

LA APLICACION DE LA LEY 13/2005 EN EL CASO DE CONTRAYENTES EXTRANJEROS

1. La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, admite en España el matrimonio homosexual, sumándose de esta forma a sistemas como los de Bélgica, los Países Bajos, Canadá o Massachusetts. La reforma básica consiste en añadir un segundo párrafo al art. 44 Cc, según el cual: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. El resto de artículos reformados procura una simple adaptación morfológica de la dicción de algunos preceptos, sustituyendo las menciones al marido y a la mujer por la más genérica de los “cónyuges” (arts. 66, 67, 637, 1.323, 1.344, 1.348, 1.351, 1.361, 1.365.2º, 1.404 y 1.458 del Código Civil), o la de padre y madre por “progenitores” (arts. 154, 160, 164.2º, 178.2º del Código Civil y arts. 46 y 53 de la Ley del Registro Civil). La misma lógica de pura adaptación a la nueva realidad ampara la reforma del art. 48 de la Ley del Registro Civil al referirse ahora a la filiación paterna “o materna”. Tampoco cabe considerar como novedad la reforma de los arts. 175.4º y 178.2º del Código Civil en materia de adopción; el art. 175.4º se limita a mantener como excepción al principio de adopción por un solo adoptante el caso de la adopción por ambos cónyuges, precisando que puede ser conjunta o sucesiva; por su parte, el art. 178.2º elimina la necesidad de que el adoptante sea de distinto sexo al progenitor legalmente determinado para configurar la correspondiente excepción relativa al mantenimiento de los vínculos jurídicos de la familia del progenitor que, según el caso, corresponda.

La reforma, en consecuencia, no ha afectado a los arts. 49 a 51 y 107 del Código Civil ni a ninguna de las normas propias del Derecho internacional privado. Sin embargo, su incidencia en las relaciones de tráfico externo resulta evidente. En primer término, la admisión del matrimonio homosexual en España abre el reconocimiento en España de los matrimonios homosexuales celebrados regularmente conforme a una ley extranjera. El verdadero problema, sin embargo, parece hallarse en la determinación de los supuestos en que cabe autorizar el matrimonio entre personas del mismo sexo por parte de la autoridad española. Muy unido a esta cuestión se plantea un segundo problema relativo a la eventual eficacia extraterritorial de los matrimonios celebrados en España entre personas del mismo sexo. Por último, cabe hacer referencia

a las cuestiones que plantea la adopción que se constituye en España por parte de cónyuges adoptantes del mismo sexo.

2. La posibilidad de que las autoridades españolas puedan autorizar el matrimonio entre contrayentes del mismo sexo cuya nacionalidad no sea la española depende directamente de una cuestión de interpretación, según se opte por considerar la homosexualidad o la heterosexualidad como una cuestión de capacidad, o, al contrario, como un elemento o condición subjetiva consustancial con la propia institución matrimonial. Si nos atenemos a la primera calificación, la homosexualidad, al igual que la edad o el parentesco, vendría a ser una condición personal capaz de limitar la capacidad para contraer matrimonio, que quedaría regida, al amparo del art. 9.1º del Código Civil, por la ley nacional de cada contrayente. En consecuencia, tanto para autorizar un matrimonio por parte de la autoridad española como para inscribir en el registro español un matrimonio celebrado en el extranjero, sería imprescindible que el matrimonio con una persona del mismo sexo no fuera un impedimento de capacidad conforme a la ley nacional de cada contrayente. Bastaría con que la ley personal de uno de ellos reconociera el impedimento para que el matrimonio no pudiera resultar autorizado o inscrito. Esta fue la solución original del legislador belga inmediatamente después de su ley de 13 de febrero de 2003 (*vid.* A. Fiorini, “New Belgium Law on Same Sex Marriages and its PIL Implications”, *I.C.L.Q.*, vol. 52, 2003, pp. 1.039-1.058), pero sólo hasta que el art. 46.II de la Ley belga de Derecho internacional privado estableciera una regla explícita mucho más amplia, bastando únicamente con que uno de los contrayentes tuviera nacionalidad o residencia en Bélgica para autorizar el matrimonio homosexual ante autoridad belga.

La caracterización del problema como una cuestión de capacidad preside, al menos inicialmente, los razonamientos de la muy curiosa “Resolución-Circular de la D.G.R.N. de 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo” (*B.O.E. núm 188, 8-VIII-2005*). La D.G.R.N. califica la identidad de sexos como una cuestión de “capacidad”, regida en principio por la ley nacional. La “identidad de sexos” vendría a ser un impedimento relativo de capacidad, como el parentesco. Consecuentemente con esta tesis, el matrimonio homosexual sólo podría ser válido si no hubiera impedimento alguno por parte de las respectivas leyes nacionales de ambos contrayentes. Para autorizar dicho matrimonio, la D.G.R.N. pone de relieve que puede tenerse en cuenta el reenvío a la ley española, como ley del domicilio o de celebración del matrimonio, por parte de sistemas como el inglés o el suizo, que no reconocen el matrimonio homosexual. Asimismo —lo que es más sorprendente— se admite el matrimonio homosexual cuando la ley nacional de uno de los contrayentes remita a la ley de otro Estado distinto a España (Bélgica, Países Bajos...) que admita dicho matrimonio. Con ello, y contradiciendo la regla general del art. 12.2º del Código Civil, se admite la posibilidad de reenvío de segundo grado. La justificación que se aduce es que el concepto del reenvío de retorno o de primer grado —

admitido en el sistema español—, responde a una noción de “reenvío materialmente orientado”, en el sentido de favorecer la solución dada al caso por la ley española (reenvío como expediente). De ahí que deba admitirse el reenvío de segundo grado si la ley del tercer Estado coincide en su contenido con la ley española.

Para la D.G.R.N. el problema se suscita, evidentemente, cuando conforme a la ley nacional del extranjero no se admite el matrimonio homosexual. Para justificar la autorización del matrimonio, al menos si el extranjero reside en España, la D.G.R.N. se plantea diversos argumentos, algunos correctamente descartados, como la incidencia del principio de igualdad contenido en el art. 14 de la Constitución Española. Más proclive se muestra el análisis de la D.G.R.N. hacia un rechazo a la ley nacional del extranjero que niega su capacidad nupcial sobre la base de la homosexualidad del matrimonio, basándose en razones de orden público. La D.G.R.N. encuentra cierta analogía con la acción del orden público frente a los matrimonios poligámicos, el impedimento de disparidad de cultos, la prohibición del matrimonio a transexuales, el matrimonio de menores o sin consentimiento libre de los contrayentes. La D.G.R.N. parece consciente de que no es fácil erigir la homosexualidad como una cuestión de orden público, dado que el *ius nubendi* no parece constitucionalmente garantizado para los matrimonios entre personas del mismo sexo, y que su extensión a estas personas es una mera opción legislativa, por más que trate de optimizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad o la no discriminación por razón de orientación sexual. Sin embargo, acaba por declarar que la acción del orden público parece legítima, ante el presunto silencio del legislador, por analogía a la exclusión de la ley nacional que se ha operado en supuestos, por ejemplo, e disparidad de cultos o de transexualidad. Conviene precisar, en primer término, que no existe ningún silencio del legislador español, al menos si se estima que estamos ante una cuestión de capacidad nupcial, pues tanto la aplicación de la ley nacional como su eventual exclusión por razón de orden público están reguladas en los arts. 9.1º y 12.3º del Código civil. En segundo término, parece claro que no existe una analogía sencilla entre los supuestos de disparidad de cultos o el derecho de los transexuales a contraer matrimonio —en este caso a raíz especialmente de la doctrina de la *Res. D.G.R.N. de 24 de enero de 2005*—. En el primero, el impedimento de capacidad atenta de forma directa contra el artículo 16 de la Constitución. En el segundo caso, existe toda una línea de interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que garantiza el derecho de los transexuales a contraer matrimonio en el sentido del art. 12 de la Convención Europea. En contrapartida, ni el art. 32 de la Constitución, ni el Derecho comunitario ni tampoco la jurisprudencia del TEDH exigen o avalan una concepción del *ius nubendi* que englobe el matrimonio entre personas del mismo sexo. Ciertamente la extensión de este derecho es perfectamente constitucional, y acaso supone una optimización de derechos como el libre desarrollo de la personalidad o la libre orientación sexual, pero de ahí afirmar que se trata

de una extensión de orden público internacional hay un salto lógico que no aparece debidamente justificado. Por lo demás, como se deduce del conjunto de la Resolución-Circular, esta reserva de orden público acaba sometida a una determinada *Inlandsbeziehung*, pues sólo opera si el extranjero reside en España. A mi modo de ver, plantea serias dudas que una reserva de orden público directamente basada en derechos fundamentales que se extienden a todas las personas por el hecho de serlo pueda sufrir una restricción espacial o exija una determinada *Inlandsbeziehung*. Parecería más lógico, como petición de principio, que si se trata de una razón de orden público de tal envergadura, cualquier matrimonio que se pueda autorizar por autoridad española no repare en el sexo de los contrayentes, como así ocurre, sin fijarse explícitamente en la residencia, cuando se trata de descartar el impedimento de disparidad de cultos, de imponer el impedimento de ligamen o de omitir el sexo cromosómico de un transexual.

Con todo, estas reflexiones únicamente tienen sentido si partimos de una concepción del problema como cuestión de capacidad nupcial y de un eventual descarte de la ley nacional del extranjero por motivos de orden público. En realidad, la D.G.R.N. parece inclinarse finalmente —aunque confusa y solapadamente— por una concepción diversa, más cercana al problema de la “calificación”.

3. En efecto, la heterosexualidad u homosexualidad pueden ser entendidas no como cuestiones de capacidad, sino como elementos —si se quiere relativos a la condición de los sujetos— que configuran la esencia o estructura fundamental de la institución matrimonial. A nuestro juicio, la heterosexualidad o la falta de distinción en razón del sexo conforman la esencia de la institución, y no son cuestiones de “capacidad nupcial”. Señala la D.G.R.N. que el impedimento de “identidad de sexos” nunca se ha recogido expresamente. Y es cierto que esta omisión es un claro síntoma de que la “heterosexualidad” ha sido tradicionalmente, y sigue siendo en la mayoría de los sistemas jurídicos, un elemento conformador de la esencia de la institución. De ahí extrae la D.G.R.N. una conclusión bastante estrambótica: En cierto modo, el matrimonio “homosexual” es una institución hasta ahora desconocida, por lo que, al parecer, se produce una “laguna legal al respecto en nuestro Derecho conflictual”, que sólo contempla, a juicio de la D.G.R.N., el régimen del matrimonio heterosexual. Para cubrir esa laguna no basta el recurso a la regla general del art. 9.1º, sino que sólo cabe cubrirla mediante la aplicación de la ley material española, como se deduce de una serie de elementos variopintos tales como: a) el papel de la residencia habitual en las regulaciones autonómicas de las parejas de hecho; b) la proximidad (*sic*) “forum-ius”; c) el principio de “favor matrimonii”; d) el *ius nubendi* vinculado al derecho a la libre orientación sexual; e) la incidencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad; f) la realidad social del tiempo en que deben interpretarse las leyes y el papel de la residencia habitual en el estatuto personal; g) la jurisprudencia divorcista durante la segunda República. De todo este *totum*

revolutum extrae la D.G.R.N. una conclusión sorprendente: la autorización del matrimonio entre personas del mismo sexo, en aplicación de la ley española, cuando se trate de matrimonio de español con extranjero o entre extranjeros que residan en España.

Finalmente, la solución de la D.G.R.N. no está excesivamente alejada e incluso es más morigerada que la solución belga u holandesa, donde la autorización del matrimonio procede por el mero hecho de que uno de los contrayentes tenga bien la nacionalidad bien la residencia ya sea en Bélgica o en los Países Bajos. Más extensa es aún la *Civil Marriage Act* canadiense de 20 de julio de 2005, al permitir la celebración de matrimonios homosexuales de personas no residentes en Canadá. La única diferencia, sustancial a mi modo de ver, es que el legislador español no ha introducido expresamente criterios de delimitación espacial específicos para el matrimonio homosexual, y los argumentos utilizados en tal sentido por la D.G.R.N. son insostenibles. En efecto, es seguro que el matrimonio homosexual es una institución desconocida en muchos países, pero no puede decirse que, tras esta ley, lo sea en España. De hecho, la propia D.G.R.N. lo plantea con acierto cuando trata favorablemente el reconocimiento en España de los matrimonios homosexuales celebrados por españoles en el extranjero antes de la entrada en vigor de esta Ley, pues no se trata de una aplicación retroactiva de la nueva norma sino del “reconocimiento actual de una institución *antes* desconocida en España, la del matrimonio de personas del mismo sexo”. El art. 44 de la Ley establece con claridad cuál es el nuevo concepto de matrimonio de nuestro Derecho, un matrimonio exactamente igual en condiciones y efectos con independencia de la identidad o disparidad de sexos. No hay, por tanto, laguna alguna. Simplemente las normas de D.I.Pr. relativas al matrimonio se interpretan ahora de conformidad con este nuevo concepto, lo que es perfectamente consecuente con el principio de calificación *ex lege fori* que se establece en el art. 12.1º del Código Civil. Y este nuevo concepto de matrimonio se integra en preceptos tales como los arts. 9.2º y 3º o 107 del Código Civil, pero también en los artículos 49 a 51, de forma que el matrimonio se puede celebrar ante autoridad española conforme a la ley española cuando lo disponen dichos preceptos. Evidentemente, lo que se celebra es el matrimonio como institución tal y como se conoce por el Derecho español, es decir, con independencia de la identidad o disparidad de sexos, por lo que está abierto a cualquier persona, con independencia de su residencia. En la práctica, el límite territorial es el mismo que ya existía antes de esta Ley para el matrimonio —entonces heterosexual—, a saber, la necesidad de que al menos uno de los contrayentes pudiera tener fijado su domicilio en España en el sentido del art. 57 del Código Civil. Para el matrimonio consular, la regla es en principio la misma, y las limitaciones pueden venir dadas simplemente por las reglas territoriales relativas al domicilio de alguno de los contrayentes en la demarcación consular, la imposibilidad de celebrar matrimonio consular respecto de extranjeros nacionales del Estado donde radique el consulado y, sobre todo, la concurrencia

de una prohibición genérica del Estado receptor acerca de la celebración de matrimonios consulares o, incluso, la concurrencia de una prohibición específica por el Estado receptor para celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo. Todo ello sin perjuicio de la eventual eficacia de las delegaciones entre autoridades españolas.

En realidad, la interpretación más lógica obliga a no alterar las reglas relativas a la autorización o el reconocimiento en España de matrimonios, por el hecho de que ahora sean matrimonios homosexuales. Una solución especial sólo tiene sentido si el propio legislador distingue, como hizo el belga, entre ambos tipos de matrimonio. Cuando el legislador español no ha distinguido, y el principio del sistema es la equiparación legal absoluta entre matrimonio homosexual y heterosexual —hasta el punto de que la propia distinción es ficticia legalmente—, carece de sentido que la D.G.R.N. introduzca *motu proprio* tales criterios diferenciales. Cosa muy distinta es evaluar los efectos prácticos que pueda tener semejante criterio de cara al reconocimiento extraterritorial de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados ante autoridad española.

4. Para enfocar la eficacia extraterritorial del matrimonio homosexual autorizado en España, debemos partir, como hemos señalado más arriba, de que no existe en el Derecho comunitario, ni el Derecho comparado europeo, ni en la jurisprudencia del TEDH, un concepto del matrimonio que vaya más allá del matrimonio heterosexual, de forma que la opción belga, holandesa o española es esencialmente excepcional (*vid.* las reflexiones de J.D. González Campos, y su llamada final al legislador comunitario, en su comentario a la sentencia “K.B.” en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 3, 2004, pp. 930-934). Así lo acreditan abiertamente, delimitando un concepto de matrimonio heterosexual en el art. 12 de la Convención, las *Sents. TEDH de 17 de octubre de 1986* (As. “Rees v. United Kingdom”) y *de 27 de septiembre de 1990* (As. “Cossey v. United Kingdom”); la misma restricción *de facto* se encuentra, respecto de las parejas de hecho o registradas del mismo sexo, en las *Sents. TJCE de 17 de febrero de 1998* (Asunto C-249/96: “Grant”) y *de 31 de mayo de 2001* (Ass. C-122/99 y C-125/99: “Suecia/Consejo”). De hecho, la apertura o extensión de derechos fundamentales o básicos a los transexuales, incluyendo el derecho a contraer matrimonio o a la no discriminación por razón de sexos, se fundamenta precisamente en la disparidad de sexos de la unión matrimonial o de hecho, resultante de un cambio de sexos efectivo (*vid.* en este sentido, S. Sanz Caballero, “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, p. 309). En consecuencia, no existe hoy por hoy un principio de orden público europeo que facilite el reconocimiento del matrimonio homosexual, por más que se encuentren algunas manifestaciones de cierta consideración [así, respecto de los funcionarios comunitarios en el Reglamento 723/2004, de 22 de marzo (D.O.C.E. L 124 de 27 de abril de 2004)]. Al contrario, en algunos sistemas

—como en Francia, en Italia o en Alemania— se ha considerado en ocasiones que la “heterosexualidad” es un elemento esencial o constitucional del “matrimonio” que impide el reconocimiento del matrimonio homosexual extranjero por razones de orden público [*vid.* el planteamiento de estas cuestiones, con diversidad de apreciaciones, en H. Fulchiron, “Le mariage homosexuel et le droit français (à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000)”, *Le Dalloz*, 2001, pp. 1628-1631; A. Röhtel, “Gleichgeschlechtliche, Ehe und ordre public”, *IPRax*, 2002, pp. 496-500; J. Wasmuth, “Ehesließung unter Gleichgeschlechtlichen in den Niederlanden und deutscher ordre public”, *Liber Amicorum Gerhard Kegel*, Munich, C.H. Beck, 2002, pp. 237-259. *Vid.* asimismo las consideraciones de conjunto de C. González Beilfuss, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2004, pp.122-129; y de J.M. Martín Serrano, “Los matrimonios homosexuales: una aproximación desde el Derecho internacional privado español”, *R.E.D.I.*, vol. LV, 2003/1, pp. 295-298)].

Ahora bien, esto no impide que, tratándose de una cuestión nacional, un Estado miembro de la Unión Europea pueda estimar incluso que forma parte de su orden público la extensión a las parejas homosexuales del derecho a contraer matrimonio y de todos los derechos que se asocian a semejante estado civil, sobre la base de un concepto más progresista del libre desarrollo de la personalidad y del reconocimiento amplio de la orientación sexual. Tampoco puede negarse que la amplitud con que se reconoce en el principio de no discriminación por razón de orientación sexual en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el art. II-81 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa permite vislumbrar la apertura de este debate a muy corto plazo en el seno de la Unión Europea. Pero, hoy por hoy, el criterio seguido en el Derecho español por la D.G.R.N. es una opción exclusivamente nacional.

La eficacia extraterritorial del matrimonio homosexual celebrado ante autoridad española depende asimismo, en buena medida, de que se considere la heterosexualidad como una cuestión de capacidad o como un elemento consustancial a la institución matrimonial. En este último caso, probablemente las posibilidades de reconocimiento serán menores: Para el ordenamiento extranjero, singularmente si uno de los contrayentes es nacional de dicho Estado, no se trata ya de realizar un control de la ley aplicada a la capacidad por parte de la autoridad española, sino de la imposibilidad de transposición a su ordenamiento interno de una “institución desconocida” (matrimonio homosexual) que, todo lo más, deberá ser reconducida a los efectos de una “unión de hecho homosexual”, si es que ésta institución se contempla en dicho Estado (para un análisis más detallados de las implicaciones para el Derecho internacional privado de esta perspectiva, *vid.* especialmente E. Artuch Iriberrí, “La libertad individual y las parejas ante el Derecho internacional privado”, *R.E.D.I.*, vol. LIV (2002/1), pp. 45 ss.). Si la identidad de sexo se interpreta como cuestión de capacidad, un matrimonio homosexual de dos españoles podría ser reconocido en Francia como matrimonio a todos

los efectos con mayor facilidad, a salvo de una excepción de orden público que habría que justificar. En contrapartida, si se estima que la disparidad de sexos es un elemento estructural o consustancial a la institución matrimonial, lo más que pueden esperar los cónyuges es el reconocimiento de su situación como mera unión de hecho (en este sentido, respecto del modelo español anterior, J.M. Espinar Vicente, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, Cívitas, 1995, pp. 152-153; P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Navarra, Aranzadi, 2002, pp. 299-300). Ciertamente, también cabe concebir la posibilidad —seguramente más acorde a la realidad social europea y de otras culturas de Occidente— de que en ciertos Estados la heterosexualidad, aún contemplada como exigencia legal del matrimonio, no configure una reserva de orden público que impida reconocer, como tal matrimonio, el matrimonio homosexual celebrado en el extranjero (*vid.* en este sentido, respecto del reconocimiento en el interior de los EE.UU., A. Koppelman, “Same-sex Marriage, Choice of Law and Public Policy”, *Texas L. Rev.*, vol. 76, 1998, pp. 921 ss.; Anónimo, “In Sickness and in Health, in Hawaii and Where Else?: Conflict of Laws and Recognition of Same-sex Marriages”, *Harvard L. Rev.*, vol. 109, 1996, pp 1.038 ss, esp. pp. 2.048-2.050; L. Kramer, “Same-sex Marriage, Conflict of Laws and the Unconstitutional Public Policy Exception”, *The Yale Law Journal*, 1997, pp. 1.965 ss. En el Reino Unido J. Murphy, “The Recognition of Same-Sex Families in Britain: The Role of Private International Law”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2002, pp. 181-201, esp. pp. 185-189). Se trata, sin embargo, de una posibilidad de alcance impredecible, que aún no parece suficientemente confirmada en la práctica.

5. Finalmente, no esta de más apuntar los mismos inconvenientes de eficacia extraterritorial que puede suscitar la adopción conjunta de un menor por dos cónyuges del mismo sexo.

La adopción por autoridad española sujeta a los requisitos previstos por la ley española no planteará presumiblemente problema alguno, por cuanto el legislador español simplemente impide que la homosexualidad de ambos cónyuges pueda jugar como un elemento de inidoneidad. Es posible, sin embargo, que se interprete la posibilidad de tener en cuenta la ley nacional del adoptando, en los supuestos previstos en el párrafo I del art. 9.5º.I, cuando se exija algún consentimiento adicional para la constitución de la adopción conjunta por un matrimonio homosexual. Esta ley, sin embargo, no debería intervenir para descartar la adopción por considerarla nula, en la medida en que la capacidad para adoptar es una cuestión sometida de forma exclusiva a la ley española. Evidentemente, esta situación no es extensible a las adopciones inscritas en mecanismos de cooperación internacionales, tanto de naturaleza bilateral como unilateral. En estos instrumentos, el

mecanismo de la cooperación puede verse afectado por el hecho de que el Estado de origen del menor no admita conforme a su orden público una adopción por parte de un matrimonio homosexual.

De igual modo, la posibilidad de constituir en España una adopción internacional de un menor conjuntamente por un matrimonio homosexual no impide reseñar los riesgos de ineficacia extraterritorial de esta institución. En muchos sistemas, el control de idoneidad de los adoptantes o la mera reserva genérica de orden público puede actuar para negar el reconocimiento de la adopción.

6. En conclusión, por más que la aplicación de la ley española para admitir el matrimonio homosexual y las adopciones conjuntas encuentre una sobrada justificación, incluso en su mayor dimensión extraterritorial, no conviene omitir los efectos negativos que dicha aplicación provoca. Sin duda se generarán situaciones claudicantes e inestabilidad en la determinación del estado civil, pues es factible y legítimo que dichos matrimonios no sean reconocidos, especialmente por el sistema jurídico al que pertenezcan los contrayentes extranjeros. En el ámbito de la Unión Europea este efecto puede ser singularmente nocivo, por cuanto la inestabilidad del vínculo afecta a principios esenciales como la libre circulación de personas, provocando serios problemas de aplicación de los derechos personales, familiares, sociales y económicos que emanan directamente del Derecho comunitario y se basan en los vínculos conyugales. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, basta plantear, por ejemplo, la cuestión de la aplicabilidad del Reglamento 2201/2003 invocada para decidir la competencia judicial de los Tribunales franceses para resolver la demanda de divorcio de un matrimonio de homosexuales, ambos franceses, cuyo matrimonio se celebró mientras residían en España. Si se sigue la interpretación más previsible, el matrimonio homosexual quedaría fuera de la aplicación del Reglamento, y la admisión de la demanda en Francia presumiblemente rechazada, al igual que el reconocimiento de una eventual sentencia de divorcio española. Cabe pensar, asimismo, en el reconocimiento de la adopción por matrimonios homosexuales y en multitud de problemas de aplicación de normativas fiscales, laborales y administrativas que parten del reconocimiento de una situación conyugal. En el ámbito de la inmigración, la extensión del régimen comunitario privilegiado efectuada por el art. 2 b) de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, que incluye, junto a los cónyuges, a la pareja de hecho registrada, tampoco es una garantía de igualdad de los derechos de los matrimonios homosexuales. Incluso si esta institución se transpone a la figura de la “unión de hecho registrada”, finalmente esta extensión de derechos depende de que en el Estado de acogida haya un trato equivalente entre el matrimonio y dicha unión de hecho registrada, lo cual traduce el mismo problema ante un eventual régimen diferencial de las uniones de hechos registradas heterosexuales u homosexuales.

Tampoco la facultad de extensión a las parejas de hecho para la reagrupación familiar contenida en la Directiva 2003/86/CE de 22 de septiembre de 2003 supone garantía alguna para los matrimonios homosexuales.

Nada de lo dicho obsta la legitimidad de la opción del legislador español, en el sentido de no autolimitar la aplicación en el espacio de la nueva normativa. Desde luego, no se deben desconocer sus consecuencias y, para intentar minimizarlas, habrá que procurar introducir el debate sobre las nuevas formas de entender el matrimonio en el seno de la Unión Europea. No será fácil que la nueva orientación cale en los países que suelen liderar los procesos legislativos en la Unión. Alemania, Francia, Italia y el Reino Unido parecen defender posturas más conservadoras, y una política progresista en materia de orientación sexual y matrimonio aún parece lejana en dichas latitudes. Pero sigamos con optimismo el consejo que para tiempos de guerra aparece en *La Eneida* de Virgilio (X, 284), pero que también recoge Ovidio como consejo en *El arte de amar* (1, 608), y confiemos en que, por lo general, “audaces fortuna iuvat”.

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de Granada