

# EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. DERECHOS CIVILES Y DERECHOS HUMANOS AFECTADOS EN DIFERENTES PAÍSES\*

## THE SAME-SEX MARRIAGE IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW. CIVIL RIGHTS AND HUMAN RIGHTS AFFECTED IN DIFFERENT COUNTRIES.

Elena Tordesillas Escudero\*\*

**RESUMEN:** Esta investigación comienza con una introducción y un debate acerca del derecho al matrimonio. Después, consta de tres grandes bloques (España, la Unión Europea y otros países de la Comunidad Internacional) en los que se indaga sobre cómo distintos ordenamientos regulan figuras jurídicas accesibles para parejas del mismo sexo, y cómo en muchos de ellos existe normativa que ignora, limita o condena las relaciones homosexuales. Por último, se exponen una serie de medidas para paliar la alteración del estatus en el espacio, así como una serie de conclusiones acerca de todo lo descubierto.

**ABSTRACT:** *This research begins with an introduction and a debate about the right to marry. After, it consists of three large blocks (Spain, the European Union and other countries of the international community) in which we investigate how different jurisdictions regulate legal figures that are accessible to same-sex couples, and how many of them have regulations that ignore, limit or condemn homosexual relationships. Finally, there are a series of measures to alleviate the alteration of status in space as well as a series of conclusions about the discovered information.*

**PALABRAS CLAVE:** Matrimonio, homosexual, Derecho Internacional Privado, derechos humanos.

**KEYWORDS:** *Same-sex marriage, Private International Law, human rights.*

**Fecha de recepción:** 02/05/2016

**Fecha de aceptación:** 07/06/2016

doi: <http://dx.doi.org/10.20318/universitas.2016.3177>

---

\*Trabajo de Fin de Grado original "El matrimonio entre personas del mismo sexo en Derecho Internacional Privado", tutorizado por la Doctora en Derecho Celia María Caamiña Domínguez, profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid.

\*\*Doble Graduada en Derecho y Administración y Dirección de Empresas por la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: [100275539@alumnos.uc3m.es](mailto:100275539@alumnos.uc3m.es)

## 1. INTRODUCCIÓN

La institución matrimonial ha sido el medio a través del cual un hombre y una mujer establecen una unión que otorga derechos y constituye obligaciones de forma recíproca. Los cambios sociales producidos a finales del siglo XX y principios del XXI, en relación al reconocimiento de derechos de personas homosexuales, han comenzado a abrir la puerta en algunas legislaciones modernas a unos enlaces en los que dos personas, no ya sólo hombre y mujer, pueden unirse por medio del matrimonio y/o figuras análogas. Este reconocimiento ha seguido una progresión lenta y costosa ya que simplemente la palabra matrimonio, proveniente de latín, posee en su raíz el término *matr-*, de *mater* y *matris* (madre), y *-monium*, que tiene un origen menos claro pero que podría traducirse como "carga" o "calidad de", a lo que también se suma la definición que realizó Modestino (jurista posclásico destacado) en el Digesto de Justiniano publicado en el año 533, señalando que se trataba de "*coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*", lo que implicaba una unión de por vida entre hombre y mujer, y consorcio de derecho divino y humano<sup>1</sup>. En este sentido, y en un contexto en el que las diferentes culturas siguen una evolución diferente en lo referente a derechos sociales y su forma de introducirlos en sus ordenamientos, es necesario discernir qué se entiende por matrimonio en el ámbito internacional y qué efectos va a tener este cuando se traspasan fronteras, y cómo va a afectar eso a los cónyuges y al contenido de su unión.

El matrimonio se ha configurado durante años como el origen del núcleo familiar, de ahí que su regulación se considere tan relevante en lo relativo al desarrollo personal y social del individuo. A pesar de ello, actualmente no se constituye como el modelo único de familia, pues cada vez se registran más formas de relacionarse y elaborar un entorno familiar, y la perspectiva desde la cual se puede observar este escenario va a variar de unos lugares a otros, tal y como afirma Mercedes Soto Moya: "*La familia es una realidad social que no se presenta como una categoría inmutable, sino como una institución que cambia en función de las coordenadas espaciales y temporales*"<sup>2</sup>. De este modo, la familia

---

<sup>1</sup>M. R. ACEBAL PÉREZ/ M. A. SERRANO, *El matrimonio entre personas del mismo sexo en la legislación española y en el derecho internacional privado*, Artículos doctrinales: Civil. Noticias Jurídicas, Octubre de 2014. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4934-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo-en-la-legislacion-espanola-y-en-el-derecho-internacional-privado/> (Consulta: 19 de Junio de 2015).

<sup>2</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 17.

se asienta como un fenómeno no sujeto a un modelo único de existencia, sino como una pluralidad de formas en las que lo importante es la historia y prácticas comunes que unen a sus componentes. Si bien es cierto que la familia puede ordenarse de diversos modos, es en la mayoría de los casos el resultado de la unión entre dos personas, que plasman su alianza por medio de los diferentes instrumentos legales o, incluso, sin que medie tal contrato. A su vez, esta realidad social de diversidad familiar se desprende también de lo establecido por el TC<sup>3</sup>, pues no lo limita sólo a lo construido alrededor de un matrimonio, sino que puede plasmarse en formatos variados, de manera que el contenido del art. 32 de la CE no se reduzca únicamente a uno.

Así, el matrimonio se asienta, en términos generales, como la base de la familia en todas las culturas existentes y, teniendo en cuenta el fenómeno de la globalización, cada vez se celebran con mayor frecuencia entre personas con diferente nacionalidad. Por ello, puede decirse que en el contexto internacional existe el derecho a contraer matrimonio libremente, o *jus connubii*, cuya trascendencia en los distintos ordenamientos no es tan fácil de desentrañar. Si bien es cierto que aparece regulado en el ámbito internacional, como es el caso del Convenio Europeo de los Derechos Humanos o la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>4</sup>, en ninguno de los textos se reconoce de manera absoluta a todos los individuos y en cualquier circunstancia, pues no aparece en ellos la posibilidad de que esta celebración pueda tener lugar entre personas del mismo sexo. De este modo, se habla de tal derecho en tanto el matrimonio vincule a un hombre y a una mujer que prestan su consentimiento, una vez superada la edad núbil. Según la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en su art. 9, el ejercicio de esta facultad, además, es regulado por cada Estado soberano según sus leyes nacionales, de forma que el derecho se configura en cada ordenamiento según regule su legislador, siendo tan válido que éste admita que accedan también al matrimonio personas del mismo sexo

---

<sup>3</sup>Vid. a este respecto la Sentencia del TC 22/2010 de 27 de Abril. Disponible en: <http://www.legaltoday.com/informacion-juridica/jurisprudencia/constitucional-y-comunitario/sentencia-num-10262004-tribunal-constitucional-madrid-27-04-2010> (Consulta: 8 de Noviembre de 2015).

<sup>4</sup>Artículos 12 y 16, respectivamente. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010> y <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm?qclid=Cj0KEQIAyIayBRDo4vjdqJrgxZ0BEiQAHOYCYHBXLXb6EGEih7uP6GKeVMBqB8JHG5sGxz9CWTUaSwMaAhXO8P8HAQ> (Consulta: 10 de Noviembre de 2015).

como que sea una institución reservada exclusivamente a la unión entre un hombre y una mujer<sup>5</sup>.

A tenor de lo retratado anteriormente, se deduce que la institución matrimonial en Derecho Internacional Privado es tan compleja como variable, en función de la situación espacial en la que nos encontremos, ya que el régimen jurídico de este contrato puede variar de una legislación a otra, pues las normas que lo regulan pueden variar entre un país islámico, por ejemplo, y las de un país europeo. Además, los ritos a través de los cuales puede celebrarse son también diversos, y pueden comprender desde un matrimonio en forma privada (civil), hasta un matrimonio en forma religiosa (bien de manera obligatoria o voluntaria) o la libertad de elegir la forma dentro las legales permitidas en el Estado donde se oficia.

Para dilucidar la situación en la que se encuentra la regulación de una unión entre personas del mismo sexo, es necesario saber qué relevancia tiene esa equivalencia de género, es decir, determinar la naturaleza jurídica del sexo de los contrayentes<sup>6</sup>. De un lado, un sector doctrinal establece que es una cuestión de capacidad matrimonial, lo que implica, en el caso español, que se debe acudir a la ley nacional del contrayente para determinarla, según el art. 9 de nuestro Código Civil. De otro lado, otro sector la declara un elemento subjetivo consustancial a la institución del matrimonio, caso en el que sería suficiente el consentimiento de dos personas para poder celebrar el matrimonio<sup>7</sup>.

Asimismo, cabe destacar las diversas herramientas con las que cuenta el Derecho Internacional Privado para resolver cuál debe ser la ley aplicable en relación a la capacidad matrimonial y en referencia a lo mencionado anteriormente, a saber: a) "*sistema anti-bloqueo*" (o "*sistema belga*"), que establece la posibilidad de celebrar el matrimonio siempre que alguno de los desposados sea nacional de un Estado en el que se admita el enlace entre personas del mismo sexo<sup>8</sup>, lo que permite una mayor apertura de la institución y no verse restringido el derecho para aquellas situaciones en las que en su país de origen no va a tener efectos este vínculo; b) "*el Orden Público Internacional absoluto*", por lo

---

<sup>5</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p. 84.

<sup>6</sup>S. SÁNCHEZ LORENZO, *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Barcelona, Atelier, 2009, pp. 685-715.

<sup>7</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, 15ª edición, 2014-2015, p. 111.

<sup>8</sup>S. SÁNCHEZ LORENZO, *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Barcelona, Atelier, 2009, pp. 685-715.

cual se rechaza la ley extranjera siempre que ésta menoscabe el contenido de la ley donde se pretende celebrar la unión, tal y como se registra en España<sup>9</sup>; y c) "sistema del requisito objetivo del matrimonio", la cual considera que el sexo no es una cuestión de capacidad matrimonial sino un requisito objetivo del matrimonio, tal y como se ha citado anteriormente, de manera que si existiese una laguna legal (como en el caso español), se aplica la ley del país donde se celebra el matrimonio<sup>10</sup>.

Por último, es importante tener en cuenta que la mayoría de Estados que permiten la celebración entre las personas del mismo sexo, y no sólo para sus nacionales sino también para extranjeros (generalmente con algunas condiciones), asumen una posición denominada tesis positiva, postura que permanece aunque en sus países de origen no se permitan este tipo de uniones. No se pretende con ello favorecer la existencia de "matrimonios claudicantes", es decir, que no surten efectos fuera de las fronteras donde se llevan a cabo, sino, más bien, proteger tanto el derecho del individuo como sus ordenamientos jurídicos, aplicando las reglas que previamente se han establecido para poder resolver estos casos de la forma más equitativa y coherente posible, ya que el hecho de que la regulación del Estado de procedencia del extranjero no contemple esta posibilidad no debe ser óbice para aplicar la normativa del propio país encargado de celebrarlo, ni trampolín para aceptar preceptos que vulneren el Orden Público Internacional de un país y, en definitiva, desembocar en una restricción de derechos que dicho país no concibe a la luz de lo decretado en su ordenamiento jurídico.

## **2. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO**

### **2.1 Argumentos a favor**

---

<sup>9</sup> ESPAÑA, 2006. Resolución-Circular de 1 de Junio, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonio civil entre personas del mismo sexo. Disponible en: [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292338971074?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Boletin&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DResoluciones\\_de\\_la\\_Direccion\\_General\\_de\\_los\\_Registros\\_y\\_del\\_Notariado.PDF&blobheadervalue2=1215327870555](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292338971074?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Boletin&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DResoluciones_de_la_Direccion_General_de_los_Registros_y_del_Notariado.PDF&blobheadervalue2=1215327870555) (Consulta: 29 de Junio de 2015).

<sup>10</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Matrimonio y parejas de hecho, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, 15ª edición, 2014-2015, p. 112.

No sería extraño comenzar este apartado señalando aquellos fundamentos constitucionales que dan sentido a la apertura de la institución matrimonial a las personas homosexuales. Hablamos, pues, de la igualdad de las personas y el principio de prohibición de la discriminación, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, y *“es específicamente en la igualdad en donde hay que dedicar especial atención a la protección de la orientación sexual”*<sup>11</sup>. Atendiendo a la CE, el derecho a la igualdad lo encontramos en el art.14, dentro del grupo de Derechos Fundamentales, especialmente protegidos, y que, aunque no se señale la orientación sexual como un motivo expresamente establecido por el que no cabe discriminación, sí que podría encuadrarse dentro de su parte final *“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*, una cláusula a la que el TC le ha otorgado un carácter expansivo<sup>12</sup>. Del mismo modo, si acudimos, por ejemplo, al contenido del Derecho comunitario, encontramos que el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sí dispone de forma expresa que la orientación sexual no puede ser objeto de discriminación. En ese sentido, no hay mejor forma de no discriminar que estableciendo los mismos derechos para todos los ciudadanos, ya que de otro modo estaríamos hablando de una exclusión creadora de clandestinidad y de dificultad de control jurídico<sup>13</sup>. Igualmente, reconociendo el derecho al matrimonio a las personas homosexuales se está llevando a cabo *“una interpretación más respetuosa con el potencial de libertad, igualdad, justicia y pluralismo”*<sup>14</sup>, lo que se traduce en una eliminación de la segregación por razón de orientación sexual.

En lo relativo a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, fundamentos recogidos en el art. 10.1 CE, o la dignidad en el art.1 de la DUDH y del CEDH, la homosexualidad es un rasgo íntimamente ligado a ellos<sup>15</sup>, y sin duda se puede vincular también con el matrimonio que, además de los efectos que pueda tener entre los cónyuges, es una manera de fortalecer el libre desarrollo de la

---

<sup>11</sup> M. MARTÍN SÁNCHEZ, *Matrimonio homosexual y Constitución*, Tirant Lo Blanch, 2008, p.31.

<sup>12</sup> *Vid.* a este respecto la Sentencia del TC 22/1981, de 2 de Julio.

<sup>13</sup> M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Igualdad sexual y diversidad familiar: ¿la familia en crisis?*, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá, 2010, p. 101.

<sup>14</sup> N. Pérez Cánovas, *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Comares, 1996, p. 120.

<sup>15</sup> F. REY MARTÍNEZ, “Homosexualidad y Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 73, 2005, pp. 137.

afectividad y de la sexualidad<sup>16</sup>. Esta garantía de libre desarrollo de la personalidad debe orientarse a la plena efectividad de los derechos fundamentales<sup>17</sup>, lo que cobra sentido cuando se reconoce el matrimonio también a las personas homosexuales.

No se puede ignorar tampoco, por otra parte, que a través del matrimonio también se reconoce el derecho a fundar una familia (art. 9 CEDH) y se asegura su protección (art 39.1 CE). Valorando, en relación con lo anterior, que la exigencia de la diversidad de sexos en el matrimonio sólo puede responder, de forma lógica, a la formación de una familia a través de la reproducción entre los cónyuges, podría decirse que son *“censurables las posiciones que apoyan la superioridad de la función social del matrimonio en su carácter de «comunidad procreadora o de paternidad/maternidad potencial»”*<sup>18</sup>, en tanto que pretenden definir cuál es el papel de los cónyuges y cómo deberían funcionar sus esferas privadas. Como bien señalan algunos autores, la tutela constitucional de la homosexualidad se puede encontrar también, aparte de en los derechos señalados anteriormente, en el derecho a la libertad y la intimidad del art. 18.1 CE, de libertad de expresión del art. 20.1 CE, de asociación del 22 o de libertad ideológica del art. 16<sup>19</sup>, lo que pone de manifiesto que efectivamente la homosexualidad y su manifestación gira en torno a muchos derechos humanos, de los cuales las personas no pueden ser privados, sin más límite que el de garantizar otros derechos humanos.

## 2.2 Argumentos en contra

Cabe comenzar este punto con la postura que se mantiene desde los movimientos religiosos, los que en términos generales, no contemplan la posibilidad de establecer un matrimonio si no es entre hombre y mujer<sup>20</sup>. Si acudimos a lo que se dispone, por ejemplo, en el derecho canónico, encontramos que *“para que pueda haber consentimiento matrimonial, es necesario que los contrayentes no ignoren al menos que el matrimonio es un consorcio permanente entre un varón y una mujer,*

---

<sup>16</sup> O. SALAZAR BENÍTEZ, “Derecho al matrimonio y diversidad familiar”, *UNED: Revista de Derecho Político*, Nº86, 2013, p. 200.

<sup>17</sup> J. A. MÚÑOZ ARNAU, *Algunas cuestiones sobre el desarrollo de la Constitución Española de 1978*, Dykinson, 2013, p. 60.

<sup>18</sup> O. SALAZAR BENÍTEZ, “Derecho al matrimonio y diversidad familiar”, *UNED: Revista de Derecho Político*, Nº86, 2013, p. 199.

<sup>19</sup> F. REY MARTÍNEZ, “Homosexualidad y Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 73, 2005, pp. 131-132.

<sup>20</sup> Y se dice en términos generales puesto que es posible para alguno, como veremos más adelante que sucede en Suecia, donde la Iglesia luterana puede celebrarlos.

*ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual*"<sup>21</sup>. Ni que decir tiene la valoración de la conducta homosexual dentro de la mayoría de ellas y desde sus escritos más simbólicos, como el Corán (en el islam) o la Torá (en el judaísmo), donde se califica de una actividad pecaminosa<sup>22</sup>. Teniendo en cuenta esto, resulta imposible pensar que, desde las religiones más influyentes en el mundo, se admita la posibilidad de celebración de matrimonio entre personas del mismo sexo, atendiendo a que la percepción de esta conducta sexual ya es contraria a sus creencias.

Tras una breve nota sobre la postura religiosa, es necesario centrarse en el plano jurídico civil. Cabe destacar, en este punto, la posición que mantuvieron algunas instituciones españolas a la hora de definir el matrimonio, así como cierto sector doctrinal. En primer lugar, destacamos el contenido de los dictámenes del Consejo de Estado y del Consejo General del Poder Judicial<sup>23</sup> (CGPJ) que, siguiendo la línea del TC, consideraron que el matrimonio es una unión de dos personas del sexo opuesto<sup>24</sup>, por lo que el CGPJ expresó: "... *la heterosexualidad es un elemento constitutivo esencial del propio concepto de matrimonio: el matrimonio o es heterosexual o no es*". De este modo, la diversidad de sexos parecía erigirse como elemento esencial de la institución matrimonial. No se opuso a esta idea tampoco la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación que, en su informe de 2005<sup>25</sup>, consideraron que la extensión del matrimonio a los homosexuales era inconstitucional, en tanto que del art. 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos no se desprende que se trate de una unión que no se reserve, exclusivamente, a un hombre y una mujer. Además, el hecho de que en muchos casos no se especifique en la legislación sobre matrimonio que su naturaleza es heterosexual, es porque se presupone<sup>26</sup>. Además, algunos autores y también Magistrados defienden que la garantía institucional del matrimonio se ve alterada cuando éste se extiende a personas homosexuales, ya que la heterosexualidad forma

<sup>21</sup> Canon 1096.1 del Código de Derecho Canónico. Disponible en: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/cdc.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/cdc.html) (Consulta: 13 de junio de 2016).

<sup>22</sup> Vid. a este respecto Corán 7:80-81 y Corán 26:165; y en la Torá, Vaikrá 18:22 y Vaikrá 20:13.

<sup>23</sup> En el año 2004 y 2005, respectivamente, sobre la reforma que pretendía introducir la Ley 13/2005 en el CC, de la que se habla en el siguiente epígrafe.

<sup>24</sup> Vid. a este respecto el Auto del TC 222/1994 de 11 de Julio.

<sup>25</sup> Disponible en: <http://www2.uned.es/dpto-dcivil/imagenes/INFORME%20Real%20Academia.pdf> (Consulta: 16 de Junio de 2016).

<sup>26</sup> F. J. MATIA PORTILLA, "Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo", *UNED: Teoría y realidad constitucional*, Nº 31, 2013, p. 544.



parte de dicha garantía<sup>27</sup>. De este modo, admitir que parejas del mismo sexo accedan al matrimonio supone una modificación relevante del derecho al matrimonio, ya que está alterando el concepto constitucional de éste, además de su garantía, que no es disponible para el legislador ordinario<sup>28</sup>.

Por último, y sin ser exactamente un argumento en contra en sentido estricto, el 9 de junio de 2016 el TEDH ha declarado por unanimidad en una sentencia que “no existe el derecho al matrimonio gay”<sup>29</sup>. Esta resolución es el resultado de una controversia que había mantenido una pareja francesa en su país al haber establecido un supuesto matrimonio entre dos hombres en 2004, cuya validez no podía ser reconocida en aquel momento en Francia, de acuerdo con el contenido de la legislación francesa. Por lo tanto, no existe, según el TEDH, una obligación para los Estados de abrir la institución matrimonial a los homosexuales y que éstos disfrutaran de “*un grado de discrecionalidad para decidir sobre la naturaleza exacta de la condición conferida por otros modos de reconocimiento legal*”, lo que se traduce en que el derecho al matrimonio podría tener ciertos límites interpretativos y que, por ello, algunos ordenamientos jurídicos se encuentran facultados para no reconocerlo si los contrayentes son del mismo sexo.

### **3. EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL**

La homosexualidad es una conducta sexual que ha estado perseguida en la mayoría de los países del mundo hasta tiempos recientes (en muchos de ellos aún lo está), probablemente por tratarse de grupos minoritarios en la sociedad, por miedo a la ruptura de la tradición y de la noción de familia que ha venido imperando durante siglos, y, seguramente también, por desconocimiento hacia esta orientación.

Los derechos de las personas homosexuales en España han evolucionado hasta llegar a reconocerse el matrimonio para las parejas del mismo sexo. El primer Código Penal de España de 1822 no contempló ningún delito relacionado con los actos propios de tendencia

---

<sup>27</sup> F. J. MATIA PORTILLA, “Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo”, *UNED: Teoría y realidad constitucional*, Nº 31, 2013, p. 550.

<sup>28</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y P. DE PABLO CONTRERAS, *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, 2007, pp. 69 y 71.

<sup>29</sup> *Vid.* a este respecto la Sentencia del TEDH, Nº 40183/07. Caso Chapin y Charpentier contra Francia. 9 de junio de 2016.

homosexual, que no se citaron en su Título VII: de los delitos contra las buenas costumbres<sup>30</sup>. Como bien cuenta el periodista Álvaro Corazón Rural, en los siguientes Códigos Penales (1848, 1850 y 1870), no estaba penalizada la conducta con la cárcel pero sí se incluyó dentro del “escándalo público”, situación que se vio aún más endurecida durante la dictadura de Primo de Rivera, en la que en 1928 se consolidaron estas actuaciones como dignas de pena de multa e inhabilitación para cargos públicos. Esta dureza subsistió poco tiempo, ya que en la Segunda República volvió a despenalizarse en el Código Penal de 1932, para retroceder de nuevo en el tiempo en 1954 durante la dictadura franquista, en la que se incluyó a los homosexuales dentro de la Ley de Vagos y Maleantes<sup>31</sup>. Volvió a recibir el colectivo homosexual un duro golpe en 1970, al derogarse esta ley y verse sustituida por la Ley sobre peligrosidad y rehabilitación social, en los que se los equiparaba a individuos que ejerciesen la prostitución, y la cual contenía internamiento en establecimiento de reeducación, así como prohibición de residir en el lugar que se designase en el artículo 6.4<sup>32</sup>. No fue hasta 1978, con la entrada en vigor de la Constitución Española, cuando se comenzó a despenalizar la homosexualidad, llegando incluso a dejar de ser delito contra el honor dentro del ejército español en 1986, fecha a partir de la cual la sociedad española comenzó a evolucionar y a aceptar nuevos modelos de pareja y, más tarde, de familia.

### 3.1 Concepto de matrimonio y requisitos para su celebración

En primer lugar, para conocer el contenido del matrimonio según la legislación española es imprescindible saber que este derecho es, internacionalmente reconocido, para todos los hombres y mujeres, si bien cada Estado tiene la potestad para regularlo según sus reglas, cultura del país, costumbres... En España, esta unión sólo se podía celebrar entre un hombre y una mujer hasta el año 2005, fecha a partir de la cual la institución se abrió para extender el derecho también a parejas del mismo sexo. Esta reforma, introducida por la Ley 13/2005

---

<sup>30</sup>ESPAÑA, 1822. Código Penal Español, decretado por las Cortes el 8 de Junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar el 9 de Julio. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/Dosier/la%20constitucion%201812/codigoPenal1822.pdf> (Consulta: 3 de Septiembre de 2015).

<sup>31</sup>A. CORAZÓN RURAL, *Gais, lesbianas y transgénero durante el franquismo*, Septiembre de 2015. Disponible en: <http://www.jotdown.es/2015/09/homosexuales-lesbianas-y-transexuales-durante-el-franquismo/> (Consulta: 3 de Septiembre de 2015).

<sup>32</sup>ESPAÑA, 1870. Ley sobre peligrosidad y rehabilitación social, de 4 de Agosto. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1970/08/06/pdfs/A12551-12557.pdf> (Consulta: 3 de Septiembre de 2015).

de 1 de Julio<sup>33</sup>, dio lugar a controversia entre diferentes sectores de la población y, sobre todo, de la esfera política, de tal forma que el partido que se encontraba en la oposición llegó a presentar ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad, al considerar que la nueva Ley, que modificaba el CC en materia matrimonial, vulneraba el contenido del artículo 32 de la Norma Suprema<sup>34</sup>. Esta modificación incluía en el artículo 44 del CC un precepto completamente novedoso y el cual fue el objeto de recurso, delimitado por el TC: "*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*". La apertura de la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo dio lugar a discusión no sólo en el sector político, sino también dentro del doctrinal, pues mantuvo a la opinión dividida sobre si realmente esta modificación se ajustaba al Ordenamiento Jurídico Español, ya sea desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado<sup>35</sup>, como desde la del Derecho Canónico. En este último caso, no se niega el derecho de la persona homosexual a establecer un contrato matrimonial<sup>36</sup> siempre que lo haga con alguien de diferente sexo, ya que resulta inconcebible desde su esfera poder aceptar la unión de dos personas del mismo sexo bajo la definición clásica de matrimonio.

Tras años de discusión y dudas, finalmente el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la cuestión en el año 2012, decidiendo desestimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto<sup>37</sup> con ocho votos a favor frente a cuatro en contra. El Tribunal considera que el foco del litigio es si existe una vulneración del artículo 32, por la interpretación gramatical, histórica y sistemática que se practica del matrimonio en relación al mantenimiento de su garantía, teniendo en

---

<sup>33</sup> Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio: <http://www.boe.es/boe/dias/2005/07/02/pdfs/A23632-23634.pdf> (Consulta: 19 de Noviembre de 2015).

<sup>34</sup> ESPAÑA, 2005. Recurso de inconstitucionalidad, de 30 de septiembre de 2005, contra la Ley 13/2005 por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Disponible en: <https://lenguajeadministrativo.files.wordpress.com/2012/07/recurso-pp-de-inconstitucionalidad-contra-el-mh.pdf> (Consulta: 30 de Agosto de 2015).

<sup>35</sup> P. DE PABLO CONTRERAS, "Matrimonio civil y sistema matrimonial" en M. CUENA CASAS / M. YZQUIERDO TOLSADA (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, Volumen I, Navarra, Aranzadi, 1ª Edición, 2011, pp. 504-506.

<sup>36</sup> C. PEÑA GARCÍA, *Homosexualidad y matrimonio: estudio sobre la jurisprudencia y la doctrina canónica*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2004, p. 130 y ss.

<sup>37</sup> ESPAÑA, 2012. Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de Noviembre de 2012, p. 202. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2012/11/28/pdfs/BOE-A-2012-14602.pdf> (Consulta 4 de Septiembre de 2015).

cuenta el vínculo que mantiene con los Acuerdos y Tratados Internacionales de los que España forma parte. Pues bien, el TC dispone, en palabras de Juan José Bonilla Sánchez, “*que no se vulnera el contenido esencial del derecho, ya que, el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo, ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse, ni reduce la esfera de libertad que tenían reconocida antes de la reforma. Lo que se hace es dar un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, que han de orientarse a la plena efectividad de los derechos fundamentales*”<sup>38</sup>. De esta manera, el Tribunal sostiene que la nueva normativa, al no alterar el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio, no modifica su titularidad, sino que revoluciona las formas de su ejercicio.

Asimismo, tras la reforma anteriormente citada, se elabora y entra en vigor la Ley 15/2005 de 8 de Julio, en la que se modifica cierto contenido del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo referente al divorcio y la separación<sup>39</sup>, introduciendo tanto el artículo 81 como 86 del CC la posibilidad de que uno de los cónyuges pueda disolver el vínculo matrimonial de forma unilateral, sin necesidad de que el otro consienta, lo que dota a cada una de las partes de la facultad de poner fin a un acto que tiene consecuencias jurídicas que no está ya dispuesto a asumir, por los motivos que personalmente considere, ya que no debe mediar justa causa<sup>40</sup>.

Como puede observarse, es difícil definir la institución matrimonial en términos absolutos, pues aunque, jurídicamente, la intención del legislador es concretar lo máximo posible su contenido, como concepto social puede adoptar diversas enunciaciones en referencia a lo que para cada individuo suponga, en su esencia, esta unión. Teniendo en cuenta las diferencias socio-culturales dentro de un país y en relación con las del resto de Estados, además de lo comprendido en los diferentes ordenamientos jurídicos del mundo, resulta una espinosa tarea para el Derecho Internacional Privado Español poder definir, con detalle, los

---

<sup>38</sup>J. J. BONILLA SÁNCHEZ, *Sobre la declaración de constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, homosexual o igualitario*, Espacio y tiempo: revista de ciencias humanas, Nº27, 2013, pp. 39-50.

<sup>39</sup>ESPAÑA, 2005. Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2005/07/09/pdfs/A24458-24461.pdf> (Consulta: 13 de Septiembre de 2015).

<sup>40</sup>P. DE PABLO CONTRERAS: “Matrimonio civil y sistema matrimonial”, en M. CUENA CASAS / M. YZQUIERDO TOLSADA (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, Volumen I, Navarra, Aranzadi, 1ª Edición, 2011, pp. 505 y 506.

principios y normas de conflicto por las que va a regirse el sistema matrimonial internacional, ya sea entre personas de diferente o del mismo sexo, aunque las parejas de este último tipo hayan aumentado la problemática ya suscitada<sup>41</sup>. Debido a ello, muchos de los matrimonios entre personas del mismo sexo que se celebran en España van a traducirse en "matrimonios claudicantes", es decir, no van a gozar de reconocimiento fuera de las fronteras españolas. Este escenario, el de las situaciones claudicantes, no es novedoso por el hecho de que se regule la unión entre personas del mismo sexo, pues ya sucedía anteriormente vinculado a otro tipo de relaciones jurídicas, y el DIPr tiene como tarea promover la eficacia de las resoluciones judiciales, impidiendo que queden vacías de contenido al cambiar de situación espacial y encontrarse en un Estado diferente al que permitió que éstas nacieran.

En concordancia con lo enunciado anteriormente, y pese a la dificultad de encontrar normas de conflicto que resuelvan los aspectos más controvertidos ante los que se enfrenta el DIPr español, el legislador ha optado por seguir una "tesis positiva", es decir, potenciadora del "*jus connubii*". Ello se debe no sólo a hacer valer el contenido constitucional de la reforma, sino también en aras de conseguir la plena efectividad de los derechos fundamentales, el bien más protegido de nuestro ordenamiento jurídico, y por los que todas las instituciones deben velar. Por lo tanto, llegados a este punto de comprensión de la situación ante la que se encuentran los matrimonios entre personas homosexuales, es necesario abordar el asunto de la naturaleza jurídica del sexo de los cónyuges, ante lo cual un sector doctrinal se inclina por afirmar que es una cuestión de "capacidad matrimonial", mientras que otro aboga por considerarlo un "requisito objetivo del matrimonio"<sup>42</sup>.

De un lado, si se resolviese con la opción de considerarlo dentro de la capacidad matrimonial, habría que aplicar el contenido del artículo 9.1 del CC. De este modo, la capacidad para vincularse matrimonialmente se decreta en la Ley nacional de cada individuo que piensa contraer matrimonio justo en el momento en el que éste se celebra<sup>43</sup>. Como no se registra en Derecho Internacional Privado Español

---

<sup>41</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 26.

<sup>42</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p.111.

<sup>43</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p.91.

ninguna norma que designe de forma clara la Ley aplicable para los matrimonios entre personas del mismo sexo, existen diversos mecanismos para resolver los conflictos que puedan suscitarse en este contexto.

En lo referente a la capacidad matrimonial, es posible regirse por el "sistema anti-bloqueo" o por "el orden internacional público absoluto"<sup>44</sup>. En el primer caso, se puede acceder al matrimonio siempre que la ley de uno de los contrayentes lo contemple, de forma que se aplica la Ley nacional más favorecedora para la celebración del matrimonio y lo dote de validez jurídica. En el segundo caso, habrá que rechazar la aplicación de la ley extranjera siempre que vulnere el Orden Público Internacional español, estableciendo nuestra legislación una serie de supuestos en los que se produce dicho rechazo: aquella regulación que no permita el matrimonio entre individuos con diferente religión (con especial atención a la prohibición de la mujer musulmana que tiene prohibido el matrimonio con un hombre de otra religión distinta a la suya), aquellas que permiten el matrimonio entre menores que no alcanzan la edad estipulada para poseer la capacidad de obrar, las que admiten los matrimonios poligámicos... Pese a no incluir el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo en la enumeración, la DGRN considera que es equivalente al de "*leyes extranjeras que impiden el matrimonio entre transexual con persona de su mismo sexo biológico, pero distinto sexo legal por no reconocer el cambio de sexo declarado judicialmente en España*"<sup>45</sup>, de forma que la solución debe ser la misma aplicando el principio de analogía y, así, se podrá celebrar dicho matrimonio aunque no vaya a surtir efectos fuera de las fronteras españolas, y aunque para uno (o ambos, si fueran extranjeros) de los contrayentes su Ley nacional no contemple tal vínculo matrimonial.

De otro lado, si el sexo de los contrayentes se considerase un requisito objetivo del matrimonio, ante lo cual no hay Ley aplicable a la cuestión, no constaría ninguna norma de conflicto que lo solvete. Por ello, nos encontraríamos frente a una laguna legal y la resolución es emplear la Ley que más relación guarda con el supuesto en cuestión, que en este caso sería el contenido de la Ley española si el matrimonio se va a celebrar dentro de nuestras fronteras. Para ello, uno de los

---

<sup>44</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p.112.

<sup>45</sup>ESPAÑA, 2005. Resolución-Circular de 29 de Julio, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2005/08/08/pdfs/A27817-27822.pdf> (Consulta: 30 de junio de 2015).

contrayentes debería, al menos, residir en España y el matrimonio lo debe celebrar una autoridad española<sup>46</sup>.

En lo referente a los requisitos necesarios para poder contraer matrimonio, la doctrina identifica que existen dos tipos: los requisitos subjetivos o personales, y los materiales<sup>47</sup>. Del mismo modo, en el Derecho interno español, el Código Civil los recoge desde el artículo 44 al 48. El cumplimiento de estos requisitos es necesario para que el matrimonio se considere válido y origine los efectos que de él normalmente se desprenden. Por otro lado, algunos de los personales se refieren a una capacidad con la que debe contar el individuo, mientras que otros exigen la ausencia de un impedimento matrimonial. Por su parte, los requisitos materiales giran en torno al consentimiento matrimonial y cómo debe ser prestado y en qué forma, para desplegar su plena eficacia.

Pues bien, dentro de los requisitos subjetivos o personales, cabe destacar:

a) el "*jus connubii*", citado al comienzo y entendido como la capacidad para contraer matrimonio, y también como un derecho que recoge la CE en el artículo 32.1, de forma que puede decirse que, en palabras de Orejudo Prieto de los Mozos, "*hace referencia a la concurrencia en la persona de los contrayentes, de los requisitos que, siendo distintos a los formales y a los relativos al consentimiento, condicionan a la validez del matrimonio, o a la obtención de su dispensa, en defecto de tal concurrencia*<sup>48</sup>".

b) la edad, que según lo dispuesto en el artículo 46 del CC se requiere ser mayor de edad, más de 18 años, o ser un menor emancipado mayor de 16 años, considerando así estas edades como las mínimas necesarias para contar con cierta madurez intelectual y ser consciente del vínculo que se establece. Sin embargo, hasta 2015 era posible dispensar el impedimento de la edad para mayores de 14 años, aunque no estén emancipados, siempre que se haga solicitud a un Juez de Primera Instancia y a petición de parte, tal y como dispone el artículo 48 CC. Actualmente, con la aprobación de la Ley de Jurisdicción

---

<sup>46</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p.113.

<sup>47</sup>E. SERRANO GÓMEZ: "La celebración del Matrimonio", en M. CUENA CASAS / M. YZQUIERDO TOLSADA (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, Volumen I, Navarra, Aranzadi, 1ª Edición, 2011, pp. 550-582.

E. SERRANO GÓMEZ: "La celebración del Matrimonio", en <sup>48</sup>M. CUENA CASAS / M. YZQUIERDO TOLSADA, *Tratado de Derecho de Familia*, Volumen I, Navarra, Aranzadi, 1ª Edición, 2011, p. 552.



Voluntaria<sup>49</sup>, no existe tal dispensa y la edad mínima para acceder al matrimonio es a partir de 16 años.

c) la aptitud mental, que no se regula de forma expresa en el CC pero que puede entenderse como necesaria para que el matrimonio sea celebrado de forma consciente, voluntaria y distinguiendo el alcance de los efectos jurídicos que de éste se desprenden<sup>50</sup>.

d) los impedimentos matrimoniales, es decir, la situación personal en la que el individuo no puede contraer matrimonio en caso de que alguno de estos concurra. Ellos se encuentran tanto en el artículo 46 CC, que pueden afectar sólo a una parte, como en el artículo 47, que afectan a ambas. Estos impedimentos matrimoniales son: i) subsistencia de un vínculo matrimonial anterior, ya que nuestro ordenamiento sólo considera la monogamia y, por tanto, es una prohibición absoluta; ii) existencia de relación de parentesco, para la cual el CC incluye a "1º *Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción*. 2º. *Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado*"; iii) condena por delito de conyugicidio, ya sea como autor o como cómplice de muerte dolosa, bien habiendo formado matrimonio, bien teniendo una análoga relación de afectividad, según el artículo 47.3 CC, algo que el Juez podrá dispensar, si media justa causa, según el artículo 48 CC<sup>51</sup>.

En este punto, cabe resaltar el consentimiento matrimonial. No existe en DIPr español una norma de conflicto que determine la Ley aplicable al consentimiento matrimonial, si bien la jurisprudencia y la DGRN se inclinan por incluirlo dentro del "estado civil" que se proclama en el contenido del artículo 9.1 CC<sup>52</sup>, el cual nos remite a la Ley nacional. Por tanto, en segundo término, debemos hablar de los requisitos materiales, dentro del Derecho interno español, los cuales envuelven al consentimiento que deben prestar los individuos, de tal forma que cabe mencionar:

a) requisitos del consentimiento, el cual debe ser, para considerarse válido, exteriorizado libremente y sin estar sometido a condición alguna, ya que cualquiera de ellas se tendrá por no puesta

---

<sup>49</sup>Ley 15/2015, de 2 de Julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/07/03/pdfs/BOE-A-2015-7391.pdf> (Consulta: 17 de Noviembre de 2015).

<sup>50</sup>E. SERRANO GÓMEZ: "La celebración del Matrimonio", en M. CUENA CASAS / M. YZQUIERDO TOLSADA (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, Volumen I, Navarra, Aranzadi, 1ª Edición, 2011, p. 559.

<sup>51</sup> Tanto el contenido del artículo 47.3 como 48 CC han sufrido modificaciones a partir de la aprobación de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria.

<sup>52</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p.116.



dentro del contrato matrimonial para que éste siga gozando de validez<sup>53</sup>. Además, el consentimiento debe prestarse irrefutablemente, sin error en el individuo con el cual se establece el vínculo matrimonial, y de forma simultánea a la celebración del acuerdo, lo que conlleva a asumir que se expresa tanto la voluntad de contraer como a hacerse responsable de los derechos y obligaciones que nacen con el matrimonio.

b) el matrimonio simulado y la reserva mental, que en ambos casos se trata de una situación en la que la voluntad prestada por el individuo difiere de la voluntad real que no exterioriza. La simulación consiste en dar una apariencia de matrimonio a una unión que tiene como fin la consecución de algún propósito distinto de los propios de establecer un vínculo matrimonial. La reserva mental manifiesta las mismas notas que la simulación, pero de forma unilateral, es decir, se da sólo en una de las partes. En cualquier caso, se considera que no existe consentimiento matrimonial<sup>54</sup>, y es por ello que el matrimonio se puede calificar como nulo.

c) el error obstativo, con las mismas características que la reserva mental (divergencia entre lo manifestado y lo querido, unilateralidad...), con la excepción de que, en este caso, tiene lugar de manera involuntaria. Implica la nulidad del matrimonio.

d) los vicios del consentimiento, a saber: i) el error, entendido según el art. 73 CC como "*error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes en la prestación del consentimiento*" ;ii) la coacción y el miedo grave, entendidos como el peligro de producirse un mal, generalmente contra la integridad física, y como una presión psicológica inevitable<sup>55</sup>. Si se produce cualquiera de las situaciones anteriores, y teniendo en cuenta que tienen que tener una entidad suficiente como para calificarlas así, el consentimiento se ha prestado de manera viciada y es por ello que el matrimonio se considera nulo.

---

<sup>53</sup>E. SERRANO GÓMEZ: "La celebración del Matrimonio", en M. CUENA CASAS / M. YZQUIERDO TOLSADA (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, Volumen I, Navarra, Aranzadi, 1ª Edición, 2011, p. 572.

<sup>54</sup>E. SERRANO GÓMEZ: "La celebración del Matrimonio", en M. CUENA CASAS / M. YZQUIERDO TOLSADA (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, Volumen I, Navarra, Aranzadi, 1ª Edición, 2011, p. 575.

<sup>55</sup>E. SERRANO GÓMEZ: "La celebración del Matrimonio", en M. CUENA CASAS / M. YZQUIERDO TOLSADA (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, Volumen I, Navarra, Aranzadi, 1ª Edición, 2011, pp. 580-581.

### **3.2 La celebración en territorio extranjero: formas matrimoniales aceptadas por el Derecho Internacional Privado español**

Para comenzar, es conveniente realizar una distinción sobre quiénes pueden ser los cónyuges, para después poder decidir la norma aplicable. Los matrimonios que se celebran fuera de España, pueden estar constituidos por dos españoles, un español y un extranjero o dos extranjeros. De este modo, la forma matrimonial escogida puede ser cualquiera de las contenidas en el ordenamiento jurídico que las partes prefieran, a saber: la ley española, *Lex Patriae*, si uno (o ambos cónyuges) es español, puesto que la Ley personal de cada individuo está presente para él en cualquier territorio, incluso aunque la forma de matrimonio que elija no esté prevista en dicho territorio; la ley del Estado donde se celebra el matrimonio, *Lex Loci Celebrationis*, para lo cual las autoridades de origen serán las encargadas de aprobarlo y, así, surge el enlace tradicional del DIPr<sup>56</sup>. Asimismo, en el Código Civil se hace eco de ello en su artículo 49, donde contempla las formas válidas previstas para el matrimonio<sup>57</sup>, tanto si este se celebra dentro o fuera de España.

De igual modo, es necesario dividir esta cuestión en dos bloques, diferenciando las partes que contraen matrimonio. Así, la solución jurídica al caso va a variar si el matrimonio se celebra en el extranjero entre dos españoles o español y extranjero, de aquel que se celebra entre extranjeros. Dentro del primer caso, se distingue entre las formas de celebración que estén previstas en la Ley del lugar donde se celebra y entre las que están previstas en la Ley española<sup>58</sup>.

En referencia a la Ley extranjera donde tiene lugar la celebración del matrimonio, cabe diferenciar entre una la forma civil y la religiosa. Lo relevante para el DIPr en ambos casos, es que dicha forma dote de efectos legales al contrato matrimonial, esto es, esté regulada en su Derecho, aunque no lo esté para el Derecho español. Por otra parte, si la forma escogida tiene lugar según la Ley española, también existe la forma civil o la religiosa. Para que pueda ser válida la primera y se

---

<sup>56</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p.132.

<sup>57</sup>Además de la forma canónica, judía y musulmana, con la aprobación de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, se admiten, a la hora de surtir efectos civiles, los ritos budista, mormón, ortodoxo y de los testigos de Jehová.

<sup>58</sup>P. DE PABLO CONTRERAS: "Matrimonio civil y sistema matrimonial", en M. CUENA CASAS / M. YZQUIERDO TOLSADA (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, Volumen I, Navarra, Aranzadi, 1ª Edición, 2011, p. 468.

celebre ante autoridad española (matrimonio consular), es imprescindible el cumplimiento de los siguientes requisitos<sup>59</sup>: a) según el artículo 51.3 y 57 del CC<sup>60</sup>, por lo menos una de las partes tiene que tener domicilio en la circunscripción consular que corresponda; b) al menos uno debe ostentar la nacionalidad española; c) el Estado donde se oficia el matrimonio debe aceptar esta celebración, ya que en caso de no hacerlo, los Cónsules no están legitimados para ello si la Ley del Estado receptor no lo contempla o se oponen a su celebración. De este modo, no se van a poder celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo por funcionarios españoles siempre que en esos países se nieguen a aceptar esta celebración, aunque en algún caso puede ser posible pese a que no esté regulado para personas del mismo sexo en la legislación de origen. Tal y como citan A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González<sup>61</sup>, "*aunque este matrimonio no está regulado en el Derecho material búlgaro, el DIPr. Búlgaro indica que los requisitos de fondo para contraer matrimonio se rigen por la Ley de la nacionalidad de los futuros esposos y un matrimonio entre personas del mismo sexo no vulnera el Orden Público Internacional búlgaro*". En relación a la forma religiosa, esta puede obedecer a diferentes religiones, dentro de lo cual la forma canónica es la que goza del reconocimiento en España cualquiera que fuere el Estado de celebración, en conexión con lo dispuesto en el art. 49 CC. No sucede lo mismo con el resto de religiones, ya que las demás formas religiosas aceptadas en Derecho español sólo van a ser válidas si el matrimonio se celebra en España, según lo que dispone la DGRN<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, pp.133.

<sup>60</sup>Tras la aprobación de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, tienen competencia para celebrar matrimonio: el alcalde del municipio o concejal en quien éste delegue, el notario, el secretario judicial, el encargado del Registro Civil, así como el funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero.

<sup>61</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, pp.134.

<sup>62</sup>ESPAÑA, 2005. Consulta de 8 de Junio, en materia de estado civil, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Disponible en: [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292338957253?blobheader=application%2Fpdf&blobheadertype=Content-Disposition&blobheadertype=SuplementosBoletin&blobheadertype=attachment%3B+filename%3DCONSULTAS+EN+MATERIA+DE+ESTADO+CIVIL+DE+LA+DIRECCION+GENERAL+DE+LOS+REGISTROS+Y+DEL+NOTARIADO+\(2005.PDF&blobheadertype=1215327821917](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292338957253?blobheader=application%2Fpdf&blobheadertype=Content-Disposition&blobheadertype=SuplementosBoletin&blobheadertype=attachment%3B+filename%3DCONSULTAS+EN+MATERIA+DE+ESTADO+CIVIL+DE+LA+DIRECCION+GENERAL+DE+LOS+REGISTROS+Y+DEL+NOTARIADO+(2005.PDF&blobheadertype=1215327821917) (Consulta: 18 de Septiembre de 2015).

Por otro lado, la situación para los matrimonios celebrados en el extranjero, con cónyuges también extranjeros, es diferente. No existe en DIPr español una norma de conflicto específica que regule la cuestión, de manera que se trata de una laguna legal y se recurre a la integración<sup>63</sup>. Según el principio de analogía, se puede aplicar el art.11 o 50 del CC, de tal manera que el matrimonio va a tener validez siempre que se celebre en una forma que se encuentre prevista y regulada. Por lo tanto, los contrayentes pueden escoger entre alguna de las legislaciones citadas al inicio: bien la Ley personal de uno de ellos, bien la Ley del Estado donde se celebra el matrimonio.

### **3.3 Acceso para otras figuras: parejas registradas y parejas de hecho**

Para dar cabida a otro tipo de modelos familiares, y no unirse sólo bajo el concepto de familia, surgen, según van cambiando las costumbres sociales, diferentes uniones con parecidos y, también, distintos efectos jurídicos, para satisfacer la demanda de aquellos individuos que prefieren optar por otras vías, bien por no querer asumir las consecuencias que se derivan de un contrato matrimonial, bien porque entienden la vida familiar y en pareja de otra forma. Surgen, de este modo, las parejas de hecho (con derechos y obligaciones limitados) y las parejas registradas (en muchos países, figuras equivalentes al matrimonio en el plano jurídico pero con otra denominación).

Conceptualmente, una pareja de hecho es la confirmación de una convivencia estable entre dos personas, sin que quepa un registro público estatal sobre ello. Por el contrario, una pareja o unión registrada "permite a dos personas que conviven en pareja inscribir su relación ante la administración correspondiente de su país de residencia"<sup>64</sup>. Esta diferencia semántica, así como de capacidad para acceder al registro, provoca que los derechos y obligaciones que se derivan de cada uno de los vínculos sean diferentes también, configurándose la pareja registrada equivalente al matrimonio en el plano jurídico en muchos países. La principal distinción, por tanto, es que la pareja de hecho no crea estatus jurídico mientras que la registrada sí<sup>65</sup>, de tal forma que

---

<sup>63</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, pp.135.

<sup>64</sup>Vid. a este respecto: [http://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index\\_es.htm](http://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index_es.htm) (Consulta: 19 de Octubre de 2015).

<sup>65</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 23.

ésta última afecta al estado civil, y de ella se derivan efectos jurídicos<sup>66</sup>, lo mismo que sucede con el matrimonio.

En este sentido, España no ha seguido un reconocimiento progresivo para las parejas del mismo sexo, es decir, que fuera desde una unión de hecho, pasando por la unión registrada, hasta llegar al matrimonio. Carecía de regulación la vinculación jurídica de los homosexuales hasta que se elaboró la Ley 13/2005 concediendo la posibilidad directa de acceder a la institución matrimonial, de forma que el concepto de pareja registrada no existe en Derecho material español ni tampoco en su DIPr<sup>67</sup>. Las primeras muestras normativas de que iba aceptándose un nuevo modelo de convivencia fueron ya en 1994 con la Ley 29/ 1994, de 24 de Noviembre, de Arrendamientos Urbanos<sup>68</sup>, que extendió sus efectos, en caso de muerte del arrendatario, a *"la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual"*.

Definitivamente, fueron después las Comunidades Autónomas las que decidieron, según sus competencias, incluir en su normativa a las parejas de hecho, siendo Cataluña la primera en hacerlo en 1998, a la que siguió Aragón, después Navarra... En general, la línea seguida a la hora de regular estas parejas ha sido considerarlas como *"unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo"*<sup>69</sup>, según se dispone en la ley asturiana y las demás normativas autonómicas. Así, la pareja de hecho es susceptible de una inscripción administrativa, pero no tiene capacidad para inscribirse en el Registro Civil y desplegar, como bien se ha comentado antes, consecuencias jurídicas ni modificar el estatus de los individuos que se declaran en esta situación. Estas normas autonómicas son consideradas por parte de la doctrina como *"normas de delimitación interior"*<sup>70</sup>, y éstas se pueden emplear siempre que el DIPr español haya resuelto antes el caso determinando la Ley aplicable.

---

<sup>66</sup> C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004, p.27.

<sup>67</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p.143.

<sup>68</sup> Artículo 16.1.b). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1994-26003> (Consulta: 10 de Noviembre de 2015).

<sup>69</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 56.

<sup>70</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p.145.

En lo referente a las parejas registradas, se trata de una institución que no está regulada en el CC, sin perjuicio de que se les puedan reconocer efectos, en tanto que se han constituido válidamente en otros Estados de la UE, y España debe velar también por respetar los ordenamientos de los Estados miembros siempre que no vulneren el Orden Internacional Público español. Esta figura ha nacido en el seno de países que han querido regular las relaciones entre personas del mismo sexo, creando una institución paralela al matrimonio, con efectos jurídicos similares (en algunos, incluso, los mismos efectos), evitando así la controversia semántica y legal que pudiera surgir si se les denominaba matrimonios. En territorio español, no cabe su registro civil para reconocer una unión registrada de otro país de la UE, pero sí un registro administrativo que permita que surtan efectos civiles. En cuanto al registro en los Consulados sitos en España, difiere si la unión registrada se da entre extranjeros o un extranjero y un español. En el primer caso, pueden inscribirla en tanto que no se vulnera ninguna norma española. En el segundo, es necesario saber el alcance jurídico de la pareja registrada, puesto que, si se equiparase el estatus al del matrimonio, no podría constituirse como tal, ya que no existe una equivalencia entre el Derecho extranjero y el Derecho español.

Por último, el Real Decreto 240/2007<sup>71</sup>, establece los requisitos para el reconocimiento de la pareja registrada: además de ser un registro constitutivo y público – en un Estado de la UE o delEEE- y un consentimiento facilitado ante la autoridad pública correspondiente, no es posible que confluya, simultáneamente, con un matrimonio también inscrito, esto es, son figuras excluyentes e incompatibles entre sí<sup>72</sup>.

### **3.4 Efectos del matrimonio: derechos y obligaciones de los cónyuges**

#### **3.4.1 Efectos nucleares**

---

<sup>71</sup> ...de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-4184> (Consulta: 15 de Noviembre de 2015).

<sup>72</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 59.

También considerados “efectos constitutivos” del matrimonio<sup>73</sup>, se configuran como el núcleo de la institución, siendo uno el pilar básico y el que determina que se produzcan las demás consecuencias jurídicas que tienen lugar con la celebración del contrato matrimonial.

### **3.4.1.1 Inscripción en el Registro Civil**

Es requisito imprescindible para el pleno reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio que el matrimonio esté inscrito en el Registro Civil, aunque se considere válido desde su celebración y despliegue efectos jurídicos. A su vez, la inscripción en el Registro Civil va a ser determinante para: bien disolver el vínculo, es decir, para poder establecer un divorcio o separación legal es necesario que se haya inscrito previamente; bien para obtener la nacionalidad española si un cónyuge es extranjero, ya que ésta se puede adquirir si el otro cónyuge la tiene, y podrá hacerlo tras residir un año en España, según el artículo 22 CC<sup>74</sup>.

### **3.4.2 Efectos periféricos**

#### **3.4.2.2 Efectos personales y patrimoniales**

La Ley aplicable al contenido de la institución jurídica del matrimonio, es decir, a los efectos jurídicos del acto matrimonial es la Ley estatal que habiliten los arts. 9.2 y 9.3 CC, los cuales pueden otorgar su regulación a una Ley diferente de la española aunque el matrimonio lo hubiera celebrado una autoridad española<sup>75</sup>. Así, puede decirse que el art. 9.2 tiene un alcance general, esto es, determina la Ley aplicable a todos los efectos matrimoniales, ya sean patrimoniales o personales. El art. 9.3, por su parte, tiene un alcance particular, o sea, se limita a establecer la Ley aplicable a la “validez” de los pactos y capitulaciones matrimoniales, por lo que se configura como una “cláusula salvatoria”<sup>76</sup>.

<sup>73</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p.107.

<sup>74</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p. 137.

<sup>75</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, pp. 149-150.

<sup>76</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p. 154.

Lo que se pretende por medio del art. 9.2 CC es "la unidad de Ley aplicable a todos los efectos del matrimonio", esto es, que sólo exista una única Ley que los regule independientemente del tipo que sean<sup>77</sup>. Unos se consideran **efectos patrimoniales**, pues enteramente se refieren a aspectos económicos, y otros son **efectos personales**, de los cuales algunos tienen un matiz patrimonial pero una esencia más ética o moral.

### 3.4.2.2.I Régimen económico

En DIPr español la Ley aplicable al régimen económico matrimonial se determina según el artículo 9.2 CC<sup>78</sup>; y si los contrayentes no tuvieran la misma nacionalidad podrían, como estipula este artículo también, elegir la Ley, por medio de la cual se regularán todos los efectos matrimoniales (personales y patrimoniales); así, podrán elegir: La Ley personal de cualquiera de los dos, o La Ley de residencia habitual de cualquiera de los dos en el momento de la celebración<sup>79</sup>. Por lo tanto, en primer lugar se aplicará la Ley personal común de los cónyuges en el momento en el que se contrae el matrimonio; si no tuvieran una Ley personal común, en segundo lugar se aplicará lo que las partes matrimoniales hubieran acordado en "documento auténtico" de forma previa a la celebración y en el cual pueden optar por la Ley personal o de residencia habitual de uno de ellos; si tal acuerdo no existiese, se aplicará la Ley de residencia habitual común de los cónyuges tras celebración; en caso de no haberse producido tal residencia común, la última solución para determinar la Ley aplicable al régimen económico será aplicar la Ley del lugar de celebración del matrimonio. A través del art. 9.2 se resolverá si debido al matrimonio va a surgir una sociedad conyugal, como en España, o un régimen económico específico o si no va a producirse ninguna consecuencia jurídica entre los cónyuges (como en el Derecho inglés)<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Efectos del matrimonio", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p. 154.

<sup>78</sup> M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 124.

<sup>79</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Efectos del matrimonio", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p. 160.

<sup>80</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Efectos del matrimonio", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p. 155.



Las partes matrimoniales, en algunos ordenamientos, pueden elegir qué sistema económico va a funcionar en su vínculo. La validez de estas capitulaciones matrimoniales está sujeta al contenido del art. 9.3 CC, por el cual se dispone que así será siempre que “*sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento*”. En Derecho civil común español, a falta de acuerdo en las capitulaciones matrimoniales, el régimen que opera, por defecto y según el artículo 1316 CC, es la sociedad de gananciales. No sucede lo mismo en Comunidades Autónomas como Cataluña o Baleares, donde se aplica el sistema de radical separación de bienes<sup>81</sup>.

### 3.4.2.2.II Efectos personales

Por otro lado, existen una serie de efectos personales, que según los ordenamientos jurídicos cobran una relevancia u otra. Como puede desprenderse de lo citado al comienzo, la Ley aplicable a los efectos personales se determina según el art. 9.2 CC, y en DIPr español ostentan una escasa relevancia legal, en tanto de ser reprochables jurídicamente contra el cónyuge que los incumpliera. Son, más bien, preceptos morales que, evidentemente, deben cumplir las partes matrimoniales, pero que forman parte más de su esfera privada que de la normativa, es decir, se trata de unos efectos que nacen *ex lege* del matrimonio sin carácter ni contenido económico<sup>82</sup>. En Derecho interno español se regulan en los artículos 66-71 CC bajo el nombre de “Derechos y deberes de los cónyuges”. Estos efectos, tales como el deber de convivencia, de fidelidad y respeto, de ayuda y socorro, de compartir responsabilidades domésticas... No puede el legislador, por tanto, invadir y pretender controlar la forma de entenderse y colaborar en la pareja, de modo que se convirtiera en exigible una responsabilidad por la vía judicial. Sin embargo, en otros Derechos, como los vinculados a la cultura musulmana, los efectos personales tienen suficiente entidad como para ser objeto de una responsabilidad patrimonial o causa de divorcio<sup>83</sup>; a través de ellos, por ejemplo, el marido podría obligar a su

---

<sup>81</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p. 151.

<sup>82</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p. 155.

<sup>83</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p. 150.

esposa a quedarse en casa o a mantener relaciones sexuales con él, preceptos que vulneran el Orden Internacional Público español, en relación al principio de no discriminación por razón de sexo del art. 12.3 CC, y que no resultarían de aplicación en España<sup>84</sup>.

### **3.4.2.2.III Filiación de los hijos comunes**

La Ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación será la aplicable a la filiación y su carácter, según el artículo 9.4 CC. Este es, por tanto, el primer punto de conexión para determinar la filiación, la cual puede ser "matrimonial" o "no matrimonial". Además de este primer punto, existen otros que también sirven de conexión, en caso de que no sea posible desentrañar cuál es la residencia habitual o si la Ley de dicho país no permitiese la filiación, será de aplicación la Ley nacional del hijo; si a través de ésta tampoco se pudiera establecer la filiación, será de aplicación la Ley española. Siguiendo el art. 9.4 CC en su segundo párrafo "*la Ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al 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*". En lo referente a los hijos adoptados habrá que atenerse a lo dispuesto en la Ley de Adopción Internacional, según el art. 9.5 CC.

En España, la filiación de los hijos debe inscribirse en el Registro Civil, junto con la inscripción matrimonial de los progenitores. Presenta ciertas peculiaridades en el caso de parejas del mismo sexo, pues, como es biológicamente evidente, no pueden procrear. A este respecto se pronunció el TS a través de la Sentencia de 5 de Diciembre de 2013<sup>85</sup>, sobre atribución de filiación para una madre no biológica que había sido cónyuge de la madre biológica, a través de la cual consideró que "*se posibilita, por tanto, la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación no basada en la realidad biológica, sino en una pura ficción legal, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza*". Aunque

---

<sup>84</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Efectos del matrimonio", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p. 155.

<sup>85</sup> Vid. a este respecto Sentencia del TS 740/2013 de 5 de Diciembre. Disponible en: <http://codigo-civil.info/2013/12/sts-05-12-2013-maternidad-biologica-y-maternidad-por-ficcion-legal-concurrencia-y-simultaneidad/> (Consulta: 2 de Diciembre de 2015).

el CC no se había pronunciado al respecto para el caso de personas del mismo sexo, el TS entendió que esta cuestión estaba ligada a la Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida<sup>86</sup>, concretamente en su artículo 7.1 donde se dispone que *“la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles”*, de forma que acaba resolviendo que el consentimiento se configura como *“título de atribución de la filiación, reforzado en el caso por la posesión de estado, por el interés de los menores y por la estabilidad de la unidad familiar”*.

#### **3.4.2.2.IV Derecho de alimentos y pensión compensatoria**

Anotar, en primer lugar, que estas obligaciones de alimentos son consecuencia de la relación familiar, filiación, matrimonio o afinidad. El Reglamento 4/2009<sup>87</sup> es el que se utiliza para discernir la competencia, Ley aplicable, reconocimiento y ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de alimentos, de tal modo que éste va a ser el instrumento empleado para resolver conflictos internacionales privados en esta materia. Curiosamente, este Reglamento remite, en su artículo 15, al contenido del Protocolo de la Haya de 2007 (PLH) para determinar la Ley aplicable<sup>88</sup>. Además, el art. 9.7 CC dispone que *“de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007 (...) o por el texto legal que lo sustituya”*. Por su parte, el PLH tiene un carácter *erga omnes*, lo que provoca que sea el utilizado incluso si la Ley aplicable es la de un Estado que no está vinculado a él<sup>89</sup>. De acuerdo con el contenido del PLH, la Ley aplicable será la que hayan designado tanto el acreedor de alimentos como el deudor, para un procedimiento específico, según los arts. 7 y 8 de dicho Protocolo; o, en segundo término, será de aplicación la Ley del Estado en la que el acreedor de los

---

<sup>86</sup> Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf> (Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

<sup>87</sup> REGLAMENTO (CE) No 4/2009 del Consejo de 18 de Diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:007:0001:0079:ES:PDF> (Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

<sup>88</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, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Disponible en: <http://www.boe.es/doue/2009/331/L00017-00023.pdf> (Consulta: 8 de Diciembre de 2015).

<sup>89</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Alimentos”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p. 503.

alimentos resida, tal y como dispone el art. 3, a no ser que en el Protocolo se dispusiera algo diferente.

Existe una norma específica que rige entre los cónyuges y ex cónyuges, establecida en el art. 5 PLH, y por medio de la cual la Ley aplicable va a ser, en primer término, la que hayan decidido dichos cónyuges ateniéndose al contenido del art. 8 PLH. En defecto de elección, será la Ley de residencia habitual del acreedor de alimentos, precepto que no resultará de aplicación si una de las partes se opone y si la Ley de otro Estado, particularmente la del Estado donde se fijó la última residencia común, está más vinculada con el caso, algo que legitima al juez de cada caso a tener cierto espacio para resolver en qué casos se produce una injusticia con uno u otro movimiento espacial<sup>90</sup>.

Asimismo, el derecho de alimentos debe interpretarse de forma amplia, por lo que incluye no sólo la alimentación y nutrición, sino también otros elementos básicos y de primera necesidad, como el alojamiento, la asistencia sanitaria o la educación. Además, el concepto también incluye la pensión compensatoria<sup>91</sup>.

#### **3.4.2.2.V Derechos sucesorios**

Al igual que sucede con el derecho de alimentos, también hay un reglamento que es de aplicación en las sucesiones internacionales: el Reglamento de la Unión Europea 650/2012<sup>92</sup>, excluyendo únicamente a Irlanda, Reino Unido y Dinamarca<sup>93</sup>. Es el encargado de determinar la competencia judicial internacional, la ley aplicable, y el reconocimiento y ejecución de resoluciones y documentos públicos. Este Reglamento va a ser de aplicación cuando la sucesión *mortis causa* tenga una "repercusión transfronteriza", entendiendo como dicha sucesión

---

<sup>90</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Alimentos", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, pp. 507-508.

<sup>91</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Alimentos", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p. 503.

<sup>92</sup> REGLAMENTO (UE) No 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de Julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:201:0107:0134:ES:PDF> (Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

<sup>93</sup>E. CASTELLANOS RUIZ, "Sucesión hereditaria: Reglamento 650/2012 sobre Sucesión Internacional", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p.531.

cualquier método de transmisión de bienes, derechos y obligaciones. La aplicación del Reglamento ha cobrado sentido en referencia a las personas fallecidas tras el 17 de Agosto de 2015, siendo de aplicación su Capítulo III; mientras que las que falleciesen con anterioridad se van a regir por lo establecido en el art. 9.8 CC, además de permanecer la vigencia de este artículo para ser de aplicación a los casos propios de muerte del causante en "Derecho interregional"<sup>94</sup>. De esta forma, aunque no se derogue el citado artículo, las normas de elaboración interna relativas a sucesiones internacionales se van a reducir al mínimo<sup>95</sup>, en favor de una normativa internacional que se propone encontrar la unidad de regulación.

### 3.5 Tratamiento jurisprudencial

En varias ocasiones, la jurisprudencia se ha pronunciado por cuestiones controvertidas que tenían lugar tanto dentro del matrimonio entre personas del mismo sexo, como en torno a él. La expresión más relevante fue, como indicamos al principio para aclarar el concepto de matrimonio, la del TC sobre la constitucionalidad de la Ley 13/2005, que permitía contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, con plena igualdad jurídica que las parejas de distinto. No sólo se debatió el derecho a casarse, sino también el derecho de adopción, pues el recurso consideraba que también se vulneraba el art.39.2 CE, pues no se protegía integralmente a los hijos con la nueva regulación. A este respecto, J. J. Bonilla Sánchez, considera que *"el Tribunal Constitucional, apoyándose en jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, que deja un margen amplio de apreciación a las autoridades de los Estados miembros, señala que la adopción es 'dar una familia a un niño, y no un niño a una familia' y que el Estado debe asegurarse de que las personas elegidas como adoptantes sean las que puedan ofrecerle, desde todos los puntos de vista, las condiciones de acogida más favorables". A este respecto, no existe certeza que permita afirmar actualmente que esas condiciones no puedan ser proporcionadas por una pareja homosexual. El interés del menor adoptado por un matrimonio entre personas del mismo sexo, o por un matrimonio entre personas de distinto sexo, ha de ser preservado en cada caso concreto en función del escrutinio al que el Juez somete a los eventuales*

<sup>94</sup>E. CASTELLANOS RUIZ, "Sucesión hereditaria: Reglamento 650/2012 sobre Sucesión Internacional", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p.534.

<sup>95</sup>E. CASTELLANOS RUIZ, "Sucesión hereditaria: Reglamento 650/2012 sobre Sucesión Internacional", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p.535.

*adoptantes, con independencia de su orientación sexual, de modo que el deber de protección integral de los hijos que se deriva del artículo 39.2 de la Carta Magna no queda afectado por el hecho de que se permita o se prohíba a las personas homosexuales adoptar, bien de forma individual, bien conjuntamente con su cónyuge*<sup>96</sup>. Así, lo que se pretendió aclarar es que la adopción no implica para el menor el derecho a un padre y a una madre, sino que la protección de éste tiene lugar en tanto se le proporcionen las condiciones necesarias para su desarrollo, para lo cual un individuo no deja de ser apto por tener una orientación sexual u otra.

Esta reforma matrimonial, que no dejó indiferente a nadie, fue puesta en tela de juicio incluso por los propios jueces que debían elaborar el expediente matrimonial para aquellas del mismo sexo que quisieran acceder a la institución, lo que llevó a algunos de ellos a interponer también un recurso de inconstitucionalidad, legitimados para hacerlo según el contenido del art.35.1 de la LOTC: *“cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional”*. Sin embargo, el TC no los admitió a trámite, porque consideró que la legitimación de los jueces para interponer recursos de inconstitucionalidad está declarada para los momentos en los que ejerce la función jurisdiccional y debe dictar resolución, de forma que instruyendo un expediente matrimonial no está llevando a cabo tal función. En ese caso, el juez encargado del Registro Civil está realizando una actividad administrativa, por lo que, aunque tome una decisión en forma de auto, no puede decirse que esté legitimado para interponer el recurso citado.

Como puede observarse, la línea jurisprudencial es tendente no sólo a constatar la constitucionalidad de la Ley 13/2005 que regula el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino también a evitar cualquier tipo de discriminación que pueda surgir en torno a él, ya sea por lo que implica la propia inscripción de éste o por los efectos que derivan de él, como sucede con la filiación. De este modo, los tribunales españoles procuran velar por el cumplimiento del artículo 14 CE, que prohíbe la discriminación, así como que la igualdad de los ciudadanos sea efectiva y se proteja el libre desarrollo de la personalidad de los individuos, algo totalmente vinculado a la dignidad humana.

---

<sup>96</sup>J. J. BONILLA SÁNCHEZ, “Sobre la declaración de constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, homosexual o igualitario”, *Espacio y tiempo: revista de ciencias humanas*, N°27, 2013, p. 43.

#### 4. EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO FUERA DE ESPAÑA

La situación internacional para las personas homosexuales, en lo relativo a sus derechos y a la posibilidad de establecer relaciones jurídicas con personas de su mismo sexo, varía en función del punto geográfico en el que nos encontremos. En ese sentido, y en consonancia también con la ilustración siguiente del CUADRO 1<sup>97</sup>, se puede elaborar una clasificación de los diferentes países según la postura que toman para legislar las relaciones entre personas del mismo sexo, esto es: aquellos que permiten el vínculo matrimonial, en condiciones de igualdad con las parejas heterosexuales; los que contemplan en su regulación figuras análogas al matrimonio para las parejas del mismo sexo, en muchos casos con derechos y obligaciones similares; después, aquellos que introducen alguna figura jurídica a la que es posible acceder en parejas homosexuales, pero con efectos más limitados; y, por último, aquellos Estados donde estas uniones no se regulan, simplemente, porque estas relaciones penalizadas, incluso en algún territorio con pena de muerte<sup>98</sup>.

No es de extrañar, así, que el DIPr se enfrente, cada vez con mayor frecuencia, a retos difícilmente salvables. Sin embargo, esta disciplina debe asumir la tarea de solventar los desacuerdos que puedan tener lugar en el ámbito jurídico, con el fin de evitar que los efectos que se desprenden de ciertos actos jurídicos sean nulos, o se modifique su dimensión, al cambiar de coordenadas geográficas. Esa, en esencia, es la función del DIPr, lidiar con las diferencias que existan entre los diferentes ordenamientos y lograr un equilibrio, tal y como describe H. Gaudement-Tallon: “*el DIPr es, ante todo, un Derecho que debe permitir la coordinación armoniosa entre sistemas jurídicos sustancialmente diferentes*”<sup>99</sup>. Encontrar ese equilibrio será de inmensa utilidad para proteger la esfera personal del individuo, así como para garantizar sus derechos en cualquier lugar, para lo cual es necesario la convergencia

---

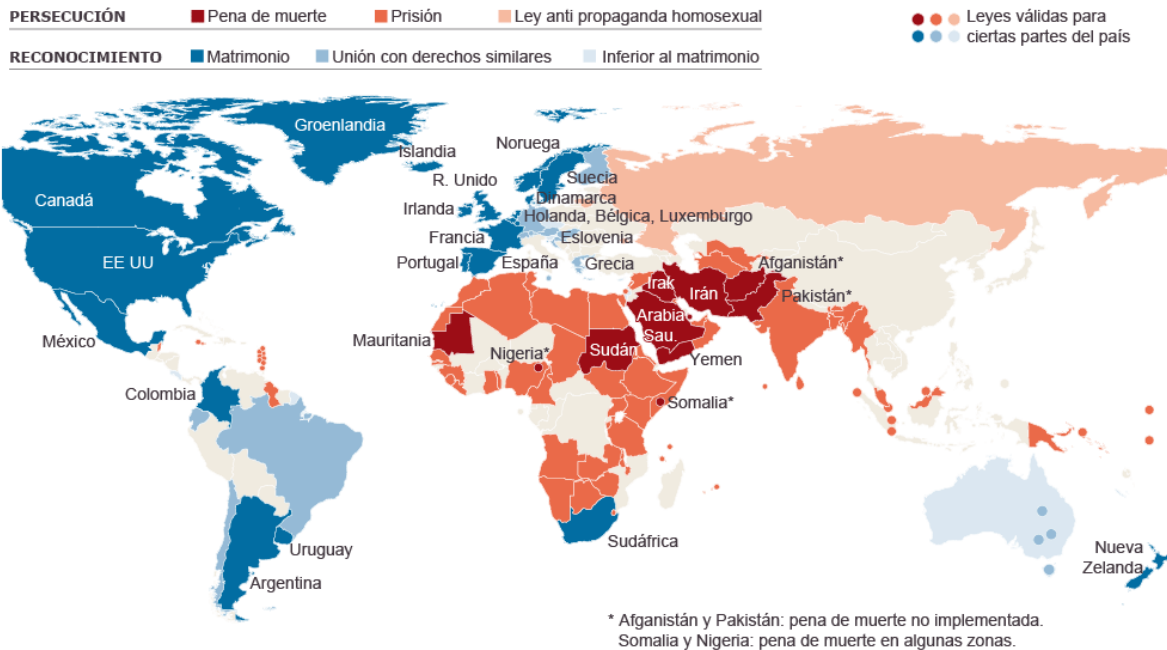
<sup>97</sup> Imagen perteneciente al periódico El País, en “La Corte Constitucional de Colombia avala el matrimonio igualitario”, de 8 de Abril de 2016. Disponible en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2016/04/07/colombia/1460039385\\_8374\\_14.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/04/07/colombia/1460039385_8374_14.html) (Consulta: 14 de Abril de 2016).

<sup>98</sup> M. R. ACEBAL PÉREZ/ M. A. SERRANO, *El matrimonio entre personas del mismo sexo en la legislación española y en el derecho internacional privado*, Artículos doctrinales: Civil. Noticias Jurídicas, Octubre de 2014. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4934-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo-en-la-legislacion-espanola-y-en-el-derecho-internacional-privado/> (Consulta 7 de Octubre de 2015).

<sup>99</sup> Traducción de M. SOTO MOYA en *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 28.



de las diferentes culturas, y para lo que E. Jayme determina como que "El DIPr está destinado a ser una de las materias clave para la protección de la persona humana, porque siendo este el fin del Derecho privado, lo es con mayor razón el DIPr en tanto que las soluciones a los conflictos de leyes presuponen un diálogo intercultural que respeta la diversidad de los individuos"<sup>100</sup>. Por lo tanto, conviene realizar un análisis de cada ordenamiento jurídico para conocer cuál va a ser a regulación que van a otorgar a las parejas del mismo sexo, y cómo va a actuar el DIPr para resolver las controversias.



Fuente: The International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA).

EL PAÍS

## CUADRO 1

### 4.1 Otros países de la Unión Europea

La Unión Europea ha sido el foco de iniciación de derechos y reconocimientos para parejas del mismo sexo. El primer país del mundo que eliminó toda regulación que implicase una discriminación por razón de orientación sexual fue Dinamarca, en el año 1934. Le siguieron Finlandia en 1971 y Noruega en 1972. Asimismo, los países

<sup>100</sup>Traducción de M. SOTO MOYA en *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 28.



escandinavos también fueron pioneros en regular la unión para parejas de hecho del mismo sexo: Dinamarca, en junio de 1989, Noruega en 1993 y Suecia en 1995<sup>101</sup>. Aunque los derechos que podían ofrecer estaban bastante restringidos, pues tendían a excluir, por ejemplo, facultades como la de la adopción o limitarla, estos reconocimientos supusieron a nivel mundial una muestra de evolución en materia social.

Francia también quiso avanzar en la extensión de derechos a los homosexuales y en 1999 vieron la luz las PACS, o Pacto Civil de Solidaridad, que, aunque también excluyó el derecho de adopción, era un contrato al que podían acceder tanto parejas heterosexuales como homosexuales y, además, desplegaba los mismos efectos que el matrimonio<sup>102</sup>. En definitiva, la Unión Europea ha contado siempre con países de referencia en cuanto al reconocimiento de derechos y libertades civiles, ya que, como se va a ver a continuación, sus legisladores han intentado modificar sus ordenamientos jurídicos a la vez que se producían los cambios sociales.

#### **4.1.1 Normativa relativa a la homosexualidad**

La primera vez que en el seno de la Unión Europea se contempló la necesidad de acabar con la discriminación por razón de orientación sexual fue a través del Parlamento, el cual en 1994, a través de la Resolución A-0028/94, pidió a los Estados Miembros: "(...) *que se ponga fin al trato desigual de las personas con orientación sexual en las disposiciones jurídicas y administrativas*"; añadiendo, además, que la recomendación "*debería, como mínimo, tratar de poner fin (...) a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales; la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia (...)*"<sup>103</sup>.

Esta cuestión, la de tomar medidas contra la discriminación por razón de la orientación sexual, no fue ignorada en el Tratado

---

<sup>101</sup>M. FLORES / T. GROPP/ R. PISILLO MAZZESCHI, *Diccionario básico de derechos humanos: Cultura de los derechos en la era de la globalización*, México, Flasco, 2009, pp. 128-132.

<sup>102</sup>L. M. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, "En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo", *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Nº 2, 2007, p. 5.

<sup>103</sup> Comunicación 038 en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, de 8 de Febrero de 1994, sobre documentos transmitidos por la Comisión del Consejo durante el período del 24 al 28 de Enero de 1994, p. 42. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1994:061:FULL&from=ES> (Consulta: 2 de Diciembre de 2015).

Constitutivo de la Comunidad Europea, en vigor desde 1991, donde se reguló en su artículo 13<sup>104</sup>. Este Tratado se derogó en 2009 por uno posterior, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en vigor desde 2010, donde se incluyó el mismo asunto en el artículo 19<sup>105</sup>. Así, se dispuso que, en el primer apartado del citado artículo 19, *“sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”*.

Si acudimos al contenido de la legislación europea, concretamente al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 14 se encuentra la prohibición de la discriminación. Aunque este precepto no recoge de forma directa la “orientación sexual” como característica protegida<sup>106</sup>, sí es cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado que tal condición puede incluirse dentro de “cualquier otra situación”, porque no se trata de un “*numerus clausus*”. Numerosas sentencias del TEDH avalan esta interpretación, cuando han existido casos de discriminación por razón de orientación sexual<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> Disponible en: [https://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Trat\\_EC\\_consol.pdf](https://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Trat_EC_consol.pdf) (Consulta: 12 de Noviembre de 2015).

<sup>105</sup> Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf> (Consulta: 12 de Noviembre de 2015).

<sup>106</sup> LUXEMBURGO, 2011. Manual de legislación europea contra la discriminación, de 26 de Julio, del Consejo de Europa. Disponible en: [http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/1510-FRA\\_CASE\\_LAW\\_HANDBOOK\\_ES.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_ES.pdf) (Consulta: 6 de Octubre de 2015).

<sup>107</sup> En P.B. y J.S. (nº 18984/02) contra Austria, se había denegado la cobertura de un seguro de salud a la pareja homosexual del que contrató el seguro, algo que no ocurría entre parejas de heterosexuales porque hasta 2007 contaba con una cláusula que permitía la extensión del seguro a “persona del sexo opuesto que cohabitara con el asegurado”, por lo que el TEDH lo declaró contrario al contenido del artículo 14 CEDH. También en el ámbito de la adopción, como en E.B. contra Francia (nº 43546/02) en el que el TEDH constató que se había violado el artículo 14 al desestimar la demanda de acuerdo previo de una mujer soltera sobre una adopción de un niño, por el mero hecho de mantener relación contra mujer; también en paternidad, en Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal (nº 33290/96) el TEDH falló que se había producido discriminación al retirar a un padre la custodia compartida de sus hijos por ser homosexual; por último, también en la esfera laboral se han producido discriminaciones y el Tribunal, en Perkins y R. contra Reino Unido (nº 43208/98 y nº 44875/98), tuvo que pronunciarse puesto que se había violado el artículo 14 al expulsar del ejército a los demandantes debido a su homosexualidad.

Como hecho más reciente y notorio, el Informe Anual de Derechos Humanos que realiza el Parlamento Europeo, y aprobado el 12 de marzo de 2015, presenta un interés en regularizar la situación de las parejas homosexuales, recogiendo en el Informe un capítulo dedicado a "Derechos de las personas LGBTI", y exponiendo en uno de los puntos que *"toma nota de la legalización del matrimonio o las uniones civiles entre personas del mismo sexo en un creciente número de países — diecisiete en la actualidad— en todo el mundo; alienta a las instituciones y a los Estados miembros de la UE a que contribuyan en mayor medida a la reflexión sobre el reconocimiento del matrimonio o las uniones civiles entre personas del mismo sexo como cuestión política, social y de derechos humanos y civiles"*, así como que *"considera que es más probable que los derechos fundamentales de las personas LGTB se vean protegidos si tienen acceso a instituciones jurídicas como la convivencia, la unión registrada o el matrimonio"*<sup>108</sup>. Estos preceptos invitan, cuando menos, a los países de la Unión Europea a legislar este tipo de relaciones, ya que garantizar los derechos fundamentales debe ser prioritario para los Estados democráticos. Ello probablemente sea más factible si se regula, con naturalidad y en igualdad de condiciones, la situación de aquellas minorías que tradicionalmente han estado discriminadas.

#### **4.1.2 La regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo**

Imprescindible comenzar con el caso de **Países Bajos**, el primer país del mundo en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo. Se mantuvieron los mismos derechos y obligaciones para los contrayentes que si se tratase de un matrimonio entre personas de sexo diverso, pues no se modificó el contenido del derecho, pero se limitó el caso de la adopción, acto jurídico que se mantuvo sólo para parejas de distinto sexo. Además, en lo que respecta a su derecho internacional privado, esta reforma del Código Civil holandés, a través de la ley de 21 de Diciembre del 2000, exige que, para la celebración de esta modalidad

---

<sup>108</sup> FRANCIA, 2015. Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto, elaborado el 20 de Febrero, del Parlamento Europeo. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0023+0+DOC+XML+V0//ES> (Consulta: 18 de Octubre de 2015).

matrimonial, como mínimo, uno de los futuros cónyuges sea nacional del país o, al menos, resida en territorio holandés<sup>109</sup>.

Le siguió los pasos, también en la esfera internacional, **Bélgica** en el año 2003. Aunque en un primer momento mostró la misma postura que los holandeses con respecto a la adopción, posteriormente la ley se reformó para incluir a las parejas del mismo sexo como partes potenciales de este acto jurídico. Así, la única divergencia entre ambas leyes se encontraba dentro de su derecho internacional privado, pues la normativa belga permitía contraer matrimonio siempre que alguno de los cónyuges hubiera vivido, un concepto menos restrictivo que el de la residencia, al menos, 3 meses en el territorio nacional<sup>110</sup>.

Tras la aprobación en **España** en 2005, el siguiente en dar el paso fue **Suecia** en 2009. Desaparece la regulación de 1995 sobre parejas de hecho, y se aprobó la Ley sin prácticamente oposición. Gran parte de la Iglesia protestante sueca, además, anunció no tener inconveniente en celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo, puesto que la ley estatal aprobada no les afectaba, en tanto que Estado e Iglesia se separaron en el año 2000<sup>111</sup>.

El quinto país en aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo fue **Portugal**, en el año 2010, aunque, aquí sí, con bastante controversia y además excluyendo la posibilidad de adoptar. Un sector político conservador y apoyado por la Iglesia Católica quiso someter, a posteriori, este cambio legislativo a referéndum, a lo que la izquierda votó en contra "*por considerar que pone en duda la legitimidad del Parlamento*"<sup>112</sup>. El 20 de Noviembre de 2015 se aprueba en el Parlamento el proyecto que concede el derecho de adopción para las

---

<sup>109</sup>L. M. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, "En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo", *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Nº 2, 2007, p. 3.

<sup>110</sup>M. R. ACEBAL PÉREZ/ M. A. SERRANO, *El matrimonio entre personas del mismo sexo en la legislación española y en el derecho internacional privado*, Artículos doctrinales: Civil. Noticias Jurídicas, Octubre de 2014. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4934-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo-en-la-legislacion-espanola-y-en-el-derecho-internacional-privado/> (Consulta: 8 de Septiembre de 2015).

<sup>111</sup> Disponible en: <http://www.20minutos.es/noticia/460734/0/suecia/matrimonio/homosexual/> (Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

<sup>112</sup> F. RELEA, *Portugal aprueba el matrimonio homosexual tras un intenso debate*, 8 de Enero de 2010. Disponible en: [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2010/01/08/actualidad/1262905216\\_850215.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2010/01/08/actualidad/1262905216_850215.html) (Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

parejas homosexuales<sup>113</sup>, en aras de favorecer la integración familiar de aquellos niños de parejas homoparentales que ya se habían formado pese a no contemplarse la posibilidad de la adopción, proyecto que ha sido vetado el 25 de Enero de 2016 por el Presidente, a lo que el Partido Socialista de Portugal contestó que votaría con mayoría absoluta para confirmar la Ley, suficiente para eludir el veto del Presidente según su Constitución<sup>114</sup>.

**Dinamarca**, que ya fue el primer país del mundo en regular las uniones civiles, se unió al matrimonio en el año 2012. Aunque en principio parecía que se había paralizado en el territorio danés la evolución de los derechos de los homosexuales, la ley que permitió el matrimonio incluía, también, la celebración a través de la Iglesia estatal luterana. Groenlandia, territorio autónomo desde 2009 pero formando parte de Dinamarca, decidió adaptar esta regulación danesa en mayo de 2015<sup>115</sup>.

Aunque siempre fue un país revolucionario en lo referente a derechos civiles, una sociedad un poco más conservadora, en lo que a las relaciones personales se refiere, hizo que **Francia** tardase hasta 2013 en regular el matrimonio entre personas del mismo sexo. Hubo bastante tensión dentro del país, así como numerosas manifestaciones "a favor de la familia", que más bien defendía un modelo familiar tradicional. Esta ley otorgó la posibilidad a las parejas homosexuales de acceder a la institución matrimonial, incluyendo la adopción, así como la de poder realizar una petición de reconocimiento del matrimonio, si antes éste se había celebrado en otro país donde sí estuviera reconocido, como los Estados de la UE anteriormente citados<sup>116</sup>.

Por su parte, **Reino Unido** permitió ya en 2005 la posibilidad de celebración de uniones civiles, sin distinción de sexo de las partes, con unos efectos jurídicos similares a los que pudiera desplegar el matrimonio, destacando especialmente la equivalencia en los derechos sucesorios. Aun contando con la disconformidad de la Iglesia Anglicana, así como de los partidos políticos más conservadores, la Ley del

---

<sup>113</sup> Información disponible en: <http://www.ilga-europe.org/resources/news/latest-news/portuguese-same-sex-couples-granted-full-adoption-rights> (Consulta: 21 de Noviembre de 2015).

<sup>114</sup> Disponible en: <http://www.afp.com/en/news/portugals-outgoing-president-vetoes-gay-adoption-bill> (Consulta: 27 de Enero de 2015).

<sup>115</sup> Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/11/23/internacional/1322062675.html> (Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

<sup>116</sup>A. TERUEL, *Francia aprueba el matrimonio gay*, 23 de Abril de 2013. Disponible en: [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/04/23/actualidad/1366713674\\_990979.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/04/23/actualidad/1366713674_990979.html) (Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

matrimonio entre personas del mismo sexo fue sancionada por la reina Isabel II y entró en vigor en 2013, incluyendo también los territorios de Gales y Escocia, no así la parte de Irlanda del Norte<sup>117</sup>.

Menos obstáculos encontró **Luxemburgo** para regular el matrimonio entre personas del mismo sexo, y lo hizo a través del precepto "dos personas de sexos diferentes o del mismo sexo pueden contraer matrimonio", lo que igualaba la institución en ambos casos y, por tanto, comprendiendo también la adopción. Aunque se debatió en 2014, la ley entró en vigor a principios de 2015<sup>118</sup>.

**Irlanda**, para evitar el debate que pudiera suscitar, decidió convocar un referéndum sobre la cuestión en 2015. La población irlandesa deliberó, con un 62% de los votos, que aceptaba este enlace, pese a que previamente todo apuntase a lo contrario, pues la sociedad irlandesa siempre fue considerada como una de las más católicas de la UE y, por ende, de las más conservadoras, sobre todo teniendo en cuenta que las relaciones homosexuales estuvieron penalizadas en Irlanda hasta el año 1993<sup>119</sup>. La Ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo entró en vigor el 16 de Noviembre de 2015<sup>120</sup>.

Del mismo modo, en **Finlandia**, la reforma sobre el matrimonio tuvo lugar gracias a una recogida de firmas de los ciudadanos que demandaban este cambio con más de 160.000 firmas. Teniendo en cuenta que el resto de sus países vecinos ya lo habían aprobado, ha sido un país que ha tardado bastante en transformar su regulación, a pesar de tener acceso a las parejas de hecho desde 2002. La normativa reformada entrará en vigor en 2017<sup>121</sup>.

El último país en pronunciarse al respecto ha sido **Italia**, que en febrero de 2016 ha visto aprobada la unión civil para parejas del mismo

---

<sup>117</sup>Disponible en: [http://www.huffingtonpost.es/2013/07/17/matrimonio-gay-en-reino-unido\\_n\\_3610756.html](http://www.huffingtonpost.es/2013/07/17/matrimonio-gay-en-reino-unido_n_3610756.html) (Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

<sup>118</sup> Disponible en: <http://www.eluniversal.com/internacional/140618/en-luxemburgo-aprueban-matrimonio-homosexual> (Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

<sup>119</sup>C. MAZA, *Irlanda aprueba el matrimonio homosexual en un referéndum histórico*, 23 de Mayo de 2015. Disponible en: [http://www.elconfidencial.com/mundo/2015-05-23/irlanda-se-inclina-a-favor-del-matrimonio-homosexual-en-un-referendum-historico\\_853481/](http://www.elconfidencial.com/mundo/2015-05-23/irlanda-se-inclina-a-favor-del-matrimonio-homosexual-en-un-referendum-historico_853481/)

(Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

<sup>120</sup> T. BROOKS-POLLOCK, *Ireland gay marriage: Same-sex couples can officially get hitched from today*, 16 de Noviembre de 2015. Disponible en: <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/ireland-gay-marriage-same-sex-couples-can-officially-get-hitched-from-today-a6736476.html> (Consulta: 8 de Diciembre de 2015).

<sup>121</sup>Disponible en: <http://www.elmundo.es/internacional/2014/11/28/5478704322601d7c378b4581.html> (Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

sexo<sup>122</sup>. Hasta entonces, era un Estado donde no había regulación de instituciones jurídicas en algunas zonas, pero la mayoría de regiones contemplaba el “registro cohabitacional”, es decir, una inscripción administrativa de declaración de convivencia. Ello no debía ser óbice para el reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en otros países de la UE, ni de formas análogas, por mucho que el Tribunal de Justicia como la Corte de Apelación de Roma interpretan el derecho al matrimonio de su Constitución como el vínculo entre dos personas de diferente sexo<sup>123</sup>. La diversidad de sexos para contraer matrimonio supone no sólo la negativa a la inscripción en su Registro Civil, sino todo lo que conlleva la no inscripción en tal Registro: la inobservancia de los diferentes derechos y obligaciones que tienen lugar con el matrimonio. Así lo ha ratificado el TEDH en la sentencia citada de 21 de Julio de 2015, por lo que Italia se comprometió a presentar un proyecto de Ley sobre uniones civiles antes de que finalizase el mismo año<sup>124</sup>. Con base en lo expuesto, la Cámara Alta italiana (Senado) comenzó a debatir el proyecto de uniones civiles el jueves 28 de Enero de 2016, que se ha abierto finalmente tanto a parejas de diferente como del mismo sexo.

#### 4.1.2.1 Concepto de cónyuge según la jurisprudencia

Hasta ahora, la línea seguida a la hora de valorar lo que se concibe por modelo familiar ha sido muy moderada, seguramente por la diversidad de regulación en lo referente al Derecho de Familia en los Estados que conforman la UE. Es por ello, que es muy probable que la interpretación de la noción de cónyuge ha sido restrictiva en tanto que no se asemejaba a la evolución social en los esquemas familiares, ya que, como se ha reseñado en más de una ocasión, éstos actualmente son más amplios que el que puede nacer a partir del matrimonio entre un hombre y una mujer. A pesar de ello, no existe Derecho derivado ni tampoco preceptos de la jurisprudencia perteneciente al TCE que aborden la cuestión y esclarezcan, de todas, el significado que debe

---

<sup>122</sup> P. ORDAZ, *El Senado italiano aprueba las uniones civiles entre homosexuales*, 26 de Febrero de 2016. Disponible en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2016/02/25/actualidad/1456425965\\_498464.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/02/25/actualidad/1456425965_498464.html) (Consulta: 14 de Abril de 2016).

<sup>123</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 162.

<sup>124</sup> Información disponible en: [http://www.elconfidencial.com/ultima-hora-en-vivo/2015-10-14/proyecto-de-ley-sobre-uniones-civiles-homosexuales-llega-al-senado-italiano\\_714842/](http://www.elconfidencial.com/ultima-hora-en-vivo/2015-10-14/proyecto-de-ley-sobre-uniones-civiles-homosexuales-llega-al-senado-italiano_714842/) (Consulta: 26 de Noviembre de 2015).



aplicarse al concepto de cónyuge para los ciudadanos de la UE y dentro del Derecho de familia<sup>125</sup>.

Teniendo en cuenta que actualmente casi la mitad de países de la UE ya contemplan el matrimonio igualitario, resulta muy importante definir esta cuestión en relación al derecho de reagrupación del cónyuge, contemplado en el art. 10 del Reglamento 1612/68 sobre libre circulación de trabajadores<sup>126</sup>. Aunque el TJCE no puede interpretar de forma amplia el concepto, debido a que no se puede dilucidar su sentido según la regulación de un solo Estado sino en el seno de toda la Comunidad, sí que afirmó que el artículo 10 "*contempla exclusivamente una relación fundada en el matrimonio*"<sup>127</sup>. Esta consideración implica la celebración de un matrimonio válido dentro de un Estado miembro, para que se pueda considerar a un individuo cónyuge de otro a la luz del Derecho comunitario, a lo que el Parlamento Europeo quiso añadir una puntualización para que no cupiera ninguna duda al respecto, en una Propuesta de Directiva<sup>128</sup>, sumando al contenido del Reglamento la consideración de "*el cónyuge, independientemente de su sexo, conforme a la correspondiente legislación nacional*".

#### 4.1.2.2 Figuras afines en algunos países: las parejas registradas

Si se observa el significado amplio de unión registrada, se entiende que es "*la convivencia de dos personas como pareja y el registro de esa situación ante una autoridad pública de su Estado de residencia*"<sup>129</sup>. Siguiendo el modelo del PACS francés, **Alemania** decidió, en 2001, regular la misma cuestión a través de *Eingetragene Lebenspartnerschaftsgesetz*, cuyo contenido es cercano al del matrimonio<sup>130</sup>. Dentro del DIPr alemán, el punto general de conexión en

---

<sup>125</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 138.

<sup>126</sup> Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:31968R1612> (Consulta: 12 de Noviembre de 2015).

<sup>127</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 140.

<sup>128</sup> Enmienda 14, de 23 de Enero de 2003, PE 319.238, Documento de sesión A5-0009/2003. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2003-0009+0+DOC+XML+V0//ES> (Consulta: 12 de Noviembre de 2015).

<sup>129</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 127.

<sup>130</sup>L. M. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, "En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo", *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Nº 2, 2007, p. 6.



el Derecho de familia es la nacionalidad, también para el matrimonio, algo que no sucede en la pareja registrada: la clave aquí es el lugar donde ésta se ha registrado<sup>131</sup>. Sin embargo, la norma de conflicto aplicable al matrimonio (la cual determina que hay que acudir al derecho del país cuya nacionalidad ostenten los cónyuges) no es de uso en caso de matrimonios entre personas del mismo sexo, puesto que en el Derecho alemán existe una figura similar, la pareja registrada, y no abogan por la equiparación de ambas instituciones<sup>132</sup>. Además, para constituir una pareja registrada en Alemania no es necesaria la residencia ni ostentar la nacionalidad alemana, puesto que la normativa aplica la *Lex Fori*<sup>133</sup> (Ley del país de registro y constitución de la pareja), por lo que cualquiera puede formalizarla.

También existe esta figura en **Austria, República Checa, Estonia, Malta, Hungría y Croacia**. Estos dos últimos países, a pesar de contar con las uniones registradas, no abren la puerta al matrimonio entre personas del mismo sexo ya que, constitucionalmente, está prohibido y sólo es accesible para unir a un hombre y una mujer. Estas uniones civiles no dan acceso a la adopción ni tampoco son equiparables en su totalidad al matrimonio, pues hay derechos que sólo atañen a éste y son disfrutados por las parejas heterosexuales que deciden establecer este vínculo. En **Chipre**, donde las relaciones entre personas del mismo sexo estuvieron penalizadas hasta 1998, se ha aprobado en Noviembre de 2015 una Ley sobre parejas de hecho, la cual incluye a parejas homosexuales y heterosexuales, excluyendo el derecho de adopción pero reconociendo otros como la seguridad social o la custodia de hijos, la obligación de pasar una pensión alimenticia en caso de separación o compartir bienes<sup>134</sup>. De forma reciente, se ha sumado a este grupo **Grecia**, país que ha aprobado las uniones civiles pero sin el derecho de adopción ni tampoco el de otorgamiento de custodia de los hijos de la pareja<sup>135</sup>.

---

<sup>131</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 167-168.

<sup>132</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 168.

<sup>133</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p.144.

<sup>134</sup>Información disponible en: <http://www.elconfidencial.com/ultima-hora-en-vivo/2015-11-26/el-parlamento-de-chipre-aprueba-la-ley-sobre-parejas-de-hecho-755916/> (Consulta: 28 de Noviembre de 2015).

<sup>135</sup> M. A. SÁNCHEZ-VALLEJO, *Grecia legaliza las uniones gais pese a la firme oposición de la Iglesia*, 23 de Diciembre de 2015. Disponible en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2015/12/22/actualidad/1450821386\\_657140.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2015/12/22/actualidad/1450821386_657140.html) (Consulta: 24 de Diciembre de 2015).

Cabe destacar, por último, el caso de **Eslovenia**, un país que aprobó ya en 2005 las uniones civiles, pero con demasiadas limitaciones en lo que a derechos se refería: excluía adopción, ser considerado miembro de la familia... El Tribunal Constitucional esloveno, en 2009, consideró que la ley que aprobaba estas uniones incurría en discriminación en tanto que había marcadas diferencias entre las parejas homosexuales y las heterosexuales. El poder legislativo se vio obligado a resolver la desigualdad y, tras seis años, ha sido en 2015 cuando ha regularizado el matrimonio igualitario, de tal forma que cualquier pareja, sin importar el sexo de los contrayentes, puede acceder a la institución, con los mismos derechos y obligaciones, incluyendo también la adopción<sup>136</sup>. Sin embargo, un referéndum convocado para consultar la cuestión a los ciudadanos eslovenos ha tenido una respuesta negativa por parte de éstos, lo cual implica que la Ley aprobada del matrimonio igualitario al principio de año no va a poder entrar en vigor<sup>137</sup>.

#### **4.1.3 Denegación del reconocimiento en algunos países de la UE de las parejas registradas y matrimonios válidamente celebrados en otros Estados miembros**

Existen diversos países en la Unión Europea cuyo ordenamiento jurídico no contempla regulación alguna sobre instituciones jurídicas abiertas a parejas del mismo sexo. Otros, en cambio, pueden regular alguna figura pero no con la suficiente entidad como para desplegar efectos jurídicos, ni tampoco con la relevancia necesaria para justificar el reconocimiento de instituciones de mayor amplitud. Hablamos, en primera instancia, de **Rumanía**, el cual no se ha pronunciado en su legislación sobre ningún aspecto. A pesar de ello, el gobierno rumano estudia blindar el concepto de matrimonio en su Constitución, tal y como sucede en otros países de la UE, que se comentarán después del caso italiano.

Por otro lado, podemos encontrarnos con países que, si bien tampoco contemplan ninguna figura jurídica en su ordenamiento para este caso, además han considerado necesario "blindar" el concepto de matrimonio constitucionalmente, y restringirlo a una unión entre hombre y mujer, lo cual sucede en **Polonia, Eslovaquia, Bulgaria** y

<sup>136</sup> Disponible en: <http://www.abc.es/sociedad/20150304/abci-eslovenia-matrimonio-homosexual-adopcion-201503040923.html> (Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

<sup>137</sup> M. R. SAHUQUILLO, *Eslovenia rechaza en referéndum el matrimonio homosexual*, 21 de Diciembre de 2015. Disponible en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2015/12/20/actualidad/1450648264\\_614707.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2015/12/20/actualidad/1450648264_614707.html) (Consulta: 24 de Diciembre de 2015).

**Letonia.** Para finalizar con esta lista de países, resulta chocante que dentro de la Unión Europea se encuadre el caso de **Lituania**, un Estado en el que no sólo se prohíbe constitucionalmente el matrimonio igualitario, sino en el que además existe una legislación que restringe la expresión y asociación para la comunidad LGTBI.

## 4.2 Regulación en otros Estados de la Comunidad Internacional

### 4.2.1 Países que permiten la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo u ofrecen la posibilidad de acceso a uniones diferentes a la del matrimonio

Para iniciar este apartado, es necesario comentar el caso de **Canadá**. Fue el primer país fuera de las fronteras de la UE en aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo, en Julio del 2005. Fue una cuestión curiosa teniendo en cuenta que la iniciativa legislativa partió del poder judicial, el cual consideró que exigir una diversidad de sexos para el derecho a contraer matrimonio no entraba dentro del contenido de la Carta de Derechos canadiense, *Charter of Rights*. De esta manera, el propio Tribunal Constitucional de Canadá, sin entrar en la constitucionalidad de una ley que permitiera el matrimonio entre personas del mismo sexo, avaló el contenido de la normativa sin entrar en debates constitucionales<sup>138</sup>.

Algo similar ocurrió en **Sudáfrica**, cuando desde el poder judicial, en 2004, se interpretó ampliamente el *Common Law* y, en la sentencia *Fourie v. Minister of Home Affairs*, el órgano superior en el ámbito civil declaró que en la definición de matrimonio no había nada que impidiera incluir a las parejas del mismo sexo<sup>139</sup>. Este contenido fue confirmado después por el Tribunal Constitucional, en 2005, y se instó al Parlamento sudafricano a modificar la regulación, que lo hizo a través de la reformada *Civil Union Act* en el año 2006.

**Noruega**, que fue uno de los primeros países en regular uniones civiles para parejas del mismo sexo, pasó a aprobar el matrimonio igualitario en 2009, incluso permitiendo la celebración por medio de la Iglesia Luterana estatal, que no iba a estar obligada por la reforma normativa, sino que dejaba en manos de cada órgano de nombramiento

---

<sup>138</sup>L. M. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, "En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo", *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Nº 2, 2007, p. 3.

<sup>139</sup>L. M. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, "En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo", *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Nº 2, 2007, p. 5.

la decisión de celebrarlas o no<sup>140</sup>. **Islandia** y **Argentina** fueron los dos países que aprobaron el matrimonio en 2010: en el primer caso, se permitió en una votación unánime y la reforma derogaba la normativa sobre uniones civiles de 1996, y su Iglesia Luterana estatal, como en el caso anterior, puede decidir si celebrarlos o no<sup>141</sup>; en el segundo caso, hablamos de un país cuya capital – Buenos Aires- ya regulaba el matrimonio entre personas del mismo sexo con anterioridad, y pasa después a ser de ámbito nacional la regulación que otorga derechos equivalentes a parejas homosexuales y heterosexuales<sup>142</sup>. Merece la pena profundizar algo más en el caso argentino, el cual se presentó como *amicus curiae* (más concretamente se comentan sus antecedentes con informes de la Federación Argentina LGBT y el Centro de Estudios Legales y Sociales, así como su Ley 26.618 de Matrimonio Civil) ante la Corte de Estados Unidos para conseguir allí la aprobación (país que se comenta a continuación), y además fue el primero en Latinoamérica en aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>143</sup>. Este país modificó su Código Civil consiguiendo un artículo redactado para el matrimonio de la siguiente forma: “Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”<sup>144</sup>. Así, esta redacción se convertía en un referente para todos los países sudamericanos y lo sería también para Estados Unidos.

Igual que sucedió con Canadá y Sudáfrica, la iniciativa judicial fue la encargada de conseguir la aprobación del matrimonio para parejas homosexuales en **Brasil** en mayo de 2013<sup>145</sup>. En **Nueva Zelanda**,

---

<sup>140</sup> Información disponible en: [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2008/06/12/actualidad/1213221613\\_850215.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2008/06/12/actualidad/1213221613_850215.html) (Consulta: 21 de Noviembre).

<sup>141</sup> Información disponible en: <http://www.abc.es/20100611/internacional/matrimonio-homosexual-201006111757.html> (Consulta: 21 de Noviembre de 2015).

<sup>142</sup> Información disponible en: [http://www.bbc.com/mundo/america\\_latina/2010/07/100715\\_senado\\_argentina\\_matrimonio\\_homosexual\\_jueves\\_rg.shtml](http://www.bbc.com/mundo/america_latina/2010/07/100715_senado_argentina_matrimonio_homosexual_jueves_rg.shtml) (Consulta: 21 de Noviembre de 2015).

<sup>143</sup> M. BELGRANO RAWSON, “Ley de matrimonio igualitario y aborto en Argentina: notas sobre una revolución incompleta”, *Revista de Estudios Feministas*, Vol. 20, Nº1, 2012.

<sup>144</sup> Artículo 402 del Código Civil y Comercial unificado de la Nación de Argentina. Disponible en: <http://www.notarfor.com.ar/codigo-civil-comercial-unificado/> (Consulta: 14 de junio de 2016).

<sup>145</sup> J. ARIAS, *Brasil legaliza el matrimonio homosexual por la vía judicial*, Mayo de 2013. Disponible en: [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/05/14/actualidad/1368546045\\_328434.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/05/14/actualidad/1368546045_328434.html) (Consulta: 21 de Noviembre de 2015).

donde ya se habían reconocido las uniones civiles a parejas del mismo sexo en 2005, en Agosto de 2013 entró en vigor la norma que establecía el matrimonio igualitario<sup>146</sup>, convirtiéndose en el primer país de Oceanía en aprobarlo.

Asimismo, **Uruguay** reconocía desde 2007 ciertos efectos a las uniones que hayan tenido una duración superior a cinco años. En su normativa, se define el concepto de unión como *"la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas- cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual- que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí y que no resulta alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales 1º, 2º, 4º y 5º del art. 9.1 del código civil"*, estos impedimentos referidos a la edad, el consentimiento y parentesco<sup>147</sup>. En Mayo de 2013, bajo la presidencia de José Mujica, la institución matrimonial se abría en este país también a parejas del mismo sexo, reformando su normativa y señalando que el matrimonio *"implicará la unión de dos contrayentes, cualquiera sea la identidad de género u orientación sexual de éstos, en los mismos términos, con iguales efectos y formas de disolución que establece hasta el presente el Código Civil"*<sup>148</sup>.

Mención especial merece **Estados Unidos** por su repercusión internacional a la hora de tomar decisiones que afectan a los derechos de las personas, de tal modo que se debe profundizar en los pasos que ha seguido hasta llegar a establecerse para todos los estados federales, en el verano del 2015, tras muchos años de controversia al respecto entre las distintas normativas federales. El Estado de Massachusetts lo aprobó en 2003, y desde entonces lo hicieron varios Estados siguiendo su ejemplo, pero había otros que no sólo se negaban a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo, sino que tampoco querían reconocer los que válidamente se habían instruido en otros Estados federales. Hasta el año 2014, todavía había muchos de ellos (14 estados) donde no estaba permitido el matrimonio para los

---

146

Disponible

en:

<http://www.elmundo.es/elmundo/2013/08/19/internacional/1376895876.html>

(Consulta: 21 de Noviembre de 2015).

<sup>147</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 166.

148

Información

disponible

en:

[http://www.bbc.com/mundo/ultimas\\_noticias/2013/08/130804\\_ultnot\\_uruguay\\_inician\\_matrimonios\\_homosexuales\\_jrg](http://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2013/08/130804_ultnot_uruguay_inician_matrimonios_homosexuales_jrg) (Consulta: 21 de Noviembre de 2015).

homosexuales<sup>149</sup>, pero, sin embargo, la opinión pública había cambiado bastante más que las legislaciones: cada vez había más gente a favor y menos en contra<sup>150</sup>. Si se acude al contenido de la propia resolución que lo autoriza en todo el país<sup>151</sup>, se puede ver que cada Estado está obligado a expedir la licencia matrimonial a una pareja del mismo sexo por el contenido de la decimocuarta enmienda de su Constitución (relativa a la igualdad), lo cual se sostiene a través de su argumento "*The fundamental liberties protected by the Fourteenth Amendment's Due Process Clause extend to certain personal choices central to individual dignity and autonomy, including intimate choices defining personal identity and beliefs*"<sup>152</sup>. Por eso, la Corte Suprema falló a favor del matrimonio igualitario con 5 votos a favor frente a 4 en contra<sup>153</sup>. A propósito de esta sentencia, el magistrado Anthony Kennedy, quien la redactó, afirmó que "*el deseo de estas parejas no es que les condenen a vivir excluidos de una de las instituciones más antiguas de la civilización. Exigen la igualdad de derechos ante la ley. Y la Constitución les concede ese derecho*", declarándolo constitucional, y con respecto a sus hijos que "*muchas parejas homosexuales han proporcionado el cariño y la protección de un hogar a sus hijos, ya sean biológicos o adoptados. Sin el reconocimiento y la estabilidad que ofrece el matrimonio, esos niños sufren el estigma de saber que sus familias son de alguna manera inferiores. Las leyes vigentes a este respecto dañan y humillan a los niños de parejas del mismo sexo*"<sup>154</sup>. Esta normativa es

---

<sup>149</sup> Tal y como puede verse en el siguiente mapa: <http://www.pewforum.org/2015/06/26/same-sex-marriage-state-by-state/> (Consulta: 13 de junio de 2016).

<sup>150</sup> Así se muestra en el primer gráfico que se ofrece en: <http://www.pewforum.org/2016/05/12/changing-attitudes-on-gay-marriage/> (Consulta: 13 de junio de 2016).

<sup>151</sup> Vid. a este respecto Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos No. 14-556. Caso Obergefell et al. *contra* Hodges, director, Ohio department of health, et al. 26 de junio de 2015.

<sup>152</sup> Lo que traducido significa: "las libertades fundamentales protegidas por la cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda se extienden a elecciones personales centrales de dignidad y autonomía, incluyendo las opciones íntimas que definen la identidad personal y las creencias".

<sup>153</sup> D. FRANCIS, *Supreme Court ruling allowing same-sex marriage puts the U.S. in line with international peers*, 26 de Junio de 2015. Disponible en: <http://foreignpolicy.com/2015/06/26/supreme-court-ruling-allowing-same-sex-marriage-puts-the-u-s-in-line-with-international-peers/> (Consulta: 27 de Noviembre de 2015).

<sup>154</sup> C. FERNÁNDEZ PEREDA, *Las frases de la sentencia del Tribunal Supremo a favor del matrimonio gay*, 26 de Junio de 2015. Disponible en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2015/06/26/actualidad/1435337879\\_639619.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2015/06/26/actualidad/1435337879_639619.html) (Consulta: 27 de Noviembre de 2015).



de aplicación en **Puerto Rico** que, aunque es un Estado libre y cuenta con el autogobierno, es un territorio no incorporado de Estados Unidos y, por ello, adapta la legislación que éste aprueba.

El último país hasta el momento en aprobarlo ha sido **Colombia** que, en abril de 2016, ha sacado adelante la regulación con el voto favorable de seis magistrados frente a tres en contra, y donde la adopción ha sido un tema controvertido<sup>155</sup>.

**México D.F.**, a partir de 2010, estableció en el artículo 146 de su Código Civil que “*el matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código*”<sup>156</sup>. Algún otro distrito ha seguido sus pasos y lo contempla, y algún otro regula las parejas de hecho. En el resto del país se deben reconocer los matrimonios celebrados en los estados que lo permiten y buena parte del poder judicial se posiciona a favor de la regulación, ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, en Agosto de 2010, que la reforma realizada por la capital mexicana no era inconstitucional y, por ello, debían reconocerse en las demás entidades federativas todos los actos del estado civil<sup>157</sup>.

En **Suiza**, la *Loi sur le partenariat*, vigente desde 2007, añadió a su DIPr un precepto en el artículo 45 de la Ley Federal que disponía que los matrimonios entre personas del mismo sexo que se estableciesen en territorio extranjero serían reconocidos en Suiza como “*partenariat enregistré*”<sup>158</sup>. Así, la pareja registrada se configura como la única institución accesible para parejas del mismo sexo, bien formen parte de una pareja registrada –constituida dentro o fuera de Suiza–, bien hayan celebrado en el extranjero un matrimonio. Además, el Estado suizo se

---

<sup>155</sup> J. FAJARDO, *Colombia aprueba el matrimonio homosexual*, 7 de Abril de 2016. Disponible en: <http://www.elmundo.es/sociedad/2016/04/07/5706c748268e3ea82c8b45a2.html> (Consulta: 14 de Abril de 2016).

<sup>156</sup> E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Los matrimonios homosexuales en el Distrito Federal. Algunas consideraciones en torno a la reforma a los Código Civil y de Procedimientos Civiles, *Revista Jurídica: Boletín Mexicano de Derecho comparado*. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/128/el/el12.htm> (Consulta: 23 de Noviembre de 2015).

<sup>157</sup>A. DÍAZ SAN VICENTE, *Crónicas del Pleno y de las Salas: reforma a los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal. Reformas que facultan el matrimonio entre personas del mismo sexo y su derecho a la adopción de menores en el D.F.*, 2010, p.3. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/Cronicas/Sinopsis%20Pleno/TP-160810-SAVH-02.pdf> (Consulta: 23 de Noviembre de 2015).

<sup>158</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 168-169.

plantea si "blindar" su concepto de matrimonio en la Constitución y limitarlo sólo a personas de diferente sexo<sup>159</sup>.

**Ecuador**, aun reservando el matrimonio a la unión de hombre y mujer, contempla la figura de uniones estables para que accedan parejas del mismo sexo, con los mismos efectos que el matrimonio excepto el derecho de adopción<sup>160</sup>. **Chile** también se une a los países latinoamericanos con uniones civiles en el año 2015, pese a contar con normativa que establece el reconocimiento de matrimonios entre hombre y mujer celebrados en el extranjero, pero no entre personas del mismo sexo, vigente desde 2004<sup>161</sup>. Mérida, de Venezuela, también regula las parejas de hecho; y **Costa Rica** desde 2015, pese a que no contemple el matrimonio entre personas del mismo sexo, ya que, según afirmó su Tribunal Constitucional en 2006, la diversidad de sexos es un requisito que no vulnera el principio de igualdad ante la ley ni el de autonomía de la voluntad<sup>162</sup>. En **Australia**, la mitad oeste del país reconoce las parejas "de facto" no registrables, y la otra mitad reconoce la unión registrada.

En Asia, destaca **Taiwán**, que permite el registro civil a parejas del mismo sexo en algunas zonas del país y que, a marzo de 2016, está avanzando para que haya un cambio de normativa que también permita el matrimonio en todo el Estado<sup>163</sup>.

Por último, un caso curioso es el de **Israel**. Pese a no permitir en su normativa el matrimonio entre personas del mismo sexo en su territorio, no fue suficiente para impedir el acceso a su Registro Civil a varios matrimonios entre varones que los habían celebrado en Canadá, algo que se admitió desde su Tribunal Supremo y les otorgaban, así, tanto ciertos derechos sucesorios como el de adoptar a los hijos del otro cónyuge<sup>164</sup>.

---

<sup>159</sup> Información disponible en: <http://www.cristianosgays.com/tags/hungria/> (Consulta: 19 de Noviembre de 2015).

<sup>160</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 163.

<sup>161</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 163.

<sup>162</sup>L. M. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, "En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo", *InDret: Revista para el análisis del derecho*, N° 2, 2007, p. 5.

<sup>163</sup> D. GARCÍA, *Taiwán avanza hacia el matrimonio homosexual*, 15 de Marzo de 2016. Disponible en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2016/03/15/actualidad/1458045401\\_967144.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/03/15/actualidad/1458045401_967144.html) (Consulta: 14 de Abril de 2016).

<sup>164</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 167.



## 4.2.2 Restricciones a las relaciones entre personas del mismo sexo

### 4.2.2.1 Práctica no regulada o restringida

En aquellos países en los que no hay regulación jurídica para las relaciones entre personas del mismo sexo, podemos encontrarnos con dos situaciones: bien que el Estado proteja los derechos del individuo proclamando que no cabe la discriminación por razón de orientación sexual, pero no abriendo instituciones jurídicas a estas parejas; o bien que el Estado no se haya pronunciado al respecto, y no favorezca ni limite estos vínculos. Existe una tercera postura, en la que no se criminaliza directamente las relaciones homosexuales pero se limita su práctica y difusión.

No existe ninguna regulación de figuras jurídicas a las que puedan acceder parejas homosexuales en Europa en: **Bosnia, Macedonia, Albania, Bielorrusia, Azerbaiyán**; además, **Ucrania, Serbia, Montenegro y Moldavia** prohíben constitucionalmente el matrimonio igualitario. La ausencia de regulación también se da en países que no se han pronunciado al respecto, como **Armenia, Georgia, Turquía, Mongolia, China, India, Japón, Timor Oriental, Filipinas, Camboya, Vietnam, Tailandia, Laos**, algunas zonas de **Singapur, Taiwán, Kirguistán y Tayikistán, Corea del Norte y Corea del Sur**, en Asia; **República Dominicana, Bolivia, Paraguay, Perú, Surinam, Venezuela y Cuba**, en América; **Benín, Costa de Marfil, República centroafricana, República del Congo, Mali, Santo Tomé y Príncipe, Yibuti, Burkina Faso, Chad, Guinea ecuatorial, Gabón, Madagascar y Níger**, en África; **Indonesia** (excepto Aceh y Sumatra meridional, donde hay represión policial), en Oceanía.

No hay que olvidar que en la mayoría de países asiáticos y africanos citados anteriormente, aunque no penalicen jurídicamente las relaciones homosexuales, no cuentan con una aceptación social de las mismas. **Nicaragua y Panamá** tampoco contemplan normativamente figuras legales, pero desde 2008, al menos, las relaciones homosexuales fueron despenalizadas en sus ordenamientos jurídicos<sup>165</sup>. Por su parte **Honduras**, desde 2005, añadió a su DIPr disposiciones que establecían el no reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero<sup>166</sup>. **Mozambique**, que tampoco contempla

---

<sup>165</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 164.

<sup>166</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 163.

instituciones jurídicas, destaca por haber despenalizado, en Junio de 2015, las relaciones homosexuales, además de prohibir la persecución al colectivo, convirtiéndose en uno de los primeros países africanos en despenalizarlas y en mostrarse a favor de la protección de derechos de los homosexuales<sup>167</sup>. **Nepal**, que tampoco ofrece ninguna regulación en este momento, también parece avanzar y su poder legislativo ha planteado la cuestión de aprobar o no el matrimonio para personas del mismo sexo<sup>168</sup>.

También existen otros países que, sin regular jurídicamente las relaciones entre personas del mismo sexo y aunque no impongan una pena específica por esta condición, sí que muestran una postura contraria a que ésta se desarrolle con naturalidad en el seno de la sociedad que habita en su territorio. Muy sonado, para Europa, el caso de **Rusia**. En el año 2013 decidió instaurar una ley llamada "anti-propaganda homosexual" en la que se prohibía hacer declaraciones en público de la pluralidad sexual en el país. Algo parecido se ha desarrollado en **Kazajistán**, donde a principios de 2015 se elaboró una Ley de Protección de Infancia, en la cual se prohíbe hacer propaganda de "la orientación sexual no tradicional" –tal y como aparece en la Ley– y los medios de comunicación que quieran emitir información sobre la homosexualidad, deben registrarse ante las autoridades estatales. Murat Akhmadiyev, diputado de Kazajistán, afirmó al respecto que *"idealmente, no debería siquiera haber cualquier discusión al respecto, ya que la homosexualidad es un comportamiento claramente inaceptable. Siempre hemos dicho que nuestro país es diferente, no como en Europa"*<sup>169</sup>.

**Guatemala**, por ejemplo, que despenalizó la homosexualidad en 1871, es un país donde el colectivo LGTB sigue sufriendo violencia<sup>170</sup>. Por otro lado, en la **República Democrática del Congo**, donde no existe una regulación expresa sobre criminalización de relaciones

---

<sup>167</sup> C. VALDEHÍTA, *Mozambique despenaliza la homosexualidad*, 29 de Junio de 2015. Disponible en: <http://www.elmundo.es/internacional/2015/06/29/55914a8422601d634e8b4588.html> (Consulta: 24 de Noviembre de 2015).

<sup>168</sup> G. SHARMA, *Nepal's push for gay marriage gives hope to other minorities*, 17 de Febrero de 2015. Disponible en: <http://www.huffingtonpost.com/2015/02/17/nepal-same-sex-marriage-n-6697210.html> (Consulta: 25 de Noviembre de 2015).

<sup>169</sup> C. GARCÍA HERVÁS, *Kazajistán: nueva Ley para prohibir la propaganda LGTB*, 6 de Mayo de 2015. Disponible en: <http://www.unitedexplanations.org/2015/05/06/kazajistan-atenta-contra-los-derechos-humanos-de-los-homosexuales/#> (Consulta: 24 de Noviembre de 2015).

<sup>170</sup> Información disponible en: <http://www.cristianosgays.com/2015/10/29/jimmy-morales-el-humorista-y-teologo-evangelista-antigay-que-gobernara-guatemala/> (Consulta: 24 de Noviembre de 2015).

homosexuales, sí que se asocian a la indecencia pública. En 2013 quiso redactarse una "Ley Anti-LGTB", de tinte similar a la que opera en Uganda, que al final no salió adelante<sup>171</sup>.

#### 4.2.2.2 Pena de prisión o cadena perpetua

Existen numerosos ordenamientos donde la manifestación de actos homosexuales es un delito. Por ello, muchos Estados contemplan la pena de prisión para tal delito, e incluso puede llegar a tener tal entidad como para ser castigado con cadena perpetua. La mayoría de los países donde existe dicha regulación, por lo general, pertenecen a África y a Asia, donde por motivos histórico-culturales y también religiosos, generalmente provenientes del islam, no se conciben las relaciones entre personas del mismo sexo. De este modo, la homosexualidad está penada en todos los países árabes excepto en **Jordania**<sup>172</sup>.

Así, se va a aplicar la pena de cárcel en: **Uzbekistán, Turkmenistán**, algunas zonas de **Singapur** y **Kuwait**, en Asia; **Marruecos** (y **Sahara occidental**), **Argelia, Túnez, Libia, Egipto, Eritrea, Ghana**, el sur de **Nigeria**, algunas regiones de **Somalia, Zimbabue, Etiopía, Togo, Sudán del sur** y **Zambia**, en África; **Jamaica** (prohibido solamente para los hombres con penas de hasta 10 años) y **Trinidad y Tobago, Belice** (desde 2003, y donde no están prohibidas en caso de ser mujeres y ninguna extranjera), **Antigua y Barbuda, Barbados, Dominica, Granada, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas** y **Santa Lucía**, en América; **Islas Cook, Islas Salomón, Kiribati, Nauru, Papúa Nueva Guinea, Samoa, Tonga, Tuvalu**, en Oceanía.<sup>173</sup> Los países donde existe cadena perpetua son: **Pakistán, Myanmar** y **Bangladesh**, en Asia; **Sierra Leona, Uganda, Tanzania**, en África; **Guyana**, en América.

Por último existen una serie de países donde su normativa penaliza con la cárcel pero después no suele aplicarse: **Omán, Bután**,

<sup>171</sup> M. GARCÍA, *Activismo y realidades LGTB africanas: República Democrática del Congo*, Julio de 2015. Disponible en: <http://africagbt.org/index.php/es/república-democrática-del-congo> (Consulta: 24 de Noviembre de 2015).

<sup>172</sup> L. FERNÁNDEZ-PALOMO, *Homosexuales en Oriente Medio*, 23 de Noviembre de 2015. Disponible en: [http://www.elconfidencial.com/mundo/2015-11-23/gay-arabe-y-combativo-ahora-han-descubierto-que-existimos\\_1076418/](http://www.elconfidencial.com/mundo/2015-11-23/gay-arabe-y-combativo-ahora-han-descubierto-que-existimos_1076418/) (Consulta: 24 de Noviembre de 2015).

<sup>173</sup> CALIBAN, *Las relaciones homosexuales aún siguen penadas en 79 países y territorios de todo el mundo*, 26 de Mayo de 2015. Disponible en: <http://www.dosmanzanas.com/2015/05/las-relaciones-homosexuales-aun-siguen-penadas-en-79-paises-y-territorios-de-todo-el-mundo.html> (Consulta: 24 de Noviembre de 2015).

**Maldivas, Sri Lanka, Líbano**, en Asia; **Botsuana, Namibia, Malawi y Angola**, en África.

#### 4.2.2.3 Pena de muerte

Lamentablemente, y lo es en tanto que afecta a un derecho humano y fundamental tan esencial como es el derecho a la vida, hoy en día existen varios países que contemplan la pena de muerte para las relaciones entre personas del mismo sexo. De un lado, se encuentran aquellos países musulmanes que clásicamente las han castigado: **Arabia Saudí, Irán, Yemen, Mauritania y Sudán**, así como ciertas zonas de **Somalia y Nigeria** (en el norte). Además, se puede considerar también en este sentido a **Irak**, que aunque no se regule la pena de muerte, en la práctica existe personal dentro del país que la aplica, ya sea de la Administración Pública (como algunos jueces) o civiles, como algunas milicias<sup>174</sup>. Por último, citar a **Emiratos Árabes Unidos**, que, pese a su ambigüedad y tras controvertidas traducciones del árabe, la mayoría apuesta porque se equipara en su Código Penal Federal, en el artículo 354, al individuo responsable de cometer una violación de una mujer con aquel que practique sodomía con un hombre, siendo castigado en ambos casos con la pena de muerte<sup>175</sup>.

De otro lado, se hallan esos países cuya normativa contempla la pena de muerte pero realmente no la ejecutan después, como son **Afganistán, Pakistán y Catar**. Se une **Brunéi**, que en 2016 incluye en su regulación la lapidación para las relaciones entre personas del mismo sexo, pero con suerte podría seguir la evolución de los anteriores y no lo aplica.

## 5. ALTERNATIVAS PARA EVITAR LA ALTERACIÓN DEL ESTATUS EN EL ESPACIO

Después de analizar las diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos de todos los Estados, conviene reseñar los métodos para la resolución de la disyuntiva que pudiera existir entre ellos, de forma que no los haga incompatibles y se protejan las instituciones establecidas

---

<sup>174</sup> E. DE BENITO, *Dieciséis países despenalizan la homosexualidad en nueve años*. Mayo de 2015. Disponible en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2015/05/15/actualidad/1431699610\\_221573.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2015/05/15/actualidad/1431699610_221573.html) (Consulta: 9 de Noviembre de 2015).

<sup>175</sup> Información obtenida a través de International Lesbian and Gay Association (ILGA). Disponible en: <http://ilga.org/country/united-arab-emirates/law/> (Consulta: 20 de Noviembre de 2015).

por los ciudadanos, así como que se garanticen sus derechos. Estas herramientas, en general, van a encontrar mayor sentido de uso dentro de la UE, por tratarse de una comunidad con normativa común, además de contar con ordenamientos jurídicos que establecen una regulación similar en la mayoría de ámbitos.

## 5.1 Reconocimiento mutuo

Es un mecanismo de origen jurisprudencial y su funcionamiento se puede definir como *“todo producto o servicio que cumpla los requisitos establecidos por el Derecho del Estado miembro del que es originario debe poder ser comercializado en cualquier otro Estado miembro siempre que la legislación del primer Estado garantice un nivel de protección equivalente al ofrecido por la ley del Estado de destino”*<sup>176</sup>. Como puede verse, se trata de un principio establecido en aras de favorecer la efectividad de la libre circulación de mercancías en la UE, el cual también puede servir de apoyo en lo que al derecho de familia se refiere, también como apoyo al derecho de libre circulación de personas y trabajadores. Aunque no fuera un caso sobre parejas del mismo sexo, el TJCE también se pronunció a propósito del reconocimiento del Estado civil de las personas dentro de la UE, resolviendo que *“las instituciones nacionales competentes en materia de Seguridad Social y los órganos jurisdiccionales nacionales de un Estado miembro están obligados a respetar las certificaciones y documentos análogos relativos al estado civil de las personas que emanen de las autoridades competentes de los demás Estados miembros, a menos que existan indicios concretos, referidos al caso de que se trate, que hagan dudar seriamente de su exactitud”*<sup>177</sup>.

Tomando como referencia el respeto a los derechos fundamentales, este instrumento también podría ser utilizado por los distintos países<sup>178</sup>, no sólo en el seno de la UE, pues aunque no exista el derecho a la libre circulación por todos los países del mundo, sí existe el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

## 5.2 Transposición automática

---

<sup>176</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 172.

<sup>177</sup>*Vid.* a este respecto: Sentencia de TJCE 1997\251. Caso Eftalia Dafeki contra Landesversicherungsanstalt Württemberg. 2 de Diciembre de 1997.

<sup>178</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 174.

Otra herramienta que sirve para garantizar la continuidad de las instituciones jurídicas en el espacio es la transposición automática. Su funcionamiento, relativamente frecuente en Derecho comparado, consiste en la confianza que mantiene un Estado con respecto a otro de reconocer una situación jurídica, la cual se presume válida, aunque ambos no cuenten con una normativa equivalente. Como se ha visto a lo largo de esta investigación, no hay una uniformidad en el Derecho de familia de la UE, mucho menos en lo que atañe a las parejas del mismo sexo, pese a contar con normativa que intenta solventar controversias en el ámbito comunitario, tales como el Reglamento 2201/2003<sup>179</sup>. Resulta complicado, así, que exista en la UE esta transposición automática como instrumento jurídico que resuelva las divergencias entre ordenamientos de los Estados miembros, debido a que es necesario el establecimiento de un sistema de principios comunes<sup>180</sup>. A pesar de la inexistencia de dicho sistema, sí que es posible identificar algunos, como base de un Estado democrático y de Derecho, como se definen los que forman parte de la UE, y los cuales comparten normativa en lo referente a derechos humanos, declarados, por ejemplo, en el CEDH o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>181</sup>. Además, ello es reforzado por la jurisprudencia del TJCE, el cual afirmó que *“sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales están en condiciones de proporcionar una protección equivalente y efectiva de los derechos fundamentales, reconocidos en el ámbito de la Unión, en especial, en la Carta de Derechos Fundamentales”*<sup>182</sup>.

Por lo tanto, ello debería servir para establecer un camino hacia la constitución de un sistema de principios comunes, a través de la cual se pudiera trabajar con la transposición automática, para evitar que se alterasen las instituciones jurídicas al viajar de un Estado a otro, sin olvidar que el contenido del Reglamento 2201/2003 dispone que *“el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un*

---

<sup>179</sup> 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) Nº 1347/2000. Disponible en: <http://www.boe.es/doue/2003/338/L00001-00029.pdf> (Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

<sup>180</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 176.

<sup>181</sup> Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf) (Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

<sup>182</sup>*Vid.* a este respecto: Sentencia de TJCE 2010\410. Caso Joseba Andoni Aguirre Zarraga contra Simone Pelz. 22 de Diciembre de 2010.

*Estado miembro deben basarse en el principio de confianza mutua, y los motivos del no reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario”.*

### **5.3 Aplicación del Orden Público Internacional de forma atenuada**

Es un mecanismo que busca la coherencia entre el vínculo existente con el Estado de acogida y el objetivo que se pretende alcanzar con el reconocimiento de la relación jurídica. Si se acepta esta tesis en un tercer Estado, que no regula el matrimonio entre personas del mismo sexo ni figuras análogas, no verá afectado su Orden Público Internacional, en tanto que admita el reconocimiento de “efectos periféricos”<sup>183</sup>, es decir, aunque no reconozcan como tal la institución, impidiendo su registro, se puede lograr que las partes implicadas sigan manteniendo una serie de derechos y obligaciones entre sí, conservando así la continuidad espacial de las situaciones privadas internacionales<sup>184</sup>.

Se trata de una técnica utilizada con respecto a los matrimonios poligámicos, para que la primera mujer no sea la única que goce de los derechos que otorga la institución. Si es posible reconocer efectos periféricos en el seno de la UE, teniendo en cuenta que la poligamia transgrede principios fundamentales de la legislación de los Estados miembros – como la igualdad entre hombres y mujeres, matrimonio monogámico...-<sup>185</sup>, resulta aún más coherente aplicar este argumento para los matrimonios entre personas del mismo sexo, el cual no los conculca y además existe normativa común sobre no discriminación por razón de orientación sexual.

### **5.4 Elaboración de normas de conflicto que respeten el derecho a la libre circulación**

Este mecanismo se concibe como la última solución para resolver el problema de la continuidad en el espacio de las relaciones jurídicas, el cual persigue dos objetivos: la integración de normativas y la unidad en la futura elaboración de normas<sup>186</sup>. Además de que para el ciudadano se

---

<sup>183</sup>A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho Internacional Privado y matrimonios entre personas del mismo sexo, *Anales de derecho*, Universidad de Murcia, Nº 23, 2 de Julio de 2006, p. 69.

<sup>184</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 179.

<sup>185</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 186.

<sup>186</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 188.

conserva intacto su derecho a la libre circulación (algo muy relevante en el plano de circulación de trabajadores), también es una apuesta por el mantenimiento de la cultura del país de la UE. La problemática surge teniendo en cuenta que dentro del Derecho matrimonial la nacionalidad de los cónyuges suele ser el nexo formal, mientras que en algunos casos la residencia habitual es el vínculo más estrecho y menos discriminatorio<sup>187</sup>, sin perjuicio de que a veces también suponga un desconocimiento de la institución por parte del Estado miembro que debe celebrarla.

Para finalizar, es importante en este punto destacar el principio de la autonomía de la voluntad, a través del cual las partes son las encargadas de elegir la Ley aplicable en algún ámbito de la relación, lo cual refuerza este mecanismo, ya que además es más factible que las partes conyugales elijan una legislación que se halle más vinculada con su caso y las condiciones de la institución que buscan establecer. No hay que olvidar tampoco la legislación del Estado donde se registró la unión, puesto que si las partes decidieron ese lugar para constituir la, también sería porque su normativa se ajustaba mejor a su situación, lo que no es óbice para exigir un periodo de residencia previo (al menos para uno de los cónyuges) con el fin de evitar el fraude institucional<sup>188</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

España ha sido uno de los primeros países en reconocer derechos a las parejas homosexuales, abriendo, sin restricción alguna, la institución matrimonial para éstas desplegando todos los efectos jurídicos, independientemente del sexo de los contrayentes. Todo ello, además, lo ha elaborado sin contar con una regulación anterior al respecto, por lo que ha pasado de poseer una normativa carente de preceptos que protegieran los derechos de las parejas del mismo sexo a regular el matrimonio. Por ello, sería recomendable crear otras figuras jurídicas desde el Derecho estatal, e incluyendo también a parejas de distinto sexo, para construir leyes uniformes en el país en materia, por ejemplo, de parejas de hecho, en aras de proteger todos los modelos familiares existentes, y no sólo el matrimonial.

Cuando un Estado se declara como social, democrático y de Derecho, debe velar por la protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, así como que sus derechos civiles y libertades sean también

---

<sup>187</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 189.

<sup>188</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 190.



efectivos. Si, además, ese Estado se agrupa en una Comunidad donde todos se declaran así también, y donde todos sus ciudadanos tienen derecho a circular libremente por los países de la Unión, resulta paradójico que su situación jurídica varíe en función del contexto espacial en el que se hallen. Sería de justicia, por tanto, pedir a todos los países de la UE que se legisle en términos de igualdad, bien bajo el término de matrimonio o bien bajo cualquier otro, una figura jurídica de la cual se deriven los mismos efectos para todas las parejas que la establezcan, siendo indiferente el sexo de los individuos que la conformen, ya que el principio de no discriminación también opera en referencia a la orientación sexual según se ha reconocido en la normativa de la UE.

Por otra parte, existen países donde estas relaciones están reguladas como delitos, con una punibilidad desde la prisión hasta la pena de muerte. No es exigible, a la luz del Derecho Internacional, a todos los Estados que aboguen por la regulación de figuras que desplieguen efectos jurídicos para parejas del mismo sexo, pero ello no implica tampoco que se deba permitir, en ningún caso, la violación de derechos humanos reconocidos a todas las personas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y menos uno tan fundamental como es el derecho a la vida, o en última instancia a la libertad. Esto significa que desde aquellas instituciones internacionales con capacidad legal, como la ONU, se debería trabajar para que los países de todo el mundo se sitúen en pro de la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, como garantía de hacerlos efectivos, y que todo ser humano goce, siempre que no invada derechos y libertades ajenos, de una plena seguridad para el libre desarrollo de su personalidad. La comunidad internacional debe velar por la protección de los derechos humanos, y luchar contra aquellos Estados, o personal que actúe en su representación, que arbitrariamente decidan violarlos con base en un contenido normativo que no ostenta ninguna justificación legal para dar sentido a su enfoque. Tanto es así que Ban Ki Moon, secretario general de la ONU, declaró, el 27 de Junio de 2015, que la aprobación en Estados Unidos del matrimonio entre personas del mismo sexo era un "*paso enorme*" para el país en lo referente a Derechos Humanos.

Del mismo modo, cabe mencionar que el derecho a contraer matrimonio no se encuentra aislado de otros, de forma que al denegarle a una persona el acceso a él por motivo de su orientación sexual, se le están negando otros derechos humanos tales como la igualdad y no discriminación, el derecho a la libertad y al libre desarrollo de su personalidad, derecho a la libertad de expresión... No resulta concebible, por tanto, que se produzca tal restricción de derechos sin una

argumentación proporcionada y motivada, porque, desde luego, no es suficiente el hecho de que la institución matrimonial haya sido el medio tradicional para formar una familia entre un hombre y una mujer, teniendo en cuenta que la posibilidad de que las personas homosexuales se casen no supone una obstrucción a la familia, ni obliga a otros a casarse con los de su mismo sexo ni a no casarse, por lo que no se está alterando ningún derecho fundamental de terceros, ni modificando sus garantías. En todo caso, se están fortaleciendo dichos derechos al ser reconocidos a un número más amplio de personas.

Por último, y en relación con lo expuesto anteriormente, cabe destacar que el matrimonio es una institución que compromete sólo a las dos personas que deciden, voluntariamente y prestando su consentimiento, contraerlo y por el cual establecen derechos y obligaciones entre ellas, gozando de una protección más especial por parte del Estado. Este compromiso entre dos personas no supone una invasión de libertades ni restricción de derechos ajenos. Por ello, no existe una justificación legal ni moral ni científica que permita a los países privar a sus ciudadanos de poder acceder a una figura jurídica, denominada matrimonio o de cualquier otra manera, la cual pueda amparar su modelo familiar; mucho menos existe tal argumentación si hablamos de penalizar estas relaciones, en tanto que hacerlo supone una violación de derechos humanos desmotivada, desproporcionada e ilógica. Así, cierro esta investigación parafraseando a una senadora argentina, Lucía Corpacci, la cual afirmó, tras la aprobación del matrimonio igualitario en Argentina, que *"no hay que hacer tanta polémica. No estamos quitándole derechos a nadie sino dándoselos a los que no los tienen"*.