

# El matrimonio igualitario desde las lógicas del Derecho internacional privado

## The Equal Marriage from the Logics of Private International Law

ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ\*

*Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad de Oviedo*

Recibido: 16.05.2024 / Aceptado: 10.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8934

**Resumen:** Recientes casos han mostrado un interés renovado por el régimen jurídico de los matrimonios transfronterizos igualitarios, que puede abordarse desde las dos lógicas que informan el Derecho internacional privado. Desde una lógica de Derecho internacional, se analizará el matrimonio igualitario a la luz de los derechos humanos, del proceso europeo de integración y del impacto de ambos en los sistemas constitucionales de los Estados. La conclusión será que debe atenuarse el orden público de los Estados contrarios a este matrimonio. Desde una lógica de Derecho privado, la mencionada atenuación del orden público resultará una técnica especialmente útil para afrontar la validez y eficacia del matrimonio igualitario transfronterizo, cuestiones relacionadas con la separación legal, divorcio y régimen económico, así como la identidad, la nacionalidad y los derechos alimenticios y sucesorios del cónyuge del mismo sexo o género.

**Palabras clave:** Matrimonio igualitario, TEDH, TJUE, separación legal, divorcio, nulidad matrimonial, cónyuge del mismo sexo, nacionalidad e identidad, derechos alimenticios y sucesorios.

**Abstract:** Recent cases have shown a renewed interest about the regulation of cross-border equal marriages, which can be analyzed from the logics that informs Private International Law. From a logic of International Law, equal marriage will be analyzed in light of human rights, the European integration process and the impact on the constitutional systems of States. As conclusion, it will be necessary to attenuate the public order of the States contrary to this marriage. From a logic of Private Law, the mentioned attenuation of public policy is a particularly useful technique for the validity and effectiveness of cross-border equal marriage, issues of legal separation, divorce and property regime, as well as identity, nationality and maintenance and inheritance rights of the spouse of the same sex or gender.

**Keywords:** Equal marriage, ECHR, CJEU, separation, legal divorce, marriage annulment, same-sex spouse, nationality and identity, maintenance and inheritance rights.

**Sumario:** I. Introducción: la intersectorialidad del matrimonio igualitario transfronterizo. II. Lógica de Derecho internacional en el matrimonio igualitario: 1. Derechos humanos y matrimonio igualitario: A) Ausencia de un derecho humano al matrimonio igualitario e irrelevancia del elemento transfronterizo. B) El derecho humano a la vida privada y familiar en las relaciones igualitarias: la

---

\*Este artículo se adscribe al Proyecto PID 2021-123452OB-I00, “Retos jurídicos para una sociedad inclusiva: obstáculos de género a la vida privada y familiar en casos de movilidad transfronteriza” financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER,UE).

atenuación del orden público en casos transfronterizos. 2. Integración europea y matrimonio igualitario: A) La libre circulación de personas y los cónyuges del mismo sexo o género. B) Configuración legal de la libertad fundamental. C) La idoneidad del método del reconocimiento para los matrimonios igualitarios. 3. Impacto de la lógica internacional en los sistemas constitucionales. III. Lógica de Derecho privado en el matrimonio igualitario transfronterizo: 1. Validez y eficacia del matrimonio transfronterizo igualitario: A) La despreocupación de la UE por la celebración del matrimonio transfronterizo igualitario. B) El reconocimiento del matrimonio igualitario celebrado por autoridad extranjera. C) Patologías de las acciones de nulidad de matrimonio igualitario transfronterizo. 2. La tutela judicial en casos de separación, divorcio y régimen económico del matrimonio transfronterizo igualitario: A) Inhibición de tribunales de Estados miembros para el matrimonio igualitario. B) Foro de necesidad y matrimonio igualitario vinculado a terceros Estados. C) Interacciones con la tutela judicial ejecutiva. 3. Hacia la equiparación de derechos personales y patrimoniales de los cónyuges del mismo sexo o género: A) Nacionalidad e identidad de los cónyuges del mismo sexo o género. B) Derechos alimenticios y sucesorios del cónyuge del mismo sexo o género. IV. Conclusiones.

## I. Introducción: la intersectorialidad del matrimonio igualitario transfronterizo

1. Recientes casos han mostrado un interés renovado por el régimen jurídico de los matrimonios transfronterizos igualitarios<sup>1</sup>, una de las grandes líneas de investigación del Prof. Calvo Caravaca<sup>2</sup>. En este sentido, ante el TJUE está pendiente una cuestión prejudicial de 23 de noviembre de 2023 planteada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo polaco, en el asunto *JC-T* y *MT*, en el que deberán abordarse los efectos civiles de un matrimonio igualitario celebrado en un Estado miembro en otro Estado miembro que solo contempla el matrimonio entre personas de distinto sexo<sup>3</sup>. Además, el 2023 ha sido un año de especial importancia para los matrimonios igualitarios en el TEDH, con cuatro sentencias sobre la violación del respeto de la vida privada y familiar, en demandas contra Rusia<sup>4</sup>, Ucrania<sup>5</sup>, Rumania<sup>6</sup>, Bulgaria<sup>7</sup> y Polonia<sup>8</sup>. La Sentencia contra Rusia es, sin duda, el caso de referencia a partir del cual la Gran Sala del TEDH construye su jurisprudencia, y ello sin perjuicio de que Rusia ha dejado de ser miembro del Consejo de Europa<sup>9</sup>. Pero la sentencias contra Rumania, Bulgaria y Polonia tienen una especial relevancia, al tratarse de Estados miembros de la UE y muchas veces en relación con casos transfronterizos.

2. Cabría pensar que el punto de partida debe ser una regulación general y genérica para todo matrimonio, sin consideración al sexo o género de los contrayentes. Pero el hecho de que algunos Estados miembros, principalmente de la Europa del Este pero también en países tan emblemáticos como Italia o Grecia, todavía no reconozcan el matrimonio igualitario genera una problemática particular, caracterizada por su intersectorialidad. Efectivamente en ella convergen planteamientos de derechos humanos, Derecho de la UE y de Derecho de persona, familia y sucesiones. Por esta razón, y evocando el planteamiento de M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, se propone una metodología sobre dos lógicas, la internacional y la de Derecho privado<sup>10</sup>. En la primera se analizará el matrimonio igualitario desde las

<sup>1</sup> Se utilizará esta terminología para referirse a cualquier matrimonio sin impedimento de género o sexo, incluyendo tanto los matrimonios de personas del mismo sexo como los matrimonios en los que ha existido un cambio de sexo o género.

<sup>2</sup> Entre otras, por ejemplo, A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho internacional privado y matrimonios entre personas del mismo sexo”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 23, 2005, pp. 11-70.

<sup>3</sup> Asunto C-713/23.

<sup>4</sup> STEDH (Gran Sala) 17 de enero de 2023, *Fedotova and others v. Russia*, nos. 40792/10 y otros.

<sup>5</sup> STEDH 1 de junio de 2023, *Maymulakhin and Markiv v. Ukraine*, nos. 75135/14.

<sup>6</sup> STEDH 23 mayo 2023, *Buhuceanu and others v. Romania*, no. 20081/19 y otros.

<sup>7</sup> STEDH 1 septiembre 2023, *Koilova and Babulkova v. Bulgaria*, no. 40209/20.

<sup>8</sup> STEDH 12 diciembre 2023, *Przybyszewska and others v. Poland*, no. 11454/17 y otros.

<sup>9</sup> El Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la Resolución CM/Res(2022)2, de 16 de marzo de 2022, por la que la Federación de Rusia dejaba de ser miembro del Consejo de Europa. Por Resolución del TEDH, de 22 de marzo de 2022, se declaró que la Federación de Rusia dejaba de ser parte con efectos de 16 de septiembre de 2022. De hecho, el Gobierno ruso ya no se presentó a la audiencia en el asunto *Fedotova*, que finalmente fue cancelada.

<sup>10</sup> Cf. “Estado de origen vs. Estado de destino: las diferentes lógicas del Derecho Internacional Privado”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Edifer, vol. 2, 2005, pp. 1787-1813.

perspectivas de los derechos humanos, del proceso europeo de integración y del impacto de ambos en los sistemas constitucionales de los Estados. Como se verá, de esta lógica se deriva la obligación de atenuar el orden público de los Estados contrarios a este matrimonio. En la segunda se abordará cómo dicha atenuación es una técnica especialmente útil para afrontar la validez y eficacia del matrimonio igualitario, cuestiones relacionadas con la separación, divorcio y régimen económico, así como la identidad, la nacionalidad y los derechos alimenticios y sucesorios del cónyuge del mismo sexo o género.

## II. Lógica de Derecho internacional en el matrimonio igualitario

### 1. Derechos humanos y matrimonio igualitario

#### A) Ausencia de un derecho humano al matrimonio igualitario e irrelevancia del elemento transfronterizo

3. El TEDH considera que no hay un derecho humano en el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH)<sup>11</sup>, a que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio. Al respecto evita posicionarse sobre si existe una discriminación en ello y sobre la alusión del Convenio y de la propia Declaración de Derechos Humanos de las NU a “hombres y mujeres”<sup>12</sup>. En cualquier caso, el Tribunal de Estrasburgo añade que la ausencia de cualquier forma de reconocimiento y protección jurídica de las parejas del mismo sexo viola el respeto de la vida personal y familiar del artículo 8 del CEDH, siguiendo su doctrina previa en el asunto *Oliari*<sup>13</sup>.

4. El desplazamiento del debate desde el derecho humano al matrimonio hasta el respeto a la vida personal y familiar permite al TEDH, además, reafirmarse en su concepción del CEDH como un texto vivo que requiere de una interpretación dinámica, actual y contextualizada, más sencilla en el concepto de “vida familiar” que en el de matrimonio. Con ello desmonta un argumento del Gobierno ruso en el asunto *Fedotova*, que, apelando al artículo 62 del Convenio sobre el Derecho de los Tratados, hecho en Viena el 23 de mayo de 1969, sostenía que había ratificado el CEDH en un momento en el que el matrimonio estaba claramente previsto entre hombre y mujer<sup>14</sup>.

Por todo ello, el TEDH constata el consenso en una “tendencia clara y continua” a favor del reconocimiento legal y la protección de las parejas del mismo sexo<sup>15</sup>, junto con una convergencia de los organismos internacionales<sup>16</sup>, para promover la armonía de valores de la sociedad democrática, tales

<sup>11</sup> BOE nº 243, 10.10.1979.

<sup>12</sup> Expresiones que han dado lugar a famosas relecturas como, por ejemplo, hizo el Tribunal Constitucional sobre que la conjunción “y” no es sinónimo de “entre” hombres y mujeres, cf. STC (Pleno) 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, BOE nº 286, 28.11.2012. En el ámbito del TEDH, la falta de pronunciamiento sobre el principio de no discriminación en el matrimonio origina una opinión parcialmente disidente de los jueces PAVLI y MOTOC.

<sup>13</sup> Vid. STEDH 21 de julio de 2015, *Oliari y otros v. Italy*, nº 18766/11 and 36030/11.

<sup>14</sup> Cf. apartado 110; y las opiniones disidentes de los Jueces WOJTYCZEK, POLÁČKOVÁ y LOBOV.

<sup>15</sup> De acuerdo con el estudio del TEDH en el asunto *Fedotova*, treinta Estados partes ofrecen actualmente a las parejas del mismo sexo la posibilidad de que su relación sea reconocida por ley. En particular, dieciocho Estados (Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Islandia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Noruega, Portugal, Eslovenia, España, Suecia, Suiza y el Reino Unido) permiten el matrimonio igualitario, mientras que otros doce Estados (Andorra, Croacia, Chipre, República Checa, Estonia, Grecia, Hungría, Italia, Liechtenstein, Mónaco, Montenegro y San Marino) permiten formas alternativas al matrimonio para uniones de parejas del mismo sexo. En la Federación de Rusia y los dieciséis Estados miembros restantes (Albania, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Georgia, Letonia, Lituania, Moldavia, Macedonia del Norte, Polonia, Rumania, Serbia, Eslovaquia, Turquía y Ucrania), las parejas del mismo sexo no tienen la posibilidad de que su relación sea reconocida por ley.

<sup>16</sup> Apartado 177 del asunto *Fedotova*. Desde la perspectiva de las Naciones Unidas, se cita el Informe A/HRC/29/23 “Discriminación y violencia contra las personas por su orientación sexual e identidad de género” de 29 de mayo de 2015 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (<https://digitallibrary.un.org/record/797193?v=pdf>). Desde la perspectiva del Consejo de Europa y de su Consejo de Ministros: Recomendación CM/Rec(2010)5 del Consejo de

como el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura<sup>17</sup>. Frente a las opiniones disidentes que ven en la alusión a la “tendencia dominante” un criterio interpretativo ajeno al Derecho Internacional, la inclusión del debate político en el análisis jurídico encuentra una razón jurídica última: la dignidad de las personas. De ahí deduce la importancia de esta cuestión para su “identidad personal y social”<sup>18</sup>, un valor intrínseco por conferir a la pareja “existencia y legitimidad frente al mundo exterior”<sup>19</sup>.

5. De todo lo expuesto hay un dato especialmente llamativo en la jurisprudencia del TEDH a los efectos del DIPr: aunque los casos puedan responder a una situación transfronteriza y a la falta de efectos en un Estado del matrimonio celebrado en el extranjero, el TEDH se centra en un análisis de Derecho civil y en si las legislaciones de los Estados demandados deben permitir contraer estos matrimonios o establecer un régimen de uniones de hecho<sup>20</sup>.

## **B) El derecho humano a la vida privada y familiar en las relaciones igualitarias: la atenuación del orden público en casos transfronterizos**

6. El TEDH concluye que el derecho a la vida privada y familiar requiere proporcionar un marco jurídico a las uniones del mismo sexo y prestar una protección efectiva a sus relaciones de pareja<sup>21</sup>. Se muestra partidario de una acción positiva y concluye que no hay protección efectiva por omisión<sup>22</sup>. La protección efectiva exige conceder derechos concretos propios de una vida en pareja, y no orientarse a derechos teóricos, simbólicos o ilusorios<sup>23</sup>. Tampoco se considera suficiente el acceso a derechos únicamente por vía judicial con base en acciones genéricas de Derecho común, al margen de un reconocimiento oficial de la pareja.

Ello conduce a un margen de apreciación de los Estados significativamente reducido a la hora de reconocer las uniones de parejas del mismo sexo<sup>24</sup>. No obstante, este margen se amplía a la hora de determinar el abanico de formas de protección. Existe una “elección de los medios” para cumplir con las obligaciones positivas en lo que respecta a la forma de reconocimiento y al contenido de la protección<sup>25</sup>.

7. La necesidad de un mínimo reconocimiento de las parejas del mismo sexo como respeto a la vida privada y familiar precisa de una doble técnica propia del DIPr: la transposición de instituciones y la atenuación del orden público. Se trata de buscar una institución en el Estado de destino mínimamente equivalente a la del Estado de origen que se pretende reconocer: en este caso, la asimilación de un matrimonio de cónyuges del mismo sexo a parejas de hecho del mismo sexo, que deben tener una mínima protección<sup>26</sup>.

---

Ministros del Consejo de Europa, sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; Informe sobre la implementación de la Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros del Comité Directivo de Derechos Humanos (CDDH), 16.9.2020. En relación con la Asamblea Parlamentaria: Recomendación 1474 (2000) de 26.9.2000 relativa a la “Situación de lesbianas y gays en los Estados miembros del Consejo de Europa”; Resolución 2239 (2018) “Vida privada y familiar: lograr la igualdad independientemente de la orientación sexual”, de 10.10.2018; Resolución 2417 (2022) “Combatir el creciente odio contra las personas LGBTI en Europa”, de 25.1.2022. Todos los documentos citados del Consejo de Europa están disponibles en <https://www.coe.int/>.

<sup>17</sup> Apartado 179 en el asunto *Fedotova*.

<sup>18</sup> Apartado 185 en el asunto *Fedotova*.

<sup>19</sup> Apartados 200 y 201 en el asunto *Fedotova*.

<sup>20</sup> Cf. A. DURÁN AYAGO, *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, p. 160.

<sup>21</sup> Apartado 178 del asunto *Fedotova*. En la doctrina española, *vid.* ya tempranamente, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Dimensión internacional de matrimonios entre personas del mismo sexo: lo que el ojo del legislador no vio”, *Estudios de Derecho de familia y sucesiones (Dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, 2009, pp. 9-37, pp. 32-33.

<sup>22</sup> Apartado 179 en el asunto *Fedotova*.

<sup>23</sup> Apartado 190 en el asunto *Fedotova*.

<sup>24</sup> Apartados 186 y 187 en el asunto *Fedotova*.

<sup>25</sup> Apartados 188 y 189 en el asunto *Fedotova*.

<sup>26</sup> *Vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El impacto de la admisión del matrimonio de homosexuales en el Derecho español: perspectiva internacional”, *Matrimoni homosexual i adopció/Matrimonio homosexual y adopción*, Madrid, Reus, 2006, pp. 45-73, pp. 58-60; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación”, *Revista*

Esta equivalencia no se basaría en el desconocimiento de la institución matrimonial, sino en la atenuación del orden público y en el reconocimiento de unos mínimos efectos<sup>27</sup>.

## 2. Integración europea y matrimonio igualitario

### A) La libre circulación de personas y los cónyuges del mismo sexo o género

8. Desde la célebre Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 5 de junio de 2018 en el asunto *Coman* y otros<sup>28</sup>, el matrimonio de personas del mismo sexo tiene una relevancia constitucional en el proceso de integración europea, de la que se derivan tres premisas. Primera, sin necesidad de un acto legislativo expreso, el TFUE<sup>29</sup> establece una serie de garantías y de derechos a los cónyuges del mismo sexo en tanto afecten a la libre circulación de personas. Segunda, sin el ejercicio de la competencia normativa por el legislador de la UE, el Tribunal de Justicia va a interpretar cuestiones de trascendencia constitucional relacionadas con los cónyuges del mismo sexo. Y, tercera, sin necesidad de normas de conflicto, esta interpretación se construirá sobre el método de reconocimiento de actos, con la atenuación del orden público de los Estados miembros contrarios y la obligación de reconocer unos mínimos efectos.

En este sentido, la negativa al reconocimiento del matrimonio del mismo sexo se convierte en un obstáculo ilegal a la libre circulación de personas y al ejercicio efectivo del derecho de entrada y residencia en un Estado miembro, garantizado en el artículo 21 TFUE<sup>30</sup>. Afecta, además, a la Carta Europea de Derechos Fundamentales<sup>31</sup> y, en particular, al derecho al respeto de la vida privada y familiar de los cónyuges<sup>32</sup>, con el mismo sentido y alcance que los garantizados en el CEDH<sup>33</sup> y en el marco de un diálogo armónico entre TJUE y TEDH<sup>34</sup>.

9. Es cierto que la competencia para regular el estado civil es de los Estados miembros, pero el ejercicio de dicha competencia debe respetar las disposiciones del TFUE y las libertades de los ciudadanos de la UE<sup>35</sup> y, a este respecto, la entrada y la residencia de sus cónyuges de tercer Estado lo son<sup>36</sup>. Que un ciudadano de la UE no pueda residir con su núcleo familiar en un Estado miembro es un elemento relevante de disuasión y, por tanto, un obstáculo a la libre circulación<sup>37</sup>, que no es proporcional<sup>38</sup>, ni atiende a razones de interés general, por no suponer una amenaza real y grave<sup>39</sup>. Debe, por tanto,

---

*Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, nº 25, 2009, pp. 9-44, pp. 23-24; y M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 167-172.

<sup>27</sup> Cf. M. SOTO MOYA, *op. cit.*, pp. 178-188. Sobre la evolución de esta técnica en materia matrimonial, *vid.* M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, "Matrimonio, igualdad conyugal y Derecho internacional privado", *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, vol. 1, 2001, pp. 33-51, esp. p. 51.

<sup>28</sup> Asunto C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385. Se trataba de un matrimonio de persona del mismo sexo, celebrado en los Estados Unidos, de un hombre con doble nacionalidad estadounidense y rumana con otro hombre estadounidense, que solicita a la Inspección General de Inmigración de Rumanía el ejercicio del derecho de residencia del cónyuge de tercer Estado en dicho país.

<sup>29</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *DOUE* nº 83, 30-III-2010.

<sup>30</sup> Apartado 40. *Vid.* los artículos 2, punto 2, letra a), 3, apartados 1 y 2, letras a) y b), y 7, apartado 2, de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, *DOUE* nº L 158, 30.4.2004.

<sup>31</sup> Apartado 47. *Vid.*, en otro contexto, STJUE de 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, apartado 66.

<sup>32</sup> Artículo 7 de la Carta y su cita en el apartado 48 de la Sentencia.

<sup>33</sup> Cf. apartados 49 y 50.

<sup>34</sup> *Vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO, "La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C-673/18: *Coman*", *La Ley. Unión Europea*, nº. 61, 2018, § 14.

<sup>35</sup> Cf. apartado 38.

<sup>36</sup> Cf. apartado 39.

<sup>37</sup> Cf. apartado 24.

<sup>38</sup> Cf. apartado 41 y, previamente, entre otras, STJUE de 26 de febrero de 2015, *Martens*, C-359/13, EU:C:2015:118, apartado 34.

<sup>39</sup> Apartados 44 y 45. Desde el momento en el que no se obliga a ningún Estado miembro a incluir el matrimonio del mismo sexo ni en su constitución ni en su legislación. *Vid.*, sobre esta doctrina, STJUE de 2 de junio de 2016, *Bogendorff von Wolfersdorff*, C-438/14, EU:C:2016:401, apartado 67.

atenuarse el orden público de los Estados miembros contrarios al matrimonio igualitario y reconocerse unos mínimos efectos a este, al menos, los relacionados con la libre circulación de personas<sup>40</sup>.

## B) Configuración legal de la libertad fundamental

10. En la Sentencia *Coman* se enfatiza mucho en que la Directiva 2004/38, que concede el derecho de entrada y residencia a los cónyuges de ciudadanos de la UE, guarda silencio sobre el retorno de un ciudadano de la UE a su Estado miembro de origen. Por eso se apela al efecto útil de la libre circulación y a la evitación de discriminaciones inversas<sup>41</sup>. El regreso del ciudadano de la UE al Estado de su nacionalidad no puede ser más perjudicial ni someterse a requisitos más estrictos que su movilidad a un Estado miembro distinto, conforme a la Directiva 2004/38, que tiene, en este sentido, una aplicación analógica<sup>42</sup>.

Pero la Sentencia rezuma que la cuestión trasciende a la legalidad ordinaria, de tal manera que la propia Directiva y cualquier otro acto derivado quedan compelidos por los límites derivados del TFUE. No obstante, a mi juicio no se trata exactamente de que el concepto de “cónyuge” sea autónomo del Derecho de la UE, como afirma el Tribunal<sup>43</sup>. Más bien se trata de un concepto que se somete a la legislación del Estado de celebración del matrimonio, sin que los Estados miembros puedan oponerse al reconocimiento de tal condición<sup>44</sup>.

## C) La idoneidad del método del reconocimiento para los matrimonios igualitarios

11. En el asunto *Coman*, el TJUE se refiere constantemente a que se trata de un matrimonio “contraído en un Estado miembro de conformidad con su Derecho”<sup>45</sup>. Podría afirmarse que el TJUE da una trascendencia constitucional al método de reconocimiento de actos para garantizar la libre circulación de personas<sup>46</sup>. Ello se explica por varias razones. En primer lugar, dicho método bebe de principios constitucionales, el del Estado de origen y el del reconocimiento mutuo<sup>47</sup>, que no precisan, por tanto, de actos derivados. Se adecua, además, a la regulación de situaciones correlativas en el espacio, merced al ordenamiento de integración, a diferencia de aquellas situaciones discontinuas en el espacio, que siempre han encontrado un método idóneo en la localización en un Estado de la relación jurídica.

En segundo lugar, el método de reconocimiento implica una circulación de actos entre dos Estados, y no su mera localización en un Estado<sup>48</sup>. Por esta razón, este método se vincula operativamente a la libre circulación de personas, habida cuenta de que ambos conceptos presuponen un elemento necesariamente transfronterizo: la movilidad de personas y la portabilidad de su estado civil<sup>49</sup>. Aparece con

<sup>40</sup> Cf. M. D. ORTIZ VIDAL, “El derecho de residencia en la Unión Europea de matrimonios entre personas del mismo sexo”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 62, 2020, pp. 127-154, pp. 146-151.

<sup>41</sup> Cf. apartados 20 y 21.

<sup>42</sup> Cf. apartados 25, 54 y 55. Esta idea es contante en la jurisprudencia, *vid.* STJUE de 12 de marzo de 2014, *O. y B.*, C-456/12, EU:C:2014:135, apartado 50; STJUE de 10 de mayo de 2017, *Chávez-Vilchez y otros*, C-133/15, EU:C:2017:354, apartados 54 y 55; STJUE de 14 de noviembre de 2017, *Lounes*, C-165/16, EU:C:2017:862, apartado 61.

<sup>43</sup> *Vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO, “La movilidad transfronteriza de matrimonios...”, *loc. cit.*, § 9.

<sup>44</sup> *Vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE? A propósito de las conclusiones del Abogado General en el Asunto *Coman*», *La Ley (Unión Europea)*”, *La Ley. Unión Europea*, nº 56, 2018, esp. §§ 9 y 10.

<sup>45</sup> Idea que se repite insistentemente en los apartados 33, 35, 36, 39, 40, 45, 51, 52 y 56.

<sup>46</sup> Cf. M. GUZMÁN ZAPATER, “Matrimonio entre personas del mismo sexo y derecho a la libertad de circulación (sobre la STJ, Gran Sala, 5 de junio de 2018, en el as. C-673/16, *Coman*)”, *REEI*, núm. 36, 2018, pp. 9-16, esp. pp. 11 y ss.

<sup>47</sup> *Vid.* M. GARDENES SANTIAGO, “Reconocimiento mutuo y principio del Estado de origen: su incidencia en el ámbito del Derecho aplicable”, en *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional. Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional –AEPDIRI– celebradas en Madrid el 17 y el 18 de diciembre de 2007*, Madrid, AEPDIRI/Iustel, 2008, pp. 521-537.

<sup>48</sup> *Vid.* A. DURÁN AYAGO, *op. cit.*, pp. 45 y ss. Se evita, así, el conocido riesgo de un “efecto nacionalizador” o tratamiento de una situación heterogénea como si fuera interna de la *lex causae*. *Vid.* las indispensables reflexiones al respecto de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Objeto del DIPr y Especialización Normativa”, *ADC*, 1993, pp. 1109-1151.

<sup>49</sup> *Vid.* S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruselas, Bruylant, 2017, pp. 347 y ss. En

ello un título competencial claro del Derecho de la UE que justifica la intervención del TJUE y que no existiría si no se hubiera ejercido la circulación<sup>50</sup>.

En tercer lugar, el TJUE encuentra ventajas importantes en la aplicación del método de reconocimiento, para no afectar el interés general ni el orden público de los Estados miembros y respetar el principio de proporcionalidad en la intervención de la UE<sup>51</sup>. No se trata de obligar a incluir el matrimonio en sus órdenes constitucionales y legislaciones; solo de reconocer el acto jurídico de otro Estado miembro.

12. Afirmada las bondades del método del reconocimiento en el TFUE, en el asunto *Coman* se pasa de puntillas por la cuestión de qué hubiera ocurrido si el matrimonio se hubiera celebrado en un tercer Estado. Por ejemplo, si en lugar de un matrimonio de un rumano y un estadounidense celebrado ante autoridades belgas, el matrimonio se hubiera celebrado ante autoridades estadounidenses. Ya no opera el principio de Estado de origen ni con ello una presunción de validez de dicho matrimonio en el Estado de origen. Por consiguiente, *prima facie* el Estado miembro de destino podría exigir un reconocimiento conflictual y exigir que el matrimonio fuera válido conforme a las normas de DIPr del Estado de acogida. Ahora bien, subsiste la obligación de atenuar el orden público del Estado de acogida y de no negar la eficacia por el único impedimento de que se trate de cónyuges del mismo sexo

### 3. Impacto de la lógica internacional en los sistemas constitucionales

13. En la litigación internacional expuesta ante el TEDH y el TJUE, los Estados demandados se han defendido con vehemencia invocando la vulneración de su orden constitucional. Esto ha reabierto el debate clásico sobre conflictos de constituciones y la supremacía o primacía del Derecho internacional y de la UE; máxime cuando el TJUE no ha dudado en afirmar que la vocación del estatuto del ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros<sup>52</sup>. No es este el lugar para abordar esta cuestión, pero sí para recordar que el ordenamiento de la UE y los ordenamientos estatales son sistemas jurídicos autónomos que concurren en un mismo territorio<sup>53</sup>, pero que tienen un presupuesto de validez distinto y que, por ello, se entienden por relaciones de compatibilidad, por un bimomio de cumplimiento-incumplimiento y por interacciones de *inputs* y *outputs*. Ciertamente, las autoridades estatales, que lo son a la vez de la UE, se enfrentan al dilema de cumplir con lo regulado en su constitución para el matrimonio igualitario o cumplir con el Derecho de la UE, incumpliendo uno de los dos<sup>54</sup>.

---

España, *vid.* M. SOTO MOYA, *op. cit.*, pp. 172 y ss.; A. DURÁN AYAGO, *op. cit.*, pp. 93 y ss. En términos más generales, son imprescindibles los trabajos de E. JAYME y C. KOHLER, “Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?”, *IPRax*, vol. 21, 2001, pp. 501-514, esp. pp. 501-503; *id.*, “Europäisches Kollisionsrecht 2004: Territoriale Erweiterung und methodische Rückgriffe”, *ibid.*, vol. 24, 2004, pp. 481-493, esp. pp. 483-484; P. LAGARDE, “La méthode de la reconnaissance est-elle l’avenir du droit international privé?”, *R. des C.*, t. 371, 2014, pp. 9-42, pp. 26-30; e Y. LEQUETTE, “Les mutations du droit international privé: vers un changement de paradigme?”, *R. des C.*, t. 387, 2016, pp. 9-644, pp. 559 y ss.

<sup>50</sup> De hecho, el Tribunal exige que se haya activado la libre circulación, es decir, que se haya ejercido en otro Estado miembro; por consiguiente, la afectación al Estado miembro de la nacionalidad se produce cuando existe una circulación de regreso. *Vid.* apartado 31 y precedentes como la STJCE de 7 de julio de 1992, *Singh*, C-370/90, EU:C:1992:296, apartados 21 y 23.

<sup>51</sup> Apartado 45.

<sup>52</sup> Apartado 30 y previamente STJCE de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, EU:C:2001:458, apartado 31; STJUE de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, apartado 41.

<sup>53</sup> El Tribunal de Justicia ha afirmado que, aunque el TCEE había sido concluido bajo la forma de un acuerdo internacional, no deja de ser la “*carta constitucional de una comunidad de Derecho*” [Dictamen 1/91 de 14 de diciembre de 1991, EU:C:1991:490, apartado 21], constituyendo un “*ordenamiento jurídico propio, integrado en los sistemas jurídicos de los Estados miembros*” (STJCE de 15 de julio de 1964, *M. F. Costa c. ENEL*, 6/64, EU:C:1964:6). Ya con anterioridad la STJCE de 5 de febrero de 1963 [*van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, 26-62, EU:C:1963:1] se refería a un Derecho europeo independiente de las legislaciones de los Estados miembros. En España, la Declaración 1/2004 del Pleno del Tribunal Constitucional, de 13 de diciembre de 2004 (*BOE* supl. al núm. 3, 4-I-2005) no dudó en calificar a la UE como un “*ente supranacional distinto, susceptible de crear un Ordenamiento propio*”, en cuyo marco el Derecho europeo es “*un sistema normativo autónomo*” (FF.JJ. 2 y 4).

<sup>54</sup> Nótese las serias dudas sobre el cumplimiento de la Sentencia *Coman* en Rumania, *vid.* Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de 2021, sobre los derechos de las personas LGBTIQ en la Unión Europea (2021/2679(RSP)) (2022/C 117/01). Este incumplimiento ha originado una demanda ante el TEDH. *Vid.* L. A. PÉREZ MARTÍN, “El caso *Coman*

A este respecto, el Derecho internacional y el de la UE emiten una serie de *outputs*. A los más obvios amenaza de sanciones que se deriven por el incumplimiento del ordenamiento de la UE e influye y presión para reformar los sistemas constitucionales, se une un tercer *output* posibilista: una invitación a que los Estados miembros atenúen su orden público y reduzcan, así, la tensión entre sistemas. Los Estados miembros pueden recoger esa invitación como un *input* y considerar que no hay lesión a su Constitución, porque no se obliga a celebrar matrimonios del mismo sexo, sino simplemente a reconocer los actos celebrados en otros Estados miembros. Dicha atenuación del orden público operaría de dos formas: bien a través de la transposición de instituciones y asimilación del matrimonio a una unión de hecho protegida en el Estado de acogida (modelo del TEDH); bien a través de la minimización de efectos y reconocimiento solo de aquellos efectos que permita el ejercicio de la libertad fundamental de circulación (modelo del TJUE). Con este planteamiento ya se pueden abordar las cuestiones propias al Derecho matrimonial y a una lógica de Derecho privado.

### III. Lógica de Derecho privado en el matrimonio igualitario transfronterizo

#### 1. Validez y eficacia del matrimonio transfronterizo igualitario

##### A) La despreocupación de la UE por la celebración del matrimonio transfronterizo igualitario

14. La UE se ha despreocupado de las cuestiones jurídicas relativas a la celebración de matrimonios en general y entre parejas del mismo sexo en particular. En supuestos puramente internos esto se explica por la ya aludida falta de una competencia normativa para la armonización de las legislaciones de los Estados miembros<sup>55</sup>. A lo sumo, del CEDH se desprende ya una obligación para los Estados parte de regular de forma efectiva las parejas del mismo sexo. En cualquier caso, en supuestos transfronterizos esta despreocupación es menos justificable, pues puede defenderse una competencia de la UE para unificar las normas de DIPr sobre la celebración del matrimonio<sup>56</sup>. Sorprenden, de hecho, los avances en la libre circulación de decisiones sobre crisis matrimoniales frente a la despreocupación por la libre circulación de matrimonios como actos jurídicos, sin reparar en que la portabilidad del estado civil afecta a la libre circulación de personas.

15. Esta situación da un margen de actuación amplio a los Estados miembros, para abordar fenómenos como el “turismo matrimonial” o aquella práctica en la que se busca la autoridad de un Estado miembro cuyo ordenamiento permite el matrimonio igualitario, aunque esté poco vinculada con las circunstancias de los contrayentes. En España, efectivamente se aplica la ley española a la posibilidad de celebrar el matrimonio igualitario, aunque no esté permitido por la ley de la nacionalidad de los contrayentes<sup>57</sup>. No es tanto una cuestión de capacidad individual de los contrayentes, sino un aspecto con-

---

entre el TJUE y el TEDH: la identidad nacional como límite ¿ilícito? a la práctica a la libertad de circulación en la UE”, en P. JIMÉNEZ BLANCO e I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza*, Madrid, Colex, en prensa (cortesía del autor).

<sup>55</sup> Cf. apartado 37 de la Sentencia *Coman* antes citada y, en el mismo sentido, STJUE de 24 de noviembre de 2016, *Parris*, C-443/15, EU:C:2016:897, apartado 59. En la doctrina, entre otros, *vid.* M. REQUENA CASANOVA, “Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: consecuencias del asunto *Coman* y otros”, *RDCE*, núm. 62, 2019, pp. 41-79, pp. 49-52.

<sup>56</sup> Ciertamente el artículo 81 del TFUE, al referirse a los conflictos de leyes, se refiere a la “*cooperación judicial*” en asuntos civiles. Pero no puede olvidarse que el DIPr aplicable a la celebración del matrimonio afecta de lleno a una acción judicial, la de nulidad matrimonial, como se verá después. Tampoco, que el legislador ya ha lanzado propuestas para unificar aspectos del estado civil al margen de su determinación por un órgano jurisdiccional. Así ocurre con la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo, COM(2022) 695 final, 2022/0402(CNS), Bruselas, 7.12.2022. Esta propuesta se aplicaría a la determinación de la filiación, sea en un contexto judicial o no, y a documentos públicos que pueden ser certificaciones registrales en las que no ha existido un proceso jurisdiccional

<sup>57</sup> *Vid.* la Resolución Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005 *sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo*, BOE n.º 188, 8-VIII-2005. En la doctrina, *vid.* A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *loc. cit.*, pp. 26 y ss.; E.

sustancial al matrimonio a celebrar entre dos personas, que, además, expresa el ejercicio de un derecho fundamental y que, por ello, se somete a la ley española como ley de la autoridad de celebración<sup>58</sup>. En este contexto debe entenderse la demanda pendiente ante el TEDH por la no expedición de certificados de capacidad matrimonial por Estados de la nacionalidad contrayentes contrarios al matrimonio igualitario<sup>59</sup>. Sorpresivamente se demanda a Polonia por no expedirlos, en lugar de a España por requerirlos, cuando es el propio ordenamiento español el que considera esta una cuestión regida por la ley española y ajena a un certificado de capacidad

16. Sea como fuere, la eventual práctica de “turismo matrimonial” por celebrar matrimonios al margen de lo dispuesto por la ley nacional de los contrayentes se mitiga con la exigencia de que al menos uno de los contrayentes esté domiciliado en España para poder celebrar el matrimonio<sup>60</sup>. En modo alguno cabe aplicar requisitos de competencia distintos a los de los matrimonios de distinto sexo<sup>61</sup>. Tampoco parece existir un riesgo de “turismo matrimonial” en relación con el matrimonio celebrado por el cónsul o diplomático encargado del Registro Civil en el extranjero<sup>62</sup>. Es sabido que este matrimonio exige una vinculación relevante con el Estado del cónsul<sup>63</sup> y, además, el Estado de recepción puede oponerse a la celebración de matrimonios del mismo sexo<sup>64</sup>, si estos suponen una vulneración de su ordenamiento<sup>65</sup>. Cabría, no obstante, evitar estos inconvenientes y permitir que el cónsul fuera simplemente instructor del expediente y delegara en otra autoridad española la celebración del matrimonio<sup>66</sup>.

## B) El reconocimiento del matrimonio igualitario celebrado por autoridad extranjera

17. El hecho de que en España se celebre el matrimonio igualitario con independencia de lo que disponga la ley nacional de los contrayentes puede suponer que el matrimonio sea claudicante y no susceptible de reconocimiento en algunos terceros Estados<sup>67</sup>. En la UE, a día de hoy tampoco existen

---

ZABALO ESCUDERO y P. DIAGO DIAGO: “Matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva internacional privatista”, *Estudios de Derecho Judicial, Novedades legislativas en materia matrimonial*, nº 130, Madrid, CGPJ, 2007, pp. 245-310, esp. pp. 277-285; y, desde una perspectiva más crítica, P. ABARCA JUNCO y M. GÓMEZ JENE, “Nota sobre la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo”, *REDI*, vol. LVIII, 2006-1, pp. 309-318, esp. pp. 314-315. Atendiendo a un análisis comparado, *vid.* J. L. IRIARTE ÁNGEL, “Capacidad para contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Problemas de Derecho Internacional Privado. Una visión comparada España-Canadá”, *ADC*, t. LXIII, 2020, pp. 637-676, esp. pp. 644 y ss.

<sup>58</sup> *Vid.* la citada Resolución Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005 y, por todos, S. SÁNCHEZ LORENZO, “Nota a la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 509-515, esp. p. 513; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: Una lectura más crítica”, *La Ley*, núm. 6629, 15.1.2007, pp. 1-15. *Vid.* ya tempranamente sobre la aplicación de la ley de la autoridad, *Vid.* P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pp. 90-96 y 178 y ss.

<sup>59</sup> *Szypula v. Poland*, 78030/14 y 23669/16.

<sup>60</sup> Artículo 51 Cc. *Vid.* la ya citada Resolución Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005.

<sup>61</sup> *Vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 12ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2022, § 335.

<sup>62</sup> Artículo 51.2.3º Cc.

<sup>63</sup> Al menos uno de los contrayentes debe ser la nacionalidad del cónsul y al menos uno de los contrayentes debe estar domiciliado en la demarcación del cónsul, además de que ninguno de los contrayentes debe ser de la nacionalidad del Estado de recepción.

<sup>64</sup> Artículo 5, apartado f) del Convenio de Viena de Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963; artículo 13.b) Convenio Europeo sobre las Funciones Consulares, hecho en París el 11 de diciembre de 1967.

<sup>65</sup> Resolución Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005 *antes citada*, § IX.

<sup>66</sup> *Cf.* la citada Resolución Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005, § IX, si bien referido al antiguo artículo 57 Cc ya reformado, y al artículo. 250 RRC.

<sup>67</sup> *Vid.* C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho internacional privado”, *Estudios jurídicos sobre persona y familia*, Granada, Comares, 2009, pp. 69-80, esp. pp. 74-78; M. SOTO MOYA, “Matrimonio, orientación sexual e integración del extranjero”, *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Barcelona, Atelier, 2009, pp. 685-714 (versión consultada en [www.digibug.ugr.es](http://www.digibug.ugr.es), pp. 1-36, esp. pp. 28 y ss).

normas europeas sobre el reconocimiento de matrimonios entre Estados miembros<sup>68</sup>. En consonancia con lo señalado en el apartado anterior, en la agenda de la UE debería estar la unificación de las normas de DIPr sobre la celebración del matrimonio y su reconocimiento entre Estados miembros. Sea como fuere, está claro que el reconocimiento del matrimonio del mismo sexo ha sido hasta ahora una materia sometida al DIPr del Estado requerido y a sus consideraciones de orden público<sup>69</sup>. Cuando este no admita los matrimonios del mismo sexo, el resultado podría ser *prima facie* la denegación de la inscripción.

18. No obstante, la cuestión es si la doctrina *Coman* es extensible en este punto, de tal manera que se deben reconocer los matrimonios, válidamente celebrados conforme al ordenamiento de otro Estado miembro, incluidas sus normas de DIPr. A tal efecto, y como ya se ha indicado, está pendiente una cuestión prejudicial de 23 de noviembre de 2023 planteada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo polaco, en el asunto *JC-T* y *MT*. Sin adelantar nada sobre el caso, es verdad que la Sentencia *Coman* insiste enormemente en su carácter excepcional y en su referencia únicamente al derecho de residencia de un cónyuge del mismo sexo de un ciudadano de la UE<sup>70</sup>. A ello se une la jurisprudencia del TEDH que no eleva a derecho humano el matrimonio igualitario y, por tanto, no impide todavía invocar el orden público en contra.

Sea como fuere, también es cierto que, de forma embrionaria, la Sentencia *Coman* sentó dos bases muy útiles *pro futuro* para el DIPr sobre cómo afrontar la eficacia civil de un matrimonio igualitario, que pueden ser desarrolladas en la futura sentencia en el asunto *JC-T* y *MT*. La primera, la necesidad de que prime un método de reconocimiento del acto más que un método puramente conflictualista, sobre la base de la idea de la portabilidad del estado civil. Y ello sin perjuicio de exigir una vinculación real y significativa del acto jurídico con el Estado miembro de origen, sin amparar prácticas de “turismo matrimonial”<sup>71</sup>. La segunda premisa derivada del asunto *Coman* es la necesidad de atenuar el orden público nacional del Estado de la autoridad que conozca del caso. Al menos, los matrimonios igualitarios tendrán que ser reconocidos como uniones de hecho protegidas<sup>72</sup>.

La interrogante es si el TJUE irá más allá en el caso pendiente *JC-T* y *MT*. No es descartable que el principio de no discriminación pueda ser invocado para obligar al reconocimiento de los matrimonios igualitarios celebrados en otros Estados y, con ello, reducir el principio de identidad nacional de los Estados miembros contrarios a estos, cosa que el TEDH ha evitado hasta este momento y que el TJUE no hizo en el asunto *Coman*<sup>73</sup>. Pero, sobre todo, es probable que el TJUE haga una lectura no solo desde el respeto a los derechos humanos. Hasta la fecha todos los casos en los que se han planteado cuestiones de portabilidad de identidad o de estado civil han sido resueltas a favor de un reconocimiento obligado en el Estado de destino por su vinculación a la libre circulación de personas<sup>74</sup>. Así ha sucedido en materia de nombre, en los casos *García Avello*<sup>75</sup> y *Grunkin Paul*<sup>76</sup>, en materia de filiación, en el asunto *Pancharevo*<sup>77</sup>, y en materia de género, al menos en las conclusiones del asunto *Mirin*<sup>78</sup>. Nada indica que no ocurra lo mismo con el matrimonio igualitario.

<sup>68</sup> Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El impacto de la admisión del matrimonio...”, *loc. cit.*, pp. 63-64.

<sup>69</sup> En España, artículo 98.1 LRC. Vid. E. ARTUCH IRIBERRI, “La libertad individual y las parejas ante el Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. LIV, 2002-1, pp. 41-63, pp. 58-63.

<sup>70</sup> Cf. P. JIMÉNEZ BLANCO, “La movilidad transfronteriza de matrimonios...”, *loc. cit.*, § 6; A. DURÁN AYAGO, *op. cit.*, p. 159.

<sup>71</sup> Cf. P. JIMÉNEZ BLANCO, “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado”, *REEI*, n° 35, 2018, pp. 1-49, esp. pp. 39-40.

<sup>72</sup> Sobre la situación de las uniones registradas del mismo sexo, *vid.* apartado 36 de la Sentencia *Coman*, *cit.*

<sup>73</sup> Vid. J. M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio, las familias y la protección del menor en el ámbito internacional*, Madrid, Dykinson, 2019, p. 37.

<sup>74</sup> *Vid.*, en el mismo sentido, A. DURÁN AYAGO, *op. cit.*, p. 158.

<sup>75</sup> Vid. STJCE (Gran Sala) de 2 de octubre de 2003, C-148/02, EU:C:2003:539. La doble identidad se produce por una situación de doble nacionalidad entre Estados miembros, un menor hispano-belga cuyo nacimiento debe inscribirse en ambos países.

<sup>76</sup> Vid. STJCE (Gran Sala) 14 de octubre de 2008, C-353/06, EU:C:2008:559. En este caso, la doble identidad se produce por la necesaria inscripción en el Estado miembro de la nacionalidad y en el Estado miembro de nacimiento y residencia.

<sup>77</sup> Vid. STJUE (Gran Sala) 14 de diciembre de 2021, C-490/20, C-490/20, EU:C:2021:1008.

<sup>78</sup> Conclusiones del Abogado General J. R. DE LA TOUR, de 7 de mayo de 2024, C-23/4, UE:C:2024:385.

### C) Patologías de las acciones de nulidad de matrimonio igualitario transfronterizo

19. La competencia judicial internacional para las acciones de nulidad matrimonial está recogida en el Reglamento (UE) 2019/1111<sup>79</sup>, en los mismos términos y con la misma amplitud que el divorcio y la separación, sin reparar en que se tratan de acciones muy distintas, como se evidencia en los supuestos de matrimonios entre personas del mismo sexo. La pregunta es si los tribunales de un Estado miembro deben conocer de acciones de nulidad del matrimonio del mismo sexo constituido conforme a otro ordenamiento a pesar de que en el Estado del foro no se reconozcan dichos matrimonios. Piénsese, por ejemplo, en el matrimonio igualitario español de dos polacos residentes en España; imagínese, incluso, que con el tiempo y antes de presentar la demanda regresan a Polonia donde fijan su residencia. ¿Deben los tribunales polacos conocer de una acción de la nulidad del matrimonio celebrado ante autoridad española?

20. Esta situación puede provocar patologías jurídicas. Por un lado, en la normativa actual nada impide anular matrimonios del mismo sexo totalmente válidos en el Estado de celebración, en lo que es una “exacerbación del orden público” de los Estados contrarios al matrimonio igualitario. Por otro lado, puede darse un conflicto de órdenes públicos: en el Estado del foro se anula el matrimonio del mismo sexo por ser contrario a su orden público; en el Estado de celebración no se reconoce dicha sentencia precisamente por vulnerar el orden público favorable al derecho a un matrimonio igualitario como derecho fundamental. Este conflicto se produce porque, bajo la noción de orden público, coexisten dos concepciones. Hay un orden público “portable”, el del Estado de constitución del matrimonio, vinculado a la validez universal de sus propios actos, que tiene vocación de circular en otros Estados miembros<sup>80</sup>. Por otra parte, hay un orden público estático, el de cualquier otro Estado miembro distinto, vinculado a la eficacia territorial de un acto extranjero y construido en términos defensivos de no reconocimiento de actos de otro ordenamiento en su territorio. Este orden público estático en modo alguno tiene vocación de circular en otros Estados miembros<sup>81</sup>.

21. La normativa europea actual no aborda este problema. El Reglamento (UE) 1259/2010, sobre ley aplicable a la separación y divorcio<sup>82</sup>, expresamente excluye de su ámbito de aplicación la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio, así como la nulidad matrimonial<sup>83</sup>. El ya citado Reglamento (UE) 2019/1111, que sí incluye las acciones de nulidad a los efectos de la competencia judicial y el reconocimiento, tampoco soluciona estas patologías. De hecho, ni siquiera atribuye competencia a los tribunales del Estado miembro de celebración del matrimonio para las acciones de nulidad, los cuales garantizarían que el matrimonio no fuera anulado en ningún caso por un mero impedimento de género.

## 2. La tutela judicial en casos de separación, divorcio y régimen económico del matrimonio transfronterizo igualitario

### A) Inhibición de tribunales de Estados miembros para el matrimonio igualitario

22. Los Estados miembros contrarios al matrimonio igualitario se enfrentan a un dilema: prestar una tutela judicial efectiva a los cónyuges del mismo sexo en materias como separación, divorcio o

<sup>79</sup> Del Consejo, de 25 de junio de 2019, *DOUE* n° L 178, 2.7.2019.

<sup>80</sup> *Vid.*, destacadamente, P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, pp. 273 y ss., sobre la aplicación de la teoría del “ordenamiento competente” a estas cuestiones.

<sup>81</sup> *Vid.*, sobre las distintas finalidades de la acción de nulidad matrimonial, R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales (Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español)*, Santiago de Compostela, De Conflictu Legum, 2004, pp. 179 y ss

<sup>82</sup> Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, *DOUE* n° L 343, 29.12.2010.

<sup>83</sup> Artículo 1.2, apartados b) y c).

régimen económico matrimonial, o permitir que sus órganos jurisdiccionales se inhiban respecto de un matrimonio que su ordenamiento no admite. En esta tesitura, atribuir competencia a los tribunales del Estado miembro de constitución del matrimonio del mismo sexo puede ser una solución óptima. Presentarán una proximidad jurídica relevante y el matrimonio será válido en ese ordenamiento, de forma que los cónyuges encontrarán en esos tribunales la mínima tutela judicial efectiva.

**23.** La inhibición está prevista en el Reglamento (UE) nº 1259/2010, para la separación y el divorcio<sup>84</sup>, y en el Reglamento (UE) nº 2016/1103 para los regímenes económicos matrimoniales<sup>85</sup>. Entre una y otra redacción hay diferencias en la técnica, en la formulación, en el margen de apreciación judicial, en el procedimiento<sup>86</sup>. También hay diferencias en los Estados miembros participantes, ya que se trata de actos de cooperación reforzada en los que la mayoría de Estados miembros contrarios al matrimonio igualitario no ha participado, quizá con excepciones como la de Bulgaria o Rumania, en este último caso solo en relación con el Reglamento de 2010<sup>87</sup>. Pero la diferencia fundamental está en los efectos de una y otra normativa. En materia de separación y divorcio, podrían concurrir inhibiciones en cadena y el riesgo de que ningún otro tribunal prestase tutela judicial efectiva<sup>88</sup>. Este riesgo concurre porque no está prevista en ningún caso la competencia de los tribunales del Estado de celebración. Ni siquiera parece posible recurrir a las legislaciones estatales para solucionar esta cuestión respecto de cónyuges requeridos que sean nacionales o residan en un Estado miembro<sup>89</sup>.

Mucho más avanzado es el Reglamento 2016/1103. En él, para estos casos, se prevé la competencia los tribunales del Estado miembro de constitución del matrimonio del mismo sexo, que garantizan la tutela judicial efectiva, pues no encontrarán problemas de reconocimiento o validez de un matrimonio del mismo sexo creado al amparo de su propio ordenamiento. Esta solución se articula de dos formas: una, jerárquica, a través de una sumisión de las partes a dichos tribunales derogando la competencia de cualquier otro tribunal; otra, alternativa, en defecto de sumisión de las partes, en la que los tribunales del Estado miembro de celebración del matrimonio se presentan como una alternativa a la competencia de cualquier otro tribunal que pudiese encontrarse con el mismo problema de inhibición<sup>90</sup>.

<sup>84</sup> Cf. el artículo 13. El Preámbulo, en su apartado 26, es muy significativo cuando explica que un tribunal no considera válido un matrimonio a los efectos de la crisis matrimonial es tanto como interpretar que el matrimonio no existe. Al respecto, *vid.* J. MASEDA RODRÍGUEZ, “Matrimonio entre personas del mismo sexo y Reglamento 2201/2003 regulador de la competencia judicial internacional en materia de separación judicial y/o divorcio: inclusión o exclusión”, *Ius et Praxis*, nº 1, vol. 24, 2018, pp. 207-242, p. 221.

<sup>85</sup> Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, *DOUE* nº L 183, 8.7.2016. *Vid.* su artículo 9, con una expresión un tanto errática: “en su DIPr no está reconocido el matrimonio en cuestión”.

<sup>86</sup> En la técnica, el primer reglamento regula el sector de la ley aplicable y el segundo regula los tres sectores y esta cuestión la ubica en el sector de la competencia judicial internacional. En la formulación, el primero lo señala en sentido negativo (no dictar sentencia) mientras que el segundo lo hace en sentido positivo (inhibirse). Por lo que respecta al margen de apreciación, el primero no se refiere a la excepcionalidad, cuando el segundo sí. En cuanto al procedimiento, el primero no fija ninguna obligación procesal, en tanto en cuanto el segundo exige que no haya una dilación indebida.

<sup>87</sup> El Reglamento 1259/2010 se aplica a diecisiete Estados miembros; el 2016/1103 a dieciocho. Aplican únicamente el Reglamento de 2010: Estonia, Letonia, Lituania, Hungría y Rumania. Solo aplican el de 2016: Chipre, Chequia, Croacia, Finlandia, Países Bajos y Suecia. Aplican ambos: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Grecia, España, Eslovenia, Francia, Italia, Luxemburgo, Malta y Portugal.

<sup>88</sup> Cf., en detalle y muy acertadamente, M. A. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «Divorcio entre cónyuges del mismo sexo como paradigma de la ineludible incorporación del “forum necessitatis” al Reglamento Bruselas II “bis”», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 63, 2019, pp. 407-448, *passim*.

<sup>89</sup> Artículo 6.2.

<sup>90</sup> El considerando 38 expresamente lo recoge: “todo órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda tras la inhibición, distinto de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la celebración del matrimonio, podrá asimismo verse excepcionalmente en la necesidad de declinar su competencia en las mismas condiciones”. Así ocurriría si existe una sumisión a los tribunales del Estado miembro cuyo ordenamiento rige el régimen económico matrimonial, pero que no necesariamente reconocen el matrimonio del mismo sexo. En defecto de sumisión, cabe estar a los tribunales de otros Estados miembros, según las reglas generales: residencia habitual común o última residencia común si al menos un cónyuge reside allí; residencia habitual del demandado o nacionalidad común de los cónyuges. El título del precepto y el considerando 38 da a entender que hay una relación de alternatividad entre estos tribunales. *Vid.*, al respecto y por todos, P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 327-334.

## B) Foro de necesidad y matrimonio igualitario vinculado a terceros Estados

24. Hasta aquí se ha analizado el problema de la inhibición de tribunales de Estados miembros. Pero también puede ocurrir que el proceso sobre matrimonios del mismo sexo no pueda iniciarse en un tercer Estado con el cual el asunto presenta conexiones estrechas precisamente porque el ordenamiento de ese tercer Estado no reconozca la validez de dichos matrimonios. Téngase en cuenta, además, que, como ya se ha indicado, algunos de los Estados miembros que no reconocen el matrimonio igualitario (p.e. Letonia, Lituania o Polonia) son terceros Estados, pues no han participado en la cooperación reforzada de los Reglamentos (UE) 1259/2010 y 2016/1103.

En estos casos, si el matrimonio se ha celebrado en un Estado miembro, resulta oportuno que los tribunales de dicho Estado puedan conocer por razones de necesidad. Piénsese, a modo de ejemplo, en los dos rusos residentes en España que contraen matrimonio en España, sin que, en modo alguno exista “turismo matrimonial”, pero que, después, regresan a Rusia donde fijan su residencia. Es muy probable que los tribunales rusos no presten tutela judicial a este matrimonio; los tribunales españoles, aunque no tienen competencia, deberían dar tutela judicial efectiva.

25. El Reglamento 2019/1111 no contempla un foro de necesidad en los términos expuestos ni, por tanto, habilita esta tutela judicial efectiva para el matrimonio del mismo sexo<sup>91</sup>. No obstante, si el cónyuge requerido es nacional y residente de tercer Estado, puede aplicarse la ley interna<sup>92</sup>; y, en este caso, la LOPJ sí permitiría el juego de un foro de necesidad<sup>93</sup>. Respecto de los litigios económicos matrimoniales, el Reglamento (UE) n° 2016/1103 afortunadamente sí regula un foro de necesidad, que tendría total operatividad en este caso<sup>94</sup>. Por un lado, el proceso no puede iniciarse o resulta imposible en un tercer Estado con el cual el asunto presenta conexiones estrechas. Por otro, el asunto presenta una conexión suficiente con el Estado miembro del tribunal que va a conocer, la propia celebración del matrimonio.

## C) Interacciones con la tutela judicial ejecutiva

26. Junto con la tutela judicial declarativa, deben mencionarse los aspectos relativos a la tutela por ejecución. En el ámbito estatal, cuando España sea el Estado requerido de reconocimiento, no habrá problema en reconocer resoluciones relacionadas con el matrimonio igualitario. En el ámbito convencional, apenas hay convenios que se apliquen estas materias, pero los Estados contratantes pueden negarse al reconocimiento de estas resoluciones si el matrimonio igualitario como cuestión previa no es reconocido. A lo sumo, el fallo de esas resoluciones podría ser adaptado y aminorado a los efectos que pudieran tener las uniones de hecho protegidas. Pero, sin duda, el mayor interés se encuentra en el ámbito de la UE. Los motivos de denegación de reconocimiento de las decisiones en materia de régimen económico matrimonial deben ser aplicados, según el Reglamento (UE) 2016/1103, con respeto a los derechos fundamentales y principios reconocidos en la Carta y, en particular, al principio de no discriminación<sup>95</sup>. Parece una obviedad, aunque su inclusión también podría verse como una exigencia de atenuación del orden público de estos Estados miembros. De este modo, no se deja de reconocer un reparto judicial de bienes, por ejemplo, por el hecho de que el matrimonio igualitario no tenga efectos.

<sup>91</sup> *Vid.*, exhaustivamente, M. A. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *loc. cit.*, pp. 416 y ss.

<sup>92</sup> *Vid.*, por todos, A. S. DE SOUSA GONÇALVES, *Matérias matrimoniais e responsabilidades parentais na União Europeia*, Coimbra, D'Ideias, 2023, pp. 78-80.

<sup>93</sup> Artículo 22.octies.3. Sería uno de los casos en los que “*los tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia*” y “*el supuesto litigioso presente vinculación con España*”, dado que es el Estado de constitución del matrimonio.

<sup>94</sup> Artículo 11. *Vid.*, por todos, H. MOTA, *Casamento e Património nas Relações Privadas Internacionais*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 131.

<sup>95</sup> Artículo 38.

27. Curiosamente el Reglamento (UE) 2019/1111 para el reconocimiento de resoluciones de crisis matrimoniales no contiene una disposición semejante sobre el principio de no discriminación. Podría pensarse que no es necesario reconocer la separación, divorcio o anulación matrimonial si el matrimonio no produce efectos. Pero esta premisa admite dos matices. Por un lado, si, como se ha destacado, no es descartable que en una futura sentencia sobre el asunto *JC-T* y *MT* el TJUE exija el reconocimiento a los matrimonios igualitarios, a partir de ese momento será necesario también reconocer las resoluciones judiciales sobre crisis matrimoniales. Por otro lado, no conviene olvidar la interacción entre la tutela declarativa y por ejecución. Y es que la posibilidad de reconocer resoluciones de separación, divorcio o nulidad matrimonial precisamente obliga a dar tutela judicial declarativa para cuestiones económicas derivadas de aquellas. Así, el juez ya no puede inhibirse conforme al Reglamento (UE) 2016/1103, por mucho que su ordenamiento no admita el matrimonio igualitario<sup>96</sup>.

### 3. Hacia la equiparación de derechos personales y patrimoniales de los cónyuges del mismo sexo o género

#### A) Nacionalidad e identidad los cónyuges del mismo sexo o género

28. La atenuación del orden público para reconocer ciertos efectos transfronterizos al matrimonio igualitario puede jugar con distinta intensidad. Así, podría entenderse que la adquisición de la nacionalidad por matrimonio de un Estado miembro contrario a la institución igualitaria estaría vedada al cónyuge del mismo sexo, sin posibilidad de atenuar el orden público a una cuestión que sigue siendo competencia exclusiva de los Estados y expresiva de su identidad nacional. No parece que en el asunto pendiente y ya citado *JC-T* y *MT* se vaya a entrar en este tema.

Al contrario, cabría atenuar el orden público y reconocer como mínimo efecto la adquisición de apellidos entre cónyuges del mismo sexo, aunque el matrimonio no produzca efectos en el Estados de reconocimiento<sup>97</sup>. Desde los conocidos asuntos *García Avello* y *Grunkin Paul*, ambos previamente citados, se ha consagrado un derecho europeo a la identidad única de rango constitucional, que debe ser reconocida por todos los Estados miembros; la invocación del orden público en sentido contrario no parece proporcional<sup>98</sup>. A este respecto, la ya citada cuestión prejudicial pendiente en el asunto *JC-T* y *MT* evidencia que las autoridades polacas, pese a no reconocer los matrimonios igualitarios, sí reconocen la identidad de los cónyuges derivada del matrimonio.

#### B) Derechos alimenticios y sucesorios del cónyuge del mismo sexo o género

29. La pensión alimenticia y los derechos sucesorios del cónyuge del mismo sexo implican un planteamiento previo de la validez del matrimonio igualitario<sup>99</sup>. El Protocolo de La Haya de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias<sup>100</sup> deja claro que las decisiones dictadas en aplicación del mismo no prejuzgan la existencia del matrimonio<sup>101</sup>. En el mismo sentido debe interpretarse el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones, cuando excluye las relaciones de familia de su ámbito de apli-

<sup>96</sup> Artículo 9.3 del Reglamento (UE) 2016/1103. No parece que el Estado del juez contrario al matrimonio igualitario y que debe conocer de la litigación económica pueda negarse a reconocer la separación o divorcio. Vid. M. SOTO MOYA, "La aplicación de los Reglamentos 2201/2003 (Bruselas II bis) y 1259/2010 (Roma III) a los matrimonios del mismo sexo», *El arreglo pacífico de controversias internacionales: XXV Jornadas AEPDIRI: Córdoba, 20-22 de octubre de 2011, Valencia*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 595-605, esp. p. 598.

<sup>97</sup> Sobre esta problemática, vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 178-180.

<sup>98</sup> Vid., sobre la proporcionalidad en este tema, STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, EU:C:2010:806; y STJUE de 2 de junio de 2016, *Bogendorff von Wolfersdorff* antes citado.

<sup>99</sup> Vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *op. cit.*, pp. 172-185.

<sup>100</sup> Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, *DOUE* n° L 331, 16.12.2009.

<sup>101</sup> Artículo 1.

cación<sup>102</sup>. La validez del matrimonio del mismo sexo se someterá, como cuestión previa, a las normas de DIPr del Estado del juez<sup>103</sup>. Si este Estado reconoce el matrimonio del mismo sexo, se procederá a la determinación de la ley aplicable a los alimentos y a los derechos sucesorios, al margen de que esta ley no reconozca tal condición a los cónyuges del mismo sexo. Una conclusión, no obstante, que no ha quedado muy clara en el Informe explicativo del Protocolo de La Haya de 2007<sup>104</sup>.

**30.** El problema se presenta cuando el Estado del juez no reconoce el matrimonio del mismo sexo conforme a sus normas de DIPr. Diecisiete años después del Protocolo de La Haya y doce después del Reglamento europeo de sucesiones, debe darse una lectura más allá de la mera negación de los derechos, por lo menos, en el ámbito de Estados contratantes del CEDH y, por extensión, de la UE<sup>105</sup>. A día de hoy, el orden público debe atenuarse. La atenuación material se fundamenta en la jurisprudencia del TEDH e implica un reconocimiento funcionalmente equivalente a los derechos alimenticios o sucesorios de una pareja de hecho, a modo de sustitución<sup>106</sup>. Es más, con una hipotética sentencia del TJUE en el asunto pendiente *JC-T* y *MT* favorable a la portabilidad del estado civil adquirido en otro Estado, la equiparación de derechos sería imparable entre ciudadanos de la UE. Si esto no fuera suficiente, y en particular para nacionales de terceros Estados, cabría una atenuación espacial del orden público. En este sentido, el orden público del Estado del juez no es necesariamente el más vinculado con el caso, como para negar la concesión *erga omnes* de derechos alimenticios o sucesorios<sup>107</sup>. Así, para negar una pensión alimenticia al cónyuge del mismo sexo debería, al menos, ser contrario al orden público del Estado del foro y al orden público del Estado de residencia habitual común de los cónyuges, como ordenamiento más estrechamente vinculado al que se refiere el artículo 5 del Protocolo de La Haya<sup>108</sup>. Para negar los derechos sucesorios, el matrimonio del mismo sexo debería ser contrario no solo al orden público del Estado del foro, sino también del Estado cuyo ordenamiento rige la ley sucesoria<sup>109</sup>.

#### IV. Conclusiones

- 1.<sup>a</sup> El TEDH se muestra prudente al declarar que no existe un derecho humano al matrimonio del mismo sexo, pero sí a una protección efectiva como pareja por respeto a la vida familiar, concepto mucho más adecuado para una interpretación dinámica y actual del CEDH.

<sup>102</sup> Artículo 1.2.a).

<sup>103</sup> Cf. § 31 del Informe explicativo de A. BONOMI del Protocolo de La Haya de 2007, publicado en <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=4898&dtid=3>. En él se señala que la pensión alimenticia entre cónyuges del mismo sexo fue una cuestión controvertida y objeto de un deliberado silencio, en un momento, 2007, donde existían “*oposiciones fundamentales*”.

<sup>104</sup> Cf. § 31 del citado Informe de A. BONOMI, cuando recuerda “*la posibilidad en un caso concreto de denegar, por razones de orden público, la aplicación de una ley extranjera que reconozca una obligación alimenticia derivada de dichas relaciones controvertidas*”. Si la condición de cónyuge es una cuestión previa, ya no debería quedar sometida a la ley rectora de los alimentos como cuestión principal. Se trata, no obstante, de un defecto técnico quizá menor, porque en la práctica el orden público del foro que veta la cuestión previa es el que vetará la cuestión principal es el mismo.

<sup>105</sup> En el Reglamento (UE) 650/2012 no puede pasar desapercibida la alusión a la prohibición de cualquier forma de discriminación en su aplicación, cf. el considerando 58 del Preámbulo.

<sup>106</sup> Cf. M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “Los matrimonios entre personas del mismo sexo en el Derecho internacional privado español”, *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, núm. 122, 2008, pp. 913-941, p. 938. El propio Informe al Protocolo de La Haya de 2007, en su § 31, permite cierta falta de uniformidad en el Protocolo por la falta de “*consenso necesario*” y señala que los Estados firmantes podrían aplicar a estas parejas de hecho el artículo 5, “*norma especial sobre cónyuges y excónyuges*” o los artículos 3 y 6, “*norma general sobre la ley aplicable*”.

<sup>107</sup> El Informe explicativo del Protocolo de La Haya no excluye del todo un debate clásico: si puede estarse a la validez del matrimonio conforme a las normas de DIPr del ordenamiento competente para regir los alimentos, cf. § 24.

<sup>108</sup> Dejando al margen el impacto de una futura sentencia en el asunto pendiente *JC-T* y *MT*, piénsese en los dos rumanos residentes en España, donde contraen matrimonio, y en el regreso de uno de ellos a Rumania, donde fija su residencia habitual y solicita una pensión alimenticia. El orden público rumano no es el más vinculado; lo es el orden público español, que admite el matrimonio igualitario.

<sup>109</sup> Imagínese el caso contrario al anterior: el matrimonio igualitario en España de dos españoles residentes en Rumania. El orden público rumano no es el más vinculado, si el causante ha elegido la ley española como rectora de su sucesión, donde el matrimonio igualitario está admitido.

- 2.<sup>a</sup> Dicha protección efectiva se refiere genéricamente a la legislación civil, sin alusiones concretas al DIPr, pese a que muchos casos de los que han llegado al Tribunal sean transfronterizos.
- 3.<sup>a</sup> Por su parte, en el Derecho de la UE, hay unos derechos de los cónyuges del mismo sexo deducidos del propio TFUE sin necesidad de acto derivado por el TJUE sin necesidad del legislador, a partir del método de reconocimiento de actos sin necesidad de normas de conflicto
- 4.<sup>a</sup> De lo expuesto, parece obligado que los Estados contrarios al matrimonio igualitario deben atenuar su orden público: bien a través de la transposición de instituciones y asimilación del matrimonio a una unión de hecho que debe protegerse en el Estado de acogida; bien a través del reconocimiento de unos mínimos efectos que permitan el ejercicio de la libertad fundamental de circulación. Incluso cabe pensar en una futura sentencia del TJUE en el asunto *JC-T* y *MT* que concluya que la portabilidad del estado civil de matrimonio igualitario se vincula directamente a la libre circulación de personas.
- 5.<sup>a</sup> La atenuación del orden público permite construir soluciones posibilistas desde la perspectiva del Derecho privado. A día de hoy sorprenden los avances en la libre circulación de decisiones sobre crisis matrimoniales y efectos económicos frente a la despreocupación por la libre circulación de matrimonios como parte de la portabilidad del estado civil.
- 6.<sup>a</sup> En este sentido, hay una competencia plena de los Estados para regular la celebración del matrimonio igualitario, pero debe defenderse una competencia de la UE para unificar las normas de DIPr en la materia y su reconocimiento entre Estados miembros.
- 7.<sup>a</sup> La falta de ejercicio de esta competencia de la UE provoca una patología y una exacerbación del orden público: los tribunales de un Estado miembro puedan anular matrimonios del mismo sexo totalmente válidos en el Estado de celebración. La normativa europea no prevé ni la posible inhibición de esos tribunales, ni tan siquiera la competencia de los tribunales del Estado de celebración del matrimonio.
- 8.<sup>a</sup> La competencia a los tribunales del Estado miembro de constitución del matrimonio igualitario tampoco está prevista para supuestos de separación y divorcio, a diferencia del Reglamento sobre regímenes económico matrimoniales, que garantiza la tutela judicial efectiva en caso de la inhibición de tribunales de Estados miembros contrarios a este matrimonio. Respecto de matrimonios vinculados a terceros Estados, si el proceso no puede iniciarse en dicho Estado, los tribunales del Estado miembro de celebración del matrimonio deben conocer con base en el foro de necesidad.
- 9.<sup>a</sup> El orden público parece jugar sin atenuación para impedir la adquisición de la nacionalidad del cónyuge del mismo sexo de Estados contrarios al matrimonio igualitario, aunque debe flexibilizarse en lo que respecta al reconocimiento de los apellidos que se hayan podido adquirir.
- 10.<sup>a</sup> Por su parte, la pensión alimenticia y los derechos sucesorios del cónyuge del mismo sexo deben, al menos, equipararse a los que tendrían como pareja de hecho protegida, en caso de que el juez considere, como cuestión previa, inexistente el matrimonio. Además, deberían reconocerse los derechos como cónyuge si el matrimonio es válido en el Estado de residencia habitual común de los cónyuges, a los efectos de la pensión alimenticia, o en el Estado cuyo ordenamiento rige la ley sucesoria.