

## **B) Derecho Internacional Privado**

### **NOTA SOBRE LA RESOLUCIÓN-CIRCULAR DE 29 DE JULIO DE 2005, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, SOBRE MATRIMONIOS CIVILES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO**

Ana Paloma ABARCA JUNCO  
Miguel GÓMEZ JENE

Derecho Internacional Privado. UNED

#### **SUMARIO**

I. INTRODUCCIÓN.–II. LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN.–III. LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

#### **I. INTRODUCCIÓN**

1. Que las leyes han de ser interpretadas en relación con «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» es un mandato del artículo 3 del Código Civil. Que en lapsos de tiempo relativamente cortos esta realidad social pueda cambiar de manera tan sustancial que incluso haga necesaria una modificación –vía reinterpretación– de conceptos tradicionales de nuestro derecho, es tanto como admitir que en algunos casos el cambio del derecho se adelanta a los cambios sociales. De tal forma que, para conseguir cambiar la interpretación de las leyes, debe recurrirse a complicadas disquisiciones doctrinales que no siempre resultan coherentes.

2. El Derecho internacional privado (DIPr) también se ve afectado por estas cuestiones, pues si bien es un Derecho de carácter eminentemente formal, su aplicación es flexibilizada por una serie de expedientes técnicos como la calificación, la transposición o el orden público. Tales expedientes se caracterizan, entre otras cosas,

por conservar o –al contrario– introducir ciertos valores materiales en nuestro ordenamiento.

3. Pues bien, como es sabido, la reciente reforma del Código Civil en virtud de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio<sup>1</sup> incluye bajo la rúbrica de «matrimonio» al celebrado entre personas del mismo sexo.

Esta reforma, que ha contado con el Informe negativo tanto del Consejo de Estado<sup>2</sup> como del Consejo del Poder Judicial e incluso de la Real Academia Española de la Lengua, ha suscitado considerables discusiones doctrinales en torno –sobre todo– a la adecuación del texto de la nueva Ley a la Constitución<sup>3</sup>.

4. Como no podía ser de otro modo, la reforma en cuestión también afecta al ámbito del DIPr, de ahí que la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) se haya apresurado a emitir la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo<sup>4</sup>.

En esta Resolución se trata –con un encomiable grado de rigor técnico– una serie de cuestiones que la citada reforma puede llegar a plantear en ciertos supuestos de tráfico externo, aportando soluciones y dando las instrucciones que han de seguir los Jueces Encargados de los Registros Civiles en estos supuestos. En esencia, puede afirmarse que el objeto de esta Resolución es la de aplicar la legislación material española a aquellos supuestos en los que ambos o uno de los contrayentes sea extranjero, pues, de este modo, también ellos podrían contraer matrimonio en nuestro país. O dicho de otro modo, la Resolución en cuestión pretende ampliar el ámbito de aplicación personal de la nueva Ley.

## II. LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN

5. Los razonamientos que pueden seguirse en torno a los problemas de DIPr que plantean estos matrimonios han de apoyarse en algunas cuestiones propias de nuestro Derecho material de fuente interna; cuestiones que ya fueron objeto de

<sup>1</sup> BOE núm. 157, de 2.7.2005.

<sup>2</sup> Para una crítica muy positiva a este Informe vide RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., «Sobre el dictamen del Consejo de Estado y el matrimonio entre personas del mismo sexo», *Diario La Ley*, 18.1.2005.

<sup>3</sup> Entre otros, vide, VALLADARES RASCÓN, E., «El derecho a contraer matrimonio y la Constitución», BIB 2005/1388; GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P., «La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio», *Diario La Ley*, 15.11.2005; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo», *RJC*, 2005, pp. 199 y ss.; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A., «Nota sobre el matrimonio homosexual y su impacto en el orden público internacional español», *Actualidad Civil*, núm. 20, nov. 2005. Más recientemente, MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L., *La homosexualidad y el matrimonio (Ley 13/2005, de 1 de julio)*, Madrid, 2006.

<sup>4</sup> BOE núm. 188, de 8.8.2005. Sobre esta Resolución-Circular vide CALVO CARAVACA, A. L./CARRASCOA GONZÁLEZ, J., «Matrimonio entre personas del mismo sexo y derecho internacional privado español», *Diario La Ley*, núm. 6391, 2 de enero de 2006; *idem*. «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: Notas a la resolución-circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia, núm. 2007, 15 de febrero de 2006.

atención, antes de la aprobación de la Ley, por las instituciones del Estado anteriormente citadas.

6. La primera de ellas gira en torno a la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto que, siendo un tema suficientemente debatido en otras instancias, no será objeto de tratamiento en estas líneas. En este sentido, el punto de partida de nuestra reflexión pasa por aceptar que —a día de hoy<sup>5</sup>— la Ley en cuestión está en vigor en los mismos términos en que fue publicada en el *BOE* de 8 de agosto de 2005. Y que, en consecuencia, el nuevo párrafo segundo del artículo 44 del Código civil confirma la existencia de un único matrimonio con independencia del sexo de los cónyuges: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo».

7. La segunda y más importante de las cuestiones planteadas pasa por dilucidar si la consideración como derecho fundamental del derecho a contraer matrimonio consagrado en el artículo 32 CE es también predicable respecto del matrimonio compuesto por personas del mismo sexo. La cuestión no es baladí, pues como es bien sabido, el hecho de que el derecho a contraer matrimonio sea considerado como un derecho fundamental, implica que su interpretación debe hacerse conforme al artículo 10 CE.

En consecuencia, en este punto debe determinarse si la misma protección constitucional que ampara al matrimonio heterosexual es también prolongable al matrimonio homosexual<sup>6</sup>. Y así, la cuestión en este ámbito pasa, en primer lugar, por determinar si el legislador puede ampliar el concepto de matrimonio contemplado en el artículo 32 CE; y, en segundo lugar, si tal ampliación ha sido efectivamente llevada a cabo mediante la referida Ley.

8. Una primera lectura de los considerandos de la Exposición de Motivos del texto en cuestión, parece indicar que, en principio, el matrimonio homosexual ha quedado incluido en el tenor del artículo 32 CE. Y es que, en su virtud, «la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, *serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes*».

Si esto es así —y parece que lo es— el cambio del concepto «matrimonio» llevado a cabo por la reforma supone tanto como una ampliación del contenido de un artículo de la Constitución; ampliación verdaderamente controvertida —por lo que ahora importa— en cuanto a su alcance, pues, en palabras del mismo TC: «...la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes»<sup>7</sup>. Y en esta misma línea, la DGRN, en su

<sup>5</sup> Pendiente de resolución el Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Partido Popular el 28 de septiembre de 2005.

<sup>6</sup> Vide el Dictamen del Consejo de Estado; Núm. Exp. 2628/2004 (Justicia); Expediente de Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Fecha de aprobación 16.12.2004 ([www.consejo-estado.es](http://www.consejo-estado.es)). Vide también el Informe del Consejo General del Poder Judicial ([www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)).

<sup>7</sup> Auto TC 222/1994, de 11 de julio (RTC 1994\222).

Resolución de 21 de enero de 1988<sup>8</sup>, destacó que «No hace falta resaltar que el matrimonio ha sido siempre entendido como una institución en la que la diferenciación de sexos es esencial... En efecto, el hecho de que el artículo 32.1 de la Constitución proclame que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica” no autoriza a concluir que, al haberse omitido por cualesquiera razones la expresión “entre sí”, la Constitución permita al matrimonio entre personas del mismo sexo. Al contrario, es muy significativo que en el Capítulo segundo del título I de la Constitución, dedicado a los derechos y libertades fundamentales es el artículo 32 el único que se preocupa de precisar que “el hombre y la mujer” son los titulares del *ius nubendi*, mientras que en todos los demás casos se utilizan formas impersonales, como “todos”, “toda persona”, “se garantiza”, “se reconoce”, “tienen derecho”, sin estimarse necesario referir el derecho al sexo concreto de la persona».

Pero, a mayor abundamiento, como destaca el mismo Consejo de Estado en su Informe sobre la Ley en cuestión: «...cuando [la acción del legislador] afecta a derechos fundamentales consagrados en la Norma Fundamental, tiene que atenerse a los límites, infranqueables incluso por el legislador, que el Tribunal Constitucional ha venido afirmando desde sus primeras sentencias». Y que: «La apertura de la institución matrimonial a parejas del mismo sexo no supone una simple ampliación de la base subjetiva del matrimonio, reconociendo a las parejas del mismo sexo un derecho que no tienen constitucionalmente garantizado; determina una alteración de la institución matrimonial, que obliga a plantearse si con esa regulación –por vía legislativa– se está afectando el derecho reconocido en el artículo 32 más allá de lo constitucionalmente admisible». En efecto, como prosigue el citado Informe, «el hecho de abrir la institución matrimonial a parejas del mismo sexo supone un cambio especialmente profundo de dicha institución, que delimita y afecta a esas posibilidades de actuación hasta el punto de plantear si [con el matrimonio homosexual] no se está alterando la naturaleza jurídica del derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 32 de la Norma Fundamental».

Poniendo de relieve, además, el contrasentido «que subyace al argumento de que para fortalecer la protección de los homosexuales deban ser incorporados a la garantía constitucional del artículo 32». Y es que, «si el contenido de esa garantía queda en manos del legislador, la Constitución no ofrece garantía alguna; si, por el contrario, hay protección constitucional, el legislador tiene límites y no puede, por tanto, disponer libremente de la institución garantizada por la Norma Fundamental»<sup>9</sup>.

9. Sin embargo, profundizando en la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley, resulta que es esta misma garantía constitucional la que tiene como consecuencia que el legislador no pueda «desconocer la institución, ni dejar de regularla de conformidad con los valores superiores del ordenamiento jurídico, y con su carácter de derecho de la persona con base en la Constitución». Y así, resulta también que la ley –«la que, en cada momento histórico y de acuerdo con los valores dominantes» determinará tanto la capacidad para contraerlo como su contenido y régimen jurídico– es la que ha permitido la inclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo en el citado precepto constitucional.

<sup>8</sup> RJ 1988\215.

<sup>9</sup> En el mismo sentido, vide Informe CGPJ.

### III. LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

10. Visto lo anterior, es menester recordar que las soluciones establecidas en nuestro sistema de DIPr en el ámbito matrimonial han venido basadas en la consideración del derecho a contraer matrimonio como un derecho constitucionalmente protegido y consagrado como fundamental en nuestra Carta Magna. Este carácter le ha sido otorgado al «*ius nubendi*» por la DGRN de manera constante, derivando de él múltiples consecuencias.

11. Partiendo de esta perspectiva, la formación del matrimonio –en clave de DIPr– engloba dos cuestiones distintas: las cuestiones que afectan a las *condiciones de fondo* y las cuestiones que afectan a las *formas de celebración*.

12. Dentro de las *condiciones de fondo*, tradicionalmente se han incluido tanto la *capacidad* como el *consentimiento matrimonial*. Y tanto la doctrina como la jurisprudencia convienen en que ambas cuestiones deben regirse por la ley personal (art. 9.1 Cc). Aplicación de la ley personal (nacional) que, evidentemente, siempre quedará limitada por la acción del orden público cuando aquélla supusiera una vulneración de los principios esenciales e irrenunciables que se identifican, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, con los derechos fundamentales y con los principios constitucionales.

De este modo, la DGRN ha esgrimido en numerosos supuestos la cláusula de orden público para negar la aplicación de un derecho extranjero al fondo de la cuestión, aplicando, consecuentemente, el derecho español al fondo de la controversia: en cuestiones tales como, por ejemplo, la relativa a los matrimonios poligámicos y la relativa a la edad para contraerlo<sup>10</sup>.

13. Con estos elementos a la vista, resulta que al haber sido incluido el matrimonio homosexual en el artículo 32 CE –derecho fundamental– debería, en primer lugar, rechazarse la aplicación de cualquier ley nacional que impidiera a un cónyuge contraerlo; y, en segundo lugar, debería aplicarse la ley española a la capacidad del mismo. Sin embargo, esta solución comporta varios problemas<sup>11</sup>. Por un lado, debe traerse a colación que conforme al artículo 10 CE los derechos fundamentales y las libertades públicas deben interpretarse conforme a los Tratados internacionales; Tratados que, en su interpretación, no han considerado una vulneración de un derecho fundamental la no existencia de un matrimonio homosexual<sup>12</sup>. Por otro lado, el razonamiento en cuestión choca tanto con la propia jurisprudencia del TC –que, como hemos visto, no ha considerado el matrimonio homosexual objeto de protección constitucional–, como con la doctrina de la DGRN ya citada.

<sup>10</sup> Una relación de Resoluciones de la DGRN sobre este particular puede verse en: ABARCA JUNCO, A. P., «La celebración del matrimonio y su nulidad», en: *Derecho Internacional Privado*, vol. II, UNED, Madrid, 2005, pp. 97-112.

<sup>11</sup> Problemas que no se plantean en relación a la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad (art. 12 TCE) ya que dicha prohibición sólo se aplica en el ámbito de aplicación del Tratado, que excluye las materias de estado civil (STJC 10 de junio 1999, *Johannes*, C-430/97).

<sup>12</sup> Para un minucioso estudio de la jurisprudencia del TEDH en interpretación del artículo 12 del *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, vide el citado Dictamen del Consejo de Estado.

14. Para salvar estos obstáculos, la Resolución en cuestión diseña una particular vía para negar la aplicación de la ley personal extranjera y, en consecuencia, aplicar la ley española a supuestos en los que uno o ambos cónyuges sean extranjeros y sus respectivas leyes personales no les permita la celebración de tal matrimonio.

15. El objetivo de política legislativa de esta nueva vía consiste en extender la aplicación de la ley española a aquellos supuestos en los que la ley nacional de uno de los cónyuges no consienta estos matrimonios. Y todo ello, además, sin necesidad de considerar principio de orden público ni derecho fundamental la posibilidad de celebrarlos.

Como el lector bien podrá imaginar, la directriz en cuestión contribuye a la aparición de matrimonios «claudicantes»; es decir, matrimonios válidos en el país en que se celebren e inexistentes en los países de la nacionalidad de los cónyuges. Este problema no es ignorado por la DGRN que, aludiendo a que la función del Encargado del Registro Civil español no es la de «guardián del sistema legal extranjero», y aludiendo también a la competencia de las autoridades extranjeras para decidir sobre la validez del matrimonio homosexual celebrado en España, rechaza la idea de que la aparición de matrimonios claudicantes suponga un inconveniente a la hora de proceder a su celebración<sup>13</sup>. Razonamiento difícilmente compatible con un principio fundamental en cualquier sistema de DIPr: la búsqueda de una armonía de soluciones.

16. En cualquier caso, la vía enunciada se construye a partir de la consideración de que la celebración de tales matrimonios no puede considerarse una cuestión de capacidad<sup>14</sup>. Para ello, estima que «la diversidad de sexos» en la concepción tradicional o la posible «identidad de sexos» en la ley vigente es «elemento vinculado directamente con la propia naturaleza del derecho a contraer matrimonio y, por extensión, de la institución matrimonial y, *no necesariamente con la capacidad nupcial* subjetivamente considerada». Y apoyándose en el Preámbulo de la Ley 13/2005 afirma que la diversidad de sexos es un «elemento estructural», «constituyente de la propia institución».

<sup>13</sup> Respecto al derecho de los países de la Unión Europea vide: «Avis sur la possibilité de la reconnaissance, par chaque Etat membre, du mariage homosexuel ouvert aux Pays-Bas et en Belgique et le rôle de l'exception d'ordre public international du droit international privé de chaque Etat membre» *Réseau U.E. d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux*, 30.6.2003, Referencia CFR-CDF. avis 2-2003. De la lectura de este Informe se infiere que los tribunales de algunos Estados se ampararían en la cláusula de orden público para no reconocer estos matrimonios; en otros, en cambio, se reconocerían sus efectos o serían tratados como «pareja de hecho registrada».

<sup>14</sup> En esta cuestión difieren los distintos ordenamientos europeos. Significativamente, en Italia, el *Tribunal di Latina* en Decreto de 10.6.2005 ha determinado que: «... elemento essenziale per poter qualificare nel nostro ordinamento la fattispecie «matrimonio» è la diversità del sesso dei nubendi ed in tal senso si è pronunciata la Corte di Cassazione (...) i requisiti minimi essenziali nella manifestazione di volontà matrimoniale resa da due persone di sesso diverso davanti ad un ufficiale celebrante (Cass. n. 7877/2000; 1304/1990; 1808/1976). D'altronde non è senza ragione che, nel nostro codice civile, tra gli impedimenti al matrimonio (quali età, capacità, libertà di stato, parentela, delitto-artt. 84, 86, 87, 88 c.c.), non è prevista la diversità di sesso dei coniugi e ciò ovviamente non perché tale condizione sia irrilevante, bensì perché essa, a differenza dei semplici impedimenti, incide sulla stessa identificazione della fattispecie civile che, nel nostro ordinamento, possa qualificarsi «matrimonio». Y por ello, es imposible proceder al reconocimiento de estos matrimonios. Vide cita anterior.

A partir de aquí, deduce que no se han de aplicar las normas de DIPr relativas a la capacidad (art. 9.1 Cc) de forma excluyente, ya que la inexistencia de este tipo de matrimonios en muchos países extranjeros, y la falta «de norma de conflicto específica en nuestro derecho sobre los requisitos del matrimonio ajenos a su concepción tradicional y a la capacidad subjetiva de los contrayentes», determinan una laguna legal en nuestro derecho conflictual que hay que integrar acudiendo a una serie de argumentos que a continuación expone. O dicho de otro modo: el matrimonio homosexual es jurídicamente tan distinto del matrimonio tradicional que –en clave de DIPr– no sirven las normas de conflicto que regulan a este último; ni en el ámbito de los requisitos, ni en el ámbito de la capacidad. Y de ahí que deba acudir a la integración de tal laguna legal.

17. Pues bien, si realmente la diversidad de sexos es «un elemento estructural» «constituyente de la misma institución» parece obvio que al cambiar tal elemento constitutivo desaparece el «matrimonio» en el que se basaba y, si esto es así –que ahora parece serlo– habremos de convenir que el actual «matrimonio» no es propiamente el que se contiene en el artículo 32 CE.

En consecuencia, entendemos que cuando la misma Resolución-circular de la DGRN acude a este razonamiento, lo que –involuntariamente– está poniendo en duda es la misma constitucionalidad de la Ley. Y es que, no puede pasar desapercibido que con tal construcción lo que en puridad está haciendo es cambiar el sentido de un artículo de la Constitución. Además, resulta también especialmente llamativo el hecho de que adoptando este razonamiento se alinea con el parecer del Informe del Consejo de Estado, que considera como núcleo esencial del matrimonio la heterosexualidad<sup>15</sup>.

18. Llevando hasta sus últimas consecuencias la particular construcción que la DGRN hace en su Resolución-circular, podríamos incluso deducir que existen dos tipos de matrimonio. Por un lado, el estructuralmente basado en la diversidad de sexos; matrimonio que estaría protegido por la Constitución. Por otro, el matrimonio homosexual que, aún con la misma denominación, requisitos y efectos –en palabras de la nueva Ley–, no estaría protegido por la misma. Y si esto fuera realmente así, deberíamos concluir que la denominación de matrimonio a las uniones homosexuales no deja de sembrar cierta confusión. Y es que, también podría denominarse «matrimonio» a cualquier tipo de unión, que aun no estando contemplada ni protegida por la

<sup>15</sup> Desde una perspectiva institucional, la cuestión radica en determinar si el matrimonio al que se refiere la Constitución incorpora, como uno de sus elementos esenciales, la *diversidad sexual* de los contrayentes, configurando así una determinada imagen del matrimonio, al que resultaría aplicable la doctrina de la garantía de instituto, de forma que aquellas normas legales que desnaturalizasen los perfiles sustantivos del instituto matrimonial no podrían considerarse conformes a la Constitución...

La garantía institucional es desconocida, según el Tribunal Constitucional, cuando la institución es reducida a un simple nombre, rompiendo con la imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y por la aplicación que de las mismas se hace. Ahora bien, la configuración institucional concreta se defiere al legislador, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza; o, dicho en términos tantas veces repetidos por el TC desde su Sentencia 32/1981, «la garantía institucional no asegura un contenido concreto y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar (f.j. 3)».

Constitución en su derecho a contraerlo, resultase incluida en ella por la vía de una nueva regulación en el Código Civil.

19. En nuestra opinión, la inclusión de la unión homosexual en el concepto clásico de matrimonio ha desvirtuado efectivamente la regulación que del matrimonio hace el DIPr. Y ello, fundamentalmente, por la inclusión de este instituto en el ámbito del artículo 32 CE, pues obliga a considerarlo como derecho fundamental y, en consecuencia, a activar la excepción de orden público en su defensa. Defensa de un principio que nunca ha sido esencial ni irrenunciable en nuestro ordenamiento.

20. En cuanto a las *formas de celebración* puede afirmarse que no se plantea ningún problema especial. En efecto, sin entrar ahora en consideraciones sobre la posible objeción de conciencia<sup>16</sup>, el Juez procederá a la celebración de matrimonios homosexuales tanto de españoles, como de español y extranjero, o como de extranjeros entre sí. En este último supuesto, sin embargo, entendemos que al menos uno de los contrayentes debe tener su domicilio en España; y que la prueba del domicilio efectivo habrá de ser expresamente exigida –o demostrada–. Actuar de otro modo, podría convertir a nuestro país en sede o destino de turismo matrimonial. Además, cuando los dos cónyuges sean extranjeros, podrán contraer por la forma consular de cualquiera de ellos y por cualquier otra forma a la que se le reconozca efectos civiles por cualquiera de las leyes personales de los cónyuges.

En cuanto al resto de las formas permitidas en el ordenamiento español –evangélica, hebrea e islámica–, señalar que en ninguna de ellas se prevé el supuesto de matrimonio entre personas del mismo sexo.

Respecto a la posibilidad de contraer matrimonio homosexual en el extranjero, las formas serán, tal y como venía siendo hasta ahora, todas las previstas en la *lex loci* que contemplen este tipo de matrimonio o la ley personal del español. En este último caso, únicamente podrán contraer por la forma consular; y ello, siempre que el ordenamiento del país donde el Cónsul ejerza sus funciones lo permita.

Finalmente, respecto de los matrimonios contraídos en el extranjero por dos extranjeros, señalar que serán reconocidos en España e inscritos en el Registro civil si fuera necesario –posterior adquisición de la nacionalidad española, por ejemplo–, pero siempre y cuando se hayan celebrado conforme a la ley del lugar de celebración o a cualquiera de las leyes personales de los cónyuges.

21. Hasta aquí el efecto que la Ley 13/2005 tiene en el DIPr, que se circunscribe fundamentalmente a su conexión con el artículo 32 de la CE, con la noción de orden público y con la necesidad de cumplir un concreto objetivo de política legislativa –extensión de la nueva legislación española– a través de otros mecanismos.

En general, puede afirmarse que todo este enmarañamiento del sistema hubiera podido evitarse procediendo a una regulación por parte del legislador nacional –que no autonómico– de las «parejas de hecho»; pues, muy posiblemente, esta regulación habría salvado todos los obstáculos de índole jurídica.

En efecto, para empezar, la garantía del instituto no se hubiera visto afectada por la regulación propugnada, pues ésta regularía otro supuesto de hecho (la convivencia

<sup>16</sup> Sobre esta cuestión, vide PULIDO QUECEDO, M., «Sobre la objeción de conciencia en materia de celebración de matrimonios. Los efectos colaterales de la modificación del Código Civil», *Repertorio Aranzadi del TC*, núm. 4, 2005.

de las parejas homosexuales)<sup>17</sup>. En este sentido, si bien es cierto que el principio estructural básico del matrimonio es la heterosexualidad, ello no obsta para que otros principios –como son, por ejemplo, la afectividad, la comunidad de vida y la estabilidad– puedan predicarse respecto de otros institutos; institutos que pueden y deben ser regulados, pero que no deben contar necesariamente con la protección constitucional del artículo 32. Pues, repárese en que la garantía que brinda este artículo no sólo consiste en actuar como norma orientadora para el legislador –que se obliga a regular y facilitar el matrimonio (vide Exposición de Motivos de la Ley)– sino que también queda vinculado a esos principios estructurales que quedan fuera de su discrecionalidad<sup>18</sup>. Por ello, sólo a partir de una reforma de la Constitución podría plantearse un cambio en los principios estructurales del matrimonio (en nuestro supuesto, la heterosexualidad)<sup>19</sup>. Y por ello también, resulta inaceptable el argumento en torno a una supuesta inamovilidad de las instituciones ante los cambios sociales<sup>20</sup>. La protección constitucional que dispensa el artículo 32 CE es ampliable a otras instituciones, pero no por la vía del Código civil.

En cualquier caso, y por los motivos ya apuntados, no sólo entendemos que esa regulación de las parejas de hecho por parte del legislador nacional hubiera sido la actuación más correcta, si no que, además, entendemos también que con ella se hubieran podido solucionar los problemas derivados de la existencia de leyes autonómicas en la materia; leyes que contemplan diferentes y confusos ámbitos de aplicación<sup>21</sup>.

Además, debe insistirse en que si las parejas homosexuales quieren gozar de ciertos derechos, con la promulgación de la Ley están obligados a contraer matrimonio. De tal modo que, en perspectiva inversa, la situación de las parejas homosexuales que pudiendo contraer matrimonio no lo hagan, quedara igualada con la de las parejas heterosexuales que pudiendo contraer matrimonio no lo hacen<sup>22</sup>. Y así, por ejemplo, no procederá ningún tipo de indemnización por la disolución de una pareja de hecho. En palabras del TS: «con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias»<sup>23</sup>.

<sup>17</sup> Como anteriormente quedara dicho, el artículo 32.1 de la Constitución sólo garantiza el derecho a contraer matrimonio a la pareja heterosexual, y no a parejas del mismo sexo. Ello no impide, sin embargo, que el legislador pueda establecer «un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio».

<sup>18</sup> «La garantía institucional impide alterar la institución matrimonial más allá de lo que su propia naturaleza tolera; no excluye que el legislador pueda adecuar las instituciones garantizadas al espíritu de los tiempos, pero le impide hacerlo en términos que las hagan irreconocibles por la conciencia social de cada tiempo y lugar». Informe del Consejo de Estado al Proyecto de Ley.

<sup>19</sup> La doctrina alemana, en referencia a su Constitución (art. 6 I GG) se muestra absolutamente favorable a esta opción, aun cuando la diversidad de sexos no está mencionada en ese artículo.

<sup>20</sup> Sobre toda esta problemática, vide OBERMEYER, S., «La garantía constitucional del matrimonio y la regulación legal de la pareja» (traducción de Ignacio Gutiérrez), cortesía del traductor.

<sup>21</sup> Vide ABARCA JUNCO, A. P., «La legislación sobre parejas de hecho en el ordenamiento español. Problemas de Derecho interregional» en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Carrillo Salcedo*, tomo II, Sevilla 2005, pp. 37-55.

<sup>22</sup> Vide especialmente, STC 177/1985.

<sup>23</sup> STS de 12.9.2005 (RJ 2005\7148). En esta sentencia, el TS anula una indemnización de 114.192 € concedida a una mujer tras finalizar un unión de hecho que duró 19 años.

Una ley que regulara a nivel estatal las parejas no casadas (tanto homosexuales como heterosexuales) previa inscripción voluntaria en un Registro, podría otorgar esos mismos derechos sin obligar a contraer matrimonio.

22. Finalmente, se impone una pequeña mención a la incidencia de esta Reforma en la adopción internacional. La adopción llevada a cabo por parejas de personas del mismo sexo ya se contemplaba en alguna de las leyes sobre parejas de hecho de las Comunidades autónomas. En concreto en la Ley del País Vasco<sup>24</sup>, que precisamente por este motivo fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad<sup>25</sup>.

Con la reforma, la equiparación en este aspecto con los matrimonios heterosexuales es absoluta. Sin entrar en la polémica que a este asunto subyace, y restringiéndonos exclusivamente al ámbito del DIPr, habría que considerar que a la luz del *Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, será el ordenamiento del lugar donde se constituye la adopción el que establecerá la posibilidad o no de ser adoptado por una pareja homosexual. En la medida en que gran parte de los países a los que se acude para llevar a cabo adopciones internacionales no contemplan tal posibilidad, cabe pensar que esta regulación repercutirá negativamente sobre las adopciones que se soliciten desde España.

---

<sup>24</sup> Ley del Parlamento Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho.

<sup>25</sup> Recurso de Inconstitucionalidad núm. 5147-2003 (BOE núm. 199, de 20.8.2003).