

# Capacidad para contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Problemas de Derecho Internacional Privado. Una visión comparada España-Canadá\*

**JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL**

Catedrático de Derecho Internacional Privado  
Universidad Pública de Navarra

## RESUMEN

*El artículo tiene como objeto abordar un estudio comparado entre España y Canadá de la cuestión de la ley aplicable a la capacidad matrimonial en los supuestos de matrimonios entre personas del mismo sexo. Ambos Estados son de los pocos que en el Derecho Comparado admiten el matrimonio homosexual, por consiguiente, se pueden ver enfrentados al arduo problema que se plantea cuando la ley personal de uno o los dos contrayentes que pretenden contraer matrimonio en el foro no admite tal tipo de matrimonio. Ante esta situación se han propuesto o articulado diversas soluciones que permiten acceder al matrimonio en estas complejas situaciones.*

*La comparación se ha realizado respecto de Estados con sistemas jurídicos sensiblemente diferentes. Canadá, dejando a salvo la peculiar excepción de Québec, es un país de Common Law, y por consiguiente, parte de unas concepciones jurídicas sensiblemente diferentes a las españolas. Esta realidad se aprecia claramente también a la hora de regular las relaciones privadas internacionales, como lo demuestra, por ejemplo, el uso del domicilio como conexión para determinar la ley personal de las personas físicas.*

---

\* Este artículo tiene como origen la estancia de investigación que desarrollé durante el mes de agosto de 2009 en la University of British Columbia en Vancouver, y para la que disfruté de una beca concedida por el Gobierno de Canadá, dentro del programa Understanding Canada-Canadian Studies. Quiero manifestar mi más sincero agradecimiento por tan generosa concesión.

También quiero poner de relieve mi profunda gratitud al Profesor Bruce MacDougall, Associate Dean for Graduate Studies and Research de la Facultad de Derecho de la citada Universidad. Quien me ayudó con los imprescindibles trámites administrativos previos, pero sobre todo en el desarrollo de la investigación y que ha tenido la gentileza de leer y corregir este artículo antes de su publicación.

*Ciertamente, el hecho de que España y Canadá empleen conexiones diferentes para determinar la ley personal motiva que el problema se plantee de manera parcialmente distinta. La conexión nacionalidad, como manifestación del principio de soberanía, ordena la aplicación de un ordenamiento extranjero respecto del estatuto personal de los no nacionales. Por el contrario la conexión domicilio representa mejor la vinculación del individuo con el entorno en el que vive, es una conexión más real, especialmente en la concepción canadiense, y favorece la coincidencia entre forum y ius.*

*El artículo se sustenta fundamentalmente en el análisis de la práctica jurisprudencial y administrativa, por esta razón se centra en los problemas reales y sus concretas soluciones. Como está elaborado desde la perspectiva de un autor español se detiene a hacer una introducción en el sistema canadiense y en la evolución en el mismo de la figura del matrimonio entre personas del mismo sexo.*

*Como ideas finales concluimos que por las diferencias inherentes a los dos ordenamientos el problema se suscita de manera diversa. Una vez más se ponen de relieve las consecuencias que tiene la dualidad nacionalidad-domicilio a la hora de determinar la ley personal. La cuestión se plantea en el ordenamiento canadiense con menor frecuencia e intensidad que en el español. Pero con independencia de este presupuesto, y salvando las lógicas diferencias, llama la atención que las principales soluciones propuestas, orden público y referencia a los derechos y libertades fundamentales de rango constitucional, coinciden en ambos sistemas.*

## PALABRAS CLAVE

*Matrimonio entre personas del mismo sexo – capacidad – ley aplicable – estudio comparado España-Canadá – domicilio – nacionalidad*

## ABSTRACT

*The applicable law to the marital capacity in cases of same-sex marriages is analyzed in this essay from a comparative approach between the Spanish and the Canadian legal system. Both of them are part of the minority group of systems that admit the same-sex marriage and, therefore, that may be tackled to the problem arised when the personal law of one of the brides or grooms that pretend to get married in the forum does not allow such a homosexual marital relationship. Whenever this occurs, several solutions have been proposed to avoid the nullity of these legal relationships.*

*The comparison has been made on two different legal systems. Canada, apart from the peculiar exception of Quebec, is a Common Law system and, therefore, is based on a remarkably different legal conception from the Spanish one. This statement is clearly shown in the field of the regulation of private international relationship, as for example, the choice of the domicile as the connecting point that determines the personal law of natural persons.*

*In any case, the use of different connecting points to determine the personal law by the Spanish (nationality) and Canadian legal systems (domicile) leads to partially different displays of the problem. The connecting point «nationality», as an expression of the sovereignty principle, may entail the application of a foreign legal system. On the contrary, the connection «domi-*

*cile», captures a major relationship with the social environment, it involves a more real connection and favours the union forum and ius.*

*This essay is mainly supported on the analysis of the judicial and administrative case law and, because of that, it is focused on real problems and specific solutions with a previous introduction to the Canadian system and a brief approach to the development of the same-sex marriage.*

*To conclude, it may be stated that by the differences inherent to both systems, the problem arises in a wide range of contexts. Once again, the consequences of the duality nationality-domicile will be evident when determining the personal law. This situation arises with less frequency and intensity in the Canadian legal system than in the Spanish one. However, and overcoming logical differences, it must be pointed out that the proposed solutions are similar in both systems (public order and reference to the fundamental rights of constitutional level).*

## KEYWORDS

*Same-sex marriage – marital capacity – applicable law – comparative study Spain-Canada – domicile – nationality.*

SUMARIO: I. *Introducción. Planteamiento de la cuestión.*—II. *Examen de la práctica española.* 1. *Precisiones introductorias.* 2. *Razones que justifican la aplicación del ordenamiento español.* A. El orden público internacional español. B. La invocación de los principios constitucionales en la apreciación del orden público. C. La calificación de la diversidad/identidad de sexo respecto de la institución matrimonial. D. El reenvío de retorno. E. La cuestión de la eficacia en el extranjero del matrimonio entre personas del mismo sexo contraído en España. 3. *Otros problemas conexos.* A. La competencia de las autoridades españolas para celebrar matrimonios. Especial referencia al matrimonio consular. B. La cuestión del reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero con anterioridad a la Ley 13/2005. C. La incidencia del certificado de capacidad nupcial.—III. *Análisis de la problemática desde la perspectiva canadiense.* 1. *El matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho canadiense. Antecedentes y régimen legal.* A. Introducción. B. La acción de los tribunales. C. *Civil Marriage Act.* 2. La ley aplicable a la capacidad para contraer matrimonio en el Derecho canadiense. A. Precisiones previas. B. La ley del domicilio como rectora de la capacidad nupcial. 3. Razones que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo en el supuesto de sujetos domiciliados en países que no admiten tal institución. A. Precisiones sobre la naturaleza y operatividad de la conexión domicilio. B. El orden público. C. El respeto a los derechos y libertades y en especial la supresión de cualquier forma de discriminación. D. *Intended matrimonial home doctrine.* E. Soluciones acordes con la movilidad de las personas en un mundo global.—IV. *Reflexiones finales.*

## I. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

De los variados problemas que plantea el matrimonio entre personas del mismo sexo en el ámbito del Derecho Internacional Privado<sup>1</sup>, posiblemente uno de los más complejos es el referente a la capacidad para contraer matrimonio homosexual de los extranjeros nacionales de países cuyos ordenamientos no permiten dicho matrimonio<sup>2</sup>. Partiendo de esta premisa, tiene un especial interés el abor-

<sup>1</sup> Vid. *inter alia* y con carácter general: C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, 2004. Id., «Parejas de hecho, parejas registradas y matrimonios de personas del mismo sexo en el Derecho Internacional Privado europeo», en: S. NAVAS NAVARRO (dir.), *Matrimonio Homosexual y adopción. Perspectiva nacional e internacional*, Madrid, 2006, pp. 99 y ss. A. QUIÑONES I ESCÁMEZ, «Límites internacionales a la autorización del matrimonio entre personas del mismo sexo», en: C. LASARTE (ed.), *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas del Derecho de Familia*, Madrid, 2006, pp. 497 y ss. Id., *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional*, Barcelona, 2007. Id., «Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo», *RJC*, 2005, pp. 1171 y ss. P. DOMÍNGUEZ LOZANO, «Nuevas tendencias en Derecho de familia: el caso de las uniones de personas del mismo sexo», *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Madrid, 2005, T. II, pp. 1395 y ss. S. PÉREZ ÁLVAREZ, «La incidencia de la Ley 13/2005 en el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el ámbito de la Unión Europea», *REDI*, 2005, pp. 841 y ss. E. ZABALO ESCUDERO, M. P. DIAGO DIAGO, «Matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva internacional privatista», *Novedades Legislativas en materia matrimonial. Estudios de Derecho Judicial*, n.º 130, 2008, pp. 245 y ss. H. FULCHIRON, «Mariage et partenariats homosexuels en Droit International Privé Français», *RIDC*, 2006-2, pp. 409 y ss. N. GALLUS, «Le mariage des homosexuels et le droit international privé», en: A. VAN GYSEL (ed.), *Droit familial: actualité législative et jurisprudentielle*, Bruxelles, 2004, pp. 9 y ss. M. MIGNOT, «Effects en France d'un mariage homosexuel célébré dans un pays de L'Union Européenne», *La semaine juridique*, 2005, n.º 48, pp. 2195 y ss. R. BARATTA, «Problematic of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC», *IPRax*, 2007-1, pp. 4 y ss. N. BOSCHIERO, «Les unions homosexuelles à l'épreuve du droit privé italien», *RDI*, 2007, pp. 50 y ss. M. COOK, J. E. SHELLY, «Recognition of Same-Sex Marriage», *Geo. J. Gender & L.*, 2007, pp. 683 y ss. F. COLLIENNE, «L'adoption par des couples homosexuels dans les cas internationaux: une perspective réaliste?», *RTDF*, 2006, pp. 963 y ss. V. A. LAVELEY, «The Path to Recognition of Same-Sex Marriage: Reconciling the Inconsistencies Between Marriage and Adoption Cases», *UCLA L. Rev.*, 2007, pp. 247 y ss.

<sup>2</sup> Hay que ser muy conscientes de que en los países en los que no se ha plasmado legalmente la figura del matrimonio entre personas del mismo sexo las soluciones jurídicas son muy diversas y exigen un tratamiento individualizado y específico (K. BOELE-WOELKI, «What Comparative Family Law Should Entail», en: K. BOELE-WOELKI (ed.), *Debates in Family Law around the Globe at the dawn of the 21st Century*, Antwerp, 2009, pp. 3 y ss.). Así, centrándonos solo en el mundo occidental, podemos encontrar casos como el de Polonia que consagra a nivel constitucional la heterosexualidad del matrimonio (artículo 18 de la Constitución) o el de distintos Estados que bajo figuras como las *civil unions*, *same-sex partnerships*, reconocimiento de las parejas de hecho, etc. han conferido distintos niveles de protección, a veces casi coincidentes con el matrimonio, a las parejas homosexuales [por citar algunos de los menos conocidos: R. MARTINS, «Same-sex Partnerships in Portugal. From de facto to de jure?», en: K. BOELE-WOELKI (ed.), *Debates in Family Law ...*, pp. 279 y ss. O. SZEIBERT-ERDŐS, «Same-sex partners in Hungary. Cohabitation and registered partnerships», en: K. BOELE-WOELKI (ed.), *Debates in Family Law...*, pp. 305 y ss.]. O también como la de Israel, cuyo Tribunal Supremo ha reconocido, a partir de una sentencia de 2006, un determinado status jurídico a los matrimonios entre israelíes del mismo sexo celebrados en el extranjero en un país que admitía dicho matrimonio, en concreto en Toronto. T. EINHORN, «Same-sex Family Unions in Israeli Law», en: K. BOELE-WOELKI (ed.), *Debates in Family Law...*, pp. 319 y ss.

dar un estudio comparado entre las soluciones de España y Canadá. Ciertamente, se trata de Estados con sistemas jurídicos sensiblemente diferentes. Canadá, dejando a salvo la peculiar excepción de Québec, es un país de *Common Law*, y por consiguiente, parte de unas concepciones jurídicas sensiblemente diferentes a las nuestras. Esta realidad se aprecia claramente también a la hora de regular las relaciones privadas internacionales, como lo demuestra, por ejemplo, el uso del domicilio como conexión para determinar la ley personal de las personas físicas. Incluso, aunque Canadá, al igual que España, es un Estado plurilegislativo, las atribuciones de competencias entre el Estado, las diferentes Provincias y otras entidades con ordenamiento propio, como es el caso de los territorios de las naciones indias, es muy distinto al que tenemos en nuestro país.

Pero justamente la circunstancia de que nos encontramos ante sistemas jurídicos muy diferenciados enriquece el tratamiento de la dimensión comparada. Además, Canadá y España fueron, junto a Holanda<sup>3</sup>, Bélgica<sup>4</sup> y Sudáfrica<sup>5</sup>, de los primeros Estados que admitieron el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por lo tanto disponen de un mayor bagaje legal, jurisprudencial y doctrinal al respecto que otros países que se han orientado posteriormente por la misma línea legislativa, como es el caso de Noruega<sup>6</sup> y Suecia<sup>7</sup>. Sin olvidar la situación de algunos Estados (Massachusetts, Connecticut, Iowa, Vermont, Maine, New Hampshire)<sup>8</sup> de Estados Unidos de América que suscitan una problemática particular sobre la que posteriormente retornaremos. Cuando se está finalizando este trabajo se anuncian importantes reformas en México D.F. y en Portugal.

<sup>3</sup> Ley de 21 de diciembre de 2000, que entró en vigor el 1 de abril de 2001 y reformó el artículo 30.1 del Código Civil de los Países Bajos (*Staatsblad*, 2001, n.º 9). K. WAALDIJK, «Other may follow: The introduction of marriage, quasi-marriage, and semi-marriage for same-sex couples in european countries», *New England LR*, 2004, pp. 572 y ss. K. BOELE-WOELKI, I. CURRY-SUMMER, M. JANSEN, W. SCHRAMA, «The evaluation of same-sex marriages and registered partnerships in The Netherlands», *YBPIL*, 2006, pp. 27 y ss. INSTITUT DE DROIT COMPARÉ ÉDOUARD LAMBERT. UNIVERSITÉ JEAN MOULIN – LYON 3, «Le mariage entre personnes de même sexe. Étude pour la Cour de Cassation», *RIDC*, 2008-2, pp. 432 y ss.

<sup>4</sup> Ley de 13 de febrero de 2003, que entró en vigor el 1 de junio del mismo año e introdujo una nueva redacción del artículo 143 del Código Civil belga (*Moniteur Belge*, 28 de febrero de 2003). K. WAALDIJK, «Other may...», pp. 581 y ss. INSTITUT DE DROIT COMPARÉ ÉDOUARD LAMBERT. UNIVERSITÉ JEAN MOULIN-LYON 3, «Le mariage...», pp. 396 y ss. A. FIORINI, «New Belgian Law on same-sex marriages and its PIL Implications», *ICLQ*, 2003, pp. 1039 y ss.

<sup>5</sup> Act 17 of 2006. P. DE VOS, «A judicial revolution? The court-led achievement of same-sex marriage in South Africa», en: K. BOELE-WOELKI (ed.), *Debates in Family Law...*, pp. 235 y ss.

<sup>6</sup> La nueva legislación entró en vigor el 1 de enero de 2009.

<sup>7</sup> Legislación aplicable desde el 1 de mayo de 2009.

<sup>8</sup> I. CURRY-SUMMER, S. CURRY-SUMMER, «Is the Union Civil? Same-sex marriages, civil unions, domestic partnerships and reciprocal benefits in the USA», en: K. BOELE-WOELKI (ed.), *Debates in Family Law...*, pp. 339 y ss.

## II. EXAMEN DE LA PRÁCTICA ESPAÑOLA

### 1. Precisiones introductorias

El matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido introducido en el ordenamiento español mediante la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio<sup>9</sup>. El elemento innovador fundamental radica en el párrafo 2.º que se añade al artículo 44 del Código Civil, que dice: «*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*». El resto de los preceptos de la Ley son de modesta entidad y sustancialmente se centran en reformas terminológicas y de redacción. La Ley 13/2005 ha dado lugar a un cierto debate social, no especialmente intenso si lo comparamos con el que ha existido o existe en otros países. Además, en dicho debate los aspectos técnicos y jurídicos no se han abordado en profundidad, y cuestiones que fuera de España han suscitado gran interés, por ejemplo la objeción de conciencia de los funcionarios públicos, y que han motivado regulaciones legales específicas, en nuestro país se han resuelto rápidamente sin una discusión profunda y técnicamente rigurosa. El Grupo Parlamentario Popular ha presentado un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/2005<sup>10</sup>, pero previsiblemente la decisión del Tribunal Constitucional se va a demorar mucho tiempo.

La mencionada Ley no aborda cuestiones de Derecho Internacional Privado. Por lo tanto, para solucionar los supuestos que la misma plantea en este ámbito hay que acudir a las disposiciones generales del sistema que resulten aplicables. Y es justamente en este sector donde se han suscitado los más interesan-

<sup>9</sup> BOE de 2 de julio de 2005.

<sup>10</sup> Recurso de inconstitucionalidad n.º 6864-2005. Admitido a trámite mediante providencia de 25 de octubre de 2005 (BOE de 15 de noviembre de 2005). El texto del recurso puede consultarse en: <http://www.hazteoir.org/documentos/recursopp.htm> G. C. BRAVO DE MANSILLA, «¿Es inconstitucional hoy el matrimonio homosexual (entre personas del mismo sexo)?», *RDP*, 2005-II, pp. 37 y ss. S. CARRIÓN OLMOS, «Reflexiones de urgencia en torno a las Leyes 13 y 15/2005 por las que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio y derecho a contraer matrimonio», *Diario La Ley*, 19 de julio de 2005, pp. 1 y ss. J. V. GAVIRIA SÁNCHEZ, «Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio», *REDCons.*, n.º 61, 2001, pp. 11 y ss. M. MURILLO MUÑOZ, «Matrimonio y homosexualidad. La constitucionalidad de la Ley 13/2005 de modificación del Código Civil español sobre derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo», *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, n.º 5, 2005-I, pp. 261 y ss. S. PÉREZ ÁLVAREZ, «El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿Una cuestión de inconstitucionalidad?», *REEI*, 2006. J. R. POLO SABAU, *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de Familia*, Cizur Menor, 2006. E. VALLADARES RASCÓN, «El derecho a contraer matrimonio y la Constitución», *Aranzadi Civil*, n.º 9, 2005, pp. 1 y ss.

tes problemas jurídicos, especialmente en la cuestión que centra este trabajo. De hecho, a los pocos días de la entrada en vigor de la nueva Ley, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) dictó la importantísima Resolución-Circular de 29 de julio de 2005<sup>11</sup> para tratar de resolver el espinoso problema de la ley aplicable a la capacidad matrimonial de los contrayentes extranjeros en los supuestos de matrimonio entre personas del mismo sexo. En efecto, ante el silencio de la Ley 13/2005 y dado que el Derecho Internacional Privado español no contiene una regla específica reguladora de la capacidad nupcial, hay que acudir al artículo 9.1 del Código Civil, que nos remite a la ley personal, ley de la nacionalidad, de cada uno de los contrayentes. Esta solución se justifica por varias razones. En primer lugar, porque el citado precepto establece una regla general, que solo cede ante la existencia de normas especiales concretas, de tal manera que cualquier aspecto del estatuto personal no expresamente regulado en nuestro sistema debe quedar, en principio, sometido a la ley nacional. En segundo lugar, porque coincide con lo dispuesto en el Derecho Convencional del que España es parte<sup>12</sup>. Finalmente, por la reiteradísima e inveterada doctrina

<sup>11</sup> BOE de 8 de agosto de 2005. Aranzadi JUR, 2005/184678. A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado español», *Diario La Ley*, n.º 6391, pp. 1 y ss. ID, «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», *BIMI*, n.º 2007, 2006, pp. 671 y ss. P. ABARCA JUNCO, M. GÓMEZ JENE, «Notas sobre la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo», *REDI*, 2006-I, pp. 309 y ss. ID., «Breves notas 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», *REEI*, 2006. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Nota», *REDI*, 2005-2, pp. 994 y ss. ID., «Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más crítica», *Diario La Ley*, 15 de enero de 2007. A. QUIÑONES ESCAMEZ, «Espagne. – Mariage entre personnes du même sexe. Loi applicable», *Rev. crit. DIP*, 2005, pp. 855 y ss. R. ARENAS GARCÍA, «La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración del matrimonio en los supuestos internacionales», *AEDIPr*, 2005, pp. 351 y ss. S. SÁNCHEZ LORENZO, «Nota a la Ley 13/2005», *AEDIPr*, 2005, pp. 509 y ss. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «Spain. Private International Law Problems Relating to the Celebration of Same-Sex Marriages: DGRN of 29 July 2005», *YBPIL*, 2006, pp. 299 y ss. M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «Los matrimonios entre personas del mismo sexo en el Derecho Internacional Privado español» *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

En términos casi idénticos se desenvuelve la Consulta de la DGRN 1.ª de 20 de octubre de 2005. *AnDGRN*, 2005, pp. 3348 y ss.

<sup>12</sup> El caso más claro, entre otros, es el del artículo 1 del Convenio de Munich, de 5 de septiembre de 1980, de la Comisión Internacional del Estado Civil, referente a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial (BOE de 16 de mayo de 1988). Establece el mencionado artículo: «Cada Estado contratante se obliga a expedir un certificado de capacidad matrimonial conforme al modelo anejo al presente Convenio, cuando uno de sus nacionales lo solicite para la celebración de su matrimonio en el extranjero y reúna, con respecto a la ley del Estado que expida el certificado, las condiciones necesarias para contraer dicho matrimonio.»

de la DGRN, que en diversas Resoluciones ha defendido que la capacidad nupcial se rige por la ley nacional de cada contrayente (*vid. ad ex.*: las Resoluciones de 4 de diciembre de 1991<sup>13</sup>, 17 de marzo de 1992<sup>14</sup>, 8 de marzo de 1995<sup>15</sup>, etc.).

Partiendo de la premisa de que la capacidad nupcial se rige por la ley nacional de cada uno de los contrayentes, era inevitable que inmediatamente se plantease el problema de si pueden contraer matrimonio entre personas del mismo sexo los extranjeros nacionales de países cuyo ordenamiento no admite dicho tipo de matrimonio<sup>16</sup>. La Resolución-Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005 contestó afirmativamente, permitiendo dichos matrimonios en España y dando origen a una práctica posteriormente reiterada en otras decisiones. La Resolución-Circular, muy elaborada, densa y rica en contenidos, aunque también toca otros aspectos, fundamentalmente se refiere a la capacidad nupcial y en concreto al problema de qué ley la rige. En este sentido, mediante diversas razones justifica la aplicación del ordenamiento español a la capacidad matrimonial de los extranjeros nacionales de países que no admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo y de este modo les permite casarse en nuestro país.

## 2. Razones que justifican la aplicación del ordenamiento español

### A. El orden público internacional español

El artículo 12.3 del Código Civil dice que «*en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público*». El precepto se refiere a la llamada excepción de orden público, es decir, el correctivo de la norma de conflicto, por el cual

<sup>13</sup> BIMJ, n.º 1627, 1992, pp. 1035 y ss. M. AMORES CONRADI, «Nota», REDI, 1992, pp. 229 y ss.

<sup>14</sup> BIMJ, n.º 1636, 1992, pp. 144 y ss.

<sup>15</sup> RAJ, 1995, n.º 2601.

<sup>16</sup> De alguna manera este problema gravita en todos los Estados que habiendo introducido en su legislación el matrimonio entre personas del mismo sexo utilizan como ley personal la de la nacionalidad, incluso, como luego veremos, tampoco son ajenos a esta problemática los sistemas que emplean la conexión domicilio, como es el caso de Canadá. Pero centrándonos en los primeros, podemos ver como en algunos ordenamientos se ha introducido una solución específica, como es el caso del artículo 46 del Código belga de Derecho Internacional Privado, que dice: «*Droit applicable à la formation du mariage. Sous réserve de l'article 47, les conditions de validité du mariage sont régies, pour chacun des époux, par le droit de l'Etat dont il a la nationalité au moment de la célébration du mariage. L'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa 1<sup>er</sup> est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un Etat ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat dont le droit permet un tel mariage*». *Vid.*: RCDIP, 2005, p. 165. *Vid.*: nota 4. J. Y. CARLIER, «Le Code belge de droit international privé», RCDIP, 2005, pp. 31-32.



se evita la aplicación de la disposición extranjera designada por ésta, cuando es contraria a los principios fundamentales del ordenamiento del foro. En su lugar se procede a aplicar el Derecho material español.

Como ya hemos visto, la DGRN ha dicho reiteradamente que la capacidad nupcial de una persona se rige por su ley nacional, aunque dejando siempre a salvo la posible incidencia del orden público, que puede implicar la exclusión de la ley nacional del extranjero en aquellos casos en que admita instituciones contrarias a la actual concepción de los principios fundamentales de nuestro ordenamiento, como pueden ser los casos de poligamia<sup>17</sup>, discriminaciones por razón de etnia o religión<sup>18</sup>, prohibición de matrimonio al transexual por no reconocer su cambio de sexo declarado en España<sup>19</sup>, admisión del matrimonio sin necesidad de libre y real prestación del consentimiento<sup>20</sup>, etc.<sup>21</sup>.

Ante el problema que ahora nos ocupa, la DGRN ha dicho que no es fácil la invocación del orden público en este caso. Sin embargo, la circunstancia de que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional habían remitido a la facultad legislativa del legislador ordinario la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, le lleva a la DGRN a sostener que:

«Ahora bien, el hecho de que el legislador español, en base a tal remisión, haya regulado mediante la Ley 13/2005 el *ius connubii* de forma tal que acoge en el mismo la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, pone de manifiesto una situación en la que resulta patente el paralelismo y similitud con los supuestos en que esta Dirección General ha invocado la excepción de orden público para excluir la aplicación de Leyes extranjeras que impiden el matrimonio entre personas de distinta religión (*disparitas cultus*) o de aquellas otras que, por no reconocer un cambio legal de sexo judicialmente declarado, impiden el matrimonio de un transexual extranjero por personas de su mismo sexo cromosómico, pero distinto sexo legal, similitud que debe conducir a acoger la misma

<sup>17</sup> Resolución DGRN 7.ª de 4 de diciembre de 2002. *Aranzadi JUR*, 2003/39916.

<sup>18</sup> Resolución DGRN 1.ª de 10 de junio de 1999. *BIMJ*, n.º 1857, 1999, pp. 3574 y ss.

<sup>19</sup> Resolución DGRN 24 de enero de 2005. *Aranzadi RJ*, 2005, 1954.

<sup>20</sup> Resolución DGRN 1.ª de 7 de julio de 2005. *Aranzadi JUR*, 2006/26187.

<sup>21</sup> Incluso en los primeros momentos de la instauración posconstitucional del divorcio, alguna decisión judicial excluyó la aplicación de la ley personal común de los cónyuges extranjeros, que no admitía el divorcio, alegando que tras la reforma legislativa «... *el principio de orden público en esa concreta cuestión, es precisamente el de la disolubilidad del matrimonio...*». Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Mieres de 28 de diciembre de 1981. *Vid.*: J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho Internacional Privado. Materiales de Prácticas*, Madrid, 1983, pp. 395 y ss.

solución de la exclusión en la aplicación de la Ley extranjera en el caso ahora considerado por razones de analogía.

La conclusión anterior se refuerza a la luz de la consideración de que el Encargado del Registro Civil español no debe operar, desde el punto de vista de las funciones que tiene atribuida, como guardián del sistema legal extranjero por lo que no debe negar la posibilidad de contraer matrimonio en España a personas del mismo sexo por la sola razón de que en el país del que son nacionales los cónyuges, dicho matrimonio no producirá efectos.»

Posteriormente, esta posición ha sido confirmada en diversas Resoluciones de la DGRN, como son la 6.<sup>a</sup> de 1 de junio de 2006<sup>22</sup>, 6.<sup>a</sup> de 2 de junio de 2006<sup>23</sup>, 6.<sup>a</sup> de 10 de noviembre de 2006<sup>24</sup> o la 7.<sup>a</sup> de 23 de noviembre de 2006<sup>25</sup>. Además, en todas ellas, usando términos casi idénticos, se refuerza el recurso al orden público acudiendo a las soluciones del Derecho Comparado. Por ejemplo, en la primera de ellas se afirma:

«Es claro que, en presencia de determinadas circunstancias, no procede aplicar la citada Ley nacional del contrayente extranjero que pretende contraer matrimonio civil en España. En concreto, una Ley extranjera no podrá ser aplicada en España cuando resulte contraria al orden público, tal y como expresa el artículo 12.3 CC. Y es claro que, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo ha pasado a integrar el orden público internacional español en materia de capacidad matrimonial. El orden público internacional presenta un carácter restrictivo, de manera que debe intervenir las menos veces posibles, es decir, debe operar exclusivamente para la defensa de los valores irrenunciables incorporados a nuestro ordenamiento jurídico.

... otros legisladores extranjeros de países cuyos ordenamientos jurídicos admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, han recurrido al orden público internacional para evitar la aplicación en dichos países de las Leyes extranjeras que no admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo. El caso paradigmático es el de Bélgica: la Circular del Ministerio de Justicia de 23 de enero de 2004 relativa a ciertos aspectos de Derecho internacional

<sup>22</sup> *Aranzadi RJ*, 2007/3175. Referente al matrimonio de dos varones británicos residentes en España.

<sup>23</sup> *Aranzadi JUR*, 2007/130362. Sobre el matrimonio de dos varones británicos residentes en España.

<sup>24</sup> *Aranzadi RJ*, 2008/716. También referente al matrimonio de dos varones británicos domiciliados en España.

<sup>25</sup> *Aranzadi JUR*, 2008/112557. Sobre el matrimonio de dos varones de nacionalidad suiza residentes en España.

privado de la Ley de 13 de febrero de 2003 que introdujo el matrimonio entre personas del mismo sexo, Ley que aborda problemas de Derecho internacional privado antes de la actual Ley-Código de Derecho internacional privado de 16 de julio de 2004, estableció de manera terminante que una Ley extranjera que impida el matrimonio entre personas del mismo sexo es discriminatoria y vulnera el orden público internacional, por lo que no debe ser aplicada, y en su lugar se aplicará la *lex fori*. ... Por último, no es ocioso recordar que, en el estado actual del Derecho comunitario, es perfectamente posible que una norma jurídica de un país comunitario pueda vulnerar el orden público internacional de otro país comunitario. De hecho, en un reciente caso, los tribunales italianos han estimado que las Leyes holandesas que admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, vulneran el orden público internacional italiano, por lo que no pueden recibir aplicación en Italia (decreto del Tribunal di Latina de 10 de junio de 2005). Por la misma razón puede afirmarse que las Leyes de un país comunitario que no admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, vulneran el orden público internacional español y que por tanto no pueden ser aplicadas en España.»

B. *La invocación de los principios constitucionales en la apreciación del orden público*

La Ley 13/2005 dice expresamente en su exposición de motivos que la opción legislativa en ella adoptada tiene unos fundamentos constitucionales, como son la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad, la preservación de la libertad en cuanto a las formas de convivencia y la instauración de un marco de real igualdad en el disfrute de los derechos, sin discriminación alguna por motivos de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículos 1.1, 9.2, 10.1 y 14 de la Constitución).

Partiendo de estos presupuestos constitucionales, en una lectura apresurada se pudiera llegar a la fácil conclusión de que los mismos por si solos ya justificarían que cualquier extranjero pudiese contraer en España matrimonio con otra persona de su mismo sexo con independencia de lo que dijese al respecto su ley personal. Sin embargo, la DGRN ha mantenido una tesis más depurada en la que ha matizado el alcance del principio constitucional de igualdad en cuanto a los extranjeros residentes en España. El artículo 13.1 de la Constitución determina que «*los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los*

*términos que establezcan los tratados y la ley*». Esto le ha permitido al Tribunal Constitucional sostener que el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución se refiere con exclusividad a los españoles, que «*son iguales ante la ley*», pero no se extiende obligatoriamente tal igualdad a los extranjeros<sup>26</sup>. Por estas razones, en la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005 se afirma: «En consecuencia el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, según nuestra jurisprudencia constitucional, depende del derecho afectado. Así hay derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, otros que en ningún caso pertenecen a los extranjeros (cfr. art. 23 C.E.), y finalmente otros que “pertencerán o no a los extranjeros según lo que dispongan los Tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”. A la vista de lo afirmado por el propio Tribunal Constitucional en su auto 222/1994, de 11 de julio, ... a esta tercera categoría debe asimilarse el derecho al matrimonio. Así resultaría también del hecho de la ubicación sistemática del artículo 32 en la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo segundo del Título Primero de la Constitución, esto es, entre los «derechos y deberes de los ciudadanos», y no en la Sección 1.<sup>a</sup> reservada para los “derechos fundamentales y las libertades públicas”. En consecuencia no se puede sostener la tesis de una inconstitucionalidad sobrevinida y parcial del artículo 9.1 del Código Civil por atentar contra el principio constitucional de igualdad al determinar un trato distinto para los españoles y los extranjeros en función de la utilización del criterio de conexión “estatuto personal” con la eventual consecuencia de privar de acceso al derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo a los extranjeros cuyo estatuto personal no se lo permita.»

Sin embargo, estas atinadas palabras de la DGRN no significan que los principios constitucionales no tengan incidencia en la problemática que ahora nos ocupa, ya que son fundamentales a la hora de apreciar el alcance y contenido del orden público, lo que nos hace enlazar con el apartado anterior. En este sentido, la DGRN ha dicho reiteradamente<sup>27</sup> que «... aunque la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo no es, en Derecho español, una exigencia constitucional, es claro que el derecho a contraer matrimonio con individuos del mismo sexo si tiene un evidente fundamento constitucional como indica la Exposición de Motivos de la ... Ley 13/2005 ... el matrimonio entre personas del mismo

<sup>26</sup> Vid. fundamentalmente la sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984 (RTC, 1984, n.º 107) y también sus sentencias 115/1987 (RTC, 1987, n.º 115), 94/1993 (RTC, 1993, n.º 94) y 116/1993 (RTC, 1993, n.º 116).

<sup>27</sup> Vid. *ad ex.* las Resoluciones citadas en las notas 22 y siguientes.

sexo fomenta la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (arts. 9.2 y 10.1 CE), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (art. 1.1 CE) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (art. 14 CE). El anclaje constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo hace del mismo un elemento básico del sistema matrimonial español que forma parte del orden público internacional español y que requiere una enérgica defensa ante la aplicación de Leyes extranjeras que pudieran vulnerar el *jus connubii*.»

C. *La calificación de la diversidad/identidad de sexo respecto de la institución matrimonial*

Una de las aportaciones más originales y brillantes de la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005 es la que consiste en calificar la disparidad de sexos entre los contrayentes no como una cuestión de capacidad nupcial sino como un elemento estructural o requisito objetivo de la institución matrimonial<sup>28</sup>.

La Resolución-Circular parte de plantearse qué consideración debe merecer el requisito de la diversidad de sexos de los contrayentes desde la perspectiva de la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable. Para este menester se ha de acudir al artículo 12.1 del Código Civil, que dice «*La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la Ley española.*» Es decir, el precepto consagra, para los casos incluidos dentro de su ámbito, la calificación *lege fori*. Desde esta perspectiva se sostiene que los artículos 46 y 47 del Código Civil, que enumeran respectivamente los impedimentos absolutos y relativos para contraer matrimonio, no mencionan en ningún momento la identidad de sexo como impedimento. Esto lleva a la DGRN a defender que “la diversidad de sexos”, en la concepción tradicional, o la posible “identidad de sexos”, en la concepción legal ahora 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.» O sea, estaríamos ante un «elemento estructural, constituyente de la propia institución» matrimonial.

<sup>28</sup> A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aspectos internacionales...», p. 698.

Inmediatamente se plantea el problema de qué ordenamiento jurídico debe regir dicho elemento estructural o requisito objetivo de la institución matrimonial, que obviamente queda fuera del ámbito del artículo 9.1 del Código Civil. La conclusión es que debe regirse por el Derecho material español; y esto es así por varias razones, entre las que destacan: la analogía con la solución de las Leyes Autonómicas en cuanto a las parejas de hecho homosexuales, la proximidad *forum-ius*, el principio general del Derecho Civil español del *favor matrimonii*, la consideración del derecho al matrimonio como un derecho fundamental<sup>29</sup>, la potenciación del principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución) y la necesidad de interpretar las normas jurídicas con arreglo a la *realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas* (artículo 3 del Código Civil).

La práctica posterior de la DGRN ha continuado invocando esta tesis en Resoluciones como la 6.<sup>a</sup> de 26 de octubre de 2005<sup>30</sup> o la 4.<sup>a</sup> de 7 de abril de 2006<sup>31</sup>.

Además, es muy interesante poner de relieve que en diversas Resoluciones<sup>32</sup> la DGRN, partiendo de esta construcción, ha aplicado la ley española a los requisitos objetivos del matrimonio invocando el principio de proximidad, o lo que es lo mismo el principio de la vinculación más estrecha. De esta manera, ha afirmado que «... no existe norma de conflicto específica en nuestro Derecho internacional privado que indique la Ley aplicable a los “requisitos objetivos del matrimonio”. Dicha laguna legal puede integrarse sin dificultad con el recurso a un Principio General del Derecho internacional privado, como es el principio de “vinculación más estrecha”, de modo que la posibilidad de contraer matrimonio con per-

<sup>29</sup> Diversos Convenios internacionales han consagrado el derecho al matrimonio como un derecho fundamental de la persona. Así, podemos citar, entre otros: el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos del hombre, de 10 de diciembre de 1948, el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 (*BOE* de 30 de abril de 1977), el artículo 12 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (*BOE* de 10 de octubre de 1979), el artículo 5.d) IV de la Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 7 de marzo de 1966 (*BOE* de 17 de mayo de 1969 y de 5 de noviembre de 1982), el artículo 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (*BOE* de 21 de marzo de 1984). En la misma línea hay que tener presente el artículo 32 de la Constitución española.

<sup>30</sup> *BIMJ*, n.º 2013, 2006, pp. 2103 y ss. Referente al matrimonio entre dos varones, uno de nacionalidad española y otro de nacionalidad hindú, ambos domiciliados en España.

<sup>31</sup> *Aranzadi RJ*, 2007/3357. Sobre el matrimonio entre dos varones, uno español y portugués el otro, y ambos domiciliados en España.

<sup>32</sup> Se trata siempre de casos en que ambos contrayentes extranjeros y de la misma nacionalidad están domiciliados en España. Véase las Resoluciones citadas en las notas 22 y siguientes.

sonas del mismo sexo, debe regirse, en los casos internacionales, por la Ley del país con el que la situación fáctica presente los vínculos más estrechos. No es difícil concluir que en el matrimonio que se pretende celebrar ante autoridad española y por contrayentes con domicilio en España, con lo que España resulta ser el país más vinculado con la situación. Por tanto, la Ley española es aplicable a la cuestión de decidir si la identidad de sexos impide o no impide la celebración de este matrimonio. Como quiera que la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio ... ha venido a permitir explícitamente tal posibilidad, el matrimonio entre los sujetos británicos del mismo sexo ante autoridad civil española es perfectamente posible y debe ser autorizado.»

#### D. *El reenvío de retorno*

El artículo 12.2 del Código Civil dice: «La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española.» Es decir, consagra el reenvío de retorno o de primer grado y rechaza el reenvío de segundo grado, por consiguiente, los Tribunales y autoridades españoles sólo tendrán en cuenta el reenvío operado por las normas de conflicto de la *lex causae* cuando remitan de retorno al ordenamiento español. Si nos atenemos a la pura literalidad del artículo 12.2 habría que admitir el reenvío siempre que la norma de conflicto del ordenamiento extranjero remitiese al Derecho español, con independencia de cualquier otra consideración, como pueden ser los principios inspiradores de nuestras normas de conflicto y del ordenamiento extranjero, los resultados materiales, etc. Sin embargo, la jurisprudencia en supuestos referentes a sucesiones por causa de muerte<sup>33</sup> ha propugnado una aplicación del reenvío de retorno restrictiva y orientada materialmente, de tal manera que solamente se aplica cuando es conforme con determinados principios que inspiran a las normas de conflicto en presencia, favorece la consecución de un resultado justo o la materialización de ciertos valores.

<sup>33</sup> Vid. las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 15 de noviembre de 1996 (*Aranzadi RJ*, 1996, n.º 8212), 21 de mayo de 1999 (*Aranzadi RJ*, 1999, n.º 4580) y 23 de septiembre de 2002 (*Aranzadi RJ*, 2002, n.º 8029). La bibliografía española a este respecto es muy abundante, véase como trabajo más reciente: J. L. IRIARTE ÁNGEL, «Reenvío y sucesiones en la práctica española», en: R. VIÑAS, G. GARRIGA (coords.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa. Congreso organizado por la Universitat d'Andorra y el Departamento de Derecho y Economía Internacionales de la Universidad de Barcelona. Sant Julià de Lòria (Principado de Andorra), 29 y 30 de noviembre de 2007*, Madrid, 2009, pp. 111 y ss.

La DGRN en su Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, ante los supuestos de contrayentes extranjeros nacionales de Estados que no admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, recurre al artículo 12.2 del Código Civil para justificar la aplicación de la ley española a la capacidad nupcial de tales contrayentes en los casos en que las normas de conflicto en dicho ámbito de su ley nacional utilizan puntos de conexión distintos al de la nacionalidad y remiten de retorno al ordenamiento español, por ejemplo, porque en España se encuentre el domicilio del o de los contrayentes<sup>34</sup> o nuestro país sea el lugar de celebración del matrimonio<sup>35</sup>.

Incluso, la DGRN en una interpretación muy osada y en aras del *favor matrimonii* llega a defender la admisibilidad del reenvío de segundo grado cuando a través del mismo se pudiese justificar la celebración del matrimonio, que de otra manera no se podría alcanzar. Esta tesis le lleva a afirmar «... mayor dificultad presenta el caso en el que la norma reenviada sea la de un país distinto de España, que también admita el matrimonio entre personas del mismo sexo, si bien la interpretación de que el reenvío de retorno autorizado por el artículo 12.2 del Código Civil es un “reenvío materialmente orientado” en el sentido de favorecer la solución dada al caso por la Ley española, y el resultado contrario al “*favor matrimonii*” que se derivaría de excluir la aplicación de la norma extranjera receptora del reenvío materialmente coincidente con la ley española en la materia, deben de llevar a la conclusión en este punto de la validez del matrimonio en tales casos».

La DGRN en su práctica posterior ha acudido a mayor abundamiento al reenvío de retorno para justificar la aplicación de la Ley española a la capacidad nupcial de extranjeros nacionales de Estados que no admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo. Así ha procedido, por ejemplo, en las ya citadas Resoluciones 6.<sup>a</sup> de 1 de junio de 2006, 6.<sup>a</sup> de 2 de junio de 2006 y 6.<sup>a</sup> de 10 de noviembre de 2006. En las tres se trataba de contrayentes que ambos eran varones ingleses domiciliados en España. Dijo al respecto: «El auto recurrido olvida, ... que precisamente por el hecho de que los contrayentes tienen su domicilio en España, la remisión que el artículo 9.1 CC hace a favor de la Ley nacional inglesa de los contrayentes viene seguida inmediatamente por la remisión que las normas de conflicto británicas hacen a favor de la Ley sustantiva española. Efectivamente, existe un reenvío de primer grado admitido por el artículo 12.2 CC: la capacidad para contraer matri-

<sup>34</sup> Sería el caso del ordenamiento inglés. DICEY, MORRIS & COLLINS, *The Conflict of Laws*, 14.<sup>a</sup> ed., London, 2006, vol. 2.<sup>o</sup>, pp. 810 y ss.

<sup>35</sup> Por ejemplo Australia. M. TILBURY, G. DAVIS, B. OPESKIN, *Conflict of Laws in Australia*, Oxford, 2002, pp. 591 y ss.



monio se rige por la ley nacional británica de los contrayentes pero visto que dicha ley británica remite la regulación de la capacidad matrimonial a la Ley sustantiva española correspondiente al domicilio de los contrayentes (*The Dual Domicile Doctrine*), es esta Ley sustantiva española y no la Ley sustantiva británica la que debe regir la capacidad de dos sujetos británicos con domicilio en España que pretenden contraer matrimonio en nuestro país. Este reenvío de primer grado, que no es obligatorio (*vid.* STS, Civil, 15 de diciembre de 1996), resulta en este caso un mecanismo muy conveniente, pues su proyección en este concreto supuesto fomenta valores constitucionales, ya que potencia el *jus connubii* y conduce a aplicar la Ley del país más vinculado con la situación jurídica, lo que refuerza la seguridad jurídica...».

E. *La cuestión de la eficacia en el extranjero del matrimonio entre personas del mismo sexo contraído en España*

No se trata ahora de hacer un estudio pormenorizado del complicado problema de la eficacia en el extranjero de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en España<sup>36</sup>, sino únicamente de abordar la cuestión desde la perspectiva de la capacidad de los contrayentes nacionales de Estados que no conocen tal tipo de matrimonio. En efecto, en repetidas ocasiones se han recurrido ante la DGRN Autos en los que se había acordado que no se podía autorizar en nuestro país un matrimonio homosexual entre extranjeros porque, entre otras razones, el mismo no iba a ser reconocido fuera de España y especialmente en el país de la nacionalidad de los contrayentes. O sea, no cabría celebrar dichos matrimonios porque serían claudicantes.

La DGRN ha rechazado esta tesis, afirmando que «... no es función del Encargado del Registro Civil español realizar una labor de control de la eficacia de un matrimonio en un país extranjero. Dicha labor de control corresponde desarrollarla a las autoridades extranjeras, que son las mejor posicionadas para decidir si el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España surte efectos jurídicos, y cuales, en su país ... el Encargado del Registro Civil español no debe operar; desde el punto de vista de las funciones que tiene atribuidas, como “guardián” del sistema legal extranjero por lo que no debe negar la posibilidad de contraer matrimonio en España a personas del mismo sexo por la sola razón de que en el

<sup>36</sup> A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aspectos internacionales...», pp. 705 y ss.

país del que son nacionales los cónyuges, dicho matrimonio no producirá efectos...»<sup>37</sup>.

Además, la DGRN hace una interesantísima puntualización en cuanto a la condición de claudicantes de estos matrimonios en un doble sentido, por un lado, desde la perspectiva de que se trata de situaciones muy vinculadas con España, y por otro, significando que hay que tener en cuenta donde se van a proyectar los principales efectos del matrimonio. Así sostiene que «... un matrimonio no es claudicante si sus efectos sustanciales van a producirse en un país que sí admite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Si los cónyuges tienen su domicilio en España, es indudable que el matrimonio ... surtirá plenos efectos jurídicos en España, que es el país donde primordialmente interesa que dicho matrimonio despliegue sus plenos efectos, pues los contrayentes tienen en España su “centro social de vida” y es en España donde su unión matrimonial surtirá sus efectos sustanciales»<sup>38</sup>.

Con independencia de lo atinado de estas afirmaciones, hay que tener en cuenta que se contuvieron en Resoluciones referentes a matrimonios que en el país de la nacionalidad de los contrayentes, aunque no iban a ser reconocidos exactamente como tales matrimonios, iban a tener notables efectos jurídicos, casi equiparables a los de la institución matrimonial. Varios de los casos se referían a cónyuges ambos de nacionalidad británica, y en el Reino Unido la *Civil Partnership Act* de 2004 considera a los matrimonios entre personas del mismo sexo válidamente celebrados en el extranjero como *Civil Partnerships* y les confiere los efectos jurídicos que para dichas uniones prevé el ordenamiento británico, que son muy parecidos a los del matrimonio<sup>39</sup>. En otro supuesto ambos contrayentes eran suizos, dándose la circunstancia de que en la Confederación Helvética su legislación sobre uniones domésticas registradas establece que los matrimonios entre personas del mismo sexo válidamente celebrados en el extranjero se reconocerán en Suiza como uniones domésticas registradas<sup>40</sup>.

No obstante, como muy acertadamente recuerda la propia DGRN, los contrayentes extranjeros de un matrimonio entre personas del mismo sexo válidamente celebrado en España deben saber y asumir que su matrimonio puede tener en el Estado del que son nacionales sólo ciertos limitados efectos o incluso ninguno, y deben obrar en consecuencia tomando las medidas jurídicas preventivas

<sup>37</sup> Vid. por ejemplo la Resolución de la DGRN 6.ª de 1 de junio de 2006.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> Vid. notas 22, 23 y 24. DICEY, MORRIS & COLLINS, *The Conflict...*, vol. 2.º, pp. 857 y ss.

<sup>40</sup> Vid. nota 25.

que sean menester. También los contrayentes españoles que se casan con extranjeros, o aun cuando ambos son españoles pero su matrimonio tiene proyección fuera de España, por ejemplo porque tienen bienes en el extranjero, deben actuar con precaución en lo tocante a la eficacia de su matrimonio fuera de nuestro país, para lo cual será necesario un análisis puntual de las circunstancias que concurran en cada caso concreto.

### 3. Otros problemas conexos

#### A. *La competencia de las autoridades españolas para celebrar matrimonios. Especial referencia al matrimonio consular*

Con carácter previo es preciso determinar la competencia internacional de nuestras autoridades para celebrar matrimonios. En base al artículo 57 del Código Civil hay que sostener que sólo son competentes en el caso de que uno de los contrayentes tenga su domicilio en España, por consiguiente, dos extranjeros pueden contraer matrimonio en España, ante una autoridad española, cuando al menos uno los contrayentes tenga su domicilio en territorio español<sup>41</sup>. Como afirma la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, «... esta regla de competencia de autoridades, que no ha sido alterada por la Ley 13/2005, constituye un primer filtro para evitar la celebración en España de matrimonios entre personas que no tengan ninguna vinculación con el ordenamiento español». De esta manera se impide el «turismo matrimonial» en nuestro país.

La cuestión se presenta más compleja en los supuestos de matrimonio consular celebrado ante autoridades consulares españolas acreditadas en el extranjero. De acuerdo con los artículos 49 *in fine* y 51.3 del Código Civil, los cónsules españoles son competentes para celebrar matrimonios en el extranjero, pero esta competencia se ve sometida a unos importantes límites, que son los siguientes. En primer lugar, como se desprende de los artículos 49 del Código Civil y 5 del Convenio de París de 10 de septiembre de 1964<sup>42</sup>, al menos uno de los contrayentes debe tener la nacionalidad española. Además, al menos uno de los contrayentes debe estar domiciliado en la correspondiente demarcación consular (*vid.* los artículos 51.3 y 57 del Código Civil). Finalmente, por aplicación del artículo 5.f)

<sup>41</sup> Así lo confirma la reiteradísima práctica de la DGRN. Véase, entre otras, las Resoluciones de 4 de mayo de 1988 (*BIMJ*, n.º 1494, pp. 2738 y ss.), 4 de mayo de 1990 (*BIMJ*, n.º 1576, pp. 3943 y ss.) y 29 de agosto de 1992 (*BIMJ*, n.º 1652, pp. 5767 y ss.).

<sup>42</sup> *BOE* de 19 de enero de 1977.

de la Convención de Viena, de 24 de abril de 1963<sup>43</sup>, sobre relaciones consulares, es necesario que el ordenamiento del Estado receptor del cónsul español no se oponga a esta función, la cual deberá ejercerse respetando escrupulosamente cualquier limitación que pueda imponer al respecto dicho Estado. Por esta razón, la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005 concluye que «... como consecuencia de la misma limitación impuesta por el artículo 5.f) del Convenio de Viena de 24 de abril de 1963 sobre relaciones consulares que impide ... que las funciones consulares se ejerzan en oposición a las Leyes y reglamentos del Estado receptor, lo que sujeta a las Representaciones Consulares españolas en el extranjero a un deber de respeto y no vulneración del Ordenamiento jurídico del país de acogida, los Cónsules españoles deben abstenerse, por falta de competencia, de autorizar matrimonios entre personas del mismo sexo en caso de que a ello se opongan las leyes del Estado receptor».

La práctica de la DGRN pone de manifiesto la proyección de estos límites ante eventuales matrimonios consulares en el extranjero entre personas del mismo sexo. Así ha dicho que no caben dichos matrimonios cuando uno de los contrayentes es nacional del Estado receptor y éste somete la facultad de los cónsules a que ninguno de los contrayentes sea nacional suyo<sup>44</sup> o cuando el cónsul español está acreditado en un país que no reconoce la validez de los matrimonios entre personas del mismo sexo<sup>45</sup>.

No obstante, la propia DGRN ha propuesto reiteradamente un mecanismo para obviar los inconvenientes derivados de las limitaciones competenciales de los cónsules españoles en el extranjero, que consiste en acudir a la delegación que permite el artículo 57.2 del Código Civil. De esta manera, cuando el encargado del Registro consular no tenga la facultad de autorizar matrimonios, por oponerse a ello las normas del país receptor, sin embargo, sí tiene competencia para instruir, como encargado del Registro Civil del domicilio del promotor, el expediente previo para la celebración

<sup>43</sup> BOE de 6 de marzo de 1970.

<sup>44</sup> Consulta 1.ª de 25 de octubre de 2005. *AnDGRN*, 2005, pp. 3382 y ss. Sobre celebración en el Consulado General de España en Santo Domingo de un matrimonio entre personas del mismo sexo, siendo uno de los contrayentes español y el otro dominicano y oponiéndose República Dominicana a que los cónsules extranjeros acreditados ante ella puedan celebrar matrimonios en los que uno de los contrayentes sea dominicano.

<sup>45</sup> Consulta 2.ª de 25 de octubre de 2005. *AnDGRN*, 2005, pp. 3384 y ss. Referente al matrimonio entre dos españoles del mismo sexo en el Consulado General de España en Ciudad del Cabo, cuando aún Sudáfrica no admitía la validez de estos matrimonios.

Consulta 1.ª de 26 de octubre de 2005. *AnDGRN*, 2005, pp. 3386 y ss. Sobre matrimonio entre personas del mismo sexo en el Consulado General de España en Boston.

del matrimonio, delegando que la prestación del consentimiento se realice ante el encargado de otro Registro Civil en España<sup>46</sup>.

Incluso, la DGRN ha recurrido a otras soluciones de aplicación para evitar los problemas derivados de las mencionadas limitaciones. Así, en su Consulta de 15 de noviembre de 2006<sup>47</sup> resolvió acerca de la celebración del matrimonio de dos españoles del mismo sexo en la Embajada de España en Bulgaria. El ordenamiento de este país balcánico admite en principio el matrimonio consular de dos extranjeros ante las autoridades consulares acreditadas en el mismo, pero no regula el matrimonio homosexual. Sin embargo, la DGRN ha sostenido el criterio de que cabía celebrar el matrimonio proyectado, reparando en que el artículo 76.1 del Código de Derecho Internacional Privado búlgaro somete la capacidad nupcial a la ley nacional de cada uno de los contrayentes, y partiendo de que «el artículo 5.f) del Convenio de Viena contiene un reenvío al conjunto del Ordenamiento jurídico del país de recepción del Cónsul, incluidas sus normas de conflicto de leyes, y no sólo a sus normas de Derecho material», ha concluido que podrían «... acogerse al matrimonio consular parejas de ciudadanos españoles con residencia en países cuya legislación material no autorice el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero cuyas normas de conflicto remitan a la ley personal de los contrayentes, lo que abriría la puerta a la aplicación de la Ley española, evitando así la limitación competencial derivada del artículo 5.f) del reiterado Convenio de Viena. Se trata de un caso simétrico al del matrimonio en España entre contrayente español y contrayente extranjero nacional de un país cuyas leyes materiales no permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero cuyas normas de Derecho Internacional Privado fijen puntos de conexión en materia de requisitos para la celebración del matrimonio distintos al de la *lex patriae* del contrayente y supongan que la Ley aplicable resultante sea la española o cualquiera otra de las que admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo. Dicho en otros términos, el matrimonio en estos casos será válido cuando la norma de conflicto extranjera del país que corresponda a la nacionalidad del consorte extranjero reenvíe a la ley española, ... Debe entenderse que este reenvío cumple las exigencias del artículo 12.2 del Código Civil...»<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Vid. las Consultas citadas en las dos notas anteriores y la Resolución de la DGRN de 15 de septiembre de 1995. *RAJ*, 1995, n.º 6881.

<sup>47</sup> *BIMJ*, n.º 2077, 2006, pp. 5226 y ss.

<sup>48</sup> Vid. el apartado II.2.D de este artículo.

B. *La cuestión del reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero con anterioridad a la Ley 13/2005*

La Resolución-Circular de 29 de julio de 2005 aborda también el problema del reconocimiento en nuestro país de los matrimonios celebrados en el extranjero entre españoles o entre españoles y extranjeros del mismo sexo antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005. Ciertamente, debe tratarse de supuestos cuantitativamente muy escasos de matrimonios celebrados en Holanda, Bélgica y Canadá. La mencionada Ley no contiene ninguna norma de Derecho Transitorio en cuanto a su aplicación en el tiempo. La DGRN se ha inclinado por el reconocimiento de tales matrimonios, sosteniendo que: «El dato esencial del que se ha de partir en la interpretación de la cuestión es el de que la diversidad/identidad de sexos está ligada a la propia concepción del matrimonio, forma parte constitutiva de su propia naturaleza institucional, por lo que no se ha de abordar el problema desde la perspectiva de la capacidad matrimonial, lo que podría suponer la apreciación de un vicio de nulidad no convalidable por falta de capacidad en tales matrimonios... Por ello la cuestión hace tránsito a la del reconocimiento por España de una institución, la del matrimonio de personas del mismo sexo, legalizada antes que en España en otros tres países (Holanda, Bélgica y Canadá), y que ha de afectar a las relaciones jurídico-matrimoniales constituidas al amparo de la legislación de algunos de estos países antes de la entrada en vigor para España de la Ley 13/2005, y ello incluso en el caso de que ninguno de los contrayentes fuere español. En definitiva, si es patente que España reconoce el divorcio vincular como causa de disolución del matrimonio obtenido por resolución judicial extranjera anterior a la admisión del divorcio en España por la reforma del Código Civil introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, igualmente se ha de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado ante autoridad extranjera antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005.»

Es decir, para la DGRN no estaríamos ante un problema de eficacia retroactiva de las leyes, sino ante el reconocimiento actual de una institución previamente desconocida en nuestro país, pero existente en otros e introducida *ex novo* en nuestro ordenamiento. La DGRN también puntualiza que tal reconocimiento como matrimonios no se puede extender a otras figuras que en los Estados en los que se han creado de acuerdo con sus ordenamientos no gozan de la consideración de matrimonios.

### C. *La incidencia del certificado de capacidad nupcial*

En el Derecho comparado existen algunos ordenamientos, –entre ellos no está el español– que para celebrar el matrimonio en el que uno de los contrayentes es extranjero, exigen la previa presentación de un certificado de capacidad nupcial expedido por las autoridades del Estado de la nacionalidad o del domicilio del contrayente extranjero. De esta manera tratan de evitar matrimonios claudicantes<sup>49</sup>. Para hacer frente a este problema, el artículo 252 del Reglamento del Registro Civil regula la expedición del certificado cuando se le requiere al contrayente en el extranjero.

Además, España es parte del Convenio relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980<sup>50</sup>. El Convenio dispone que cada Estado miembro se obliga a expedir un certificado de capacidad matrimonial conforme al modelo anejo al Convenio, cuando uno de sus nacionales, o un refugiado o un apátrida cuyo estatuto personal se rija por la ley de dicho Estado, lo solicite para la celebración de su matrimonio en el extranjero y reúna de acuerdo a la ley del Estado que expida el certificado, las condiciones precisas para contraer el matrimonio.

En su Resolución 4.<sup>a</sup> de 7 de abril de 2006<sup>51</sup>, la DGRN resolvió el caso del matrimonio entre dos varones, uno español y otro portugués; dándose la circunstancia de que tanto España como Portugal son miembros del citado Convenio de Munich de 5 de septiembre de 1980. El Encargado del Registro Civil exigió al contrayente portugués la aportación del certificado de capacidad matrimonial, y al no ser aportado, acordó no haber lugar a la aprobación del matrimonio. Planteado el correspondiente recurso, la DGRN admitió la pretensión de los contrayentes y revocó la decisión del Encargado del Registro Civil. La DGRN, partiendo de que el matrimonio entre personas del mismo sexo será válido en España por aplicación de la ley material española, aunque la ley nacional del contrayente extranjero no lo permita, sostuvo que tal conclusión no puede verse alterada por el hecho de que los Estados de ambos contrayentes sean miembros del mencionado Convenio. En este sentido sostuvo que «... según resulta de la interpretación auténtica de dicho Convenio contenida en el *Rapport explicatif*... este no se opone a la aplicación de las reglas en vigor en los Estados contratantes que no exigen un certificado de capacidad matrimonial, previsión que encaja

<sup>49</sup> L. PALSSON, «Marriage and Divorce», *IECL*, vol. III, cap. 16, pp. 102-104.

<sup>50</sup> *Vid.* nota 12.

<sup>51</sup> *Aranzadi R.J.*, 2007/3357.

precisamente en el caso español, ya que la única norma de Derecho Interno que contempla la exigencia de tales certificados... es el artículo 252 del Reglamento del Registro Civil que contiene una norma de extensión inversa... pero obsérvese que el... precepto no impone un trámite obligado de la expedición de certificado de capacidad matrimonial, sino que a modo de norma de extensión inversa prevé el procedimiento de expedición de tales certificados cuando la Ley extranjera correspondiente al lugar de celebración del matrimonio, con arreglo a cuya forma éste haya de tener lugar, exija la presentación de un certificado de capacidad matrimonial. Regla que no resulta aplicable al presente supuesto en el que el matrimonio proyectado se pretende celebrar en España».

Igualmente, en su Resolución 6.<sup>a</sup> de 26 de octubre de 2005<sup>52</sup> la DGRN al abordar el caso de un matrimonio entre dos varones, uno español y el otro hindú, siendo así que India no es miembro del Convenio de Munich, entendió que era superfluo e innecesario exigir al contrayente extranjero la presentación de un informe consular acreditando que tal matrimonio era válido de acuerdo con su ley personal.

### III. ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA DESDE LA PERSPECTIVA CANADIENSE

#### 1. El matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho canadiense. Antecedentes y régimen legal

##### A. Introducción

Con carácter preliminar hay que dejar sentado un dato muy importante: en el sistema canadiense la definición de la institución matrimonial, así como de sus requisitos de fondo, es una competencia exclusiva federal, por el contrario, la forma del matrimonio, entendida en su más amplio sentido, está regulada por normativa de las provincias y de los territorios<sup>53</sup>. De esta manera, se han com-

<sup>52</sup> *BIMJ*, n.º 2013, 2006, pp. 2103 y ss.

<sup>53</sup> J. D. PAYNE, M. A. PAYNE, *Canadian Family Law*, 3.<sup>a</sup> ed., Toronto, 2008, pp. 29-30. CH. M. GLASS, N. KUBASEK, «The evolution of same-sex marriage in Canada: Lessons the U.S. can learn from their northern neighbor regarding same-sex marriage rights», *Michigan J G&L*, 15, 2008, pp. 160-161.

Por ejemplo, los artículos 365 y 366 del Código Civil de Québec dicen:

«365. Le mariage doit être contracté publiquement devant un célébrant compétent et en présence de deux témoins.



binado hábilmente la seguridad jurídica con el respeto a las particularidades y tradiciones sociales, religiosas y étnicas de las diferentes partes del Estado, especialmente de Québec y de los territorios de las naciones indígenas<sup>54</sup>.

366. Sont des célébrants compétents pour célébrer les mariages, les greffiers et greffiers-adjoints de la Cour supérieure désignés par le ministre de la Justice, les notaires habilités par la loi à recevoir des actes notariés ainsi que, sur le territoire défini dans son acte de désignation, toute autre personne désignée par le ministre de la Justice, notamment des maires, d'autres membres des conseils municipaux ou des conseils d'arrondissements et des fonctionnaires municipaux.

Le sont aussi les ministres du culte habilités à le faire par la société religieuse à laquelle ils appartiennent, pourvu qu'ils résident au Québec et que le ressort dans lequel ils exercent leur ministère soit situé en tout ou en partie au Québec, que l'existence, les rites et les cérémonies de leur confession aient un caractère permanent, qu'ils célèbrent les mariages dans des lieux conformes à ces rites ou aux règles prescrites par le ministre de la Justice et qu'ils soient autorisés par ce dernier.

Les ministres du culte qui, sans résider au Québec, y demeurent temporairement peuvent aussi être autorisés à y célébrer des mariages pour un temps qu'il appartient au ministre de la Justice de fixer.

Sont également compétentes pour célébrer les mariages sur le territoire défini dans une entente conclue entre le gouvernement et une communauté mohawk les personnes désignées par le ministre de la Justice et la communauté».

<sup>54</sup> Esta distribución de competencias, y especialmente las que tiene reservadas con carácter exclusivo el poder federal, es la causa de que en Canadá no se plantee un problema similar al que se suscita en Estados Unidos de América en cuanto al reconocimiento en cada Estado de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en otros Estados de la Unión. Como ya hemos adelantado antes, algunos Estados admiten dichos matrimonios, por el contrario otros se oponen radicalmente y algunos mantienen una posición confusa o indefinida por lo que el reconocimiento de la eficacia de los matrimonios homosexuales contraídos en otros Estados es un arduo problema, cuyas soluciones también se proyectan a veces al plano internacional y han motivado un importante debate doctrinal (Como aportaciones más recientes y completas *vid.* L. SILBERMAN, «Same-Sex Marriage: Refining the Conflict of Laws Analysis», *U. Penn. L. R.*, 153, 2005, pp. 2195 y ss. A. KOPPELMAN, «Recognition and Enforcement of Same-Sex Marriage. Interstate Recognition of Same-Sex Marriages and Civil Unions: A Handbook for Judges», *U. Penn. L. R.*, 153, 2005, pp. 2143 y ss. B. H. BIX, «State Interest in Marriage, Interstate Recognition, and Choice of Law», *Creighton L. Rev.*, 38, 2005, pp. 337 y ss. E. GERSTMANN, «We are the World? What United States Courts Can and Should Learn from the Law and Politics of Other Western Nations», *J. Int. L. & Int. Rel.*, 1, 2004-2005, pp. 284 y ss. R. G. SPECTOR, «Same-Sex Marriages, Domestic Partnerships and Private International Law: at the Dawn of a New Jurisprudence in the United States», *YBPIL*, 2006, pp. 169 y ss. D. SCLAR, «New Jersey same-Sex Relationships and the Conflict of Laws», *Rutgers L. R.*, 59, 2007, pp. 351 y ss. D. G. DUNCAN, «Is the Massachusetts Law on Marriage of Non-Residents a Barrier to the Spread of same-Sex Marriage?», *Ave Maria L. Rev.*, 3, 2005, pp. 483 y ss. S. E. COX, «Red States, Blue States, Marriage Debates», *Ave Maria L. Rev.*, 3, 2005, pp. 637 y ss.). Hay autores que han defendido que la solución general de la *Full Faith and Credit Clause* operaría también en esta materia por lo que dichos matrimonios deberían ser reconocidos con carácter interestatal (*Vid.* la muy elaborada y matizada posición de W. A. REPPY, «The Framework of Full Faith and Credit and Interstate Recognition of Same-Sex Marriages», *Ave Maria L. Rev.*, 3, 2005, pp. 393 y ss.), sin embargo, otros se oponen alegando que la *Full Faith and Credit Clause* tiene un ámbito específico del cual escaparían los matrimonios en tanto en cuanto no implican una determinada resolución judicial (S. E. COX, «Nine Questions About Same-Sex Marriage Conflicts», *New England L. R.*, 40, 2006, pp. 384 y ss.). Por otro lado, hay quien afirma que los Estados pueden invocar el orden público para negarse a admitir la validez de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en *Sister-States* (R. S. MYERS, «The Public Policy Doctrine and Interjurisdictional Recognition of Civil Unions and Domestic Partnerships», *Ave Maria L. Rev.*, 3, 2005, pp. 531 y ss.), lo cual es rebatido en base a que esto no sería tolerable desde la perspectiva de la *Full*

La legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo en el ordenamiento canadiense es fruto de un proceso evolutivo en el que ha jugado un papel fundamental la labor de los tribunales. Es imprescindible detenerse, aunque sea brevemente, en los aspectos más significativos de esta evolución<sup>55</sup>, puesto que en algunas de las decisiones judiciales podemos encontrar algunas claves decisivas a la hora de tratar los aspectos de Derecho Internacional Privado. Inevitablemente, todo este proceso ha ido acompañado simultáneamente de un debate social y universitario en el que han entrado en juego consideraciones que han ido más allá de lo jurídico para incidir en aspectos morales, demográficos, históricos, religiosos<sup>56</sup>, etc. En general, como veremos ocasionalmente en las páginas siguientes, el debate ha acreditado un nivel técnico muy superior al que en su momento se dio en España. No obstante, ya entonces la doctrina denunció que en todo este proceso de discusión los aspectos de Derecho Internacional Privado no habían suscitado gran interés<sup>57</sup>.

---

*Faith and Credit Clause* (L. KRAMER, «Same-Sex Marriage, Conflict of Laws and the Unconstitutional Public Policy Exception», *Yale L. J.*, 106, 1997, pp. 1965 y ss. L. L. HOGUE, «State Choice-of-Law Doctrine and Non-Marital Same-Sex Partner Benefits: How will States Enforce the Public Policy Exception?», *Ave Maria L. Rev.*, 3, 2005, pp. 549 y ss.). Además, en 1996 el Congreso aprobó la *Defense of Marriage Act* (DOMA), por la cual los Estados no están obligados a reconocer los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en otros Estados de la Unión. Se ha dudado de su constitucionalidad, pero cuarenta Estados han dictado sus propios Mini-DOMA rechazando el reconocimiento del matrimonio homosexual y sus efectos, e incluso en el caso de algunos Estados extendiéndolo a uniones no matrimoniales (A. KOPPELMAN, «Recognition and enforcement...», pp. 2165 y ss.).

<sup>55</sup> Para un tratamiento más pormenorizado *vid. inter alios*: J. D. PAYNE, M. A. PAYNE, *Canadian...*, pp. 24 y ss. M. C. KRONBY, *Canadian Family Law*, 9.<sup>a</sup> ed., Missisauga, 2006, pp. 9 y ss. CH. M. GLASS, N. KUBASEK, «The evolution ...», pp. 143 y ss. N. BALA, «Controversy Over Couples in Canada: The Evolution of Marriage and Other Adult Interdependent Relationships», *Queen's LJ*, 29, 2003, pp. 41 y ss. C. J. ROGERSON, «Developments in Family Law: The 2002-2003 Term», *SCLR*, 22 (2d), 2003, pp. 273 y ss. D. ELLIOTT, «Conservative Judicial Activism comes to Canada: *Egale v. Canada*», *UBC LR*, 36, 2003, pp. 29 y ss. CH. B. GRAY, «The Essence of Marriage: The Very Idea; Reflection on H. Cyr», *RGD*, 34, 2004, pp. 493 y ss. M. N. STEWART, «Judicial redefinition of marriage», *Can.J.Fam.L.*, 21, 2004, pp. 11 y ss. K. McK. NORRIE, «Marriage and Civil Partnership for Same-Sex Couples: The International Imperative», *J.Int.L&Int.R.*, 1, 2004-05, pp. 249 y ss. J. P. McEVOY, «Refusing to Answer: The Supreme Court and The Reference Power Revisited», *Unb LJ*, 54, 2005, pp. 29 y ss. C. MATHEN, «Mutability and method in the marriage referent», *Unb LJ*, 54, 2005, pp. 43 y ss. H. LESSARD, «Charter Gridlock: Equality Formalism and Marriage Fundamentalism», *SCLR*, 33 (2d), 2006, pp. 291 y ss. G. HUSCROFT, «Political Litigation and the Role of the Court», *SCLR*, 34 (2d), 2006, pp. 35 y ss. CH. DAVIES, «Canadian same-sex marriage litigation: individual rights, community strategy», *UTorontoFLR*, 66, 2008, pp. 101 y ss.

<sup>56</sup> B. MACDOUGALL, «The Separation of Church and State: Destabilizing Traditional Religion-Based Legal Norms on Sexuality», *UBC LR*, 36, 2003, pp. 1 y ss.

<sup>57</sup> M. BAILEY, «Same-Sex Relationships Across Borders», *McGill L. J.*, 49, 2004, p. 1008. Sobre la proyección de la cuestión a los problemas de extranjería *vid.* N. LAVIOLETTE, «Coming Out to Canada: The Immigration of Same-Sex Couples Under the Immigration and Refugee Protection Act», *McGill L. J.*, 49, 2004, pp. 969 y ss.

## B. La acción de los tribunales

Tradicionalmente los tribunales canadienses, a falta de una definición plasmada en un texto legal, partieron de la concepción del matrimonio recogida en una sentencia clásica del *Common Law*, *Hyde v. Hyde*<sup>58</sup>, en la que ante el litigio planteado por un matrimonio poligámico celebrado por mormones en Utah, se afirmó que matrimonio es la unión voluntaria de por vida de un hombre y una mujer, con exclusión de cualquiera otros. Esta definición, que es la tradicionalmente admitida por los pueblos de cultura occidental, entiende que la característica de la heterosexualidad es fundamental en el matrimonio.

Esta concepción comenzó a cambiar con la promulgación en 1982 de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*<sup>59</sup>, que establece en su Sección 15 (1):

«Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability»<sup>60</sup>.

Inmediatamente este precepto suscitó diversos litigios sobre su eventual aplicación a los homosexuales, que pleiteaban pidiendo a los tribunales que fallasen en el sentido de determinar que la orientación sexual es análoga a las categorías o grupos enumerados en la Sección 15 y a los que por consiguiente no se puede discriminar<sup>61</sup>. Centrándonos en la problemática que ahora nos ocupa hay que destacar dos sentencias. La primera es la dictada por el Tribunal Supremo en el asunto *Egan v. Canada*<sup>62</sup>, en la que se afirmó: «sexual orientation is a deeply personal characteristic that is either unchangeable or changeable only at unacceptable personal costs, and so falls within the ambit of [Section] fifteen protection as being analogous to the enumerated grounds»<sup>63</sup>. Por otro lado, en el caso *Miron v. Trudel*<sup>64</sup>, referente a una pareja de hecho heterosexual, se estableció que las discriminaciones basadas en el estatus matrimonial violaban la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. De esta manera, las uniones de hecho, tanto heterosexuales como homo-

<sup>58</sup> 1866, *L. R.*, 1 P&D. 130.

<sup>59</sup> M. N. STEWART, «Judicial redefinition...», pp. 36 y ss.

<sup>60</sup> La Sección 1 de la misma disposición determina que los derechos y libertades se garantizan sometidos únicamente a los límites razonables impuestos por la ley tal como se demuestren justificados en una sociedad libre y democrática.

<sup>61</sup> CH. M. GLASS, N. KUBASEK, «The evolution...», pp. 163 y ss.

<sup>62</sup> [1995] 2 S.C.R. 513 (Can.).

<sup>63</sup> CH. M. GLASS, N. KUBASEK, «The evolution...», p. 165.

<sup>64</sup> [1995] 2 S.C.R. 418 (Can.).

sexuales, pudieron reclamar en base a la citada normativa una protección similar a la de los matrimonios<sup>65</sup>.

Partiendo de estos antecedentes, al filo del año 2000 se suscitaron varios litigios en distintas Provincias planteados por parejas del mismo sexo que pretendían contraer matrimonio. El primero en el tiempo, sustanciado ante los tribunales de British Columbia, fue el caso *Egale Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*<sup>66</sup>. Ocho parejas del mismo sexo demandaron aduciendo que la prohibición para ellos de acceder al matrimonio violaba la Sección 15 de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Sin embargo, el juez Pitfield sostuvo que el sentido constitucional del matrimonio consistía en que este era la unión entre un hombre y una mujer y en consecuencia era necesaria una reforma constitucional para poder autorizar matrimonios entre personas del mismo sexo. Posteriormente, el Tribunal de Apelación, cuando ya se habían dictado en otras Provincias las sentencias de los casos *Halpern*, al que nos referiremos inmediatamente, y *Hendricks v. Quebec*<sup>67</sup>, se adhirió a la misma línea interpretativa seguida por estas<sup>68</sup>.

El caso decisivo que impulsó fundamentalmente la posterior evolución jurisprudencial y legislativa fue el asunto *Halpern v. Toronto (City)*. Los actores eran un grupo de parejas del mismo sexo, que ante la negativa de las autoridades a concederles la licencia matrimonial e inscribir sus matrimonios recurrieron a los tribunales, invocando la Sección 15 (1) de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. La *Ontario Divisional Court* sostuvo que la regla del *Common Law* que define el matrimonio como la unión legal y voluntaria de un hombre y una mujer con exclusión de cualquier otro viola el principio de igualdad previsto en la Sección 15 (1) de la citada norma, sin que pueda justificarse por lo dispuesto en la Sección 1, por consiguiente era discriminatoria e injustificable en una sociedad democrática. La solución adecuada era declarar que la definición de matrimonio del *Common Law* era constitucionalmente inválida y no operativa, pero la Corte dejaba en suspenso la declaración durante 24 meses para permitir que el Parlamento adoptase las medidas normativas precisas de acuerdo con los requerimientos de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*<sup>69</sup>. Apelada la sentencia, la *Ontario Court of Appeal* confirmó la mayor parte de las apreciaciones de la decisión recurrida, pero fue más lejos al afirmar que ante la infracción de los derechos constitucionales de las parejas del mismo sexo

<sup>65</sup> CH. M. GLASS, N. KUBASEK, «The evolution...», p. 166.

<sup>66</sup> [2001] B.C.S.C., 1365 (B.C.).

<sup>67</sup> [2002] QJ 3816.

<sup>68</sup> [2003] B.C.C.A., 251.

<sup>69</sup> (2002) 28 RFL (5th), pp. 41 y ss. J. G. McLEOD, «Annotation».

la solución apropiada consistía en declarar constitucionalmente inválida la definición tradicional de matrimonio del *Common Law* en lo que se refiere al requerimiento de la heterosexualidad, y reformularla como la unión voluntaria de dos personas con exclusión de cualquier otra. Además, la declaración de invalidez y la reformulación de la definición tenían efectos inmediatos<sup>70</sup>. Esto permitió que inmediatamente comenzasen a celebrarse en Ontario matrimonios entre personas del mismo sexo. El caso *Halpern* inspiró el devenir posterior de la jurisprudencia en otras Provincias y Territorios<sup>71</sup>.

Con esta acumulación de antecedentes jurisprudenciales, el Gobierno federal se vio compelido a emprender la lógica reforma legislativa que se plasmó en la *Civil Marriage Act*, si bien previamente en uso de la función consultiva del Tribunal Supremo le planteó varias cuestiones al respecto<sup>72</sup>.

### C. *Civil Marriage Act*

Por asentimiento de 20 de julio de 2005 se aprobó la *Civil Marriage Act*<sup>73</sup>. Además de un conciso e interesante preámbulo, sobre el que más tarde retornaremos, la Ley contiene diversas disposiciones que deben ser destacadas a los efectos de este trabajo. Su artículo 2 ofrece una nueva definición de matrimonio, acorde con

<sup>70</sup> (2003) 36 *RFL* (5th), pp. 127 y ss. J. G. McLEOD, «Annotation».

<sup>71</sup> CH. M. GLASS, N. KUBASEK, «The evolution...», pp. 171 y ss.

<sup>72</sup> En un primer momento, el Gobierno federal planteó al Tribunal Supremo tres cuestiones del siguiente tenor: 1.<sup>a</sup> ¿La legislación propuesta queda dentro de la competencia legislativa exclusiva del Parlamento? 2.<sup>a</sup> ¿Es el matrimonio entre personas del mismo sexo compatible con la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? 3.<sup>a</sup> ¿Los ministros religiosos están amparados por la obligación de celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo por la garantía de libertad religiosa? Además, tras un cambio de Gobierno, el nuevo ejecutivo planteó otra cuestión: 4.<sup>a</sup> ¿Es el requisito tradicional de la heterosexualidad del matrimonio compatible con la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? El 9 de diciembre de 2004, el Tribunal Supremo emitió su decisión consultiva (*Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 *S.C.R.* 698, 2004 *SCC* 79). Entre otros extremos afirmó lo siguiente; en primer lugar que la competencia sobre la legislación propuesta era de los órganos federales; en segundo lugar dijo que el matrimonio entre personas del mismo sexo emana de la igualdad garantizada por la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. El Tribunal estableció que el significado del matrimonio no es un concepto estático limitado a las uniones entre personas de distinto sexo y ha evolucionado hasta incluir el matrimonio entre personas del mismo sexo. La igualdad de acceso al matrimonio para las parejas homosexuales no es contrario a la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. También definió que los ministros religiosos no pueden ser obligados a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo cuando sea contrario a sus creencias religiosas.

El Tribunal Supremo se negó a contestar a la cuarta cuestión en base a que el Gobierno federal había prometido introducir la legislación que equiparaba al matrimonio homosexual sin tener en cuenta la respuesta del Tribunal Supremo y porque las parejas del mismo sexo que ya habían contraído matrimonio tenían legítimos intereses adquiridos en que no se abordase la cuestión.

M. C. KRONBY, *Canadian...*, pp. 12 y ss. J. D. PAYNE, M. A. PAYNE, *Canadian...*, pp. 24 y ss. C. MATHEN, «Mutability...», pp. 46 y ss. G. HUSCROFT, «Political...», pp. 37 y ss.

<sup>73</sup> *Statutes of Canada*, 2005, 33, *S.C.*

la jurisprudencia previa, del siguiente tenor: «*Marriage, for civil purposes, is the lawful union of two persons to the exclusion of all others*»<sup>74</sup>. En la misma línea, su artículo 4 establece que «*For greater certainty, a marriage is not void or voidable by reason only that the spouses are of the same sex*».

La *Civil Marriage Act* pone especial énfasis en el controvertido<sup>75</sup> tema de la libertad de los ministros religiosos para negarse a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo y en general en la salvaguarda de la libertad religiosa y de conciencia y de expresión de opiniones y creencias<sup>76</sup>.

La nueva legislación introdujo también modificaciones que en consecuencia eran imprescindibles en otras muchas normas previas, como entre otras, *Canada Business Corporation Act, Divorce Act, Income Tax Act, Marriage (Prohibited Degrees) Act*, etc. Pero aunque tiempo antes de su promulgación la doctrina había puesto de manifiesto que las nuevas figuras familiares requerirían una reformulación de las normas de conflicto tradicionales<sup>77</sup>, la *Civil Marriage Act* no abordó aspectos de Derecho Internacional Privado.

## 2. La ley aplicable a la capacidad para contraer matrimonio en el Derecho canadiense

### A. Precisiones previas

Es necesario comenzar haciendo unas precisiones previas de carácter general sobre el Derecho Internacional Privado canadiense. Se trata de un sistema de especial complejidad, puesto

<sup>74</sup> Esta nueva definición obligaba a la correlativa modificación de la *Loi sur le Droit Fédéral et le Droit Civil de la Province de Québec*, cuyo artículo 5 pasó a decir: «*Le mariage requiert le consentement libre et éclairé de deux personnes à se prendre mutuellement pour époux*».

<sup>75</sup> La controversia fue especialmente intensa en lo que se refiere a los funcionarios civiles: B. MACDOUGALL, «Refusing to officiate at same-sex civil marriage», *Sask. L. Rev.*, 69, 2006, pp. 351 y ss. G. TROTTER, «The Right to decline performance of same-sex civil marriages: the duty to accommodate public servants: a response to Professor Bruce MacDougall», *Sask. L. Rev.*, 70, 2007, pp. 365 y ss.

<sup>76</sup> El artículo 3 establece:

«3. It is recognized that officials of religious groups are free to refuse to perform marriages that are not in accordance with their religious beliefs.

3.1 For greater certainty, no person or organization shall be deprived of any benefit, or be subject to any obligation or sanction, under any law of the Parliament of Canada solely by reason of their exercise, in respect of marriage between persons of the same sex, of the freedom of conscience and religious guaranteed under the Canadian Charter of Rights and Freedoms or the expression of their beliefs in respect of marriage as the union of a man and woman to the exclusion of all others based on that guaranteed freedom».

<sup>77</sup> W. A. ADAMS, «Same-Sex Relationships and Anglo-Canadian Choice of Law: An Argument for Universal Validity», *Can. Y.B. Int'l L.*, 34, 1996, pp. 122 y ss.

que Canadá es un Estado plurilegislativo en el que concurren ordenamientos que responden a distintas tradiciones jurídicas, mientras la mayoría de las Provincias y Territorios son de *Common Law*, el Derecho de Québec es en gran medida tributario de la historia legal francesa. Se puede decir que cada Provincia y Territorio tiene su propio sistema conflictual, por consiguiente, cada juez aplicará los principios y normas sobre conflicto de leyes de la unidad territorial en la que se encuentre<sup>78</sup>.

El influjo de las diferentes tradiciones jurídicas se hace patente en las fuentes del Derecho Internacional Privado de las Provincias y Territorios. En los que son de *Common Law*, sin perjuicio del respeto a los mandatos y principios constitucionales y a las obligaciones internacionales, principalmente convencionales, la mayor parte, aunque no únicamente, de los principios y reglas de conflicto se encuentran en las decisiones de los tribunales. Por el contrario, en Québec la mayor parte de sus disposiciones de Derecho Internacional Privado están codificadas, esencialmente en el Libro Décimo del Código Civil (artículos 3076 a 3168) denominado «del Derecho Internacional Privado», y también en otras disposiciones como el Código de Procedimiento Civil<sup>79</sup>. No obstante, las diferencias deben ser apreciadas en sus justos términos. Es indiscutible que existe un Derecho Internacional Privado de Québec con sus propias soluciones específicas y diferentes<sup>80</sup>. Pero también hay que admitir que, por obvias razones históricas y políticas, está muy influenciado por el *Common Law*; en este sentido, la doctrina ha concluido que el Derecho Internacional Privado de Québec consiste en principios del Derecho Francés junto con decisiones basadas en una variedad de fuentes, esencialmente originarias del *Common Law*<sup>81</sup>. Por esta razón, frecuentemente sus disposiciones coinciden con las soluciones de las demás Provincias y Territorios, y en ocasiones parecen muy anglosajonas desde la perspectiva de un jurista continental latino.

<sup>78</sup> CASTEL & WALKER, *Canadian Conflict of Laws*, 6.<sup>a</sup> ed., Markham, 2005, vol. I, pp. 1-5.

<sup>79</sup> CASTEL & WALKER, *Canadian...*, pp. 1-5-1-6.

<sup>80</sup> Por ejemplo, acudiendo al siempre clásico tema del reenvío vemos que en el ordenamiento de Québec está expresamente excluido, ya que el artículo 3080 de su Código Civil establece que «*Lorsqu'en vertu des règles du présent livre la loi d'un État étranger s'applique, il s'agit des règles du droit interne de cet État, à l'exclusion de ses règles de conflits de lois*». Por el contrario, el reenvío es posible en las Provincias de *Common Law*, salvo que esté expresamente excluido por Ley. G. GOLDSTEIN, «Private International Law», en: A. GRENON, L. BÉLANGER-HARDY (eds.), *Elements of Quebec Civil Law: A Comparison with the Common Law of Canada*, Toronto, 2008, p. 449.

<sup>81</sup> G. GOLDSTEIN, «Private...», p. 434.

## B. *La ley del domicilio como rectora de la capacidad nupcial*

En el ordenamiento de Canadá la ley personal es la del domicilio, que regula genéricamente el estatuto personal. En las Provincias y Territorios de *Common Law* esta conexión entronca con su más arraigada tradición y es común con los demás ordenamientos de esa familia jurídica<sup>82</sup>. Igualmente, la misma solución es consagrada por el párrafo 1.º del artículo 3083 del Código Civil de Québec<sup>83</sup>.

Una reiterada jurisprudencia ha resuelto que una persona física está domiciliada en la unidad territorial en la que tiene o debe tener por ley su establecimiento personal permanente<sup>84</sup>. Los tribunales canadienses determinan el domicilio aplicando únicamente la *lex fori*, aunque de una manera flexible en la que toman en consideración los propósitos, objetivos y valores materiales que incorpora la conexión domicilio en cada caso concreto<sup>85</sup>.

En las Provincias y Territorios de *Common Law* el régimen legal de atribución, adquisición, cambio y demás vicisitudes del domicilio se rige por diversos precedentes jurisprudenciales y por disposiciones legislativas, sobre todo en lo que se refiere a las personas dependientes. En Québec, esta problemática está regulada en los artículos 75 a 83 de su Código Civil, cuyas soluciones son muy parecidas a las previstas en las Provincias y Territorios de *Common Law*. En general, se puede decir que el domicilio de origen atribuido por el nacimiento es el del domicilio de la persona de la cual es legalmente dependiente el nacido<sup>86</sup>. El cambio de domicilio, con la consiguiente adquisición de uno nuevo, se opera por la residencia en un país, provincia o territorio diferente al del domicilio de origen o anterior con la intención de permanecer residiendo continuamente en el mismo; es decir, deben concurrir dos elementos, uno fáctico, consistente en residir de propósito en otro lugar, y otro volitivo, que implica el *animus manendi* en la nueva residencia<sup>87</sup>.

<sup>82</sup> CASTEL & WALKER, *Canadian...*, p. 4-1.

<sup>83</sup> Dice este precepto: «*L'état et la capacité d'une personne physique sont régis par la loi de son domicile*». C. EMANUELLI, *Droit International Privé Québécois*, 2.ª ed., Montréal, 2006, pp. 267 y ss.

<sup>84</sup> CASTEL & WALKER, *Canadian...*, p. 4-1. En similares términos se desenvuelve el artículo 75 del Código Civil de Québec.

<sup>85</sup> CASTEL & WALKER, *Canadian...*, p. 4-2.

<sup>86</sup> CASTEL & WALKER, *Canadian...*, p. 4-4. *Vid.* el artículo 80 del Código Civil de Québec.

<sup>87</sup> CASTEL & WALKER, *Canadian...*, pp. 4-4., 4-5. *Vid.* el artículo 76 del Código Civil de Québec. C. EMANUELLI, *Droit...*, pp. 50 y ss.



Por lógica aplicación de lo que decíamos al principio de este apartado, la capacidad para contraer matrimonio se rige por la ley del domicilio<sup>88</sup>. En las Provincias y Territorios de *Common Law* han existido tradicionalmente dos doctrinas al respecto. Por un lado, la denominada *dual domicile doctrine*, que requiere para la validez del matrimonio que cada uno de los contrayentes sea capaz de acuerdo con la ley que gobierna su estatuto personal antes de contraer matrimonio, es decir, esta doctrina implica que la ley del domicilio de cada una de las partes rige su capacidad nupcial. Por otro lado, ocasionalmente se ha invocado la *intended matrimonial home doctrine*, que significa que las partes deben ser capaces para contraer el matrimonio de acuerdo con la ley del lugar donde ellos pretenden establecer su residencia conjunta después del matrimonio durante un tiempo razonable, o sea, la capacidad nupcial se rige por la ley del domicilio conjunto posterior al matrimonio<sup>89</sup>. La inmensa mayoría de las sentencias, partiendo de una decisión muy conocida, *Brook v. Brook*<sup>90</sup>, han seguido la *dual domicile doctrine*. Sin embargo, en algún supuesto puntual los tribunales han admitido la *intended matrimonial home doctrine*<sup>91</sup>. Sobre esta última doctrina volveremos más adelante por el interés que tiene para este trabajo.

El párrafo 1.º del artículo 3088 del Código Civil de Québec dice que «*Le mariage est régi, quant à ses conditions de fond, par la loi applicable à l'état de chacun des futurs époux*». Lo que significa, por remisión al ya citado párrafo 1.º del artículo 3083, que la capacidad para contraer matrimonio se rige por la ley del domicilio de cada uno de los contrayentes<sup>92</sup>.

<sup>88</sup> Por el contrario, la validez formal del matrimonio se rige, salvo unas puntuales excepciones, por la *lex loci celebrationis* (CASTEL & WALKER, *Canadian...*, pp. 16-1 y ss. D. J. MACDOUGALL, «Marriage Resolution and Recognition in Canada», *F.L.Q.*, 29, 1995, pp. 546-547.). Por su parte, el párrafo 2.º del artículo 3088 del Código Civil de Québec establece que «*Il est régi, quant à ses conditions de forme, par la loi du lieu de sa célébration ou par la loi de l'État du domicile ou de la nationalité de l'un des époux*». G. GOLDSTEIN, E. GROFFIER, *Droit International Privé*, Montreal, 1998, T. II, pp. 71 y ss.

<sup>89</sup> CASTEL & WALKER, *Canadian...*, pp. 16-7 y ss.

<sup>90</sup> [1861-73] *All E.R.* H. L., 493. En ella se estableció lo siguiente: «*A marriage between persons domiciled in England which is solemnized in a foreign country in compliance with the law relating to marriage in that country is valid in England unless in its essentials the marriage is such that it would be void in England, as, for instance, if the parties were within the prohibited degrees of kindred and affinity*». En el *Common Law* canadiense es fundamental el caso *Schwabel v. Ungar*, [1965] *S.C.R.*, pp. 148 y ss.

<sup>91</sup> *Minister of Employment and Immigration v. Narwal*. 26 *R.F.L.* (3d), pp. 95 y ss.

<sup>92</sup> G. GOLDSTEIN, E. GROFFIER, *Droit International...*, T. II, pp. 74 y ss. C. EMANUELLI, *Droit...*, pp. 270 y ss.

### 3. Razones que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo en el supuesto de sujetos domiciliados en países que no admiten tal institución

#### A. Precisiones sobre la naturaleza y operatividad de la conexión domicilio

Desde el momento en el que la capacidad para contraer matrimonio se rige por la ley del domicilio de cada uno de los futuros cónyuges, puede plantearse el problema de si es admisible en Canadá el matrimonio entre personas del mismo sexo cuando la ley del domicilio de uno o de los dos contrayentes no admite dicho matrimonio. Ciertamente, esta cuestión se suscita con menos frecuencia, intensidad y virulencia que en los países que, como España, utilizan la nacionalidad como ley personal. En este sentido hay que recordar que la conexión nacionalidad, como manifestación del principio de soberanía<sup>93</sup>, ordena la aplicación de un ordenamiento extranjero respecto del estatuto personal de los no nacionales, lo cual puede ser relativamente frecuente en los Estados que como el nuestro cada vez son más receptores de extranjeros. Por el contrario, la conexión domicilio representa mejor la vinculación del individuo con el entorno en el que vive, es una conexión más real, sobre todo si tenemos en cuenta cómo se interpreta el concepto de domicilio en el sistema canadiense, y favorece la coincidencia entre *forum e ius*. No obstante, el problema es real<sup>94</sup> y en los apartados siguientes vamos a analizar las soluciones que se han propuesto para hacer frente al mismo, aun admitiendo que los matrimonios así celebrados serán claudicantes en muchas ocasiones<sup>95</sup>.

#### B. El orden público

Siguiendo a M. Bailey podemos aducir un primer argumento en el sentido de que cuando la ley personal –ley del domicilio– deniega la capacidad para contraer matrimonio entre personas del mismo

<sup>93</sup> P. LAGARDE, «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain», *R. des C.*, 1986-III, pp. 51 y ss. J. Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, 1992, p. 212.

<sup>94</sup> D. L. CARLSON, «Same-sex couples seek haven in Canada», 14, *L Times*, n.º 39, p. 12. M. BAILEY, «Same-Sex ...», p. 1018. Sin embargo, esta última autora pone de relieve como Ontario permite «matrimonios turísticos» entre partes no conectadas con la Provincia sin hacer ninguna investigación sobre si las partes tienen capacidad para casarse bajo sus leyes domiciliarias.

<sup>95</sup> M. C. KRONBY, *Canadian...*, p. 15.

sexo, tal incapacidad puede ser ignorada en base al orden público<sup>96</sup>. Diversos precedentes jurisprudenciales pueden ser alegados a este respecto. El más claro es *Sotomayer v. De Barros*<sup>97</sup>; el litigio se refería a la validez del matrimonio de un portugués domiciliado en Inglaterra, que en este país se casó con una portuguesa domiciliada en Portugal, dándose la circunstancia de que eran primos y de acuerdo con el ordenamiento portugués por esta razón eran incapaces de contraer matrimonio sin la previa dispensa papal. En la sentencia se afirmó: «No country is bound to recognize the laws of a foreign state when they work injustice to its own subjects, and this principle would prevent the judgment in the present case being relied on as an authority for setting aside a marriage between a foreigner and a English subject domiciled in England, on the ground of any personal incapacity not recognized by the law of this country. Numerous examples may be suggested of the injustice which might be caused to our own subjects if a marriage were declared invalid, on the ground that it was forbidden by the law of the domicile of one of the parties. It is still the law in some of the United States that a marriage between a white person and a person of colour is void. In some States the amount of colour which will incapacitate is undetermined; in North Carolina all are prohibited who are descended from negro ancestors to the fourth generation inclusive, though one ancestor of each generation may have been a white person»<sup>98</sup>. De esta manera el orden público desplaza las consecuencias de la *dual domicile doctrine*.

Como señala la doctrina, «canadian courts will not recognize or enforce a foreign law or judgment or a right, power, capacity, status or disability created by a foreign law that is contrary to the forum's fundamental public policies, its essential public or moral interest, or its conception of essential justice and morality»<sup>99</sup>. A su vez, el artículo 3081 del Código Civil de Québec dice que: «*L'application des dispositions de la loi d'un État étranger est exclue lorsqu'elle conduit à un résultat manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales*». Es decir, la excepción de orden público como mecanismo correctivo de la aplicación de la norma de conflicto tiene una clara e importante presencia en el sistema canadiense. La doctrina coincide,

<sup>96</sup> M. BAILEY, «Same-Sex...», pp. 1018 y ss. Son también de notable interés los trabajos de la misma autora: M. BAILEY, «How will Canada respond to same-sex marriages?», *Creighton L. Rev.*, 105, 1998-1999, pp. 105 y ss., especialmente pp. 111 y ss. ID., «Hawaii's Same-sex Marriages Initiatives: Implications for Canada», *Can.J.Fam.L.*, 15, 1998, pp. 153 y ss.

<sup>97</sup> [1879] *L.R.*, 5 P.D., pp. 94 y ss.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 104. Vid. También *Scott v. Her Majesty Attorney General*, [1886] *L.R.*, 11 P.D., pp. 128 y ss., *Chetti v. Chetti*, [1909] *L.R.*, pp. 67 y ss.

<sup>99</sup> CASTEL & WALKER, *Canadian...*, p. 8-10.

como no podía ser de otra manera, en que es difícil dar una definición precisa del contenido y alcance del orden público, pero también coincide en que lo conforman principios fundamentales de justicia, concepciones básicas y arraigadas en la concepción del Derecho del foro y muy especialmente los derechos y libertades consagrados en tratados internacionales, así como en la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* y en la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, poniendo especial énfasis en el rechazo de cualquier forma de discriminación<sup>100</sup>. Desde esta perspectiva, apoyándose en los derechos humanos reconocidos tanto en documentos internacionales como internos, se puede argüir que aplicar una ley extranjera que prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo es discriminatorio y contrario al orden público<sup>101</sup>.

C. *El respeto a los derechos y libertades y en especial la supresión de cualquier forma de discriminación*

Enlazando con el apartado anterior, hay que recordar que, como hemos dicho en páginas precedentes, el respeto a los derechos y libertades enumerados en la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* y en especial la prohibición de cualquier discriminación basada en la orientación sexual fueron los motivos fundamentales que propiciaron la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo en el sistema canadiense<sup>102</sup>. En este sentido es muy gráfico tanto lo sostenido en las sentencias como en el Preámbulo de la *Civil Marriage Act*. Por ejemplo, la esencia de la decisión de la *Ontario Court of Appeal* en el Asunto *Halpern*<sup>103</sup> fue la siguiente: «The common law definition of marriage violated s. 15(1) of the Charter. The historical disadvantage suffered by same-sex couples favoured a finding of discrimination in the case-at-hand. A law prohibiting same-sex couples from marrying did not accord with the needs, capacities and circumstances of same-sex couples. Denying same-sex couples the right to marry perpetuated the view that same-sex couples were not capable of forming loving and lasting relationships. Equal treatment under the law with respect to benefits and obligations had not been afforded to same-sex couples. Not all benefits and obligations available to married couples had been extended to cohabiting

<sup>100</sup> CASTEL & WALKER, *Canadian...*, p. 8-11. G. GOLDSTEIN, E. GROFFIER, *Droit International...*, T. I, pp. 281 y ss. C. EMANUELLI, *Droit...*, pp. 253 y ss.

<sup>101</sup> M. BAILEY, «Same-Sex...», p. 1019.

<sup>102</sup> M. BAILEY, «How will...», pp. 112 y ss.

<sup>103</sup> *Vid.* nota 70.

couples. The dignity of persons in same-sex relationships was violated by the exclusion of same-sex couples from the institution of marriage. The violation of the seven couples' equality rights under s. 15(1) of the Charter was not justified under s. 1 of the Charter. ... An appropriate remedy to the infringement of the couples' constitutional rights was to declare the existing common law definition of marriage to be invalid to the extent that it referred to one man and one woman, and to reformulate it as the voluntary union for life of two persons to the exclusion of all others». Igualmente, en el Preámbulo de la *Civil Marriage Act*<sup>104</sup> se afirma: «Whereas the Parliament of Canada is committed to upholding the Constitution of Canada, and section 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees that every individual is equal before and under the law and has the right to equal protection and equal benefit of the law without discrimination; ... Whereas only equal access to marriage for civil purposes would respect the right of couples of same sex to equality without discrimination, and civil union, as an institution other than marriage, would not offer them that equal access and would violate their human dignity, in breach of the Canadian Charter of Rights and Freedoms; ... Whereas, in order to reflect values of tolerance, respect and equality consistent with the Canadian Charter of Rights and Freedoms, access to marriage for civil purposes should be extended by legislation to couples of the same sex».

De estos textos, puramente representativos de otros muchos, se desprende el peso decisivo que la Constitución y determinados principios constitucionales, como son el de igualdad, el de no discriminación por ningún motivo injustificado, especialmente por la orientación sexual, el de la dignidad de la persona, etc. tuvieron en la reforma canadiense del matrimonio. Desde esta perspectiva no sólo nos encontramos ante un criterio fundamental para definir el contenido del orden público, sino que además nos hallamos ante un elenco de derechos constitucionales inherentes a cualquier persona, y que por consiguiente no se pueden negar a un sujeto en base a los mandatos de su ley personal, la cual, desde esta concepción, no puede ser óbice para impedir contraer matrimonio entre personas del mismo sexo.

#### D. *Intended matrimonial home doctrine*

Como hemos visto anteriormente, en ocasiones los tribunales canadienses han seguido la *Intended matrimonial home doctrine*,

<sup>104</sup> Vid. nota 73.

que implica que los contrayentes deben ser capaces para contraer matrimonio de acuerdo con la ley del lugar donde ellos pretenden establecer su residencia conjunta después del matrimonio durante un tiempo razonable, es decir, la capacidad nupcial se rige por la ley del domicilio conjunto posterior al matrimonio. Esta doctrina se recoge, por ejemplo, en el asunto *Minister of Employment and Immigration v. Narwal*<sup>105</sup>. Se trataba de un caso en el que el matrimonio era inválido de acuerdo con la ley del domicilio prenupcial del marido, pero sin embargo válido según el Derecho de Canadá, donde los contrayentes pretendían establecer su domicilio una vez casados. La *Federal Court of Canada (Appeal Division)* estimó que el matrimonio era válido. En esencia la decisión sostuvo que «the traditional view is that capacity to marry is governed by the ante-nuptial domicile. In an appropriate case, a marriage may also be essentially valid if it complied with the law of the intended matrimonial domicile. The parties apparently intended to reside together in Canada. According to the law of the intended matrimonial domicile, the prohibition did not apply and the marriage was valid...». En el plano académico se ha justificado esta solución alegando que el ordenamiento jurídico de la sociedad en la que los esposos van a vivir tiene el interés más estrecho en determinar si ellos tienen capacidad para vivir como marido y mujer<sup>106</sup>. También es una doctrina más atenta al principio de proximidad<sup>107</sup>. Desde la perspectiva de un país de inmigración esta tesis es muy admisible, puesto que el matrimonio va a estar mucho más vinculado con el lugar del domicilio inmediatamente posterior al matrimonio que con los respectivos domicilios anteriores a su celebración.

La *Intended matrimonial home doctrine* puede ser muy operativa y jugar un papel muy importante en cuanto a la problemática que ahora nos ocupa, ya que mediante su aplicación se pueden considerar válidos matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en Canadá y que pretendan establecerse en ese país, en los casos en que de acuerdo con la ley personal, ley del domicilio, de uno o de los dos contrayentes tal matrimonio no sea posible.

<sup>105</sup> (1990), 26 *R.F.L.* (3d), pp. 95 y ss.

<sup>106</sup> A. BRIGGS, *The Conflict of Laws*, Oxford, 2002, p. 226. M. BAILEY, «Same-Sex...», pp. 1012-1013.

<sup>107</sup> El principio de proximidad es uno de los que inspiran los artículos de Derecho Internacional Privado en el Código Civil de Québec. G. GOLDSTEIN, «Private...», p. 441.

E. *Soluciones acordes con la movilidad de las personas en un mundo global*

Algún sector de la doctrina<sup>108</sup>, consciente de que instituciones novedosas requieren soluciones novedosas, ha propuesto la necesidad de articular normas de conflicto que satisfagan las expectativas de las partes desde la perspectiva de que la movilidad es un valor fundamental del Derecho Internacional Privado y más en el mundo global en el que hoy vivimos.

A este respecto se ha encontrado apoyo en algunas decisiones de los Tribunales, que sin referirse a cuestiones de Derecho de Familia, ya que se trataba de casos de *torts*, han puesto énfasis en la necesidad de que las soluciones legales deben estar siempre muy atentas a las realidades sociales y en concreto el Derecho Internacional Privado debe constituir soluciones de validez universal, que aseguren la certeza y la movilidad de personas e instituciones en un mundo global. Por ejemplo, en el asunto *Hunt v. T & N plc*<sup>109</sup> se afirmó lo siguiente: «Legal systems and rules are a reflection and expression of the fundamental values of a society, so to respect diversity of society it is important to respect differences in legal systems. But if this to work in our era where numerous transactions and interactions spill over the borders defining legal communities in our decentralized world legal order, there must also be a workable method of co-ordinating this diversity ... Developing such co-ordination in the face of diversity is a common function of both public and private international law. It is also one of the major objectives of the division of powers among federal and provincial governments in a federation». Y en la sentencia del caso *Tolofson v. Jensen; Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon*<sup>110</sup> se dijo que «The court takes jurisdiction not to administer local law, but for the convenience of litigants, with a view to responding to modern mobility and the needs of a world or national economic order». Estas afirmaciones han llevado a la doctrina a decir que la citada construcción judicial «... promulgates economic mobility as a core structural value within the framework of private international law»<sup>111</sup>.

Al hilo de esta construcción se ha llegado a proponer la superación de la distinción entre validez formal y sustancial del matrimonio, de tal manera que la validez del mismo solo debe contemplarse a la luz de la *lex loci celebrationis*, y en consecuencia el matrimonio

<sup>108</sup> W. A. ADAMS, «Same-Sex Relationships...», pp. 122 y ss.

<sup>109</sup> (1993) 109 *D.L.R.* (4th) 16 (S.C.C.). W. A. ADAMS, «Same-Sex Relationships...», p. 125.

<sup>110</sup> (1995) 120 *D.L.R.* (4th) 289 (S.C.C.).

<sup>111</sup> W. A. ADAMS, «Same-Sex Relationships...», p. 131.

válido en el lugar de su celebración debe ser reputado como válido en cualquier lugar. Esta tesis sería aplicable tanto a los matrimonios celebrados en el foro como a los contraídos en el extranjero. Esta doctrina tendría la ventaja de garantizar la certeza, una mejor protección de las expectativas de las partes, así como ser más conforme con el valor fundamental de la movilidad de personas e instituciones<sup>112</sup>. Ciertamente, esta posición doctrinal, que no lo olvidemos es bastante anterior en el tiempo a la legalización en Canadá del matrimonio entre personas del mismo sexo, no ha tenido un claro reflejo en la práctica canadiense, sin embargo, tiene un notable interés como criterio hermenéutico a la hora de abordar los distintos problemas y las respectivas soluciones que la cuestión plantea<sup>113</sup>.

#### IV. REFLEXIONES FINALES

A lo largo de este trabajo hemos analizado un mismo problema mediante la comparación de su planteamiento y soluciones en dos sistemas diferentes de Derecho Internacional Privado. Justamente por las diferencias inherentes a los dos ordenamientos el problema se suscita de manera diversa. Una vez más se ponen de relieve las consecuencias que tiene la dualidad nacionalidad-domicilio a la hora de determinar la ley personal. La conexión domicilio es más real y representa mejor la vinculación del individuo con el entorno en el que vive y favorece la coincidencia entre *forum e ius*. Por estas razones la cuestión se plantea en el ordenamiento canadiense con menor frecuencia e intensidad que en el español. Pero con independencia de este presupuesto, y salvando las lógicas diferencias, llama la atención que las principales soluciones propuestas, orden público y referencia a los derechos y libertades fundamentales de rango constitucional, coinciden en ambos sistemas.

---

<sup>112</sup> W. A. ADAMS, «Same-Sex Relationships...», pp. 127 y ss.

<sup>113</sup> No obstante, esta tesis ha sido acogida recientemente por los tribunales de Nueva York para admitir la validez de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en Canadá. En *Martínez v. County of Monroe* un tribunal de Nueva York sostuvo que un matrimonio homosexual entre dos neoyorquinos podía ser reconocido en Nueva York, ya que los tribunales de dicho Estado habían establecido reiteradamente que se podían reconocer los matrimonios celebrados fuera del Estado cuando eran válidos en el lugar de celebración, salvo que implicasen incesto o poligamia, que caen dentro de las prohibiciones de «*natural law*» o estuviesen prohibidos por una «*positive law*» de Nueva York, lo cual no ocurría ya que dicho Estado no había aprobado un Mini-DOMA. S. C. SYMEONIDES, «Choice of Law in the American Courts in 2008: Twenty-Second Annual Survey», *AJCL*, 2009, pp. 310-312.