiento puede llevarse a efecto por vía incidental, conforme al art. 21.4 del propio Reglamento 2201/03, es decir, en el propio incidente de especial pronunciamiento en estudio, y con efectos limitados al propio procedimiento de divorcio, pues la decisión judicial de reconocimiento –o de denegación de reconocimiento de efectos a la resolución canónica no tendría eficacia fuera de ese proceso.

En los casos en que el órgano judicial español no admita la sustanciación del reconocimiento por vía incidental –acaso por la inercia que pueda representar el esquema «homologador» que se encuentra presente en el art. 78 de la Ley de Enjuiciamiento Civil– existiendo un pronunciamiento canónico de nulidad que no haya obtenido homologación fuera del proceso de divorcio, la cuestión puede ser tratada como una cuestión prejudicial externa, por la vía del art. 43 de la LEC. En cualquier otro Estado Miembro, esta posibilidad deberá ser consultada al Derecho procesal del foro.

15. Si, en un proceso de separación o de divorcio seguido en España, se plantea por el demandado la existencia de una resolución canónica de nulidad matrimonial, que todavía no tuviere efectos civiles por falta de la resolución judicial prevista en el art. 80 del Código Civil,³⁷ debe ser abierto el *incidente de especial pronunciamiento* (art. 389 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) Creemos que la incidencia de tal resolución canónica no homologada, en la cuestión previa de la existencia del matrimonio, podría ser diversa según que el demandado plantease la cuestión, bien como una *excepción procesal* (litispendencia) o bien como una *excepción de fondo* (inexistencia de matrimonio susceptible de disolución). Ambas posibilidades tienen cabida, en el esquema procesal del proceso de divorcio contencioso, de carácter mixto, con fase de alegaciones larga y acto de la vista en el que se pueden plantear cualesquiera cuestiones procesales obstativas de un pronunciamiento de fondo (arts. 443, 753 y 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), siempre que no se vaya más allá del límite temporal que impone el art. 393.1, que impone una preclusión fatal para cualquier petición incidental que se deduzca en el juicio verbal, después de admitida a prueba propuesta.

En el primer caso, planteada la *litispendencia* en el proceso seguido ante tribunales españoles, debe ser desestimada por el juez. La cuestión fue abordada por la jurisprudencia anterior al Convenio sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, en el sentido de ser improcedente de todo punto el acogimiento de la excepción de litispendencia. Según la Sentencia del

³⁴ E. CADELO DE ISLA, «La eficacia civil de las sentencias canónicas de nulidad matrimonial en la Unión Europea: el Reglamento 2201/2003», ob. cit., p. 223.

³⁵ Con exclusión de las sentencias que homologan un rescripto pontificio de disolución de matrimonio rato y no consumado pues el texto del art. 63 se refiere estrictamente a una «resolución relativa a la nulidad de un matrimonio». Vid. R. CORRAL GARCÍA, «Algunas consideraciones sobre la relevancia de la jurisdicción canónica en la Unión Europea: la propuesta de Reglamento 1347/2000 del Consejo de la Unión», en *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado*. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, San Sebastián 2001, p. 415.

³⁶ R. RODRÍGUEZ CHACÓN, «Unión Europea y eficacia civil de resoluciones matrimoniales canónicas. El artículo 40 del Reglamento (CE) nº 1347/2000 del Consejo de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000», en *Laicidad y libertades. Estudios jurídicos*, I (2001), pp. 167–187. Idem, «Sentencias matrimoniales canónicas y Unión Europea», en *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 7 de 2005, en <http://www.iustel.com>, pp. 8–13.

³⁷ La Dirección General de los Registros y del Notariado niega efectos civiles a la decisión de nulidad de los tribunales eclesíasticos, precisando que la resolución que le dota de efectos civiles es la declaración de ser ajustada a Derecho, dictada por el juez civil competente (Ress. de 20 y 26 de marzo de 2001 y 19 de febrero de 2003).

Tribunal Supremo de 3 febrero 1968, que argumentaba, desde la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la litispendencia exige como presupuesto fáctico para su acogimiento, la existencia previa al proceso en el que se intente hacer valer, de otro proceso de naturaleza análoga, que se haya promovido ante el juez o tribunal competente, versando ambos sobre la misma cuestión; requisito que no se aprecia cuando se confronta un procedimiento eclesiástico de nulidad y un procedimiento civil de separación o divorcio; pues además de corresponder su conocimiento a jurisdicciones sustancialmente distintas, las causas de pedir en que se fundan las respectivas demandas son también diversas y las sentencias que recaigan en cada proceso, ni son incompatibles ni producen excepción de cosa juzgada respecto al otro, precisando además la sentencia eclesiástica de nulidad un trámite ulterior de homologación para que pueda tener eficacia en el orden civil. (art. 80 del Código Civil)

La jurisprudencia de las Audiencias Territoriales siguió el mismo criterio hasta su sustitución por los Tribunales Superiores de Justicia con la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985. Así, la Audiencia Territorial de Valencia en su Sentencia de 30 de mayo de 1.983³⁸ reputaba ajustado a Derecho el inicio del proceso de divorcio cuando se estaba sustanciando ante el Tribunal eclesiástico la nulidad del mismo matrimonio, en función de la posibilidad de seguirse simultáneamente procesos matrimoniales de distinta naturaleza sobre un mismo matrimonio cuando, como ocurre respecto a los procesos de nulidad canónica y divorcio civil, «... las pretensiones típicas y propias de cada uno de esos procesos son diversas, precisamente porque, hasta que no se produce la demanda civil solicitando los efectos civiles de la sentencia carece de relevancia el proceso canónico para el derecho del Estado.»

La *Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 3ª*, en su *sentencia de 19 de febrero de 1998*, dictada en el recurso de apelación 168/1997, desestimaba la excepción de litispendencia propuesta por la esposa en la contestación de la demanda, sustentada en la pendencia del procedimiento de nulidad canónica iniciado por demanda de dicha esposa, en trámite cuando se formalizó la demanda de separación por el esposo. En esta sentencia se razonaba que, «Si prospera la demanda de nulidad, como parece, después de su trámite definitivo, es evidente que la estimación de la de separación, si procede, no incide nada en la referida nulidad dado el carácter de no definitivo que representa la separación judicial, ya que solo se trata de "status quo" temporal en la relación entre cónyuges.» Es decir, se mantiene la distinción sustancial de ambas pretensiones, la de separación civil y la de nulidad canónica, de tal forma que no se daría la identidad de pretensiones, necesaria para la estimación de la litispendencia.

16. En cuanto a la alegación de la sentencia de nulidad canónica como base de una excepción de fondo, la solución, en principio, tendría que ser la de la estimación de la excepción, con la consecuencia inexorable de desestimarse la acción de separación o de divorcio. En este sentido la *sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 12 de septiembre de 1994*³⁹ razonaba que «es evidentemente que son distintas la acción de nulidad del matrimonio, de la acción que pretende la disolución por divorcio (art. 1252), hasta el punto de que pueden tramitarse simultáneamente procedimientos de nulidad, separación y divorcio respecto del mismo matrimonio sin que por ello se produzca litispendencia, dado que las acciones y la causa o razón de pedir son también distintas, y caso de recaer primero sentencia de separación, en modo alguno impide que pueda posteriormente acordarse la disolución o nulidad del matrimonio, por el contrario, si recayese antes la sentencia acordando la nulidad matrimonial, no es que se produjeran los efectos de cosa juzgada sobre los otros procedimientos de divorcio o separación (puesto que son acciones distintas), sino que prácticamente los dejaría sin contenido y carente de acción al actor, pues *no puede acordarse la separación o la disolución de un matrimonio que no existe.*»

No obstante, para que prosperase la excepción perentoria de inexistencia de matrimonio sería requisito imprescindible que hubiera ya obtenido el *exequátur* por la vía del art. 80 del Código Civil en relación con los arts. 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, pues no podemos olvidar la consideración que tiene la jurisdicción canónica en nuestro Estado aconfesional, como jurisdicción extranjera.⁴⁰

³⁸ En Revista General de Derecho N° 462, 1983. p. 468.

³⁹ Citada en el comentario al art. 80 del Código Civil en J.L. ALBÁCAR LÓPEZ, «Comentarios al código civil. doctrina y jurisprudencia», 2000, Ed. Trivium, art. 80.

⁴⁰ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso de derecho internacional privado*, Vol. II, Oviedo, 1983. pp. 349 y ss.

En cambio, es dudoso que pudiese prosperar una petición del demandado en el proceso de divorcio, de que se suspendiese el mismo hasta que concluyese el proceso de nulidad canónica ya iniciado y no concluido, por existencia de una cuestión prejudicial civil. Nos inclinamos por la negativa, toda vez que el art. 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil parece aludir en todo caso a procesos seguidos en España ante autoridades judiciales españolas. Obviamente el art. 43 no excluye los procesos seguidos ante tribunales españoles con elemento extranjero. Pero el silencio de la ley acerca de la suspensión de un proceso seguido en España para resolver la cuestión principal en virtud de lo que decida un tribunal extranjero, debería sustentar esa respuesta negativa que hemos avanzado. Lo cierto es que, si nos atenemos a la tesis que hemos abrazado, de que la jurisdicción canónica tiene la consideración de una jurisdicción extranjera, entonces no podemos considerar justificada la suspensión del proceso judicial civil hasta tanto se dicte una resolución sobre la nulidad matrimonial por el tribunal eclesiástico.⁴¹

Ahora bien; la suspensión por prejudicialidad civil sí podría plantearse y admitirse en otro caso, perfectamente diferenciable del anterior; si, en el momento de contestar a la demanda, el demandado, en el proceso de divorcio, ya existe resolución firme del Tribunal eclesiástico de segundo grado, y ya se ha iniciado el procedimiento de homologación o exequátur, ex art. 80 del Código Civil, entonces podría suspenderse el proceso de divorcio hasta tanto concluyese el procedimiento de homologación, solución para la que sí puede encontrarse apoyo en el art. 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4. El reconocimiento de una sentencia de divorcio extranjera *incidenter tantum*

17. La resolución de la cuestión de si las partes están casadas entre sí, puede precisar del reconocimiento de una sentencia extranjera que decreta el divorcio de las mismas. En tal caso, el Juez europeo afrontará tener que proceder de una de estas dos maneras: a) Suspender el curso del proceso de separación o de divorcio y aguardar a que la parte demandada demuestre la inexistencia de matrimonio, mediante la aportación de una sentencia firme y ya reconocida en el Estado del foro por las autoridades competentes, o mediante la correspondiente certificación del Registro Civil que acredite la actualización del mismo conforme a lo prevenido en el art. 21.2 del Reglamento 2201/2003. b) Admitir la sustanciación y el debate de la cuestión en el propio procedimiento incidental que se haya abierto de conformidad con el Derecho procesal del foro.

En el caso del Derecho español, ambas posibilidades tienen cabida en la regulación procesal patria, pues la primera es sustentable en el art. 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mientras que la segunda puede ser articulada en base a la disciplina del incidente de previo pronunciamiento, regulado en los arts. 389 y siguientes de la propia Ley Rituaria.

Sin embargo, ello no dependerá de la voluntad del Juez, sino del específico régimen de reconocimiento al que esté sometida la sentencia extranjera de divorcio: las Sentencias dictadas por Estados Miembros de la Unión, con excepción de Dinamarca, pueden ser reconocidas *incidenter tantum* en virtud de lo establecido en el art. 21.4 del Reglamento 2201/2003.

En cuanto a las sentencias procedentes de Estados con los que España mantiene convenios bilaterales sobre reconocimiento de decisiones judiciales, que alcancen el campo del estado civil, la viabilidad de un reconocimiento incidental depende de lo que establezca el texto de cada Convenio.⁴² Puede parecer una incongruencia de nuestro sistema el hecho de que no se admita el reconocimiento *incidenter tantum* respecto de las resoluciones procedentes de otros Estados con los que sí tenemos un Convenio

A. GARCÍA GÁRATE, «Posición de los tribunales eclesiástico en el ordenamiento español», en *Anuario de Derecho Eclesiástico*, Vol. II., pp. 173 y ss.; L. BABÉ, «La posición de la jurisdicción canónica en el derecho español», en *Anales del Derecho*, Universidad de Murcia, Nº 10, pp. 1987-1990.

⁴¹ E. RUBIO TORRANO, «Eficacia civil de las resoluciones canónicas», *Aranzadi Civil*, 2008-1.

⁴² Parece claro que el reconocimiento incidental es posible en virtud de los Convenios vigentes entre España, por una parte, y Alemania, Austria, México, Rumania, Uruguay, El Salvador y Túnez. La doctrina discute la posibilidad de reconocer incidentalmente las resoluciones procedentes de la Federación Rusa, a causa de los mensajes normativos aparentemente contradictorios que dimanar de los arts. 22 y 24.7 del Convenio entre el Reino de España y la extinguida Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, hecho en Madrid el 26 de octubre de 1990, hoy aplicable a las relaciones entre España y Rusia exclusivamente. Cfr. J.A. CUEVILLAS SAYROL, *La competencia jurisdiccional internacional de los tribunales españoles en el orden civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 382 y 383.

bilateral sobre reconocimiento, aplicable en materia de resoluciones crisis matrimoniales, y en cambio la mayor parte de la doctrina española admite el reconocimiento incidental respecto de resoluciones procedentes de Estados con los que no tenemos convención alguna favorecedora del reconocimiento;⁴³ pero esta solución, con su carga de incongruencia del sistema, es mucho más beneficiosa para la pronta resolución de las cuestiones previas, que la de descartar el reconocimiento incidental en todos los casos en que resulte de aplicación la vetusta Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (arts. 952 y siguientes).

5. La acción de estado civil como alternativa al incidente de especial pronunciamiento

18. Interesa poner de manifiesto un aspecto procesal más: y es el de la falta de fuerza de cosa Juzgada de la sentencia que entra en la cuestión incidental. En efecto, al entrar una autoridad de un Estado Miembro participante en la cuestión de si existe o no existe como matrimonio la unión cuya disolución se solicita, tanto si sigue un método estrictamente conflictual como si opta por la técnica de reconocimiento incidental del matrimonio con elemento extranjero, dicta una resolución que no tiene eficacia *erga omnes*: no puede ser utilizada con eficacia material de cosa juzgada, por ninguna de las partes, fuera del proceso de separación o de divorcio.

Este aspecto pertenece al marco de toda cuestión incidental o preliminar, pero también se deduce de la propia redacción del art. 13 del Reglamento, que toma como supuesto de hecho la circunstancia de que las autoridades de un Estado Miembro participante «no consideren válido el matrimonio en cuestión *a efectos de un procedimiento de divorcio*», lo que induce, según explica Leandro, «a limitarne l'ambito di operatività al solo caso della lex fori richiamata a risolvere la questione preliminare in oggetto.»⁴⁴

Por otra parte, teniendo en cuenta que la decisión de un tribunal acerca de una cuestión incidental, por su propia naturaleza, no originará efecto de cosa juzgada en la mayor parte de los Derechos europeos,⁴⁵ siempre será posible para el cónyuge demandante o los cónyuges solicitantes, promover la suspensión del procedimiento y ejercitar separadamente una *acción de estado civil* para que, con audiencia del Ministerio Fiscal o figura equivalente en el Estado del foro, se declare con fuerza de cosa juzgada la existencia del matrimonio según las normas conflictuales de ese Estado.

A esta acción de estado civil se refiere explícitamente los profesores Espinar Vicente y Orejudo Prieto de los Mozos en sendas monografías sobre el matrimonio en el sistema de Derecho Internacional Privado español.⁴⁶

⁴³ Cfr. J.A. CUEVILLAS SAYROL, ob. cit. en nota anterior. p. 383.

⁴⁴ A. LEANDRO, comentario al art. 13 del Reglamento, en «Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale», ob. cit., p. 1.521.

⁴⁵ Aunque es indudable que corresponde al Derecho procesal del foro determinar si la decisión de sus tribunales sobre una cuestión incidental produce efectos de cosa juzgada. No obstante, nos recuerdan los profesores VIRGÓS SORIANO y GARCIMARTÍN ALFÉREZ que, si se plantea una demanda de reconocimiento ante un estado, de una sentencia dictada en otro Estado, resolviendo una cuestión incidental, «para que el Restado receptor reconozca esta extensión de la cosa juzgada será necesario que la competencia judicial internacional de los tribunales del Estado de origen cubra también esa cuestión prejudicial. Ello ocurrirá siempre que los tribunales del estado de origen hubieran tenido competencia judicial internacional para decidir en un juicio independiente y a título principal sobre esa misma cuestión. (M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, ob. cit., p. 623. En este caso, es llano que cada Estado Miembro participante tiene competencia judicial internacional para decidir en un proceso con plenitud de conocimiento, para dictar una sentencia con fuerza de cosa juzgada sobre si la unión conyugal afirmada en la demanda existe como matrimonio en el derecho conflictual del foro. Sin embargo, sería absurdo se pretendiese la obtención de un reconocimiento, con su efecto tipicidad y de fuerza de cosa juzgada ante los tribunales de otro Estado, los cuales, al resolver conforme al art. 13 del Reglamento 1259/2010, no tienen que resolver sobre la base del Derecho Internacional Privado del Estado de origen sino sobre la existencia del matrimonio según su propio sistema conflictual.

⁴⁶ Espinar Vicente adopta el enfoque de la oposición del demandado a la acción de nulidad matrimonial, concluyendo que si el demandado lograra demostrar los presupuestos de la existencia de un válido matrimonio entre las partes, la sentencia desestimatoria de la demanda constituiría un título válido para la inscripción del matrimonio ante el Registro Civil. Cfr. J.M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Cívitas, 1996. pp. 173 y 174. La profesora OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, también desde una óptica registral, concibe la «acción declarativa de estado civil, concretamente, de matrimonio», como una alternativa de las partes que ven denegada la solicitud de inscripción del matrimonio en el Registro Civil. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., pp. 246–249.

Aunque las acciones de estado civil no tienen un espacio y mención propios en el art. 249 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la doctrina y la jurisprudencia han venido aceptando que las mismas se encuentran comprendidas dentro de las acciones relativas al tutela de los derechos fundamentales (Art. 249.1.2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil)⁴⁷ Por su parte, el art. 222 de la ley procesal dispone que «En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.»

Su reconocimiento legal es, pues, incontestable en la normativa procesal vigente en nuestro país.⁴⁸ Por otro lado, la amplitud con que se conciben las tutelas deducibles en juicio por los justiciables, a tenor del art. 5.1 de la propia Ley, justifica que admitamos la posibilidad de que se inste un pronunciamiento expreso, con fuerza de cosa juzgada, acerca de si la unión de dos personas constituye matrimonio conforme al Derecho conflictual español, pronunciamiento que tales personas pueden tener un interés legítimo para obtener. Tratándose de una cuestión estrictamente jurídica, es razonable pensar que el procedimiento, aunque exija la prueba de algún Derecho extranjero se sustanciará con celeridad al no existir, *prima facie*, un material fáctico controvertido que haya de ser objeto de prueba, pudiendo incluso dictarse sentencia sin necesidad de juicio, si el Derecho extranjero que hubiera de probarse, lo hubiera sido por documentos. (429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)

La sentencia que se dictase en este proceso, con efecto estimatorio de la demanda y con efectos puramente declarativos, causaría inscripción autónoma en el Registro Civil en los supuestos señalados en el art. 9 de la vigente Ley del Registro Civil,⁴⁹ y la demanda sería susceptible de anotación registral conforme a lo dispuesto en el art. 40.3.1º de la misma.

En el caso de no ser inscribible la Sentencia en el Registro Civil, por caer fuera de los límites de la competencia de nuestro Registro Civil, definidos en el art. 9 de la Ley del Registro Civil (art. 15 de la ley del Registro civil de 8 de junio de 1957) se habría generado un título de legitimación equivalente al de una genuina inscripción de matrimonio.⁵⁰

La Sentencia así obtenida, finalmente, con fuerza de cosa juzgada, habría de integrarse en el objeto del proceso de divorcio por el cauce previsto en el art. 43 de la LEC.

6. La perspectiva de la cosa juzgada: La incidencia de la decisión previa de divorcio en el proceso de divorcio seguido en España

19. Cuando se ha seguido ya un procedimiento en el extranjero entre las mismas partes, sobre divorcio, habiéndose dictado ya una sentencia de carácter constitutivo en tal sentido, no importa en qué causas se haya fundado, tendríamos que preguntarnos si el vínculo conyugal ha quedado disuelto entre las partes. Pues, si fuese así, entonces no podría sustanciarse ni concluirse un proceso de divorcio encajinado a la disolución de un vínculo que ya no existe como tal.

En tal caso, la plena efectividad de dicha resolución en el plano de los estatutos personales de los excónyuges, debería producirse, bien por medio del procedimiento de homologación o por vía de reconocimiento incidental, previstos en los instrumentos internacionales aplicables,⁵¹ o en el procedimiento por homologación regulado en los arts. 952 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de

⁴⁷ P. PRIETO OREJUDO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., pp. 247 y ss.

⁴⁸ Vid. art. 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Incluso están reconocidas en algunos Derechos forales. La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia contempla las acciones de determinación de la filiación en sus arts. 235.3 y 235.9. La Ley 41.1 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, bajo la rúbrica de «Acciones imprescriptibles», dispone que «Son imprescriptibles: 1. Las acciones de estado civil que no tengan establecido plazo para su ejercicio.»

⁴⁹ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Los supuestos de obligada inscripción de un hecho con eficacia en el estado civil, que recoge el art. 9, coinciden en lo sustancial con los del art. 15 de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre Registro Civil. Esta última quedará derogada, con efectos desde el 22 julio 2014 y sin perjuicio de lo dispuesto en las disposiciones transitorias tercera, cuarta y quinta, por la Disposición Derogatoria única de la Ley 20/2011 de 21 de julio.

⁵⁰ J. PERE RALUY, «Derecho del Registro Civil», Vol. II, Aguilar, Madrid, 1963. p. 746

⁵¹ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II, p. 263.

1881. Sin embargo, en alguna ocasión, la *praxis* judicial nos coloca ante la anomalía de la sustanciación, ante los tribunales españoles, de un nuevo proceso de divorcio, a instancia de una de las partes, susci-tándose entonces, bien una cuestión de cosa juzgada internacional, al amparo de las normas de los arts. 207, 222, 400, 416.1.2º y 421 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o bien el sobreseimiento del proceso en virtud de lo dispuesto en el art. 22 de la propia Ley. La mayor parte de las decisiones dictadas por nuestros tribunales han asumido la solución de mandar seguir adelante el procedimiento de divorcio antes los tribunales españoles, sobre la base argumental de que la sentencia extranjera no había recibido el reconocimiento o *exequátur* por parte de éstos.⁵² En cambio, otras resoluciones, menos acertadas, han prescindido absolutamente de la cuestión del *reconocimiento de la sentencia extranjera*; incluso, en algún caso, de una sentencia de divorcio dictada fuera de España, sobre las mismas partes cuyo divorcio se pide en el proceso se sigue en nuestro país.

20. En la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4ª, 14 de febrero de 2008*, dictada en el Recurso de Apelación núm. 22/2007, se afrontaba un supuesto de posible cosa juzgada al haberse dictado por el tribunal de Bristol (Reino Unido) una Sentencia de divorcio que no impidió a la esposa promover luego un nuevo procedimiento por demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Benidorm (Alicante); llegándose a dictar por este órgano sentencia de divorcio de las partes ya divorciadas por la decisión británica. Parece deducirse de los antecedentes de hecho de la Sentencia que solo el Ministerio Fiscal planteó la cuestión, en sus alegaciones, como un problema de fuerza de cosa juzgada de la sentencia del Juzgado de Bristol. La Audiencia, sin entrar en el examen de la concurrencia de las *identidades procesales* de la cosa juzgada, concluye que «...se considera concurrente, como ya se ha adelantado y tal y como interesó el Ministerio Fiscal, causa procesal (sobre la que se guardó un dudoso silencio por la parte demandante –personada en las actuaciones–, omitiendo información relevante) que, al privar de objeto al proceso (en la existencia de resolución judicial firme de previa declaración de la disolución por divorcio que obstaba a la viabilidad de nuevo pronunciamiento al mismo fin), debió determinar su puesta a término con resolución asimilada a la absolutoria en la instancia, sin entrar a valorar consideración de fondo alguna.» (Fundamento de Derecho SEGUNDO)

La Audiencia Provincial de Alicante no profundiza en la cuestión de cosa juzgada que le ha planteado el Ministerio Fiscal y por lo tanto no llega a abordar la delicada cuestión de la necesidad –o no– del reconocimiento de la decisión de divorcio dictada por el tribunal de Bristol. Para que dicha decisión produzca efecto de cosa juzgada; lo cual sin duda es censurable. Pero parece que, al acoger los motivos del Fiscal, sí ha seguido, al menos de manera implícita, la perspectiva de la cosa juzgada, a los efectos de resolver la cuestión previa en un procedimiento que era claramente incidental; y llega a emitir un juicio de valor sobre la *buena fe* de la demandante–apelada que ha promovido proceso en España después de haberse dictado un previo pronunciamiento de divorcio de las partes en el Reino Unido:

⁵² Así, en un Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña de, Sección 5ª, de 5 de marzo de 2010 (Recurso de Apelación núm. 416/2009) vemos adoptada la solución denegatoria de la fuerza de cosa juzgada, con un argumento extremadamente simple: «El párrafo 2º del artículo 107 Código Civil dispone que las sentencias de separación y divorcio dictadas por tribunales extranjeros producirán efecto en el derecho español desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1881, pero no impide que se acuda a la solicitud de divorcio ante los órganos jurisdiccionales españoles pese a que se haya dictado una sentencia de aquel tipo por tribunal extranjero...» (Fundamento de Derecho SEGUNDO). El argumento nos parece intachable y perfectamente respetuoso con la óptica de la cosa juzgada, que no puede ser despreciada cuando lo que se cuestiona en el proceso es la existencia de una resolución entre las mismas partes, con el mismo objeto y análoga causa de pedir, dictada por tribunales extranjeros. Sin embargo, creemos que prescinde, por su simplicidad, de una valoración de la conducta de las partes que no es en absoluto irrelevante y de la que sí se hacía eco el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Carballo. A tenor de la resolución dictada por el Juez «a quo», que resultó ser revocada en este Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña; «Segundo.- A la vista de la documental aportada se concluye que se está instando un divorcio respecto de un matrimonio celebrado y después disuelto en Venezuela. El cauce procesal utilizado no es el procedente, pues se pide que se declare un divorcio ya declarado por un tribunal del que *no consta se buscara su jurisdicción por motivos de conveniencia*. Es decir, se interesa la disolución de un matrimonio que ha sido disuelto de forma, en principio, susceptible de ser ejecutiva en España siguiendo el cauce procesal dirigido a ello (art. 951 y ss. LEC 1881). Siendo así, no procede entrar a conocer del divorcio ya declarado por el Juzgado venezolano sin previamente haber intentado la vía de *exequátur* Por todo ello procede acordar el sobreseimiento de las actuaciones.»

«...disponiéndose en las actuaciones sólo de la limitada información... la demandante... no ha acreditado que, con ocasión de la promoción de expediente de disolución de matrimonio en su país de origen, pusiera en conocimiento del Tribunal británico la pendencia de proceso sobre el mismo objeto principal en España, a pesar de actuar como actora en ambos procesos, no pudiendo ampararse... en condicionamientos no desvirtuados como vinculados a su propia actuación (máxime desde los asociados al principio de buena fe y proscripción del abuso de derecho...)»

21. Una situación análoga fue enjuiciada por la propia Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4ª, en su Sentencia de 11 de marzo de 2010, (Recurso de Apelación 604/2009), en la que se daba respuesta a un caso en el que la esposa que demandaba el divorcio ante los tribunales españoles, ya había formalizado una demanda de divorcio ante un órgano judicial de *Relizan* (Argelia), aceptando ambas partes la competencia de ese órgano judicial y dictándose por el tribunal argelino una sentencia que, además de disolver el matrimonio con aplicación de la norma de conflicto prevista en el art. 107 del Código Civil español, comprendía los pertinentes pronunciamientos relativos a la responsabilidad parental sobre los hijos.

Planteada ahora una nueva demanda de divorcio por la propia demandante que había promovido el procedimiento sustanciado en *Relizan*, el demandado esgrimió la excepción procesal de cosa juzgada sobre la base de dicha resolución extranjera.

El Juez de Violencia Sobre la Mujer de Alicante desestimó dicha excepción y decretó el divorcio con las correspondientes medidas, tras considerar que se trataba de una sentencia extranjera, cuyo reconocimiento en España no había sido instado por ninguna de las partes y, por tanto, de acuerdo con el criterio sentado por el Tribunal Supremo en el Auto de 28-04-98, al interpretar los requisitos exigidos por el art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no era posible otorgarle la eficacia pretendida por el demandado –una eficacia de cosa juzgada– frente al proceso de divorcio sustanciado ante los Tribunales Españoles.

La Audiencia Provincial en cambio consideraba que el enfoque dado a la cuestión por el Juez «a quo», desde la perspectiva de la inexistencia de reconocimiento de la resolución extranjera, no es el adecuado. Para la Audiencia Provincial de Alicante, «La solución adoptada en este supuesto por el Juzgador *a quo* pugna, sin embargo, con la postura mantenida por la propia actora ante el Tribunal de *Relizan*, donde había comparecido previamente en julio de 2007 para contestar a la demanda de divorcio planteada por su esposo, oponiéndose a la misma y solicitando, de forma subsidiaria, que si se accediera a la disolución del matrimonio, se establecieran una serie de medidas económicas a su favor, así como en beneficio del hijo menor, además de encomendarle su custodia... Así las cosas, carece de cobertura legal la actuación desplegada por la madre, tras haber comparecido previamente ante el Tribunal Argelino y aceptado la competencia del mismo en los términos ya señalados, desentendiéndose acto seguido del procedimiento de divorcio sustanciado en ese momento, y acudiendo a la Jurisdicción de los Tribunales Españoles, donde promovió la presente demanda silenciando completamente lo sucedido ante el Órgano Judicial Argelino, cuya decisión resultaba conforme con la competencia aceptada de forma expresa por ambas partes, y con la aplicación de la ley nacional común de los esposos según determina el artículo 107 del C. Civil. (Fundamento de Derecho SEGUNDO). Añadiendo seguidamente que «Por consiguiente, al haber quedado disuelto el matrimonio de los interesados mediante sentencia firme de divorcio, la decisión sobre esta nueva petición de divorcio planteada por la esposa ante los Tribunales Españoles no podía enjuiciarse en el ámbito de un procedimiento de exequátur, sino en términos de confrontación con lo ya resuelto válidamente por el Tribunal Argelino, a tenor de lo establecido por el artículo 222.1 de la L.E.C, excluyendo lógicamente un ulterior proceso de divorcio sustanciado entre las mismas partes con idéntico objeto.» (Fundamento de Derecho TERCERO).

22. Creemos que esta doctrina es la más coherente con las pautas fundamentales que deben presidir la resolución de los problemas relativos a la existencia de decisiones contradictorias con la que se pretende obtener ante los tribunales españoles, que están ligadas al derecho a la tutela judicial efectiva y al comportamiento ético de las partes en el proceso y en el tráfico externo; aunque la Audiencia Provincial de Alicante se olvidaba nuevamente del dato esencial de que lo «válidamente resuelto» por

el tribunal argelino, no había obtenido el reconocimiento/exequátur, que es el acto jurídico que, *desde su fecha*, atribuye fuerza de cosa juzgada a la decisión extranjera,⁵³ careciendo, antes de este momento, de efecto constitutivo.⁵⁴

Así pues, la resolución de los casos difíciles desde el prisma de la cosa juzgada, aunque no puede prescindir enteramente del reconocimiento/exequátur de la decisión extranjera, puede desembocar en una decisión distinta de la de la de ordenar, llanamente, la prosecución de las actuaciones civiles. Es factible la suspensión del procedimiento, siempre que esté justificada por la apariencia de integridad del proceso seguido ante la autoridad extranjera y por la conducta de las partes.⁵⁵ Y, en todo caso, es importante recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al conocer de las distintas pretensiones de exequátur que llegaron a su conocimiento antes de la reforma del art. 955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, con algunas desviaciones de escasa importancia, ha venido dando relieve a la conducta procesal de las partes, censurando la búsqueda del *foro de conveniencia* y del *proceso de conveniencia*, fundamentalmente a través del expediente de atribuir relevancia al momento cronológico en que se inicia el procedimiento en España, en relación con la fecha de la decisión que pone fin al proceso seguido ante autoridad extranjera.

La suspensión se decretaría al amparo de la norma del art. 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cara a aguardar la resolución definitiva sobre el reconocimiento o exequátur de la sentencia extranjera de divorcio.

En todo caso, el enfoque prioritario desde *la perspectiva de la cosa juzgada*, debe tomar como premisa fundamental la proscripción de toda indefensión en el proceso civil, conforme a los arts. 24 de la Constitución y 47 de la CDFUE; de manera que, si la decisión extranjera es *per se* inidónea para integrar una efectiva tutela judicial, por ejemplo, por haberse sustanciado sin audiencia del desmandado, nunca notificado o irregularmente emplazado, emplazado, esta vía de investigación y argumentación no supone una reproducción, en sede de cosa juzgada, de la exigencia de respeto a los derechos de defensa que dimana de las normas procesales relativas al reconocimiento/ejecución de decisiones (arts. 34.2 del Reglamento 44/01, 22.b) del Reglamento 2201/03, 954.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y concordantes de los instrumentos bilaterales en vigor); sino una integración, en la decisión del Juez español, de consideraciones que deben estar presentes en la resolución de cualquier cuestión procesal. (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Lo cual no puede estorbar que se lleven a esa perspectiva de la cosa juzgada internacional los mejores logros de la doctrina del Tribunal Supremo y de las Audiencias en el terreno del reconocimiento/exequátur de decisiones extranjeras.⁵⁶

⁵³ M. VIRGÓS SORIANO, MIGUEL y F.J., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, ob. cit., pp. 564 y 565.

⁵⁴ Si existe un primer matrimonio que ha quedado disuelto por divorcio en el extranjero, en tanto este divorcio no se haya reconocido en España, tampoco puede ser reconocido un segundo matrimonio celebrado también en el extranjero, sobre el que pesaría la calificación legal de «nulo» por falta de capacidad nupcial –por impedimento de ligamen– de uno de los contratantes. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de enero de 2009, (2ª) de 17 de febrero de 2009, (1ª) de 1 de junio de 2009, (3ª) de 1 de junio de 2009, (8ª) de 30 de julio de 2009, (5ª) de 3 de septiembre de 2009. Esta solución, que mantiene la Dirección General por razones ligadas a la mecánica registral, no es acorde con la construcción que propugnamos del control de validez de matrimonios celebrados en el extranjero en función del «ordenamiento competente». La propia Dirección General se ve obligada a admitir que, una vez que se obtiene el reconocimiento del divorcio decretado en el extranjero, sus efectos se retrotraen a la fecha de la sentencia reconocida, sanándose la falta de validez del matrimonio posterior. Vid. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (4ª) de 21 de mayo de 2003.

⁵⁵ En relación con la conducta de las partes, Vid. las consideraciones que incorpora en relación con la conducta procesal de la demandante–apelada, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4ª, 14 de febrero de 2008, que hemos comentado más arriba.

⁵⁶ Como la doctrina según la cual debe considerarse respetados los derechos de defensa del demandado cuando es éste el que solicita el reconocimiento/exequátur de la sentencia extranjera. Véase, al respecto, lo que establece el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, de 24 de febrero de 2010 (Recurso de Apelación 790/2009) «...la Sentencia de divorcio dictada en Ucrania por el Tribunal Ucraniano fue dictada en rebeldía del demandado. Pero nótese bien que es este mismo demandado quien ha presentado ante el juzgado la solicitud de reconocimiento de la resolución extranjera. Como obra en lo actuado, dicha Sentencia fue debidamente notificada al demandado, a quién no puede considerarse que se le haya producido en ningún trámite la indefensión que la LEC y el Convenio de Bruselas I (R. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000) pretenden preservar. Por ello resulta aplicable la doctrina jurisprudencial contenida en los Autos del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998 y 19 de febrero de 1991, conforme a la que el requisito del art. 954.2 de la LEC de 1981 (en vigor en virtud de la Disposición Derogatoria Única de la vigente LEC) se configura como una garantía del derecho fundamental a la tutela judicial

No obstante, tal como se ha anticipado, ese enfoque sobre las premisas de la cosa juzgada no puede ignorar un dato elemental propio de nuestro sistema procesal, nacional e internacional, y es que las Sentencias dictadas por tribunales extranjeros no producen eficacia de cosa juzgada desde el momento en que se dictan sino desde la fecha en que son efectivamente reconocidas o reciban el *exequátur* en España.⁵⁷ De ahí que también desde esta perspectiva, la decisión de seguir adelante con las actuaciones judiciales iniciadas en España, pueda ser la más coherente con la efectividad de la tutela judicial que proclama nuestra Constitución.

23. Una dificultad que puede plantear la perspectiva de la *cosa juzgada internacional* es la de que solo tiene proyección sobre sentencias en sentido estricto, dictadas por órganos jurisdiccionales, aunque puedan haberlo sido en procedimientos no contenciosos. La jurisprudencia patria ha optado por un sistema flexible en relación con el concepto de resolución extranjera a los efectos de aplicar el procedimiento de reconocimiento o exequátur por homologación de los arts. 952 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, admitiendo que las decisiones adoptadas por autoridades no judiciales puedan sujetarse a dicho procedimiento siempre que se trate de autoridades públicas, dictadas sobre materias que en España debiera ser resueltas en vía jurisdiccional, y que la decisión produzca un acto verdaderamente constitutivo y no una mera dación de fe o constatación de unas declaraciones de voluntad idóneas para producir efecto extraprocesal en el tráfico jurídico.⁵⁸ En estos casos parece cerrada la vía de oposición procesal o de cierre de oficio, del proceso, en base a la *fuerza de cosa juzgada de la sentencia extranjera*, pues no puede hablarse propiamente de *dos procesos* con las tres *identidades procesales* necesarias. Sin embargo, y puesto que se trata de actos públicos internacionales, bien pueden utilizarse los controles genéricos previstos en nuestras leyes sustantivas y procesales para esta clase de actos (arts. 81 del Reglamento del Registro Civil, 12.3 del Código Civil, 144 y 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y procederse a la terminación anticipada del proceso por medio de resolución judicial, previa audiencia de las partes, por satisfacción extrajudicial de la pretensión constitutiva de divorcio. (art. 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) Decisión judicial que, por supuesto, debe tomar en consideración igualmente el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, que podría quedar lesionado si se cerrase el proceso civil en virtud de un acto –no jurisdiccional– emanado de autoridad no española.

efectiva y del derecho de defensa. Por lo que sí es el demandado rebelde quien solicita el exequátur quedan subsanadas las omisiones que en materia de estas garantías se hubiesen podido cometer en el juicio de origen, a efectos de su reconocimiento por el Ordenamiento Jurídico Español. (Fundamento de Derecho SEGUNDO). *Mutatis mutandis*, si en un proceso de divorcio promovido en España por uno de los excónyuges, se plantea la cuestión de cosa juzgada por el otro, huelga cualquier indagación de los derechos de defensa de éste e el proceso seguido en el extranjero.

⁵⁷ Así, debemos reputar absolutamente correcta la doctrina contenida en el Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6ª, de 9 de febrero de 2010, (Recurso de Apelación núm. 456/2009) en la que se razona como sigue: «...Una sentencia extranjera puede desplegar sus efectos fuera del territorio del Estado en que es pronunciada, siempre que se cumplan los requisitos prevenidos en el ordenamiento interno. Conforme a nuestro sistema procesal civil en vigor, la plena eficacia de las decisiones jurisdiccionales extranjeras no es directa o automática, sino que requiere como presupuesto esencial una previa actividad de control de nuestros Tribunales (arts. 22.1 de la LOPJ y 955 de la LEC) que resolverán otorgando o denegando sus efectos. De otro modo, en expresión del artículo 951, no adquieren fuerza en España. Para el reconocimiento, si nada se ha dispuesto en contra en Convenios bilaterales o multilaterales, han de seguirse los trámites de un proceso, llamado en la doctrina y en la práctica jurisprudencial, de exequátur. Es doctrina pacífica que para la obtención de los efectos ejecutivos y de cosa juzgada, resulta indispensable su expreso reconocimiento. También lo es que la producción de los efectos meramente probatorios es ajena al *exequátur*. La sentencia de divorcio dictada en Estados Unidos no puede producir efectos de cosa juzgada en España porque no ha sido reconocida conforme a lo previsto en los artículos 954 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ni siquiera consta que alguna de las partes, especialmente la apelante que invoca su aplicación, haya iniciado el procedimiento para su homologación. Lo que las partes puedan hacer en el futuro, o lo que se pueda decidir sobre el reconocimiento de esa sentencia, no influye en la decisión que ahora se ha de adoptar. Actualmente, que es cuando hay que decidir, no existe cosa juzgada.» (Fundamento de Derecho SEGUNDO).

⁵⁸ Autos del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1996, 17 de septiembre de 1996, 4 de febrero de 1997, 20 de enero de 1998, 21 de abril de 1998, 18 de mayo de 1999, 23 de febrero de 1999, 18 de mayo de 1999, 4 de mayo de 1999, 8 de junio de 1999, 5 de octubre de 1999, 8 de junio de 1999, 28 de mayo de 2002, 1 de abril de 2003, 8 de julio de 2003, 20 de enero de 2004, 21 de junio de 2004, 8 de febrero de 2005, y 1 de marzo de 2005, y 17 de octubre de 2006; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 28 de abril de 2008, de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de junio de 2009, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24ª, de 11 de febrero de 2010, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, de 19 de noviembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, de 13 de septiembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, de 19 de noviembre de 2010 y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, de 14 de junio de 2011. A.L. Calvo Caravaca, y J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. I. p. 551.

7. La petición de declaración de no-reconocimiento de una decisión extranjera

24. El Reglamento 2201/03 ha incluido en la normativa referente al reconocimiento de decisiones extranjeras una especialísima modalidad de tutela judicial que pueden ser dispensada desde el 1 de marzo de 2005 por las autoridades europeas –excepto las de Dinamarca– consistente en la *declaración de no reconocimiento*. Las exigencias documentales son las mismas que para la petición y proceso de reconocimiento; la legitimación aparece determinada por los propios términos subjetivos de la relación conyugal⁵⁹ y por lo que disponga el Derecho procesal o institucional del foro en relación con la legitimación de terceras personas o de determinadas instituciones –e. g. el Ministerio Fiscal, el Procurador de la Republica. El cambio más sustancial que esta modalidad de reconocimiento puede suponer respecto del reconocimiento tradicional positivo de una resolución, radicará en la inversión del *onus probandi* que asume cada una de las partes: el solicitante de la declaración de no reconocimiento procurará ofrecer al Juzgador los medios de prueba que le convenzan psicológicamente de que la decisión extranjera es manifiestamente contraria al orden publico internacional del foro, de que se han lesionado sus derechos de defensa, o de que concurre alguno de los supuestos de inconciliabilidad de resoluciones establecidos en los dos últimos apartados del art. 22 del Reglamento.

Aunque la redacción del art. 21 no es del todo clara, y el apartado 4 parece restringir el reconocimiento incidental a las opciones de reconocimiento positivo («Cuando el reconocimiento de una resolución se plantee de forma incidental ante un órgano jurisdiccional...»)⁶⁰ creemos que no existe ningún fundamento serio para descartar la posibilidad de una petición de no reconocimiento de carácter previo o incidental en el propio proceso de divorcio seguido ante la autoridad de un Estado Miembro, lo que podría tener lugar a instancia del acto o del demandado, indistintamente. Es posible que el actor esté interesado en que se declare que no puede ser reconocida en España, por ejemplo, una decisión de nulidad del matrimonio del mismo con el demandado, dictada por un tribunal alemán. En tal caso, la petición de no reconocimiento debe aparecer incorporada a la demanda y no se plantea ningún problema relacionado con la preclusión (art. 393.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Ahora bien, también es factible que, aportándose una sentencia de separación dictada por un tribunal extranjero, se solicite su no reconocimiento por parte del demandado, por vía incidental. Cualquier decisión que las partes puedan «aportar» al proceso en el acto del vista (art. 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que caiga dentro del marco de aplicación del Reglamento 2201/03,⁶¹ puede ser objeto de una petición de declaración de reconocimiento o de no reconocimiento, sustentada por el art. 21.3 y 4 de dicho instrumento. En cualquiera de estos casos, para que pueda atribuirse al incidente de no-reconocimiento algún efecto útil respecto de la cuestión de estado que constituye el objeto principal del proceso, sería necesario admitir que la desestimación de la petición de no-reconocimiento supone de manera implícita el reconocimiento de la decisión extranjera, con sus efectos propios constitutivo, de fuerza de cosa juzgada y de tipicidad, en el ordenamiento del Estado requerido y en la Sentencia que haya de dictarse.

Si la viabilidad de la petición incidental de no reconocimiento es dudosa, no ocurre lo mismo con la petición de reconocimiento por homologación, para cuya regulación remite el Reglamento 2201/03 al procedimiento de *exequátur* (Sección 2ª del Capítulo III, arts. 28 a 36). Un Auto firme que declare no ser reconocible en el Estado del foro una determinada decisión extranjera, dictado en un

⁵⁹ Aunque con la lógica inversión del «interés legítimo» que se encontraría en las modalidades *activa y pasiva* de la legitimatio *ad causam*: el cónyuge que deduce la solicitud de no reconocimiento es el mismo, que asume una posición activa en el procedimiento incidental, es el mismo que tendría legitimación pasiva para ser demandado con ocasión de una petición de reconocimiento o exequátur de la decisión adoptada en el Estado requirente. Vid. M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Restitución de un menor retenido ilícitamente en otro Estado Miembro», en *Diario La Ley*, N° 7066, Sección Doctrina, 28 de 2008, p. 7.

⁶⁰ La Sentencia del Tribunal de Justicia (CE) Sala 3ª, de 11 de julio de 2008, C-195/2008 (Caso Rinau) no nos ayuda a determinar si es posible un no-reconocimiento incidental, pero sí proclama con toda claridad la sustantividad de la pretensión, que puede deducirse por cualquiera de las partes afectadas por la decisión en cuestión, aunque no se haya deducido por la adversa una opuesta declaración de reconocimiento positivo (Apartados 90, 91 y 92 de la Sentencia).

⁶¹ Incluso una petición de no reconocimiento de la resolución denegatoria de la restitución de un menor, fuera del caso particular señalado en la STJUE (Sala 3ª) de 11 de julio de 2008, Asunto C-195/2008. Caso Rinau (Resolución de no restitución adoptada en el marco de los artículos 11.8, 40.1b) y 42.1, y certificada en el Estado Miembro de origen conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo de este último precepto, todos ellos del R. 2201/03).

procedimiento por homologación, produce efecto erga omnes, y la declaración negativa que contiene es vinculante para cualquier autoridad ante la cual se siga un procedimiento de separación o divorcio entre las mismas partes que contendieron o resultaron afectadas por aquella decisión. Consiguientemente, tal decisión de no reconocimiento impide que la cuestión pueda volver a ser planteada, *como tal cuestión de reconocimiento respecto de la misma decisión extranjera*, ni en un nuevo procedimiento por homologación, ni tampoco como cuestión incidental, ex art. 21.4 del Reglamento. Y, por supuesto, los encargados del Registro Civil del Estado requerido no pueden inscribir esa decisión de otro Estado Miembro.⁶²

25. Conviene discernir el supuesto de la petición de la declaración de no reconocimiento, deducida ante las autoridades del foro, de la aportación, en el proceso de divorcio, de una declaración de no reconocimiento emitida por otras autoridades en referencia a un tercer Estado. Por ejemplo: en un proceso de divorcio seguido en España, entre dos cónyuges argelinos que han residido por largo tiempo en Francia, Italia y Austria, y que actualmente residen en Madrid, se aporta por el esposo demandado, una resolución de no reconocimiento, dictada por un tribunal de Milán, en el que se declara que la sentencia de separación dictada en Francia dos años antes, no puede ser reconocida por ser contraria al orden público internacional italiano. Posiblemente en esta sentencia se incorporen datos de hecho que han sido valorados por el órgano judicial de Milán, relativos al carácter poligámico del matrimonio, a su nivel de vida, su capacidad económica o a las relaciones de cualquiera de los progenitores con sus hijos menores, que *pueden* influir en la fijación de los hechos en el proceso seguido en España, o incluso llevar al Juez español la convicción de que las mismas razones que llevaron al italiano a utilizar el correctivo de orden público internacional –italiano– justifican, por atentarse contra idénticos valores o principio presentes en el orden público internacional español, la utilización del correctivo del art. 12 del Reglamento 1259/2010. Sin embargo, la aportación de una decisión extranjera, como un puro medio de prueba, no está sujeta a las exigencias contenidas en los arts. 21 y siguientes del Reglamento 2201/03, sino a las normas establecidas en el Derecho procesal del foro sobre medios de prueba documental preconstituida en el extranjero (arts. 144, 299 y 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Cuanto haya declarado en el ejemplo expuesto, en su sentencia, el Juez de Milán, no es vinculante para el Juez español, que debe valorar la documental pública con la libertad de criterio que le confieren los arts. 217.1 y 319.1 de la ley procesal civil.

En todo caso, la declaración de no reconocimiento, obtenida en un procedimiento por homologación, tiene una limitada eficacia a los efectos del art. 13 del Reglamento, pues aquella no significa otra cosa que la imposibilidad de integrar los efectos de la decisión del Estado Miembro del Estado requirente, «A» en la decisión que haya de adoptarse en el Estado requerido. Pero, si la decisión de referencia declarase, por ejemplo, la nulidad del matrimonio entre dos sujetos, por causa de la menor edad de uno de ellos, o por no haberse oficiado el matrimonio por un funcionario con jurisdicción en la unidad territorial en que ambos contrayentes o uno de ellos tuviese domicilio, ello no impide que estas cuestiones sean replanteadas por la parte interesada en la desestimación de la demanda de divorcio, en el correspondiente procedimiento incidental. Sostener lo contrario supondría el absurdo de admitir que una decisión que no puede ser reconocida en otro Estado, ha originado un efecto de cosa juzgada en el proceso seguido en ese otro Estado.

III. La decisión de la cuestión previa: tratamiento conflictual vs. método de reconocimiento

1. Planteamiento

26. Si bien el Reglamento 1259/2010 no incorpora en su articulado (arts. 1 y 13) criterio alguno acerca del sector del ordenamiento donde los Estados Miembros participantes debieran buscar a resolución de las cuestiones incidentales que se planteen, sí lo hace en el Considerando (10), párrafo 3º, en el que establece que «Las cuestiones prejudiciales como la capacidad jurídica y la validez del matrimonio, y

⁶² F. MOSCONI, FRANCO, «Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il Regolamento comunitario del 29 maggio 2000», en *Rivista di diritto processuale*, LVI, 2001, pp. 394 y 395.

cuestiones como los efectos del divorcio o la separación judicial en el patrimonio, el apellido, la responsabilidad parental, las obligaciones alimentarias u otras posibles medidas accesorias deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplicables en el Estado Miembro participante de que se trate.»

Parece que el Considerando, que es vinculante para los Estados,⁶³ se remite a un sector concreto de los ordenamientos estatales, que no es todo el Derecho Internacional Privado, sino solo el *sistema conflictual*. («normas sobre conflicto de leyes», «*conflict-of-laws rules*» «*norme di conflitto*», «*règles de conflit de lois*», «*normas de conflicto*», «*Kollisionsnormen*»).

De ser así, se estaría optando en el propio Reglamento comunitario por un *método conflictual de control de la validez de reconocimiento* de matrimonios con elementos extranjero.

En España la doctrina se encuentra dividida acerca del método a seguir cuando se trata de controlar la existencia o la validez de un matrimonio con elemento extranjero. Algunos autores son partidarios de la utilización del método conflictual, lo que supone la proyección de las normas aplicables a cada uno de los elementos conformadores o integrativos de la Validez (forma, consentimiento y capacidad) de las normas de conflicto aplicables a tales elementos. Tal fue la postura que asumieron en la doctrina científica patria una legión de juristas que configuraron el control de la validez del matrimonio contraído con arreglo a un Derecho extranjero, en términos de método conflictual, con aplicación de los arts. 9, 1, 11, 49 y 50 del Código Civil,⁶⁴ siempre presionados por una Dirección General de los Registros y del Notariado que, sorprendentemente, ha asumido en las últimas tres décadas, en esta materia, la directrices y finalidades propias de un Ministerio del Interior, y no del Ministerio de Justicia en el que está integrada. En efecto, la utilización del método conflictual ha venido impulsada, más en España que en otros Estados europeos receptores de inmigración, por la presencia contaminante del Derecho de extranjería.⁶⁵

27. Frente a esa opción metodológica, otros autores han optado por un sistema de reconocimiento del matrimonio por aplicación del ordenamiento competente, es decir, del concepto de matrimonio existe en el Derecho con arreglo al cual ha sido contraído. Para estos autores, el método nucleado en torno a la elección de la ley aplicable para cada elemento conformador de la validez resultaría adecuado para solucionar un eventual concito entre diversas leyes, cuando la autoridad competente debe decidir entre la aplicación efectiva de una norma positiva entre varias con vocación a ser aplicadas, en orden a resolver una determinada *quaestio iuris*, pero no a los efectos de decidir si cabe o no reconocer la validez del acto.⁶⁶

Conviene no perder de vista que el compromiso entre España y la Santa Sede en relación con el reconocimiento de efectos civiles a las resoluciones canónicas de nulidad (arts. VI del Acuerdo sobre efectos jurídicos, 80 del Código Civil y 778 de la LEC) supone la asunción de un tal planteamiento en cuanto se localiza un amplio número de matrimonios contraídos por la ciudadanía, en un conjunto de normas que no constituyen «Derecho extranjero» pero al que se le da estatuto de tal por la referencia que se hace, en el art. 80 del Código Civil, a la normativa de producción interna sobre reconocimiento de decisiones extranjeras (arts. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881)⁶⁷.

⁶³ Como todo Reglamento, el Reglamento 1259/2010 es «obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado Miembro de conformidad con los Tratados», según la fórmula final de su adopción por el Consejo.

⁶⁴ A.P. ABARCA JUNCO, «La celebración del matrimonio y su nulidad en Derecho Internacional Privado», E. PÉREZ VERA y otros (Dir.), Madrid, UNED, 2000, 9ª edición, pp. 104–107; S. ADROHER BIOSCA, «Forma del matrimonio y Derecho Internacional Privado», Barcelona, Bosch, Universidad Pontificia de Comillas, 1993, capítulos V y VI; Carrillo Salcedo, Juan Antonio, «La nouvelle réglementation du mariage dans le droit international privé espagnol», en *Droit International Privé*, 1983, pp. 15–18; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Derecho de familia. El matrimonio», *Derecho Internacional Privado parte especial*, Madrid, Eurolex, 6ª edición, 1995, pp. 289–328; I. A. JOSÉ LUIS, celebración del matrimonio, en *Derecho Internacional Privado*, A.L. CALVO CARAVACA y otros, Granada, Comares, 2ª edición, Vol. II. pp. 65 a 68; M. REQUEJO ISIDRO, *Ley local y forma de los actos en Derecho Internacional Privado español*, Eurolex, Madrid, 1998. pp. 284–316.

⁶⁵ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Thomson & Civitas, 2011, pp. 397–400.

⁶⁶ P. MAYER, «La distinction entre règles et décisions et le droit international privé», *Dalloz*, París, 1973. pp. 92–100; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, Aranzadi, 2002, pp. 253–254.

⁶⁷ A este respecto es interesante traer a colación una reflexión que el Tribunal Supremo, Sala 1ª, inserta en su Sentencia de 24 de octubre de 2007, a propósito del reconocimiento de una decisión de nulidad canónica, habiéndose aducido por el demandado en el procedimiento, con ocasión del alegato de rebeldía voluntaria en el procedimiento sustanciado en la instancia eclesiástica, su condición de persona ajena a las convicciones religiosas. El Tribunal Supremo, sin descartar la posibilidad de que esa circunstancia pueda ser tomada en consideración, en función de los principio y valores jurídicos en juego y siempre sin perder de vista la efectividad

Desde otro punto de vista, se ha dicho que, puesto que cada sistema conflictual trata de localizar el matrimonio, a efectos de controlar su validez, en el ordenamiento al que considera que la situación está unido por un vínculo más estrecho, es absurdo que cada autoridad pretenda alterar la dirección del principio de proximidad, sustituyendo el criterio del vínculo más estrecho que guió a la autoridad extranjera, por el suyo propio.⁶⁸

28. En el nuevo régimen de la inscripción del matrimonio celebrado en el extranjero, en virtud de certificación del Registro Civil extranjero (art. 59 en relación con el art. 98 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil) tiene cabida, perfectamente, la opción por un sistema no conflictual, en el que al control de competencia de la autoridad extranjera, al control de orden público internacional y al de equivalencia funcional de garantías registrales, se suma un *reconocimiento por referencia al ordenamiento competente*. Ese es el significado que es posible atribuir a la exigencia, llevada al apartado b) del art. 98.1, de que «...el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.» El legislador hubiera podido remitirse a las *normas de conflicto* o incluir una fórmula directamente referida a un *control de ley aplicable*, con o sin equivalencia de resultados y lejos de ello, determina que serán consultadas las «normas españolas de Derecho Internacional Privado» para saber cuál es el ordenamiento que debe tomarse como referente para determinar la validez. Lo que significa que los registradores no quedan obligados a hacer uso de una técnica de control conflictual, pudiendo considerar inscribible el matrimonio certificado por la autoridad extranjera acudiendo a la técnica del reconocimiento por referencia al ordenamiento competente, o cualquier otra técnica respetuosa de la validez de las relaciones nacidas y agotadas en el extranjero.

2. Tratamiento conflictual de la cuestión previa y selección de la ley aplicable a la cuestión previa

29. Esclarecida la materia relativa al tratamiento procesal de la cuestión previa, no debemos dejar de abordar el problema de la concreción de la ley que debe regir la decisión del Juez europeo acerca de este extremo, es decir, acerca de si existe un verdadero vínculo matrimonial. La cuestión es de excepcional importancia porque, si se plantea la cuestión de la validez de un matrimonio homosexual, válidamente celebrado en España, e. g., ante autoridades de un Estado cuyo Derecho material no admita tal matrimonio, es previsible que éstas inadmitan la demanda si tienen que hacer uso del concepto de «matrimonio» que incorpora su Derecho material, pero es posible que llegasen a una conclusión distinta, consultando sus normas de conflicto.

El art. 13, leído sin prejuicios, no impone una sujeción a la «*legislación*» material de los Estados en lo relativo a la apreciación incidental de un matrimonio válido.

Ya hemos visto que el art. 1 del Reglamento no contiene normas de conflicto aplicables a las cuestiones incidentales, ni indicaciones acerca del sector de cada ordenamiento en que debe buscarse el concepto funcional de matrimonio».⁶⁹

Ante el silencio del articulado propiamente dicho del texto comunitario, serían posibles principalmente⁷⁰ cuatro soluciones acordes con el método conflictual: 1) La utilización del concepto de matri-

de la tutela judicial, nos recuerda que esa persona que ha contraído matrimonio canónico «... parece haber aceptado, en principio, los postulados confesionales que esta forma de contraer matrimonio supone, entre los cuales figura la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos, cuyos efectos civiles son reconocidos con determinados límites por el Estado.» (Fundamento de Derecho Tercero).

⁶⁸ En este sentido, escribe ROMANO que «Exiger que l'Etat étranger ait respecté la proximité con que par le for revient alors à exiger que cet Etat ait fondé l'application de sa loi sur l'un quelconque des contacts que le for requiert pour mettre en oeuvre la sienne» (G.P. ROMANO, «La bilateralité éclipsée par l'autorité», en *Revue Critique de Droit International Privé*, núm. 3, 2006. p. 489).

⁶⁹ A este respecto escribe LEANDRO, al comentar el art. 13 del Reglamento, que «il risultato ottenuto attraverso la soluzione della questione preliminare ai sensi dell'art. 13 –il quale va nella direzione opposta a quella propria della disciplina di tali questioni poiché essa finisce per determinare un presupposto dinon applicazione delle norme material straniere... piuttosto che un presupposto per la loro applicazione– mira a proteggere taluni valore del foro ritenuti fondamentali dal regolamento... (Cfr. A. LEANDRO, comentario al art. 13 del Reglamento, en «Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale», P. FRANZINA, (Coord.) en *Le nuove leggi civili commentate*, CEDAM, pp. 1.520 y 1.521).

⁷⁰ Principalmente, decimos, renunciando al examen pormenorizado de otras opciones, imaginativas y sugestivas, que se han utilizado fuera de España, en particular, por la doctrina francesa al afrontar la delicada cuestión de la admisión del matrimonio

monio de la ley material del foro. 2) La aplicación de la misma ley material o sustantiva que, según el Derecho Internacional Privado del foro, sería aplicable a la cuestión principal. 3) La aplicación de la ley que resultase designada por las normas de conflicto del Estado cuyo Derecho es aplicable a la cuestión principal. 4) Por último, la aplicación de la ley designada por las normas de conflicto del foro para la propia cuestión previa, es decir, en el Derecho Internacional Privado español, las que aluden a la concurrencia de cada uno de los requisitos integrantes del matrimonio válido, tal como más adelante se expone.⁷¹

30. De estas cuatro soluciones, las dos primeras deben quedar descartadas por adolecer del mismo inconveniente: ignoran el carácter imperativo de la norma de conflicto, y desprecian el carácter internacional del supuesto. Las situaciones privadas internacionales deben recibir una respuesta que, con mayor o menor acierto, y aunque termine conduciendo a la aplicación de «una ley estatal», contemple y valore la existencia de uno o más elementos extranjeros, y eso es suficiente para descartar la solución legefórista directa, sin consideración alguna al carácter internacional del «*cassus*».⁷² Tal solución nos dejaría a la altura de nuestra *calificatio lege fori* (art. 12.1 del Código Civil) prevista para las normas de conflicto insertas en el Código Civil, nada ambiciosa, potencialmente lesiva para el principio de aplicación integral del Derecho extranjero, escasamente internacionalista, acusadamente legefórista y por lo tanto, nada coherente con las exigentes demandas de un Derecho Internacional Privado comunitarizado y marcado por la multiculturalidad y el respeto a las minorías.

La segunda solución, que podría considerarse coherente con la finalidad de una aplicación uniforme de las normas de conflicto del Reglamento por los jueces de todos los Estados Miembros participantes, aparece descartada de manera expresa por el art. 1, que excluye del ámbito de aplicación del mismo las cuestiones relativas a la existencia, validez y reconocimiento de un matrimonio.

Paradójicamente, lo que en el articulado parece abandonarse a la libertad de los operadores jurídicos de los Estados, en el Preámbulo aparece atado y bien atado: A tenor del Considerando (10), Párrafo 3º, «Las cuestiones prejudiciales como la capacidad jurídica y la validez del matrimonio, y cuestiones como los efectos del divorcio o la separación judicial en el patrimonio, el apellido, la responsabilidad parental, las obligaciones alimentarias u otras posibles medidas accesorias deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplicables en el Estado Miembro participante de que se trate.»

La tercera de las técnicas de reglamentación señaladas al principio incurre en la anomalía de imponer la aplicación de unas normas de Derecho Internacional Privado a jueces que no están vinculados por ellas. Cada Juez debe acatar y dar cumplimiento a las normas de su propia Constitución, de su propio ordenamiento jurídico y de su Derecho Internacional Privado (arts. 117 de la Constitución, 318 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 12 del Código Civil). El reenvío solo es aceptable por el Juez

poligámico contraído fuera de Francia. *Bourdellois* propuso atender, cara a a determinar la validez del matrimonio poligámico, a la *lex matrimonii*, es decir, a la ley de la celebración del primer matrimonio, conocida en la doctrina francesa como «loi de localisation objective du premier mariage» (B. BOURDELOIS, «Mariage Polygamique et droit positif français», 1993). La propuesta de BOURDELOIS se apoya en el análisis de las legislaciones de ciertos países árabes de cuño musulmán y de países del África subsahariana que permiten a los esposos optar, en el momento de la celebración, por un estatuto jurídico poligámico o monogámico; así como en la observación de que también en el mundo musulmán se ha adentrado el principio de la autonomía de la voluntad en el orden de las relaciones familiares. Sin embargo la mayor parte de los autores franceses se aparta de esta teoría de la localización objetiva del primer matrimonio por considerar que, en estos matrimonios en que se ha permitido a los contrayentes la posibilidad de optar por modelo u otro de unión, no se garantiza en absoluto la igualdad de los esposos a lo largo de la vida matrimonial. Por otra parte, como observan *Ancel* y otros juristas, la teoría de la localización objetiva plantea problemas a la hora de su aplicación por el juez europeo. Y. LEQUETTE y H. GAUDEMET-TALLION proponen un solución distinta, la llamada de la *multilatéralisation*, sustentada en el art. 3.III del Code Civil, con arreglo a la cual, el matrimonio poligámico sólo puede ser reconocido cuando las leyes del esposo y de las esposas no se oponen al reconocimiento de la validez, siendo irrelevante el orden que las uniones celebradas mantenga en la sucesión de uniones celebradas, el vínculo con la esposa de estatuto monogámico. Así, si alguna de las esposas del primer matrimonio o de los ulteriores son de estatuto monogámico, el matrimonio no será admitido como válido.

⁷¹ Vid. el desarrollo que se hace de estas posibilidades, con distintos matices, en WENGLER, WILHELM, «Überfragte Vorfrage», *Iprax*, 1991. pp. 105–107 y en relación con la validez del matrimonio como cuestión incidental en materia sucesoria, «Nouvelles réflexions sur les questions préalables», en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1966. pp 165–215.

⁷² La solución de la calificación *lege fori* es mantenida por CARRASCOSA GONZÁLEZ y SEATZU en su trabajo «Normas de competencia judicial internacional en la Propuesta de Reglamento «1259/2010», p. 571, si bien estos autores trabajaban sobre una versión de la Propuesta (Documento 8587/08, Bruselas 18 abril de 2008) que fue posteriormente modificada en el planteamiento acerca del recurso a la ley del foro para la indagación del concepto de matrimonio.

cuando concurren determinados requisitos de apreciación rigurosa –diversidad de puntos de conexión de los ordenamientos en conflicto, llamamiento global al Derecho extranjero, inocuidad para los valores presentes en la propia norma de conflicto del foro– y produzca un resultado útil para los intereses en presencia o una mayor aproximación a la justicia material.

Conforme a las premisas clásicas aceptadas por la doctrina española, la única solución aceptable para la cuestión previa, la existencia o no de matrimonio válido, sería la aplicación de las normas de conflicto del foro, solución prevista en el Considerando (10) del Reglamento y concordante, según hemos visto, con la establecida en el Considerado (21) del Reglamento 4/2009 cara a la resolución sobre las propias cuestiones incidentales que se susciten con motivo de la aplicación de las normas del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

Tal es la solución aceptada por la doctrina italiana⁷³ y por los pocos autores que en la doctrina española se han pronunciado al respecto, según la pauta marcada por Considerando (10) del Reglamento.⁷⁴

Aceptando hipotéticamente el método conflictual, según lo que hemos expuesto más arriba, tendríamos que convenir que cualquier otra opción sería contraria a la imperatividad de la norma de conflicto que, aunque ignorada por la jurisprudencia *contra legem* del Supremo y de las Audiencias, proclama con toda claridad y contundencia el art. 12 del Código Civil.

Siendo ésta la solución conflictual al problema de la cuestión previa, tendríamos que aceptarla, salvo que pudiéramos entender que el Considerando (10) del Reglamento permite a los Estados Miembros participantes prescindir del método conflictual y seguir la técnica del reconocimiento del matrimonio con elemento extranjero.

3. Consecuencias de la constatación de la inexistencia de matrimonio

31. ¿Cuál sería, sobre esas bases propias del método conflictual, el tratamiento de la cuestión previa matrimonial que impone nuestro propio Derecho Internacional Privado? El Juez español al que se sometiese, por el demandado, vía cuestión previa, la posible inexistencia o invalidez del matrimonio cuya disolución se pretendiera en la demanda, tendría que hacer aplicación de la norma de conflicto del art. 107.1 del Código Civil. Precepto que dispone lo siguiente:

«La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración».

Con tan obscura formulación se ha pretendido sujetar la *nulidad*, como reverso de la *validez*, a una única ley, sino a las distintas leyes que, en un matrimonio mixto o celebrado en circunstancias que impliquen un elemento extranjero, pueden entrar a regular cada uno de los requisitos de validez de la unión: la ley que haga posible, de entre las señaladas en los arts. 49 y siguientes en relación con el art. 11 del Código Civil, la *validez formal* del acto de celebración,⁷⁵ la ley o leyes aplicables al *consentimiento* de cada uno de los esposos, que se regirá por la ley personal de éstos (art. 9.1 del Código Civil)⁷⁶ y la ley o leyes aplicables a la *capacidad* de cada uno de los contrayentes que es, igualmente, la ley personal de cada uno de ellos. (Art. 9.1 del Código Civil)⁷⁷

En la jurisprudencia contencioso–administrativa relacionada con el derecho del extranjero a la reagrupación de sus familiares también se considera el matrimonio válido como una cuestión previa, si bien la mayor parte de las decisiones dictadas por tribunales de este orden jurisdiccional adolecen de una lamentable falta de referencia, que sería muy recomendable, a la aplicación de las pertinentes normas de Derecho Internacional Privado.⁷⁸

⁷³ A. LEANDRO, Comentario al art. 13 del Reglamento, en «Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale», ob. cit., p. 1521.

⁷⁴ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II, pp. 198 y 199, asumiendo una postura crítica acerca de la solución de la aplicación de las normas de conflicto «nacionales.»

⁷⁵ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II., ob. cit., pp. 103 y ss.

⁷⁶ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II., ob. cit., pp. 96 y ss.

⁷⁷ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II., ob. cit., pp. 76 y ss.

⁷⁸ Excepción a esa tónica jurisprudencial es la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo N° 4, de A Coruña de 30 de junio de 2006, (Autos 86/2006) en la que se concluye, a los efectos de resolver la cuestión principal, relativa a la pretensión

Constituye un *error iuris*, por lo tanto, la interpretación mantenida por algunos Juzgados y tribunales que consideran que la ley aplicable a la nulidad es la *ley del lugar de celebración del matrimonio*.⁷⁹ El lugar de celebración del matrimonio es un punto de conexión razonable para, concurriendo con otras conexiones alternativas, dar realización al principio del *favor matrimonii* en el aspecto concreto de la forma del matrimonio, tal como hacen los arts. 49 «in fine» y 50 del Código Civil español, coincidiendo en esto con numerosos Códigos y Leyes de Derecho Internacional Privado europeos. Pero no existe ningún fundamento para que pueda regir también la capacidad nupcial del sujeto, en cuanto no se corresponde ni con una conexión cultural (*nacionalidad*) ni con una conexión social (*residencia habitual*) que puedan conducir a una ley previsible por cada uno de los esposos. Piénsese en los innumerables casos de contrayentes que deciden realizar un viaje a puntos lejanos, paraísos soñados, destinos exclusivos, bien alejados de sus Estados de origen y de su residencia habitual, y contraer matrimonio allí, en un lugar con el cual no mantienen conexión alguna y que no tiene cabida en su proyecto vital, más allá de la estancia festiva motivada por la celebración misma del matrimonio.

32. Según el método conflictual que estamos analizando, si no concurriese alguno de los requisitos integrantes de la validez del matrimonio conforme a las normas de conflicto del sistema del Estado Miembro participante del foro, el órgano competente puede considerar que el Reglamento no le compele a dictar una sentencia de divorcio, aunque el matrimonio exista según la *lex causae* y se den los demás presupuestos necesarios para pronunciar la disolución del vínculo matrimonial. Pero esta no compulsión, no imposición al Juez de una solución estimatoria, que aparece en todas las versiones del Reglamento, debe enmarcarse dentro de unas coordenadas precisas, que se encuentran tanto en el propio art. 13 como en el Considerando (26) del Reglamento, del que ya hemos hablado.

A. En primer lugar, el art. 13 no impone a las autoridades estatales una solución *desestimatoria* de la pretensión, ni de *inadmisión* de la petición deducida en juicio, sino que lo que hace es reconocerles la *libertad valorativa necesaria para desestimar, o inadmitir, en función de lo que disponga el Derecho procesal del foro, la petición de divorcio*, cuando las normas de conflicto aplicables le lleven a la certeza de que el matrimonio no existe. Aunque, tal como expondremos más adelante, la referencia que incorpora el Considerando (10) del Reglamento a las normas de conflicto debe entenderse realizada al *entero sistema de Derecho Internacional Privado* de cada Estado Miembro participante.

Las distintas versiones lingüísticas del Considerando (26) del Reglamento mantienen una redacción tal que alude, no a la *validez*, sino a la *existencia de matrimonio*. En efecto, la versión británica utiliza una fórmula –«*such a marriage does not exist in the law of that Member State*»– muy similar a la de la versión patria: «*ese matrimonio no existe según la ley de tal Estado Miembro*» y a las que leemos en el *Regolamento* italiano («*...che tale matrimonio non esiste secondo la legge di tale Stato membro...*»), en el *Règlement* francés («*...qu'un tel mariage n'existe pas dans la loi de cet État membre...*») o en el *Regulamento* portugués («*...não existe na lei do Estado-Membro em causa...*») nos remiten igualmente a la *existencia* del matrimonio y no a la *validez*.

B. En el plano de las consecuencias, el artículo 13 del Reglamento es cristalino en cuanto al sentido de su proyección sobre las facultades de las autoridades de los Estados Miembros participantes: éstas no se ven obligadas, constreñidas o compelidas por el Reglamento,⁸⁰ a dictar un pronunciamiento de divorcio,

de la recurrente de concesión a la misma de tarjeta familiar de residente comunitario con exención de visado, que «El matrimonio celebrado por la recurrente y el ciudadano español, es válido, es un matrimonio válidamente celebrado de acuerdo con nuestro Ordenamiento Jurídico y en este sentido la recurrente ostenta los derechos que tal condición de cónyuge de ciudadano español le otorga para la residencia en España por reagrupación familiar, pues no se puede olvidar que el matrimonio celebrado por español en el extranjero conforme a la Ley del lugar de celebración, según el artículo 49 del Código Civil tiene valdes en España».

⁷⁹ Tal es el caso del Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz. Sección 5ª, de 3 de noviembre de 2008, dictado en el recurso de apelación Nº 545/2008, en el que se concluye que «Si las partes persisten en seguir con la nulidad interesada, es obvio no existe fraude de ley, más la ley aplicable para determinar si efectivamente existe un vicio coetáneo al matrimonio que ocasione su invalidez no puede ser otra que la ley del lugar de su celebración, esto es, la ley marroquí y no la ley española» (Fundamento de Derecho PRIMERO, «in fine»).

⁸⁰ Nótese la falta de técnica de que adolece la norma de aplicación. El Reglamento, en rigor, no puede imponer una solución material determinada ni dispensar de pronunciarla, pues se trata de un cuerpo que utiliza un sistema de reglamentación indirecta: no contiene normas materiales especiales y por ende, no proporciona ninguna solución directa o material a las crisis matrimoniales que constituyen su objeto.

aunque el matrimonio sí sea un verdadero matrimonio con arreglo a la *lex causae* designada conforme a las normas de conflicto del propio Reglamento y se den los demás requisitos necesarios para la estimación de la demanda, si la unión en cuestión no existe como tal matrimonio según las normas de conflicto del foro.

Pero esa precisión de la *no compulsión* o *no constreñimiento*, de la que se hace eco el propio Considerando (26),⁸¹ incorpora el sentido de lo que se opone a tales efectos: la autoridad del Estado Miembro participante que sea llamada a pronunciar un divorcio sobre un matrimonio inexistente no se encuentra obligada a pronunciar el divorcio, por compulsión del propio Reglamento, pero tal compulsión le puede llegar por otras vías. Por ejemplo, el tribunal de un Estado Miembro debe considerar que, una vez determinado el estado civil de casado de un ciudadano comunitario, que ha accedido al Registro Civil o a los registros oficiales de un Estado Miembro de la Unión Europea –aunque no en los de un Estado Miembro participante– la libertad de circulación de ese sujeto obliga a todas las autoridades de los Estados a reconocerle ese *status civilis* en cualquier parte del territorio de la Unión (art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).⁸² Por otra parte, es posible que la existencia y validez del matrimonio del demandante o de los solicitantes venga impuesta por una decisión extranjera que deba beneficiarse del reconocimiento automático⁸³ o de un sistema de reconocimiento incidental.

4. El método de reconocimiento de la situación creada en el extranjero

33. La doctrina adherida a esta técnica, viene aceptando que a cada tipo de situación privada internacional le convendría, según su origen, un modelo específico de solución entre los distintos que ofrece el Derecho internacional privado:

- Así, el enfoque puramente conflictual, se dice, sería el más idóneo para dar reglamentación a aquellas situaciones nacidas *ope legis*, es decir, como consecuencia directa de un mandato del legislador, que incida en la creación de una situación que sería «privada» porque no atribuiría a ninguno de los sujetos implicados poderes sobre otros para dar solución al conflicto interpersonal que pudiera surgir (relaciones *iure gestionis*, no *iure imperii*) y que sería internacional en razón de la presencia de cualquier elemento extranjero. En tales casos sería oportuno perseguir, no la identificación del *ordenamiento competente*, sino la concreción de la *ley estatal* que sería aplicable.⁸⁴
- Cuando se trata de situaciones creadas por una decisión judicial, a la que se asigna, por tanto, un efecto constitutivo, entonces la técnica adecuada para que este efecto trascienda los límites del territorio del Estado en que se ha dictado aquella decisión, es la del *reconocimiento*.⁸⁵ No obstante, no es pacífica la cuestión de si las situaciones creadas por una decisión judicial deben ser tratadas de forma diversa a aquellas otras otorgadas por una decisión no judicial, propugnándose por algunos autores la extensión de esta construcción del reconocimiento de la situación creada en el extranjero, por igual ambas categoría de situaciones.⁸⁶

⁸¹ «...l'autorità giurisdizionale non dovrebbe essere obbligata...» «...o tribunal não deverá ser obrigado...» «...la jurisdiction compétente ne devrait pas être tenue...» «...the court should not be obliged...».

⁸² Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II. p. 106. Idem, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la resolución circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», ob. cit., pp. 43 y ss.

⁸³ Así, LEANDRO advierte que «è possibile que la questione medesima sia risolta nel senso della validità del matrimonio in base ad una decisione straniera che benefici di riconoscimento automatico di ostacolare quest'ultimo (sia pur nei limiti del giudizio sul divorzio) per una difesa strenua di ciò che la *lex fori* preveda in astratto a propósito di quel matrimonio...» Leandro, Antonio, comentario al art. 13 del Reglamento, en «Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale», ob. cit., p. 1.521.

⁸⁴ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. I. p. 471; L. D'AVOUT, «État Civil constitué à l'étranger et method communautaire de reconnaissance», en *Journal du Droit International*, Clunet, 2009. pp. 203 a 216; E. JAYME y C. KOHLER, «Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip Statt IPR, *Iprax*, 2001. pp. 501 a 512; Ch. PAMBOUKIS, «La renaissance-metamorphose de la méthode de reconnaissance», en *Revue Critique de droit International Privé*, Dalloz, núm.3, 2008. Pp. 513 a 560; G.P. ROMANO, «La bilateralité éclipsé par l'autorité», en *Revue Critique de Droit International Privé*, núm. 3, 2006. Pp. 457 a 519.

⁸⁵ Ch. PAMBOUKIS, «L'acte public en droit international privé», en *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, Paris, 1993.

⁸⁶ A este respecto, G.P. ROMANO, «La bilateralité éclipsé par l'autorité», ob. cit., 488, el cual sigue los pasos ya dados por Pierre Callé en su trabajo «L'acte public en Droit International Privé». pp. 168 y ss. En la doctrina española, la profesora Orejudo

- En tercer lugar, existen situaciones que aparecen creadas más allá de las fronteras del Estado del foro, por decisiones no judiciales, a las que se asigna un efecto igualmente constitutivo, como a las anteriores, pero a las que la doctrina reserva un modelo distinto del reconocimiento, quizás por la participación preeminente que los particulares tienen en la producción de tal efecto. Respecto de estas situaciones, se dice, el enfoque tradicional no resultaría adecuado, pues no es necesario localizarlas en un Derecho determinado; ya se encuentran localizadas en el ordenamiento en el cual han sido creadas, tomando como referencia los presupuestos de validez que ese ordenamiento suministra.

A este respecto, podemos citar la posición peculiar de Picone, el cual entiende por situación formalmente extranjera la que surge por aplicación de reglas arbitradas y generales de un derecho distinto del del foro, como por ejemplo, el derecho de guarda atribuido *ex lege* por la ley de la anterior residencia habitual del menor o toda aquella situación que encuentra su fuente de regulación inmediata, cualquiera que sea la ley que lo rijan, en un órgano público extranjero.

Picone nos da tres directrices fundamentales de su método de reconocimiento por identificación del ordenamiento competente, que son las siguientes: 1) En primer lugar, la finalidad de la técnica es la de adoptar el punto de vista extranjero acerca de la existencia, validez y efectos de una situación dada –nuestra situación sujeta a cuestión previa, e. g.– en ese mismo ordenamiento. 2) En segundo lugar, el ordenamiento se toma como un «todo», es decir, como un conjunto global de normas, sin razonarse exclusivamente a través de las normas de conflicto. Y 3) El correctivo de orden público internacional funciona también globalmente, sustituyendo a cualquier otro modelo de control de requisitos de validez.⁸⁷

Las autoridades del Estado de reconocimiento no pueden desconocer que la autoridad que adoptó la decisión en cuestión aplicó, no solo sus propias normas de competencia judicial internacional sino también sus propias normas de conflicto, que le habrán conducido previsiblemente a aplicar la *lex magistratus*, cuando menos a la forma, y a alguno de los requisitos sustanciales de validez material del acto. Para estas situaciones, entre las cuales se encuentra el matrimonio celebrado por autoridad,⁸⁸ el enfoque que hoy se viene considerando como más adecuado es el del reconocimiento por identificación del ordenamiento competente o de la situación creada en el extranjero.⁸⁹ La técnica del reconocimiento de la situación creada en el extranjero es fruto de ya añejas creaciones doctrinales, como la construcción anglosajona conocida como la *Foreign Court Theory*, asociada a la técnica del doble reenvío o del «reenvío total», aplicada por primera vez en la jurisprudencia británica en el caso *Collier vs. Rivaz* (1841), y después, sucesivamente, entre otras, en los celebres casos *In re Annesley* (1926), *In re Ross* (1930), *In re Askew* (1930), *In re O'Keefe* (1944), *In re Duke of Wellington* (1947), *In re C.W. Addams* (31 julio

Prieto de los Mozos sigue también una concepción extensa de la teoría que llama «método de reconocimiento por remisión al ordenamiento jurídico competente» concluyendo que la presencia de cualquier autoridad operaría como una vinculación objetiva del matrimonio a un determinado ordenamiento jurídico. Vid. «La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español», ob. cit., p. 255.

⁸⁷ P. PICONE, «I conflitti tra metodi diversi di coordinamento tra ordinamenti», en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1999, núm. 2. Pp. 327 a 362. Idem., «Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en Droit International Privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1999, Tomo 276, pp. 9 y ss.

Sobre la aplicación del pensamiento de *Picone* a los efectos de coordinar los Derechos de los Estados de procedencia y de destino del menor en la adopción internacional, Vid. M.S. NAJURIETA «Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional» Academia nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina (2004).

⁸⁸ La doctrina española especializada ha aceptado que el matrimonio *in facto esse* es un verdadero y propio acto de jurisdicción voluntaria, si bien con una serie de peculiaridades que determinan sea estudiado separadamente de tales actos. Vid. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., p. 308; R Arenas García, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo derecho internacional privado español*, ob. cit., p. 183. De Miguel Asensio precisa que lo que constituye un acto de jurisdicción voluntaria es el acto de celebración del matrimonio, que tiene la singularidad de que no concluye con una «decisión», a diferencia del expediente previo a la celebración, que sí culmina con una decisión. Vid. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, Eurolex, 1997. p. 32.

⁸⁹ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. I, pp. 471–472

1985), algunas concepciones ligadas al unilateralismo introverso,⁹⁰ como la teoría de la situación creada y agotada en el extranjero, de *Philippe Francescakis*,⁹¹ entre otras.⁹²

Sin embargo, el reconocimiento de la libertad de circulación en el Derecho Comunitario, al máximo nivel normativo, ha dado una fuerza inesperada a la vieja idea de que el Derecho Internacional Privado tiene como misión la de garantizar la continuidad de las situaciones y relaciones jurídicas.⁹³

No ha resultado ser una objeción insuperable para el método de reconocimiento, el de que su empleo puede llegar a hacer «competentes» a más de un ordenamiento, pues ello se traduce, tanto desde la perspectiva del *favor matrimonii* como desde un enfoque más orientado al *favor divortii*, en la indagación de si el matrimonio en cuestión puede ser ajustado a cualquiera de los ordenamientos que presentan vocación de ser aplicados.⁹⁴

A las ventajas que ello tiene en el plano de la validez extraterritorial de decisiones, se suma la mayor eficacia en la evitación del alumbramiento de situaciones claudicantes y la continuidad en el espacio del estado civil.⁹⁵

5. La cuestión del reconocimiento de las situaciones creadas en el extranjero, en el Derecho comunitario

34. El método del *reconocimiento de las situaciones creadas en el extranjero* no excluye frontalmente el control conflictual, sino que opera de distintas maneras: bien suprimiendo el conflicto móvil, con lo que se reconoce validez y efectos a la situación nacida bajo el imperio de la ley que regía la situación privada internacional antes del cambio de la conexión, bien mediante el desplazamiento del control conflictual del Estado de reconocimiento al de origen.

Un ejemplo de lo primero, presente en nuestro propio derecho interno, lo tenemos en el art. 9.1.II del Código Civil, que determina la irrelevancia del cambio de ley personal para quienes ya hayan adquirido la mayoría de edad –y por lo tanto la plena capacidad o la capacidad de obrar básica prevista en ese ordenamiento– según su ley personal anterior al cambio. Dentro del Derecho comunitario, encontramos el empleo de la misma técnica normativa, la supresión del conflicto móvil, en el art. 16.3 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.

Según este precepto, «La responsabilidad parental existente según la ley del Estado de la residencia habitual del niño subsiste después del cambio de esta residencia habitual a otro Estado». Con el mismo se garantiza la continuidad de la relación jurídica entre padres e hijos en punto a la titularidad de la responsabilidad parental, lo que no impide a los Estados contratantes, más adelante, al abordarse el régimen del *ejercicio* de esa responsabilidad parental, mantener la relevancia del cambio de residencia habitual del menor. (Art. 17 del Convenio)

Mucho más elaborada es la construcción del desplazamiento del control conflictual al estado de origen o Estado en el que se ha creado la situación controvertida. Su adopción por las distintas unidades políticas federadas en un espacio judicial único puede perseguir, según explica *Picone*, una finalidad perfectamente comprensible en ese marco del espacio único, a saber, conjurar el riesgo de que una situación dada, «...venga in essere una situazione giuridica «claudicante»»⁹⁶

⁹⁰ Ver, al respecto, la bibliografía más antigua citada en el trabajo de G.P. ROMANO, «La bilateralité éclipsé par l'autorité», en *Revue Critique de Droit International Privé*, ob. cit., núm. 3, 2006. pp. 457-519.

⁹¹ Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en Droit International Privé*, 1.968. Id., «Conflits de lois (principes généraux)», Encyclopédie Dalloz, Droit International, vol. I, París, 1968. pp. 470 y ss.

⁹² A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. I, pp. 354 y 472.

⁹³ M. GUZMÁN ZAPATER, «Sobre la función del Derecho Internacional Privado y técnicas de reglamentación», en *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio Diego González Campos*, Universidad Autónoma de Madrid & Ed. Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1.626–1.628.

⁹⁴ Y es que, según explica ARENAS GARCÍA, la exigencia de la concreción de un solo ordenamiento aplicable es propia del acercamiento conflictual, pero no de las técnicas basadas en el reconocimiento. Vid. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, ob. cit., p. 185; Vid. P. PICONE, *Ordinamento competente e Diritto Internazionale Privato*, Cedam, 1986. Pp. 242 y ss.

⁹⁵ P. PICONE, ob. cit., pp. 243-248.

⁹⁶ P. PICONE, ob. cit., p. 244.

35. La comunitarización del Derecho Internacional Privado tiene mucho que ver con la creciente recepción del método de reconocimiento de situaciones creadas en el extranjero, en el Derecho positivo de los Estados.⁹⁷ Como ha explicado la profesora Quiñones Escámez, al excluirse el control conflictual en el propio Estado del foro, que se desplaza hacia el Estado de origen, el sistema se adapta a la exigencia de un alto grado de confianza mutua entre Estados.⁹⁸ Una confianza tan elevada como la que está justificando el acogimiento del modelo del antirreconocimiento/antiexequátur en varios Reglamentos comunitarios, y que parte de la premisa de considerar válida una situación jurídica si se ajusta al derecho del Estado en que ha nacido de forma regular.

De hecho la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno al reconocimiento por parte de los Estados de la Unión, del nombre y apellidos que un sujeto tiene ya atribuidos conforme la legislación de otro Estado,⁹⁹ apuntaba claramente en esa misma dirección, y va más allá de una relación horizontal –de confianza– entre Estados, pues conecta con un derecho subjetivo, a saber, el derecho del ciudadano a ostentar la misma identidad en cualquier punto del territorio de la Unión.¹⁰⁰ En este sentido, como ha expuesto Lagarde, la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho Internacional Privado de los Estados podría llegar a suponer un desplazamiento del problema de la duplicidad o multiplicidad de nombres de un mismo ciudadano en distintos Estados, desde la órbita conflictual de la validez extraterritorial de decisiones.¹⁰¹

Por su parte, Jayme ha defendido que, una vez registrado un matrimonio en un Estado Miembro de la Unión Europea, el problema debe trasladarse desde el marco del conflicto de leyes al del reconocimiento de una situación creada en el extranjero.¹⁰² Este desplazamiento del problema es coherente con las numerosas sentencias del Tribunal de Justicia que han puesto de manifiesto que, si bien los estados son soberanos para articular sus propios sistemas conflictuales en la forma que mejor realización se dé a sus particulares intereses de política legislativa, tales peculiaridades no pueden poner en peligro las

⁹⁷ Para España, merece ser citado el desplazamiento del control conflictual al Estado de origen que se opera en materia de reconocimiento de efectos a las decisiones extranjeras protectoras de menores distintas de la adopción (art. 34 de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional adopción internacional) aunque en cambio se mantiene un riguroso control conflictual para la admisión de efectos de la adopción simple (art. 30.1) que revela una postura defensiva del Derecho español frente a determinadas instituciones que se consideran alejadas de los valores presentes en nuestro propio sistema. La generalización del método conflictual hubiera experimentado un impulso significativo si hubiera llegado a convertirse en Ley el malogrado Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria del Gobierno socialista. Criticable en muchos aspectos, el proyecto mantenía una concepción flexible del reconocimiento de actos extranjeros, con un control de competencia articulado en función de los propios foros del Estado de la autoridad de que ha emanado el acto y una verificación de la validez sustancial limitado al control de orden público internacional. (Art. 11 del Proyecto.)

⁹⁸ Mutua confianza que si bien es deseable en el entorno europeo, reconoce la propia autora que no es frecuente en el ámbito material al que se refiere su trabajo, la maternidad subrogada. Vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 3/2009, julio de 2009. p. 26.

⁹⁹ En efecto, la argumentación incorporada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a su Sentencia de 14 octubre 2008, caso Grunkin-Paul, se encuentra alineada con ese respeto a la situación –en este caso, la identidad como manifestación del *status civilis* el sujeto– creada y reconocida en el extranjero. En particular, todo niño tiene derecho a una razonable continuidad y preservación de los aspectos que configuran su identidad: así lo proclama el art. 8.1 de la Convención de Nueva York de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, estableciendo que «Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.» La misma idea de perennidad o continuidad en el nombre de la persona, que vemos en la Sentencia del caso Grunkin-Paul, había venido tomando forma en otros pronunciamientos anteriores del Tribunal, señaladamente en las sentencias del TJUE de 30 de marzo de 1993, caso *Konstantinidis* y 2 de octubre 2003, caso *García Avello*.

¹⁰⁰ A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Ciudadanía europea, doble nacionalidad y cambio de apellidos de los hijos: Autonomía de la voluntad y conflicto positivo de nacionalidades de dos Estados Miembros», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 2004. Pp. 203 y ss.; Idem, «Derecho comunitario, Derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellido: ¿Un orden público europeo armonizador?», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004. Pp. 507 y ss.

¹⁰¹ Para el profesor LAGARDE, la solución apropiada sería dejar a los Estados Miembros de la Unión libertad de crear normas en materia de atribución del apellido, normas materiales y de conflicto, pero obligarlos a reconocer el apellido que haya sido atribuido a una persona en otro Estado Miembro para evitar la generación de un obstáculo a la libre circulación y residencia del ciudadano comunitario. P. LAGARDE, «Du 2 octobre 2003.- Cour de justice des Communautés européennes», en *Revue Critique de Droit International Privé*, 2004. p. 202; Idem, «Developpements futurs du Droit International Privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures», *RabelsZ*, 2004. Pp. 229 y 233.

¹⁰² E. JAYME, «Il Diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con stati terzi», en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2006. p. 356.

libertades comunitarias.¹⁰³ La Profesora Gaudemet-Tallon ha explicado cómo se lesiona la libertad de circulación cuando una situación existente según un ordenamiento jurídico, se reputa inexistente en otro ordenamiento con el que el mismo sujeto resulta mantener algún vínculo real. Si, al cruzar la frontera la persona, no le acompaña la misma situación jurídica que resultaba existir en el Estado de procedencia –e. g., no se considera ya casado con una persona de su propio sexo, o no se le considera padre o hijo adoptivo de otra persona– entonces el sujeto no es libre de trasladarse del primer Estado al segundo, por los perjuicios que podría irrogarle la *inexistencia* de aquella situación en el Estado de destino.¹⁰⁴

Así, para dos varones casados entre sí, que en un momento dado se trasladan desde el estado donde habían celebrado válidamente su matrimonio, hasta un Estado donde tal unión no se admite, porque no existe según el Derecho del mismo, solo pueden sufrir perjuicios, en cuantas ocasiones pretendan ejercer sus derechos, bien en el plano *interno* de la relación, accionando entre sí para obtener la separación o el divorcio, o reclamándose alimentos, o bien en las relaciones *ad extra*, obteniendo el reconocimiento de ayudas del sector público, regímenes fiscales especiales, el reconocimiento de la actuación del *ius puniendi* en su más represiva y protectora versión, en los casos de *malos tratos entre cónyuges*, u otros derechos que en este Estado se asocian a la existencia de un «matrimonio válido.»¹⁰⁵

IV. El desplazamiento del concepto de matrimonio al «ordenamiento competente»

1. El artículo 13 del Reglamento y la selección de la norma de conflicto aplicable

36. Como consecuencia de la relación que mantiene el art. 13 que comentamos con la cuestión de la *selección de la norma de conflicto aplicable*, es llano que opera en un momento muy anterior al de la selección de la *aplicación de la ley material escogida*. Su finalidad no es la de corregir la ley extranjera, porque su operatividad es previa a la identificación del sistema conflictual que va a utilizarse para la individualización de la ley material. Así, teniendo presente la estructura que conocemos de la norma de conflicto, con el punto de conexión haciendo de enlace entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, podemos decir que el art. 13, sin negar que pueda servir de cauce defensivo a valores fundamentales del orden comunitario,¹⁰⁶ interviene en la calificación de la situación privada como matrimonio, es decir, en el momento de la *concreción del supuesto de hecho*, y no en el ámbito de la aplicación de la consecuencia jurídica.

De ahí que no podamos aceptar que el orden público internacional deba tener intervención alguna en este momento preliminar de la tarea intelectual del operador jurídico. El orden público internacional interviene en un momento posterior de la tarea aplicadora del Juez, en el plano de la consecuencia jurídica de la norma de conflicto, lo que no dará lugar a la exclusión de la aplicación de Reglamento 1259/2010, sino a la selección de la ley material que, con respeto a la conexión pertinente, proporcione –incluso con remisión a la ley del foro– la apropiada respuesta jurídico material a la/s pretensión/es deducidas en el proceso, en forma tal que respete los derechos fundamentales de los cónyuges y en particular, los reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹⁰³ SSTJUE de 30 de marzo de 1993, caso *Konstantinidis*; de 2 de diciembre de 1997, caso *Dafeki*; de 23 de noviembre de 2000, caso *Elsen*; de 9 de marzo de 1999, caso *Centros*; de 5 de noviembre de 2002, caso *Überseering*; de 30 de septiembre de 2003, caso *Inspire Art.*; de 2 de octubre de 2003, caso *García Avello*; 14 octubre 2008, caso *Grunkin-Paul*, entre otras.

¹⁰⁴ H. GAUDEMÉT-TALLON, «De l'utilité d'une unification du Droit International Privé de la famille dans l'union européenne?», en *Estudos em homenagem á Isabel de Magalhaes Colago* (Coimbra 2002). Pp. 159 a 185.

¹⁰⁵ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II. P.; id, «Derecho Internacional Privado y matrimonio entre personas del mismo sexo», ob. cit., pp. 59-61.

¹⁰⁶ Así lo afirma LEANDRO al abordar su análisis del art. 13: «Il risultato ottenuto attraverso la soluzione della questione preliminare ai sensi dell'art. 13... mira a proteggere taluni valori delforo ritenuti fondamentali dal regolamento, anche l'a dove emergano in sede di questioni preliminari.». A. LEANDRO, Comentario al art. 13 del Reglamento, en «Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale», P. FRANZINA, (Coord.) en *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam. pp. 1.518 a 1.523.

2. Matrimonio «inexistente», matrimonio «claudicante» y matrimonio «válido». «Existir *en*» y «existir *según*»

37. Tras el examen de las consideraciones anteriores, podemos concluir que la problemática originada por las figuras de uniones matrimoniales no comunes a los distintos Estados Miembros participantes, principalmente los matrimonios entre personas del mismo sexo y los matrimonios poligámicos, debe resolverse aunando las viejas enseñanzas del genial Francescakis, las modernas elaboraciones del método de reconocimiento por identificación del ordenamiento competente, la potencialidad del principio del *favor divortii* que late en este Reglamento 1259/2010, la proclamación del derecho de los ciudadanos europeos a la libre circulación (art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y el espíritu europeo favorable a la plena integración de la población inmigrante. Ello sin olvidar la pauta interpretativa básica que impone el Considerando (26) del Reglamento, que transmuta en «Existencia» lo que, en la literalidad del art. 13, era «Validez».

Debemos a Leandro haber advertido una diferencia relevante en la redacción del Considerando (26) del Reglamento, en distintas versiones lingüísticas de los Estados de la unión, que puede afectar de manera decisiva a la interpretación y a la operatividad del art. 13 del Reglamento, pues mientras algunas versiones se refieren a un matrimonio existente «*en*» el Derecho del Estado del foro, otras, como la italiana –y la española– aluden, mucho más acertadamente, a un matrimonio *existente* «*según*» ese ordenamiento.¹⁰⁷ Para nosotros, la fórmula utilizada en las versiones española e italiana, matrimonio existente «*según*» el Derecho de un Estado, supone un llamamiento *a su entero Derecho Internacional Privado*, en orden a determinar si los Jueces de ese Estado podrían asumir un concepto de matrimonio propio de otro ordenamiento, a saber, del Estado en que los sujetos de la relación jurídica constituyeron la unión conyugal en torno a la cual se nuclea su proyecto vital y su familia. Ese llamamiento global al Derecho Internacional Privado comprendería la técnica del reconocimiento de situaciones creada en el extranjero, tal y como vega siendo efectivamente entendida y aplicada por sus autoridades.

38. Por tales razones, entendemos que, siguiendo los pasos del propio Reglamento 1259/2010, que distingue, aunque solo sea para referirse a la cuestiones excluidas de su campo de aplicación, entre *existencia* y *validez* de un matrimonio (art. 1.2 b del Reglamento), no podemos dar el mismo tratamiento a un *matrimonio inexistente* y a un *matrimonio celebrado válidamente en el extranjero que ha desplegado sus efectos propios, personales y/o patrimoniales, fuera del estado del foro e incluso fuera del entorno comunitario*.

La referencia que efectúa el Considerando (10) a las normas de conflicto (*conflict-of-laws rules*) «*norme di conflitto*», «*règles de conflit de lois*», «*normas de conflito*», «*Kollisionsnormen*») debe considerarse realizada al Derecho Internacional Privado en sentido extenso de los Estados Miembros participantes, pues no era evidentemente el propósito latente en el art. 13 del Reglamento, limitar las opciones metodológicas de las autoridades nacionales, cuando se opta decididamente por no imponerles un concepto material de matrimonio¹⁰⁸ y por otro lado, pese a las extensas posibilidades del art. 65 del Tratado de la Unión Europea, no creemos que las instituciones puedan, hoy por hoy, condicionar el contenido de las normas de aplicación más básicas y generales de los ordenamientos estatales con inciden-

¹⁰⁷ Aunque LEANDRO no pretendía apoyar la construcción del reconocimiento, su observación es de lo más acertada: en la redacción inglesa del *Regulation* 1259/2010, el Considerando núm. (26) dice «does not exist in the law of the Member State»; en el *Règlement* francés, «n'existe pas dans la loi de cet État membre»; en la versión del *Regolamento* italiano se utiliza la expresión, «matrimonio che non esiste secondo la legge di tale Stato membro», y es esta literalidad la que se corresponde con la alocución española «...ese matrimonio no existe según la ley de tal Estado Miembro.» Vid. A. LEANDRO, comentario al art. 13 del Reglamento, en «Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale», ob. cit., p. 1.521.

¹⁰⁸ Adviértase que la operatividad de la norma de conflicto sobre el concepto material que hayan de suministrar los Estados, no es una solución nueva. Fue la acogida en el malogrado Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre el reconocimiento y la validez de matrimonios, cuyo art. 12 dispone que «Les règles de ce chapitre s'appliquent même si la question de la reconnaissance de la validité du mariage doit être trahcée, a titre incident, dans le contexte d'une autre question. Toutefois, ces règles peuvent en pas être appliqués lorsque cette autre question est régie, d'après les règles de conflit de los du for, par le droit d'un Etat non contractant.» Vid. A. MALSTROM, «Explanatory Report, «Actes et documents de la Trezieme Session. La Haya, 1978, Bureau Permanent de la Conference de La Haya de Droit international Privé, Tomo III (Marriage). pp. 289–314.

cia en el sector privado internacional.¹⁰⁹ De ahí que no nos sintamos constreñidos a tomar posición, en este apartado final del Capítulo, por un sistema otro; aunque sí apuntaremos que el reconocimiento por parte de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del «derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio» (art. 9 de la Carta) conecta mejor con el método de reconocimiento por remisión al ordenamiento competente, método que, partiendo de una sólida presunción de validez del matrimonio,¹¹⁰ se centra en localizar las leyes con arreglo a las cuales se ha celebrado el acto *in facto esse* y se ha desarrollado la unión jurídica *in fieri*.

En este caso, la contemplación del *ius connubii* como derecho fundamental tiene que hacer posible la disolución de tal matrimonio, no enteramente inexistente, y al que, por otro lado, ya se ha expuesto con suficiente extensión, se le han reconocido dentro del territorio europeo importantes efectos, tanto en sede de Derecho privado (filiación, alimentos, sucesiones) como en el plano jurídico público (Seguridad Social, sanidad pública)

Con independencia de las razones que se pueden esgrimir desde el Derecho Comunitario, los jueces españoles vienen obligados a mantener un posicionamiento concreto de tuición y amparo ante cualquier situación de desprotección que suponga una falta de igualdad de los cónyuges en el matrimonio, deber jurídico que proviene del art. 39 en relación con el art. 9.2 de la Constitución Española. Preguntémosnos cuál será el nuevo estatuto jurídico de la demandante que, merced al alcance que podamos dar al *ius connubii*, puede desligarse de un vínculo que no le proporciona igualdad ni seguridad, ni una razonable reciprocidad en cuanto al deber por ella misma asumido de fidelidad y lealtad al esposo demandado.

Pues bien, en las circunstancias que se han dejado expuestas, si no existe razón alguna para descartar la validez, por otros motivos, del matrimonio poligámico válido según la *lex loci celebrationis* o según la Ley del Estado de nacionalidad común de ambas partes, donde desplegó todos sus efectos, creemos que sería forzoso, según cuanto enseñaba *Francescakis*, dar validez a tal unión a los efectos de permitir a la esposa desligarse del vínculo.

39. Por lo que se refiere al matrimonio entre personas del mismo sexo, los Estados Miembros que adopten un método de reconocimiento por referencia al ordenamiento competente, no tendrían dificultad para aceptar que están en presencia de un verdadero y propio patrimonio, siempre que los consentimientos se hayan otorgado entre personas consideradas como capaces en el lugar en que se celebró y en el momento en que efectivamente prestaron tal consentimiento, ante autoridad competente *según sus propios foros de competencia judicial internacional*, y ajustándose a cualquiera de las formas admitidas por la *lex loci celebrationis*.¹¹¹

3. Las razones para el modelo de reconocimiento

40. Aunque pueda parecer una paradoja, solo una potenciación del *favor matrimonii* en el momento liminar de la fase de aplicación del Derecho puede conducir a un resultado acorde con el *favor divortii*. Solo si utilizarnos un sistema flexible y acorde con la multiculturalidad que caracteriza la realidad social en que nos movemos, podemos llegar a utilizar un concepto amplio de matrimonio (*favor matrimonii*) que permita dar satisfacción a ese *ius connubii* que hoy goza de reconocimiento como derecho fundamental (art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) más allá de las Constituciones de los Estados (art. 32 de la Constitución).

Son varias las razones que nos determinan a postular la necesidad del acogimiento, por todos los Estados Miembros de la Unión Europea, del modelo de reconocimiento de la situación creada en el extranjero:

¹⁰⁹ A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam», en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 1999. Pp. 383 a 426, especialmente 392; S. LEIBLE y A. STAUDINGER, ANSGAR, «El artículo 65 TCE: ¿Carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal?», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 1, 2001. Pp. 89 a 115.

¹¹⁰ Aunque esta presunción también es compatible con la adopción del método conflictual. Vid. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., p. 258.

¹¹¹ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., pp. 299–300.

- 1) En primer lugar, una exigencia de orden dogmático vinculada al valor de la seguridad jurídica en el marco del conflicto de leyes, a saber, la necesidad de respetar las situaciones jurídicas nacidas y agotadas en el extranjero, cuando tales situaciones se ven conectadas de alguna manera con el Estado del foro.
- 2) En segundo lugar, la consideración del principio de *favor divortii* que dentro del respeto a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad que justificaron la iniciativa de una Propuesta de Reglamento 1259/2010, impone una interpretación extensiva del concepto de «matrimonio válido». Desde este punto de vista, no es descabellado sostener que un matrimonio claudicante, es decir, válido en el Estado en el que se celebró y con arreglo a cuya legislación fue autorizado, aunque inválido en el Estado del foro, debe poder ser disuelto en este último si existe una conexión mínima entre tal Estado y los cónyuges; muy especialmente cuando esta conexión se traduce en una residencia habitual actual de ambos esposos o de uno de ellos en ese Estado, en el momento en que se presenta la demanda.
- 3) En tercer lugar, el prisma de la indagación del ordenamiento competente con arreglo al cual se he celebrado y por el que se rige la unión conyugal, permite alcanzar un concepto funcional y extenso de «matrimonio», que hace posible la protección –a través de la acción de divorcio– de la parte más débil de la relación. En este sentido, Leandro ha escrito que «Non si può`escludere l'eventualità che un'esigenza di protezione nasca anche in un caso di divorzio. Si pensi alla domanda di scioglimento di un matrimonio poligámico rregolato dalla legge straniera presentata dinanzi al foro di un Stato membro partecipante dalla donna che subisce maltrattamenti dal marito e all'applicazione di una legge che che le consente di divorziare per tali ragioni. In vista della protezione dei diritti della donna, è da supporre che il foro possa pronunciare il divorzio, anche se la sua legge non considera valido il matrimonio.»¹¹² No podemos ocultar que este enfoque resulta particularmente valioso desde el prisma de la protección de la mujer casada con varón polígamo, pues se limita a constatar que existe matrimonio con arreglo al «ordenamiento competente» sin que ello suponga lesión alguna de los derechos de la mujer demandante reconocidos en la Carta y en los demás instrumentos de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.

Por último, la estimación de las demandas que puedan presentarse en el territorio de la cooperación reforzada, encaminadas a disolver los referidos matrimonios, puede erigirse en un eficaz instrumento de integración de la población inmigrante.

La cesación del efecto principal y nuclear del matrimonio avanza, en los casos aquí analizados, en el sentido de salvaguardar el modelo matrimonial que los Estados de la Unión consideran ligado a sus principios fundamentales, es decir, al orden público internacional de cada Estado. Los inmigrantes que están ligados entre sí por un segundo o ulteriores matrimonios y que mantengan con la Unión una conexión reconducible a alguno de los foros del art. 3 del Reglamento 2201/03, darán un paso a favor de su propia integración al deducir la petición de divorcio.

La solución que proponemos, de admitir el divorcio de personas ligadas en matrimonio válido según otros ordenamientos, se encuentra alineada con el derecho a la libertad de circulación, en cuanto permitirá a las mujeres casadas con varón polígamo salir de la esfera de «lo claudicante» y adquirir un *status civilis* que pueda ser reconocido en toda Europa. Por lo que se refiere al supuesto derecho de los ciudadanos comunitarios europeos a mantener el mismo estado civil en cualquier punto del territorio de la unión, es indudable que no hay un tal derecho así formulado, ni en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹¹³ ni en el Reglamento 1259/2010; pero la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el nombre y apellidos de ciudadanos comunitarios, apunta en ese sentido. El reconocimiento del derecho de todo nacional de un Estado Miembro de llevar su nombre allí donde se encuentre, sin que ese derecho pueda verse lesionado por las normas de conflicto

¹¹² A. LEANDRO, comentario al art. 13 del Reglamento, en «Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale», ob. cit., p. 1522.

¹¹³ DOUE C364 de 18 diciembre 2000.

de cualquier Estado donde pretenda inscribirse o ejercer otros derechos, nos habla de un *status civilis* único para todo el territorio de la Unión. Y esto tiene que significar que todo sujeto válidamente casado en Europa con persona de su propio sexo, tiene derecho a que se le reconozca esa misma condición en los demás Estados de la Unión, *aunque no sea ciudadano comunitario*, pues, en otro caso, se conculcaría el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

V. Matrimonio islámico y cuestión previa

41. Careciendo, tanto el Reglamento 2201/03 como el Reglamento 1259/2010, de un concepto propio de matrimonio, esta cuestión debe tratarse en cada Estado Miembro como una «cuestión preliminar» o «cuestión previa»¹¹⁴ que, en tanto no se acometa la conformación de un concepto autónomo que facilite la aplicación uniforme de tales textos, deberá resolverse conforme al método conflictual que en el sistema jurídico de cada Estado.¹¹⁵

Aunque es indudable que la fórmula del Considerando (10) del Reglamento sugiere una remisión a la cuestión previa como «conexión independiente», regida por el sistema conflictual del Estado del foro,¹¹⁶ creemos que no es descabellado interpretar la alocución «normas sobre conflicto de leyes» en sentido extenso, como remisión al Derecho Internacional Privado de un Estado como un «todo», de manera que los Estados Miembros participantes conserven el protagonismo y la autonomía que el legislador comunitario quiso conferirles al renunciar explícitamente a incorporar un concepto autónomo de matrimonio en el Reglamento (arts. 1.2 b) y 13 del Reglamento). Ello autoriza a admitir, tal como hemos defendido en el Capítulo V de la Parte Primera de esta obra, que las autoridades de los Estados Miembros participantes son dueños de utilizar, a los efectos de resolver esa cuestión previa la de la existencia de matrimonio, una técnica conflictual pura o bien a cualquiera de las numerosas técnicas o construcciones doctrinales asociadas al reconocimiento de situaciones creadas en otro ordenamiento, según las posiciones mantenidas a lo largo de la historia del Derecho Internacional Privado, desde atalayas no demasiado distantes unas de otras¹¹⁷ formuladas por Mayer,¹¹⁸ Francescakis,¹¹⁹ Romano,¹²⁰ Picone,¹²¹ entre otras figuras prestigiosas de esta rama del Derecho.

La praxis desarrollada por los Estados de la Unión desde la adopción del Reglamento 1347/2000 de 29 de mayo de 2000, que planteaba la misma problemática, permite sostener para el futuro las más oscuras opiniones cara a las demandas relativas a la disolución, por divorcio, de uniones poligámicas. Se viene considerando, en efecto, que el segundo matrimonio de una mujer musulmana con un varón polígamo, con independencia de las estipulaciones que hayan podido suscribir en el momento generativo de la unión, cara a mantener, adquirir o modificar sus posibles estatutos poligámicos, no es un matrimonio, o bien se considera que es un matrimonio «nulo» por aplicación de las normas de conflicto del Estado del foro, concluyendo que «Un matrimonio nulo no puede disolverse por divorcio.»¹²²

¹¹⁴ Cfr. R. BARATTA, «Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato», Milán, 2004. Pp. 155 a 158; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y F. SEATZU, «Normas de competencia judicial internacional en la Propuesta de Reglamento 1259/2010», ob. cit., pp. 570 y 571.

¹¹⁵ Parece claro que el método conflictual es el mayoritario en los estados de la unión. Vid. P. HAMMJE, «Le nouveau Règlement UE n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», ob. cit., pp. 291 a 338.

¹¹⁶ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. I. p. 339 y 340.

¹¹⁷ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. I. p. 472 y 473.

¹¹⁸ Vid. P. MAYER, «Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé», en *Le Droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005. Pp. 547 a 573.

¹¹⁹ Vid. Ph. FRANCESKAKIS, *Le théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, París, Sirey, 1958

¹²⁰ Vid. G.P. ROMANO, «La bilateralité éclipsé par l'autorité», en *Revue Critique de Droit International Privé*, núm. 3, 2006. Pp. 457 a 519.

¹²¹ Vid. P. PICONE, «I conflitti tra metodi diversi di coordinamento tra ordinamenti», en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1999, núm. 2. pp. 327 a 362; P. PICONE y B. UPENDRA, «Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en Droit International Privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1999, Tomo 276, pp. 9 y ss.

¹²² Cfr. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y F. SEATZU, FRANCESCO, «Normas de competencia judicial internacional en la Propuesta de Reglamento 1259/2010», ob. cit., p. 571.

Sin embargo, ya hemos expuesto nuestro criterio de que el art. 13 del Reglamento no impone necesariamente, cuando se refiere a las «legislaciones» de los Estados Miembros participantes (*law, loi, legge, lei*), una búsqueda del concepto de matrimonio en la ley material, a modo de calificación *lege fori*, pues ello lesionaría el principio de proporcionalidad que rige las actuaciones comunitarias en materia de cooperación y Derecho de familia. La técnica del control de validez del matrimonio por vía de identificación del «ordenamiento competente»¹²³ haría posible el reconocimiento como verdaderos matrimonios, a los efectos de hacer aplicación de los Reglamentos 2201/03 y 1259/2010, de las segundas y sucesivas uniones conyugales de una mujer con el varón polígamo, propias de la mayor parte de los Derechos de cuño musulmán. No debiera considerarse como una objeción seria el dato, que consideramos inexacto, de que estamos ante uniones familiares formadas por más de dos personas, pues la poligamia es una cualidad que solo se predica respecto del varón, el único que se ve implicado en una pluralidad de relaciones personales. La relación matrimonial es perfectamente bilateral desde la óptica de cada una de las mujeres, las cuales están unidas en matrimonio a una sola persona, pues no están vinculadas entre sí, ni la *lex religiosa* del Islam asigna una finalidad singular a la convivencia de varias mujeres bajo el mismo techo.

Leandro, sin tomar explícitamente partido por la construcción del «ordenamiento competente» – en realidad tan mal comprendida en la doctrina italiana como en la española – se muestra flexible en este orden de cuestiones, proponiendo que se atribuyan a al Juez facultades apropiadas para reputar existente el matrimonio, a los efectos del procedimiento, tal como dispone el art. 13, cuando la situación privada internacional no tiene un ligamen estrecho con el ordenamiento del foro: «Il giudice protrebbe subordinarsi l’interesse delle parti a quelli del proprio ordinamento anche quando la fattispecie nel suo insieme non ha legami significativi con esso: il risvolto emerge quando la questione preliminare è sottoposta a una legge straniera che ritenga valido il matrimonio.»¹²⁴

El proyecto de Reglamento 1259/2010 incluyó entre sus propuestas una reforma del régimen de los foros de competencia judicial internacional en materia de separación y divorcio, que permite a los cónyuges elegir el tribunal competente para conocer sus demandas sobre esas materias, con exclusión, en cambio de toda intervención de la autonomía de la voluntad en materia de nulidad matrimonial.¹²⁵ La finalidad de la reforma era corregir determinados efectos anómalos propios de la normativa contenida en el Reglamento 2201/2003, principalmente la cristalización de los foros por referencia al momento de la presentación de la demanda, lo que al tiempo que fomentaba el forum shopping, al incitar a las partes a la búsqueda del foro más conveniente a sus intereses, desincentivaba cualquier iniciativa de circulación por el suelo europeo.¹²⁶

42. Parece claro que los Estados de la Unión que vienen manteniendo una postura irreductible al negar la validez de los matrimonios poligámicos que se pretendan celebrar dentro de su territorio, no van a cambiar de criterio en un futuro próximo. Ningún interés tiene en este lugar la exposición de los numerosos puntos en que los Estados europeo viene reconociendo efectos al matrimonio poligámico, celebrado fuera de su suelo, en el tramo periférico de los derechos o situaciones *ad intra* y *ad extra*, cuestión que debe diferenciarse netamente de los efectos nucleares del matrimonio, que son la inscribibilidad del segundo o ulteriores matrimonios en los Registros Civiles europeos, la posibilidad de adquirir la nacionalidad del cónyuge ciudadano de la unión, por efecto del matrimonio o con un breve periodo de residencia, y el que hemos elegido como objeto de nuestro trabajo, a saber, la posibilidad de accionar ante los tribunales pidiendo la separación o el divorcio.

¹²³ Cfr. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., pp. 183 y ss.

¹²⁴ Cfr. A. LEANDRO, comentario al art. 13 del Reglamento, en «Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale», P. FRANZINA, (Coord.) en *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam. p. 1.521

¹²⁵ Con una postura crítica en cuanto a la exclusión de la autonomía de la voluntad en materia de nulidad, Cfr. J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ, y F. SEATZU, «Normas de competencia judicial internacional en la Propuesta de Reglamento 1259/2010», ob. cit., p. 576.

¹²⁶ Vid. P. MCELEAVY, «The communitarization of divorce rules: What impact for english and Scottish law?», en *International and Comparative Law Quarterly*, 2004. pp. 605 a 642; I. PERIN TOMICIC, «Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union – Jurisdiction, Recognition and Applicable Law», en *Collected Papers of Zagreb Law Faculty*, Vol. 57, Núm 4-5. pp. 847 a 880.

Los partidarios del *método de reconocimiento por referencia al ordenamiento competente* han adoptado la más flexible de las posturas en relación con aquellos caos en que el reconocimiento debe operar en vía incidental, a los efectos de resolver la cuestión previa o cuestión incidental de la existencia de matrimonio, siempre sin perder de vista que, en las versiones lingüísticas más atinadas, el Considerando (26) del Reglamento nos remite a un «existir *según* un ordenamiento», y no a un «existir *en* un ordenamiento». ¹²⁷

En cuanto al impedimento de ligamen, ya hemos concluido en un Capítulo anterior, que, tratándose de matrimonios celebrados fuera del Estado del foro, tal prohibición de un segundo enlace sustituyendo el primero constituye una exigencia regida, no por las leyes personales de los cónyuges, lo que conduciría a una aplicación cumulativa de tales leyes, sino por la ley rectora del matrimonio, que no es otra que la *lex auctoritatis*, determinada por el lugar de celebración del matrimonio. De ahí que no pueda ofrecer dudas la legalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo contraído en España, aunque la ley personal de uno de los contrayentes no admita esta modalidad de unión conyugal; porque tal ley es personal e irrelevante para la autoridad celebrante –la española, *lex magistratus*– como tampoco podemos objetar la posición, mantenida por un sector de nuestra doctrina de que, en defecto de normas de Derecho Internacional Privado en la Ley 13/2005, nuestra propia ley y en particular, el art. 44 del Código Civil, tienen que operar como *lex matrimonii* oculta. ¹²⁸

Por consiguiente, estimamos que los Jueces de los Estados Miembros participantes deben admitir, sustanciar y estimar, cuando proceda, en aplicación de la ley señalada por el Reglamento, las demandas de divorcio deducidas por mujeres casadas con varón polígamo en segundo o ulteriores matrimonios, o por el propio varón polígamo, sin dar entrada al correctivo de orden público internacional hasta el momento en que, determinada con toda certeza la aplicabilidad de una ley extranjera, resulte ser ésta manifiestamente contraria a los principios y valores fundamentales del Estado del foro. Y ello por considerar que se trata de matrimonios válidos en el Estado donde se celebraron o en otro/s Estado/s en que han desplegado los efectos que le son propios, según las leyes nacionales que regulan su ejercicio, tal como dispone el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; que las acciones encaminadas a la disolución de tales segundo y ulteriores matrimonios favorecen la integración de sectores de inmigrantes procedentes de Estados tolerantes con la poligamia.

VI. La aplicación del Reglamento 1259/2010 en los casos de matrimonios del mismo sexo

1. Introducción

43. La apertura del matrimonio a las personas del mismo sexo en Holanda, Bélgica y España planteó tempranamente la duda de si sería aplicable al matrimonio abierto el Reglamento 1347/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones graduales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; y más tarde, si sería aplicable a tales uniones matrimoniales el Reglamento 2201/03 que derogó al primero. En Holanda, la aplicación de ambos Reglamentos comunitarios a las demandas de separación y divorcio deducidas por

¹²⁷ Cfr. A. LEANDRO, comentario al art. 13 del Reglamento, en «Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale», ob. cit., p. 1521.

¹²⁸ Cfr. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional. Actos públicos y hechos (o actos jurídicos) en el Derecho Internacional Privado*, Atelier, 2007, p. 344. C. VAQUERO LÓPEZ, «A propósito de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005 sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2006, pp. 623 a 631. Desde un planteamiento extremadamente simple, el profesor Sánchez Lorenzo postula que «las normas de D.I.Pr. relativas al matrimonio se interpretan ahora de conformidad con este nuevo concepto, lo que es perfectamente consecuente con el principio de calificación *ex lege fori* que se establece en el art. 12.1º del Código Civil. Y este nuevo concepto de matrimonio se integra en preceptos tales como los arts. 9.2º y 3º o 107 del Código Civil, pero también en los artículos 49 a 51, de forma que el matrimonio se puede celebrar ante autoridad española conforme a la ley española cuando lo disponen dichos preceptos.» Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, «La aplicación de la ley 13/2005 en el caso de contrayentes extranjeros», ob. cit., p. 5.

y frente a cónyuges del mismo sexo ha sido defendida por la Comisión de Estado permanente en materia de Derecho Internacional Privado, pero la doctrina está seriamente escindida, y este cisma doctrinal se ha transmitido a los demás Estados que siguen este modelo matrimonial, como en los demás Estados Miembros participantes que han configurado la institución matrimonial en torno al elemento nuclear y supuestamente integrativa, de la heterosexualidad.

Los problemas que pueden encontrar dos personas del mismo sexo unidas en matrimonio, en orden a la separación o a la disolución vincular, se hallan en los tres grandes sectores del Derecho Internacional Privado, y son perfectamente visibles en el Derecho comunitario:

- 1) En sede de competencia judicial internacional: los órganos que pueden ostentar competencia judicial internacional para decretar la separación o el divorcio son los que señalan los foros de los arts. 3, 4 y 5 del Reglamento 2201/03 o excepcionalmente, los foros de su sistema internos de competencia judicial internacional, cuando ninguno de estos foros atribuya competencia judicial internacional a un Estado Miembro (art. 6 del Reglamento 2201/03). Pues bien, la concurrencia de un foro en materia de crisis matrimoniales supone que las partes suscribientes de la demanda conjunta o que contienden como sujetos activo y pasivo del proceso, están unidas entre sí en un verdadero matrimonio, cuestión previa que en caso de suscitarse en el propio proceso civil, debe ser abordada y resuelta por el órgano judicial como tal cuestión previa de cuya resolución dependerá la validez misma de la actuación jurisdiccional y de la sentencia que llegara a dictarse.
- 2) En el sector de la ley aplicable: si un tribunal de un Estado Miembro participante en el proceso de cooperación reforzada o adherido al proyecto llegase a admitir su propia competencia por aplicación de sus propias normas procesales o su derecho constitucional, se encontrará con el escollo de que la ley llamada a ser aplicada por los arts. 5 a 9 del Reglamento exige igualmente como condición preológica absolutamente insoslayable, la existencia de un matrimonio válido. El art. 13 del Reglamento 1259/2010 parte de la premisa de esa condición elemental que es presumible en todo sistema jurídico mínimamente coherente. No se puede suspender un efecto inexistente, ni extinguir una relación jurídica que no puede producir ningún efecto para el tribunal ante el que se decida una tal pretensión constitutiva-extintiva.
- 3) En el sector de la circulación de decisiones judiciales: el control de orden público, por muy restringido que se encuentra en nuestras disposiciones comunitarias por la utilización del adverbio «manifiestamente» que acompaña a la formulación del correctivo, está presente en todos los niveles normativos que intervienen en la validez extraterritorial de decisiones.¹²⁹ De ahí que no podamos ver con optimismo el futuro de las decisiones que puedan adoptar nuestros tribunales decretando la separación o el divorcio con ocasión de las de matrimonios de personas del mismo sexo, al igual de las decisiones que puedan adoptar en los mismos casos los tribunales belgas y holandeses, pues los Estados requeridos, dentro y fuera de la unión, activarán los mecanismos del orden público internacional previstos en los instrumentos internacionales o en su legislación de producción interna, para descartar el reconocimiento de aquellas decisiones, que quedarán como claudicantes en tanto no se extienda el mismo modelo de matrimonio abierto a las parejas homosexuales que hoy constituye en Derecho comparado, la excepción.

¹²⁹ Vid. Art. 22.1 del Reglamento 2201/03, art. 6.3 del Tratado entre España y Suiza sobre ejecución de sentencias en materia civil y comercial, de 19 de noviembre de 1896, art. 1 del Convenio entre España y Colombia sobre ejecución de sentencias civiles, de 30 de mayo de 1908, art. 18.6 del Convenio entre el Reino de España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil, hecho en Madrid el 26 de octubre de 1990, art. 23.4 del Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997, art. 17. d) del Convenio entre el Reino de España y la República de Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, hecho en Túnez el 24 de septiembre de 2001, art. 16.1. f) del Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, hecho el 12 de septiembre de 2006, art. 16.1. f) del Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre la República Argelina Democrática y popular y el Reino de España, hecho en Madrid el 24 de febrero de 2005, y art. 954.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

En efecto, uno de los principales problemas del matrimonio homosexual celebrado en España o en cualquiera de los Estados en que se considera legal, es el de su carácter claudicante. La validez que, en el orden jurídico interno, deviene incuestionable, en cambio, al visibilizarse el elemento extranjero –Vgr. al trasladarse la pareja a otro Estado– se convierte en *cassus belli*, y no solo a los efectos de localizar la situación privada cara a la determinación del Derecho aplicable, sino incluso para determinar el órgano u órganos jurisdiccionales competentes. Así, cuando los esposos del mismo sexo cruzan la frontera, si el Estado de su nueva residencia habitual no reconoce el matrimonio homosexual, su Estado Civil de casados se desvanece en la niebla de la falta de certeza jurídica. Las Autoridades extranjeras que no hayan admitido la unión matrimonial entre hombres o entre mujeres, no lo reconocerán; no se declararán siquiera competentes para conocer de una demanda de divorcio, al no existir un matrimonio válido según las pautas del Derecho Internacional Privado del Foro; y en caso de admitir su propia competencia judicial internacional, denegarán la pretensión constitutiva de separación o divorcio por considerar que no existe el presupuesto necesario para el otorgamiento de esa tutela, que es la existencia de un válido vínculo matrimonial.¹³⁰

44. A la hora de decidir, ante una demanda de separación o de divorcio deducida conjuntamente por dos cónyuges homosexuales o por uno frente al otro, los jueces europeos deberán afrontar ante todo la resolución de una cuestión previa: la de si los solicitantes o contendientes están ligados entre sí por un verdadero matrimonio; pues el art. 13 del Reglamento 1259/2010 deja en libertad a los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros participantes para acordar la inadmisión de la demanda o para desestimarla, cuando estimen que no existe el vínculo cuya relajación o disolución se pide. Esa libertad soberana de los Estados no es estorbada en absoluto por el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 sobre Derechos fundamentales y libertades públicas, ni por la jurisprudencia emanada del El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en reiteradas ocasiones nos ha advertido que ese instrumento no impone a los Estados el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo.¹³¹ Tampoco la Unión Europea ha impuesto un modelo determinado de matrimonio. El art. 9 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE hecha en Niza el 7 de diciembre de 2000 se limita a anunciar la consagración del «...derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio». Con esta fórmula, se deja en manos de cada Estado Miembro la libre configuración del concepto de matrimonio, con la incrustación, o sin ella, de la diversidad de sexos como elementos integrativo y esencial. Ahora bien; ningún Estado Miembro viene está obligado a «reservar» la institución del matrimonio a las personas de sexo distinto.¹³²

Tratándose de matrimonios homosexuales, la cuestión previa de la existencia o no de matrimonio dependerá en definitiva de la posición que se adopte acerca de la relevancia que el sexo de los consortes pueda tener en la estructura de la relación matrimonial. Si partimos de un matrimonio válidamente celebrado en el extranjero, caben teóricamente, en el Derecho comparado tres posibilidades distintas que suponen otros tantos caminos de resolución de tal cuestión previa.

- A) En primer lugar, es posible sostener que el sexo es determinante de la capacidad de los sujetos pero ajeno a la estructura misma del matrimonio. La consecuencia de asumir esta postura sería la desestimación de la demanda de separación o de divorcio cuando el cambio de *status civilis* se pidiese por o frente a una persona que, conforme a su ley personal, no tendría capacidad para casarse con sujeto de su mismo sexo. Aunque este planteamiento admitiría

¹³⁰ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derecho Internacional Privado y matrimonio entre personas del mismo sexo», ob. cit., pp. 59–61.

¹³¹ Sentencias del TEDH de 11 de junio de 2002, caso *Goodwin*; de 26 de febrero de 2002, Caso *Frette*; y de 17 de octubre de 1986, caso *Sheffield and Horsham*. El Tribunal admite, en referencia al art. 12 del Convenio de Roma, que éste no exige en su literalidad la diversidad de sexo cromosómico. Por lo que se refiere al art. 9 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, ni siquiera hace referencia al hombre y a la mujer, limitándose a garantizar «...el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio». Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II, p. 103.

¹³² Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derecho Internacional Privado y matrimonios entre personas del mismo sexo», ob. cit., pp. 14 y 15.

- un desenlace distinto si el Juez de un Estado cuyo Derecho interno admita el matrimonio homosexual, hiciese uso del correctivo de orden público para admitir la aplicación de la *lex fori* a la capacidad de ese sujeto, incapaz según su ley personal.
- B) En segundo lugar, algunos ordenamientos consideran que el sexo es un componente de la esencia del matrimonio, en cuanto solo puede conceptuarse como tal matrimonio la relación familiar, concebida o no para la procreación, entre personas de distinto sexo. Esta tesis impondría necesariamente a los Tribunales de tales Estados, una resolución absolutoria de la instancia o una sentencia desestimatoria en el fondo de la cuestión, al pedirse un cambio jurídico de una situación de partida que no puede ser considerada como un verdadero matrimonio.¹³³ Pero la base fundamentadora de una u otra solución sería el correctivo de orden público internacional, remedio utilizado en general en todos los Estados que, en sus legislaciones, no regulan, no contemplan o prohíben explícitamente el matrimonio homosexual. Y para denegar esa eficacia, los órganos o autoridades extranjeras recurrirán, principalmente, al correctivo de orden público. En la literatura jurídica especializada es muy conocido el Decreto del Tribunal di Latina de 10 de junio de 2005, en el que se deniega el reconocimiento de un matrimonio homosexual celebrado en Holanda por contrariedad al orden público italiano, por vulneración del principio de diferencia de sexos de los contrayentes.
- C) Por último, sería posible defender que el sexo no constituye ni un elemento conformador de la capacidad de los sujetos, ni un elemento integrante de la definición de matrimonio, por considerar que éste es la unión de dos personas con independencia de su sexo, para compartir un proyecto vital común.¹³⁴ Esta postura supone dar a la cuestión previa una solución afirmativa, con lo que la demanda no puede ser inadmitida ni desestimada por la razón que expresa el art. 13 del Reglamento.

45. En cuanto al proceder de los tribunales españoles en los casos de matrimonios del mismo sexo, viene condicionado por el posicionamiento que deban adoptar nuestras instituciones en cuanto al reconocimiento de matrimonios entre varones o entre mujeres, fuera de España.

Tras la entrada en vigor en nuestro país de la Ley 13/2005 no puede haber ninguna duda de que las autoridades españolas reconocerán la validez del matrimonio homosexual celebrado en España o en el extranjero, cualquiera que sea la nacionalidad de los contrayentes, con independencia de que el control sobre la legalidad de la *forma* y la concurrencia del *consentimiento*, puedan llevar a denegar su inscripción en el Registro Civil español; y ello tanto si esta cuestión se plantea con el carácter de *principal* como si se aduce y se resuelve como cuestión «*previa*» (Arts. 387 «*in limine*» y 389 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Tiene un enorme interés para el Derecho Internacional Privado el Exponendo V de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005 en el que se expone la doctrina de que «...el encargado de Registro Civil español no debe operar, desde el punto de vista de las funciones que tiene atribuidas, 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.» Consecuentemente, en aquellos casos en que se deduzca ante los tribunales españoles una demanda de separación o de divorcio por un cónyuge contra otro del mismo sexo, la demanda deberá ser *admitida* tras la mera constatación de que el matrimonio se celebró en un Estado en el que era válida esta modalidad de unión conyugal, siempre que, vía cuestión previa, aparezcan cumplidos los demás requisitos de reconocimiento de la validez del matrimonio.¹³⁵ Cuestión distinta es la de la *estimación* o *desestimación* de tal deman-

¹³³ El Código de Derecho canónico, que se encuentra en la base de nuestra cultura básicamente judeocristiana, marcó los pasos de la consagración de una definición de matrimonio nucleada en torno al coito genital heterosexual. El matrimonio sería la «*alianza matrimonial por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole*» (canon 1055).

¹³⁴ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II. p. 103.

¹³⁵ No van a representar una excepción a esta regla favorable a su reconocimiento como verdaderos y válidos matrimonios, los celebrados entre personas del mismo sexo celebrados antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005 en un Estado

da, resultado del proceso que, por supuesto, no puede ser garantizado *ex ante*, ni esta clase de uniones conyugales ni en los matrimonios entre personas del mismo sexo, sino mediante la subsunción de los hechos jurídicamente relevantes en las normas sustantivas que resulten de aplicación, de la *lex causae*.

2. Diversidad de sexo y capacidad nupcial

46. Aunque en los estudios de Derecho comparado y de Derecho Internacional Privado suele advertirse que el sexo es un componente fundamental de la capacidad de la persona,¹³⁶ ello no tiene por qué ser así necesariamente en materia de capacidad nupcial. Según se explicaba, con buenos argumentos, en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005, el sexo puede sustraerse al concepto de capacidad e integrarse en el concepto mismo de matrimonio del que se nutre la ordenación de la familia en el Derecho del foro. En nuestra doctrina, son pocos los autores que han optado decididamente por descartar la ubicación del sexo en el terreno de la capacidad de obrar del sujeto, a los efectos matrimoniales, posicionamiento que nos llevaría a conceptualarlo como un impedimento bilateral, con los problemas que ello conlleva.¹³⁷

No es el menor de los problemas que origina esa conceptualización —como un requisito atinente a la capacidad nupcial— el de la perspectiva del impedimento bilateral, lo que supone que el matrimonio solo puede celebrarse válidamente si la ley común o las dos legislaciones concurrentes de uno y otro contrayentes del mismo sexo, admiten esta modalidad de unión conyugal,¹³⁸ lo que, de rechazo, perjudica injustificadamente al contrayente de nacionalidad española que, según esa tesis, sí tendría capacidad para unirse en matrimonio a una persona de su mismo sexo.¹³⁹

47. Desde el prisma de la tesis que asocia el sexo a la capacidad nupcial, la resolución de la cuestión de la validez del matrimonio contraído por dos personas del mismo sexo, cuando la ley personal de uno de ellos le priva de tal capacidad para acceder a ese modelo de unión conyugal, debe hacerse depender de alguna de estas dos tesis antagónicas: la que sustentándose en el *favor matrimonii*

en que fuera legal y admisible: españoles casados en Holanda, Bélgica o Canadá. De este punto se ocupaba el apartado X de la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005. En estos supuestos, establece el Centro Directivo que, en defecto de una solución de Derecho transitorio, la respuesta del Derecho tiene que ser la de reconocer también esos matrimonios, no por aplicación retroactiva de la Ley 13/2005, sino por vía de reconocimiento actual de una institución antes desconocida en nuestro país. Si en el país donde se celebró, se permitía el matrimonio homosexual, se procederá a su reconocimiento en nuestro país. Y se concluye afirmando que dicho reconocimiento no se puede extender a figuras jurídicas análogas que en sus propios países de origen, y con arreglo a cuya legislación se han constituido, no tienen la consideración de matrimonios. En este caso se procederá, según el Centro Directivo, a una calificación y a una reconducción a las figuras españolas de parejas de hecho o uniones estables.

¹³⁶ Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, el requisito de de la heterosexualidad se encuentra estrechamente vinculado con la concepción del matrimonio, lo que no es obstáculo para que dicho requisito, según el civilista, sea también un requisito de capacidad (relativa) de los contrayentes. Cfr. R BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Laguna legal y matrimonio de los homosexuales», *Aranzadi Civil*, núm. 18, 2005. pp. 214 y 215.

¹³⁷ Los Profesores FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO defienden que «debe descartarse el tratamiento de la identidad de sexos como un impedimento de capacidad regido por la ley nacional. De ser así, salvo casos muy aislados (belgas, holandeses, canadienses...) las autoridades españolas no podrían utilizar el matrimonio entre personas del mismo sexo cuando alguno de los contrayentes fuera extranjero y su ley no reconociera el matrimonio entre personas del mismo sexo.» Lo que les lleva a mantener una postura muy crítica respecto de la argumentación y conclusiones contenidas en la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005. En términos muy cautos, los profesores Calvo-Caravaca y Carrascosa, al expresar su posición adversa a la tesis que llaman «negativa de la ley nacional», es decir, la que excluye la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo cuando uno de ellos no tiene capacidad para celebrar tal unión, exponen que «no está nada claro que la cuestión de la diferencia entre sexos sea una cuestión de «capacidad nupcial» en el Derecho español. Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la resolución circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», en *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, 2007, año 60. p. 20. Cfr. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., pp. 392 y 393.

¹³⁸ En este sentido, P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., pp. 68 a 71. B. AUDIT, *Droit international Privé*, 3ª edición, 2000. pp. 538-541.

¹³⁹ A.L. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la resolución circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», ob. cit., p. 21.

mantiene la validez del matrimonio cuando el impedimento aparece solo en la ley personal de uno de los contrayentes,¹⁴⁰ y la que atribuye preeminencia a la ley más rigurosa, determinando la invalidez del matrimonio cuando el impedimento está contemplado en cualquiera de las dos leyes personales.¹⁴¹

El parecer más extendido tanto en la doctrina española como en la extranjera, es el de la aplicación de la ley o estatuto personal más severo o riguroso en orden a la capacidad. En todo caso, sin salir de la tesis que reputa la diversidad de sexos como un componente de la capacidad nupcial, conviene no olvidar que la capacidad es uno de los campos en que mejores frutos puede rendir la técnica jurisdiccional del reenvío. El Juez español que se enfrente a un estatuto personal contrario a la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo puede hacer uso del art. 12.2 del Código Civil para operar un reenvío de retorno, si se dan las condiciones adecuadas, es decir, el Derecho de ese contrayente remite al Derecho español –vía residencia de los contrayentes o vía celebración del matrimonio, e.g.–, no existe ningún impedimento para el llamamiento global al Derecho de ese contrayente, incluyendo las propias normas de conflicto, y es posible garantizar que el reenvío fructificará un resultado justo, entendiendo por tal, un desenlace coherente con el *favor divortii*: el contrayente sujeto a un estatuto personal contrario al matrimonio entre personas del mismo sexo que casó con persona de su propio sexo, embarcándose en un proyecto vital luego frustrado, por unas u otras circunstancias, podrá recuperar su libertad y acceder a un estado civil tal que le permita reestructurar su vida.¹⁴² La Resolución Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005 establecía la operatividad de la técnica en este punto, señalando que «...el matrimonio será válido cuando la norma de conflicto extranjera del país que corresponda a la nacionalidad del consorte extranjero reenvía a la ley española, por fijar como punto de conexión en los supuestos internacionales en materia de capacidad matrimonial bien el domicilio de los contrayentes y hallarse éstos domiciliados en España, debiendo entenderse que este reenvío... del art. 12.2 del Código Civil... es un reenvío materialmente orientado en el sentido de favorecer la solución dada al caso por la ley española...»¹⁴³

Salvando la ingenuidad que representa afirmar que la solución de la «ley española» supone per se un resultado más justo, la opción de la técnica del reenvío tiene ventajas sobre la aplicación del correctivo de orden público internacional, por las mayores posibilidades de que la decisión española pueda superar un reconocimiento, incluso con control de ley aplicable, en otros Estados donde el contrayente pretenda hacer valer su nuevo estado civil, aunque posiblemente no, por razones obvias, en el estado de su nacionalidad.

48. La tesis que enlaza la diversidad de sexos con la capacidad nupcial de los contrayentes ha tenido recepción en algunos ordenamientos con una perfección técnica tal que ha hecho posible soslayar el triunfo de la solución más rigurosa e invertir el desenlace que podríamos llamar «natural» de la norma de conflicto ligada a la ley personal de cada sujeto. Como botón de muestra de esta solución correctora y antibloqueante, suele citarse la del Código de Derecho Internacional Privado belga. El art. 46.1 de este texto legal mantiene para la validez del matrimonio, la conexión clásica en los Derechos tributarios del Código de Napoleón, de la ley nacional de cada contrayente, en relación con las condiciones de fondo del matrimonio, incluida la capacidad nupcial, pero ese llamamiento a la ley nacional individual de cada miembro de la unión proyectada recibe una corrección inmediata en el apartado 2º del mismo precepto, en el que se permite descartar la ley nacional extranjera –es decir, la ley no belga– prohibitiva del matri-

¹⁴⁰ En este sentido, A.L. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II. p. 88, aunque estos autores no consideran que la viabilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo se pueda regular a través de impedimento o exclusión de la capacidad nupcial. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la resolución circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», ob. cit., p. 21.

¹⁴¹ Tratamiento de los impedientes bilaterales que podríamos considerar, con ARENAS GARCÍA, como orientada al *favor nullitatis*. Vid. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., p. 205; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., pp. 68-71 ; P. Mayer, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 8ª ed., 2004, pp. 399 y 400 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, y P. VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 8ª ed., París, Dalloz, 2004. Pp. 402-404. B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, París, 3ª ed., 2000, pp. 538 a 541.

¹⁴² Vid. al respecto A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II. p. 87.

¹⁴³ Resolución Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios entre personas del mismo sexo, III, c),

monio entre personas del mismo sexo, si uno de los esposos es nacional o tiene residencia en un Estado que permita tales matrimonios.

Parece que la finalidad de la norma expresada es la de trasladar al terreno del Derecho Internacional Privado la irrelevancia del elemento del sexo de cada uno de los contrayentes, en el concepto útil del «matrimonio». Dada la frecuencia con la que esta excepción a la regla general tiene que operar en la praxis de los tribunales belgas, se ha dicho que tal excepción se ha tornado la regla, poniendo en jaque la solución conflictual general del art. 46.1.¹⁴⁴

Se trata de una norma materialmente orientada, alineada tanto con el *favor matrimonii* como con el *favor divortii* y sustentada en la idea de que en el conflicto de leyes planteado por un contrayente cuya ley personal le impida casarse con personas de su propio sexo, y otro contrayente cuya ley personal admita el matrimonio homosexual, debe ser preferida, en base al *ius connubii*, la ley que no incorpora el impedimento.¹⁴⁵

La solución belga, conocida ya en nuestra literatura jurídica como tesis anti bloqueo, porque anula la eficacia impeditiva del estatuto personal de uno de los contrayentes, goza del favor de la doctrina científica dentro y fuera de Bélgica, pero solo es viable mediante la efectiva introducción de la fórmula correctora que imponga la preeminencia de la ley personal menos rigurosa. Sin la positividad de tal fórmula, que desde luego, no tenemos en el art. 9.1 de nuestro Código Civil, no parece posible acudir a una solución como la reflejada en el art. 46 del Código de Derecho Internacional Privado belga.¹⁴⁶

En la doctrina española, la solución belga que acabamos de exponer no tiene posible despliegue, porque ni siquiera existe una norma que asocie el sexo de los contrayentes a las cuestiones de capacidad. No tenemos, pues, ningún motivo para determinar que la diversidad de sexos se reduce a un problema de resolución de conflictos entre los estatutos personales de los contrayentes. Ni siquiera existe acuerdo pacífico en la ciencia acerca de si los impedimentos, en general, albergan verdaderos aspectos relacionados con la capacidad de las personas. Por nuestra parte, compartimos la opinión del profesor Arenas García en el sentido de que los impedimentos no son verdaderas condiciones negativas de la capacidad, sino, antes bien, referentes jurídicos que incorporan objetivos de política legislativa del Estado—legislador, muchos de ellos arrastrados en el devenir de los siglos y ya sin mucho sentido en el presente. Esta opinión, que la investigación histórica sobre el matrimonio contribuye a confirmar, nos tiene que llevar también a compartir el criterio de aquel autor en el sentido de que debe ser la *lex auctoritatis*, es decir, el ordenamiento en el seno del cual se celebra el matrimonio, la que rijan el alcance de estas prohibiciones.¹⁴⁷ Esa *lex auctoritatis* se ha llevado ya, aunque frecuentemente bajo la denominación de *lex loci celebrationis*, a varios sistemas de Derecho Internacional Privado, particularmente el suizo, el holandés y el australiano, y es la solución que acogió la Conferencia de Derecho Internacional privado de La Haya en su Convenio de 14 de marzo de 1978, cuyo art. 3 consagra el compromiso de los Estados contratantes de celebrar efectivamente el matrimonio solicitado cuando los contrayentes reúnan, alternativamente, o bien «...las condiciones de fondo previstas por la ley interna del Estado de la celebración y uno de ellos tenga la nacionalidad de dicho Estado o resida habitualmente en él», o bien cada uno de ellos reúna «... las condiciones de fondo previstas por la ley interna designada por las normas de conflicto de leyes del Estado de la celebración.» Con esta solución, de creciente aceptación en los tiempos modernos, regresamos al pasado medieval en que se forjaron los cimientos mismos del Derecho Internacional Privado.

¹⁴⁴ Cfr. J.L. RENCHON, «L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge», en *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 2004, pp. 169 a 207. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional», ob. cit., p. 221.

¹⁴⁵ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la resolución circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», en *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, 2007, año 60. p. 26.

¹⁴⁶ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la resolución circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», ob. cit., p. 27.

¹⁴⁷ Cfr. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., p. 206 y 207.

3. La concepción «estructural» de la diversidad de sexos en el matrimonio y el orden público internacional español

49. En los últimos años se ha extendido, al hilo de las numerosas reformas legislativas producidas en Europa en relación con las uniones no matrimoniales registradas, una concepción «estructural» o «institucional» de la diversidad de sexos, que la configura como un elemento integrante del concepto de matrimonio –un matrimonio restringido a parejas heterosexuales–, o, por el contrario, ausente de dicho concepto –matrimonio abierto.

En las doctrinas italiana, francesa y alemana, se ha utilizado la idea de que la heterosexualidad es un elemento consustancial al matrimonio, con diferentes matices, pero siempre con una proyección de denegación de la validez de los matrimonios homosexuales contraídos allende las fronteras estatales.¹⁴⁸

En nuestro país, la Resolución–Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005, obra y mérito de la profesora Blanco Morales Limones,¹⁴⁹ argumentaba inicialmente sobre la base de la consideración de la diversidad de sexo como un impedimento afectante a la capacidad y sujeto por lo tanto a la ley personal de cada cónyuge, pero después incluía también una construcción de la figura institucional del matrimonio nucleada en torno a la irrelevancia del sexo de los contrayentes.

Del conjunto de hilos argumentales de la Resolución-Circular se desprende que la Dirección general propugna la aplicación de un correctivo del orden público internacional español según el modelo de la *Inlandsbeziehung*, en cuanto ese orden público internacional sólo operaría si el contrayente extranjero residiese en España. Ya hemos expuesto con suficiente extensión nuestro criterio opuesto con carácter general a la aplicación del orden público internacional de manera selectiva en función de la proximidad el supuesto con el Estado del foro. La perspectiva de que la técnica de la esa *Inlandsbeziehung* afecte en este caso a la ratio decidendi que conducirá a resolver positiva o negativamente el triunfo o el arrumbamiento del *ius connubii* de los sujetos bajo la jurisdicción de los tribunales españoles, no nos lleva sino a sino reafirmarnos en nuestro criterio. La dignidad de la persona y su derecho a la vida privada y familiar exige que, como ha dicho el Profesor Sánchez Lorenzo, cualquier matrimonio que se pueda autorizar por autoridad española no repare en el sexo de los contrayentes.¹⁵⁰

La solución en nuestro país podría pasar por considerar que el concepto de matrimonio que subyace en el art. 44 del Código Civil, debe traspasar los límites del Derecho interno y ser utilizado también, con el carácter de valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, en el método conflictual de aplicación de la ley rectora de la separación y el divorcio.¹⁵¹ De esta manera, en presencia de una ley extranjera que excluya o no contemple el matrimonio entre personas del mismo sexo, con independencia de su posicionamiento en relación con la vinculación con la capacidad o con la estructura objetiva del matrimonio, entrará en juego, en vía incidental, a los efectos de apreciar la existencia y la validez del matrimonio, el orden público internacional español (art. 12.3 del Código Civil) que producirá el efecto llamada de la ley del foro. Tal es la solución que se ha consagrado en Bélgica, en donde el Ministerio de Justicia ya ha avanzado su posicionamiento al respecto: se considera simplemente discriminatoria, y por lo tanto incompatible con el orden público internacional belga, una ley extranjera que excluya o no contemple el matrimonio homosexual.¹⁵²

¹⁴⁸ Cfr. H. FULCHIRON, «Le mariage homosexuel et le droit français (à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000)», ob. cit., pp. 1628 a 163 ; A. RÖHTEL, «Gleichgeschlechtliche, Ehe und ordre public», *IPRax*, 2002, pp. 496-500; J. WASMUTH, «Ehesließung unter Gleichgeschlechtlichen in den Niederlanden und deutscher ordre public», en *Liber Amicorum Gerhard Kegel*, Munich, C.H. Beck, 2002, pp. 237-259.

¹⁴⁹ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la resolución circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», ob. cit., p. 32.

¹⁵⁰ S. SÁNCHEZ LORENZO, «La aplicación de la ley 13/2005 en el caso de contrayentes extranjeros», ob. cit., p. 4.

¹⁵¹ Tal como lo explica SÁNCHEZ LORENZO, las normas de Derecho Internacional Privado relativas al matrimonio se interpretan ahora de conformidad con este nuevo concepto, lo que es perfectamente consecuente con el principio de calificación *ex lege fori* que se establece en el art. 12.1º del Código Civil. Criminalmente responsable trabajo citado en nota anterior. p. 5.

¹⁵² Circular del ministerio de justicia de 23 de enero de 2004 relativa a ciertos aspectos de Derecho Internacional Privado de la ley de 13 de febrero de 2003; A. FIORINI, «New Belgian Law on same sex marriage and the PIL implications» en *International & Comparative Law Quarterly*, 2003, pp. 1039 a 1.049. Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aspectos

50. Por lo que llevamos dicho, podemos concluir que la relatividad de soluciones en el Derecho comparado en punto a la posibilidad de celebrar y reconocer matrimonios entre personas del mismo sexo, no se traduce en una diferente capacidad de obrar de los sujetos, pues no puede hablarse de capacidad en relación con un modelo de negocio jurídico al que, sencillamente, no se reconoce por el Derecho objetivo ningún tipo de eficacia jurídica. Allí donde el Derecho prohíbe, e.g., el contrato de maternidad subrogada, o se excluye la coercibilidad de las obligaciones dimanantes de un acuerdo de prostitución, o de un pacto de cuota litis entre abogado y cliente, no es correcto decir que no se reconoce a los nacionales, ni a los residentes, capacidad para tales modalidades negociales. Sencillamente, tales acuerdos no producen acción de cumplimiento ante los tribunales ni ningún otro tipo de eficacia jurídica en el campo de las obligaciones.

La perspectiva histórica nos trae la experiencia de que las limitaciones a la capacidad de las personas tienen como fundamento y finalidad la de proteger al propio sujeto al que afecta, de las consecuencias de sus propios actos, o bien proteger a los terceros preservándoles de un vínculo con un sujeto que, por la anomalía que presenta en su estatuto jurídico, supondría un perjuicio en su esfera jurídica. Aunque esta regla tiene excepciones, que no deben quedar en el olvido, es posible afirmar que, con carácter general, el legislador no acude al expediente de la incapacidad para la consecución de fines de interés general, relacionados con la configuración general de la sociedad y la cohesión general entre los sujetos que integran la comunidad.¹⁵³

Por ello es posible defender que, en los Estados en que se exige a los futuros cónyuges la heterosexualidad como requisito de validez del matrimonio a contraer, tal imperativo no persigue una finalidad tuitiva de los contrayentes prestos a constituir esa relación jurídica entre sí. No se trata de una norma atinente a la capacidad de los sujetos, sino al objeto de la relación jurídica.¹⁵⁴

De ahí que no nos parezcan adecuadas, ni necesarias, después de la reforma, por obra de la Ley 13/2005, del art. 44 del Código Civil, las razones expuestas por la Resolución Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005, fundadas en la supuesta emergencia del problema de un impedimento bilateral, que no es tal impedimento, ni tal problema jurídico. Lo que no nos impide reconocer a esa Resolución el mérito de haber consagrado una formulación completa y con un alto grado de perfección técnica, de la tesis estructural de la diversidad de sexos.

En el ordenamiento jurídico español, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005 de 1 julio 2005, al incorporarse al art. 44 del Código Civil un modelo de matrimonio en el que el sexo de los cónyuges resulta absolutamente irrelevante, no tiene por qué existir una diferencia conceptual entre matrimonio a efectos de la aplicación de nuestra legislación civil sustantiva interna, y un matrimonio con elemento extranjero que exija la intervención del Derecho Internacional Privado. La calificación *lege fori* que prescribe el art. 12.1 del Código Civil hace innecesarios algunos de los esfuerzos argumentativos contenidos en la Resolución Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005, aquellos que ligan configuran la diversidad de sexos como un impedimento de la capacidad nupcial.

La libertad dejada a los Estados Miembros participantes para calificar el vínculo de las partes solicitantes o contendientes en el proceso matrimonial, (art. 13 del Reglamento) podría colocar fuera del alcance de las mismas la recuperación del *ius connubii*, cuando el matrimonio entre personas del mismo sexo no aparezca reconocido en el Derecho de ninguno de los Estados Miembros participantes con los que la pareja mantiene conexión. Pero los esposos que soliciten la separación o el divorcio, o que entren en contienda judicial en virtud de la pretensión deducida en el proceso por cualquier de ellos, siempre

internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la resolución circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», *ob. cit.*, p. 28.

¹⁵³ Debemos recocer sin embargo una excepción destacada en la norma del artículo 47 del Código Civil en cuanto establece que no pueden contraer matrimonio entre sí «Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos». Es indudable que con tal prevención se persigue defender a la sociedad imponiendo una técnica preventiva al tiempo que un complemento irrenunciable de la teoría del agotamiento de las consecuencias jurídicas del delito: el autor del ilícito penal no debe extraer u obtener ventaja alguna de su comisión. El recurso al expediente de la capacidad es excepcional en este campo de las potestades de control social.

¹⁵⁴ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la resolución circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», *ob. cit.*, pp. 32, 33 y 39.

mantendrán una conexión suficiente con el Estado en el que se celebró el matrimonio, regido por esa *lex magistratus* que, según hemos expuesto páginas arriba, es la única que legítimamente puede imponer restricciones a la celebración; un Derecho cuyos valores en lo que tales restricciones respecta, ha sido aceptado por los contrayentes, más allá de las peculiaridades de sus leyes personales.¹⁵⁵

4. Las limitaciones del Derecho Comunitario y el alcance del art. 21 de la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

51. Un sector de la doctrina ha mantenido una posición altamente progresista en relación con la obligación de los Estados Miembros de admitir los matrimonios válidamente celebrados en cualquier otro Estado Miembro, en base al art. 21 del Tratado de la Unión Europea.¹⁵⁶

Tal posicionamiento, que compartimos en estas páginas, aparece construida en los trabajos científicos publicados hasta hoy, como una solución limitada art. ciudadanos comunitarios frente art. cuales se alzan todas las barreras para su libre circulación por el suelo de la Unión, pero no para los no comunitarios art. que alcanzará la aplicación de este Reglamento 1259/2010, cuyo carácter universal proclama su artículo 4.

52. Ya hemos expuesto en otro lugar cómo el Reglamento 1259/2010 ha querido dejar a las autoridades de los Estados Miembros participantes en libertad para decidir sobre la admisión o no de una demanda de separación o de divorcio, en función de que las pretensiones deducidas se refieran a un verdadero vínculo matrimonial. En este sentido citábamos no solo el trascendental art. 13 del Reglamento, sobre cuyo significado ya nos hemos extendido bastante, sino también el art. 1.2. b) del Reglamento, en cuanto excluye de su ámbito de aplicación «la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio».

El silencio del Reglamento y del Derecho comunitario acerca del concepto de «matrimonio» utilizable por los Estados Miembros, unido a la aplicación del art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 18 del Tratado de la Unión Europea),¹⁵⁷ concebido para levantar obstáculos a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, nos produce perplejidad en cuanto al mecanismo resolutorio que las autoridades competentes tendrán que insertar en sus resoluciones, y rechazo en lo que se refiere a su alcance personal; pues, en cuanto a lo primero, la aplicación del Tratado como fuente preeminente originará una serie de decisiones muy singulares en materia de separación o divorcio, en las que las autoridades Estados Miembros participantes ni siquiera entrarán a resolver si la unión entre los contendientes o solicitantes es un verdadero matrimonio; pues, si se constata que tal unión se encuentra inscrita en el Registro Civil de cualquier Estado Miembro, la actualización automática sin art. control, prevista en el at. 21.2 del Reglamento 2201/03, descartará cualquier indagación ulterior en este aspecto; y se limitarán a razonar que, en estas circunstancias, su derecho a la libre circulación por el territorio europeo, exige la

¹⁵⁵ Cfr. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., pp. 206 y 207.

¹⁵⁶ El Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea han seguido la línea definida por el Tratado de Maastricht, con las modificaciones aportadas posteriormente. Así, por un lado, el Tratado de la Unión Europea mantiene en su preámbulo la resolución de crear la ciudadanía común a los nacionales de los países socios y, en el artículo 9, tras proclamar el respeto por la Unión del principio de igualdad, declara ciudadano a quien tenga la nacionalidad de un Estado Miembro; por otro lado, el Tratado de Funcionamiento, en los artículos 20 a 25, conserva la creación de la ciudadanía de la Unión y regula sus derechos específicos de modo semejante a la normativa precedente.

En concreto, el apartado 2 del artículo 20 del Tratado de Funcionamiento reconoce a los ciudadanos de la Unión la titularidad de los derechos y la sujeción a los deberes «establecidos en los Tratados», pero concreta algunos derechos, desarrollados en los artículos ss.: a) el de «circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros» (artículo 21).

Así, los profesores A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ han defendido que el art. 21 del Tratado de la Unión Europea, en la medida en que establece el arrumbamiento de cualquier barrera a la libre circulación, supone la tenencia de un mismo y único estado civil por parte de los ciudadanos europeos, en cualquier parte del territorio de la Unión, lo que, en su concepto, supone el deber de todo Estado Miembro de admitir la existencia y la validez de un matrimonio contraído por un ciudadano europeo con persona de su propio sexo. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derecho Internacional Privado y matrimonios entre personas del mismo sexo», ob. cit., p. 68.

¹⁵⁷ Bien fundamentado por A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en su *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II. p. 106. Idem, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la resolución circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», ob. cit., pp. 43 y ss.

admisión de la demanda sin mayor análisis, cualquiera que sea la nacionalidad y el estatuto personal del otro. Sin duda el efecto directo del art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea tiene que tener el significado de que los particulares pueden invocar su aplicación y esgrimirlo en cualquier proceso matrimonial ante cualesquiera autoridades competentes para conocer del mismo, jurisdiccionales o no.

Por otra parte, en cuanto al alcance de la solución, sus resultados no nos separan demasiado de las consecuencias de un orden público de proximidad, pues, en realidad, lo que se está haciendo es imponer la primacía de la solución comunitaria solo cuando la situación privada internacional mantiene una conexión con la Unión Europea, por razón de la condición personal de una de las partes.

¿Qué ha de responder el Juez europeo ante una demanda de divorcio formulada por ciudadanos no comunitarios del mismo sexo, cuyo matrimonio no está inscrito en un Registro Civil de un Estado Miembro? Pues, tras constatar que no tienen derecho de libre circulación reconocido en el Tratado (art. 21) y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 45), podría llegar a exigir una prueba rigurosa de que los consentimientos se prestaron efectivamente, abarcando los efectos y la sustancia misma de la unión conyugal tal como está concebida en el foro, por personas capaces, y en una forma ajustada a la *lex loci celebrationis*, o en la coedición que imponga el sistema conflictual que ese Juez ha jurado acatar y hacer acatar a otros. La discriminación es, entonces, inevitable, y no creemos que pueda ser tolerada, por ser opuesta tanto a las Constituciones internas de los Estados (Art. 14 de la Constitución española) como al art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el cual, si bien teóricamente no puede extender ni ampliar las competencias atribuidas en los Tratados, tiene un valor autónomo que trasciende la mera finalidad de consolidación del mercado interior.¹⁵⁸

5. La estrategia de los cónyuges del mismo sexo: ¿Elección de ley material o de sistema de Derecho Internacional Privado?

53. Resuelta hipotéticamente la cuestión de la competencia judicial internacional de un tribunal de alguno de los Estados Miembros participantes, bien en base a los foros de los arts. 3 a 5 del Reglamento o bien en virtud de un foro previsto en la legislación interna, (art. 7) la elección que realicen los cónyuges del mismo sexo, de la *lex separationis* o de la *lex divortii*, no es relevante a los efectos de favorecer la estimación de la pretensión constitutiva, pues la *lex causae* determinada conforme a las normas de conflicto del Reglamento 1259/2010 no rige la existencia o la validez del matrimonio (art. 1.2. b) y 13 del Reglamento).

En las legislaciones internas de algunos Estados europeos se ha instaurado un sistema de degradación del matrimonio entre personas del mismo sexo a unión civil registrada, unión no matrimonial que se registraría en los respectivos casos, por la legislación sobre uniones registradas contenidas en dichos ordenamientos.¹⁵⁹ Curiosamente, algunos Estados que mantienen una postura abierta en cuanto a la consideración del matrimonio poligámico como un verdadero matrimonio, tienen una jurisprudencia inflexible en lo que respecta a las uniones entre personas del mismo sexo, excluyéndolas, sin matices, del concepto de matrimonio.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Cfr. J-Y. CARLIER, «Non-discrimination et étrangers», abril de 2011. Trabajo presentado en Coloquio celebrado en la Universidad Montesquieu Bourdeaux IV en relación con *La non-discrimination entre les européens*, los días 7 y 8 de abril de 2011, p. 8.

¹⁵⁹ Tal es el caso de las legislaciones británica (Civil Partnership Act, de 2004) y suiza (Ley suiza de Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1987, art. 45), si bien, al no tener estos Estados la condición de Estados Miembros participantes, la degradación discurre en el terreno del reconocimiento de matrimonios y no producirá, salvo cambios políticos de envergadura, interacción alguna con la aplicación del Reglamento 1259/2010. Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II. p. 107. Pero también es el caso de Alemania, (art. 17.b, núm. 4 del EGBGB), que sí es Estado Miembro participante en el Reglamento 1259/2010, por lo que es previsible que no admita las demandas de separación o divorcio relativas matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en España, Bélgica u Holanda, ni en ningún otro Estado en que tal unión conyugal tenga validez. Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, y F. SEATZU, «Normas de competencia judicial internacional en la Propuesta de Reglamento 1259/2010», en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm. 3, 2009. pp. 586 y 587.

¹⁶⁰ Así, para el ordenamiento francés, FULCHIRON ha escrito que «Certes les sociétés occidentales rejettent le mariage polygamique... Pour autant il existe depuis la nuit des Etats membres participantes bibliques et reste admis dans de nombreux pays... Dans les cas du «mariage» ente personnes du même sexe, l'essence même du mariage est en cause. L'élargissement de la catégorie mariage n'est plus possible car on touche la nature même du mariage qui se définit comme l'union de l'homme et la femme.» Cfr. H. FULCHIRON, «Le mariage homosexuel et le droit français (à propos des lois hollandaises du 21 décembre

Ninguna solución representa, a los efectos de que se reputa matrimonio la unión entre dos personas del mismo sexo, la introducción, por el Reglamento 1259/2010, de la autonomía conflictual (arts. 5 y siguientes), que no puede ser utilizada por los esposos del mismo sexo para «imponer» al Juez competente una ley suministradora de un concepto extenso de matrimonio, favorable a su posicionamiento. Un tal pacto está sustraído en la mayor parte de los Derechos conflictuales nacionales a la autonomía de la voluntad, pues, dadas las implicaciones que la cuestión tiene en la idea del Estado civil y el funcionamiento del Registro Civil, los Estados no mantienen un concepto de matrimonio diverso a los efectos de aplicación de su Derecho civil interno y a efectos del Derecho Internacional Privado.¹⁶¹

Esa misma es la solución que nuestra doctrina mantiene para el sistema jurídico español, en el que, tal como observan los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González, ninguna norma de conflicto aborda la cuestión de la ley que debe ser aplicada para resolver el lugar en que debe ser colocada la alternativa homosexualidad/heterosexualidad,¹⁶² lo que nos aboca a rechazar el método conflictual como cauce para determinar la «existencia del matrimonio» a los efectos de aplicar tanto el Reglamento 2201/03 como el Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre, de cooperación reforzada en materia de ley aplicable.

De ahí que podamos decir que la solución más apropiada para las parejas homosexuales es un *forum shopping for system shopping*, que el Derecho comunitario debe permitir –con la consiguiente exclusión de cualquier persecución del fraude de ley– a fin de evitar que para este colectivo, el matrimonio se convierta en una prisión que estrangule el derecho que confiere a toda persona el art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

54. La reforma acometida por las instituciones europeas para, en un solo cuerpo legislativo, reformar el Reglamento 2201/03 y abordar la armonización de las normas de conflicto de los Estados de la Unión, tendría que producir el efecto de potenciar la autonomía de la voluntad mediante la formalización de pactos que incluyesen tanto una sumisión expresa a favor de determinado tribunal, como una elección de ley que no tendría que sujetarse necesariamente al esquema *forum = ius*. De tal manera se ganaría en seguridad jurídica y se reduciría considerablemente la carrera al tribunal, en cuanto, conocido ex ante el órgano competente para resolver sobre la separación o el divorcio, ninguna ventaja obtendría para sí el cónyuge que resultase ser el primero en formalizar su demanda, ni en orden a la sustanciación del proceso en suelo más próximo a su entorno vital, ni en relación con la ordenación jurídica que habría de aplicarse a las pretensiones deducidas.¹⁶³

En tanto no se admita esta solución por todos los Estados Miembros participantes, las parejas homosexuales sufrirán una discriminación no justificada por razón de orientación sexual, prohibida por el art. 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuya observancia es recordada por tres veces a lo largo de los Considerandos del Reglamento 1259/2010. Si no se tienen presentes los derechos de la Carta a la hora de resolver la cuestión previa de la existencia de matrimonio, más de la mitad de los Estados Miembros participantes tendrán que admitir que las personas casadas con otras de sexo opuesto pueden elegir entre foros alternativos de distintos Estados y elegir la ley aplicable a su separación o a su divorcio; mientras que los sujetos casados con otros del mismo sexo, solo pueden acudir ante autoridades estatales que reconozcan como verdadero y existente matrimonio su unión homo-

2000), le Dalloz, 2001, p. 1629. Por su parte, el *Bundesverfassungsgericht* alemán ha establecido en numerosas decisiones que la unión entre personas del mismo sexo no puede ser conceptualizada como matrimonio por ser esencial o consustancial a éste la nota de la heterosexualidad, conforme a la propia Constitución alemana. En cuanto a la ya añeja polémica sobre el concepto de matrimonio en el art. 32 de la Constitución española, véanse las razones expuestas por GONZÁLEZ BEILFUSS en su trabajo «Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea», ob. cit., pp. 124 a 129, tomando en consideración que las mismas fueron redactadas antes de la interposición del Recurso de Inconstitucionalidad contra la ley 13/2005. La cuestión se encuentra en este momento *sub judice* en la más alta instancia constitucional.

¹⁶¹ Diferenciación que echan de menos los buenos internacionalistas. Así, FULCHIRON ha podido escribir: «On admet en droit international privé qu’il convient d’élargir les catégories du for pour y faire entrer des institutions étrangères que le droit interne en connaît pas ou dont les formes et les modalités différent». H. FULCHIRON, «Le mariage entre personnes de même sexe en Droit français: refus et/ou reconnaissance?», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 2, 2010, p. 261.

¹⁶² Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derecho Internacional Privado y matrimonios entre personas del mismo sexo», ob. cit., pp. 41 y ss.

¹⁶³ Cfr. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y F. SEATZU, «Normas de competencia judicial internacional en la Propuesta de Reglamento 1259/2010», ob. cit., p. 577.

sexual, lo que puede reducir extraordinariamente el círculo de Estados ante los cuales podría formalizar una demanda de separación o de divorcio, e incluso originar una verdadera situación de denegación de justicia en este espacio judicial de libertad y seguridad.¹⁶⁴

55. ¿Cuál sería la estrategia de los esposos en tanto no se acepte por los Estados Miembros participantes el reconocimiento automático de su matrimonio contraído en el extranjero?

Los esposos del mismo sexo que pretendan acceder, con los menores costes conflictuales, a la disolución de su matrimonio, hoy por hoy, pueden tener que pasar por un *forum shopping for system shopping* que supondrá una elección, no tanto entre ordenamientos estatales diversos, como entre *sistemas jurídicos*. En efecto, en tanto los Estados de la unión mantengan el mismo concepto de matrimonio para la resolución de sus situaciones internas y para la resolución de las situaciones privadas internacionales, los cónyuges homosexuales harán lo posible por formalizar su demanda, de entre los tribunales posiblemente competentes dentro del elenco del art. 3 del Reglamento 2201/03, ante las autoridades de alguno de estos Estados:

- En primer lugar, Estados cuyos ordenamientos materiales internos (*lex materialis causae*) no exijan la heterosexualidad como requisito integrativo del matrimonio, y cuyas autoridades estén dispuestas a aplicar ese mismo concepto de matrimonio abierto en el proceso de divorcio con elemento extranjero que ante ellas penda.
- En segundo término, cuando no sea posible formalizar una demanda ante algunos de estos Estados, por las conexiones que los esposos mantengan con los distintos Estados Miembros participantes, la elección debería recaer en un Estado que mantenga, no un control conflictual, sino un control por reconocimiento,¹⁶⁵ según el modelo de identificación del ordenamiento competente,¹⁶⁶ pues este sistema es el que, por la fuerza de la presunción de validez de los distintos elementos concurrentes, puede facilitar en mayor grado la constatación de la existencia de matrimonio en el sentido del Considerando (26), párrafo segundo, del Reglamento 1259/2010.

¹⁶⁴ Sin olvidar, con esto, que, si llegan a convertirse en Derecho la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (COM (2011) 127 final. Bruselas, 16.3.2011) y la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales (COM (2011) 126 final. Bruselas, 16.3.2011) se perpetuará una nueva discriminación por el papel que se reconoce a los cónyuges, en el seno del matrimonio, en materia de elección de ley aplicable a su régimen económico, y que en cambio, no existe en relación con los efectos patrimoniales en el seno de las uniones registradas, hoy abrigo de la mayor parte de las parejas homosexuales que no han podido contraer matrimonio. Pues, a tenor del art. 15 de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas «La ley aplicable a los efectos patrimoniales de la unión registrada será la ley del Estado de registro.» Ningún juego tiene aquí la voluntad concorde de los miembros de la unión registrada, mientras que los esposos unidos en un matrimonio reconocido como existente en un Estado, «...podrán elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, que deberá ser una de las leyes siguientes: a) la ley del Estado de residencia habitual común de los cónyuges o futuros cónyuges, o b) la ley del Estado de residencia habitual de uno de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de la elección, o b) la ley del Estado de nacionalidad de uno de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de la elección. (art. 16 de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales.)

¹⁶⁵ La Dirección General de los registros y del Notariado ha llegado a utilizar de forma explícita la construcción del reconocimiento de situaciones creadas en el extranjero en su Resolución de 18 de febrero de 2009 sobre inscripción de un niño nacido e inscrito en California, fruto de un contrato de maternidad subrogada; resolución que fue posteriormente anulada, tras despertar en la doctrina científica más aplausos que reproches. También en relación con el matrimonio se ha alegado a una postura próxima la del reconocimiento en las Resoluciones de la Dirección general de los Registros y del Notariado (6^ª) de 1 y 2 de junio de 2006 el Centro Directivo ha hecho uso del principio de vinculación más estrecha para resolver la cuestión de la inscribibilidad como matrimonio del formado por dos personas del mismo sexo, de nacionalidad británica, domiciliados en España. La Dirección concluyó que el domicilio en España hacia de la española la ley más estrechamente vinculada con la pareja, por lo que aplicaba la ley española. La aplicación del mismo criterio en los supuestos de matrimonios informales llevaría a la Dirección general, si mantuviera la obligada coherencia con sus propios planteamientos, a inscribir el matrimonio constituido sin intervención de autoridad de dos personas cuando la ley más estrechamente vinculada a los interesados sea la de aquel Estado en el que se formó la unión y esta fue aceptada por la colectividad el lugar, *by habit and repute*.

¹⁶⁶ Cfr. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., pp. 183 a 192.

6. *Forum necessitatis* vs. *forum shopping for system shopping*

56. La solución arbitrada, para el divorcio –pero solo para el divorcio– de los matrimonios entre personas del mismo sexo, por el texto del Proyecto de Reglamento 1259/2010, antes que se desgajara, del mismo, el Reglamento 1259/2010 luego llevado a buen término, no discurría por los cauces de la elección de ley aplicable sino por los de la elección de foro. La Propuesta en su última versión antes de que se separaran los caminos de los dos sectores del Derecho Internacional Privado –competencia judicial internacional y ley aplicable– era la de permitir que los cónyuges del mismo sexo pudieran, en caso de no existir un tribunal que reputase «matrimonio» su unión homosexual, plantear su demanda ante los tribunales del Estado en el que hubieran contraído matrimonio, o ante los tribunales de la nacionalidad e cualquiera de ellos.¹⁶⁷

Este cauce excepcional del *forum necessitatis* solo podía ser utilizado por los esposos del mismo sexo para obtener el divorcio no la separación matrimonial, y solo después de haber constatado que los únicos tribunales que podrían resultar competentes conforme al art. 3 del Reglamento, no consideran matrimonio la unión entre personas del mismo sexo.

La solución podría considerarse como «razonable», a la vista de la postura ya avanzada por prestigiosos autores que se han erigido en voz de sus respectivos Estados –para advertir que no admitirán tales demandas–si no fuera porque, no obstante la buena intención que sustenta la solución de la Propuesta, no deja de ser discriminatoria, por varias razones. Por una parte, la más evidente es que los cónyuges de diferente sexo que se encuentren involucrados en una situación con un alto grado de internacionalidad pueden elegir entre un amplio círculo de Estados con competencia para conocer de la demanda. En segundo lugar, porque los cónyuges del mismo sexo que no pueden formalizar una demanda de separación ante los tribunales de los estados designados en el art. 3,¹⁶⁸ se quedarán, si la Propuesta llega a bañarse en las páginas del DOUE, sin la posibilidad de gozar de ese remedio, que quizás no se considere vinculado al *ius connubii* pero no deja de ser una posible respuesta del Derecho a una necesidad psicológica de todo sujeto inmerso en la crisis matrimonial, con independencia de sus orientación sexual. Una diferenciación no menos visible es la de la imposibilidad de acudir a otro foro de competencia previsto en la Propuesta y del que quedarán apartados los esposos del mismo sexo, a saber, la sumisión tácita, que se pretende insertar en la normativa del Reglamento 2201/2003. Esa diferencia de oportunidades es indudablemente lesiva del art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prohíbe cualquier trato discriminatorio fundado en la «orientación sexual» de las personas.

57. Transcurrido ya un largo lapso de tiempo sin avances en la propuesta de modificación del Reglamento 2201/03, no sabemos si aquel texto que se escindió en dos, divorciando a toda Europa en dos sectores en materia de Derecho aplicable, llegará a buen término o tendremos que buscar otras respuestas, acaso en la jurisprudencia del TJUE o en las soluciones particulares de los tribunales estatales.

Por lo pronto, mientras no dispongamos de un concepto de matrimonio que comprenda a las categorías que pugnan por alejarse de esa «Comunidad de Derecho» que es la Unión Europea, el camino hacia la decisión judicial que disuelva el vínculo debe ser abierto a través del Reglamento 2201/03. Los esposos del mismo sexo tendrán que deducir sus pretensiones ante un tribunal que, siendo competente para conocer del divorcio, no cierre el acceso a la jurisdicción en el trámite de la «cuestión previa», por inexistencia del matrimonio. Entonces, por extraño que pueda parecer, la información ilustrada e integral que se les debe dispensar no debe versar solo sobre las distintas leyes que pudieran elegir al amparo del art. 5 del Reglamento, pues tal información debe extenderse a las características propias del sistema

¹⁶⁷ Artículo 7 bis de la Propuesta, bajo la rúbrica «*Forum necessitatis*»: «Cuando los órganos jurisdiccionales competentes en virtud de los artículos 3, 3 bis y 7 se encuentren en un Estado Miembro cuya legislación no contemple el divorcio o no reconozca el matrimonio de que se trate a los efectos de pronunciar el divorcio, los cónyuges, o uno de los cónyuges, podrán solicitar el divorcio ante: a) los órganos jurisdiccionales del Estado Miembro de la nacionalidad de uno de los cónyuges ; o b) los órganos jurisdiccionales del Estado Miembro bajo cuya autoridad se celebró el matrimonio.»

¹⁶⁸ Cfr. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, y F. SEATZU, «Normas de competencia judicial internacional en la Propuesta de Reglamento 1259/2010», ob. cit., pp. 587 y 588; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento 1259/2010», ob. cit., p. 67.

conflictual, técnicas de adaptación, sustitución y trasposición de instituciones y de reconocimiento de situaciones nacidas en el extranjero, que dominen las tareas judiciales en cada Estado. Es decir, un conocimiento altamente especializado de los sistemas de Derecho Internacional Privado de cada Estado, que, ni hoy por hoy proporciona la Red Judicial Europea, ni está al alcance de todos los profesionales del Derecho que trabajan en el terreno del Derecho de Familia.

Sería deseable, *de lege ferenda*, que el legislador comunitario impusiera un concepto funcional de matrimonio que incluyese a las parejas del mismo sexo y a las uniones poligámicas, pues sin una solución vertical como la propuesta, cualquiera otra medida relativa a la articulación de un *forum necessitatis* supondría una reducción de foros utilizables por personas del mismo sexo, con incidencia en el derecho de acceso a la jurisdicción, con lo que se originaría una lesión del principio prohibitivo de toda discriminación e incluso una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 21.1 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

No obstante, si la paralización del legislador comunitario llegase a la endemia, y la anunciada reforma del Reglamento 2201/03 quedase en letra muerta, teniendo en cuenta que tal solución discriminatoria del *forum necessitatis* supondría, cuando menos, un cauce de realización del *ius connubii* para las parejas homosexuales, tendrían que tomar la iniciativa los legisladores estatales para abrir, con amparo en sus propias Constituciones, un *forum necessitatis* a favor de los esposos que no hayan conseguido encontrar un foro favorable al matrimonio abierto. En este sentido, el foro del tribunal del Estado donde se celebró el matrimonio, que ha venido considerándose tradicionalmente como un foro exorbitante,¹⁶⁹ debería ser conservado por los Estados que, manteniendo una postura favorable a la admisión de la lo mantienen y adoptarse por los que nunca lo tuvieron: caso de España. Así, si se prolonga indefinidamente la aprobación de la ansiada y olvidada reforma del Reglamento sobre competencia judicial internacional, será necesario modificar el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder judicial incluyendo en el apartado 3º un nuevo foro especial por razón de la materia, atribuyendo a nuestros tribunales competencia judicial internacional para la separación o el divorcio de los esposos del mismo sexo cuyo matrimonio se hubiese celebrado en España.

7. Toma de posición

58. A estas alturas del trabajo ya es posible concluir que:

- A) La decisión del operador jurídico acerca de si el matrimonio entre personas del mismo sexo es o no un matrimonio, debe producirse en el momento liminar del proceso que lleva al hallazgo y aplicación de la norma material que da respuesta al *cassus*. El método a utilizar es el del reconocimiento por identificación del ordenamiento con arreglo al cual se celebró el matrimonio, de manera que la pregunta que deben hacerse las autoridades de los Estados Miembros participantes, ante una demanda de separación o de divorcio planteada por un cónyuge frente a otro del mismo sexo, o ante una demanda conjunta, es la de si este matrimonio se celebró en su día por contrayentes capaces según la ley que en tal momento y que se exigía según la *lex loci celebrationis*, tal concurriendo el consentimiento con la amplitud requerida y con las solemnidades establecidas por esa misma ley.
- B) Retomando cuando tenemos expuesto en el Capítulo correspondiente al reconocimiento del matrimonio con elemento extranjero: A) Cuando el juego de las normas de conflicto del

¹⁶⁹ En este sentido, QUEIROLO, al comentar la remisión que efectúa el art. 7 del Reglamento 2201/03 al Derecho interno de los Estados, en defecto de competencia tribuida por el propio Reglamento a cualquiera o Estado Miembro, a propósito de la Sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2007 (Asunto C-68/07, Sundelind López), apunta que «..... quanto riguarda l'Italia, il riferimento alla «legge interna» deve intendersi come rinvio all'art. 32 della legge di riforma del diritto internazionale privato, il quale prevede i titoli di giurisdizione per le controversie relative a divorzio, separazione e annullamento del matrimonio. Nell'ambito della disposizione si precisa che «la giurisdizione italiana sussiste oltre che nei casi previsti dall'art. 3, anche quando uno dei coniugi è cittadino italiano o il matrimonio è stato celebrato in Italia». Questo significa che la giurisdizione italiana, in materia matrimoniale, è quanto mai estesa e può divenire esorbitante, giacché si fonda su di una pluralità di criteri che operano in modo da riportare alla conoscenza dei tribunali interni anche rapporti legati in maniera debolissima con l'ordinamento» (Cfr. I. QUEIROLO, «Lo scioglimento del vincolo matrimoniale tra regolamento 2201/2003 e proposte di modifica della disciplina comunitaria». I *Quaderni Europei*, núm. 15, 2009, Centro di documentazione europea dell'Università di Catania).

Reglamento 1259/2010 determine la aplicación de la ley española, el divorcio será otorgado si se dan los sencillos presupuestos los arts. 82 u 86 el Código Civil patrio, siendo irrelevante que la ley nacional de alguno de los esposos excluya el matrimonio entre personas del mismo sexo, pues la cuestión de si la unión entre los contendientes/solicitantes es un matrimonio, ya ha debido quedar resuelta antes de llegar a la determinación de la ley aplicable, y precisamente como paso previo a la decisión del propio órgano judicial de admitir su competencia judicial internacional conforme a cualquiera de los foros del art. 3 del Reglamento 2201/03. B) Si la aplicación de los arts. 5, 7, 8 y 9 del Reglamento nos ha llevado a hacer aplicable una ley extranjera, serán los presupuestos ó causas de separación o de divorcio establecidos en ésta, las que venga en aplicación, sin que sea relevante ahora el dato de que ese Derecho extranjero no admita el matrimonio entre personas del mismo sexo, por el mismo motivo: el Reglamento ha descartado explícitamente que su ámbito material se extienda a determinar cuáles son los elementos identificadores del concepto de matrimonio (arts. 1.2 b) y 13 del Reglamento), cuestión que ya ha tenido que ser resuelta antes incluso de decidirse la autoridad por la aplicación de un determinado sistema conflictual.

Tales cuestiones, según hemos razonado, deben ser acometidas y resueltas con arreglo al ordenamiento en cuyo marco jurídico se celebró el matrimonio, ordenamiento rector, también, del Registro Civil en el que es presumible que el referido matrimonio ha sido inscrito, y que posiblemente ha servido luego de también de entorno para el libre ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes mutuos, por parte de los esposos (art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

Así, si el matrimonio entre contrayentes del mismo sexo fue válidamente celebrado en España, incluso con respeto a la exigencia de una conexión mínima con el suelo y la autoridad española, expresado en los arts. 57 del Código Civil y 238 del Reglamento del Registro Civil, este – el español– es el ordenamiento llamado a valorar la existencia de matrimonio, sin que tengan relevancia cualesquiera consideraciones relativa al estatuto personal de los contratantes, no por consideraciones de orden público sino, sencillamente, porque tales consideraciones ya se han dejado atrás en el proceso decisional que sigue el curso matrimonio–cuestión previa → competencia judicial internacional del tribunal español → selección de la norma de conflicto aplicable→ identificación del Derecho material aplicable.

Una vez reconocido el matrimonio por referencia al ordenamiento competente, la aplicación de la ley española no ofrece ninguna dificultad al Juez español; y la tenencia por uno de los contrayentes de la nacionalidad de un Estado en que no se admita el matrimonio entre personas del mismo sexo es irrelevante por cuanto la técnica conflictual no es relevante en este momento para saber si estamos ante un verdadero matrimonio, cuestión a la que, si hemos admitido nuestra competencia judicial internacional ex Reglamento 2201/03 y estamos aplicando el Reglamento 1259/2010, hemos tenido que contestar positivamente en una fase anterior del iter resolutivo.

En el último tramo del proceso resolutivo, el de la concreción de la consecuencia jurídica, entonces, si, el Juez tiene que constatar, al igual que el encargado de la oficina del Registro Civil (Arts. 59.2, 94.4º y 98.1. d) de la Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro Civil) que el matrimonio no es manifiestamente contrario al orden público internacional español. Mas, en esta fase decisional, la óptica de la ley aplicable a la capacidad de un sujeto para unirse en matrimonio con pena del mismo sexo, aunque aceptásemos que la exclusión de tal posibilidad es un impedimento o nota negativa de la ley rectora de la capacidad, no puede tener ningún papel. Lo que nos importa es si la unión constituida en el extranjero, desde el punto de vista del resultado, va a suponer alguna quiebra o daño para los valores propios de la organización de la sociedad española. Y la respuesta, a la vista de las leyes 13/2005 y 15/2005, no puede ser más contundente: el matrimonio entre personas del mismo sexo no se opone a nuestros valores, pluralistas y propios de una sociedad multicultural, siendo, además, ahora, la medida del orden público, principalmente la dignidad humana y la libertad del individuo.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Cfr. S. SÁNCHEZ LORENZO, «La aplicación de la ley 13/2005 en el caso de contrayentes extranjeros» en *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, www.refdugr.com. Fecha de publicación: 8 de enero de 2007. Pp. 4 y 5.

59. No ignoramos que la solución propuesta para la aplicación del Reglamento por los tribunales españoles puede significar una respuesta mucho más favorable que la que se ha avanzado por la doctrina especializada para otros ordenamientos de nuestro entorno.¹⁷¹ Sin embargo, no es temor fundado el de que nuestro país se convierta en un paraíso divorcista, pues el juego de los foros del art. 3 del Reglamento, unido a la exigencia contenida en los arts. 57 del Código Civil y 238 del Reglamento del Registro Civil, de que al menos uno de los contrayentes tenga domicilio en España, servirá para articular un razonable control de competencia de la autoridad española. En cuanto a la posibilidad de incrementar el número de matrimonios claudicantes, validos en España e inválidos mas allá de nuestras fronteras, esta es una objeción a la que tenemos que contestar que un tal peligro se conjuraría fácilmente si en los demás Estados se optase por un modelo de reconocimiento según el criterio del ordenamiento competente, en lugar de extender el control conflictual que prescinde en tantas ocasiones del dato de que el matrimonio en cuestión se celebró en un Estado distinto del del foro, con arreglo a unos parámetros espaciales, temporales y normativos que deben ser valorados en función de esas circunstancias. En todo caso, tienen razón los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González al observar que las autoridades de un Estado Miembro no pueden erigirse en guardianes del orden publico de otro Estado;¹⁷² ni lo exige el Derecho Comunitario, ni lo impone a nuestros jueces la Constitución ni ninguna norma de nuestro Derecho Internacional Privado, de factura convencional ni de producción interna.

60. La obligada contemplación de la prohibición de discriminación que contiene el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tendría que servir para justificar el rechazo de cualquier ley extranjera que imponga al divorcio de cónyuges homosexuales unos requisitos más gravosos o rigurosos que los establecidos para los matrimonios heterosexuales.

De ahí que hoy sea posible afirmar que la prohibición de toda discriminación, consagrada en ese precepto de la Carta, impone a los Estados Miembros una determinada opción acerca del rol que la diversidad de sexos desarrolla en el campo del Derecho matrimonial.

La consideración de la diversidad de sexos como un impedimento bilateral radicado en la capacidad nupcial de cada sujeto, determina que no todas las personas tienen, para las autoridades de cada Estado, el mismo derecho a la viuda privada y familiar, ni la misma capacidad nupcial. En los ordenamientos –y en las jurisdicciones– en que se utiliza este enfoque anclado en la capacidad personal, se produce un efecto doblemente perverso, a saber: en primer lugar, cuando el sujeto nacional de un Estado donde el matrimonio homosexual está prohibido, se desplaza a un Estado donde sí podría contraerlo conforme a la *lex loci celebrationis*, si este Estado mantiene la posición de atender a la ley personal de cada contrayente en lo frente a la capacidad para contraer matrimonio con personas del mismo sexo, entonces se produce una discriminación no justificada para ese sujeto, extranjero en el Estado de su residencia habitual, y los ciudadanos nacionales del Estado en que reside. Y en segundo lugar, ese Estado, liberal en lo que se refiere a la celebración del matrimonio abierto, se convierte, paradójicamente, en guardián de un orden jurídico y de una organización social que no son los propios.¹⁷³

El artículo 44 del Código Civil español dispone, desde julio de 2005, que «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». Nuestra ley material, por lo tanto, ha llevado la irrelevancia del sexo de la persona, en el terreno de la capacidad nupcial, a la estructura misma de la institución matrimonial; o lo que es lo mismo, ha prescindido, a la hora de configurar los requisitos integrativos del matrimonio, de la diversidad de los sexos. Consiguientemente, a la hora de abordar la cuestión de qué deben hacer nuestros jueces cuando se formule una demanda de separación o de divorcio por un cónyuge contra otro, teniendo ambos el mismo sexo, parece que la solución debe pasar por estimar que el matrimonio, simplemente, existe, por utilizar el mismo verbo del que se sirve el Considerando (26) del Reglamento para imponernos una interpreta-

¹⁷¹ Cfr. H. FULCHIRON, «Le mariage entre personnes de même sexe en Droit français: refus et/ou reconnaissance?», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 2, 2010. p. 267 a 272.

¹⁷² Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derecho internacional privado y matrimonios entre personas del mismo sexo» ob. cit., pp. 40 y 41.

¹⁷³ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derecho Internacional Privado y matrimonios entre personas del mismo sexo», ob. cit., p. 41.

ción autentica de los arts. 10 y 13, y ello tanto si el matrimonio se ha celebrado en España, como si lo ha sido en el extranjero:

- A) Si el matrimonio se ha celebrado en España, el método conflictual¹⁷⁴ impone la observancia de las conexiones establecidas en los arts. 9.1 del Código Civil, para el consentimiento y para la capacidad de cada uno de los cónyuges, y cualquiera de las formas permitidas por la ley española en virtud de la *lex loci celebrationis* llamada a ser aplicada por los arts. 49 y 50 del mismo Código. La autoridad competente para conocer de la acción de separación o divorcio considerará irrelevante el hecho de que la ley personal de cualquiera de los contrayentes excluya la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo, pues esta cuestión es un elemento integrativo objetivo del matrimonio y no pertenece al ámbito subjetivo de la capacidad.¹⁷⁵
- B) Si el matrimonio entre personas del mismo sexo se ha celebrado fuera de España, el método adecuado es el del reconocimiento por identificación del «ordenamiento competente» o de la situación reconocida en el extranjero. Los cónyuges han prestado consentimiento en un estado en el que obviamente, está permitido el matrimonio homosexual, o bien han celebrado, fuera de España, un matrimonio consular (art. 51.3º del Código Civil) oficiado por un funcionario consular español, que ha aplicado las formas previstas por el Derecho patrio (art. 11.3 del Código Civil) por lo que las consideraciones relativas a la capacidad, consentimiento y forma parten de una razonable presunción de cumplimiento de todos los requisitos exigidos por ese «ordenamiento competente»; presunción que no está expresamente consignada en nuestro Derecho positivo¹⁷⁶ pero que se asienta en una razonable expectativa de que el Estado donde se haya celebrado, haya activado sus propios mecanismos de control a fin de ver realizados sus propios valores¹⁷⁷ o sus particulares intereses de política legislativa.¹⁷⁸

Y ello porque la solución de extender la opción del Derecho interno al método conflictual es la más racional cuando no existe una norma de conflicto específica para la cuestión de la naturaleza del requisito de la diversidad de sexos.

Esta solución no solo permite prescindir del correctivo de orden público internacional para admitir –por vía incidental– la validez del matrimonio internacional entre personas del mismo sexo, a los efectos de decretar un divorcio, sino que, además, es perfectamente coherente con el principio de no discriminación que consagra el art. 21 de la carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de obligada observancia por los jueces de los Estados Miembros participantes. (Considerando (30) de la Carta).

¹⁷⁴ Aunque en realidad por este camino van la mayor parte de las propuestas doctrinales. Entre las propuestas más elaboradas para este caso –celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo en España– la de los profesores, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, en el trabajo tantas veces citado, «Derecho Internacional Privado y matrimonios entre personas del mismo sexo». En una síntesis necesariamente apretada, los razonamientos serían los siguientes: 1º. Constatación de que no existe en Derecho Internacional Privado español una norma de conflicto que exprese claramente cuál debe ser la ley rectora de la cuestión de la identidad o diferencia de sexos de los contrayentes. 2º.- exclusión de la aplicabilidad de la ley nacional de los cónyuges (art. 9.1 del Código Civil) por constituir la cuestión de la identidad/diferencia de sexos, al plano o relación objetiva del matrimonio –un «elemento objetivo del matrimonio», precisan estos autores. 3º.-Aplicación de la ley española porque es esta la opción que mejor garantiza el libre desarrollo de la personalidad y que constituye una realización del principio de proximidad: «en la mayor parte de los casos, España será el «país más estrechamente vinculado» con el supuesto, pues es el país de celebración del matrimonio, al menos uno de los contrayentes tiene su residencia habitual en España y la autoridad celebrante es una autoridad española.» Cfr. *ob. cit.*, p. 45.

¹⁷⁵ *Idem.* pp. 27 a 29 y 45.

¹⁷⁶ Una presunción de veracidad es algo sustantivamente distinto del principio del *favor validitatis* que podemos ver en el carácter alternativo de las conexiones establecidas en cuanto a la forma del matrimonio, en los arts. 49 y 50 del Código Civil. Cfr. P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho Internacional Privado español*, *ob. cit.*, p. 227.

¹⁷⁷ Cfr. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho Internacional Privado español*, *ob. cit.*, pp. 255 a 259.

¹⁷⁸ Cfr. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional Privado español*, *ob. cit.*, p. 206.

Tras la entrada en vigor de las Leyes las parejas casadas homosexuales tienen derecho a acceder al divorcio en las mismas condiciones que los cónyuges casados con parejas de distinto sexo, y que esa igualdad de derechos debe tener para nosotros el valor propio del orden público internacional.¹⁷⁹

VII. La ley aplicable a los matrimonios exclusivamente religiosos, matrimonios religiosos plurilocalizables y matrimonios religiosos claudicantes

61. Son bien conocidas, y fácilmente comprensibles, las «malas relaciones» existentes entre los sistemas conflictuales propios de Estados aconfesionales y el fenómeno religioso. Según explica la Profesora *Quiñones Escámez*, en el Derecho Internacional Privado de un Estado laico, las normas de conflicto son «la puerta de entrada del Derecho extranjero y de las normas religiosas que lo impregnan»¹⁸⁰. La doctrina tiene clara la imposibilidad de efectuar un llamamiento convencional a una ley puramente religiosa, tanto en virtud del Reglamento 1259/2010, como en base al art. 3 del Reglamento 593 de 2008 de 17 de junio de 2008, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales y al art. 14 del Reglamento 864/2007 de 11 de julio de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.¹⁸¹

Pero la religión en sí misma considerada no es retenida como una conexión independiente ni es posible que la consecuencia jurídica de tales normas de conflicto conduzca a la aplicación de un *ordenamiento religioso*, sino solo a unos valores religiosos en la estricta medida en que aparecen inspirando y determinando el contenido del Derecho estatal. De ahí que una vez más tengamos que rechazar el método conflictual como cauce para resolver la «cuestión previa» aludida en los arts. 1 y 13 del Reglamento, para la cual utilizaremos el método del reconocimiento mediante identificación del ordenamiento competente o bien cualquier otra construcción que pueda conducir al reconocimiento del reconocimiento de situaciones creadas en el extranjero.

Tales construcciones tendrán que superar problemas con disímiles grados de dificultad, según que se afronte la existencia, como tal «matrimonio», de uniones puramente o exclusivamente religiosas, sin efecto alguno sobre el estado civil en ningún ordenamiento jurídico, o bien uniones matrimoniales claudicantes, válidas en ciertos Estados y no en otros, o bien, por último, matrimonios que, en los supuestos más heterogéneos, pueden resultar válidos conforme a una pluralidad de ordenamientos estatales, suscitando entonces la cuestión de si debemos proceder a buscar la conexión con el ordenamiento del foro o es suficiente con que pueda considerarse «existente» conforme a *cualquiera de esos Derechos con vocación para sostener afirmar su existencia y validez*.

En la categoría de «matrimonios exclusivamente religiosos» o «matrimonios religiosos puros» incluimos a todos aquellos matrimonios a los que, celebrados según algún rito o solemnidad de carácter religioso, no podemos atribuirles efectos civiles conforme a la legislación del Estado que se toma como referencia o el Estado del foro.

¹⁷⁹ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho Internacional Privado español», en *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*. Número 23, 2005. E. ZABALO ESCUDERO y M.-P. DIAGO DIAGO, «Matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva internacional privatista», en *Novedades legislativas en materia matrimonial, Estudios de Derecho Judicial*, N° 130, Escuela Judicial & Consejo General de Poder Judicial. pp. 247 a 309. Ese parecer de la mayor parte de la doctrina española, cuyo criterio aplaudimos y compartimos desde estas páginas, no ha impedido que desde la propia jurisdicción se haya tratado de arrumbar las conquistas introducidas por la Ley 15/2005, cuestionando la conformidad de los matrimonios homosexuales por supresamente contrarios a la referencia que se hace al «hombre» y a la «mujer» en el art. 32 de la Constitución. El Tribunal Constitucional, en un Auto del Pleno de 16 de enero de 2008, dictado en los autos 7796/2007, tuvo que inadmitir a trámite una cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juez del Registro Civil de Cieza frente al art. 44.II del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 13/2005, de 1 julio. El Tribunal Constitucional consideraba –en realidad ya había decidido así esto en anteriores resoluciones– que los Jueces encargados del Registro Civil no tienen legitimación para instar tal cuestión de inconstitucionalidad.

¹⁸⁰ Cfr. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «La disolución del matrimonio», en *Matrimonio y divorcio en la relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de Derecho Internacional Privado marroquí*, volumen I, VV.AA, 2009. p. 106.

¹⁸¹ Cfr. G. BIAGIONI, comentario al art. 5 del Reglamento, en «Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale», ob. cit., p. 1476.

Si, partiendo de una definición amplia de *estado civil*, aceptamos que constituye una manera de ser o estar en la colectividad social que define la posición de un sujeto en el grupo extenso y en su familia, y que el Derecho toma para atribuirle efectos jurídicos (Luis Díez Picazo), tendremos que convenir que un matrimonio exclusivamente religioso, el que no produce efectos civiles, no tiene virtualidad para atribuir al hombre o a la mujer *libres* la condición de hombre o de mujer *casados*; es decir, no tiene eficacia para alterar su posición en la familia y en el grupo extenso. El matrimonio religioso puro, sin efectos civiles, no priva al sujeto de su capacidad nupcial, a los ojos de ningún ordenamiento, de manera que, al inadmitirse la demanda de divorcio, no se lesiona el derecho del *ius connubii* (art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 12 del Convenio de Roma de los Derechos Fundamentales y las Libertades Pública, de 4 de noviembre de 1950, art. 32 de la Constitución española).

Así que, si un sujeto casado según un rito religioso no ve, por ello, modificado su estado civil y no adquiere el de casado, entonces tal sujeto no puede pretender ante la jurisdicción un pronunciamiento constitutivo–extintivo de lo que no existe. Ningún Estado le priva de capacidad nupcial, de forma que puede contraer un matrimonio civil conforme a la legislación de *cualquier Estado*, con cumplimiento, por supuesto, de los requisitos exigidos en el sistema conflictual de cada uno de ellos.

Por ello, postular, sin más, que los matrimonios exclusivamente religiosos, tal como los hemos definido en este apartado, son *verdaderos matrimonios*, es una postura vacua que no tiene sentido ni en Derecho interno ni en el orden internacional privado. Si un matrimonio religioso no produce ningún efecto civil conforme a *ningún ordenamiento*, entonces la inadmisión de la demanda en base al art. 13 del Reglamento, por *cualquier Estado Miembro participante* –puesto que *ningún Estado* puede atribuirle efectos civiles– constituye una respuesta perfectamente adecuada.

62. Cuestión distinta de la de los matrimonios exclusivamente religiosos es la de los matrimonios celebrados en una forma religiosa que puedan conceptuarse como acordes con los ordenamientos de más de un sistema estatal, porque son dos o más Estados lo que le reconocen eficacia civil. Por ejemplo, el matrimonio canónico de un varón español y una mujer italiana, celebrado en Portugal. Tanto el Derecho español como el italiano y el portugués reconocen eficacia al matrimonio celebrado en forma religiosa canónica, por lo que puede decirse que los tres ordenamientos tienen vocación de ser aplicados, siquiera sea simplemente para afirmar la *existencia del matrimonio* (Considerando (26), párrafo 2º del Reglamento) a los efectos de la resolución de una «cuestión previa».

Si la demanda de separación o divorcio se deduce ante los tribunales de un Estado Miembro participante que reconoce efectos civiles a ese matrimonio, entonces ya no existe problema. Pero sí, en cambio, y podría en este caso suscitarse el juego posible del art. 13 del Reglamento, si el matrimonio celebrado según ritual religioso es conforme a distintos ordenamientos pero ninguno de ellos se corresponde con el Derecho del Estado ante cuyos Tribunales se ha interpuesto la demanda de separación o divorcio. En este caso, sostiene Arenas García, adoptando una postura extremadamente flexible dentro de las variadas construcciones de referencia al «ordenamiento competente», que «basta con que el matrimonio pueda ser considerado como válido en cualquiera de ellos para que pueda ser reconocido en España; de tal forma que *la nulidad del matrimonio solamente podrá probarse si ningún ordenamiento asume como propio el matrimonio celebrado en forma religiosa*».¹⁸²

63. La solución señalada para los matrimonios exclusivamente religiosos –en tanto que no afectan en ninguna manera al *status civilis* de las personas– tampoco puede ser extendida a los matrimonios religiosos que, aunque se encuentren conectados con un único ordenamiento estatal, no tienen, conforme a Derecho, *plenos efectos* por falta de algún requisito formal. En este caso no sería correcto hablar de matrimonios *inexistentes*, y creemos que no podrían ser tratados como tales, por ninguno de los Estados Miembros participantes, en trance de resolver la cuestión previa a la que les enfrenta el tronante *silentium legis* de los arts. 1 y 13 del Reglamento.

¹⁸² Cfr. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., p. 249.

La postura de la doctrina española más avanzada es favorable a admitir la validez de los matrimonios religiosos que, por algún defecto, presumiblemente de forma, no han llegado a adquirir efectos civiles. Los autores que siguen esta postura abierta suelen incluir en una misma categoría a todos los matrimonios que podrían justificar alguna decisión denegatoria del divorcio en virtud de la remisión a los ordenamientos internos que efectúa el art. 13 del Reglamento, en particular los matrimonios poligámicos, los mismos o entre personas del mismo sexo, o los matrimonios religiosos.¹⁸³

La dificultad que surge en algunos casos de matrimonios exclusivamente religiosos, sin embargo, exige un análisis específico, porque presentan una dificultad que demanda un tratamiento particular; y es que el dato del elemento o los elementos internacionales presentes en la celebración del matrimonio *in facto esse*, unido al hecho de que los contrayentes no han perseguido ajustarse a la forma de celebración de ningún ordenamiento estatal, plantea el problema de su deslocalización: o bien no presentan un vínculo lo suficientemente estrecho con el ordenamiento del foro, o bien son varios los ordenamientos que presentan vocación de ser aplicados a la separación o al divorcio.

64. El Convenio entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979 y las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992 de 10 de noviembre,¹⁸⁴ en las cuales se atribuyen efectos civiles a los matrimonios celebrados en determinadas condiciones según las formas evangélica, hebrea e islámica, nos enfrentan a matrimonios que, sin la preceptiva inscripción, a cargo de un funcionario del Estado, no producen «plenos efectos», pero que, *a contrario sensu*, sí producen *algún efecto*, lo que, por un lado, nos obliga a admitir la problemática categoría de la *inexistencia* como una sanción concebible en términos abstractos, como algo distinto de la *nulidad*; y por otra parte, nos impone huir del reduccionismo que asocia cualquier solución de inexistencia al fenómeno de la claudicación: un matrimonio que es válido para un ordenamiento jurídico pero no lo es para otro/s, no es un *matrimonio inexistente* y no autoriza a adoptar la solución aparentemente fácil de inadmitir la demanda de separación o divorcio, *ex art.* 13 del Reglamento 1259/2010.

En cuanto a nuestro propio ordenamiento, la necesaria articulación del sistema de matrimonio civil coexistente con las formas religiosas canónica, islámica, evangélica y hebrea determina que las autoridades civiles que intervienen en la celebración del matrimonio religioso deben de verificar el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para que el matrimonio oficiado pueda desplegar también efectos civiles.¹⁸⁵ Sin embargo, es el encargado del Registro Civil el que debe comprobar que se dan los requisitos necesarios para que ese matrimonio celebrado en forma religiosa, despliegue todos los efectos civiles que le son propios. El art. 63 del Código Civil dispuso que la inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa había de practicarse mediante la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva, que tendría que expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil; añadiendo que se denegaría la práctica del asiento correspondiente cuando de los documentos presentados o de los asientos del se deduzca que el matrimonio certificado no reúna los requisitos exigidos en el propio título IV del Libro I del Código Civil, dedicado al «matrimonio».

65. España tiene concertado con la Santa Sede un Acuerdo sobre asuntos jurídicos en el que nuestro país reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico, precisando que tales efectos se producen «desde su celebración». La redacción de dicho precepto es idéntica a la art. 23 del Concordato de 1953 y a la del art. 76.1 del Código civil en su redacción de 1958. Nos parece que la referencia que hace el art. 6 del Acuerdo a la forma canónica de celebración se proyecta sobre la realidad jurídica no en tanto que eficacia sustancial religiosa, sino como eficacia verdadera y propiamente civil.

La fórmula del art. VI del Acuerdo, en cuanto subordina el pleno reconocimiento de los efectos civiles¹⁸⁶ del matrimonio canónico a la inscripción en el Registro civil, persigue el objetivo de evitar que

¹⁸³ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II. p. 171.

¹⁸⁴ BOE núm. 272 de 12 de noviembre de 1992.

¹⁸⁵ Cfr. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., p. 222.

¹⁸⁶ Vid. J. FERRER ORTIZ, «La eficacia civil del matrimonio canónico y de las decisiones eclesiásticas en el Derecho espa-

los matrimonios contrarios al orden público internacional español alcancen esa eficacia y que los demás matrimonios no inscritos perjudiquen los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

En principio, el matrimonio no inscribible, celebrado según las reglas canónicas pero cuya inscripción se ha denegado ex art. 63.2 del Código Civil, sigue siendo un verdadero matrimonio canónico, y el hecho de que no pueda obtener un reconocimiento «pleno» de sus efectos según los términos del art. 6 del Acuerdo, no puede significar que no se le reconozca el valor de dar «existencia» jurídica a la unión como matrimonio civil, a los efectos de poder obtener el divorcio. En otro caso, podría producirse un aprisionamiento de las partes en un estado civil del que no tendrían la posibilidad de salir, situación incompatible con el *ius connubii* que reconocen los convenios internacionales, entre ellos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y el propio art. 32 de la Constitución española.

Cuando se ha tratado de reconocer derechos patrimoniales frente al sector público en los casos de matrimonio no inscrito, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado decididamente a favor del otorgamiento de efectos al matrimonio canónico no inscrito. En efecto, el Intérprete Supremo de la Constitución, en su Sentencia 199/2004, de 15 de noviembre, concluye que el derecho a la pensión de viudedad existía aunque el matrimonio de la recurrente en amparo no figurase inscrito en el Registro civil por voluntad expresa de los contrayentes, toda vez que la normativa aplicada al caso era, se señalaba, de carácter prestacional y exclusivamente exige haber sido cónyuge legítimo del causante de la pensión. Añadiendo que, considerar inexistente el matrimonio no inscrito y negar la condición de cónyuge a quien ha demostrado su válido vínculo matrimonial, pone de manifiesto que se otorga a la inscripción un valor constitutivo, lo que no resulta acorde a lo que expresamente establece el apartado 1 del artículo 61 del Código civil, a la par que abocaría a un resultado claramente desproporcionado cual era, en el proceso constitucional de amparo, la denegación de la pensión.

Podría también argumentarse, para objetar la inviabilidad del traslado de la doctrina del Tribunal Constitucional al ámbito del estado civil, que, en nuestro propio ordenamiento jurídico, lo patrimonial y lo personal siguen caminos diversos, y así, la declaración de fallecimiento de un sujeto produce *ipso iure* la disolución del matrimonio (art. 85 del Código Civil) de forma que el declarado fallecido pierde la condición de casado, condición que no recupera si reaparece o se demuestra su existencia, mientras que el Derecho civil le reconoce el derecho de recobrar sus bienes en el estado en que se encuentren o su equivalente, así como las rentas, frutos y productos obtenidos con los bienes que le pertenecieran (art. 197 del Código Civil.) Sin embargo, más allá de la opinión del conjunto de los canonistas por razones ligadas al Derecho canónico,¹⁸⁷ las consideraciones relativas al *ius connubii* como derecho a la intimidad familiar nos impone una solución extensiva, abierta y generosa en lo que respecta a la *existencia* del matrimonio canónico no inscribible, para evitar, tal como hemos dicho, que el estado civil se convierta en una prisión que impida a los sujetos una recuperación de la capacidad nupcial y obstaculice el derecho a una plena vida familiar.

66. Si el método del reconocimiento por identificación del ordenamiento competente es el más apropiado para la resolución de la cuestión previa en los casos en que el acto se haya celebrado en el extranjero, en cambio el sistema conflictual, articulado en base a los arts. 49, 50 y 11 del Código Civil, es el más apropiado para resolver la problemática de los matrimonios celebrados dentro de los confines de nuestro territorio. Aunque es difícil dar una solución apropiada para todos los casos de matrimonios religiosos no inscribibles, en cuanto la circunstancias que excluye su inscribibilidad puede justificar un llamamiento al orden público internacional español, debería bastarnos recordar que la cuestión incidental se resuelve positivamente tan pronto comprobamos que el matrimonio «existe» según el ordenamiento jurídico español, aunque, por falta de algún requisito, no se haya podido producir su inscripción. Y es

ñol», *Ius et praxis*, trabajo recibido el 21 de octubre de 2008, Año 14, nº 2, pp. 385 y 386; A. DE FUENMAYOR Y CHAMPÍN, «El marco del nuevo sistema matrimonial español,» en *Revista General de legislación y Jurisprudencia*, 1.979.

¹⁸⁷ La mayor parte de los canonistas comparten la opinión de que el rechazo de la inscripción del matrimonio canónico no determina la inexistencia ni la invalidez en el ámbito del Derecho civil, sino su ineficacia relativa; que la denegación de la inscripción no puede equipararse a la declaración de nulidad, y que una vez removida la causa de nulidad susceptible de subsanación, el matrimonio canónico no inscribible sigue existiendo Cfr. J. FERRER ORTIZ, «La eficacia civil del matrimonio canónico y de las decisiones eclesiásticas en el Derecho español», *ob. cit.*, pp. 390 y 391.

que precisamente en el ordenamiento español se insertan tanto el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos, de 3 de enero de 1979, como las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992 de 10 de noviembre,¹⁸⁸ en las cuales se atribuyen efectos civiles a los matrimonios celebrados en determinadas condiciones según las formas evangélica, hebrea e islámica.

Conviene advertir que la formula presente en los arts. 7 de la Ley 24/1992, 7 de la Ley 25/1992 y 7 de la Ley 26/1992 no es tan generosa como la que contiene el art. VI del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre el estado Español y la Santa Sede, pues, en este último hay una expresa declaración de que «Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración», alocución que no aparece en el texto de las leyes que incorporan los convenios con las restantes confesiones religiosas. Sin embargo, esa sutil y difícilmente aprehensible diferenciación entre el plano de la «producción» de los efectos y el de su «reconocimiento» por el Estado, no tiene ninguna proyección espacial, es decir, no tiene por qué traducirse necesariamente en la inviabilidad del reconocimiento, por las autoridades españolas, de un matrimonio evangélico, hebreo o islámico celebrado en el extranjero por las autoridades señaladas en el articulado de tales leyes. La postura contraria a esa posibilidad, que la Dirección General de los Registros y del Notariado llevó a su Instrucción de 10 de febrero de 1993, ha sido contestada por un sector doctrinal que, con invocación de la jerarquía normativa, tantas veces esgrimida frente al Centro Directivo, nos recuerda que una Instrucción no puede contradecir el tenor de los arts. 49 y siguientes del Código Civil.¹⁸⁹

67. Resulta plenamente aplicable a los matrimonios religiosos celebrados en alguno de los Estados Miembros participantes, cuanto hemos expuesto más arriba en relación con la estrategia de los esposos del mismo sexo, cara a hacer competentes a los tribunales de un Estado que en razón de su sistema de Derecho Internacional Privado, pueda conceptuar como válido el matrimonio. Y en este sentido, si llegara a materializarse la proyectada reforma del Reglamento 2201/03, los esposos casados según una formalidad religiosa admitida solo en algunos Estados, podrían encontrar una vía de solución en el cauce del *forum necessitatis* que regulaba en su art. 7 bis el Proyecto de Reglamento 1259/2010, permitiendo que cualquiera de los cónyuges pueda solicitar el divorcio –y solo el divorcio– ante los órganos jurisdiccionales del Estado Miembro de la nacionalidad de cualquiera de ellos, o “ante los órganos jurisdiccionales del Estado Miembro bajo cuya autoridad se celebró el matrimonio», cuando los demás Estados Miembros del Reglamento 2201/03 no reconozcan el matrimonio bajo la forma celebrada. Cabría pues, igualmente en este caso, un *forum shopping for system shopping* perfectamente permitido por el juego de los arts. 3, 3 bis, 7 y 7 bis del Proyecto de Reglamento, si este efectivamente lega a ser aprobado por las instituciones legislativas comunitarias.

Una vez elegido el tribunal adecuado según el excepcional *forum necessitatis* que regula el Derecho proyectado, los esposos tendrían que hacer uso de la autonomía conflictual para hacer aplicable la *lex fori*, en virtud de lo establecido en el art. 5.3 del Reglamento 1259/2010.

VIII. La aplicación del Reglamento 1259/2010 en relación con los matrimonios constituidos sin intervención de autoridad

68. En determinados ordenamientos se admite la instauración de una unión conyugal por el solo efecto de la voluntad constituyente de las partes, sin necesidad de que intervenga una autoridad celebrante que accione la voluntad constitutiva de un Estado. Si se pretende hacer uso, en tales casos de la teoría o construcción de reconocimiento por referencia al ordenamiento competente, que es la que consideramos más adecuada al *favor divortii*, al contexto de la multiculturalidad en que nos movemos y al tenor de los textos internacionales sobre Derechos Fundamentales que más conscientemente compartimos con los demás Estados de la Unión,¹⁹⁰ es forzoso identificar en primer lugar el Estado con arreglo

¹⁸⁸ BOE núm. 272 de 12 de noviembre de 1992.

¹⁸⁹ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II. p. 122.

¹⁹⁰ Arts. 12 del Convenio Europeo relativo a los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas de 4 de noviembre de 1950, y 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

a cuyo ordenamiento se ha creado el vínculo, para comprobar si efectivamente, el ordenamiento que se toma como referencia tiene vocación de ser aplicado al matrimonio informal de que se trate.

En relación con la determinación del ordenamiento competente, los partidarios de la tesis de reconocimiento tienen que afrontar la dificultad, peculiar en este tipo de matrimonios, de que no existe un lugar de celebración del matrimonio, lo que nos impide tomar como referente la *lex loci celebrationis* o cualquier modelo asimilable al sistema de los arts 49 y siguientes del Código Civil español, así como tampoco existe un funcionario oficiante, lo que nos cierra las puertas a la utilización del criterio de la *lex magistratus*, que habría hecho viable bilateralizar, sin salir del método de reconocimiento, la norma del *auctor regit actum* del art. 11.3 del Código Civil. En este sentido, Arenas García, quien propugna el método de reconocimiento por identificación del ordenamiento competente para el resto de categorías problemáticas de matrimonios bajo la órbita del art. 13 del Reglamento, se inclina en cambio por tratar el problema de los matrimonios sin intervención de autoridad desde una perspectiva conflictual, lo que le lleva a utilizar esos preceptos como base argumental para poder sostener la validez del matrimonio informal siempre que se admitido por la ley del «lugar de celebración –*rectius*, deberíamos decir lugar de emisión de los consentimientos– o por la ley personal de cualquiera de los cónyuges (arts. 49 y 50 del Código Civil); por la ley rectora del fondo del matrimonio y, más dudosamente, por la ley personal de alguno de los cónyuges. (art. 11 del Código Civil).¹⁹¹ Para este autor, tratándose de matrimonios que quedarían confirmados con arreglo a algún ordenamiento por la mera convivencia de los cónyuges cualificada por la concurrencia del bilateral *animus maritalis*, la conexión del lugar de celebración podría considerarse sustituida por la de «la primera residencia del matrimonio, por ser esta convivencia un elemento externo que hace surgir el vínculo.¹⁹²

No obstante, nosotros entendemos que también debe ser aplicado a esta categoría de matrimonios sin intervención de autoridad, el método de reconocimiento, porque es el único que puede soslayar el escollo de la referencia explícita de las normas de conflicto a la «celebración» de un matrimonio, expresión que, entendemos, supone la recepción de las declaraciones de voluntad por un oficiante situado *supra partes* con funciones que exceden de la mera dación de fe. Así podemos deducirlo del léxico empleado en el Código Civil desde su promulgación nuestros días (arts. 49, 51 y 57 del Código Civil principalmente) y la consagración del binomio «celebración»–«autoridad» que se ha llevado al art. 59.2 de la Ley 20/2011 del Registro civil, sin articularse cauce alguno para la inscripción, en el Registro Civil español, de un matrimonio que, constituido fuera de nuestro territorio, no se haya «celebrado ante autoridad extranjera».

69. Si el matrimonio *solo consensu* o celebrado sin intervención de autoridad, hubiese llegado a inscribirse en el Registro Civil del lugar de emisión de las voluntades relevantes, no solo la identificación del ordenamiento competente quedaría facilitada por referencia al estado de la inscripción registral, sino que, además, el reconocimiento podría quedar facilitado, tratándose de un Estados Miembros del Reglamento 2201, por la actualización permitida en el art. 21.2 del mismo. En otro caso, tendría que sujetarse a las exigencias del art. 98 de la Ley 20/2011 del Registro Civil,¹⁹³ todavía en el tramo inicial de la larga *vacatio* ordenada en su Disposición Final Décima,¹⁹⁴ norma que parece seguir el camino marcado por el art.81 del vigente Reglamento del Registro Civil en cuanto establece un control de validez del acto certificado, a la luz del «...ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado».

70. Fuera del caso excepcional de la inscripción en otro Registro, habrá que hacer una consulta global al ordenamiento que autorice el matrimonio en cuestión. Es común que los ordenamientos receptores

¹⁹¹ Cfr. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., pp. 253 y 254.

¹⁹² Idem. p. 251.

¹⁹³ BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011

¹⁹⁴ Conforme a la Disposición Final Decima de la Ley esta entrará en vigor, con unas pocas excepciones, a los tres años de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Entretanto, siguen vigentes los arts. 81 y ss. del Reglamento del Registro Civil tal como han venido siendo interpretados por la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuya pervivencia más allá del 22 de julio de 2014, aún con pretexto de no haberse aprobado en ese momento todavía un Reglamento para la *nova lex*, nos parece muy dudosa.

de la figura, exijan, como condición de validez, a los sujetos de la unión que va a crearse con el concurso de su solo consentimiento, una cierta vinculación con el sistema jurídico del foro, tal como por ejemplo, un periodo de residencia por un período de tiempo mínimo, predeterminado, de uno o de los dos cónyuges.¹⁹⁵

Ahora bien, también puede suceder que el ordenamiento con arreglo al cual se ha constituido el matrimonio así formado no contenga especiales exigencias en cuanto a delimitación personal ni territorial. En tal caso, dice Arenas García que será necesario reconstruir tales ámbitos personal y espacial a partir de las normas de conflicto propias de ese ordenamiento.

La resolución de la primera de estas cuestiones demanda la consulta del ordenamiento extranjero con el fin de verificar o descartar su vocación para regular la unión conyugal formada sin intervención de autoridad, en particular los vínculos con ese ordenamiento que aparecen exigidos por la norma aplicable. Así, en el caso de los matrimonios denominados *by habit and repute* propios del Derecho anglosajón, la propia regulación legal concreta los vínculos específicos que los sujetos deben mantener con el ordenamiento de que se trate. En general, se exige que los contrayentes cuya voluntad se considere relevante para la formación de la unión, mantengan unos vínculos permanentes con la comunidad, a través de un domicilio o una residencia en el Estado o unidad territorial en que se reconoce tal forma de nacimiento del vínculo. Sin embargo, en el Derecho norteamericano se han registrado algunas excepciones, pues hay Estados que no exigen tal vínculo permanente, aunque si una formalización por escrito, sin intervención de autoridad, solo ante testigos, como en el Estado de Nueva York.¹⁹⁶ Una vez constatada la existencia de matrimonio desde la perspectiva del ordenamiento en el que se formó el matrimonio *solo consensu*, habría de determinarse si el ordenamiento en el que surge la relación puede ser considerado como «competente» y si el reconocimiento no es contrario al orden público español.

71. Una vez que se constata que el matrimonio en cuestión prevé la instauración del vínculo conyugal sin ninguna formalidad especial relacionada con la interposición de autoridad, es preciso descender al plano de los hechos; incluso de los hechos internos, volitivos o psicológicos, y verificar si, en el caso concreto, el proceso de formación y manifestación o exteriorización de la voluntad de los cónyuges capaces reúne los requisitos precisos para el válido nacimiento de la unión conyugal¹⁹⁷ y finalmente si concurren las condiciones necesarias para su reconocimiento en España.¹⁹⁸

Estas condiciones se van a reducir al control de orden público, que no tiene por qué ser determinante del rechazo de la aplicación del ordenamiento extranjero, por el hecho de que nuestro Derecho interno solo reconozca el matrimonio celebrado ante autoridad.

Ni le referencia que mantiene el art. 73 del Código Civil español al matrimonio celebrado por autoridad competente, ni la ratificación, por España, de la Convención de Nueva York de 10 de diciembre

¹⁹⁵ Cfr. E. SUTHERLAND, «Family law in Scotland», en *Family law in Europe*, C. Hamilton, K. Stanley y D. Hodson (Eds.) 1995. pp. 399 y ss;

¹⁹⁶ Cfr. L. PALSSON, *Marriage and divorce in comparative conflict of laws*, Leiden, 1974; *Idem*, *Marriage and Divorce*, Chapter 16, Vol. III, IECL, Tubinga, 1978; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., p. 285.

¹⁹⁷ La prueba de la emisión de los consentimientos de los cónyuges, en un matrimonio sin intervención de autoridad, no puede producirse, como es natural, a través del sistema de certificación, que es propio de los sistemas regidos por el principio de autoridad. Vid. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., p. 252. Teóricamente deberíamos admitir de forma cumulativa, todo medio de prueba permitió por el Derecho procesal del foro y los medios de prueba específicos que pueda prever la ley de cualquier ordenamiento conforme al cual el matrimonio así conformado sea válido. La contemplación del Derecho procesal español nos deja ante la generosa remisión abierta que contiene el art. 299.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a lo que hay que añadir una posibilidad no explorada hasta ahora: la de la anotación registral prevista en el art. 40.3.4º de la Ley 20/01 de 11 de julio, en cuanto permite, practicar en el Registro Civil español una anotación registral sin el *valor probatorio que proporciona la inscripción*, al efecto de hacer constar «El hecho o acto relativo a españoles...que afecte a su estado civil, según la Ley extranjera.» Sin embargo, no puede descartarse la posibilidad de admitir como prueba un medio de acreditación que no se corresponda con nuestro sistema probatorio interno. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha admitido como medio de acreditación el acta notarial relativa a la celebración de un matrimonio, cuando no existe, en el Estado de constitución del mismo, un registro de matrimonios válidos (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de febrero de 2009) (Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS y SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., p. 398).

¹⁹⁸ R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., p. 250.

de 1962,¹⁹⁹ pueden sustentar un rechazo de la validez de estos matrimonios, por aplicación de nuestro orden público internacional.

Lo primero, porque la causa de nulidad señalada en ese precepto no alude a una cuestión de forma del acto de celebración del matrimonio, sino a la competencia del oficiante, en caso de se trate de un acto de pública celebración. Y lo segundo, porque el mencionado Convenio no obliga al Estado español sino a mantener en su legislación interna una forma de celebración con intervención de autoridad pública, lo que constituye una opción del legislador español que se obligó internacionalmente en tales términos, pero sin que ello supusiese la asunción de valores de obligada inclusión en nuestro sistema de Derecho Internacional Privado. La Convención contribuyó en su momento a inspirar la legislación protectora de menores de numerosos Estados que admitían o toleraban el matrimonio de menores sin control sobre su capacidad de asumir compromisos duraderos en el marco de un proyecto familiar. A pesar de las numerosas referencias que contiene la Convención a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la adhesión al instrumento por parte de España, el 15 de abril de 1969, obedecía más bien a la política internacional del Estado franquista, autocrático y confesional, y a su proyecto de integrarse en la comunidad internacional. El modelo de matrimonio de autoridad que propugna el art. 1 de la Convención encajaba entonces con el modelo de matrimonio canónico y con la sociedad preeminentemente monolítica del momento, con unos valores muy distintos de los que, nueve años después, nos trajo la Constitución española de 1978, en torno al pluralismo y la multiculturalidad.

IX. Conclusiones

Primera. Un «alto en el camino» para la formación del Derecho de familia europeo.

Con el Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre, de cooperación reforzada en materia de ley aplicable, la construcción de un Derecho uniforme para Europa sobre ordenación jurídica de la familia queda «en letargo» hasta que pueda darse por alcanzado un nuevo horizonte normativo.

Desde el punto de vista de la construcción de una Europa nueva, el experimento de la Cooperación reforzada no puede ser más esperanzador. No es la primera vez que se trata de uniformar las normas de conflicto de los Estados de la Unión Europea, e incluso llueve sobre la iniciativa representada por el Reglamento 4/2009 que ya tocó el Derecho de Familia incidiendo sobre las reclamaciones y la modificación de las obligaciones de alimentos. El Reglamento 1259/2010 incide sobre una figura, el divorcio, de una enorme complejidad, pues, una vez acordado, origina con una fuerza explosiva, el alumbramiento de un extenso cúmulo de situaciones y relaciones precisadas de regulación y de certeza jurídica; en el ámbito de la capacidad –no solo nupcial, sino general– de los cónyuges divorciados, del destino de los bienes que les pertenecieron en común durante el matrimonio, de los derechos y obligaciones nuevos surgidos entre ellos por obra de la disolución matrimonial, de las relaciones paternofiliales, del nombre y apellidos, et *sic coeteris*, situaciones y relaciones que tienen que encontrar su asiento, o bien en la «*lex divorcii*», o bien en otra distinta.

Segunda. El «matrimonio válido» como cuestión previa y como cuestión prejudicial.

El Reglamento 1259/2010 no ofrece un concepto de «matrimonio». El art. 13 del mismo deja en manos del Derecho Internacional Privado de los Estados Miembros la determinación de lo que sea un matrimonio al efecto de resolver la «cuestión previa» de la existencia de un matrimonio cuyas obligaciones puedan quedar en suspenso (separación) o que sea sustancia de un vínculo que pueda ser disuelto (divorcio) por la autoridades de los Estados Miembros participantes. En todo caso la interpretación del art. 13 del Reglamento con arreglo al Considerando (26), párrafo 2º, restringe las facultades de los órganos de los Estados para denegar el divorcio a aquellos casos en que el matrimonio *no exista*. Por con-

¹⁹⁹ Convención relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos, hecho en Nueva York el 20 de diciembre de 1962 (BOE núm. 128 de 29 de mayo de 1969). El art. 1.1 de la Convención dispone que «No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con a ley.»

siguiente, la óptica de la existencia nos obliga a distinguir entre matrimonio *válido* en el ordenamiento con arreglo al cual se haya celebrado, y matrimonio simplemente *inexistente*. La técnica adecuada para resolver la cuestión, la única respetuosa con el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia «según las leyes que regulen su ejercicio» que reconoce el art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, es la del control de reconocimiento por determinación del «ordenamiento competente», que toma como premisa una razonable presunción de capacidad de los cónyuges y de integridad de sus consentimiento en el momento preciso de otorgarlo, y con referencia al ordenamiento que se encontraba vigente en la fecha y en el lugar en que se celebró el matrimonio.

Esta técnica permitiría a los Estados que no reconocen en sus ordenamientos internos el matrimonio entre personas del mismo sexo, dictar pronunciamientos de separación y divorcio de uniones conyugales celebradas fuera de tales Estado Miembros participantes, partiendo de esa esencial presunción de que el matrimonio en cuestión se celebró con la concurrencia de todos los requisitos que debían ser cumplidos según la legislación aplicable a ese matrimonio; pues esa es la legislación a que se refiere el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Igualmente con un tal modelo de reconocimiento por referencia al ordenamiento competente, todos los Estados Miembros participantes tendrían que aceptar que son auténticos «matrimonios» las segundas y sucesivas uniones conyugales de una mujer con el varón polígamo, propias de la mayor parte de los Derechos de cuño musulmán. No deberíamos olvidar que tales uniones sólo son polígamas para el varón, no para cada una de las mujeres unidas al mismo, las cuales son sujetos de una *relación bilateral*. Ninguna relación jurídica liga entre sí a las mujeres casadas con el mismo varón.

Por último, la técnica del reconocimiento por referencia al ordenamiento competente debería servirnos para resolver los casos más problemáticos de divorcio de los matrimonios alumbrados fuera de las fronteras de cada Estado Miembro participante como matrimonios exclusivamente religiosos o como matrimonios informales.

Tercera. Dificultades en sede de resolución de la «cuestión previa» para los matrimonios poligámicos.

La principal dificultad con que se encuentran los cónyuges unidos en matrimonio poligámico al decir su demanda de separación o divorcio ante un tribunal de un Estado Miembro del Reglamento 2201/03 es la de que su unión no sea considerada como «matrimonio» a los efectos de aplicar la normativa comunitaria. Ante la imposibilidad de alcanzar por el momento un concepto autónomo de matrimonio que sirva para la aplicación uniforme de este Reglamento y del Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre, de cooperación reforzada en materia de ley aplicable, proponemos la utilización del sistema de reconocimiento por referencia al ordenamiento competente, sin que ello suponga prescindir del examen de las circunstancias tomadas como foros de competencia judicial internacional por el art. 3 del Reglamentos 2201/03; ello según las directrices propuestas por el profesor *Picone*, si bien posponiendo la entrada del correctivo de orden público internacional a la fase final de la aplicación del Derecho, una vez que se ha seleccionado la norma de conflicto aplicable y el Derecho material que debe dar respuesta a la pretensión deducida en el proceso.

La consideración que se asigne de verdaderos «matrimonios» a las uniones poligámicas procedentes de Estados de confesión o de cuño islámico debe estar presidida por la interpretación auténtica que el propio Reglamento 1259/2010 contiene del alcance del art. 13 del Reglamento, en su Considerando (26), párrafo segundo, en el sentido de que la «cuestión previa» relativa a la existencia del matrimonio debe traducirse en si la unión que se trata de modificar o de disolver existe según el Derecho del foro globalmente considerado (*Lex formalis fori*), ni si existe en el Derecho material del foro (*lex materialis fori*).

Por que se refiere a la estrategia cara a determinar la ley aplicable, la información integral que se suministre a los esposos unidos en matrimonios islámicos, sean o no poligámicos, debe tomar en consideración principalmente los datos referentes a los vínculos actuales con el Estado o Estados de procedencia o con otros Estados islámicos ante los cuales podrían tener interés de mantener el estatuto personas con plena capacidad nupcial, incluso sus planes de futuro de reintegrarse a tales Estados, en cuanto la ley aplicada en concreto por la autoridad europea competente, tendría que superar un control

de los requisitos de validez ante la autoridad del Estado requerido, incluyendo, posiblemente, en función de cuál sea el instrumento o la ley que rijan los aspectos jurídico materiales del reconocimiento, un riguroso control de ley aplicable.

Cuarta. Dificultades en sede de resolución de la «cuestión previa» para los matrimonios entre personas del mismo sexo.

En el ordenamiento jurídico español, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005 de 1 julio 2005, al incorporarse al art. 44 del Código Civil un modelo de matrimonio en el que el sexo de los cónyuges resulta absolutamente irrelevante, el sexo de los contrayentes ya no puede considerarse como un componente de su capacidad, si alguna vez lo fue. Es, pues, incorrecta la perspectiva de la aplicación de la ley personal ex art. 9.1 del Código Civil español para determinar la capacidad de cada parte para contraer matrimonio, y las argumentaciones que en tal sentido ha publicado la Dirección General de los Registros y del Notariado, son, por más que se muestren como caminos alternativos a la consideración del sexo de los esposos como elemento regido por la ley aplicable al fondo, innecesarias y erróneas. Desde el momento en que la diversidad de sexo no es un elemento configurador del matrimonio en nuestro Derecho, no existe ya una diferencia conceptual entre matrimonio a efectos de la aplicación de nuestra legislación civil sustantiva interna, y un matrimonio con elemento extranjero que exija la intervención del Derecho Internacional Privado. Consiguientemente, son admisibles por los tribunales españoles las demandas de divorcio presentadas por o entre cónyuges del mismo sexo, siempre que el matrimonio sea válido en el lugar de celebración, sin perjuicio de que la unión no constituya «matrimonio» por otra causa independiente de la diversidad de sexos, o de que la pretensión de estado civil deba ser rechazada por consideraciones ajenas a la existencia o validez de tal «matrimonio».

En todo caso, la superación de esa dificultad elemental que se vienen encontrando los cónyuges del mismo sexo, no pasa por las soluciones discriminatorias contenidas en la última versión de la Propuesta de Reglamento 1259/2010, antes de que naciese el Proyecto de Cooperación reforzada como tal, pues la articulación de un *forum necessitatis* entraña una serie de discriminaciones que resultan contrarias al art. 21.1 de la carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Mientras no se imponga una solución no discriminatoria desde las propias instituciones europeas, incluyendo la jurisprudencia del TJUE, mucho nos tememos que el remedio provisional va a consistir en elevar las barreras de tolerancia respecto del *forum shopping*, permitiendo a tales parejas un *forum shopping for system shopping*, que les permita plantear la demanda de separación ante el Estado o alguno de los Estados cuyo sistema conflictual permita resolver la cuestión previa mediante alguna de las técnicas de adaptación, sustitución, trasposición o reconocimiento de situaciones creadas en el extranjero, que haga posible la admisión de la demanda. Ello tiene que suponer un mayor esfuerzo para conformar la información que debe dispensarse a los cónyuges del mismo sexo, pues tal información debe extenderse a una serie de aspectos de la legislación conflictual de los Estados, que, ni hoy por hoy proporciona la Red Judicial Europea, ni está al alcance de todos los profesionales del Derecho que trabajan en el terreno del Derecho de Familia.

Quinta. Dificultades en sede de resolución de la «cuestión previa» para los matrimonios celebrados en forma religiosa y los matrimonios constituidos sin intervención de autoridad.

Estos matrimonios no plantean, como regla general, problemas de discriminación de las partes por razón de alguna de las condones que se expresan en los textos de Derechos Fundamentales, pero sí de acceso a la jurisdicción a la hora de resolver la «cuestión previa» que debe quedar despejada positivamente para que los Estados Miembros participantes puedan sustanciar el proceso sobre separación o divorcio.

Los matrimonios exclusivamente religiosos, en cuanto no pueden producir efectos civiles con arreglo a ningún ordenamiento, no serán considerados en ningún Estado como tales «matrimonios», al no existir un *estado civil* sobre el que pueda proyectarse un pronunciamiento constitutivo –en definitiva, un cambio jurídico.

El matrimonio religioso claudicante puede ser abordado, en sede de su calificación como matrimonio existente (arts. 1 y 13 del Reglamento) desde la perspectiva del método de reconocimiento por

identificación del ordenamiento competente. En este sentido, se considerará que existe el matrimonio a los efectos de admitir la sustanciación y el debate sobre la separación o el divorcio, cuando sea válido con arreglo a cualquiera de los ordenamientos con los que esté mínimamente conectado y que determinen la apreciación de su validez.

El mismo método puede considerarse como idóneo para enfocar los matrimonios religiosos que son válidos con arreglo a más de un ordenamiento estatal, sin necesidad de optar por uno de los sistemas jurídicos con los que la unión matrimonial aparezca conectada, pues no se trata de determinar *una ley aplicable*, sino solo de decidir sobre la existencia del matrimonio «según» el Derecho Internacional privado del Estado del foro, tal como se señala en el Considerando (26) del Reglamento: «...según la ley de tal Estado Miembro».

Los matrimonios constituidos sin intervención de autoridad pueden ser valorados a los efectos de la cuestión previa siguiendo el mismo esquema del reconocimiento por identificación del «ordenamiento competente», que será, en los casos más comunes, el lugar donde los esposos tuvieron la primera residencia habitual, momento en que se exteriorizó de forma concluyente la voluntad de los interesados de formar una familia y donde, según el esquema clásico de la *posesión de estado*, los cónyuges se darían nombre de tal, se tratarían como esposos, reclamando y ejerciendo los derechos propios de la unión matrimonial según las leyes del estado de su residencia (Cfr. Art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas y art. 9 de la Carta e los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) y obtendrían de los demás miembros de la colectividad la reputación o consideración de tales esposos (*by habit and repute*).

En todos los casos señalados en esta conclusión, la articulación a nivel comunitario de un *forum necessitatis* como el previsto en el at. 7 bis de la Propuesta de Reglamento 1259/2010, versión documento 8587/08 de la Comisión Europea, puede hacer posible la superación del escollo de la falta de aceptación del sistema de reconocimiento por parte del tribunal del Estado miembro participante al que se acude para obtener la separación o el divorcio. Ello significa que, mientras no se imponga verticalmente por las instituciones de la Unión la unicidad de estado civil, la solución, para las personas unidas en matrimonios religiosos o informales que solo puedan ser considerados como válidos en el Estado de su constitución o celebración, pasa por un *forum shopping por system shopping*.

Sexta. Las reformas necesarias en el Derecho comunitario.

Dejando a un lado la problemática planteada por la escisión de Europa en dos espacios judiciales en lo que a la ley aplicable se refiere, aspecto de no es remediable desde las propias instituciones europeas, el Reglamento nace con cuatro taras genéricas que sí serían abordables en una futura reforma:

- 1º. En primer lugar, ningún Reglamento comunitario sobre ley aplicable puede cumplir sus finalidades sin una norma de aplicación explícita que imponga a la autoridad competente la APLICACIÓN DE OFICIO DEL DERECHO EXTRANJERO que pueda resultar llamado por la correspondiente norma de conflicto. En tanto sigan postulándose en la doctrina científica europea posturas que justifiquen la conservación de las normas de aplicación internas en lo que se refiere a la prueba y aplicación del Derecho extranjero, subsistirá la necesidad de que las instituciones comunitarias impongan verticalmente de forma terminante, la solución propuesta. Solo deberían quedar bajo la competencia de los Derechos procedales de los Estados la articulación de los cauces de participación de las partes en la prueba del Derecho extranjero, así como su incontestable derecho de impugnación del criterio sostenido por el juez acerca del Derecho extranjero aplicable.
- 2º. En segundo lugar, la libertad que el art. 13 del Reglamento deja a los Estados para determinar lo que es matrimonio y para inadmitir o desestimar la demanda de separación o divorcio, no era incompatible con el reconocimiento de derecho de toda persona a mantener el mismo estado civil en cualquier punto del mundo. Ya que las autoridades estatales –judiciales y científicas– no se atreven a deducir tal principio general del art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y la actualización de los registros civiles prevista en el art. 21

del Reglamento 2201/03, no es suficiente, evidentemente para garantizar ese resultado, es necesario que se imponga verticalmente desde el propio Tratado de Funcionamiento, el necesario, nunca prometido y ya impostergable reconocimiento del derecho de todo ciudadano a la unicidad de estado civil en todo el suelo europeo. Quizás más adelante pueda abordarse sobre bases más firmes que las hoy existentes, la cuestión de la *exclusión de la discriminación de los nacionales de terceros Estados*, una vez se alcance una interpretación uniforme del art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y se logren nuevos avances en la jurisprudencia del TJUE, en relación con el concepto de ciudadanía y su relación con la residencia habitual en suelo europeo.

- 3º. La autonomía conflictual ha quedado excesivamente limitada por las cuatro únicas posibilidades que contiene el artículo 5 del Reglamento, el cual debería haber mantenido el sistema de elección abierta de la ley aplicable que se llevó en su momento al Reglamento Roma I y al Reglamento Roma II.
- 4º. Por último, la pretendida coherencia entre el Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre, de cooperación reforzada en materia de ley aplicable, y el Reglamento 2201/03, ha quedado inconclusa al no haber prosperado la reforma que se pretendía abordar, en un principio, afectante a ambas materias, la ley aplicable y la competencia judicial internacional. La admisión de la sumisión expresa y la regulación de los aspectos formales del pacto de sumisión, tal como se hace en el art. 3 bis de la Propuesta de Reglamento 1259/2010, versión de 18 de abril de 2008, hubiera potenciado enormemente la elección de ley aplicable, haciendo posible que ambos aspectos de la autonomía de lo voluntad encontrasen materialización en unas mismas estipulaciones, sujetas, en lo formal, a idénticas formalidades y, en lo material, a un mandato de información integral (*Scelta illuminata, choix éclairé, informed choice, Rechtswahl in voller Sachkenntnis*) que debería proyectarse también, lógicamente, sobre las consecuencias, más bien en el terreno procesal que en el conflictual, de elegir un foro u otro.

Asimismo el *forum necessitatis* que se contemplaba en el art. 7 bis del mismo documento del (Doc. del Consejo de la Unión Europea, Comité de Derecho Civil –1259/2010– 8587/08 de 18 de abril de 2008) podría aliviar la situación de las mujeres casadas en régimen poligámico, de las parejas del mismo sexo, y de otros sujetos casados bajo formas de celebración anómalas o sin intervención de autoridad, que, de no articularse tal cauce de ampliación de las competencias judiciales internacionales, podrían ver frustrado su derecho a una vida familiar, quedando apresados en la trampa de un matrimonio claudicante al que se niega, por la autoridad competente, la cualidad de tal.

Séptima. La reforma necesaria de la LEC española

Debería abordarse la reforma puntual de la LEC para incorporar al apartado 6º del artículo 777, en un segundo párrafo, la previsión de que, en los casos que impliquen un conflicto de leyes, si el Tribunal estimare que debe desestimar la demanda por *no existir matrimonio* entre los solicitantes, debe abrir una audiencia de diez días para que los mismos puedan hacer las alegaciones que estimen pertinentes a tal respecto y presentar las justificaciones documentales o testimoniales que consideren convenientes, a fin de acreditar la existencia de vínculo matrimonial según el sistema de Derecho Internacional Privado español.

Octava. Las reformas necesarias del Código Civil español.

Creemos que, para que las cuestiones relativas a la validez de un matrimonio puedan ser resueltas por nuestros tribunales de la manera más satisfactoria y acorde con los derechos que consagran el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deberían introducirse en nuestra ley civil básica las siguientes reformas:

- Debería modificarse el tenor del art. 9.1 del Código Civil para convertirlo en un precepto de remisión a los numerosos Reglamentos que han devorado la regla general, manteniendo la consagración del *SEMEL MAJOR, SEMPER MAJOR* e incorporando, además, en dos párrafos independientes:
 - Una norma especial sobre la capacidad nupcial, que permita aplicar a cada contrayente la más favorable de estas dos leyes: la ley personal, la ley de su residencia habitual, ó la ley del lugar de celebración del matrimonio.
 - Una norma de significación análoga a la del art. 46 del Código de Derecho Internacional Privado belga,²⁰⁰ a la que podría darse el siguiente tenor: cuando ninguna de las leyes señaladas permita a un contrayente casarse con persona de su mismo sexo, el matrimonio se considerará válidamente contraído cuando el otro contrayente tenga capacidad nupcial para contraer tal matrimonio con persona de su mismo sexo, de conformidad con cualquiera de dichas leyes.»
- Debería insertarse al final del art. 44 del Código Civil un tercer y un cuarto párrafos con la siguiente o análoga norma conflictual: «El matrimonio celebrado fuera de España, ya sea mixto, entre españoles o entre extranjeros, será considerado como válido a todos los efectos, incluso a los de nulidad, separación o divorcio, cuando los contrayentes tuvieran capacidad nupcial con arreglo a las respectivas leyes personales, el consentimiento se ajuste al canon o exigencia propio del Estado en que se celebre y observe cualquiera de las formas admisible conforme al Derecho Internacional Privado del Estado en que se celebre o, alternativamente, cualquiera de las formas señaladas en los arts. 11.1, 49 y 50 de este Código».

En todo caso, se considerará válido a los efectos de demandar ante la jurisdicción española la nulidad, la separación o el divorcio, todo matrimonio que, en los supuestos de conflicto de leyes, deba ser tenido por tal conforme al Derecho Internacional Privado del Estado en que se haya celebrado, incluyendo los segundos o ulteriores matrimonios de un varón de estatuto poligámico con segundas o ulteriores esposas, con independencia de cuál sea la nacionalidad de aquél y de éstas.»

- Debería sustituirse la compleja norma de conflicto del art. 107 del Código Civil por otra que introduzca la conexión de la autonomía de la voluntad a los efectos de permitir, en el futuro, si llegasen a legislar los parlamentos autonómicos sobre nulidad, separación o divorcio, elegir una u otra ley autonómica, tanto a los españoles, como a los extranjeros, en toda situación que implique un conflicto de leyes.

²⁰⁰ El precepto en cuestión dispone, bajo la rúbrica de «Droit applicable à la formation du mariage», que «Sous réserve de l'article 47, les conditions de validité du mariage sont régies, pour chacun des époux, par le droit de l'Etat dont il a la nationalité au moment de la célébration du mariage.

L'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa 1er est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un Etat ou a S.A. S.A. résidence habituelle sur le territoire dont le droit permet un tel mariage».