

NUEVAS ESTRUCTURAS FAMILIARES EN LA UNIÓN EUROPEA *

Pilar DOMÍNGUEZ LOZANO

I. INTRODUCCIÓN

NOS situamos ante cuestiones de gran actualidad, cuestiones abiertas, cuyo tratamiento plantea hoy nuevos análisis, reflexión y debate. Ciertamente, es de destacar la especial atención que en la actualidad, durante estos últimos años, viene dispensándose al Derecho de Familia, siendo uno de los sectores jurídicos que concentran mayor dedicación en cualquier foro, nacional o internacional (1).

* Este trabajo tiene su origen en: DOMÍNGUEZ LOZANO, P., «Nuevas tendencias en Derecho de Familia: el caso de las uniones de personas del mismo sexo», *Pacis Artis – Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Tomo II, UAM-Eurolex, Madrid 2005, pp. 1395-1422, del que supone una adaptación y actualización.

(1) Baste incluir, como ejemplo, algunas referencias, que, por pertenecer a diversos ámbitos, alcanzan especial relevancia:

– los trabajos del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado. Concretamente, el contenido de las sesiones celebradas por el Grupo, en su 13.^a reunión, que tuvo lugar en Viena entre los días 19 y 21 de septiembre de 2003. *Vid.* BORRÁS, A. y GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «La reunión del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (Viena, 19-21 de septiembre de 2003)», *R.E.D.I.*, 2003-2, pp. 1119-1122. Y las previsiones de regulación, en materia de parejas no casadas, en el proceso de comunitarización del Derecho Internacional Privado abierto para la realización del Espacio Europeo de Justicia previsto por el Tratado de Ámsterdam de 1997.

– las materias objeto de debate en el seno de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado en las labores de ordenación de sus trabajos. *Vid.* las notas de su Oficina Permanente sobre «Aspects de Droit International Privé de la cohabitation hors mariage et des partenariats enregistrés», (*Document préliminaire n° 9 de mai 2000 à l'intention de la Commission spéciale de mai 2000 sur les affaires générales et la politique de la Conférence*), y sobre «Projets relatifs aux conventions sur les enfants, les aliments, les adultes et la cohabitation. Programme pour 2004-2005», (*Document préliminaire n° 12 de février 2004 à l'intention de la Commission spéciale d'avril 2004 sur les affaires générales et la politique de la Conférence*).

– las actividades científicas del Instituto Suizo de Derecho Comparado: «XVI^e Journée de droit international privé. *Les partenariats enregistrés en Europe. Aspects de droit international privé*. 5 mars 2004, à l'Institut Suisse de Droit Comparé, Lausanne».

– la celebración, del 18 al 22 de octubre de 2004 en Sevilla, del «XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia».

– la celebración, del 27 al 29 de junio de 2005, en Madrid, de las «Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia», coorganizadas por el Departamento de Derecho Civil de la UNED y el IDADFE (Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España).

En este sentido, uno de los retos fundamentales a que debe atender la comunidad de expertos y de agentes con alguna responsabilidad en este sector de cuestiones socio-jurídicas, es la de delimitar y redefinir, si ello fuese necesario, la institución familiar. En efecto, en el debate actual, no se trata sólo de «reformar» el Derecho de Familia, sino de diseñar políticas familiares capaces de dar respuesta a las reivindicaciones y necesidades surgidas de nuevas fenomenologías sociales.

Dos son, en concreto, las cuestiones en torno a las cuales giran esencialmente las reflexiones y consideraciones planteadas:

1. la diversificación de las estructuras familiares. La pluralidad de modelos de familia.

2. la diversificación de las formas jurídicas de regulación de las relaciones interpersonales que se caracterizan por la convivencia *more uxorio*.

Se trata, ciertamente, de dos bloques inevitablemente vinculados e interdependientes, pero cuyo tratamiento debe mantener una cierta autonomía, para poder valorar correctamente la evolución, las opciones, y la actual situación de los diferentes ordenamientos en esta materia.

Los análisis de estos dos bloques constituirán el núcleo de esta intervención.

Estas primeras consideraciones permiten precisar cuáles van a ser los límites y el objeto del presente estudio. En primer lugar, es necesaria una delimitación espacial que, en este caso, responde especialmente a diferencias culturales entre los diversos países y ordenamientos (2). En este sentido, la intervención se limitará a los países de la Europa occidental. Y si bien se tomarán como referencia fundamental los países de la Unión Europea, en algunos análisis se incluirá el de la situación en otros países; éste es, por ejemplo, el caso de Suiza, que puede considerarse especial debido a la actualidad, contenido y desarrollo técnico de su legislación en la materia.

En segundo lugar, una precisión de carácter material: las reflexiones y los análisis se limitarán a la consideración de estructuras de convivencia afectiva que tienen su origen y fundamento en una unión *more uxorio*. En efecto, para poder mantener la coherencia de los desarrollos y respetar la unidad del objeto se excluye la apreciación de cualquier otra estructura familiar o potencialmente familiar, tanto las formas monoparentales como los modelos atípicos de convivencia afectiva y solidaria.

II. CONSIDERACIÓN PREVIA: MODELO FAMILIAR TRADICIONAL

Para poder comenzar adecuadamente el análisis de las cuestiones nucleares de esta intervención, ha de fijarse un escenario común, el que aparece como punto de partida del proceso actual de revisión de estos sectores del Derecho de Familia.

– la inclusión de una mesa redonda sobre «La persona y la familia ante el dato de la frontera», en las Jornadas sobre «Fronteras exteriores de la U. E. e inmigración en España: relaciones internacionales y derecho», organizadas por la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI) y la Escuela Diplomática, Madrid, 25 de mayo de 2006.

(2) *Vid.*, en este sentido la diferente práctica social, y los diversos fundamentos culturales, en relación a ciertas figuras de Derecho de Familia, como las uniones no matrimoniales, entre los países europeos y los latinoamericanos, destacados por PEREZNIETO CASTRO, L., «Algunos aspectos del Derecho Familiar en México y otros países de Latinoamérica», *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, 2004, pp. 11-22.

Ese escenario común es el del *modelo tradicional de familia*.

El diseño jurídico-familiar tradicional respondía a un modelo institucional. La familia era socialmente definida por sus fines, como el soporte sólido y necesario para la supervivencia y continuidad de la comunidad, como garantía de estabilidad social y de un ordenado recambio generacional (3).

Institución que se regula desde una consideración doble: la de su vertiente pública (la de interés general, la de su función social), y la de su vertiente estrictamente privada.

Sobre el fundamento de la institución matrimonial, los ordenamientos nacionales hacían girar la regulación material de las relaciones familiares en torno a dos ejes fundamentales:

1. la defensa de la familia legítima, creada a partir del matrimonio, y,
2. una estructura familiar jerarquizada, que propiciaba la unidad jurídica de la familia en torno a la figura del *marido-padre*.

Sin embargo, tras la Segunda Guerra Mundial, y a lo largo de la segunda mitad del siglo XX se abre camino, en diversas fases, una profunda modificación de los valores tradicionales, morales, sociales y culturales, que habían sido fundamento de esa concreta estructura familiar y de aquel determinado contenido del sistema jurídico.

Dos son las reivindicaciones que van a caracterizar el movimiento reformador:

1. la aspiración a la igualdad jurídica entre hombre y mujer (que hará quebrar la estructura familiar jerarquizada) (4), y
2. la aspiración a la igualdad jurídica entre los hijos, con independencia de la naturaleza de su filiación (que hará quebrar el absolutismo que caracterizaba la protección de la familia legítima) (5).

Así, se va concretando la quiebra de la estructura tradicional del Derecho de Familia, tanto de fuente nacional como de fuente internacional.

En este contexto, la casi totalidad de los países occidentales procedieron a reformas paulatinas (de los diversos sectores del Derecho de Familia, y, aunque de manera desigual, tanto de sus sistemas de Derecho Material como de Derecho Internacional Privado) de sus ordenamientos (6).

(3) RICO-PÉREZ, F., «Rapport espagnol», *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XXX – 1979, París 1981, p.72.

(4) GAUDEMET-TALLON, H., «La desunión du couple en droit international privé», *Recueil des Cours*, t. 226 (1991-I), pp. 41-92. BUCHER, A., «La famille en droit international privé», *Recueil des Cours*, t. 283 (2000), pp. 42-49.

(5) DUTOIT, B., «L'évolution récente du droit de la filiation en France, en République fédérale d'Allemagne, en Autriche et en Italie», *Familienrecht im Wandwl.Festschrift für Hans Hinderling*, Basel/Stuttgart 1976, pp. 1-19.

(6) Así, por ejemplificar, se citan algunas de las reformas, especialmente transcendentales, llevadas a cabo en aquella época en los países europeos: en Italia, la Ley de 19 de mayo de 1975, de reforma del Derecho de Familia; en Suiza, la Ley federal de reforma del Código Civil de 25 de junio de 1976; en Alemania, la Ley de 19 de agosto de 1969 sobre la condición jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio, y la Primera Ley de reforma del Derecho de Matrimonio y Familia de 16 de junio de 1976; en Francia, la Ley de 3 de enero de 1972 sobre filiación, y la Ley de 11 de julio de 1975 sobre divorcio;... Las reformas en el Derecho español tuvieron lugar con posterioridad, tras la entrada en

Partiendo de este escenario común, los ordenamientos nacionales van afrontando los procesos reformadores con tendencias, opciones de política legislativa, y objetivos equivalentes y asimilables. De tal manera que se puede afirmar la existencia de un modelo europeo en la evolución del derecho de familia: existen diferentes *tempus* en los procesos de reforma, y diferencias de regulación entre los diversos ordenamientos, pero no se aprecian conflictos estructurales (las instituciones y sus contenidos son perfectamente reconocibles de un ordenamiento a otro).

III. DIVERSIFICACIÓN DE LAS ESTRUCTURAS FAMILIARES

Hay una apreciación general que va a definir el perfil más relevante y significativo de este proceso. Se ha ido consolidando un progresivo desplazamiento de las consideraciones de interés general por las estrictamente individuales (7). Así, la organización legal de las relaciones interpersonales y familiares va alejándose de las consideraciones de su función social (la familia como núcleo reproductivo, y garantía de supervivencia de las estructuras sociales) para orientarse hacia la realización personal y el libre desarrollo de la personalidad.

Este desplazamiento se caracteriza por la afirmación de tres principios, de referencia constante y esencial:

1. el de libertad individual,
2. el de no discriminación, y
3. una cierta apreciación horizontal de la protección al débil (8).

Tal reconocimiento de la libertad como un valor superior en el establecimiento y ordenación de las relaciones personales, se ha ido traduciendo en una progresiva extensión, cualitativa y cuantitativa, de los ámbitos materiales sometidos al ejercicio de la autonomía de la voluntad de los interesados, en los sistemas de Derecho Matrimonial y de Derecho de Familia (9).

Claras consecuencias de ello son:

– el marcado avance de la calificación contractual del matrimonio frente a la institucional,

vigor de la Constitución de 1978: la Ley de 13 de mayo de 1981 de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y la Ley de 7 de julio de 1981 por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

(7) LUNA SERRANO, A., «La reforma de la legislación matrimonial», en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, coord. por J. L. Lacruz Berdejo, Madrid, 1994, pp. 15-33. ARTUCH IRIBERRI, E., «La libertad individual y las parejas ante el Derecho Internacional Privado», *R.E.D.I.*, vol. LIV, 2002-1, pp. 41-63.

(8) BUCHER, A., «La famille en droit international privé», *Recueil des Cours*, t. 283 (2000), pp. 133-138.

(9) GANNAGÉ, P., «La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille», *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1992, pp. 425 y ss. OVERBECK, A. VON, «L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé», *Nouveaux itinéraires en droit – Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, pp. 619 y ss. JAUME, E., «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne», *Recueil des Cours*, t. 251 (1995), pp. 55, 153-158, 235-237.

- la consiguiente «retracción de la regulación» o «deslegalización» de muchos aspectos de las relaciones jurídico-familiares, y
- el reconocimiento de diversos modelos de familia.

Para poder apreciar debidamente esta última consecuencia (el reconocimiento de diversos modelos de familia), es necesario tomar como punto de partida aquel estadio social y legal de un país en que los modelos familiares no-tradicionales, en especial los modelos familiares no-matrimoniales aparecen como auténtica alternativa ideológica al modelo matrimonial. Y ello sólo se produce cuando concurren tres presupuestos esenciales:

- 1.º que el grado de integración y aceptación social del fenómeno de las uniones estables *more uxorio* extramatrimoniales, sea suficiente para evitar estigmatizaciones o reacciones negativas o discriminatorias generalizadas;
- 2.º que las condiciones legales para la celebración y disolución del matrimonio sean lo suficientemente abiertas y flexibles como para asegurar que la institución matrimonial sea una verdadera opción para, prácticamente, cualquier pareja que desee acceder a ella; y
- 3.º que se consagre la igualdad jurídica de los hijos, con independencia de su filiación.

Así, el modelo familiar no-institucionalizado va alcanzando entidad propia, social y jurídica.

IV. DIVERSIFICACIÓN DE LAS FORMAS JURÍDICAS DE REGULACIÓN DE LAS RELACIONES INTERPERSONALES QUE SE CARACTERIZAN POR UNA CONVIVENCIA «MORE UXORIO»

En ese momento, el reconocimiento del derecho a no casarse se formula como integrante del *ius connubium*, en la medida en que se definen como las dos vertientes inseparables, la positiva (derecho a casarse) y la negativa (derecho a no casarse), de un único derecho fundamental.

El esquema conceptual y legal puede, en ese punto del proceso, considerarse general y asimilable en los países occidentales:

1. una institución jurídica universal, el matrimonio, y
2. reconocimiento legal de las uniones de hecho.

Ambas opciones se reservan a las parejas de personas de distinto sexo, y, en principio, no afectan al contenido fundamental del estatuto jurídico de los hijos.

Las uniones extramatrimoniales se sitúan al margen del Derecho de Familia. Tanto en cuestiones propias de su dimensión *ad intra* (relaciones entre los convivientes), como en las de su dimensión *ad extra* (relaciones de la pareja con terceros), ha de recurrirse, llegado el caso, a consideraciones jurídicas generales, a figuras e instituciones generales del ordenamiento, a las vías de autointegración del sistema, pues es preciso excluir, en principio, cualquier consideración legal de parentesco.

V. LA QUIEBRA DEL MODELO EUROPEO

Sin embargo, la generalidad del modelo se ha ido rompiendo en virtud de la desigual sensibilidad y permeabilidad que los diferentes ordenamientos nacionales han ido demostrando frente a realidades sociales, reivindicaciones y presiones de diferente origen, cualidad e intensidad. En este sentido, es preciso individualizar y retener ciertas constataciones.

Por un lado, y especialmente como consecuencia de la multiplicación de los flujos migratorios y de las relaciones privadas transfronterizas, muchos ordenamientos han considerado la conveniencia de que el sistema matrimonial y de Derecho de Familia ganaran, en algunos aspectos, la flexibilidad necesaria para poder acoger algunas instituciones o previsiones de otros sistemas jurídicos, especialmente para no poner en peligro el respeto a derechos y libertades fundamentales en supuestos de los denominados «conflictos de civilizaciones» (10).

Por otro lado, la generalidad del modelo se ha ido rompiendo en virtud de la trascendencia, que alcanzará muy diverso grado y contenido en atención al tiempo y al espacio, de algunos factores, relevantes y directamente vinculados a la propia esencia de las relaciones interpersonales *more uxorio* (11):

a) los ordenamientos han de dar respuesta a la incidencia que, transversalmente en su normativa, van a reconocer al fenómeno de la transexualidad (12),

b) se introduce, paulatinamente, en los ordenamientos nacionales una cierta consideración jurídica de las uniones entre personas del mismo sexo,

c) pese a la caracterización «fáctica» de las uniones extramatrimoniales, en todos los países, los tribunales han tenido que resolver conflictos de intereses nacidos, en estos supuestos, durante la convivencia, o con motivo de la ruptura, o en relaciones con terceros, ... Mostrándose, así, la necesidad de proceder a una regulación parcial de tales uniones,

(10) JAYME, E., «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne», *Recueil des Cours*, t. 251 (1995), pp.52, 235-237. BUCHER, A., «La famille en droit international privé», *Recueil des Cours*, t. 283 (2000), pp.115-133.

(11) F. RIGAUX ha puesto de relieve esta ruptura y sus consecuencias en los sistemas de Derecho Internacional Privado, señalando cómo en la comunidad de países occidentales instituciones, nociones y conceptos básicos de Derecho de Familia han dejado de ser compartidos: «The Law Applicable to Non Traditional Families», *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification: Liber amicorum Kurt Siehr*. La Haya, 2000, pp. 647-656. Y SÁNCHEZ LORENZO, S. se refiere, en este sentido, a un proceso de «re-nacionalización» del Derecho Internacional Privado de Familia, *vid.* su comentario en *Rev.Crit.DIP*, 94 (4), octubre-diciembre 2005, p. 619.

(12) En relación al Derecho español: OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, Navarra, 2002, p. 94. *Vid.*, las obligaciones derivadas, en esta materia, del contenido del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de acuerdo a la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: SANZ CABALLERO, S., «A propósito de las sentencias *Goodwin e I* o el debate sobre el matrimonio de transexuales ante el TEDH», *R.E.D.I.*, vol. LV, 2003-1, pp. 307-15. GONZÁLEZ VEGA, J. A., «Interpretación, Derecho Internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual», *R.E.D.I.*, vol. LVI, 2004-1, pp. 163-184.

d) nace una nueva institución jurídica: la pareja registrada (13). En un principio, surge como una figura paralela y similar al matrimonio, reservada a las uniones de personas del mismo sexo,

e) se introducen quiebras en aquella consideración universal de la institución matrimonial, en la medida en que algunos ordenamientos proceden a la apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo.

La secuencia y contenido del análisis hasta ahora realizado permiten mostrar cuáles son los elementos fundamentales del debate actual en la materia, y cuáles son las posibles vías de actuación del ordenamiento.

La actual diversificación jurídica de los modelos de familia ha quedado parcialmente vinculada al proceso de consideración y reconocimiento de los diferentes modelos de unión *more uxorio*. Proceso en el que se ha producido una progresiva deslegalización de la institución matrimonial y del modelo familiar institucional, y una correlativa juridificación de la «unión de hecho». Esta progresiva legalización de los modelos extramatrimoniales, unida a la actual reivindicación de igual trato jurídico entre éstos y el matrimonio, podría conducir a la creación de estructuras y sistemas poco diferenciados, con instituciones de contenido y límites difusos, e incluso a poner en cuestión el respeto al «derecho a no-casarse» (14).

VI. MODELOS NACIONALES DE REGULACIÓN

Partiendo de los elementos que aportan los análisis que anteceden, pueden individualizarse dos consideraciones fundamentales, que, con carácter previo a cualquier intento de sistematización, van a permitir ordenar los criterios y justificaciones que presiden las opciones de los ordenamientos nacionales, al reconocer y, en su caso, regular diversos modelos de familia y de uniones *more uxorio*.

La primera se refiere a la paulatina transformación del contenido nuclear y esencial del «matrimonio».

La segunda se refiere a la aparición, y progresiva consolidación de otras figuras jurídicas cercanas al matrimonio.

En primer lugar, en relación a la transformación del contenido esencial de la institución matrimonial:

Si el matrimonio se define como comunidad afectiva y material de vida, y no ya por su función social,

Si su finalidad esencial ya no es reproductora, sino que gira en torno a la realización del libre desarrollo de la personalidad,

Si su contenido constitucional lo vincula a los derechos y libertades individuales fundamentales,

(13) JAYME, E., «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne», *Recueil des Cours*, t. 251 (1995), pp. 237-238.

(14) TALAVERA FERNÁNDEZ, P., *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Granada-2001. GAUDEMET-TALLON, H., «La désunion du couple en droit international privé», *Recueil des Cours*, t. 226 (1991-I), pp. 155-162.

Si el *ius connubi* se predica, en principio, de cualquier ciudadano, sobre exigencias de igualdad y libertad, y

Si la regulación jurídico-privada del matrimonio y de las relaciones entre cónyuges ha vivido un giro hacia el Derecho de Obligaciones,

resulta difícil admitir como incuestionable la tradicional prohibición de contraer matrimonio a parejas del mismo sexo. De manera que, al intentar formular justificaciones expresas, el origen de esta prohibición en los ordenamientos sólo podría concretarse, o bien en el incumplimiento de los requisitos de capacidad para contraer matrimonio, o bien en la no concurrencia del núcleo esencial del negocio jurídico (causa y objeto del matrimonio), o bien en la contradicción con el concepto mismo de matrimonio como institución social y jurídica; y, en cualquiera de los casos, habría de determinarse, además, la naturaleza de la causa legal de tal negativa: fundamental u ocasional (15).

En segundo lugar, en relación al nacimiento de otras figuras jurídicas cercanas al matrimonio, asimilables o no a él; es necesario dedicar un interés preferente a la institución de «pareja registrada», que nace en los ordenamientos escandinavos, al filo de la década de los noventa del pasado siglo, para hacer posible el reconocimiento, la eficacia jurídica, y la solemnización del compromiso *more uxorio* de aquellas parejas que no podían contraer matrimonio: las de personas del mismo sexo.

Pero este carácter original de la figura ha sido objeto de transformación en algunos ordenamientos, como el holandés, que procedió a su extensión a las uniones heterosexuales, y ha creado, con carácter más general, una nueva opción jurídica de formalización de la vida en común de una pareja. Convirtiéndose así, en un principio para las uniones de personas de diferente sexo, en una verdadera alternativa ideológica al matrimonio, situada entre éste y la unión de hecho.

Pero, además de la pareja registrada, el análisis de Derecho Comparado muestra otras opciones diferentes, otras figuras jurídicas relevantes.

En este contexto, el análisis de las soluciones legales de los ordenamientos europeos pasa por la apreciación de la posibilidad de contraer matrimonio para las parejas de personas del mismo sexo, por un lado, y por la consideración de otras figuras o instituciones, paralelas o alternativas al matrimonio, por otro.

A. Reformas nacionales de la institución matrimonial: Su apertura a las uniones de personas del mismo sexo

Cronológicamente, las primeras soluciones legales adoptadas por los diversos ordenamientos, sobre reconocimiento y regulación de las uniones *more uxorio* entre personas del mismo sexo, se caracterizaban, sin excepción, por su naturaleza extramatrimonial (16). Sin embargo, en la actualidad, un último peldaño, ascendi-

(15) ARTUCH IRIBERRI, E., «La libertad individual y las parejas ante el Derecho internacional privado», *R.E.D.I.*, vol. LIV, 2002-1, pp. 51-58.

(16) La primera regulación es la realizada en el ordenamiento danés, por Ley sobre parejas registradas (*Lov om registreret partnerskab*), núm. 372 (1 de junio de 1989), de 7 de junio de 1989, que entró en vigor el 1 de octubre de 1989.

do ya por algunas legislaciones, ha sido la apertura de la institución matrimonial a estas uniones.

En Derecho Comparado puede, en efecto, apreciarse un proceso, una evolución, del tratamiento socio-jurídico de esta materia en tres estadios, que, según los casos, responden a criterios temporales y/o materiales:

1.º El estadio de la admisibilidad del carácter *more uxorio* de estas uniones y de su investidura de eficacia jurídica. Planteamiento estrechamente vinculado, por un lado, al proceso de reconocimiento de la libertad sexual, y de la prohibición de discriminación por razón de sexo o de orientación sexual (17), y por otro, al objetivo de garantizar el respeto a los derechos y libertades individuales fundamentales, especialmente el libre desarrollo de la personalidad.

2.º El estadio de su regulación legal desde una cierta y *sui generis* caracterización de Derecho de Familia. Planteamiento estrechamente vinculado al proceso de reconocimiento de la diversidad de modelos y estructuras familiares, intentando garantizar, en todos ellos, el respeto y la realización material de los valores fundamentales de la protección legal a la familia.

3.º El estadio de debate y decisión sobre el acceso o no de estas parejas a la institución matrimonial (18).

Recurriendo a los términos más sencillos de análisis, las legislaciones europeas pueden encuadrarse en dos grupos (desiguales, eso sí): el de aquellos ordenamientos que permiten contraer matrimonio a parejas del mismo sexo, y el de aquéllos en que tal posibilidad no existe.

En el primer grupo, hasta el momento, sólo se encuentran, entre los Derechos Europeos (19), los ordenamientos holandés, belga y español. En efecto, el 1 de abril de 2001 entró en vigor en Holanda la Ley de 21 de diciembre de 2000 que modifica el Código Civil y permite el matrimonio entre personas del mismo sexo; el 1 de junio de 2003 entraba en vigor la Ley belga de 13 de febrero de 2003 que, asimismo, modifica el Código Civil y abre el matrimonio a parejas del mismo sexo; y, en el caso español se produjo la apertura del matrimonio a las uniones de personas del mismo sexo por Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (20). En los tres casos: 1. se opta, sin más, por la exclusión de la exigencia de la pertenencia a distintos sexos de los contrayentes; y 2. se procede a la extensión de la aplicación de la normativa matrimonial preexistente; y, en las legislaciones holandesa y belga se intro-

(17) El proceso de incorporación de la «no discriminación por motivos de orientación sexual» en los textos y normativa de la Unión Europea: – Resolución A-0028/94, de 8 de febrero de 1994, DOC 28.02.94, del Parlamento Europeo sobre igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea; – Artículo 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, introducido por el Tratado de Amsterdam de 2.10.97; – Artículo II-21 del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa.

(18) Un interesante resumen de los términos del debate institucional habido en Bélgica durante la génesis de la que sería Ley de 13 de febrero de 2003, de apertura del matrimonio a personas del mismo sexo y reforma de ciertas disposiciones del Código Civil, en AUDE FIORINI, «New Belgium Law on same sex marriage and the PIL implications», *ICLQ*, vol. 52, october 2003, pp. 1039-1049.

(19) Considerar, además, el caso de la legislación de Canadá, o el de Massachussets en Estados Unidos.

(20) *BOE* núm. 157, de 2 de julio de 2005, pp. 23632-23634.

ducen ciertas normas de adaptación específica para los matrimonios homosexuales, especialmente en las cuestiones relativas a la filiación (biológica y adoptiva), y en las soluciones de Derecho Internacional Privado.

En el segundo grupo queda, por consiguiente, incluido el resto de las legislaciones. En este supuesto, aunque, evidentemente, no es preciso *justificar la ausencia de reforma de la institución matrimonial*, sí resulta fundamental abordar un proceso de debate y «definición del sistema», de contenido similar al que tuvo lugar en los países que, optando por la reforma, han introducido en su ordenamiento la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. En efecto, en los sistemas incluidos en este segundo grupo, es necesario poder establecer, en cada caso, en cada ordenamiento, un mapa claro de fundamentos materiales irrenunciables, de instituciones jurídicas, y de opciones de política legislativa. Ello es imprescindible, *ad intra*, para poder garantizar una respuesta jurídica eficaz y coherente al juego de intereses y aspiraciones de los particulares, y, *ad extra*, para poder fijar la posición de cada sistema de Derecho Internacional Privado en el tratamiento de situaciones jurídicas creadas, consolidadas o disueltas de acuerdo a otros Derechos.

En concreto, se trata de construir una respuesta completa y sólida en, al menos, tres bloques de cuestiones esenciales (21):

1. La naturaleza y contenido de la institución matrimonial. Definir cuál es su esencia y cuáles sus elementos definidores. Y poder, así, determinar el carácter de la prohibición de matrimonio entre personas del mismo sexo: si responde a un mandato fundamental (constitucional, en su caso) irrenunciable, o si responde a una opción, susceptible de modificación, del legislador ordinario.

2. El concepto de «pareja de hecho» (22). Definir su naturaleza, y contenido fundamental. Y poder, así, determinar sus similitudes y diferencias con el matrimonio, los límites entre ambos conceptos, y los márgenes de actuación y regulación de los mismos por parte del legislador (por ejemplo, en la creación de figuras paralelas) (23).

3. La posición del ordenamiento frente a instituciones y regulaciones procedentes de otros Derechos, y diferentes de las propias. Definir el contenido del orden público. Y poder determinar qué instituciones extranjeras, desconocidas o no

(21) En esta línea de concretar, en cada ordenamiento, una auto-definición para estas cuestiones, resulta especialmente clarificador el ejemplo alemán: *vid.* Decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) de 4 de octubre de 1993 (la Ley Fundamental de Bonn no permite el matrimonio entre personas del mismo sexo), y de 17 de julio de 2002 (la ley de parejas registradas de 16 de febrero de 2001 no vulnera la norma constitucional). GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., «La unión libre en la Jurisprudencia Constitucional Alemana de los últimos años», *Derecho Privado y Constitución*, año 3, núm. 6, 1995, pp. 195-211.

(22) Es diversa la terminología empleada tanto por la doctrina o la jurisprudencia, como en el Derecho español (*vid.* la legislación autonómica en la materia), o en otros ordenamientos: parejas de hecho, uniones de hecho, parejas estables, uniones estables, uniones libres, concubinato, uniones no matrimoniales, uniones extramatrimoniales, etc. La utilización de expresiones diferentes no deja de tener, en muchos casos, consecuencias materiales en relación al contenido substancial distintivo que se atribuya a la figura.

(23) En relación al debate abierto en la doctrina española en estas cuestiones, y sobre los límites constitucionales a la actividad del legislador, GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., «La unión libre: familia, no matrimonio», *diario La Ley*, año XXV, núm. 6038. Viernes 11 de junio de 2004. VALLADARES RASCÓN, E., «El derecho a contraer matrimonio y la Constitución», (BIB 2005 1388), <http://www.aranzadi.es>.

en el propio Derecho, con contenidos equivalentes o no al de otras instituciones propias, serían susceptibles de reconocimiento, y con qué efectos y límites.

B. Recurso legislativo en los ordenamientos nacionales a la creación de otras instituciones o figuras jurídicas reguladoras de la convivencia «more uxorio»

En este apartado, al considerar las distintas opciones de los legisladores para regular la convivencia extramatrimonial, las diferencias de calificación, ordenación e institucionalización jurídica, en su caso, de las diversas figuras reguladas son tan relevantes que se hace imposible una plena homogeneización de categorías. En todo caso, en rigor, podrían distinguirse tres supuestos, de mayor a menor grado de institucionalización (24): el de la pareja registrada, el de otras formas de unión con reconocimiento legal, y el de la ordenación legal de ciertos derechos vinculados a la convivencia estable (25).

La pareja registrada es una institución jurídica cercana al matrimonio, que, como éste, precisa de una declaración de voluntad de los contrayentes. Como ya se ha analizado, nació en los ordenamientos escandinavos como institución paralela a la matrimonial para las uniones de personas del mismo sexo. Pero posteriormente la figura se ha ido diversificando en Derecho Comparado, y actualmente: 1. aparece, en algún ordenamiento como alternativa al matrimonio, tanto para uniones de personas de distinto sexo como para parejas del mismo sexo (26); y 2. en otros, se mantiene, como en su origen, como una institución paralela al matrimonio, reservada a las parejas del mismo sexo (27).

Otras formas de uniones con reconocimiento legal. Se trata de figuras legales: 1. que, frecuentemente, adoptan una calificación híbrida entre el Derecho de Obligaciones y el Derecho de Familia; 2. con un contenido alejado del de la institución matrimonial; 3. que, fundadas sobre la voluntad de los interesados, les atribuyen una nueva condición jurídica, normalmente vinculada a la inscripción registral; y 4. abiertas tanto a las uniones de personas del mismo sexo como a las de distinto sexo. Este es el caso del «contrato de vida en común» del Derecho holandés, de la «cohabitación legal» del Derecho belga, o del «pacto civil de solidaridad (PACS)» del Derecho

(24) En este intento de sistematización es necesario, además, destacar dos variables que, aunque en atención al objetivo y límites del presente estudio no son aquí objeto de tratamiento particular, sí resultarán, sin embargo, fundamentales en caso de emprender valoraciones y análisis constitucionales. Se trata, en concreto, de: 1. la exigencia o no de una declaración de voluntad de los interesados para que la normativa en cuestión resulte aplicable, y 2. la exclusión o no de la libre ruptura.

(25) *Las familias, parejas e hijos y la Unión Europea. Informe y recomendaciones de ILGA-Europe*, preparado por Mark Bell, abril-2003, pp. 7-14

(26) Este es el caso de Holanda, donde ambos tipos de uniones (homosexuales o heterosexuales) pueden acceder a ambas figuras (tanto al matrimonio como a la pareja registrada).

(27) Este es el caso de Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia, Islandia, Alemania (si bien, en este caso, la figura mantiene un mayor distanciamiento de la institución matrimonial), Luxemburgo, Suiza (*Loi federale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe*, de 18 de junio de 2004, que tras su aprobación en referéndum celebrado el 5/6/2005, entró en vigor el 1/1/2007), o Reino Unido (*Civil Partnership Act* de 30/3/2004, que entró en vigor el 5/12/2005).

francés; y, entre las leyes españolas, éste es el modelo adoptado por la Ley de Baleares de 19 de diciembre de 2001, y por la Ley del País Vasco de 7 de mayo de 2003.

La ordenación legal de ciertos derechos vinculados a la convivencia estable. En este supuesto se está haciendo referencia a aquellas previsiones legales que, sin distinguir por razón de sexo u orientación sexual, toman la convivencia estable *more uxorio* como elemento generador de ciertos efectos jurídicos, al margen de la voluntad de los convivientes. Sin crear una figura legal cuyo contenido pueda configurar un nuevo status jurídico para los particulares, se limitan a ordenar algunos aspectos de su esfera jurídica que surgen o se ven afectados por el hecho de haberse establecido una convivencia de tal naturaleza. A este grupo pertenece la legislación sueca sobre convivientes, o la portuguesa de uniones de hecho.

En el caso del Derecho español, los modelos diseñados por las legislaciones de las Comunidades Autónomas de Cataluña, Aragón y Navarra, se podrían considerar como mixtos entre los dos últimos supuestos, pues verdaderamente participan de ciertas caracterizaciones de cada uno de ellos. Partiendo de una situación fáctica de convivencia estable *more uxorio*, crean una nueva condición jurídica para los convivientes. En algunos supuestos vinculan el acceso a este nuevo status a la voluntad de los interesados, pero en otros la atribución se produce con carácter general y al margen de la voluntad de los miembros de la pareja.

Finalmente, hay países cuyo ordenamiento no contempla regulación legal alguna, ni de carácter matrimonial ni de carácter extramatrimonial, de las uniones de personas del mismo sexo. En estos casos, sin embargo, sí se ha generalizado el reconocimiento, fragmentario y no-sistemático, de ciertos derechos a los miembros de estas parejas y de ciertos efectos derivados de la naturaleza *more uxorio* de su convivencia. Se ha ido consolidando, en efecto, una red que, a lo largo y ancho de sus ordenamientos nacionales, incluye la extensión, a estas uniones, de derechos propios del matrimonio o de derechos ya reconocidos en los supuestos de convivencia extramatrimonial entre personas de diferente sexo.

VII. DIVERSIFICACIÓN DE MODELOS NACIONALES Y UNIÓN EUROPEA

A lo largo del proceso de construcción europea, significativamente desde el Acta Única Europea (1986), y en especial desde el Tratado de Maastrich (1991), hasta el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (2003), pasando por el Tratado de Amsterdam (1997), se proyecta una evolución general en virtud de la cual se pasa del objetivo del mercado común al de creación de la Europa de los ciudadanos (28).

(28) Este proceso se aprecia en soluciones de diversa índole, como la ampliación de la consideración de «actividad económica» a la circulación de los turistas, o como la extensión del concepto de «trabajador» a través del derecho a la reagrupación familiar, o como el tratamiento comunitario del régimen de «nombre y apellidos» en virtud de las relaciones entre el principio general de no-discriminación por razón de nacionalidad y las libertades comunitarias, etc. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Derecho Internacional Privado Comunitario y Derecho Privado Europeo Uniforme», *Seminario sobre problemas jurídicos actuales de Derecho Internacional Privado*, U.A.M. 2003-2004.

En este sentido, la creación de un espacio europeo de justicia ha conllevado la atribución y asunción de nuevas competencias por parte de las instituciones europeas; nuevas competencias, que vienen a afectar contenidos de, entre otros, los sistemas de Derecho Internacional Privado. Pudiéndose, asimismo, apreciar una tendencia hacia la elaboración de un Derecho Privado Europeo Uniforme.

Esta progresiva «extensión competencial» por parte de la Unión Europea en estos sectores de materias coincide, por tanto, con el periodo actual de cambios y transformaciones que, como ha habido ocasión de analizar en las consideraciones que anteceden, están viviendo los sistemas europeos de Derecho de Familia.

Por eso conviene individualizar los problemas y cuestiones que, en el ámbito comunitario, vienen provocando esta nueva situación socio-jurídica, las recientes regulaciones nacionales sobre nuevos modelos de familia y uniones extramatrimoniales, y sobre uniones *more uxorio* de personas del mismo sexo.

En concreto, los sectores del Derecho Comunitario en que las instituciones europeas han tenido que resolver supuestos vinculados a esta materia han sido, esencialmente, el de la función pública comunitaria, el de la no discriminación, y el de la libre circulación de personas (29).

Las respuestas comunitarias en estos sectores podrían sintetizarse de la siguiente forma (30):

1. A efectos de la aplicación del Derecho de la Unión Europea, existe una calificación comunitaria autónoma de la «institución matrimonial», construida sobre la base de su configuración en la generalidad de los Estados miembros como «una unión entre dos personas de distinto sexo» (31).

2. No cabe, por vía interpretativa, la equiparación entre el matrimonio y otras figuras jurídicas (la pareja registrada) reguladas en algunos Estados miembros, aunque en sus ordenamientos de origen gocen de ciertos niveles de asimilación (32).

3. Asimismo, no cabe equiparación entre el matrimonio y las uniones estables de hecho (33).

4. En el estado actual del Derecho en el seno de la Comunidad, las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se equiparan a las relaciones entre personas casadas o a las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo (34).

(29) *Vid.*, en este sentido, el completo análisis realizado por GONZÁLEZ BEILFUSS, C., en *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 68 y ss.

(30) Si bien puede apreciarse una cierta distorsión entre las iniciativas y posiciones adoptadas, al respecto, por «el Consejo y el Tribunal», por un lado, y «el Parlamento y la Comisión», por otro.

(31) *STJCE 2001/152, de 31 de mayo, C-122/99P y C-125/99P, D. y el Reino de Suecia c. Consejo de la Unión Europea*. ¿Puede mantenerse esta posición tras la apertura de la institución matrimonial a parejas de personas del mismo sexo en los ordenamientos holandés, belga y español? Ciertamente, si el Tribunal de Justicia hubiera de definirse ante un matrimonio entre personas del mismo sexo, constituido de acuerdo a la legislación holandesa, belga, o española, la solución más razonable, según la lógica comunitaria, sería la de tratar de igual manera a «cualquier matrimonio celebrado de acuerdo a la ley de un Estado miembro».

(32) *STJCE 2001/152, de 31 de mayo, C-122/99P y C-125/99P, D. y el Reino de Suecia c. Consejo de la Unión Europea*.

(33) *STJCE de 17 de abril de 1986, Asunto 59/85, Países Bajos c. Ann Florence Reed*.

(34) *STJCE 1998/28, de 17 de febrero, C-249/96, Lisa Jacqueline Grant c. South-West Trains Ltd.*

Siguiendo la opinión mayoritaria de la doctrina, la actuación y soluciones de las instituciones europeas en estos casos están resultando claramente insatisfactorias (35). Por un lado, se aprecia que los Estados miembros y la Unión Europea no llevan «el paso acompasado» en estas cuestiones: el fuerte dinamismo de las legislaciones nacionales contrasta con la lentitud de la reacción comunitaria. Por otro lado, las respuestas comunitarias, al menos hasta ahora, obstaculizan la realización de un objetivo que, sin embargo, viene a asumir una vocación general de aplicación: el de extensión de los efectos de una situación válidamente constituida en uno de los Estados miembros en todos los demás.

Todo ello obliga a la Unión Europea a afrontar, no ya sin una cierta urgencia, un proceso de definición, con una doble orientación: 1. en relación a su actuación sobre las políticas nacionales de los Estados miembros (objetivos de integración y cooperación), y 2. en relación al impacto intracomunitario de la política y los actos internos de cada uno de los Estados miembros (reconocimiento mutuo) (36).

En el primer caso, la Unión Europea habría de proceder a clarificar, concretar y definir objetivos y opciones de política legislativa en todas aquellas cuestiones que, afectando a las relaciones interpersonales y familiares, sean objeto de su actuación, directa o indirectamente, sobre los ordenamientos nacionales para eliminar obstáculos, unificar, coordinar, o aproximar legislaciones. En este sentido, por ejemplo, habría que dotar de contenido substancial a la «prohibición de discriminación por razón de orientación sexual», revisar las calificaciones autónomas comunitarias de ciertas nociones jurídicas como las de «matrimonio» o «cónyuge», y adoptar una clara posición frente a las nuevas estructuras familiares a la hora de elaborar Reglamentos, Recomendaciones, o Directivas (37).

En el segundo caso, la Unión Europea habría de definir y completar la posición comunitaria frente a las nuevas figuras y estructuras familiares reconocidas y reguladas en los Derechos nacionales de los Estados miembros. Posición que tendrá que caracterizarse por el respeto a los objetivos y principios comunitarios (como el de no-discriminación por razón de nacionalidad, y el de reconocimiento mutuo) y por garantizar las libertades comunitarias (como la libre circulación de personas).

VIII. CONSIDERACIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Como ha habido ocasión de señalar, los modelos nacionales de regulación, en la materia, resultan difícilmente asimilables o equiparables. Así, la diversidad de

(35) JESSURUN D'OLIVEIRA, H. U., «Freedom of Movement of Spouses and Registered Partners in the European Union», *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification, Liber amicorum Kurt Siehr*, La Haya, 2000, pp. 527-543.

(36) «Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», DOCE, C 12, de 15 de enero de 2001. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 88-92. GARDEÑES SANTIAGO, M., *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, 1999. GUZMÁN ZAPATER, M., «Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales», *RDCE*, 2001.

(37) *Vid.*, por ejemplo, la Directiva 2003/86/CE del Consejo, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

instituciones, figuras y regímenes en los diferentes Derechos provoca un considerable alejamiento de fundamentos y contenidos materiales entre los ordenamientos, a diferencia de lo que venía sucediendo tradicionalmente con la institución matrimonial. En efecto no resulta posible hablar ni de universalidad de las instituciones ni de uniformidad de los contenidos.

Esta situación, unida a la prudencia de que están haciendo gala los legisladores nacionales (conscientes de que toman iniciativas no contrastadas por experiencias anteriores, y de estar tratando valores centrales del ordenamiento), justifica la opción, prácticamente generalizada, a favor de modelos unilaterales (tanto para la determinación del ámbito espacial de aplicación de las normas como para regular las condiciones de constitución y validez) y la referencia constante y global al ordenamiento de constitución o registro en las soluciones conflictuales (38).

Así, los sistemas nacionales concretan la exigencia de cierta vinculación de los contrayentes con el foro para poder acceder a las figuras reguladas, en la materia (39). Para determinar la capacidad de los contrayentes, en unos casos se prescinde del ordenamiento jurídico correspondiente a la nacionalidad o domicilio del contrayente extranjero y se aplica la ley del lugar de constitución (40), y en otros casos se mantienen las soluciones generales sobre determinación del Derecho rector de la capacidad y se incluyen cláusulas subsidiarias a favor del Derecho del foro (ley de registro/constitución) (41).

En el caso del ordenamiento español, la diversificación de las estructuras familiares, se ha venido concretando, por un lado, en las iniciativas adoptadas por diversos legisladores autonómicos, regulando las «uniones de hecho» *more uxorio*, tanto entre personas de distinto sexo como entre personas del mismo sexo (42); y, por otro lado, en la apertura de la institución matrimonial a parejas del mismo sexo,

(38) GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 93-115 y 139-185.

(39) Vinculación por razón de nacionalidad, residencia, y/o domicilio de los contrayentes.

(40) Esta es la solución adoptada en el modelo escandinavo, en el sistema holandés, y en el alemán, por ejemplo. Así como la prevista por la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado, ya para el matrimonio, y que en virtud de la Ley de 18 de junio de 2004 sobre partenariado registrado entre personas del mismo sexo se aplica también en estos supuestos.

(41) Esta es la solución contenida en el Código Belga de Derecho Internacional Privado de 16 de julio de 2004, o en la legislación francesa sobre P.A.C.S.

(42) Cataluña: Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja. Aragón: Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, modificada por Ley 2/2004 de 3 de mayo. Navarra: Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. Valencia: Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho. Baleares: Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables. Madrid: Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho. Asturias: Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables. Andalucía: Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho. Canarias: Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho. Extremadura: Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho. País Vasco: Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. Cantabria: Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho. Además, en el caso de la legislación autonómica, conviene recordar aquí la relevancia, a efectos jurídico-civiles, únicamente de las leyes de las Comunidades Autónomas que, conforme a la Constitución y sus respectivos Estatutos de Autonomía, gozan de competencia en materia de Derecho Civil: Cataluña, Aragón, Navarra, Baleares y País Vasco.

Vid. ROCA, E.: «Famílies homosexuals: matrimoni, adopció i acolliment de menors», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2006-1, pp. 19-21.

adoptada por el legislador estatal por Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (43).

Sin entrar, aquí y ahora, en las cuestiones relativas a los conflictos que puedan surgir en la determinación del ámbito material y espacial de aplicación de las leyes autonómicas, ni en las de Derecho aplicable en los supuestos de «conflictos internos» (vinculados o no a supuestos de tráfico externo), las líneas siguientes van a limitarse a señalar algunos de los interrogantes fundamentales que la reforma del derecho a contraer matrimonio plantea al sistema español de Derecho Internacional Privado; cuestiones que, además, ya han sido individualizadas y destacadas por la doctrina y la jurisprudencia.

En efecto, la Ley 13/2005, de 1 de julio, no aportó soluciones a las cuestiones que, con cierta especialidad, puedan surgir en el tratamiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo, en los supuestos de tráfico externo. Ha sido la *Dirección General de Registros y Notariado* quien, ante las dudas y diversidad de soluciones que comenzaban a ofrecer las actuaciones de jueces y registradores, ha asumido la labor de adaptar y reinterpretar, a la luz de las novedades legislativas, las soluciones que el sistema español de Derecho Internacional Privado adopta en materia de celebración y validez del matrimonio.

La *Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo* (44), diseña un sistema de soluciones para afrontar, en el Derecho español, la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo cuando la situación presente algún elemento de extranjería. Prescindiendo de los desarrollos y comentarios que las soluciones así aportadas merecen (45), se destacan y sistematizan a continuación algunas de las consideraciones y conclusiones de la *Circular*:

1. Para la determinación del ámbito de aplicación de las normas españolas en la materia, se afirma la existencia de un modelo unilateral, basado en las normas que determinan la competencia (interna) para autorizar el matrimonio (esp. arts. 51 y 57 CC). De tal manera que la posibilidad de contraer matrimonio, entre personas del mismo sexo, conforme al Derecho español quedaría vinculada a la exigencia de domicilio en España o nacionalidad española de, al menos, uno de los contrayentes.

2. Partiendo de la aplicación de la ley personal de cada uno de los contrayentes a su capacidad matrimonial (art. 9.1 CC), la *DGRN* parece admitir que la cuestión sobre exigencia o no de la disparidad de sexos para contraer matrimonio, quedaría sometida a esa misma ley, con una calificación similar a la de los impedimentos bilaterales.

(43) *BOE* núm. 157, de 2 de julio de 2005.

(44) *BOE* núm. 188, de 8 de agosto de 2005.

(45) QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: «Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2005-4, pp. 199-215 (anterior a la *Resolución-Circular DGRN de 29 de julio de 2005*); y su comentario, en *Rev. Crit. DIP*, 94-4, octubre-diciembre 2005, pp. 855-858. SÁNCHEZ LORENZO, S., su comentario, en *Rev. Crit. DIP*, 94-4, octubre-diciembre 2005, pp. 621-627. CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho Internacional Privado Español», diario *La Ley*, año XXVII, núm. 6391, lunes 2 de enero de 2006, www.laley.net

3. Para, más adelante, argumentar que, cuando por aplicación de una ley extranjera (la ley nacional del contrayente extranjero), no se autorizase el matrimonio entre personas del mismo sexo, tal conclusión resultaría contraria al orden público internacional español, por razones muy similares a las que han llevado a aplicar la excepción de orden público en supuestos de disparidad de cultos o de transexualidad.

4. Curiosamente, tras haber argumentado a favor del recurso a la excepción de orden público para excluir los efectos prohibitivos de la aplicación de la ley nacional, como ley rectora de la capacidad matrimonial, la *DGRN* afirma que, más que una cuestión de capacidad, la admisibilidad de la identidad de sexos se convierte en un elemento objetivo de la institución matrimonial. Realmente, si ésta es la tesis sobre la que definitivamente se apoya la *Resolución*, la cuestión esencial no es ya una cuestión de Derecho aplicable, sino de reconocimiento de la validez internacional del matrimonio (46).

Finalmente, y desde una dimensión comparatista, no puede, además, perderse de vista que, en la actualidad, son mayoría los ordenamientos que no han incorporado regulación alguna en la materia objeto de este análisis. Ello explica que, de entre las cuestiones esenciales en el tratamiento de las situaciones pluriconectadas, o transfronterizas, por los sistemas de Derecho Internacional Privado, alcance hoy una especial relevancia, en este sector de problemas, la del reconocimiento de instituciones, y extensión de efectos y contenidos de las mismas en ordenamientos diferentes al de origen (47).

En efecto, tanto en los ordenamientos que incorporan instituciones o figuras jurídicas paralelas o alternativas al matrimonio (para supuestos de uniones de personas del mismo sexo y/o de diferente sexo) como en aquéllos que no lo hacen, resulta fundamental la implantación de un sistema claro y coherente de «reconocimiento». Para cubrir tal objetivo, y con carácter previo a la determinación concreta de requisitos y procedimiento para el reconocimiento, se impone la consideración de dos grupos de cuestiones esenciales: el relativo al orden público, y el relativo a los límites substantivos del reconocimiento.

En cuanto al tratamiento del orden público, los interrogantes se refieren a dos bloques: 1. si la heterosexualidad se considera elemento constitutivo del concepto de matrimonio, o si, por el contrario, sería posible el acceso al matrimonio de parejas del mismo sexo, y 2. cuál es el contenido material admisible para instituciones extramatrimoniales, en comparación con el de la institución matrimonial, para poder, en su caso, asegurar el respeto de los niveles garantizados de protección y regulación de las parejas casadas (48).

(46) SÁNCHEZ LORENZO, S., *vid.* su comentario en *Rev. Crit. DIP*, 94-4, octubre-diciembre 2005, pp. 624-627.

(47) GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 115-135.

(48) Así, en el sistema alemán no pueden reconocerse figuras substancialmente idénticas al matrimonio, para que no se vea vulnerada la protección constitucional al matrimonio. Una pareja registrada constituida en el extranjero, podrá ver reconocidos en Alemania los efectos previstos por la ley de registro, siempre que no sobrepasen los que el ordenamiento alemán establece para las parejas constituidas en aplicación de su ordenamiento.

En cuanto a los límites substantivos del reconocimiento: a salvo el orden público, y teniendo en cuenta la diversidad de instituciones, figuras y contenidos de regulación en los diferentes ordenamientos, es necesario realizar análisis comparativos de las soluciones adoptadas por el Derecho de origen (ley de registro/constitución) y por el Derecho del Estado requerido. En efecto, es preciso determinar: *a*) si se trata de una institución desconocida en el foro, *b*) o de una institución o figura equivalente a otra regulada en el propio ordenamiento (49), *c*) o si es posible proceder, en trámite de reconocimiento, al ajuste entre instituciones, propias y extranjeras, y sus efectos (50).

(49) En este sentido, el artículo 45.3 de la Ley Federal suiza sobre Derecho Internacional Privado, tal como ha sido redactado por la Ley Federal sobre partenariado registrado entre personas del mismo sexo, establece que «un matrimonio válidamente celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo se reconoce en Suiza como “pareja registrada” (*partenariat enregistré*)».

(50) *Vid. supra* nota núm. 48.