

Problemas generales de derecho internacional
privado en los nuevos reglamentos europeos
en materia de regímenes matrimoniales
y efectos patrimoniales de las uniones
registradas

General problems of private international law and the
new european regulations on marital property regimes
and property consequences of registered partnerships

ANA QUIÑONES ESCÁMEZ

*Catedrática de Derecho internacional privado
de la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. *Impacto de la globalización y regionalización en el derecho internacional privado de la familia.* 2. *Un derecho internacional privado europeo en materia de familia.* 3. *Nuevos reglamentos y problemas generales de derecho internacional privado.* 4. *Límites del Reglamento «Roma 0»: cuestiones excluidas.* II. LA VÍA DE LA COOPERACIÓN REFORZADA PARA LOS DOS NUEVOS REGLAMENTOS SOBRE «REGÍMENES MATRIMONIALES» Y «EFECTOS PATRIMONIALES DE LAS UNIONES REGISTRADAS». 1. *Cooperación reforzada y modelos familiares: Problemas de calificación.* 2. *Cooperación reforzada y normas de competencia (de la cláusula maltesa a la cláusula búlgara).* 3. *Cooperación reforzada y normas de reconocimiento y de ley aplicable.* III. DEFINICIONES Y DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DE LOS NUEVOS REGLAMENTOS. 1. *Ausencia de definición del matrimonio.* 2. *Principio de libre circulación y concepto de «cónyuge» en la Directiva de reagrupación familiar: El asunto C-673/16 Coman y otros.* 3. *Definición amplia de «unión registrada» a la que se aplica el nuevo reglamento.* 4. *Aplicación de otros reglamentos europeos a las uniones de pareja excluidas.* IV. DELIMITACIÓN DEL

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS NUEVOS REGLAMENTOS Y PROBLEMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 1. *Ámbito de aplicación y «conflictos de calificaciones»*. 2. *Problemas de calificación e inadaptación: La petición de decisión prejudicial del Kammergerichts Berlín de 3 de noviembre de 2016 en el caso Mahnkopf y la STJUE de 1 de marzo de 2018 (Asunto C-558/16)*. 3. *Problemas de calificación, sustitución o equivalencia: El reconocimiento «tal cual» del vínculo de pareja*. V. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN Y EXCLUSIONES: LA CUESTIÓN PREVIA. 1. *Extensión de la competencia judicial internacional y reconocimiento de decisiones en la hipótesis de que la cuestión la cuestión principal sea la relativa a la nulidad*. 2. *Exclusión de la cuestión previa relativa a la existencia y la nulidad de la unión (derecho aplicable)*. 3. *Utilidad de un instrumento europeo, en el marco de la cooperación reforzada, que permita el reconocimiento de las uniones formalizadas ante la autoridad pública*. VI. APLICACIÓN DE LOS NUEVOS REGLAMENTOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA «EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL». 1. *La heterosexualidad como requisito de fondo que condiciona la existencia y la validez del matrimonio o de la unión registrada*. 2. *El CEDH y las SSTEDH de 21 de julio de 2015 y de 14 de diciembre de 2017 (asuntos Oliari y otros c. Italia y Orlandi y otros c. Italia)*. 3. *Un orden público europeo armonizador en los nuevos reglamentos europeos: El art. 21 de la Carta europea y la «excepción de orden público»*. 4. *Una cláusula especial de orden público*. 5. *Reflexión final*.

Resumen: Este trabajo trata algunas de las cuestiones generales del derecho internacional privado que los nuevos Reglamentos europeos sobre los regímenes matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104) no resuelven.

El ámbito de aplicación de los nuevos Reglamentos europeos se define en un sentido positivo y negativo. Varias dificultades surgen en la aplicación simultánea de los distintos reglamentos europeos y en la aplicación de otras normas nacionales. El propósito de este documento es examinar algunos problemas de coordinación que surgen, incluidas las «zonas grises» y las cuestiones excluidas del ámbito de aplicación material de los nuevos reglamentos.

En concreto, las cuestiones generales de derecho internacional privado analizadas en este trabajo son: la delimitación del ámbito de aplicación, los

conflictos de calificaciones –*Characterization, qualification o Qualifikation*–, «el problema de la adaptación», «las cuestiones previas» y la «excepción de orden público» (de acuerdo al art. 21 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales).

Abstract: This paper deals with general issues of private international law which the new European Regulations on marital property regimes (2016/1103) and property consequences of registered partnerships (2016/1104) fails to resolve.

The scope of European Regulations is defined in a positive and in a negative sense. Several difficulties arising from the simultaneous application of rules derived from different European regulations and the others national legal systems. The purpose of this paper is to examine some problems of coordination, including the «grey zone» and the questions excluded from the scope of these regulations.

Specifically, the general questions on private international law analyzed in this paper are the scope, the characterization –*calificación, qualification or Qualifikation*–, «the adaptation», «the preliminary questions», and the «public order exception» (in accordance with Article 21 of the European Charter of Fundamental Rights).

Palabras clave: Derecho internacional privado, Reglamentos europeos, ámbito de aplicación, definiciones, regímenes matrimoniales, efectos patrimoniales de las uniones registradas, cooperación reforzada, calificación, adaptación, cuestión previa y excepción de orden público, Derechos fundamentales.

Keywords: Conflict of Laws, European Regulations, scope, definitions, marital property regimes, property consequences of registered partnerships, **Enhanced cooperation**, characterization, adaptation, preliminary questions and public order exception, Human Rights.

I. INTRODUCCIÓN

1. IMPACTO DE LA GLOBALIZACIÓN Y REGIONALIZACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA FAMILIA

El fenómeno de la globalización, con la consiguiente internacionalización e interdependencia económica de los Estados, tiene un considerable impacto en la persona, la familia y el derecho que las regula. En la escala regional de la Unión Europea, la libertad de circulación de las personas (en familia)

constituye un principio y un objetivo fundamental, que incrementa aún más la movilidad a través de las fronteras. El impacto es analizado por la sociología y por el derecho. Los datos sociológicos disponibles en la Unión europea cifran en 16 millones las parejas con elemento extranjero residentes en los Estados miembros¹.

Desde una óptica jurídica, se hace hincapié en las dificultades a las que han de hacer frente estas parejas, cuando trasladan su residencia a otro Estado Miembro o sus bienes se encuentran situados en Estados miembros distintos, en la gestión cotidiana, la división o la liquidación de sus bienes. Para el derecho internacional privado, el impacto de la libre circulación se manifiesta por el crecimiento exponencial de los elementos de «extranjería» en los litigios relativos al derecho de la persona y de la familia, y para los que se requiere determinar el tribunal competente, la ley aplicable y el reconocimiento de decisiones y actos públicos extranjeros. Si bien, el fenómeno va más allá de los desplazamientos entre los Estados Miembros de la Unión, la situación de los expatriados o de los que crean lazos familiares o de las llamadas «parejas Erasmus» o los matrimonios de jubilados del Norte que buscan un retiro apacible en un soleado Estado miembro del Sur. Afecta a todo tipo de personas y de familias que van migrando desde todos los continentes ya sea por motivos económicos o de índole personal. No cabe, tampoco, olvidar la movilidad de las personas que, huyendo de la persecución y de los conflictos bélicos, buscan refugio o asilo en Europa. Los lazos familiares que puedan gestarse tienen un papel clave en la integración de los extranjeros, por la adquisición de la nacionalidad del cónyuge o la del país de residencia. Se trata de un fenómeno dinámico y no sólo de ámbito europeo sino mundial. Si bien, los propios imperativos de la Unión espolean la libre circulación dentro de la frontera europea; y, con ello, la necesidad de elaborar normas de derecho internacional privado de la familia comunes.

Junto al dato anterior relativo a la movilidad, cabe sumar el de la presencia de una pluralidad de modelos familiares en la propia Unión Europea y en el mundo, regulados de modos diversos. Esta diversidad no sólo está causada por la venida de familias creadas bajo otros sistemas jurídicos sino por la evolución del derecho nacional en cada Estado miembro, que va reconociendo progresivamente la realidad sociológica plural y

1. Respecto a los datos estadísticos: <http://ec.europa.eu/eurostat/>. Asimismo, los aportados en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: «La agenda de la justicia de la UE para 2020 – Reforzar la confianza, la movilidad y el crecimiento en la Unión» [COM (2014) 144 final de 11 de marzo de 2014], p. 5.

cambiante de la familia. Esta diversidad afecta no sólo afecta al derecho material sino al derecho internacional privado. A la pluralidad de modelos familiares existentes en cada Estado miembro se une la diversidad de normas nacionales de derecho internacional privado. A fin de remediar esta diversidad de soluciones para regular los litigios con elemento extranjero o para reconocer los modelos familiares de otros Estados, la Unión europea ha ido elaborando normas de derecho internacional privado comunes para los Estado miembros. No obstante, la regulación en el ámbito del derecho de la familia es sectorial y discurre a distintas velocidades. Allí donde no es posible lograr la unanimidad, prevista en los Tratados para la materia de la familia, se han buscado otras soluciones o se ha seguido la vía de la cooperación reforzada.

2. UN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO EN MATERIA DE FAMILIA

Desde que se iniciara el actual S. XXI la Unión europea se ha venido ocupando del derecho internacional privado de la familia. Varios reglamentos se han adoptado en últimos estos años: El Reglamento (CE) núm. 2201/2002 llamado «Bruselas II» sobre competencia judicial internacional y reconocimiento de decisiones en materia «divorcio y de responsabilidad parental», que está actualmente en revisión², el Reglamento (UE) núm. 259/2010 llamado «Roma III», sobre «ley aplicable al divorcio», el Reglamento (CE) núm. 4/2009 que cubre, junto al Protocolo de La Haya de 2007, las distintas materias de derecho internacional privado en materia de «alimentos», y el Reglamento (UE) núm. 650/2012 *sobre* competencia,

2. La materia afectada es la responsabilidad parental, En particular, se busca mejorar la eficacia en la solución de los casos de sustracción de menores. Se prevé una duración máxima de dieciocho semanas para todas las etapas del procedimiento, limitándose las vías de recurso en contra de la decisión de retorno del menor (art. 24). Al Estado miembro de la residencia habitual del menor anterior a su desplazamiento ilícito se le impone el examen en profundidad del «interés superior del menor» antes de adoptar la decisión relativa a la custodia del mismo. En sede de reconocimiento, se reducen los motivos de orden público limitados a la defensa del interés superior del menor (art. 40). Se prevé la concentración de la competencia en un número limitado de jurisdicciones especializadas para los supuestos de sustracción de menores (art. 22), que deberán determinar los Estados miembros y comunicar a la Comisión. Esta es la principal innovación. Para más información, véase el Informe de 1 de diciembre de 2017 sobre la Propuesta de Reglamento Bruselas 2 ter de Tadeusz Zwiefka) en, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A8-2017-0388&format=XML&language=FR#title2>. Asimismo, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0388+0+DOC+XML+V0//ES>.

ley aplicable, y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de «sucesiones».

A los anteriores se sumarán dos nuevos reglamentos en materia de «régimen matrimonial» y de «efectos patrimoniales de las uniones registradas», que son los que van a centrar nuestra atención. Me refiero, en concreto, al Reglamento (UE) núm. 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, *por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales* [en adelante, el Reglamento (UE) núm. 2016/1103 sobre «régimen matrimonial»] y el Reglamento (UE) núm. 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, *por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito y la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas*³ [en adelante, el Reglamento (UE) núm. 2016/1104 sobre «efectos patrimoniales de las uniones registradas»]⁴.

Respecto al ámbito de aplicación temporal de estos dos nuevos reglamentos cabe distinguir, como sucede con otros instrumentos europeos, entre su entrada en vigor y su entrada en aplicación (art. 70). La entrada en vigor de los nuevos reglamentos tuvo lugar –en dieciocho Estados miembros, incluyendo a España⁵– veinte días después de su publicación en el Diario Oficial de la Unión europea (el 8 de julio de 2016). Es decir, el 28 de julio de 2016. Sin embargo, la fecha de su entrada en aplicación o de la aplicación de sus normas, tendrá lugar treinta meses después de su entrada en vigor. Es decir, el 29 de enero de 2019 (art. 70). El período intermedio permitirá a los Estados miembros comunicar a la Comisión las informaciones a la que se refieren los arts. 63 y 64, y a la

3. DOUE, núm. 183, de 8 de julio de 2016, para ambos reglamentos.

4. La bibliografía entre las propuestas y los textos definitivos es ya, hoy, abundante. Cabe citar, por todos, la monografía de J.P. Quinzá Redondo, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Valencia, 2016 y J.P. Quinzá Redondo, «La (des)coordinación entre la Propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2013, T. XIII, pp. 513-542; J.C. Fernández Rozas, «Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas», *La Ley Unión Europea*, n.º 40, 2016, y diversos trabajos del libro M. Guzmán Zapater y C. Esplugues Mota (dir.) y M. Herranz Ballester y M. Vargas Gómez-Urrutia (coord.), *Persona y Familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, como los autores que citan.

5. Precisaremos, más adelante, la cuestión relativa a los otros Estados miembros partícipes de la cooperación reforzada [Decisión (UE) del Consejo adoptada el 9 de junio de 2016 por la que se autoriza la vía de la cooperación reforzada].

Comisión dar la publicidad y efectuar los actos de ejecución previstos en los arts. 64, 65 y 66.

Para los Estados miembros que se vayan sumando más tarde a la cooperación reforzada, la fecha de entrada en vigor será la que se precise en la decisión de la Comisión o, en su caso, del Consejo (art. 331 TFUE) conforme al art. 70.2 *in fine* de ambos reglamentos.

Cabe hacer algunas precisiones respecto a cada capítulo o sector del derecho internacional privado regulado. Así, en el ámbito del reconocimiento y la ejecución, y como ocurre en otros reglamentos, se prevé una disposición transitoria que permite reconocer y ejecutar al amparo de los nuevos reglamentos, las decisiones dictadas después del 29 de enero de 2019 pero ejercitadas (o actos formalizados) antes de la fecha de la entrada en vigor, siempre que se respeten las normas de competencia. De no ser así las acciones han de haber sido ejercitadas –o los actos formalizados– a partir del 29 de enero de 2019 (art. 69.1 y 2).

Por lo que se refiere a la ley aplicable, ha de precisarse que las disposiciones del capítulo III se aplicarán a los cónyuges o a las parejas registradas que, después del 29 de enero de 2019 hayan celebrado el matrimonio o registrado su unión o que hayan especificado la ley aplicable al régimen matrimonial o los efectos patrimoniales de la misma (art. 69.3).

La regulación alcanza, sobre todo, a las uniones de pareja (matrimonios o uniones inscritas) que han sido formalizadas ante la autoridad pública. No lo son todas las uniones de pareja. Quedan fuera de los nuevos reglamentos las propiamente llamadas «uniones de hecho». Es decir, las uniones libres; o, también, llamadas concubinatos en algunos Estados miembros.

Cierto es que a estas uniones de pareja también les afecta la libre circulación, que es uno de los objetivos del derecho europeo, pero no quedarían comprendidas en la definición de uniones de pareja inscritas o con “registro obligatorio” que aporta el nuevo reglamento núm. 1104/2016 sobre los efectos patrimoniales de las uniones “registradas”. El reglamento aporta una definición de pareja registrada únicamente a los efectos de delimitar el ámbito material del nuevo reglamento. Pero no aporta una lista. Es cada Estado miembro el que deberá precisar el contenido. Por tanto, deberán precisarse las uniones de pareja que se consideran uniones registradas o formalizadas ante la autoridad pública en el territorio.

Asimismo, cabe avanzar que los pactos realizados para la gestión de sus bienes por los convivientes de una unión de pareja, aunque no estén

no comprendidos en los nuevos reglamentos podrán encontrar su encaje en otros reglamentos europeos, como el Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. No obstante, las uniones “legales” o reguladas por ley con un estatuto unitario suelen encajarse en el ámbito del estatuto personal y familiar. Incluso las uniones de hecho en sentido estricto o meramente fácticas. Es ilustrativa en este sentido la reciente RDGRN de 10 de mayo de 2017 que considera «... indudable el carácter familiar de la unión de hecho, como calificación jurídica de la relación internacional, al amparo del artículo 12, párrafo primero, del Código Civil». Y que considera que el Reglamento (CE) n.º 593/2008 o «Roma I» sería «inaplicable por razón de su materia»⁶. Volveremos sobre este punto.

Nuestro país ha suscrito el Convenio (CIEC) hecho en Múnich el 5 de septiembre de 2007 sobre reconocimiento de «parejas de hecho registradas» (que no está aún en vigor) y es uno de los dieciocho Estados miembros partícipes en el Reglamento núm. 1104/2016, sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas. Sin embargo, ninguno de estos instrumentos es aplicable a las «uniones de hecho» propiamente consideradas, cuyo registro en España no es necesariamente constitutivo ni suele sustentar un nuevo estatuto o un nuevo estado civil ni es inscribible en el Registro Civil como alternativa al matrimonio. Ni siquiera en la partida de nacimiento como nota marginal. La situación en España es algo peculiar como la traducción

6. RDGRN de 10 de mayo de 2017, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Álora, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de compraventa (BOE, núm. 127, de 29 de mayo de 2017, Sec. III. P. 43691). Indica el Centro Directivo que «10. Siendo indudable el carácter familiar de la unión de hecho, como calificación jurídica de la relación internacional, al amparo del artículo 12, párrafo primero, del Código Civil, que tiene por objeto la escritura calificada –una vendedora británica soltera vende ante notario español a un matrimonio británico una vivienda en España– y manifestando la vendedora en dicho documento que es su vivienda familiar, en el ámbito de las relaciones personales que eventualmente pudieran existir, es indudable la responsabilidad del transmitente por la enajenación realizada. Sin embargo, la trascendencia que ese hecho presenta conforme a su ley nacional –en el caso británico su “domicile”–, y concretamente su pertenencia o no a una “civil partnership”, podría conducir a un resultado excesivo pues debería en caso afirmativo probar el cumplimiento de los requisitos que conforme a su ley personal debe cumplir la transmisión, teniendo en cuenta que en la escritura no se manifiesta tener una “civil partnership”. Lo que pone de relieve la falta de normas *ad hoc* o de una pronunciación del legislador respecto a las existentes». En este sentido, A. Quiñones Escámez, «Las uniones estables de pareja. Nuevos modelos familiares y derecho internacional privado», Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de derecho Judicial*, 2003-1, p. 127-164. Respecto a la regulación según los distintos tipos de pareja (actos públicos o actos privados), véase nuestra monografía, *Uniones Conyugales o de pareja: Formación, reconocimiento y eficacia internacional. Actos públicos y hechos (o actos jurídicos) en el Derecho internacional privado*, Barcelona. Ed. Atelier, 2007.

que se ha hecho del convenio de Múnich relativo al reconocimiento de las uniones registradas y no de las uniones “de hecho”. Falta que el legislador intervenga en este punto para clarificar las uniones registradas de modo coherente. Esto pasaría por dar en algunos casos (según la legislación que las regula) entrada en el registro civil a las uniones de pareja cuyo registro sea constitutivo o formalizadas ante la autoridad pública mediante una intervención que no sea meramente receptiva. Nótese que las Comunidades Autónomas con derecho civil propio no tienen competencias en el ámbito del Registro Civil. Es el legislador estatal el que debe intervenir para que estas uniones se vean reflejadas en un registro civil general o propio.

Por último, junto a los citados reglamentos, y sobre otra base jurídica (art. 21, apartado 2 del TFUE⁷), cabe traer a colación el Reglamento (UE) núm. 2016/1191, de 6 de julio de 2016, *por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 [en adelante, Reglamento (UE) núm. 2016/1191 sobre «documentos públicos»*⁸, que entrará en aplicación el 16 de febrero de 2019]. Este nuevo instrumento tiene por objetivo el dispensar de toda forma de legalización a los documentos a los que se refiere. Estos son los actos relativos al estado civil (actas de nacimiento, deceso, nombre, capacidad matrimonial y situación matrimonial, divorcio, separación o anulación matrimonial, unión registrada, capacidad y situación en el marco de la unión y disolución o anulación de la misma, filiación, adopción, domicilio, residencia y nacionalidad⁹).

Aunque la fórmula es algo sibilina, se trata de la «aceptación»¹⁰ más que del reconocimiento¹¹ de los actos públicos documentados. En otras palabras, el reconocimiento previsto en el reglamento cubre el «instrumentum», pero no el «negotium». Se reconoce la fuerza probatoria de los actos,

7. La base jurídica de los otros reglamentos de derecho internacional privado era el 65 TCE y, ahora, el art. 81.3 del TFUE.

8. DOUE núm. L 200, de 16 de julio de 2016, p. 1. V. E. Bonifay, « La circulation des citoyens européens entre États membres au lendemain de l'adoption du règlement "documents publics" », *Journal du droit international (Clunet)*, 2017-2, p. 7.

9. E. Pataut, « Chronique citoyenneté de l'Union européenne – Reconnaissance des documents publics : vers un état civil européen ? », *RTD eur.*, 2013, p. 920.

10. La fórmula se debe a algunos autores del Instituto Max Planck (V. «Comments of the Max Planck Institute for Comparative and International Private Law», *RebelsZ*, 2010-3, disponible en www.mpipriv.de).

11. P. Lagarde, « La reconnaissance et l'enregistrement des documents de l'état civil dans les situations transfrontalières », *Commission des affaires juridiques du Parlement européen*, PE 425.653.2010, p. 12.

pero la fuerza ejecutoria sigue dependiendo de su «validez». El objetivo del Reglamento núm. 2016/1191 sobre «documentos públicos» es el de facilitar la libre circulación de los ciudadanos, pero sólo simplificando las formalidades exigidas a determinados documentos públicos en la Unión Europea¹². No cubre el reconocimiento de las situaciones familiares que vehicula el documento público¹³. Es la circulación del acto y no la circulación del contenido del acto lo regulado por el Reglamento núm. 2016/1191 sobre «documentos públicos»¹⁴.

Cabe señalar que el Libro verde proponía ir más lejos y dar eficacia a la cuestión relativa al estado civil constatada en el documento público. La cuestión no fue pacífica por lo que se limitó la eficacia del nuevo reglamento sin renunciar al mismo.

En relación a los dos nuevos reglamentos (UE) núm. 2016/1103 sobre «régimen matrimonial» y núm. 2016/1104 sobre «efectos patrimoniales de las uniones registradas», éstos –al igual que otros reglamentos– ya prevén el beneficio de la fuerza probatoria de los documentos a que se refieren¹⁵.

3. NUEVOS REGLAMENTOS Y PROBLEMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En una breve exposición, titulada «Nuevas uniones de pareja y nueva regulación de sus efectos», realizada dentro del marco del Seminario AEPDIRI titulado *El Derecho Internacional Privado español de familia: nuevas soluciones y ¿nuevos problemas?*, que tuvo lugar el 27 de octubre de 2016 en la Facultad de Derecho de la UNED (Madrid), que fue registrada y recogida en una decena de páginas¹⁶, apunté algunas cuestiones de derecho

12. http://ec.europa.eu/justice/citizen/files/com_2010_603_fr.pdf.

13. P. Callé, « Analyse approfondie sur la proposition de règlement visant à favoriser la libre circulation des citoyens et des entreprises en simplifiant l'acceptation de certains documents publics dans l'Union européenne ». [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU\(2015\)510003_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_FR.pdf).

14. Respecto de este debate, véase, M. Buschbaum, « La reconnaissance de situations juridiques fondées sur les actes d'état civil? », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1094 y C. Nourissat y otros, « Pour la reconnaissance des actes authentiques au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », *LPA*, 2012, p. 6. Animisme, E. Patau, « La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé » en, P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédonne, 2013, p. 147.

15. Art. 58 del Reglamento (UE) núm. 2016/1103 sobre «régimen matrimonial» y Reglamento (UE) núm. 2016/1104 sobre «efectos patrimoniales de las uniones registradas».

16. A. Quiñones Escámez, «Nuevos tipos de uniones y nueva regulación de sus efectos» en, Seminario AEPDIRI sobre *El Derecho Internacional Privado español de familia*:

internacional privado no cubiertas por los nuevos reglamentos europeos de derecho internacional privado de la familia. Muchas quedaron en el tintero. Se podrían cobijar bajo el paraguas de los «problemas generales de derecho internacional privado», como son, entre otros, los «conflictos de calificaciones», la llamada «cuestión previa», «los problemas de inadaptación», la «institución desconocida» y el límite del «orden público internacional».

Estas cuestiones generales (por ejemplo, la cuestión de la «calificación») no sólo atañen al derecho material de los Estados miembros. No es, aquí, una cuestión nacional sino «europea», porque se encuentra imbricada con el propio ámbito de aplicación de los reglamentos europeos, que requieren además una aplicación coordinada entre los distintos textos europeos. La respuesta que se aporte a estos problemas requiere el logro de cierta uniformidad de soluciones, ya que de ello depende el saber cuándo se aplica un reglamento (y no otro) o la propia delimitación del ámbito de aplicación material de los distintos reglamentos europeos. Es decir, el establecer si un instrumento europeo es aplicable al caso, y cuál entre los existentes.

Estos problemas de derecho internacional privado son comunes a los reglamentos europeos de derecho de familia. Sin embargo, es notablemente en relación a los nuevos reglamentos europeos relativos a los «regímenes matrimoniales» y a los «efectos patrimoniales de las uniones registradas», al que cabría sumar el Reglamento (UE) núm. 650/2012 en materia de «sucesiones», que interesa analizar esta cuestión. De hecho, cabe avanzar que ya se ha planteado ante el TJUE una cuestión prejudicial que afecta al vigente Reglamento sobre «sucesiones», como a la futura aplicación de las disposiciones del nuevo Reglamento (UE) núm. 2016/1103 sobre «regímenes matrimoniales» (y pudiendo afectar igualmente al que regula las uniones registradas). En este caso, la cuestión planteada suscita la reflexión tanto respecto a los problemas de calificación como de inadaptación en el ámbito del derecho internacional privado. Me refiero a la **Petición de decisión prejudicial planteada por el Kammergericht Berlín (Alemania) el 3 de noviembre de 2016 en el caso *Doris Margret Lisette Mahnkopf* (Asunto C-558/16)**¹⁷.

nuevas soluciones y ¿nuevos problemas?, 27 de octubre de 2016, Facultad de Derecho de la UNED (Madrid). <https://canal.uned.es/mmobj/index/id/52869>, publicado en M. Guzmán Zapater y C. Esplugues Mota (dir.) y M. Herranz Ballester y M. Vargas Gómez-Urrutia (coord.), *Persona y Familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 169-186.

17. DO, C30, 30 de enero de 2017, pp. 20-21.

Otras no tardarán en presentarse sobre estos y algunos otros problemas que van a ocuparnos. Esto es así, porque los reglamentos europeos específicos en materia de familia y sucesiones no se pronuncian sobre todos los problemas generales de derecho internacional privado. A veces incluso los excluyen de su ámbito de aplicación. Pero la compleja realidad regulada y los vasos comunicantes existentes entre algunas cuestiones reguladas por distintos reglamentos, así como las cuestiones ausentes o excluidas, y la interacción entre los distintos textos que las regulan, exige buscar soluciones coherentes y uniformes en el marco un derecho internacional privado europeo, si se quiere común.

Ocurre, a veces, que los nuevos reglamentos europeos intentan conciliar la armonización europea en la materia de la que se ocupan con el respeto a la diversidad de los Estados miembros en materia de derecho de la persona y de la familia. No sólo persiste la voluntad de evitar la injerencia del derecho europeo en el derecho material sino, también, la de evitar que pueda resultar excesiva la injerencia del derecho europeo en el derecho internacional privado de la familia de los Estados miembros. Esta se manifiesta, por ejemplo, al excluir las cuestiones previas relativas a la existencia del vínculo familiar del ámbito de aplicación material de los reglamentos. No obstante, lo regulado y lo no regulado están llamados a interactuar entre sí con cierta coherencia si se busca una aplicación uniforme.

A la luz de lo previsto se intentará ir, aquí, vislumbrando algunas posibles respuestas a los distintos problemas generales de derecho internacional privado, aunque sea dentro del marco de la misma «cooperación reforzada» de los nuevos reglamentos. Es la reflexión que se propone este trabajo a la luz de los dos últimos instrumentos europeos, cuyas disposiciones en un futuro próximo serán de aplicación.

4. LÍMITES DEL REGLAMENTO «ROMA 0»: CUESTIONES EXCLUIDAS

Algunos autores –P. Lagarde¹⁸ y G. Mäsch¹⁹– han propuesto la elaboración de un nuevo Reglamento «Roma 0» para tratar las cuestiones generales de derecho internacional privado que puedan plantearse con ocasión de la

18. P. Lagarde « Embryon de Règlement portant Code européen de droit international privé », *Rabes*, 2011, pp. 673-690 y P. Lagarde, «En guise de synthèse», en M. Fallon y Orts (es.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Brussels, Peter Lang, 2011, p. 367.
19. G. Mäsch, «Zur Vorfage im europäischen IPR», en S. Leible y H. Unberath (dirs.), *Brauchen wir eine Rom-0-Verordnung?* Jena, 2013, pp. 293-323

aplicación de los reglamentos europeos de ámbito específico o sectorial. Notablemente, la reflexión abarca a los vigentes reglamentos de alimentos y de sucesiones, y a los que se unirán los dos más recientes relativos a los regímenes matrimoniales y los efectos patrimoniales de las uniones registradas. Así, al cierre del coloquio celebrado en la *Université de Toulouse 1*, los días 17 y 18 de marzo de 2011, dentro del marco de su *Institut de Recherche en Droit Européen, International et Comparé*, centrado en la posible elaboración de un marco general coherente en materia de derecho internacional privado en el seno de la Unión Europea, el profesor P. Lagarde defendió que la idea de una codificación del derecho internacional privado, a través de una suerte de «Reglamento 0», vendría justificado por ser el derecho de la Unión Europea el que ya va integrando el mayor volumen de normas de derecho internacional privado de los Estados miembros. En lo que concierne a los problemas de la Parte General, la búsqueda de soluciones comunes en un ámbito europeo se ve como necesaria para el buen funcionamiento de los reglamentos europeos de derecho internacional privado. El empezar a reflexionar sobre esta cuestión se considera una necesidad en el momento actual²⁰. Y, a tal fin, se presentó un «*Embryon de règlement portant sur le Code européen de Droit international privé*», incluyendo una parte introductoria, así como un conjunto básico de disposiciones en materia de competencia judicial internacional, derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones, basados en su mayor parte en ciertas reglas presentes en los instrumentos adoptados hasta la fecha en materia de Derecho internacional privado²¹.

Sin embargo, las reflexiones sobre si es necesaria una «parte general» relativa a los problemas generales de derecho internacional privado en el ámbito de la Unión Europea (dentro de una suerte de «Reglamento Roma-0») se han plasmado en un parco número de soluciones. La concreción de las cuestiones que el nuevo instrumento pudiera cubrir ha suscitado algunas dificultades. Algunas de ellas ya se habían manifestado en la codificación de otros instrumentos internacionales, incluso en la codificación interna

20. En su la introducción M. Fallon puso de relieve los problemas de integración y coordinación en la interpretación entre los diversos instrumentos. En este contexto, la búsqueda de una mayor coherencia en la normativa comunitaria de DIPr., se convierte en una exigencia prioritaria, que se corresponde con las demandas planteadas ya por el Parlamento Europeo la Comisión (M. Fallon, «Rapport introductif», en M. Fallon y otros (Eds.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruselas, Peter Lang, 2011, p. 18.

21. P. Lagarde, « En guise de synthèse »», en M. Fallon y Orts (Ed.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruselas, Peter Lang, 2011, pp. 367-376.

o nacional. El dar soluciones generales a la inadaptación, la teoría de la cuestión previa y el límite del orden público exigirían un análisis de los problemas de fondo de los instrumentos elaborados, y el tomar partido por cuestiones, como la «teoría de la cuestión previa», que suelen ser dejadas en manos de los tribunales.

Los autores que se han ocupado del tema hayan optado, por ejemplo, por descartar el que se aporte una solución específica común a la controvertida cuestión previa dentro de los problemas de la parte general del derecho internacional privado europeo. El profesor G. Mäsch²², al interrogarse sobre la oportunidad de introducir una solución europea al problema de la cuestión previa ha puesto en relieve, también, las dificultades inherentes a tal iniciativa en el contexto actual de la Unión Europea. Esto es así, porque la solución a la cuestión previa de derecho de familia se entrecruza con la de la aceptación de la diversidad de los modelos familiares existentes en Europa, lo que puede suponer cierta injerencia del legislador europeo en las competencias de los Estados miembros. Ilustra la dificultad el que los nuevos instrumentos europeos no hayan obtenido la unanimidad necesaria y hayan tenido que seguir la vía de la cooperación reforzada.

La conclusión que cabe extraer, en este momento, es que algunas de las soluciones a los distintos problemas generales que pudieran suscitarse, notablemente a la cuestión previa, sólo podrían ser adoptadas en el mismo marco del mecanismo de cooperación reforzada que se ha seguido para los dos nuevos reglamentos.

II. LA VÍA DE LA COOPERACIÓN REFORZADA PARA LOS DOS NUEVOS REGLAMENTOS SOBRE «REGÍMENES MATRIMONIALES» Y «EFECTOS PATRIMONIALES DE LAS UNIONES REGISTRADAS»

El Reglamento (UE) núm. 2016/1103 sobre «régimen matrimonial» y el Reglamento (UE) núm. 2016/1104 sobre «efectos patrimoniales de las uniones registradas», establecen una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones para los aspectos patrimoniales de las uniones de pareja que regulan.

22. G. Mäsch, «Zur Vorfage im europäischen IPR», en S. Leible y H. Unberath (dirs), *Brauchen wir eine Rom-0-Verordnung?* Jena, 2013, p. 210.

1. COOPERACIÓN REFORZADA Y MODELOS FAMILIARES: PROBLEMAS DE CALIFICACIÓN

El legislador europeo no ha optado por una regulación única, dentro de una categoría amplia relativa a «los efectos patrimoniales de las uniones formalizadas», para integrar el matrimonio y las uniones inscritas, sino que se han elaborado dos reglamentos distintos –aunque casi paralelos–, para regular las cuestiones de derecho internacional privado relativas al régimen matrimonial y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Un instrumento único hubiera tenido la ventaja de eliminar los problemas de calificación, encaje o subsunción, en algunos Estados miembros, de los matrimonios entre personas del mismo sexo, a los efectos de determinar el instrumento aplicable. Por ejemplo, al calificar algunos Estados miembros como una unión civil al matrimonio entre personas del mismo sexo.

La cuestión ha de ser tratada desde un punto de vista no estático sino evolutivo y ha de atender a la disparidad legislativa existente. El derecho de familia en el marco de la Unión europea y en el marco interno de los Estados miembros está en constante cambio. Esto último, lo ilustra el hecho de que recientemente tres Estados miembros, ya sea a través del legislador (Alemania y Malta) o de los tribunales (el TC en Austria), hayan autorizado la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo. Esto llevará, por ejemplo, a que dejen de suscitarse para estos tres países, entre otros, algunos problemas de calificación o de subsunción del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en otro país en la categoría de las uniones civiles. La cuestión se planteaba hasta hace poco en países como Alemania, el Reino Unido o Suiza, que encajaban el matrimonio homosexual en las normas de conflicto que regulaban las uniones registradas del mismo sexo²³. Hoy es el caso de Italia²⁴.

23. En Suiza un matrimonio entre personas del mismo sexo es recalificado como una unión registrada (el art. 45, punto 3 de la LDIP suiza establece que «Un matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo será reconocido en Suiza como unión registrada»). El derecho inglés, en su momento, adoptó una solución similar en la *Civil Partnership Act* (2004), aunque hoy abre el matrimonio a las personas del mismo sexo. El derecho alemán adoptó una posición similar y limitó los efectos de las uniones de pareja registradas a los previstos en la ley alemana (el art. 17b. 4 EGBGB dispone que «los efectos de la unión de pareja registrada en el extranjero no pueden sobrepasar los previstos en el derecho alemán» la llamada *Kappungsregelung*), pero hoy autoriza los matrimonios entre personas del mismo sexo (2017).

24. Nuevo art. 32 bis de la Ley italiana de derecho internacional privado El legislador italiano ha modificado las normas de derecho internacional privado de la ley italiana (1995) para adaptarlas a la unión civil, regulada en la Ley núm. 76 de 20 de mayo de 2016. El Decreto-ley núm. 7 de 19 de enero de 2017 (GU núm. 22 de 27 de enero de 2017), en vigor desde el 11 de febrero de 2017, introduce un nuevo art. 32 bis que

Este problema de «calificaciones» podría interferir en la cuestión de la delimitación del ámbito material de los dos nuevos reglamentos europeos, uno aplicable al régimen matrimonial (y que no define el matrimonio) y el otro a los efectos patrimoniales de las uniones registradas que, a los objetivos del reglamento, viene a definir la unión registrada como la unión de pareja formalizada ante la autoridad pública, lo que guarda un nexo común con el matrimonio.

Con todo, el establecer un reglamento único hubiera suscitado otro problema. Se trata de la dificultad de alinear las conexiones de la institución del matrimonio, tradicionalmente regulada, con los otros modelos alternativos, y cuyas normas de derecho internacional privado *ad hoc* no adoptan completamente las del clásico modelo tradicional matrimonial, al cobrar peso la ley del país cuya autoridad procede al registro de la unión (incluidas sus normas de conflicto) tanto para la formación como para el reconocimiento de la unión (descartándose propiamente el control conflictual en sede de reconocimiento). Un instrumento único para las uniones conyugales (matrimonio) y para las demás uniones de pareja registradas²⁵ hubiera tenido la ventaja de eliminar los problemas de calificación, al menos para los aspectos patrimoniales regulados. Sin embargo, hubiera alterado la tradicional regulación de los efectos del matrimonio.

Aunque no todos los Estados miembros autoricen la celebración a las personas del mismo sexo, el matrimonio cuenta con una amplia tradición mientras que la unión de pareja registrada puede ser una institución desconocida en algunos Estados miembros. Tal situación ha llevado a que se haya considerado oportuno disponer de dos reglamentos. Eso sí, reglamentos gemelos, a los que sólo cabe adoptar en bloque y no por separado, con un contenido casi paralelo, pero no idéntico. Por ejemplo, una cuestión que se discutió en su momento fue el papel que tendría la autonomía de la voluntad como conexión principal no sólo en el reglamento sobre régimen matrimonial sino en el reglamento que regula los efectos patrimoniales de las uniones registradas. Para estas últimas, la ley del país de la autoridad que procede al registro ya estaba prevista en la normativa nacional de derecho internacional privado de varios Estados miembros.

precisa que el matrimonio celebrado en el extranjero con un ciudadano italiano y entre personas del mismo sexo tiene los efectos de la unión civil.

25. En este sentido, nuestra monografía, *Uniones conyugales o de pareja: Formación, reconocimiento y eficacia internacional. Actos públicos y hechos (o actos jurídicos) en el Derecho internacional privado*, Atelier, Barcelona, 2007.

Finalmente, se situó a la autonomía de la voluntad como conexión principal al considerarse que había que evitar todo viso de discriminación y por la seguridad jurídica que aporta²⁶. Si bien, las leyes que pueden elegir los esposos o los compañeros de una unión inscrita no son las mismas, pues figura la ley del registro entre las que pueden elegir estos últimos.

Este tema sensible, relativo a los modelos familiares, que son autorizados y reconocidos en cada territorio, es la razón por la cual los dos nuevos reglamentos han tenido una lenta gestación y han requerido de la vía de la cooperación reforzada. El punto de partida concreto para el concreto tema de los regímenes matrimoniales y los efectos patrimoniales de las uniones registradas podría situarse en la preparación de un estudio llevado a cabo en el marco del *Instituto Asser* en el año 2003. Una vez fue elaborado el estudio, la Comisión lanzó una consulta a través de un Libro verde de 17 de julio de 2006²⁷. A continuación, se creó un grupo de expertos llamado «PRM III» al que se encargó preparar las dos propuestas de reglamentos. La Comisión llevó a cabo, también, un estudio de impacto común para las dos propuestas. Las propuestas iniciales del Consejo, de 16 de marzo de 2011²⁸ fueron ampliamente revisadas. En ambos textos se introdujeron fórmulas de compromiso tras la reunión del Consejo de 3 de diciembre de 2015. Estas revisiones tuvieron como telón de fondo el de la aceptación de los modelos familiares que se abrían a las parejas del mismo sexo. En la citada reunión se puso de manifestó la imposibilidad de que los dos reglamentos se llegaran a adoptar por unanimidad de los Estados miembros ante la oposición de algunos Estados miembros. De modo que, el 9 de junio de 2016, el Consejo adoptó la decisión (UE) núm. 2016/954 autorizando la cooperación reforzada²⁹.

A falta de unanimidad, necesaria para un tema que –a diferencia de las sucesiones– difícilmente podía limitarse a su vertiente «patrimonial» y no familiar, se optó por la vía de la cooperación reforzada, prevista en el art.

-
26. A. Panet, H. Fulchiron y P. Wautelet, (dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 2017. Respecto a la autonomía de la voluntad en el nuevo reglamento, M. Vinaixa, «Autonomía de la voluntad en las Propuestas de Reglamentos sobre los regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas», en *Orden público europeo e internacional, Acto Homenaje a la profesora N. Bouza Vidal, InDret: revista para el análisis del derecho*, 2017, pp. 274-313.
27. COM (2006) 400 final, 17 de julio de 2006.
28. COM (2011) 126 final, de 16 de marzo de 2011 y COM (2011) 127 final, de 16 de marzo de 2011.
29. DOUE n.º L 159, 16 de junio de 2016, p. 16. El 9 de junio de 2016, el Consejo adoptó la decisión (UE) núm. 2016/954 autorizando la cooperación reforzada seguida en los nuevos reglamentos.

20 del Tratado de la Unión europea, y que permite a un mínimo de nueve Estados miembros adoptar un reglamento, al que quieran estar vinculados, cuando no es esa la voluntad de los otros Estados miembros.

Ambos textos fueron adoptados el 24 de junio de 2016, por el Consejo de la Unión europea mediante la vía de la cooperación reforzada. La lista de Estados miembros participantes figura en el considerando número 11 de ambos reglamentos: Bélgica, Bulgaria, la República Checa, Grecia, Alemania, España, Francia, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia y Suecia. Cabe añadir que Chipre se unió más tarde, como indica el propio considerando. También Estonia, que no figura en el considerando 11, ha manifestado su voluntad de unirse a la cooperación reforzada.

Una vez más se comprueba que, todo y siendo requerida la unanimidad en el ámbito del derecho internacional privado de la familia, cuando es imposible lograrla por ser la cuestión sensible para algunos Estados miembros, la cooperación reforzada se presenta como una solución para desbloquear la situación.

No es la primera vez que se requiere el uso de este mecanismo de cooperación reforzada en materia de familia. Ya se utilizó con el Reglamento (UE) núm. **1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, sobre ley aplicable al divorcio y a la separación judicial**, también llamado Reglamento «Roma III», y que une a 16 Estados miembros, entre los que se encuentra España.

Todo y siendo un tema sensible, que ha requerido la vía de la cooperación reforzada, cabe destacar que 19 Estados miembros han optado por tener normas comunes sobre competencia, ley aplicable y reconocimiento, en un ámbito este último donde no hay, prácticamente, normas convencionales. Ciertamente es que, en materia de régimen matrimonial existe el Convenio de La Haya de 1978 sobre *ley aplicable a los regímenes matrimoniales*. Sin embargo, sólo vincula a tres Estados miembros de la Unión Europea³⁰, y sólo abarca –como indica su título– el derecho aplicable.

En materia de uniones registradas son aún más parcas las existencias. La Comisión Internacional de Estado Civil (CIEC) ha elaborado el citado Convenio de Múnich de 5 de septiembre de 2007 *relativo al reconocimiento*

30. El Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre *ley aplicable a los regímenes matrimoniales* ha sido ratificado por tres Estados miembros (Francia, Luxemburgo y Holanda). Entró en vigor el 1.º de septiembre de 1992. Sólo regula los problemas de derecho aplicable. Ha servido de inspiración a los nuevos reglamentos europeos.

de las uniones registradas, que no está en vigor³¹. Pero este Convenio no regula tampoco los aspectos patrimoniales sino sólo los aspectos relativos al reconocimiento del vínculo de las uniones registradas.

Las uniones de pareja entre personas del mismo sexo (casadas o en unión registrada civil) han sido la «manzana de la discordia» en la negociación de los dos nuevos reglamentos. La propuesta de cooperación reforzada³² presentada por la Comisión europea es consecuencia del bloqueo de pocos Estados miembros a los nuevos reglamentos. Es el caso de Rumanía y Hungría; y, más concretamente, de Polonia. La Constitución polaca, reformada en el año 2009, define el matrimonio (art. 18) como la unión entre hombre y mujer. El art. 18 fue objeto de debate con ocasión de la reforma de la ley de derecho internacional privado polaco en el año 2011³³.

Asimismo, el Código Civil rumano, reformado en el año 2011, no reconoce ni los matrimonios entre personas del mismo sexo ni las uniones de pareja alternativas al matrimonio ya sea del mismo o de distinto sexo. El nuevo art. 277 del Código Civil establece que: «Los matrimonios homosexuales concluidos en el extranjero, ya sea por ciudadanos rumanos o extranjeros, no serán reconocidos en Rumanía»; y, que: «Las uniones registradas civiles entre personas de distinto o del mismo sexo, concluidos o contratados en el extranjero, ya sea por ciudadanos rumanos o extranjeros, no serán reconocidas en Rumanía». No sólo no se prevén soluciones en el derecho civil, sino que se añaden previsiones de derecho internacional privado dirigidas a evitar el reconocimiento de las uniones celebradas o registradas en el extranjero y sin que el motivo sea el evitar el fraude de ley, ya que el no-reconocimiento atañe tanto a nacionales como a extranjeros. Cabe añadir que, para evitar la falta de conformidad con el derecho derivado relativo a la inmigración y a la libre circulación, se añade en la misma disposición que: «(4) Las disposiciones jurídicas sobre la libre circulación de los ciudadanos en Rumanía, ya se trate de ciudadanos de la Unión europea o del Espacio económico europeo, son aplicables».

31. Ratificado por España, no ha obtenido las dos ratificaciones necesarias para que entre en vigor. «Convenio relativo al reconocimiento de uniones de hecho inscritas, hecho en Múnich el 5 de septiembre de 2007 y Declaraciones al mismo». (BOCG, de 26 de marzo de 2010, Serie A. Núm. 279) http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CORT/BOCG/A/CG_A279.PDF.

32. Decisión (UE) núm. 2016/954 del Consejo, de 9 de junio de 2016, autorizando una cooperación reforzada [COM (2016) 108 final] y [COM (2016) 106 final].

33. P. TWARDUCH, « Le règlement européen en matière de régimes matrimoniaux de la perspective du droit polonais », *Revue critique DIPr.*, 2016-3, p. 468.

Esta última cuestión de la compatibilidad del derecho de extranjería con la legislación europea puede ilustrarse con las recientes Conclusiones del Abogado General Wathelet, **en el asunto pendiente C-673/16 Coman y otros**³⁴. Señala el Abogado General Wathelet que el concepto de «cónyuge» –previsto en Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros³⁵– incluye, en lo que concierne a la libertad de residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia, a los cónyuges del mismo sexo. Rumanía tiene libertad para regular la cuestión civil relativa a la autorización (o no) de la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo en su territorio, pero no puede obstaculizar la libertad de residencia de un ciudadano de la Unión (rumano) denegando la concesión a su cónyuge del mismo sexo, nacional de un Estado no miembro de la Unión (norteamericano), un derecho de residencia permanente en su territorio. Así en el marco de un procedimiento de reagrupación familiar.

En el ámbito civil y del derecho internacional privado los Estados miembros de la Unión Europea no contemplan los mismos modelos familiares. Los que contemplan modelos familiares para las uniones del mismo sexo difieren entre sí en cuanto al modelo regulado. El que se apliquen de modo uniforme los nuevos reglamentos en los Estados partícipes no está tampoco garantizado al no existir soluciones comunes a

34. Conclusiones CLI: EU: C: 2018:2, de 11 de enero de 2018. El asunto afecta a un nacional rumano y a un nacional norteamericano, que se casaron en Bélgica en el año 2010. En diciembre de 2012, el matrimonio solicitó a las autoridades rumanas que les expidieran los documentos necesarios para que el esposo rumano pudiese trabajar y residir permanentemente en Rumanía con su cónyuge conforme a la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, *relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*, que permite al cónyuge de un ciudadano de la Unión que ha ejercido esta libertad reagruparse con él en el Estado miembro en que éste reside. Sin embargo, las autoridades rumanas denegaron la petición basándose en el motivo de que en Rumanía no podía ser considerado «cónyuge» de un ciudadano de la Unión, al no reconocer Rumanía los matrimonios homosexuales. La cuestión llegó ante el Tribunal Constitucional, que solicitó al Tribunal de Justicia que dilucidara si debe reconocerse al cónyuge homosexual de un ciudadano de la Unión que ha ejercido su libertad de circulación, un derecho de residencia permanente en Rumanía.
35. Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, *relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DO 2004, L 158, p. 77, y corrección de errores en DO 2004, L 229, p. 35, y DO 2007, L 204, p. 28).

todos los problemas clásicos del derecho internacional privado relativos a la calificación y la institución desconocida, la cuestión previa y el límite del orden público internacional.

Todo lo anterior da cuenta de la sensibilidad que provoca aún el tema del matrimonio y de las uniones registradas del mismo sexo en algunos Estados miembros³⁶. Otro tanto ocurre respecto a los Estados terceros³⁷, cuyo derecho podría ser aplicable. No obstante, cabe vislumbrar cierta apertura o posible evolución en la materia. No me refiero, ahora, a la evolución del derecho civil (substantivo o material) sino a la posibilidad de que se produzca una apertura hacia el reconocimiento de los matrimonios y las uniones registradas del mismo sexo de los otros Estados miembros. En este sentido, cabe adelantar que Bulgaria sería un ejemplo ilustrativo de que es posible una actitud más abierta en el ámbito del derecho internacional privado. Pese a que Bulgaria sólo celebra en su territorio matrimonios heterosexuales es un Estado miembro partícipe en los dos nuevos reglamentos. Ciertamente, no autoriza la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo ni prevé tampoco una alternativa basada en una unión civil registrada. Sin embargo, participa en el sistema de cooperación reforzada de los dos nuevos reglamentos.

Esta falta de previsión de una unión formalizada ante la autoridad pública para las parejas del mismo sexo (ya sea el matrimonio o la unión civil) puede tener, además, los días contados en los Estados miembros. El TEDH, en su sentencia de 21 de julio de 2015 en el asunto *Oliari c. Italia*³⁸, sobre el que volveremos, ha considerado que, aunque el CEDH no obligue a los Estados a autorizar el acceso al matrimonio, el derecho a la vida personal y familiar (art. 8 del CEDH) exige dar un estatuto alternativo adecuado a las parejas del mismo sexo.

36. En la votación del 23 de junio de 2016 del PE el Reglamento núm. 2016/1103 sobre «régimen matrimonial» obtuvo 498 votos a favor, 58 en contra y 35 abstenciones. El Reglamento núm. 2016/1104 sobre «efectos patrimoniales de las uniones registradas» obtuvo 490 votos a favor, 68 en contra y 34 abstenciones.

37. Por ejemplo, el art. 112 de la Constitución de Honduras reformado en el año 2005 (por Decreto 176/2004 y ratificado por Decreto 36/2005) dispone: «(...) Se prohíbe el matrimonio y la unión de hecho entre personas del mismo sexo. Los matrimonios o uniones de hecho entre personas del mismo sexo, celebrados o reconocidos bajo las leyes de otros países, no tendrán validez en Honduras».

38. STEDH, de 21 de julio de 2015, núm. 18766/11 y núm. 36030/11. *Oliari y otros c/ Italia*. V. P. Bruno, «Oliari contro Italia: la dottrina degli “obblighi positivi impliciti” al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso», *Famiglia e Diritto*, 2015, p. 1069.

Es como resultado de esta condena por unanimidad a Italia, que este Estado miembro de la Unión ha modificado su legislación introduciendo una unión civil para las parejas del mismo sexo. Con todo, y como ya se avanzó, esta situación podrá dar lugar a problemas de calificación si, como ha ocurrido en otros países, los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero son equiparados a las uniones civiles o registradas. Una opción seguida en su momento por el Reino Unido y Suiza, entre otros, y que vimos que ha seguido el legislador italiano (nuevo art. 32 bis de la Ley italiana de derecho internacional privado).

Cabe sumar, en esta misma línea, el muy reciente caso *Orlandi y otros c. Italia*³⁹. El TEDH en su sentencia de 14 de diciembre de 2017 ha hecho hincapié en que, aunque los Estados tengan libertad para legislar en materia de matrimonio abriéndolo o no a las personas del mismo sexo, están obligados a garantizar el reconocimiento y la protección legal a las parejas del mismo sexo ofreciéndoles un estatuto alternativo adecuado. La demanda contra Italia fue presentada por 11 ciudadanos italianos y uno canadiense, todos ellos casados en países que reconocen legalmente los matrimonios entre personas del mismo sexo, que solicitaron a las autoridades italianas que sus matrimonios quedaran también registrados. Estas lo denegaron alegando que tal inscripción iría en contra del orden público. Sin embargo, el TEDH consideró que el no dar una solución satisfactoria a estas uniones contravendría el art. 8 del CEDH –nótese que no se trata del art. 12 relativo al matrimonio– en una época en la que Italia tampoco les ofrecía una unión asimilable al matrimonio a las parejas del mismo sexo, como ocurre en la actualidad. Baste recordar que el art. 32 bis de la Ley italiana de DIPr., fue modificado en el año 2016 para encajar tales matrimonios en la nueva unión civil regulada.

Asimismo, cabe retener que, desde el momento en que se inició el proceso (2003) hasta el momento en que serán de aplicación los dos nuevos reglamentos (2019), la mitad, como mínimo, de los 28 Estados miembros⁴⁰, celebrarán matrimonios entre parejas del mismo sexo en su territorio. Es,

39. STEDH, de 14 de diciembre de 2017. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-139934"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

40. Además de Holanda, Bélgica, España, Suecia, Portugal, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Finlandia, Luxemburgo e Irlanda, cabe añadir: Malta (2017) Alemania (**Ley de 30 de junio de 2017 que estará en vigor a finales del año 2017**) y Austria (STC, de 4 de diciembre de 2017, disponible en, https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_Entscheidung_G_258017_ua_Ehe_gleichgeschlechtl_Paare.pdf, **que prevé la celebración de matrimonios a partir del 31 de diciembre de 2018 si el gobierno no dota al país de una ley con una fecha anterior**).

además, plausible que los países que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo puedan reconocer eficacia a las uniones registradas de otros países, incluso cuando la unión civil o de pareja inscrita sea desconocida para ese ordenamiento⁴¹.

El que haya sido necesario seguir la vía de la cooperación reforzada, por los motivos señalados, ha tenido su repercusión en el articulado o contenido de los nuevos reglamentos. Iremos desbrozando las consecuencias de este sensible telón de fondo en las normas de competencia, las de reconocimiento y las de ley aplicable. También verificaremos la incidencia de esta cuestión en el ámbito material de los reglamentos y en sus definiciones, así como si ha sido posible dar una solución a la cuestión previa. Por último, haremos una especial referencia a la incidencia de esta cooperación reforzada en el orden público internacional.

2. COOPERACIÓN REFORZADA Y NORMAS DE COMPETENCIA (DE LA CLÁUSULA MALTESA A LA CLÁUSULA BÚLGARA)

Para alentar que el mayor número posible de Estados Miembros se adhieran a los dos nuevos reglamentos, se ha previsto –dentro del capítulo II relativo a las normas de competencia judicial internacional⁴²– la posibilidad de que el tribunal competente, según el reglamento, pueda declinar su competencia cuando tuviera que pronunciarse sobre un litigio relativo al régimen económico matrimonial o a los efectos patrimoniales de la unión registrada, si conforme a sus normas de derecho internacional privado –cuando esté aplicando el Reglamento núm. 2016/1103 sobre «régimen matrimonial»– o conforme a su derecho –cuando esté aplicando el Reglamento núm. 2016/1004 sobre «efectos patrimoniales de las uniones registradas»– no se reconozca el matrimonio o se desconozca la unión de pareja registrada.

Por tanto, los jueces de los Estados miembros que se sumen a la cooperación reforzada podrán, inhibirse (art. 9 de ambos reglamentos) cuando la demanda relativa al régimen económico matrimonial o a los efectos patrimoniales de las uniones registradas incumba a un matrimonio

41. Sobre la variedad legislativa existente, las distintas calificaciones que han ido dado en el tiempo, y el problema de su encaje y reconocimiento, puede consultarse nuestra monografía, *Uniones conyugales o de pareja: Formación, reconocimiento y eficacia internacional. Actos públicos y hechos (o actos jurídicos) en el Derecho internacional privado*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 157-160, 170, 176-177 y 288.

42. Art. 9 del Reglamento (UE) núm. 2016/1103 sobre «régimen matrimonial» y art. 9 del Reglamento (UE) núm. 2016/1104 «efectos patrimoniales de las uniones registradas».

entre personas del mismo sexo no reconocido o a una unión registrada desconocida en el foro.

Subyace a esta previsión del art. 9 el tema sensible relativo al reconocimiento de los modelos familiares entre parejas del mismo sexo y otros modelos formalizados alternativos al matrimonio. Cuestión de «orden público» –si se quiere, relativo a la institución desconocida– que está en el origen mismo de la necesidad de la vía de la cooperación reforzada.

Cabe recordar que en el Reglamento (UE) núm. 259/2010 o «Roma III» en materia de ley aplicable al divorcio, se incluyó la llamada «cláusula maltesa» para tener en cuenta que Malta, en ese momento, no autorizaba las demandas de divorcio en su territorio (art. 13). Algo parecido ha ocurrido en la negociación de los dos nuevos reglamentos que nos ocupan. Se han incluido lo que se ha dado en llamar la «cláusula búlgara», pues que permite a los tribunales de los Estados miembros declinar la competencia judicial internacional (art. 9) cuando no reconozcan el matrimonio (en el telón de fondo se sitúa el matrimonio entre personas del mismo sexo) o desconozcan la unión registrada. Este es el citado caso de Bulgaria, pues no prevé en su legislación a las uniones registradas ni autoriza tampoco los matrimonios entre personas del mismo sexo. No obstante, participa de la vía de la cooperación reforzada seguida en los nuevos reglamentos. Se trata de una puerta abierta para que otros Estados miembros reticentes a tales modelos familiares puedan adherirse a los dos nuevos reglamentos al existir la cautela del art. 9 en ambos textos, prevista para cuando no reconozcan el matrimonio entre personas del mismo sexo o desconozcan otras alternativas formalizadas al modelo matrimonial (notablemente del mismo sexo).

Una primera lectura del art. 9 de ambos reglamentos da a pensar que la previsión está pensada para aquellos Estados miembros cuyo derecho internacional privado no reconozca el matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo o no reconozca la unión inscrita entre personas del mismo sexo. Es decir, cuando para la demanda relativa a los efectos patrimoniales surja la cuestión incidental relativa a la calificación o al reconocimiento de modelo familiar. En tal caso, los tribunales de los Estados miembros, partícipes en los nuevos reglamentos, pueden declinar su competencia judicial internacional –competencia que tendrían según el Reglamento–, y no pronunciarse sobre la cuestión patrimonial.

Bulgaria, al no autorizar el matrimonio entre personas del mismo sexo y desconocer las uniones registradas alternativas podría hacer uso de esta disposición. No obstante, es una facultad y no una obligación. Lo que se

busca con esta disposición es que se adhieran un número lo mayor posible de Estados miembros a los nuevos reglamentos. O, en definitiva, el que puedan aplicarse los nuevos reglamentos en el mayor número posible de Estados miembros. Es decir, incluyendo a aquéllos que no autorizan el matrimonio entre personas del mismo sexo (y no reconocerían el celebrado en otros Estados) o que desconocen las uniones formalizadas alternativas y con efectos similares al matrimonio.

Ahora bien, en el caso de que un Estado miembro participe se inhiba o decline su competencia judicial internacional para conocer del litigio en materia patrimonial, los nuevos reglamentos prevén otros criterios de competencia alternativos o de sustitución, para garantizar a los afectados el acceso a la justicia, ya estén estos unidos en matrimonio o en una unión registrada. Por tanto, otro Estado miembro, distinto, podrá conocer del asunto relativo a los efectos patrimoniales de la unión. En definitiva, para los interesados las consecuencias no son gravosas ya que los apartados 2 y 3 del mismo art. 9 les ofrecen otras competencias alternativas, y son amplias.

No terminan, aquí, las consecuencias. Cabe avanzar que, en sede de reconocimiento, el Estado que se ha inhibido –haciendo uso de lo previsto en el art. 9– al ser participe en los nuevos reglamentos no podrá denegar el reconocimiento de la sentencia relativa a los efectos patrimoniales dictada por el Estado miembro al que han acudido las partes al inhibirse el mismo. Y no podrá rechazar el reconocimiento basándose en motivos de orden público que se refieran a la orientación sexual del modelo familiar (art. 38 de ambos reglamentos). Incluso, cabe pensar, cuando esos motivos pudieran haberle llevado a declinar su competencia judicial internacional.

Por tanto, podemos decir que el Estado miembro participe que hace uso de la posibilidad de declinar su competencia (el art. 9) aunque no está obligado a conocer del asunto, sí que estará obligado a reconocer las decisiones de los otros Estados participantes que sí se hayan pronunciado sobre los bienes del matrimonio o de la unión de pareja registrada, y sin que pueda invocar que no reconoce o que desconoce las uniones entre personas del mismo sexo.

La lectura más pausada del artículo 9 de ambos reglamentos suscita otra cuestión de interés. En principio, cabe apreciar que existe un acusado paralelismo en ambos textos. No obstante, hay dos diferencias relevantes:

Una de ellas, es que el art. 9 del Reglamento (UE) núm. 2016/1103 sobre «régimen matrimonial» prevé que, sólo de manera *excepcional*, un Estado miembro pueda declinar su competencia para conocer del litigio relativo a los efectos patrimoniales de la pareja unida en matrimonio («*Con carácter excepcional, si un órgano jurisdiccional del Estado miembro competente en virtud de los artículos 4, 5, 6, 7 u 8 considera que en su Derecho internacional privado no está reconocido el matrimonio en cuestión a efectos del procedimiento sobre el régimen económico matrimonial, podrá inhibirse. Si el órgano jurisdiccional decide inhibirse, lo hará sin dilación indebida*»).

Esta excepcionalidad no figura en el Reglamento (UE) núm. 2016/1104 relativo a los «efectos patrimoniales de las uniones registradas» [«Si el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente en virtud de los artículos 4 y 5 y del artículo 6, letras a), b), c) o d), considera que en su Derecho no está reconocida la institución de la unión registrada, podrá inhibirse. Si el órgano jurisdiccional decide inhibirse, lo hará sin dilación indebida»].

Pero no es la única diferencia. Hay otra, de mayor interés desde la óptica del derecho internacional privado. El art. 9 del Reglamento (UE) núm. 2016/1103 sobre «régimen matrimonial» condiciona la inhibición del tribunal, competente según el reglamento, a la condición de que le *derecho internacional privado del foro* no reconozca el matrimonio («considera que en su *Derecho internacional privado* no está reconocido el matrimonio en cuestión»). No se trata de que en su territorio no se autorice el matrimonio, sino que no se reconozca eficacia al matrimonio celebrado en el extranjero. La previsión no es que sea acorde con la idea de que cada Estado miembro tiene libertad para atenerse a su propia concepción del matrimonio –no se define el matrimonio en el reglamento– sino que cada Estado miembro puede solucionar la cuestión del reconocimiento del matrimonio celebrado en otro Estados conforme a sus normas de derecho internacional privado. De hecho, en sede de ley aplicable, la cuestión previa relativa a la existencia y la validez del matrimonio puede plantearse como una cuestión previa a la relativa al régimen matrimonial. Veremos, más adelante, que esta cuestión previa relativa a la existencia y la validez del matrimonio está excluida del ámbito de aplicación material de ambos reglamentos.

Sin embargo, en el Reglamento (UE) núm. 2016/1104 relativo a los «efectos patrimoniales de las uniones registradas» la condición del reconocimiento de la unión registrada no queda sujeta al derecho internacional privado del foro sino al *derecho del foro*. Es decir, cuando el tribunal considera que «en su

Derecho no está reconocida la institución de la unión registrada». En este último caso, basta con que se trate de una institución desconocida en el foro. Sorprendentemente, no entran, aquí, en juego las normas de derecho internacional privado que podrían dar igualmente reconocimiento o encaje a ese modelo familiar.

Puede entrar en juego, aquí, más que la equivalencia con una unión de pareja prevista en el foro, el que se esté ante una institución desconocida o ante un modelo alternativo al matrimonio no deseado. No obstante, el reconocimiento de la unión registrada podría ser posible a través de las normas de derecho internacional privado del foro, aunque no existiera una unión alternativa en el foro. En el ámbito del derecho aplicable, la cuestión podría plantearse –al igual que en materia de matrimonio– como una cuestión previa, que es excluida del ámbito material del reglamento, y que ha de resolverse de acuerdo al derecho internacional privado del foro.

No nos parece justificada esta diferencia entre ambos reglamentos ni nos parece del todo coherente con la exclusión de la existencia y validez de la unión registrada de su ámbito de aplicación material. Aunque las normas materiales no prevean la figura, las normas de derecho internacional privado podrían dar eficacia a una unión inscrita en otro Estado miembro. No debería condicionarse a que la unión de pareja esté prevista en el derecho material del foro, y más cuando de lo que se trata es de determinar sus efectos patrimoniales.

El Reglamento (UE) núm. 2016/1103 da encaje a distintas uniones de pareja cuando se ocupa de las «uniones registradas». No es inaudito, tampoco, el que un Estado tenga normas de derecho internacional privado con amplias categorías de derecho comparado que le permitan encajar las instituciones desconocidas. Por ejemplo, el derecho francés regula Pacto Civil de solidaridad o PACS⁴³, pero sus normas de conflicto proceden con una categoría amplia (unión registrada o *partenariat enregistré*) para atender a instituciones extranjeras o a las distintas uniones de pareja existentes en el derecho comparado.

El situar la condición requerida en el art. 9 en el ámbito del derecho internacional privado y no en el ámbito del derecho interno tiene también sus repercusiones en cuanto a la apreciación del «orden público» si tenemos

43. El art. 515-7-1 del Código Civil francés incluye una norma de conflicto bilateral que prevé que: «las condiciones de formación y los efectos de una unión registrada (*partenariat enregistré*) así como las causas y los efectos de su disolución se sujetarán a las normas materiales del Estado de la autoridad que ha procedido a su registro».

en cuenta la diferenciación entre el interno y el internacional. En el ámbito del derecho internacional privado ha de hacerse un uso mesurado de la excepción de orden público internacional frente a instituciones que pueden ser desconocidas, pero no contrarias a los principios fundamentales. Ha de tenerse en cuenta que no se trata de celebrar o registrar en el foro las uniones de pareja constituidas en el extranjero sino de determinar sus efectos patrimoniales. No nos parece lógico que la unión registrada tenga que verse reflejada en el espejo del foro mientras que el matrimonio pase por el filtro –propio a cualquier un supuesto con elemento extranjero– del derecho internacional privado del foro.

Quizás habría que interpretar que la redacción se quiso paralela, pero es defectuosa, y que dentro de las palabras «el derecho del foro» se pueden comprender las normas de derecho internacional privado (si existen, ya que no siempre existen normas de derecho internacional privado *ad hoc* en materia de uniones registradas, debiendo procederse a su encaje en otras normas de conflicto). Pensamos que ambos reglamentos deberían alinearse en este punto, y atender, ambos textos, al reconocimiento de las uniones en el marco del derecho internacional privado.

Ya puestos, y tirando del mismo hilo, sería, también, posible que la «excepcionalidad» figurara sólo en uno de los dos reglamentos por olvido en el otro. Ciertamente es que el matrimonio tiene mayor tradición que la unión registrada. Pero el problema de reconocimiento que subyace, en ambos casos, pasa por los mismos motivos (el que no haya disparidad de sexos) de orden público internacional. E incluso por otros motivos de orden público que suelen darse más bien en el matrimonio tradicional (matrimonio forzado, con menor de edad, incestuoso, con más de una mujer o poligamia) que en las uniones inscritas. Si bien, estas últimas son vistas negativamente en algunos Estados como un modelo “alternativo” al matrimonio.

Junto a ello, los dos reglamentos prevén que el art. 9 no se aplicará cuando las partes hayan obtenido una decisión relativa a la disolución o la anulación del matrimonio (o la unión registrada) que sea susceptible de ser reconocida en el Estado miembro del foro.

Cabe concluir señalando que, si nadie se acuerda ya de la llamada «cláusula maltesa» en materia de divorcio, dejaremos de preguntarnos por la «cláusula búlgara». Se intenta garantizar el respeto a los modelos familiares de cada Estado miembro participante, pero el art. 9 es facultativo y permite seguir la rápida evolución existente en la materia. De hecho, Bulgaria difícilmente podrá seguir sosteniendo el que en su legislación no

abra el matrimonio o no prevea una unión civil para las parejas del mismo sexo, a la vista de la citada doctrina del TEDH (asunto *Oliari* c. Italia de 21 de julio de 2015 y el asunto *Orlandi* c. Italia de 14 de diciembre de 2017)⁴⁴, y que ha llevado a Italia a la opción de dotar su legislación (2016) de una unión civil para las parejas del mismo sexo. Al menos en la aplicación de uno de los dos reglamentos la falta de disparidad de sexos tendrá que dejar de ser un problema para que los tribunales conozcan de sus aspectos patrimoniales.

3. COOPERACIÓN REFORZADA Y NORMAS DE RECONOCIMIENTO Y DE LEY APLICABLE

Acabamos de ver que, el art. 9 permite a los Estados miembros participantes declinar su competencia para conocer del litigio relativo a los aspectos patrimoniales del matrimonio o de la unión registrada. Pero los dos nuevos reglamentos ofrecen a los interesados otras competencias de sustitución, por lo que la decisión relativa a los efectos patrimoniales podrá ser adoptada por los tribunales de otro Estado participante. De modo que las partes podrán obtener una sentencia en otro Estado miembro. Esta resolución será reconocida en los otros Estados participantes de la cooperación reforzada a tenor de lo previsto en las normas de reconocimiento de los nuevos reglamentos. Esto es así incluso para los Estados requeridos que en la instancia directa hayan podido declinar su competencia sobre la base de lo previsto en el citado art. 9 de los reglamentos.

Por tanto, los Estados miembros participantes deberán reconocer las decisiones de los otros Estados participantes que se hayan pronunciado sobre los bienes del matrimonio o los bienes de la unión de pareja registrada, en los términos indicados por ambos reglamentos. E incluso cuando el Estado requerido haya declinado su competencia por el motivo de que no reconoce un matrimonio del mismo sexo o desconoce tal unión registrada. Nótese que, en todo caso, al reconocerse la decisión de un Estado miembro partícipe al amparo de los nuevos reglamentos, lo que se reconocen son los efectos patrimoniales del matrimonio o de la unión inscrita.

44. STEDH de 21 de julio de 2015, núm. 18766/11 y núm. 36030/11. *Oliari y otros c/ Italie*. V. P. Bruno, «Oliari contro Italia: la dottrina degli “obblighi positivi impliciti” al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso», *Famiglia e Diritto*, 2015, pp. 1069-1079 y D. Rudan, «L’obbligo di disporre il riconoscimento giuridico delle coppie dello stesso sesso: il caso Oliari e altri c. Italia». *Rivista di diritto internazionale*, 2016-1, p. 190. Respecto al reciente asunto *Orlandi c. Italia*, véase [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-139934"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

Cabe interpretar que esto es así, porque en los nuevos reglamentos está limitado el margen que tienen los Estados miembros partícipes para invocar el límite del orden público internacional basado en la orientación sexual, como motivo para denegar el reconocimiento. En sede de reconocimiento, el art. 38 de ambos reglamentos prevé la sujeción del límite del orden público internacional a su vertiente europea, plasmada en los derechos fundamentales previstos en el art. 21 de la Carta Europea de Derechos fundamentales de la Unión. El art. 38 de ambos reglamentos, bajo el título de «Derechos fundamentales», dispone que el art. 37 (relativo a los motivos de denegación del reconocimiento) se ha de aplicar respetando «los derechos fundamentales y los principios reconocidos en la Carta, y en particular su artículo 21 relativo al principio de no discriminación».

Quizás se podría ir aún más lejos si tenemos en cuenta el considerando núm. 53 de los Preámbulos del Reglamento (UE) núm. 2016/1103 sobre «regímenes matrimoniales»⁴⁵ y el considerando núm. 53 del Reglamento (UE) núm. 2016/1104 sobre «efectos patrimoniales de las uniones registradas»⁴⁶. Ambos considerandos permiten extender este principio de no discriminación por razón de la orientación sexual no sólo al límite del orden público y como motivo de la denegación del reconocimiento sino a la actuación de la excepción de orden público internacional en sede de

45. «(53) Las consideraciones de interés público también deben permitir a los órganos jurisdiccionales y demás autoridades competentes que conozcan de asuntos relativos al régimen económico matrimonial en los Estados miembros no tener en cuenta, con carácter excepcional, determinadas disposiciones de la ley extranjera cuando, en un caso concreto, la aplicación de esas disposiciones sea manifiestamente incompatible con el orden público (*ordre public*) del Estado miembro de que se trate. Sin embargo, los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes no deben poder aplicar la excepción de orden público con el fin de descartar la ley de otro Estado o de negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución judicial, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando ello sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, “la Carta”) y, en particular, a su artículo 21 sobre el principio de no discriminación».

46. «(53) Las consideraciones de interés público también deben permitir a los órganos jurisdiccionales y demás autoridades competentes encargadas de resolver las cuestiones relativas a los efectos patrimoniales de las uniones registradas en los Estados miembros no tener en cuenta, con carácter excepcional, determinadas disposiciones de la ley extranjera cuando, en un caso concreto, la aplicación de esas disposiciones sea manifiestamente incompatible con el orden público (*ordre public*) del Estado miembro de que se trate. Sin embargo, los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes no deberán poder aplicar la excepción de orden público con el fin de descartar la ley de otro Estado o de negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución judicial, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando ello sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, “la Carta”) y, en particular, a su artículo 21 sobre el principio de no discriminación».

ley aplicable. Se dibuja, así, un orden público internacional de los Estados miembros en su vertiente europea, que afecta al contenido del mecanismo de la excepción de orden público con carácter general, cuando se trata de aplicar los nuevos instrumentos europeos. Veremos más adelante que la previsión tendrá un efector armonizador en los Estados miembros partícipes en la cooperación reforzada.

Los Estados miembros partícipes son libres de celebrar matrimonios o de crear uniones civiles alternativas. Pero en la aplicación de las disposiciones de los nuevos reglamentos no podrán rechazar la ley o el reconocimiento de los efectos patrimoniales de las uniones cubiertas por los reglamentos por motivos basados en su orientación sexual. Algún día podrá ilustrarse la cuestión por medio de una resolución de los tribunales búlgaros que reconozca una decisión de otro Estado miembro que afecte al régimen de bienes de un matrimonio entre personas del mismo sexo, que se haya celebrado, por ejemplo, en España.

Los Estados miembros partícipes reacios a reconocer los matrimonios o las uniones de pareja del mismo sexo pueden ser substituidos en el conocimiento del litigio patrimonial por otros Estados miembros partícipes. Nótese, por tanto, que esta previsión del art. 9 de ambos reglamentos tendrá efectos en el ámbito del derecho aplicable. Esto es así porque difícilmente se podrán dar casos en los que se tenga que confrontar una ley aplicable extranjera que prevea los matrimonios o las uniones registradas entre personas del mismo sexo con el orden público de un foro que no reconozca o desconozca tales uniones. Es decir, que intervenga el orden público por motivos que conculquen el principio de no-discriminación en razón de la orientación sexual. En cierto modo, la cuestión relativa a la ley aplicable se ha solventado, de antemano, en sede de competencia, al seleccionarse el tribunal competente de entre los Estados miembros a los que se aplican los reglamentos. Los tribunales del país que no reconoce el matrimonio o que desconoce la unión registrada del mismo sexo se inhibirán y no se pronunciarán sobre el fondo del litigio, dando paso a que se declaren competentes otros Estados miembros que sí reconocen o conocen tales uniones, y cuyo orden público no es, por tanto, contrario al reconocimiento de tales uniones.

Y todo ello sin perjuicio de que el art. 31 relativo al «orden público» ofrezca, en ambos reglamentos, la redacción al uso («La aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado determinada por el presente Reglamento solo podrá ser rehusada si dicha aplicación es manifiestamente

incompatible con el orden público del foro»). Sería bien posible el añadir en la disposición que la ley extranjera designada por el reglamento no puede rechazarse por motivos basados en la orientación sexual, teniendo en cuenta el art. 21 de la Carta Europea. Esta disposición afecta al derecho europeo y puede ser tenida en cuenta en la aplicación de los nuevos reglamentos, y tanto en sede de reconocimiento como en sede de derecho aplicable.

Se objetará, ciertamente, que no es lo mismo aplicar un derecho extranjero (que puede ser el de un tercer Estado) que reconocer una resolución de un Estado miembro. Pero el art. 51, apartado 1 de la Carta europea prevé que sus disposiciones se aplicarán respetando el principio de subsidiariedad, y cuando se aplique el Derecho de la Unión. Salvo que se limite al derecho derivado, cabe señalar que la Carta incidirá cuando la disposición aplicable sea la del art. 31 (excepción de orden público) de los nuevos reglamentos europeos con respecto al contenido del orden público internacional del foro en su vertiente europea.

Cierto es, también, que en el ámbito del reconocimiento de decisiones el límite del orden público internacional adquiere una peculiar dimensión. Aunque sea controvertido, que el límite del orden público internacional puede jugar con distinta intensidad cuando se trata de aplicar una ley (pronunciar una decisión) que al suscitarse el reconocimiento en el foro de una decisión ya dictada en otro Estado. En un marco europeo, a partir del célebre asunto *Wagner*⁴⁷ la cuestión se vincula a los derechos fundamentales, y al método del reconocimiento no ya lo de resoluciones sino, también, de situaciones creadas en el extranjero⁴⁸. Todo ello ha venido a reforzar la distinción entre la creación de una relación jurídica, en un momento en que se encuentra alejada del foro requerido, y el reconocimiento de su eficacia en el Estado requerido.

47. El TEDH declara que el rechazar al reconocimiento de los vínculos familiares válidamente creados en el extranjero y que prexistían *de facto* era contrario al derecho al respeto de la vida privada y familiar. De esta manera el TEDH condena a Luxemburgo por rechazar el reconocimiento a una adopción pronunciada en el extranjero por el motivo de que iría en contra las condiciones de la adopción exigidas por la ley luxemburguesa (TEDH, 28 de junio de 2007, núm. 76240/01, asunto *Wagner y J.M.W. c/Luxemburgo*). Asimismo, el TEDH condenó a Grecia por rechazar el reconocimiento de una adopción constituida en el extranjero por motivos de orden público (TEDH, 3 de mayo de 2011, núm. 56759/08, asunto *Negrepointis-Giannisis c. Grecia*).

48. Respecto a las situaciones creadas en el extranjero entre extranjeros, y la universalidad de los valores fundamentales véase, P. Mayer, «La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères», *Revue critique DIP*, 1991, p. 651.

Cabe avanzar que en la Proposición de reglamento del año 2011 se incluía una cláusula especial de orden público, que prohibía descartar la ley designada por el sólo motivo de que la ley del foro desconocía la unión inscrita (art. 18, apartado 2), y sin perjuicio de que la limitación de los motivos de orden público estuviera, también, presente en el ámbito del reconocimiento de las decisiones de los Estados miembros (art. 24). La previsión mostraba que la vertiente europea del «orden público internacional» del foro se extendía a la aplicación de todas las disposiciones del reglamento europeo.

III. DEFINICIONES Y DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DE LOS NUEVOS REGLAMENTOS

La definición de matrimonio está ausente del Reglamento (UE) núm. 2016/1103 sobre «régimen matrimonial». No ocurre lo mismo con la definición de «unión registrada», pero cabe acotar su significado, pues se trata de un concepto autónomo a los solos efectos de delimitar el ámbito de aplicación del reglamento y sin precisión de su contenido.

1. AUSENCIA DE DEFINICIÓN DEL MATRIMONIO

La formación del matrimonio o la previsión de un modelo formalizado alternativo al mismo no son cuestiones que incumban al legislador europeo, sino que son competencia de cada Estado miembro. La formación del matrimonio (u otras uniones de pareja inscrita) queda fuera del ámbito de aplicación de los nuevos reglamentos, que se ocupan del régimen patrimonial de las uniones de pareja formalizadas ante la autoridad pública.

En lo que se refiere a las definiciones que aportan los reglamentos a fin de delimitar su ámbito de aplicación se aprecia una diferencia entre los dos textos. El Reglamento (UE) núm. 2016/1103 sobre «régimen matrimonial» no proporciona ninguna definición de matrimonio ni siquiera a los efectos de delimitar el ámbito de aplicación material del nuevo instrumento europeo.

El nuevo Reglamento (UE) núm. 2016/1103 sobre «régimen matrimonial» no da una definición de matrimonio que pudiera satisfacer a unos Estados miembros más que a otros. La competencia para la cuestión de derecho civil relativa a los modelos familiares autorizados a celebrar en cada territorio es de los Estados miembros. El Reglamento (UE) núm. 2016/1103 sobre «régimen matrimonial» no define lo que entiende por matrimonio. Tampoco

entra en el problema de precisar qué matrimonio/s cubre el reglamento en relación a la cuestión de la disparidad sexual. Si bien, y por lo mismo, todos los matrimonios del mismo o de distinto sexo pueden estar comprendidos en el nuevo reglamento. En síntesis, el nuevo reglamento no entra en la polémica entre el matrimonio tradicional y la posibilidad de autorizar la celebración a las personas del mismo sexo, pero permite que los efectos patrimoniales de ambos puedan ser comprendidos. Cabe recordar, además, que el reglamento establece soluciones particulares en el ámbito de la competencia y del reconocimiento para atender a la diversidad legislativa existente en esta materia sin merma del acceso a la justicia (art. 9) o del reconocimiento de la decisión relativa a los aspectos patrimoniales (art. 38), lo que entendemos que cabe extender al ámbito del juego de la excepción del orden público en el ámbito del derecho aplicable.

2. PRINCIPIO DE LIBRE CIRCULACIÓN Y CONCEPTO DE «CÓN- YUGE» EN LA DIRECTIVA DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR: EL ASUNTO C-673/16 COMAN Y OTROS

Queremos en este apartado aclarar un tema que se presta a menudo a confusión. A nuestro entender, no ha de acudirse, en este ámbito civil, a las leyes de inmigración de la Unión Europea. Ya hemos señalado en otros trabajos y diversas ocasiones que las leyes de inmigración no definen a la familia sino a los beneficiarios de determinados derechos⁴⁹. Las leyes de inmigración o las que regulan determinados derechos sociales no definen a la familia, sino que aportan de entre los familiares la lista de los beneficiarios, que puede incluir a algunos o a varios familiares según el país de procedencia. Es decir, las leyes de extranjería no determinan quién es familiar de quién ni el modelo nuclear o extensivo de familia existente en el territorio o en La Unión europea. Sólo establecen las leyes de inmigración o las leyes que regulan derechos sociales la lista de qué familiares se consideran en esas leyes como beneficiarios. Por ejemplo, qué familiares pueden ser reagrupados en el marco de un procedimiento de reagrupación familiar.

Ahora bien, la definición de quién es familiar (cónyuge, pareja registrada o hijo) es una cuestión de derecho civil; y, en presencia de elementos de extranjería, es una cuestión regulada por el derecho internacional privado.

49. Por ejemplo, en el comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Única), de 30 de julio de 2003, *REDI*, 2004, pp. 417-422.

Es el derecho internacional privado y el derecho civil aplicable el que permite determinar quién es cónyuge o hijo. No así las normas de extranjería. Una cosa es que una persona sea cónyuge, hijo o ascendiente y otra que sea o no beneficiario de la reagrupación familiar o de una prestación social. Es deseable la coherencia entre ambos ámbitos, pero no regulan lo mismo.

Las leyes de inmigración establecen listas de familiares admitidos al procedimiento de la reagrupación familiar. Estas listas pueden ser distintas según que el extranjero beneficiario sea comunitario o extracomunitario, y lo sean tanto el trabajador que reagrupa como para los reagrupados. Por tanto, no coinciden los parámetros de las leyes de inmigración con los parámetros de quién es familia que establece el derecho civil y el derecho internacional privado. No entramos, ahora, en si fuera adecuado el que coincidieran sino en la posible confusión y los efectos perversos que tiene el considerar que las leyes de inmigración deciden quién es familiar. Basta con tener en cuenta un sencillo ejemplo: En las leyes de inmigración se incluye (o se excluye) a los ascendientes por motivos que nada tienen que ver con el modelo de familia (nuclear o extensa) o con el derecho civil que regula la familia sino con los «beneficiarios» admitidos en la normativa de extranjería. Estos pueden ser distintos, dándose la paradoja de que la familia se ve reducida a un “modelo nuclear” cuando se trata de familiares de Estados terceros.

Otro sencillo ejemplo lo proporciona el que sólo una de las esposas de un trabajador polígamo pueda ser beneficiaria del procedimiento de reagrupación familiar y los hijos tenidos con ella. Tal solución es independiente del hecho jurídico de que el polígamo tenga más de una esposa e hijos con éstas en otro país. Estas personas no dejarán de ser esposa o hijo porque lo señalen las leyes de extranjería. Lo que ocurre, simplemente, es que no son beneficiarios según la normativa de extranjería que les es aplicable (incluso que coyunturalmente les es aplicable). Y en esta misma línea, se hace depender de la existencia de un convenio bilateral el que la segunda viuda de un polígamo pueda tener derecho a la pensión de viudedad generada por su esposo cuando en los demás casos se considera que hay un problema de orden público internacional. El invocar el orden público internacional en un caso y no en el otro (cuando media un convenio) raya ya el disparate. Si la cuestión es de orden público internacional lo ha de ser en los dos casos o, más bien, en ninguno (ya que llevaría a denunciar el Convenio).

Por los mismos motivos el que esté alguien unido a otro mediante una unión inscrita no lo deciden las leyes de extranjería sino las normas de

derecho civil y de derecho internacional privado. Otra cosa es que las leyes de extranjería limiten los (familiares) beneficiarios de la reagrupación.

Cosa distinta es, también, el que los derechos fundamentales (derecho a una vida familiar protegido por el art. 8 del CEDH) y el principio de libertad de circulación reconocidos en el derecho de la Unión Europea permitan corregir las prácticas administrativas restrictivas en el ámbito de la inmigración.

Lo ilustran las ya citadas recientes Conclusiones del Abogado General Wathelet, ya citadas, **en el asunto pendiente C-673/16 Coman y otros**⁵⁰. Señala Wathelet que el concepto de «cónyuge» incluye, en lo que concierne a la libertad de residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia, a los cónyuges del mismo sexo. De manera que, aunque los Estados miembros tengan competencia para legislar autorizando o no el matrimonio entre personas del mismo sexo, no la tienen para obstaculizar la libertad de residencia de un ciudadano de la Unión, al denegar la concesión a su cónyuge del mismo sexo el derecho de residencia permanente.

Cabe añadir que la Directiva europea sobre reagrupación familiar no contiene ninguna remisión al Derecho de los Estados miembros para determinar la condición de «cónyuge», de modo que dicho concepto a efectos de aplicar la directiva deber tener en toda la Unión una interpretación autónoma y uniforme. Sobre este particular, el Abogado General subraya que el concepto de «cónyuge» *en el sentido de la Directiva* está ligado al vínculo del matrimonio, y que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en virtud de la cual «el término “matrimonio”, designa una unión entre dos personas de distinto sexo» ya no puede seguir aplicándose⁵¹, al haber cambiado la situación en gran parte de los Estados miembros. El concepto de «cónyuge» en el sentido de la Directiva incluye también a los

50. Conclusiones CLI: EU: C: 2018:2, de 11 de enero de 2018. Cabe recordar que el asunto afecta a un nacional rumano y a un nacional norteamericano casado en Bélgica en el año 2010. En diciembre de 2012, el matrimonio solicita a las autoridades rumanas los documentos necesarios para que el esposo rumano pudiera trabajar y residir en Rumanía con su cónyuge conforme a la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, *relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*, que permite al cónyuge de un ciudadano de la Unión que ha ejercido esta libertad reagruparse con él en el Estado miembro en que éste reside. Sin embargo, las autoridades rumanas denegaron la petición al considerar que en Rumanía no podía ser considerado «cónyuge», por no reconocer Rumanía los matrimonios homosexuales. La cuestión llegó ante el Tribunal Constitucional, que solicitó al Tribunal de Justicia que dilucidara si debe reconocerse al cónyuge homosexual de un ciudadano de la Unión que ha ejercido su libertad de circulación, un derecho de residencia permanente en Rumanía.

51. STJUE de 31 de mayo de 2001, D y Suecia/Consejo (C-122/99 P y C-125/99 P).

cónyuges del mismo sexo. En consecuencia, el cónyuge de un tercer Estado (norteamericano) puede también residir permanentemente en el territorio del Estado miembro en donde su cónyuge se ha establecido (Rumania) en su condición de ciudadano de la Unión que ha ejercido su libertad de circulación.

3. DEFINICIÓN AMPLIA DE «UNIÓN REGISTRADA» A LA QUE SE APLICA EL NUEVO REGLAMENTO

El Reglamento (UE) núm. 2016/1104 sobre «efectos patrimoniales» proporciona una definición de «unión registrada», para delimitar el ámbito de aplicación del nuevo reglamento. En concreto, el art. 3 letra a, del Reglamento (UE) 2016/1104 sobre los «efectos patrimoniales de las uniones registradas» aporta la definición de lo que debe entenderse por unión registrada a la que es aplicable el reglamento⁵².

Se trata sólo de una definición a los objetivos del reglamento que de un concepto autónomo con contenido propio⁵³. El legislador da una definición en la que puedan verse reflejados los Estados miembros. Tanto los países nórdicos que tiene uniones civiles entre personas del mismo sexo, que son alternativas al matrimonio, como los países que hay optado por un tipo de unión con menores efectos que el matrimonio, como sería el Pacto civil de solidaridad (PACS) francés, y que se abre tanto a las parejas del mismo como de distinto sexo. Lo importante, ahora, a nuestro entender, es que se trate de una unión regulada con un régimen patrimonial o de bienes más o menos unitaria y que esté registrada o haya sido formalizada, cara a la sociedad, ante la autoridad pública. Se requiere cierta “oficialización” ante la sociedad mediante un acto público registrado. Se excluyen, con ello, las uniones libres basadas en el hecho de la convivencia o en actos jurídicos privados entre

52. «Art. 3. Definiciones. 1. A efectos del presente Reglamento, se entenderá por: a) “unión registrada”: régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación».

53. Sobre esta cuestión, véase el trabajo de M. Vargas Gómez-Urrutia, «El puzle se complica. Efectos patrimoniales de las uniones registradas y el Reglamento (UE) 2016/1104. Problemas de calificación y de coordinación entre los instrumentos europeos conexos», en *Persona y Familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 320-323. Sobre la necesidad de conceptos autónomos en la elaboración de un «Reglamento 0», véase, A. Marmisse y otros, «Qualification et concepts autonomes dans l'élaboration d'un code européen de droit International privé» en, M. Fallon, P. Lagarde y S. Poillot Peruzzetto, *Quelle architecture pour un code européen de droit International privé?*, op. cit., pp. 319-322. No es este el caso.

los convivientes. Estas últimas para ser formalizadas requerirían de un acto público no meramente receptivo o la decisión de un tribunal, además de una ley que regulara sus efectos patrimoniales de modo unitario. Se trata uniones que, conforme a ley, se crean con intervención de la autoridad pública y son registradas, dando lugar a cierto status o estado civil o nuevo modelo familiar.

El nuevo reglamento define la «unión registrada» como el «régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación». Se trata, por tanto, de uniones formalizadas ante la autoridad pública. La definición se destina a proporcionar un nexo común a los distintos modelos existentes en los Estados miembros, pero a los únicos efectos de delimitar la aplicación del nuevo reglamento, que se ocupa del «régimen de bienes» de las uniones de pareja registradas.

La definición es amplia si tenemos en cuenta los distintos modelos existentes en los Estados miembros. Notablemente, si pensamos en las uniones civiles que han surgido como alternativa al matrimonio para dar un estatuto a las uniones de personas del mismo sexo. La mayor parte de ellas son instituciones reservadas a las parejas del mismo sexo, aunque algunas pocas se hayan abierto tanto a las parejas homosexuales como heterosexuales. Es el caso, por ejemplo, de la unión registrada holandesa o del citado Pacto civil de solidaridad (PACS) francés.

La definición incluye a las uniones formalizadas y excluye a las uniones libres; o, también llamadas en Europa, concubinatos. Aquí quedarían comprendidas las uniones meramente fácticas o las a veces mal llamadas en España «parejas de hecho», pues algunas lo son de derecho, e incluso formalizadas y reguladas con un estatuto unitario (en este sentido, sería insuficiente si el legislador sólo regula parcialmente sus efectos, notablemente frente a la Administración, en el ámbito de los derechos sociales o del derecho público).

La unión registrada a la que se refiere el nuevo reglamento requiere de una unión de pareja registrada o formalizada ante la autoridad pública conforme a ley. Es decir, de una unión cuya formación y efectos estén regulados de forma unitaria y cuyo registro sea necesario para la creación o formación de la unión (constitutivo). No se trata propiamente del fenómeno de las «uniones de hecho» sino que ha de tratarse de una «unión de derecho» o «legal», en el sentido de una unión regulada como un nuevo

modelo familiar, un nuevo estado civil o un estatus civil cuya inscripción es obligatoria y que resulta regulada de forma unitaria en cuanto a los efectos.

En la práctica, surgirán algunas dificultades teniendo en cuenta la pluralidad legislativa existente. Es evidente que el legislador europeo tuvo en mente a las uniones registradas de los países nórdicos o de Alemania, Suiza y el Reino Unido, que constituyen alternativas al matrimonio para las parejas del mismo sexo. Incluso a las uniones inicialmente calificadas como contractuales del PACS o a la unión registrada luxemburguesa. Viene a ser el mismo tipo de uniones que regula el citado Convenio de la CIEC sobre el reconocimiento de las uniones registradas (2007), que no está aún en vigor.

Sin embargo, a diferencia del citado Convenio (art.1) no proporciona el reglamento núm. 1104/2016 sobre «efectos patrimoniales de las uniones registradas» una noción cuyo contenido no pueda ser completado por los Estados miembros. La definición que aporta el art. 3 del reglamento requerirá la precisión y, en su caso, la regulación registral obligatoria adecuada por parte de cada Estado miembro partícipe. Este punto cabe deducirlo del punto 17 de su Preámbulo: «(17) El presente Reglamento debe regular las cuestiones derivadas de los efectos patrimoniales de las uniones registradas. El concepto de “unión registrada” debe definirse únicamente a efectos del presente Reglamento. *El contenido real de este concepto debe seguir regulándose en el Derecho nacional de los Estados miembros.* Ninguna de las disposiciones del presente Reglamento deberá obligar a los Estados miembros cuyo ordenamiento jurídico no contemple la institución de la unión registrada a establecer dicha institución en su Derecho nacional» (la cursiva es nuestra).

En España, la cuestión es polémica por la falta de competencias de las Comunidades autónomas en materia de registro civil y por el silencio del legislador estatal sobre este tema, que afecta al derecho interregional y que pudiere afectar a la aplicación del reglamento, ante la ausencia de normas en la materia. El legislador estatal debería intervenir para dar entrada en el registro civil (acta de nacimiento) o en un registro propio y unitario (no sólo de carácter administrativo) a las uniones de pareja inscritas de las Comunidades Autónomas con derecho civil propio.

Existe una regulación más o menos unitaria de las «uniones legales», en el sentido de uniones reguladas por ley o uniones de derecho (no de

hecho) de varias Comunidades Autónomas con derecho civil propio⁵⁴. Sin embargo, ha de tratarse, también, de una unión registrada o formalizada ante la autoridad pública⁵⁵. En este caso, las uniones de pareja de las CC.AA. podrán encontrar dificultades de encaje por cuanto cabe pensar que el registro es constitutivo, creador de un determinado estado civil o estatuto de pareja, y que el registro no consista en una mera inscripción administrativa o municipal a los únicos efectos de que la pareja tengan determinados derechos frente a la Administración.

No basta una mera inscripción en un registro municipal. Este podría incluso afectar a las mismas personas con respecto a sucesivas parejas. Ha de tenerse en cuenta que ha de garantizarse cierta publicidad frente a terceros. La idea de unión de pareja registrada del nuevo reglamento tiene como nexo común el que la unión se ha formalizado ante la autoridad pública de acuerdo a los requisitos legales previstos para el nuevo modelo familiar alternativo regulado en el territorio. No se regula la mera cohabitación de hecho en pareja. No se trata de uniones de pareja basadas sólo en hechos o actos jurídicos privados.

Cabe poner en consonancia la publicidad de la inscripción de la unión con el dato de que los reglamentos se aplican no sólo a los efectos patrimoniales que afectan a la pareja, sino que cubren, además, los efectos patrimoniales con respecto a terceros.

Las legislaciones de los Estados miembros que hay detrás de la noción se corresponden con uniones de pareja que crean un estado civil o estatus, que viene a ser una alternativa al matrimonio y que son registradas en el registro civil o en otro propio con carácter constitutivo, existiendo normas específicas para su disolución o extinción⁵⁶. No se trata de uniones de hecho cuya existencia y efectos deba precisar, al mismo tiempo, un tribunal en base a ciertos años de convivencia o a una posesión de estado.

54. A. Quiñones Escámez, «Las uniones estables de pareja. Nuevos modelos familiares y derecho internacional privado», Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de derecho Judicial*, 2003-1, pp. 127-164.

55. Respecto a estos modelos distintos la citada monografía, *Uniones conyugales o de pareja: Formación, reconocimiento y eficacia internacional. Actos públicos y hechos (o actos jurídicos) en el Derecho internacional privado*, Atelier, Barcelona, 2007.

56. Esta precisión confirma lo que ya señalamos en trabajos anteriores respecto al tipo de unión de pareja que está en la mente del legislador europeo y a sus posibles consecuencias en España como Estado plurilegislativo. No podemos, ahora, entrar en este tema por lo que nos remitimos a trabajos anteriores, citados en las notas núm. 54 y 55.

La duda puede surgir con respecto a las uniones estables registradas de algunas comunidades autónoma en las que el registro es constitutivo; y, claro está, si se declara o se considera que el nuevo reglamento les es de aplicación cuando afecte al problema de los Estados plurilegislativos⁵⁷. Pero, en todo caso, no habrá de tratarse de uniones libres o de parejas hecho (en el sentido propio de la palabra) ni de uniones de hecho cuya existencia y efectos haya de ser precisada caso por caso ante los tribunales. Pero no basta tampoco con que se trate de uniones inscritas en un mero registro municipal a fin de que la pareja pueda tener determinados derechos frente a la Administración, como ya se ha indicado.

El nuevo Reglamento (UE) núm. 2016/1104 sobre «efectos de las uniones registradas» no regula la formación ni el reconocimiento de las uniones de pareja inscritas. Sólo define el tipo de uniones de pareja que cubre el nuevo reglamento a fin de determinar sus efectos patrimoniales. Estas uniones de pareja son las reguladas por ley con un estatuto unitario; y, más concretamente, las formalizadas ante una autoridad pública que interviene garantizando que la unión cumple con los requisitos legales de acuerdo al modelo autorizado en el territorio.

Cabe concluir que el legislador europeo excluye, a los fines de la aplicación del nuevo reglamento, a las uniones que no han sido registradas ante la autoridad pública. Es decir, a las uniones libres o concubinatos o todas aquellas situaciones de convivencia meramente fácticas (uniones de hecho) a las que el derecho puede ofrecer algunos efectos parciales, pero no un estado civil o un estatuto unitario (régimen patrimonial o de bienes).

Con todo cabe preguntarse si los efectos de estas uniones excluidas podrán quedar comprendidas en otros reglamentos europeos o en el derecho privado nacional. Es lo que veremos a continuación.

4. APLICACIÓN DE OTROS REGLAMENTOS EUROPEOS A LAS UNIONES DE PAREJA EXCLUIDAS

La cuestión de la definición de las uniones de pareja incluidas y excluidas afecta al ámbito de aplicación no sólo del nuevo sino de los otros reglamentos europeos, y tanto en lo relativo a las normas de competencia

57. V. L. Garau Juaneda, «Un paso más en la errática determinación del ámbito de aplicación de las normas autonómicas en materia de parejas de hecho: la Disposición adicional segunda de la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco», *Millennium DiPr.*, en www.millenniumdipr.com.

judicial internacional y de reconocimiento como a las relativas a de ley aplicable.

Al respecto, se aprecia una diferencia entre el nuevo reglamento (UE) núm. 2016/1104 sobre «efectos patrimoniales de las uniones registradas» y otros reglamentos europeos de derecho internacional privado.

El nuevo reglamento requiere, como hemos visto, el requisito del registro de la unión ante la autoridad pública. Pero la definición que proporciona el art. 3 del Reglamento (UE) núm. 2016/1104 sobre «efectos patrimoniales de las uniones registradas». Esta disposición no se limita al ya conocido criterio de que la unión ofrezca efectos similares al matrimonio, que es la seguida en el art. 1.2, letras b y c, del Reglamento (UE) núm. 593/2008 **sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales («Roma I»)** o en el art. 1.2, letras a y b, del Reglamento (UE) núm. 864/2007 **sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»)**⁵⁸.

En el nuevo reglamento se requiere la creación del vínculo ante una autoridad pública, de acuerdo a los modelos familiares autorizados en el territorio. En otras palabras, se trata de una unión formalizada ante la autoridad pública atendiendo al modelo de pareja registrada legalmente previstos.

Todo lo anterior, y en particular la definición que proporciona el nuevo reglamento tendrá en la práctica la consecuencia importante de que según sea el vínculo que una a la pareja, podrá ser distinto el reglamento que se aplique a los efectos patrimoniales de su unión. Es decir, según se trate de uniones parejas libres o formalizadas ante la autoridad pública.

Por ejemplo, pensemos en una pareja de nacionalidad francesa en situación de crisis o de ruptura que comparte un inmueble situado en España, y del que pide la división ante los tribunales.

58. El art. 1.2 letras b y c, del Reglamento (UE) núm. 593/2008 **sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales («Roma I»)** dispone que «Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: b) las obligaciones que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables, incluida la obligación de alimentos; c) las obligaciones que se deriven de regímenes económicos matrimoniales, de regímenes económicos resultantes de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio, y de testamentos y sucesiones». Una fórmula similar se contiene en el art. 1.2, letras a y b, del Reglamento (UE) núm. 864/2007 **sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»)**.

– Si calificamos la unión como libre, los tribunales podrán aplicar el Reglamento (UE) núm. 1215/2012, **relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil** («Bruselas I») para la cuestión relativa a la división del inmueble de la pareja que ha convivido sin formalizar su unión. Los tribunales españoles se podrían considerar *exclusivamente* competentes al estar el inmueble situado en España. Frente a esta competencia exclusiva, los tribunales franceses deberían declararse de oficio incompetentes al tener otro Estado miembro la competencia exclusiva (art. 24.1 y art. 27). Respecto a la ley aplicable, los citados Reglamentos «Roma I» y «Roma II» podrían ser aplicables a los efectos de la ruptura.

– Por el contrario, si estamos ante un matrimonio que solicita el divorcio, el Reglamento (UE) núm. 2201/2003, **relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II)** sería aplicable. Si ya fuera de aplicación el nuevo Reglamento (UE) núm. 2016/1103 «sobre régimen matrimonial» podría considerarse competente el juez francés para conocer del divorcio como de la cuestión relativa a la liquidación del régimen económico matrimonial, dentro de la que se incluiría el inmueble situado en España. Y en lo relativo a la ley aplicable al divorcio, el Reglamento (UE) núm. 1259/2010 o «Roma III» regularía la ruptura del vínculo mientras que el nuevo Reglamento (UE) núm. 2016/1103 «sobre régimen matrimonial» regularía la ley aplicable a la liquidación del régimen matrimonial. Nótese que el juez competente no será necesariamente, para el matrimonio, el del país de la situación del inmueble.

La cuestión puede ilustrarse con la RDGRN, de 17 de mayo de 2017⁵⁹ en la que se indica «Hasta que sea aplicable el RUE 2016/1103, de cooperación reforzada en materia de regímenes económicos matrimoniales, se estará al art. 9 CC para conocer la norma de conflicto en caso de cónyuges con distinta nacionalidad».

– Por último, si se tratara de una unión de pareja registrada (por ejemplo, un PACS registrado en Francia o en el consulado francés en España) los aspectos patrimoniales de la unión de pareja se regularían –si ya pudiera aplicarse– por el nuevo Reglamento (UE) núm. 2016/1104 sobre «efectos

59. RDGRN, de 17 de mayo de 2017 (Ponente: Francisco Javier Gómez Gállego). Se trata en este caso de un matrimonio formado por ruso y ucraniana que acreditan haberse casado en Ucrania y manifiestan estar sujetos al régimen económico-matrimonial ucraniano.

patrimoniales de las uniones registradas». El juez competente no será necesariamente, tampoco, el de la situación del inmueble dadas las posibilidades que ofrece el nuevo reglamento. Si tuviera que reconocerse la resolución en España, el nuevo reglamento sería el aplicable, si fuera temporalmente aplicable.

La cuestión puede ilustrarse con la RDGRN, de 10 de mayo de 2017⁶⁰ que en un caso de venta en España de la vivienda habitual de la vendedora se señala que «... no es necesario el consentimiento de la pareja de hecho no titular». Existe la duda de si la vendedora está unida por una «civil partnership» inglesa (unión de pareja registrada, lo que no se prueba). Teniendo en cuenta esta posibilidad ya vimos que se considera que el artículo 13 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 o «Roma I» es inaplicable por razón de su materia (calificando la unión fáctica en el ámbito matrimonial) y que no es aplicable aún el nuevo Reglamento (UE) núm. 2016/1103 sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas. Si bien se considera que regula las uniones registradas. De modo que son las normas de derecho internacional privado internas las que se aplicarían para la DGRN en este caso.

Es posible, pues, que las fuentes pueden variar según el tipo de unión de pareja. El reglamento «Bruselas I» excluye los regímenes matrimoniales y los efectos patrimoniales de las uniones registradas, pero podría aplicarse a las cuestiones de competencia y de reconocimiento respecto de los litigios relativos a la propiedad de un inmueble en los que se enfrente una pareja no formalizada o a esta con terceros.

Y si la pareja estuviera unida por un matrimonio o por una unión registrada, a partir del 29 de enero de 2019, podrán aplicarse los nuevos reglamentos que nos ocupa, tanto para establecer la competencia judicial internacional como la ley aplicable o el reconocimiento de la resolución que afecten a la división del inmueble. En tales casos, el juez competente no será necesariamente el del lugar del inmueble.

De todo ello ha de concluirse que faltan en nuestro sistema autónomo de derecho internacional privado normas de derecho internacional privado y

60. RDGRN, de 10 de mayo de 2017 (Ponente: Francisco Javier Gómez Gállego). La cuestión que se plantea es si se requiere el consentimiento de la compañera de piso para enajenar la vivienda común. En este caso, aunque no resulta probado, se duda de si la vendedora está unida a la compañera con la que convive en una unión civil inglesa.

de derecho interregional, y una clarificación respecto a la regulación de las uniones de pareja ya existentes⁶¹.

Falta, también, precisar, si hay parejas registradas a las que puedan aplicarse los nuevos reglamentos y si éstos podrían aplicarse a los conflictos internos teniendo en cuenta la falta de normas *ad hoc* en el régimen autónomo. Aunque el nuevo reglamento aporte alguna definición de pareja registrada para delimitar cuando se aplican, el legislador europeo deja en libertad a los Estados miembros para precisar el contenido y para regular los distintos modelos familiares (formalizados o libres), y para regular su acceso al Registro Civil. Ámbito en el que las CCAA que han legislado en la materia no tienen competencias.

Ha de tenerse en cuenta, también, que el derecho a casarse –o a formalizar o registrar la unión– le corresponde el derecho a «no casarse» o a no formalizar la unión de pareja. En este sentido, cabe recordar lo dispuesto en la STC 93/2013 de 23 de abril (BOE núm.123, de 23.5.2013). Si bien, la causa de la mayor o menor injerencia del Estado en la familia no es ajena las diferencias existentes en cuanto al Estado del Bienestar en Europa. En los países del Sur se hace recaer más en la familia el auxilio o las prestaciones sociales, de manera que a veces el legislador regula las situaciones de convivencia fáctica, algunas basadas en actos jurídicos o contratos, como si fueran matrimonios.

Todas estas cuestiones requieren de una precisión en nuestro país. La solución de los conflictos internos y a los relativos a los Estados plurilegislativos requiere, también, de una declaración, al respecto, por parte de los Estados miembros afectados. Como ya señalamos se requiere una intervención del legislador estatal en este ámbito para establecer normas de conflicto *ad hoc* (al menos para la existencia y formación de las

61. Ante esta situación de ausencia de norma y de jurisprudencia, las construcciones doctrinales han ido desde una posición de mínimos (regular cada uno de los efectos) a otra intermedia (regular la materia con las normas generales relativas al estatuto personal del art. 9.1 y del art. 9.10 del CC, como punto de conexión subsidiario del sistema español) y a otra de máximos (aplicar analógicamente las normas de conflicto –art. 9.2– relativas a los efectos del matrimonio), ganando favor, si interviniera el legislador, el establecimiento de normas de conflicto *ad hoc* que atiendan a la conexión fáctica de la residencia habitual común para las uniones de pareja con estatuto unitario (legales o previstas por ley) y la conexión de la autonomía de la voluntad para los actos jurídicos privados o los acuerdos *inter partes* (V. A. Quiñones Escámez, «Las uniones estables de pareja. Nuevos modelos familiares y derecho internacional privado», Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de derecho Judicial*, 2003-1, pp. 127-164, especialmente pp. 135-145).

uniones registradas) y prever su entrada en el registro civil o en un registro propio de tal naturaleza.

IV. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS NUEVOS REGLAMENTOS Y PROBLEMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La definición de «unión registrada» tiene por objeto el delimitar la aplicación del Reglamento (UE) núm. 2016/1104. Este regula sólo los efectos patrimoniales de las uniones registradas. No regula la formación o el reconocimiento ni la existencia o la validez de la unión. Tampoco los efectos personales. Así lo indican los propios títulos respectivos de cada texto, el art. 1 de los dos nuevos reglamentos precisa que el Reglamento (UE) núm. 2016/1103 «se aplicará a los regímenes económicos matrimoniales» y que el Reglamento (UE) núm. 2016/1104 «se aplicará a los efectos patrimoniales de las uniones registradas».

El Reglamento (UE) núm. 2016/1103 sobre «régimen matrimonial» detalla en el considerando núm. 18 de su Preámbulo las cuestiones integradas. Este debe incluir: «... todos los aspectos de Derecho civil de los regímenes económicos matrimoniales, relacionados tanto con la administración cotidiana del patrimonio matrimonial como con la liquidación del régimen, en particular como consecuencia de la separación de la pareja o del fallecimiento de uno de los cónyuges...». El mismo considerando añade que: «Incluye no solo las capitulaciones matrimoniales específica y exclusivamente previstas para el matrimonio por determinados ordenamientos jurídicos nacionales, sino también toda relación patrimonial, entre los cónyuges y en sus relaciones con terceros, que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución».

A los efectos de la aplicación del nuevo reglamento, el concepto de régimen económico matrimonial es definido en el artículo 3, apartado 1 letra a («régimen económico matrimonial) como el conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución»). Este concepto de régimen económico matrimonial ha de ser objeto de una interpretación autónoma, como indica el mismo considerando núm. 18 del Preámbulo («A efectos del presente Reglamento, el término “régimen económico matrimonial” debe interpretarse de forma autónoma») para que se aplique de manera uniforme

el reglamento en los Estados miembros que se han adherido a los mismos a través de la vía de la cooperación reforzada.

Mutatis mutandis, aunque de forma más lacónica, el considerando núm. 18 del Reglamento (UE) núm. 2016/1104 «efectos patrimoniales de las uniones registradas» indica que su ámbito de aplicación «... debe incluir todos los aspectos de Derecho civil de los efectos patrimoniales de las uniones registradas, relacionados tanto con la administración cotidiana del patrimonio de los miembros de la unión registrada como con su liquidación, en particular como consecuencia de la separación de la pareja o del fallecimiento de uno de sus miembros».

Anunciado el ámbito material de aplicación material inclusivo en el pórtico de entrada del artículo 1 de ambos textos, la frase siguiente del encabezado precisa las exclusiones o las cuestiones a las que no se aplican los nuevos reglamentos. Esta previsión en negativo también está presente en los otros reglamentos de derecho internacional privado. Incluso, y en gran parte hay continuación, se viene haciendo desde el inicial texto del Convenio de Bruselas de 1968 en materia civil.

Estarían excluidas, en primer lugar, todas aquellas cuestiones que, en una tradición civilista, no se considerarían de derecho privado sino de derecho público. Es sabido que el derecho comunitario no opera una *suma división* entre el derecho público y el derecho privado, como tampoco lo hacen los países de *Common Law*. Podría decirse que la exclusión de estas materias de derecho público trae causa en la propia delimitación competencial que efectúa el artículo 81 du TFUE, y que ciñe las competencias del legislador europeo en el ámbito civil. A modo de recordatorio, se indica que hay materias de «derecho público» que no están comprendidas. Lo que se ilustra con «... las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas». La exclusión de la «seguridad social» –al estar comprendida en el derecho europeo– se traslada al apartado siguiente (letra e del art. 1, apartado 2).

Más interesante es, a nuestros fines, la lista de exclusiones que entrarían dentro del «derecho privado o civil». Estas se encuentran en el apartado 2 del art. 1 de ambos reglamentos.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y «CONFLICTOS DE CALIFICACIONES»

El art. 1, apartado 2 precisa algunas cuestiones de derecho privado excluidas de los nuevos reglamentos. Los motivos de la exclusión obedecen,

a menudo, al hecho de que la materia forma parte de una categoría autónoma regulada en otro reglamento europeo. Los nuevos reglamentos delimitan así la categoría que regulan y la distinguen de otras categorías conexas con el objetivo de clarificar el ámbito material del nuevo instrumento. Las exclusiones sirven, aquí, para clarificar cuando se aplica el reglamento europeo más que para resolver un posible «conflicto de calificaciones». Por ejemplo, para descartar el que puedan aplicarse los nuevos reglamentos a materias que son cubiertas por otros textos, como es el caso Reglamento núm. 4/2009 sobre «alimentos» (letra c del art. 1 apartado 2 de los nuevos reglamentos) o del Reglamento núm. 650/2012 sobre «sucesiones» (letra d del art. 1 apartado 2 de los nuevos reglamentos).

Los nuevos reglamentos no aportan una solución al problema general de los llamados «conflictos de calificaciones» que pudieran surgir, notablemente, al liquidar el régimen matrimonial para determinar la masa sucesoria. Cuestiones imbricadas y entre las que existen vasos comunicantes.

Tampoco ofrece una solución a los problemas de inadaptación que, ya sea por exceso o por defecto, pudieran surgir por la aplicación de leyes distintas designadas por los reglamentos europeos sobre el «régimen matrimonial» y sobre el «régimen sucesorio» del cónyuge supérstite.

A falta de un «Reglamento 0» con una parte general que pudiera contener soluciones o dar alguna pauta a los problemas generales de derecho internacional privado, será por la vía de la interpretación de las normas que delimitan el ámbito de aplicación de los reglamentos por parte del Tribunal de Justicia de la Unión europea que estas cuestiones se irán resolviendo.

De hecho, ya se han planteado solicitudes para que se resuelvan cuestiones prejudiciales ante el TJUE, con respecto al Reglamento (UE) núm. 650/2012 sobre «sucesiones»⁶², que afectan igualmente a los nuevos reglamentos y a los problemas de calificación (y de adaptación).

Interesa, a nuestros fines, centraremos en la Petición de decisión prejudicial planteada por el Kammergerichts Berlín (Alemania) el 3 de noviembre de 2016 en el asunto *Doris Margret Lisette Mahnkopf*⁶³. En el

62. El primer reenvío prejudicial que se eleva al TJUE para interpretar las disposiciones del citado reglamento es la cuestión prejudicial planteada en el asunto C-218/16, asunto *Kubicka*, que se centraba en la delimitación entre la categoría «sucesoria» y la propia al «estatuto real» para los bienes. Cuestión prejudicial, esta última, sobre la que ya se ha pronunciado el TJUE el 12 de octubre de 2017.

63. C-558/16, *DOUE*, 30 de enero de 2017, pp. 20-21.

momento de la elaboración de este trabajo sólo contábamos con la cuestión prejudicial y al casi finalizarlo con las recientes Conclusiones del Abogado General, presentadas el 13 de diciembre de 2017. Por ello, incluiremos la STJUE al final si surge en fase de corrección de pruebas.

Nos interesa especialmente este asunto pues se solicita al TJUE que se pronuncie entre la categoría «sucesoria» o la relativa a los «regímenes matrimoniales» respecto de los derechos que corresponden al cónyuge superviviente previstos en el art. 1371, apartado 1 del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*, más conocido con el acrónimo BGB, y cuyo acrónimo utilizaremos en adelante).

2. PROBLEMAS DE CALIFICACIÓN E INADAPTACIÓN: LA PETICIÓN DE DECISIÓN PREJUDICIAL DEL KAMMERGERICHTS BERLÍN DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2016 EN EL CASO *MAHNKOPF* Y LA STJUE DE 1 DE MARZO DE 2018 (ASUNTO C-558/16).

Vimos que los dos nuevos reglamentos disponen, en su artículo 1, apartado 2, letra d, que no se aplicarán a la sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges o de uno de los miembros de la unión registrada. En tal caso, cuentan los Estados miembros con el Reglamento (UE) núm. 650/2012, de 4 de julio de 2012, *relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo*⁶⁴. Este último reglamento ya vigente excluye, a su vez, los regímenes matrimoniales de su ámbito material de aplicación. Es precisamente esta exclusión el objeto de la anunciada petición de decisión prejudicial, que podría igualmente plantearse, si ya fueran de aplicación, con los nuevos reglamentos.

Entre la materia que regula el régimen matrimonial y las sucesiones existen zonas grises. Podrían darse conflictos de calificación (y problemas de adaptación si ambos aspectos se regulan por leyes distintas) en el encaje de algunas instituciones del derecho civil de los Estados miembros. Es el caso del reparto a tanto alzado de las ganancias mediante las que acrece la parte de la herencia del cónyuge superviviente previsto en el art. 1371, apartado 1, del Código Civil alemán. El derecho de que el cónyuge superviviente pueda acrecer con la parte alícuota o proporcional de las ganancias la parte que

64. V. A. Bonimi y P. Wautelet, *Le droit européen des successions. Commentaire du règlement (UE) n° 650/2012, du 4 juillet 2012*, Bruylant, 2016 núm. 4.

le corresponde de la herencia podría tener encaje tanto en el Reglamento (UE) núm. 650/2012 sobre «sucesiones» como en el nuevo Reglamento núm. 2016/1103 sobre «régimen matrimonial», que excluye la sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges o de los unidos en pareja registrada (art. 1, letra d).

Los problemas de calificación son clásicos en esta materia. En los conflictos internos, baste recordar el “usufructo expectante” aragonés (de naturaleza matrimonial) o la “cuarta viudal” catalana. En Cataluña el régimen legal es el de la separación de bienes. La calificación de la «cuarta viudal», prevista en el art. 452-1 y ss. del CCCat, no ha sido en su historia del todo pacífica, dando lugar la cuarta viudal justiniana a varios discursos de entrada y recepción a la Academia de Legislación y Jurisprudencia (por ejemplo, de Ramón Roca Sastre y de Fausto Navarro Azpeitia). Esta disposición, hoy, no sólo concierne al cónyuge sino a la «pareja estable» sobreviviente. En otras épocas se consideraba un derecho de la esposa sin dote; y, por lo tanto, se vinculaba al régimen matrimonial. Sin embargo, al estar desvinculada, hoy, de la dote, la cuarta viudal es encajada en el ámbito del derecho sucesorio. El mismo CCCat (Título V) la califica como una atribución sucesoria legal (como la legítima, a pesar de que no tiene naturaleza legitimaria).

En Alemania, el régimen legal matrimonial es un sistema de separación de bienes durante el matrimonio con repartición de las ganancias en el momento de la disolución. El encaje en la categoría matrimonial o sucesoria del art. 1371, apartado 1, del BGB podría partir de la idea de que, la parte que hereda el cónyuge sobreviviente se ve aumentada con la parte alícuota de las ganancias para reestablecer el equilibrio en el momento de la disolución. Si es así, si la previsión está vinculada al sistema de separación de bienes (al régimen matrimonial legal) podría entenderse que es un derecho matrimonial y no un derecho sucesorio.

Sin embargo, la cuestión está lejos de ser pacífica. Las posiciones doctrinales van desde una calificación matrimonial o una sucesoria hasta una calificación mixta⁶⁵. Si bien, hoy por hoy, en Alemania cabe retener la calificación matrimonial, al manifestarse en este sentido el Tribunal Supremo en una sentencia de hace casi tres años.

65. Véase además de la bibliografía indicada en las Conclusiones del Abogado General, A. Röthel, *El derecho de sucesiones y la legítima en el derecho alemán*, Bosch, 2008. Señala su naturaleza mixta. Si bien, sitúa el art. 1371 BGB primordialmente dentro del régimen económico matrimonial (p. 76).

El Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*, en adelante BGH) el 13 de mayo de 2015 calificó y subsumió el art. 1371, apartado 1, del BGB en la categoría «matrimonial»⁶⁶.

En el supuesto, la esposa, de nacionalidad griega, fallece en Alemania sin hacer testamento. Su hijo y su marido, también de nacionalidad griega, se enfrentan a los tribunales alemanes. El matrimonio se había casado bajo el régimen legal alemán (*Zugewinnngemeinschaft*), y había iniciado un procedimiento de divorcio antes del fallecimiento de la esposa. El hijo solicitó que se le entregara un certificado de heredero por las $\frac{3}{4}$ partes del total de la herencia, conforme al derecho griego aplicable de la nacionalidad del causante (a tenor del art. 25 EGBGB)⁶⁷. Sin embargo, el marido se opuso a la pretensión y reclamó, además de la cuarta parte sucesoria, la parte alícuota de las ganancias que le correspondía según el art. 1371, apartado 1, del BGB, aplicable a la liquidación del régimen matrimonial.

El BGH indica que el legislador alemán ha querido acompañar el régimen legal (*Zugewinnausgleich*) –que implica una «separación de bienes», al menos durante el matrimonio– de la compensación o reparto de ganancias prevista en el art. 1371, apartado 1, del BGB, que permite aumentar con la parte alícuota de las ganancias la parte percibida en la sucesión. La finalidad de la disposición es, pues, la de liquidar el régimen matrimonial y no la de fijar los derechos del cónyuge superviviente. Por todo ello, es la categoría «matrimonial» la que retiene el Tribunal supremo alemán para calificar la controvertida disposición alemana.

Nótese que, en el caso concreto, si los tribunales hubieran calificado la cuestión como sucesoria, el marido alemán no tendría derecho al reparto alzado de las ganancias previsto en el art. 1371, apartado 1, del BGB, puesto que no lo prevé la ley griega que es la aplicable a la sucesión, de acuerdo al art. 25 del EGBGB (no siendo aplicable aún al caso el reglamento núm. 650/2012 sobre «sucesiones»).

Ahora bien, una vez entrado en vigor el reglamento, y con independencia de la calificación que se haga en los supuestos internos, es preciso atender a una solución europea, porque de ello depende la aplicación uniforme de los reglamentos relativos a las sucesiones y de los dos nuevos reglamentos en materia matrimonial y de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

66. BGH, 13 de mayo de 2015, IV ZB 30/14, BGHZ, 205, comentada por P. Mankowski, *IPRax*, 2017, p. 102.

67. La decisión del BGH de 13 de mayo de 2015, es anterior a la entrada en aplicación del reglamento europeo de sucesiones (7 de agosto de 2015).

En otras palabras, la solución que se aporte ha de respetar el ámbito material de aplicación previsto en los reglamentos y ha de ser uniforme en los Estados miembros. La calificación europea no tiene por qué coincidir con la calificación interna o para los litigios internos. Pero la calificación europea ha de ser la misma en todos los Estados miembros partícipes en los reglamentos. Esta tarea de dar una solución uniforme le corresponde al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

No ha tardado en presentarse la cuestión ante el TJUE a través de una cuestión prejudicial. En concreto, a través de la citada Petición de decisión prejudicial del Kammergerichts Berlín (Alemania) el 3 de noviembre de 2016 en el caso *Doris Margret Lisette Mahnkopf* (Asunto C-558/16). En este caso, los que litigan ante los tribunales alemanes son la viuda y el hijo del causante. Los litigantes, al igual que el causante, ostentan la nacionalidad alemana.

El punto controvertido es precisamente la calificación del citado art. 1371, apartado 1, del BGB, y no sólo su inclusión o exclusión del reglamento europeo de sucesiones o su eficacia en el marco de las menciones contenidas en el certificado sucesorio europeo. Es decir, la efectividad de las menciones relativas al «régimen matrimonial» (o no) contenidas en el certificado sucesorio europeo.

La presencia de tales menciones en el certificado sucesorio no es ajena a las zonas grises que nos ocupan. Pero, también, a la necesidad de liquidar el régimen matrimonial para determinar la masa sucesoria. El tema de fondo es la articulación entre ambas cuestiones y los reglamentos que las regulan. Cuestión de coordinación o de articulación que ya se apuntaba que ofrecería algunas dificultades al establecerse el certificado sucesorio europeo con menciones que reunían ambos aspectos⁶⁸. Este es el tema de fondo.

La cuestión prejudicial planteada por el *Kammergericht* de Berlín, el 3 de noviembre de 2016, hace depender la calificación de la eficacia de la mención de la parte alícuota correspondiente al cónyuge supérstite en el certificado sucesorio europeo.

La cuestión prejudicial es la siguiente:

¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 1, del Reglamento n.º 650/2012 en el sentido de que el ámbito de aplicación del Reglamento («sucesiones por causa de muerte») comprende también las disposiciones del Derecho nacional

68. P. Lagarde, «Règlement n.º 650/2012 sur les successions», *Répertoire de droit international*, núm. 13.

que, como el artículo 1371, apartado 1, del Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán; en lo sucesivo, «BGB»), regulan las cuestiones en materia de régimen económico matrimonial tras el fallecimiento de un cónyuge con el incremento de la parte alícuota correspondiente al otro cónyuge en la herencia?

En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿deben interpretarse, no obstante, los artículos 68, letra l), y 67, apartado 1, del Reglamento n.º 650/2012 en el sentido de que en el certificado sucesorio europeo puede constar plenamente la parte alícuota correspondiente al cónyuge superviviente en la herencia, aunque consista en una fracción de un incremento derivado de una disposición relativa al régimen económico matrimonial como el artículo 1371, apartado 1, del BGB?

En caso de respuesta negativa a esta cuestión, ¿puede responderse afirmativamente, con carácter excepcional, en situaciones en que:

a) el certificado sucesorio tiene como única finalidad permitir el ejercicio de los derechos del heredero en otro Estado miembro específico sobre los bienes del causante que allí se encuentren, y

b) la cuestión sucesoria (artículos 4 y 21 del Reglamento n.º 650/2012) y (con independencia de las normas de conflicto de leyes que se apliquen) las cuestiones del régimen económico matrimonial se han de resolver con arreglo al mismo ordenamiento jurídico nacional?

En caso de respuesta negativa a las dos cuestiones anteriores, ¿debe interpretarse el artículo 68, letra l), del Reglamento n.º 650/2012 en el sentido de que en el certificado sucesorio europeo puede constar plenamente (si bien a título meramente informativo a causa del incremento) la parte alícuota correspondiente al cónyuge superviviente en la herencia, incrementada en virtud de la norma relativa al régimen económico matrimonial?

A través de esta cuestión prejudicial, el tribunal alemán quería saber con qué título debería figurar en el certificado sucesorio europeo la parte de la sucesión que debía detraerse en favor del cónyuge superviviente, de acuerdo al artículo 1371, apartado 1, del BGB. Es decir que se precisarán los efectos de la eventual inscripción de estas informaciones en el certificado sucesorio europeo.

En las Conclusiones del Abogado General, de 13 de diciembre de 2017 –que irán en el mismo sentido que la decisión del Tribunal de Justicia⁶⁹– se decanta Maciej Szpunar, a diferencia del BGH, por una calificación sucesoria⁷⁰: «el ámbito de la ley aplicable a la sucesión se extiende a una norma que (...) determina la parte del cónyuge sobreviviente en la sucesión, incluso si su aplicación depende de la existencia de un régimen matrimonial determinado...».

El Abogado General tiene en cuenta que la interpretación del TJUE servirá para delimitar no sólo el ámbito de aplicación material del Reglamento núm. 650/2012 sobre «sucesiones» sino el del nuevo reglamento europeo núm. 2016/1103 sobre «régimen matrimonial», por lo que analiza las disposiciones y los considerandos de los Preámbulos de los nuevos reglamentos. Así llega a la conclusión de que el Reglamento núm. 2016/1103 sobre «régimen matrimonial» no se aplicará «... a la apreciación de los derechos del cónyuge sobreviviente sobre los elementos que son ya parte de la sucesión»⁷¹.

Si bien, lógicamente, en el punto de mira del Abogado General lo que está es la cuestión de la eficacia probatoria de las menciones contenidas en el certificado sucesorio europeo y la necesidad de que circule plenamente

69. En fase de revisión del trabajo, el 1 de marzo de 2018, el TJUE ha dictado sentencia. Ha confirmado la calificación sucesoria de la disposición alemana propuesta por el Abogado General en estos siguientes términos: «El artículo 1, apartado 1, del Reglamento n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, debe interpretarse en el sentido de que está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento un precepto de Derecho nacional, como el controvertido en el litigio principal, que establece, para el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, el reparto a tanto alzado de las ganancias mediante un incremento de la parte alícuota de la herencia del cónyuge superviviente» (TJUE, 1 de marzo de 2018, n.º C-558/16, *Doris Margret Lisette Mahnkopf c. Sven Mahnkopf*).

70. Conclusiones del Abogado General Maciej Szpunar, presentadas el 13 de diciembre de 2017 en el asunto C 558/16 *Doris Margret Lisette Mahnkopf*.

71. Punto núm. 77. La conclusión encontraría un apoyo general en el art. 1, apartado 2, letra d, del Reglamento (UE) núm. 2016/1103 «régimen matrimonial», y en el considerando núm. 22 de su Preámbulo, aunque la cuestión ha tenido defensores en uno u otro sentido tratándose del reglamento de sucesiones (V. A. Bonomi, *Article 1 – Champ d’application*, en A. Bonomi y P. Wautelet, *Le droit européen des successions. Commentaire du règlement (UE) n° 650/2012, du 4 juillet 2012*, Bruxelles, Bruylant 2016, p. 89, favorable a la calificación matrimonial. En sus Conclusiones, el Abogado General cita la recensión de P. Lagarde (H. Dörner : « Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR. Art. 25, 26 EGBGB. Anhang zu Art. 25 f EGBGB: Ausländische Rechte», *Revue critique DIPr.*, 1996, p. 389) para señalar en Alemania hay autores partidarios de la calificación sucesoria.

en los Estados miembros. Así en las Conclusiones presentadas señala que «la inscripción del aumento de la parte legal de la sucesión del cónyuge sobreviviente en el certificado sucesorio europeo permitirá su reconocimiento en los otros Estados miembros». Esta es la eficacia buscada.

La cuestión de la eficacia probatoria de las distintas menciones que incluye el certificado sucesorio europeo depende de la calificación que le atribuya el TJUE en el asunto *Mahnkopf* y de las menciones que incluya el propio certificado. Si se califica como una disposición sucesoria –lo que propone el Abogado General- y si la mención está comprendida en el ámbito material de reglamento la eficacia plena del certificado se vería favorecida⁷², al quedar comprendidas las menciones relativas a esta «zona gris».

Otra interesante cuestión que plantea el Abogado General en sus Conclusiones, aunque no se de en el caso concreto al estar sujetas ambas cuestiones a la misma ley (la alemana), son los posibles problemas de inadaptación que puedan surgir cuando difieren la ley rectora del derecho sucesorio y la ley rectora del derecho matrimonial. Así, en el punto 66 indica que con independencia de la calificación que retenga el TJUE con respecto al art. 1371, apartado 1 del BGB, con ello «no se eliminarán totalmente la necesidad de proceder a medidas de adaptación».

La solución, en tal caso, debería atender al caso concreto. El problema no se da en el asunto *Mahnkopf* al estar sujeta tanto la sucesión como el régimen matrimonial a la misma ley. Pero el posible problema de la inadaptación ha queda anunciado en las Conclusiones del Abogado General Szpunar para el que la calificación sucesoria reduciría los problemas de inadaptación al ser sólo la ley sucesoria la aplicable.

Ya entregado este trabajo, en fase de corrección de pruebas, el TJUE ha dictado sentencia sobre este asunto. La STJUE, de 1 de marzo de 2018, confirma la calificación sucesoria de la disposición alemana propuesta por el Abogado General en estos siguientes términos:

«El artículo 1, apartado 1, del Reglamento n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, *debe interpretarse en el sentido de que está*

72. P. Lagarde, «Règlement n.º 650/2012 sur les successions», *Répertoire de droit international*, núm. 13.

comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento un precepto de Derecho nacional, como el controvertido en el litigio principal, que establece, para el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, el reparto a tanto alzado de las ganancias mediante un incremento de la parte alícuota de la herencia del cónyuge superviviente»⁷³ (la cursiva es nuestra).

Siguiendo al Abogado General, el TJUE declara que la consecución de los objetivos del certificado sucesorio europeo se vería en gran parte obstaculizada en una situación como la debatida en el litigio principal, en caso de que dicho certificado no pudiera contener la información completa de los derechos hereditarios del cónyuge superviviente. La calificación como sucesorio del derecho del cónyuge superviviente a la parte alícuota de las ganancias –conforme al art. 1371, apartado 1, del BGB– permite, en definitiva, hacer constar tal información en el certificado sucesorio europeo y con los efectos previstos en el artículo 69 del Reglamento (UE) núm. 650/2012 sobre sucesiones⁷⁴.

3. PROBLEMAS DE CALIFICACIÓN, SUBSTITUCIÓN O EQUIVALENCIA: EL RECONOCIMIENTO «TAL CUAL» DEL VÍNCULO DE PAREJA

En algunos casos es posible establecer la equivalencia, la substitución o la asimilación entre los modelos de pareja existentes en los Estados miembros. En otros casos, la unión de pareja regulada es desconocida o distinta. La solución más respetuosa con cada modelo existente podría encontrarse en el marco de los conflictos de autoridades o del reconocimiento de actos públicos o casi-públicos consistentes en la formación de matrimonios y de uniones registradas. El Estado requerido puede aceptar o rechazar el acto público por motivos de orden público, pero no definiría la naturaleza del vínculo si se siguiera el método del reconocimiento «tal cual» o de la extensión de los efectos. El acto es integrado «tal cual» al conjunto normativo que regulará sus otros efectos⁷⁵. Pero para ello se requeriría un instrumento

73. TJUE, 1 de marzo de 2018, n.º C-558/16, *Doris Margret Lisette Mahnkopf c. Sven Mahnkopf*. Introducido en fase de corrección de pruebas.

74. Véanse los puntos 42 y 43 de la citada sentencia (nota anterior).

75. Aspecto que ya destacamos en otros trabajos. Véase, A. Quiñones Escámez, «Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple», *Revue critique DIPr.*, 2007, p. 357 y *Uniones Conyugales o de pareja: Formación, reconocimiento y eficacia internacional. Actos públicos y hechos (o actos jurídicos) en el Derecho internacional privado*, Barcelona. Ed. Atelier, 2007.

común de reconocimiento sobre la existencia del vínculo, que requeriría, igualmente, la vía de la cooperación reforzada.

La gran ventaja en un ámbito europeo de la teoría de la extensión de los efectos directos (relativos a la creación del vínculo de pareja) es que facilita la uniformidad de soluciones. La unión de pareja desplegará el mismo efecto directo (constitución del vínculo matrimonial o creación de la unión inscrita) en cada uno de los Estados miembros donde se planteará su reconocimiento. Una ventaja nada desdeñable en el ámbito de la Unión Europea.

No obstante, no contamos aún con un instrumento que resuelva la cuestión previa del reconocimiento de la existencia y validez del matrimonio o de la unión de pareja. Esta cuestión previa está excluida de los nuevos reglamentos.

V. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN Y EXCLUSIONES: LA CUESTIÓN PREVIA

El Reglamento (UE) núm. 2016/1103 sobre «régimen matrimonial» –al igual que el Reglamento núm. 1259/2012 («Roma III») sobre ley aplicable al divorcio o el Reglamento núm. 650/2012 sobre sucesiones– excluye de su ámbito de aplicación la cuestión previa relativa a «la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio» (art. 1, apartado 2, letra b)⁷⁶.

También el Reglamento (UE) núm. 2016/1104 sobre «efectos patrimoniales de las uniones registradas» excluye de su ámbito de aplicación la cuestión previa relativa a «la existencia, validez y reconocimiento de la unión registrada». No hay diferencia entre ambos reglamentos en este punto.

No es la única cuestión previa excluida, pero es la de mayor interés⁷⁷. Sin matrimonio no hay «régimen matrimonial». El matrimonio o unión registrada han de existir para que ese Estado miembro competente, según

76. Art. 1. Ámbito de aplicación. «2. Quedan excluidos del ámbito de aplicación del presente Reglamento: (...) b) la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio».

77. Por ejemplo, también se excluye la capacidad jurídica de los casados o los unidos en una pareja registrada (art. 1, apartado 2, letra a). Se trata de una materia excluida en los reglamentos europeos. Las normas de derecho internacional privado de cada Estado miembro competente regularán la cuestión. En materia de incapacidad de los adultos, Alemania, Francia, Austria o la República Checa podrán acudir al Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos. Entró en vigor el 1 de enero de 2009. Son Estados parte: Alemania, Francia, Reino Unido e Irlanda del Norte, Suiza, Finlandia, Estonia, República Checa, Austria, Mónaco y Letonia. España, empero, no es aún parte en este Convenio.

los nuevos reglamentos pueda solventar los problemas relativos a su régimen patrimonial.

La principal dificultad deriva de la variedad de modelos matrimoniales autorizados y/o reconocidos en cada Estado miembro. Es la exigencia de la disparidad de sexos en el matrimonio y el desconocimiento de un modelo alternativo como es la unión registrada lo que obstaculiza el reconocimiento.

La ley aplicable al régimen patrimonial nos dirá si un esposo o un conviviente podían vender una escultura a un tercero sin el consentimiento del otro cónyuge o conviviente. Pero la existencia de una relación solidaria entre los esposos, derivada de su régimen patrimonial, puede depender, a su vez, de la existencia y validez del matrimonio. También de la prueba de su inscripción frente a terceros. Por ejemplo, el matrimonio del mismo sexo celebrado en España entre un español y un italiano estará inscrito en el Registro Civil español, pero no será transcrito al registro civil italiano. Válidamente celebrado el matrimonio en España entre un italiano y un español podría considerarse nulo en Italia. Si bien, a tenor del nuevo art. 32 bis de la Ley italiana de derecho internacional privado de 1995 (reformada en este punto en el año 2017⁷⁸) será considerado para Italia como una unión civil⁷⁹.

La cuestión previa relativa a la existencia y validez de la unión está excluida del ámbito de aplicación de los nuevos reglamentos. Los propios reglamentos lo indican al señalar que la existencia, la validez o el reconocimiento del matrimonio o de una unión registrada son cuestiones excluidas de su ámbito de aplicación (art. 1.2, letra «b», en ambos textos⁸⁰). En los puntos 21 de los Preámbulos, de ambos textos, se precisa la exclusión, dando la indicación de que las cuestiones previas continuarán rigiéndose por el derecho nacional de los Estados Miembros, quedando incluidas sus

78. Conforme al art. 1, apartado 28, letra b), de la Ley núm. 76, de 20 de mayo de 2016, que introduce en Italia la unión civil, se delega en el gobierno la adopción de disposiciones que modifiquen y prevean normas de derecho internacional privado para las uniones civiles entre personas del mismo sexo. Estas normas han sido elaboradas mediante el Decreto-ley núm. 7, de 19 de enero de 2017 (GU núm. 22, de 27 de enero de 2017), que ha entrado en vigor desde el 11 de febrero de 2017. El nuevo art. 32-bis de la ley italiana de derecho internacional privado precisa que el matrimonio celebrado en el extranjero con un ciudadano italiano y entre personas del mismo sexo tendrá en Italia los efectos de la unión civil italiana.

79. Cabe recordar la doctrina del TEDH en los asuntos Oliari y Orlando sobre los que volveremos.

80. Art. 1. 2. Quedan excluidos del ámbito de aplicación del presente Reglamento: «b) la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio» [Reglamento (UE) núm. 2016/1103] «b) la existencia, validez y reconocimiento de la unión registrada» (Reglamento (UE) núm. 2016/1104).

normas de derecho internacional privado («El presente Reglamento no debe aplicarse a otras cuestiones preliminares, tales como la existencia, la validez o el reconocimiento del matrimonio, que siguen estando reguladas por el Derecho nacional de los Estados miembros, incluidas sus normas de Derecho internacional privado»⁸¹).

Por tanto, los reglamentos dejan a cada Estado miembro participante no sólo la facultad de regular la materia relativa a las uniones registradas sino la de dar una solución a las «cuestiones previas» que pudieran plantearse al tener que aplicar las disposiciones de los reglamentos europeos que se ocupan de sus aspectos patrimoniales.

Cabe extraer de todo ello que los nuevos reglamentos, y en esto no son excepción con respecto a los anteriores, no aportan una solución uniforme al problema de las llamadas cuestiones previas. No hay una solución común para resolver esta cuestión general, que puede plantearse al aplicar las normas de derecho internacional privado de los nuevos reglamentos, ni un instrumento en curso para resolver el reconocimiento de los matrimonios y las uniones de pareja.

La cuestión previa de la existencia o validez del matrimonio o de la unión inscrita queda en manos de cada Estado miembro y de su propio sistema de Derecho internacional privado. Los reglamentos no obligan a los Estados miembros participantes a reconocer las uniones de pareja registrada de los otros Estados participantes ni les obligan a reconocer los matrimonios de los otros Estados con independencia de la orientación sexual.

En sede de competencia judicial internacional los nuevos reglamentos autorizan a los Estados Miembros participantes a inhibirse; es decir, a declinar su competencia para pronunciarse sobre un litigio relativo al régimen económico matrimonial o a los efectos patrimoniales de una unión registrada si conforme a sus normas de derecho internacional privado⁸² o a

81. *Mutatis mutandis* se señala lo mismo en el Preámbulo del Reglamento (UE) núm. 2016/1104 RUR sobre «efectos patrimoniales de las uniones registradas», en el punto (21): «El presente Reglamento no debe aplicarse a otras cuestiones preliminares, tales como la existencia, validez o reconocimiento de la unión registrada, que están reguladas por los Derechos nacionales de los Estados miembros, incluidas sus normas de Derecho internacional privado».

82. Art. 9: «Competencia alternativa. 1. Con carácter excepcional, si un órgano jurisdiccional del Estado miembro competente en virtud de los artículos 4, 5, 6, 7 u 8 considera que en su Derecho internacional privado no está reconocido el matrimonio en cuestión a efectos del procedimiento sobre el régimen económico matrimonial, podrá inhibirse. Si el órgano jurisdiccional decide inhibirse, lo hará sin dilación indebida. 2.

su derecho interno⁸³ no se reconoce en tal Estado Miembro el matrimonio o la unión de pareja registrada en cuestión. Si bien, en tal caso, y con la finalidad de garantizar el acceso a la justicia, se establecen otros foros de competencia⁸⁴. Y, la sentencia así dictada será reconocida respecto a los aspectos patrimoniales en los otros Estados miembros participantes de la cooperación reforzada (incluido el que se inhibe) y sin que la orientación sexual puede ser un motivo de denegación del reconocimiento (art. 38).

Si el órgano jurisdiccional competente en virtud de los artículos 4 o 6 se inhibiera y las partes acordaran atribuir la competencia a los órganos jurisdiccionales de cualquier otro Estado miembro de conformidad con el artículo 7, la competencia para resolver sobre el régimen económico matrimonial recaerá en los órganos jurisdiccionales de ese Estado miembro. En los demás casos, la competencia para resolver sobre el régimen económico matrimonial recaerá en los órganos jurisdiccionales de cualquier otro Estado miembro en virtud de los artículos 6 u 8, o en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la celebración del matrimonio. 3. El presente artículo no se aplicará cuando las partes hayan obtenido una resolución de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio que sea susceptible de ser reconocida en el Estado miembro del foro».

83. Art. 9: «Competencia alternativa. 1. Si el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente en virtud de los artículos 4 y 5 y del artículo 6, letras a), b), c) o d), *considera que en su Derecho no está reconocida la institución de la unión registrada, podrá inhibirse*. Si el órgano jurisdiccional decide inhibirse, lo hará sin dilación indebida. 2. Si el órgano jurisdiccional competente mencionado en el apartado 1 del presente artículo se inhibiera y las partes acordaran atribuir la competencia a los órganos jurisdiccionales de cualquier otro Estado miembro de conformidad con el artículo 7, la competencia para resolver sobre los efectos patrimoniales de la unión registrada recaerá en los órganos jurisdiccionales de ese Estado miembro. En los demás casos, la competencia para resolver sobre los efectos patrimoniales de la unión registrada recaerá en los órganos jurisdiccionales de cualquier otro Estado miembro en virtud de los artículos 6 u 8. 3. El presente artículo no se aplicará cuando las partes hayan obtenido una disolución o anulación de la unión registrada que sea susceptible de ser reconocida en el Estado miembro del foro».
84. Así, por ejemplo, los miembros de la unión registrada podrán acordar que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuya ley sea aplicable a los efectos patrimoniales de la unión registrada o los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se haya creado la unión registrada resuelvan sobre el litigio. De no ser así, los criterios establecidos en el artículo 5 determinarán el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales resolverán sobre el asunto. En cualquier caso, el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro no podrá declinar su competencia cuando los miembros de la unión registrada hayan obtenido la disolución o la anulación de su unión registrada y esta disolución o anulación sea susceptible de ser reconocida en el Estado miembro del órgano jurisdiccional. En el caso de que ningún Estado miembro sea competente en aplicación de los artículos anteriores, los miembros de la unión registrada y los terceros interesados pueden acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que uno o ambos miembros de la unión registrada posean bienes inmuebles. En estos casos, los órganos jurisdiccionales solo podrán resolver sobre los bienes inmuebles situados en dicho Estado miembro.

Pero no ofrece el reglamento una solución común a la cuestión previa lo que es un obstáculo para alcanzar la uniformidad de soluciones en la aplicación del propio reglamento.

Sería útil elaborar un instrumento de cooperación reforzada que facilitara el reconocimiento de los matrimonios y las uniones de pareja formalizadas ante la autoridad pública y la libre circulación de los certificados que hicieran prueba de la situación familiar.

Lo veremos al tratar del derecho aplicable. Pero antes examinaremos algunas previsiones respecto a la competencia y al reconocimiento, en el supuesto de que el juez competente para conocer de la cuestión de la nulidad del matrimonio pueda conocer de la cuestión accesoria relativa al régimen matrimonial.

1. EXTENSIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y RECONOCIMIENTO DE DECISIONES EN LA HIPÓTESIS DE QUE LA CUESTIÓN PRINCIPAL SEA LA RELATIVA A LA NULIDAD

El TJCE, el 6 de marzo de 1980 en el asunto de los esposos *Cavel* (C-120/79) consideró que: «las demandas accesorias entran en el ámbito de aplicación del Convenio en atención a la materia a la que se refieren y no en atención a la materia a la que pertenece la cuestión principal». De manera que el juez competente para la cuestión principal –no cubierta por el reglamento, como sería la nulidad del matrimonio– sólo conocerá de la cuestión relativa al régimen matrimonial –cubierta por el nuevo reglamento– si con respecto a esta recibe competencia de acuerdo a las normas previstas en su capítulo II.

La cuestión de la nulidad puede plantearse como una cuestión principal y la cuestión relativa a los bienes ser accesoria. Por ejemplo, si en un Estado miembro se planteara excepcionalmente la cuestión de la nulidad del matrimonio con la misma se plantearía la de los efectos que se deriven. En el ámbito de la competencia judicial internacional, el art. 5 del nuevo Reglamento (UE) 2016/1103 «régimen matrimonial» prevé, al respecto, que cuando se interponga ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro una demanda de anulación del matrimonio en virtud del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 (Bruselas II), los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro serán competentes para resolver sobre el régimen económico

matrimonial que surja en conexión con dicha demanda⁸⁵. Se requiere acuerdo de las partes.

Si la cuestión principal es la nulidad de la unión será posible, entonces, la extensión de la competencia. En el caso de que la cuestión principal fuera la nulidad de una unión registrada los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que conocen de esta cuestión excluida de los reglamentos europeos serán competentes para resolver sobre los efectos patrimoniales de la unión que se deriven o tengan conexión con la disolución o la nulidad. Nótese una diferencia en los dos reglamentos, pues si se trata de un matrimonio, la competencia habrá de estar fundada en el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 (Bruselas II)⁸⁶ mientras que si se trata de una unión inscrita la competencia tendrá que estar fundada en el régimen autónomo⁸⁷, a falta de reglamentos en la materia.

85. El art. 5 («Competencia en caso de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio») del Reglamento (UE) núm. 2016/1103 «régimen matrimonial» prevé: «1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, cuando se interponga ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro una demanda de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio en virtud del Reglamento (CE) núm. 2201/2003, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro serán competentes para resolver sobre el régimen económico matrimonial que surja en conexión con dicha demanda».
86. El art. 5.2 prevé: «La competencia en materia de régimen económico matrimonial de conformidad con el apartado 1 estará sujeta al acuerdo de los cónyuges cuando el órgano jurisdiccional que deba resolver la demanda de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio:
 sea un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el que el demandante resida habitualmente y haya residido durante al menos un año inmediatamente antes de la fecha de interposición de la demanda, de conformidad con el artículo 3, apartado 1, letra a), quinto guión, del Reglamento (CE) núm. 2201/2003;
 sea un órgano jurisdiccional de un Estado miembro del que el demandante sea nacional y en el que resida habitualmente y haya residido durante al menos seis meses inmediatamente antes de la fecha de interposición de la demanda, de conformidad con el artículo 3, apartado 1, letra a), sexto guion, del Reglamento (CE) núm. 2201/2003;
 deba resolver, en virtud del artículo 5 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003, en los casos de conversión de la separación judicial en divorcio, o
 deba resolver, en virtud del artículo 7 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003, en los casos de competencia residual.
 3. Si el acuerdo a que se refiere el apartado 2 del presente artículo se celebra antes de que se requiera al órgano jurisdiccional que resuelva sobre el régimen económico matrimonial, dicho acuerdo deberá ser conforme a lo dispuesto en el artículo 7, apartado 2».
87. El art. 5 («Competencia en caso de disolución o anulación de una unión registrada») del Reglamento (UE) núm. 2016/1104 «efectos patrimoniales de las uniones registradas», prevé: «1. Cuando se someta a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro la disolución o anulación de una unión registrada, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro serán competentes para resolver sobre los efectos patrimoniales de

Si es el caso, la decisión pronunciada sobre la cuestión accesoria patrimonial se beneficiará del régimen de reconocimiento previsto en los nuevos reglamentos.

2. EXCLUSIÓN DE LA CUESTIÓN PREVIA RELATIVA A LA EXISTENCIA Y LA NULIDAD DE LA UNIÓN (DERECHO APLICABLE)

La teoría de la cuestión previa o preliminar se incardina, propiamente, en el ámbito del derecho aplicable. Se vincula a la doctrina alemana⁸⁸. La aplicación de un derecho material extranjero, relativo a los efectos patrimoniales del matrimonio o de la unión registrada, puede plantear una cuestión previa relativa a la existencia o la validez de la unión. En síntesis, hace depender la conexión de la cuestión previa del ordenamiento que regula la cuestión principal, de modo que es la norma de conflicto extranjera (no la del foro) la que designa el derecho aplicable a la cuestión preliminar (sujeta a la conexión dependiente de la *lex causae* y no a la conexión independiente prevista en la *lex fori*).

Es una teoría controvertida, a menudo tachada de artificial y compleja, al derogar la norma de conflicto del foro para dar entrada a la norma de conflicto extranjera⁸⁹. Una y otra opción no se formulan de forma rígida, pues el decantarse por una opción u otra puede depender de lo cercana o

la unión registrada que tengan conexión con la disolución o anulación de esta última, cuando sus miembros así lo acuerden.

2. Si el acuerdo a que se refiere el apartado 1 del presente artículo se celebra antes de que se requiera al órgano jurisdiccional que resuelva sobre los efectos patrimoniales de la unión registrada, dicho acuerdo deberá ser conforme a lo dispuesto en el artículo 7».

88. W. Wengler, «Die Vorfrage im Kollisionsrecht», *RabelsZ*, 1934, p. 148 y W. Wengler, «Nouvelles réflexions sur les questions préales», *Revue Critique de droit international privé*, 1966, p. 165, donde el autor da cierto giro con respecto a posición inicial. Asimismo, G. Melchior, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, 1932, pp. 498-531. En Francia, destaca P. Lagarde, «La règle de conflit applicable aux questions préales», *Revue Critique de droit international privé*, 1960, p. 459 y P. Lagarde, «Observations sur l'articulation des questions de statut personnel et des questions alimentaires dans l'application des conventions de droit international privé» en *Conflits et harmonisation. Kollision und Vereinheitlichung. Conflicts and Harmonization, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Friburgo, 1990, pp. 511-528. Más recientemente, y atendiendo al derecho internacional privado europeo, la tesis de C. Bermitt, *Die Anknüpfung von Vorfragen im europäischen Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, 2010 y el trabajo de S.L. Goessl, «The Preliminary Question in European Private International Law», *Journal of Private International Law*, 2012-1, pp. 63-76.
89. V. Van Hoogstraten, «Le droit international privé néerlandais et la question préalable», en *De conflictu legum, Mélanges offerts à R. D. Kolléwijn et J. Offerhaus*, Leyde, 1962, p. 209.

alejada que esté la situación principal con el foro⁹⁰. También puede depender de la materia sobre la que versen los efectos solicitados. Y, cómo no, puede depender la solución que se dé al caso concreto de la existencia de motivos de orden público internacional y de fraude, que impidan el reconocimiento del matrimonio o de la unión de pareja. No suele plasmarse en el derecho positivo porque no hay una solución que pueda generalizarse a todos los supuestos.

En un marco convencional, el profesor Andrea Bonomi, en su Informe oficial al Protocolo de La Haya de 2007 en materia de alimentos, ha propuesto aplicar a la cuestión previa la ley interna (material) que regula la cuestión principal⁹¹. Es decir, que la ley aplicada a la obligación de alimentos podrá aplicarse igualmente a la cuestión previa relativa a la existencia de la relación familiar⁹². Esta solución, empero, no es seguida en los nuevos reglamentos. No garantiza, tampoco, el que pueda proporcionar una solución uniforme en la aplicación de los instrumentos europeos. Es posible proceder, en algunos casos, como ocurre en materia de los alimentos, a un enfoque funcional, especialmente cuando la obligación de alimentos afecta a los derechos fundamentales de los niños⁹³. La norma de conflicto es orientada materialmente, y prevé un amplio juego de conexiones al que se subordina el criterio de política legislativa o de derecho material que favorece el que menor, acreedor de los alimentos, pueda obtenerlos. En tal caso, la solución a la cuestión previa se subordinar a los mismos parámetros que sigue la norma de conflicto en favor del menor acreedor de los alimentos. Sin embargo, estas soluciones *in favorem* no se aplican cuando la norma de conflicto que regula la obligación de alimentos no es orientada porque afecta a los esposos u otros parientes. De manera que el enfoque funcional atiende, en definitiva, a la materia regulada⁹⁴. No es

90. P. Lalive, «Tendances et méthodes en droit International privé», *RCADI*, 1997-II, p. 280.

91. A. Bonomi, « Rapport explicatif sur le Protocole de la Haye du 23 novembre sur la loi applicable aux obligations alimentaires » (2013), disponible en el portal electrónico de la Conferencia de La Haya, hcch.net.

92. El Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones de alimentos y el Convenio de La Haya de 24 de octubre de 1956 sobre la ley aplicable a las obligaciones de alimentos hacia los niños, dejan fuera de su ámbito de aplicación las cuestiones relativas a las relaciones de familia, dependiendo la solución, en cada caso, del derecho nacional.

93. En favor de un enfoque funcional, véase, P. Lagarde, «Observations sur l'articulation des questions de statut personnel et des questions alimentaires dans l'application des conventions de droit international privé», en *Conflits et harmonisation, Mélanges en l'honneur d'Alfred v. Overbeck*, Fribourg, 1990, p. 519.

94. S. Álvarez González, «¿Qué norma de conflicto de leyes hay que adoptar para determinar la ley aplicable a las cuestiones previas a efectos de la sucesión?», *REDI*, 2017, 19-48.

oportuna una solución funcional en la materia que nos ocupa relativa al régimen matrimonial o de efectos patrimoniales de las uniones registradas. Una solución funcional favorable a la cuestión previa no puede darse con carácter general en esta materia, pues depende de los efectos reclamados y de las partes enfrentadas en el litigio, que pueden ser también terceros.

La solución a la cuestión previa no es generalizable. No se prevé en el derecho positivo porque no puede darse una solución general y en abstracto al problema que plantea. Ha sido casi olvidada al dejarse su aplicación en manos de los tribunales. Su aplicación práctica por los tribunales es muy parca en existencias. Esta falta de visibilidad lleva a tratarla como una cuestión independiente; y, por tanto, sujeta a la norma de conflicto del foro.

La solución que se proponga ha de tener en cuenta que es necesario aplicar de manera uniforme los nuevos reglamentos que regulan los efectos patrimoniales por lo que la cuestión subyacente relativa al estatuto personal y familiar requiere de una regulación propia, de ámbito europeo, y que vaya más allá de la búsqueda de una solución a la teoría clásica de la cuestión previa. En mi opinión, el legislador europeo debería elaborar una norma de reconocimiento común para los actos públicos consistentes en la formalización del matrimonio o la unión registrada. Al igual que la teoría de la cuestión previa, esta norma de reconocimiento evitaría el recurso a las normas de conflicto del foro. Entre las condiciones de reconocimiento no figuraría la del control de la ley aplicada en base a las normas de conflicto del foro sino el control de la competencia del país cuya autoridad procede al registro (mínimos vínculos para evitar el fraude) y el límite del orden público internacional en su vertiente europea.

3. UTILIDAD DE UN INSTRUMENTO EUROPEO, EN EL MARCO DE LA COOPERACIÓN REFORZADA, QUE PERMITA EL RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES FORMALIZADAS ANTE LA AUTORIDAD PÚBLICA

Los nuevos reglamentos europeos de derecho internacional privado han excluido la cuestión sensible de la existencia y la validez de los nuevos modelos familiares de su ámbito de aplicación. Esto es así, en parte, porque lo que subyace al debate se encuentra situado más allá de la técnica de la cuestión previa, que surge con ocasión de la aplicación del derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto. La cuestión de fondo es la del reconocimiento de los nuevos modelos familiares creados en el extranjero. A ello ha de unirse, el que los nuevos reglamentos hayan seguido

la vía de la cooperación reforzada por la disparidad de modelos familiares existentes, lo que ha incidido en su aprobación y en el contenido de algunas de sus disposiciones.

Pensamos que sería bueno elaborar un instrumento europeo de derecho internacional privado, siguiendo la misma vía de la cooperación reforzada, que permita el reconocimiento de las uniones de pareja formalizadas ante la autoridad pública en derecho internacional privado. Método del reconocimiento (o de reconocimiento de los actos públicos dentro de los conflictos de autoridades) que, a veces, se confunde con el principio del reconocimiento mutuo en un marco europeo⁹⁵, confundiendo el método con los objetivos a alcanzar.

Si bien, el método del reconocimiento suscita la alarma ante el temor a que se «eclipse» el método conflictual⁹⁶, ha de constatarse, una vez más, que el método conflictual no se desvanece con el reconocimiento de actos públicos o de decisiones, sino que se mantiene en la instancia directa o, más concretamente, en la fase de constitución de la unión de pareja (o, si se quiere, de creación de la relación jurídica)⁹⁷. Se trataría sólo de reconocer en otro Estado la unión de pareja ya constituida por la autoridad pública de otro Estado, conforme a ley (según el derecho aplicado) y sin control conflictual sobre la ley aplicada en el Estado requerido. La renuncia al método conflictual se hace en sede de reconocimiento, pero no al crear la relación de pareja inscrita.

La unión de pareja ya formalizada o creada en el extranjero, conforme a ley, no vuelve a plantear un problema de formación y menos aún de localización de la relación jurídica en los demás países a los que traslada su residencia o se encuentran dispersos sus bienes, sino un problema de reconocimiento de la unión de pareja ya constituida y que ya despliega

95. V. E. Bonifay, *Le principe de reconnaissance mutuelle et le droit international privé. Contribution à l'édification d'un espace de liberté, sécurité et justice*, Université Aix-Marseille, Institut universitaire Varenne, L.G.D.J., 2017 y H. Fulchiron, « La reconnaissance au service de la libre circulation de personnes et de leur statut familial dans l'espace européen », *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, 2014, pp. 359-381.

96. V. G. P. Romano, «La bilateralité éclipse par l'autorité», *Revue Critique DIPr.*, 2006, p. 457.

97. V. A. Quiñones Escámez, «El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a ley (Método del reconocimiento para los actos públicos extranjeros y método conflictual para los hechos y los actos jurídicos privados)», en *Orden público europeo e internacional, Acto Homenaje a la profesora N. Bouza Vidal, InDret: revista para el análisis del derecho*, 2017, p. 201, esp. 208 y siguientes.

efectos en otro país. La ley, que ya ha sido ya aplicada, es conocida. No ha de localizarse. Se ha concretado en una decisión relativa a una unión que afecta a una pareja en concreto y que despliega sus efectos en el país donde se ha constituido el vínculo. No se trata ya de aplicar una ley extranjera en abstracto sino de reconocer eficacia a un acto público que afecta a una pareja en concreto.

Cabe sumar a las ventajas del método las de facilitar los objetivos del principio de libre circulación de las personas y de la ciudadanía europea, pero sin confundirse con ellos. En el ámbito del derecho internacional privado, los objetivos más generales de la continuidad y la «circulación» de los «estatutos personales» y de las relaciones jurídicas familiares, al igual que el interés por evitar situaciones claudicantes, han sido un objetivo constante, al igual que la necesidad de preservar la previsibilidad y seguridad jurídica a las personas que viven a caballo de más de un ordenamiento jurídico. El instrumento que se elaborara podría tener un marco europeo o internacional.

El reconocimiento de la existencia y la validez de las uniones de pareja constituidas en otro país no supone un abandono del método conflictual (como ya se ha señalado) sino el abandono del «control de la ley aplicable o más bien de la ley aplicada» como una de las condiciones del reconocimiento de los actos públicos y de las situaciones jurídicas creadas en el extranjero.

Cierto es que parece que haya tantos métodos de reconocimiento como autores hablan de ello, pero éste es el nexo común del método o de los métodos del reconocimiento⁹⁸: el que se descarta el control de la ley aplicada por la autoridad de origen. El control básicamente pivota en torno al límite del orden público y el fraude respecto a la intensidad del orden público, valorando los vínculos mínimos con el país de origen (lo que puede vehicularse como un control de la autoridad extranjera de origen). La unión de pareja legalmente constituida y formalizada ante la autoridad pública puede ser reconocida en los otros Estado, *sea cual sea la ley aplicada a la misma*. Esto no quiere decir que el reconocimiento sea automático y no esté condicionado, pero el control se encuentra limitado.

De hecho, detrás del reconocimiento de los nuevos modelos familiares la condición que hace obstáculo es la de su aceptación o su rechazo por motivos de orden público internacional. Pero esta condición o motivo de rechazo del

98. Algunos extienden el método no sólo a los actos públicos constitutivos (decisiones o cuasi-decisiones) sino a las situaciones jurídicas. En mi opinión, los hechos y actos jurídicos privados no se situarían, en principio, en este método.

reconocimiento de las uniones celebradas o registradas en otro Estado ha de ser contemplada en el marco de los nuevos reglamentos europeos en su vertiente europea, y a la luz del principio de no-discriminación por razón de la orientación sexual previsto en el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea. La Carta Europea, tras la reforma del TUE de Lisboa, se hace vinculante para todos los Estados miembros (art. 6), con las excepciones de Polonia y el Reino Unido. Un nuevo instrumento europeo debería incluir esta mención.

Profundizaremos en ello, al tratar el límite o la «excepción de orden público internacional». Es necesario que la solución que se dé a la cuestión previa sea, también, acorde con los derechos fundamentales.

Una solución acorde con los derechos fundamentales podría venir de la mano del método de reconocimiento de los actos públicos. Las condiciones del reconocimiento, y en especial el límite del orden público, han de tener en cuenta lo previsto en el art. 21 de la Carta Europea. El respeto a un orden público familiar tiene como referente la *vertiente europea* del orden público internacional de los Estados miembros partícipes en los reglamentos⁹⁹.

Entre la teoría de la cuestión previa y el método (o los métodos¹⁰⁰) del reconocimiento, existe un nexo en común, pues en ambos casos se desactiva

99. V. S. Pfeiff, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, 2017, p. 645 y S. Pfeiff, «Existe-t-il un droit fondamental à la permanence transfrontière des éléments du statut personnel et familial?», en *Liber Amicorum Nadine Watté*, Bruylant, 2017, pp. 461-485.
100. E. Jayme y C. Kohler, «Europaisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?», 21 *IPRax* (2001-6) pp. 501-514; P. Lagarde, «Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie unification: quelques conjectures», *RabelsZ*, 2004-2, pp. 225-243; P. Mayer, «Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé», en *Le Droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 547-573; D. Coester-Waltjen, «Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf?», en *Festschrift für Erik Jayme*, Band I 2004, pp. 121-130; D. Henrich, «Anerkennung statt IPR: Eine Grundsatzfrage», *IPRax*, 2005-5, pp. 422-424; Ch. Pamboukis, «La reconnaissance métamorphose de la méthode de la reconnaissance», *Revue critique DIPr.*, 2008, pp. 513-560; H-P Mansel, «Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums. Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen Internationales Privatrechts?», *RabelsZ*, 2006-4, pp. 561-731; S. Bolée, «L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale», *Revue Critique DIPr.*, 2007, pp. 307-355; A. Quiñones, «Propositions pour la formation, la reconnaissance et d'efficacité internationale des unions conjugales ou couple», *Revue critique DIPr.*, 2007, pp. 357-382; J. Leifeld, «Das Anerkennungsprinzip im Kollisionsprinzip im Kollisionsrechtssystem des internationalen Privatrechts », Tübingen, 2010, Mohr Siebeck, y R. Baratta, «La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI*, 2010, pp. 253-500.

la norma de conflicto del foro. Este nexo común proporciona otro modo distinto de ver la dificultad que subyace o que pone en relieve la cuestión previa: el que la unión de pareja puede haberse celebrado o inscrito en un momento en el que no existía vínculo alguno con el foro. Se trata del problema común de garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas y reconocimiento de la eficacia de las situaciones creadas legalmente en el país extranjero, al que estaban vinculadas, y sobre las que otros países puede que se pronuncien sobre sus efectos. El control podría desplazarse de la ley aplicada a la competencia de autoridades y al límite del orden público.

Es posible ofrecer una respuesta desde el ámbito del reconocimiento de los actos públicos de formalización de la unión de pareja. Una respuesta que permita presumir la legalidad de la unión constituida con la intervención de una autoridad pública conforme a ley (incluyendo, en su caso, a sus normas de derecho internacional privado).

Podría elaborarse un nuevo instrumento, también fruto de la cooperación reforzada, que diera una solución uniforme al reconocimiento de la eficacia extraterritorial del modelo familiar celebrado o inscrito en el extranjero y regulado por ambos reglamentos.

Si los nuevos reglamentos intentan establecer un equilibrio entre la protección de los derechos fundamentales y el respeto a las tradiciones jurídicas de los Estados miembros, el método del reconocimiento de los actos públicos extranjeros sería oportuno. El reconocimiento es condicionado, aunque en el control descarte el que se vuelva a plantear la cuestión de la ley aplicable (la unión de pareja ya está localizada y la ley aplicada es conocida) y sin control de la ley aplicada en base a las normas de conflicto del foro. El control se desplaza a la existencia de vínculos con el país cuya autoridad interviene en la creación del acto público de la unión de pareja y al límite del orden público.

El registro de la unión por parte de una autoridad pública extranjera conforme a ley ofrece, como mínimo, una presunción de regularidad tanto a las partes como a los terceros y a los otros Estados miembros interesados. *Mutatis mutandis* cuando se trata de tener en cuenta el estado civil de divorciado de una persona a efectos de celebrar nuevo matrimonio ya no se atiende a la norma de conflicto que regula la capacidad matrimonial. Esto es así porque la solución ya dada al estado civil forma parte de una decisión –dictada por el foro o susceptible de reconocimiento– que determina la condición de divorciado. La constitución o creación de una unión de pareja ante una autoridad extranjera, conforme a ley, no puede contemplarse como una hipótesis general y abstracta

para la que es preciso localizar la relación y buscar la ley aplicable a su formación sino que constituye un acto público que concierne a una pareja determinada, y que surte efectos en el país de su celebración o de su registro desde el momento de su celebración o de su inscripción. Sobre este acto público que une a A con B en un modelo familiar autorizado en otro país, y que afecta a la identidad de las personas, sólo cabe la aceptación o el rechazo.

Señalamos, con anterioridad¹⁰¹ que, en el marco de los *Travaux du Comité français de droit international privé*, que reúnen las ponencias y los debates correspondientes a los años 2010-2011 y 2011-2012, la profesora S. Corneloup, de la Universidad de Paris II, expuso el problema de las cuestiones previas relativas al estatuto personal en la aplicación de los reglamentos europeos. La solución que la autora ofrece al problema de la «cuestión previa» no se mueve, de hecho, en el ámbito de la técnica conflictual (localización de la relación jurídica) sino dentro de una opción favorable al método del reconocimiento¹⁰².

Cierto es que, excepcionalmente, puede plantearse la cuestión de la validez o de la nulidad de la unión registrada por concurrir un vicio de fondo o de forma en la celebración o constitución de la unión. Esta cuestión cabe, incluso plantearla, y más lógicamente, en el país en el que se ha celebrado o inscrito para que también tenga eficacia en este país. Pero la celebración o la inscripción del matrimonio u otra unión formalizada ante la autoridad pública, en un determinado país, permite presumir su existencia y regularidad conforme a ley. Lo que se dirime, en la actualidad, no es si hay un vicio de fondo o de forma, sino el reconocimiento de la diversidad de los nuevos modelos familiares.

En la práctica, y en nuestros días, la cuestión de fondo que se plantea es la aceptación o el rechazo de un nuevo modelo familiar en razón de la orientación sexual. Una condición de reconocimiento que se plasma en el límite del orden público. Sería oportuno dar respuesta a este problema previo de la existencia y el reconocimiento extraterritorial de la unión elaborando un texto relativo al reconocimiento del vínculo, en el marco de las competencias del legislador europeo relativas al ámbito del derecho internacional privado

101. A. Quiñones Escámez, «Nuevos tipos de uniones y nueva regulación de sus efectos», en M. Guzmán Zapater y C. Esplugues Mota (dir.) y M. Herranz Ballester y M. Vargas Gómez-Urrutia (coord.), *Persona y Familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 169-186.

102. S. Corneloup, «Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé», *TCFDIP*, 2010-2012, Paris, Ed. A, Pédone, 2013, pp.189-222 y los debates en pp. 223-229.

de la familia. Si bien, en el contexto actual de la Unión Europea, sólo podría adoptarse en el marco del mecanismo de cooperación reforzada.

Dentro de un ámbito europeo, los objetivos vinculados al principio de la libre circulación de las personas (art. 18 TFUE) coadyuvan a buscar soluciones que faciliten el reconocimiento de las situaciones jurídicas obtenidas regularmente (conforme a ley) en otro Estado miembro, de manera que puedan «circular» en los otros Estados miembros de la Unión. En materia de nombre y apellidos cabe traer a colación las decisiones del TJUE en los asuntos *García Avello*¹⁰³ y *Grunkin-Paul*¹⁰⁴, entre otras.

En el nuevo instrumento europeo o en la norma de reconocimiento no faltaría entre las condiciones de reconocimiento el límite del orden público internacional. Pero este motivo de rechazo tendría que tener en su punto de mira los derechos fundamentales; y, en particular al principio de no discriminación siguiendo lo previsto en el art. 21 de la Carta europea. Disposición a la que se refieren los Preámbulos; y, en sede de reconocimiento, el art. 38 de los dos nuevos reglamentos.

El método del reconocimiento de actos públicos no es inaudito. Aunque se trate de textos que no están en vigor en España, cabe traer a colación la solución próxima aportada por el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 *sobre la celebración y el reconocimiento de los matrimonios*, que hace depender la validez del matrimonio de la ley del lugar de su celebración. Este Convenio sienta el principio de que el matrimonio válidamente concluido según el derecho del Estado de su celebración ha de ser reconocido como tal en los otros Estados contratantes (art. 9). Añade, además, el citado Convenio que esta norma se aplica incluso si la cuestión de la validez del matrimonio se plantea a título incidental, en el marco de otra cuestión principal. Si bien, puede ser descartada cuando esta otra cuestión se rige, según las normas de conflicto del foro, por el derecho de un Estado no-contratante (art. 13).

Otro ejemplo, lo ofrece el Convenio de la Comisión Internacional de Estado Civil (CIEC) de Múnich de 5 de septiembre de 2007¹⁰⁵ sobre el reconocimiento de las uniones de pareja registradas¹⁰⁶. El art. 7 del Convenio sienta el principio del reconocimiento salvo si en el momento del registro

103. STJUE, de 2 de octubre de 2003, C-148/02.

104. STEDH, de 24 de abril de 2008, C-353/06.

105. P. Lagarde, «La convention de la CIEC sur la reconnaissance des partenariats enregistrés», en *Lebendiges Familienrecht, Festschrift für R. Frank*, Verlag, 2008, p. 125.

106. G. Goldstein y H. Muir-Watt, «La méthode de la reconnaissance à la lueur de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés», *Journal de droit international (Clunet)*, 2010, pp. 1085-1122.

ninguno de los convivientes estaba vinculado al país del registro por la nacionalidad o por la residencia habitual. Condición que podría formularse, también, mediante una condición de control de la competencia indirecta de la autoridad interviniente del país del registro.

La definición de unión inscrita que ofrece el Convenio de la CIEC, de 5 de septiembre de 2007, es próxima a la del reglamento europeo (un compromiso de vida en común entre dos personas del mismo o de distinto sexo, que es registrada por una autoridad pública, con exclusión del matrimonio). Las uniones de pareja meramente fácticas o las basadas en actos jurídicos privados suscritos por ellas se ven excluidos. Quedarían, incluso, excluidas las uniones de pareja legales (reguladas por imperativo de la ley) en la medida en que tal registro no fuera fruto de un acto constitutivo o de creación de un estatus, estado civil o modelo familiar autorizado.

Este Convenio, que no está aún en vigor (conforme a su art. 19 requiere dos ratificaciones), fue ratificado por España el 4 de agosto de 2010. La traducción del título del mismo es ilustrativa del tipo de uniones en las que piensa el legislador español al hablar de uniones de “hecho”: «Convenio relativo al reconocimiento de uniones de hecho inscritas»¹⁰⁷. Se precisa en la Declaración relativa al art. 16 que: «Esta definición se corresponde con las instituciones reguladas por diversas legislaciones autonómicas bajo distintas denominaciones, de entre las cuales las más comunes son las de uniones estables de pareja, uniones de hecho o parejas de hecho»¹⁰⁸.

107. «Convenio relativo al reconocimiento de uniones de hecho inscritas, hecho en Múnich el 5 de septiembre de 2007 y Declaraciones al mismo» (BOCG, de 26 de marzo de 2010, Serie A. Núm. 279) http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CORT/BOCG/A/CG_A279.PDF.

108. Declaración relativa al artículo 16:
 Primero. El artículo 16 del Convenio prevé en su apartado 1 que en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, cada Estado designará, en su caso, las instituciones que en virtud de su legislación se corresponden con la definición del artículo 1, el cual delimita el concepto de «partenariat enregistré» como «un compromiso de vida en común entre dos personas del mismo sexo o de sexo diferente, que da lugar a una inscripción por parte de una autoridad pública, con exclusión del matrimonio». «Esta definición se corresponde con las instituciones reguladas por diversas legislaciones autonómicas bajo distintas denominaciones, de entre las cuales las más comunes son las de uniones estables de pareja, uniones de hecho o parejas de hecho».
 Segundo. «De conformidad con el apartado 2 del artículo 16 del Convenio, las autoridades competentes para: a) expedir los certificados a que se refiere el artículo 9; b) enviar y recibir la información prevista en el artículo 10; y c) traducir los códigos o proceder a su descodificación conforme a lo dispuesto en el artículo 13.4, son las autoridades encargadas en el ámbito de sus respectivas Comunidades Autónomas de la inscripción y/o acreditación de las uniones estables de pareja, uniones de hecho o parejas de hecho» (BOCG, de 26 de marzo de 2010, Serie A. Núm. 279).

La cuestión se complica en nuestro país por cuanto las comunidades autónomas no tienen competencias en materia de registro civil. De modo que la idea de unión de hecho y registrada puede cubrir situaciones muy diversas y que no encajan propiamente en la creación de un modelo, estatus o estado civil alternativo al matrimonio. Sin embargo, el convenio de la CIEC no está en vigor. Sólo podría, de momento, servir de inspiración a una solución común a las cuestiones previas que partiera del ángulo del reconocimiento de tales actos públicos.

Es necesario contar con normas específicas para las uniones de pareja formalizadas. Normas relativas a la formación y normas relativas al reconocimiento de la eficacia extraterritorial de las formalizadas en el extranjero.

Para elaborar normas en este ámbito será necesario en primer lugar entrar en la categoría. Habría que distinguir entre tres tipos de uniones de pareja:

- 1) las uniones de pareja registradas, que constituyen actos públicos constitutivos;
- 2) las uniones de pareja legales. Es decir, las reguladas por ley con un estatuto unitario. Mal llamadas uniones de hecho, porque son de derecho, y
- 3) las uniones libres, concubinatos o uniones de hecho. Junto a éstas estarían los pactos o actos jurídicos privados que celebren los convivientes al margen de un legal estatuto unitario.

Las uniones de pareja formalizadas (actos públicos) que crean un nuevo estado civil o estatus alternativo al matrimonio requieren normas para la formación y normas de reconocimiento. Estarían aquí, entre otras, las uniones de pareja de tipo nórdico o suizo reservadas a las personas del mismo sexo, la unión de vida en común alemana, la unión civil del Reino Unido o el PACS francés o las uniones registradas holandesas para las personas del mismo o de distinto sexo. Es a estas uniones de pareja registrada en las que pensaron los legisladores del nuevo Reglamento núm. 2016/1104 sobre «efectos patrimoniales», y las que se adaptan mejor al concepto aportado para delimitar su ámbito de aplicación. En tal caso, para resolver la cuestión previa de modo unitario los conflictos de autoridades o el método del reconocimiento sería el más adecuado.

En cambio, para las uniones de pareja reguladas por ley con un estatuto más o menos unitario en cuanto a los efectos podría acudir al método del reconocimiento de situaciones¹⁰⁹ por cuanto hay cierta «posesión de estado» o ya ha cristalizado la situación jurídica por obra de la ley y del transcurso del tiempo. Sin embargo, pienso que, el reconocimiento de las «situaciones jurídicas» no debería escapar al control conflictual. Estarían, aquí, la gran mayoría de las uniones autonómicas (sino todas), aunque podríamos discutir entre los actos constitutivos y los actos declarativos entre algunas uniones como la balear, la gallega o la vasca. Sin cerrar completamente la puerta al «reconocimiento de situaciones» pienso que hay que ser prudente y situar estas uniones en el ámbito de los conflictos de leyes. La norma de conflicto que se elaborara debería primar la conexión de la residencia habitual común sin perjuicio de que los pactos o actos jurídicos privados pudieran sujetarse a la autonomía de la voluntad.

Por último, la unión libre o unión de hecho o concubinato sujetaría sus efectos a la ley de la residencia habitual o a la ley que regula el efecto determinado. Y los pactos que los compañeros que se celebraran podrían quedar sujetos a las disposiciones que regulan los contratos. Estos pactos tendrían entrada en el ya citado Reglamento «Roma 1», que no los excluye. Si bien, vimos que la DGRN opta por una calificación en el ámbito familiar.

Una propuesta de normativa ya sea para el derecho nacional como para un instrumento europeo o internacional, distinguiría a las uniones de pareja que constituyen «actos públicos» al igual que hacen los nuevos reglamentos. La intervención de una autoridad pública permite ofrecer una presunción de regularidad en la constitución en el extranjero de la unión de pareja conforme a ley.

Las uniones de pareja formalizadas en un acto público podrían ser reconocidas en los otros Estados miembros (sea cual fuere la ley aplicada a su constitución o formación) teniendo en cuenta las condiciones siguientes:

109. Sobre el método del reconocimiento de las situaciones jurídicas: P. Lagarde, «Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification», *RabelsZ*, 2004, p. 225 y P. Mayer, «Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé», en *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2006, p. 547. Una crítica a esta aproximación metodológica, distinguiendo entre el reconocimiento del instrumento y la cuestión de fondo del acto en, M. Buschbaum, «La reconnaissance de situations juridiques fondées sur les actes d'état civil? Réflexions critiques sur l'abandon de la méthode résultant des règles de conflit de lois », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1094.

- 1) La competencia internacional de la autoridad que procede al registro (la existencia de algún vínculo relativo a la nacionalidad o la residencia);
- 2) El límite del orden público internacional, dentro de los límites del art. 21 de la Carta europea. En concreto, dentro de este límite o como otra condición autónoma estaría la «inconciliabilidad entre actos públicos» (*mutatis mutandis* la de las decisiones, atendiendo), y
- 3) La autenticidad del acto.

En síntesis, se trataría de reconocer en un Estado miembro las uniones de pareja registradas en otro Estado, al margen de una decisión judicial, pero no de una decisión de la autoridad pública conforme a ley.

Las ventajas del método del reconocimiento alcanzarían tanto a los objetivos de los reglamentos comunitarios como a los derechos fundamentales –reconocidos en el art. 21 de la Carta europea y en el marco del respeto a la vida privada y familiar del art. 8 del CEDH y de la doctrina del TEDH– como a los objetivos propios del derecho internacional privado, relativos a la continuidad del estatuto personal y familiar y el respecto a las previsiones legítimas de las partes. En el ámbito de la Unión Europea podría añadirse el objetivo de facilitar la libre circulación de personas y de dar un contenido a la noción de la ciudadanía europea¹¹⁰. Si bien el método (conflictos de autoridades) no se ciñe a los objetivos europeos ni se vincula al principio del reconocimiento mutuo¹¹¹ ni tampoco a la idea de la existencia de una ley del país de origen en la regulación de las relaciones intracomunitarias¹¹². No ha de confundirse el método del reconocimiento o el reconocimiento de actos públicos (conflictos de autoridades) con los objetivos del reconocimiento mutuo en el ámbito de la Unión europea, pues una cosa es el método y otra los objetivos.

En esta línea ya se situaba la monografía *Uniones conyugales o de pareja: Formación, reconocimiento y eficacia internacional. Actos públicos y hechos (o actos*

110. H. Fulchiron, «La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen», en *Mélanges en l'honneur du Professeur B. Audit*, LGDJ, 2014, pp. 137-154. Asimismo, R. Baratta, «Problematic elements of and implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC», *IPRax*, 2007, p. 9 y R. Baratta, «La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales», *RCADI*, 2010, pp. 353-500.

111. E. Jayme y Ch. Kohler, «Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?», *IPRax*, 2001, pp. 501-514.

112. M. Fallon, «Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré: l'expérience de la Communauté européenne», *RCADI*, 1995, pp. 13-281.

*jurídicos) en el Derecho internacional privado*¹¹³. Allí se encuentran normas para cada tipo de uniones de pareja y tanto para el derecho español como para un posible instrumento común europeo o internacional. Por ello, y para no repetirme, me ceñiré a una única norma de reconocimiento que pueda tener en su punto de mira la solución a la cuestión previa que plantean los nuevos reglamentos. Sería la siguiente:

El acto público (extranjero) por el que se constituye o inscribe la unión de pareja será reconocido, a no ser que:

- 1.º La competencia de la autoridad de origen (extranjera) se hubiere basado sólo en la presencia de la pareja en el territorio, y que ningún vínculo objetivo posterior, tal que la residencia habitual, hubiera sido creado con el país de origen.
- 2.º El reconocimiento fuera manifiestamente incompatible con el orden público. En un instrumento europeo habría que añadir la referencia al art. 21 de la Carta. Como otra condición relativa a la inconciliabilidad de decisiones o como una especialización del límite del orden público, habría que añadir la siguiente previsión: «En concreto, si existiera otra unión de pareja inscrita inconciliable en el Estado requerido o que hubiera sido inscrita con anterioridad en otro Estado y fuere susceptible de ser reconocida».
- 3.º El acto público no fuera auténtico según el derecho del país que lo ha otorgado.

Para la circulación de estos actos, como actos auténticos, la Comisión Internacional del Estado Civil podría intervenir. El citado Convenio de la CIEC prevé un certificado para las uniones inscritas. Estas previsiones exigirían un nuevo instrumento fruto de la cooperación reforzada. Pero cabe, también, explorar dentro de la técnica que ofrece el límite de orden público como condición de reconocimiento o como obstáculo a la existencia y a la validez de la unión.

VI. APLICACIÓN DE LOS NUEVOS REGLAMENTOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA «EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL»

En un ámbito como el que nos ocupa, donde se ha tenido que seguir la vía de la cooperación reforzada, el límite del «orden público internacional»

¹¹³. Ed. Atelier, Barcelona, 2007.

se presenta como una condición o un obstáculo para el reconocimiento de la eficacia extraterritorial de los matrimonios y las uniones de pareja registradas en el extranjero.

Estos obstáculos traen causa, en realidad, en las exigencias del derecho interno relativas a la disparidad de sexos y a la preservación del modelo matrimonial tradicional. Por ejemplo, un italiano y un español pueden contraer matrimonio en España. Si Italia considerara la heterosexualidad como una cuestión de fondo del matrimonio (regida por la ley italiana de la nacionalidad de uno de los esposos) la aplicación distributiva a cada esposo de su ley personal o la consideración de la heterosexualidad como un motivo de orden público pondrá en entredicho la validez del matrimonio celebrado o al menos su consideración como matrimonio¹¹⁴, y no sólo cuando se pretende la inscripción del matrimonio en el registro civil sino, incluso, cuando surja la cuestión a título incidental.

Cabría, por tanto, también, en lo que se refiere al matrimonio, el focalizar el problema en el requisito de la heterosexualidad, manteniendo las soluciones clásicas previstas en el derecho internacional privado basadas en la aplicación distributiva de las leyes nacionales y en la corrección del orden público internacional. Este correctivo podría actuar con un nuevo contenido y para descartar las leyes restrictivas.

1. LA HETEROSEXUALIDAD COMO REQUISITO DE FONDO QUE CONDICIONA LA EXISTENCIA Y LA VALIDEZ DEL MATRIMONIO O DE LA UNIÓN REGISTRADA

Los países que abren el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo o que crean una nueva unión de pareja para las mismas suelen introducir nuevas previsiones en su sistema de derecho internacional privado. En lo que concierne al matrimonio suelen sólo alterar la práctica existente, al haberse modificado el contenido del orden público internacional.

En el caso del matrimonio, las normas de conflicto existentes relativas a la formación (en concreto, a los requisitos de fondo relativos a los impedimentos bilaterales del matrimonio) pueden llevar a situaciones dispares, que se verán alteradas por la actuación del orden público internacional. Pese a que el requisito de fondo de la heterosexualidad es

114. Ya vimos que el nuevo art. 32 bis de la Ley italiana de derecho internacional privado, modificada en el año 2017, equipararía tal matrimonio a la unión civil. Cabe recordar la doctrina del TEDH en los asuntos *Oliari* (2015) y *Orlandi* (2017), y sobre los que volveremos en el apartado VI.2.

subsumido en la norma de conflicto clásica, en los requisitos de capacidad e impedimentos matrimoniales, de manera que se sujeta a una aplicación distributiva de la ley personal de cada contrayente, el legislador o los tribunales utilizan la excepción de orden público internacional frente a las leyes extranjeras restrictivas que se opongan a que un nacional pueda celebrar matrimonio homosexual con un extranjero en otro país.

La doctrina mayoritaria en Francia, Italia o España ha considerado que el requisito de heterosexualidad constituye una cuestión de fondo (un impedimento bilateral) que se sujeta a la aplicación distributiva de la ley nacional de cada contrayente, siguiendo las normas tradicionales en materia de formación del matrimonio. En estos dos países –al igual que ocurre en España¹¹⁵– los requisitos de fondo relativos a la formación del matrimonio han estado tradicionalmente sujetos a la aplicación distributiva de las leyes nacionales de los futuros contrayentes.

Sin embargo, en Francia, la Ley de 17 de mayo de 2013 que abre el matrimonio a las personas del mismo sexo ha introducido en la norma de conflicto del art. 202-1 del Código Civil francés¹¹⁶, una solución orientada específica que neutraliza el requisito de la heterosexualidad que pueda estar presente en la ley personal de alguno de los esposos («Dos personas del mismo sexo pueden contraer matrimonio cuando, para una al menos de ellas, su ley personal, o la ley del Estado sobre el territorio del cual tiene su domicilio o su residencia lo permita»). En tal caso, no se procede a la aplicación distributiva de las leyes nacionales de cada uno de los contrayentes, en lo que se refiere a la condición de la heterosexualidad, sino a la aplicación alternativa de las leyes nacionales, teniendo en cuenta la ley nacional, la del domicilio o de la residencia de uno de los esposos. Es una solución orientada en *favor matrimonii*, que elimina el tradicional impedimento bilateral. El cambio de paradigma es relevante y es acorde con la nueva legislación, que vincula la solución a los derechos fundamentales y al principio de no-discriminación en razón de la orientación sexual.

Nótese que, prácticamente, el impedimento bilateral relativo a la disparidad de sexos deja de estar *de facto* en manos del derecho extranjero, salvo en los raros supuestos de fraude en que los futuros contrayentes extranjeros no domiciliados ni residentes consiguieran casarse legalmente en Francia al pasar unos días de vacaciones.

115. Art. 9.1 del Código civil y art. 107.1 del Código Civil.

116. Modificado por el art. 55 de la Ley núm. 2014-873, de 4 de agosto de 2014, *para la igualdad real entre mujeres y hombres* (NOR: FVJX1313602L).

Pero podría decirse, también, que los modelos familiares que se celebran o inscriben en el territorio los determina la *lex fori*. Que el problema de la heterosexualidad es una cuestión vinculada a los modelos familiares que son autorizados en cada país. La *lex fori* se mostraría, aquí, como una *lex matrimonii* oculta. La autoridad que procede a la celebración del modelo matrimonial aplica su ley (*lex auctoris*, comprendiendo, en su caso, su sistema de derecho internacional privado) para determinar los nuevos modelos familiares que celebra (o registra) en el territorio. Esta solución se pone en relieve de forma más neta en el ámbito de las uniones registradas donde no existe el peso de la norma de conflicto tradicional relativa a los requisitos de fondo del matrimonio. Cuando se trata de una unión inscrita, las soluciones próximas a los conflictos de autoridades (la ley de la autoridad que procede al registro o la ley del registro o la ley que ha creado la institución) terminan primando sobre otras leyes para neutralizar los obstáculos de orden público relativos al nuevo modelo familiar¹¹⁷. La unión inscrita en cada territorio puede no tener correspondencia en los países que se pueden pronunciar sobre sus efectos por el traslado de la residencia o la situación de los bienes.

El legislador francés, respecto a las uniones registradas introdujo ex novo norma de conflicto en el art. 515-7-1 del Código Civil (a través del artículo 1 de la Ley n.º 2009-526 de 12 de mayo de 2009, *de simplificación y clarificación del derecho y de aligeramiento de los procedimientos*¹¹⁸) que también regula el reconocimiento de las uniones de pareja registradas en el extranjero. A su tenor: «Las condiciones de formación y los efectos de una unión de pareja registrada, así como las causas y los efectos de su disolución se sujetan a las disposiciones materiales del Estado de la autoridad que ha procedido a su registro». Nótese que la norma no sólo tiene por objetivo regular el Pacto Civil de Solidaridad francés (PACS¹¹⁹) sino el ofrecer una norma que permita regular la eficacia de otras uniones de pareja registradas en el extranjero.

117. A. Quiñones Escámez, *Uniones Conyugales o de pareja: Formación, reconocimiento y eficacia internacional. Actos públicos y hechos (o actos jurídicos) en el Derecho internacional privado*, Barcelona. Ed. Atelier, 2007, especialmente pp. 123-260.

118. *JORF*, 13 de mayo de 2009, p. 7920. Entra en vigor el 14 de mayo de 2009. V. nuestro comentario en *RJC*, Información del derecho extranjero (Derecho internacional privado, 2017).

119. El PACS se incardina, ahora, en el llamado estatuto personal y familiar y no en la categoría de un pacto o contrato por lo que no le son aplicables las normas aplicables a los contratos. Esta toma de posición del legislador francés se veía venir, desde el momento y hora en el que el modelo de unión de pareja inscrita (PACS francés) fue ampliando sus efectos. De hecho, la modificación del PACS ha alcanzado a las modalidades de inscripción. El PACS no sólo objeto de un contrato en el que interviene la autoridad pública (secretario de los tribunales de primera instancia),

También en Italia el legislador ha modificado recientemente las normas de derecho internacional privado de la ley italiana (1995) para adaptarlas a las uniones civiles. Estas normas se introducen mediante la Ley núm. 76 de 20 de mayo de 2016 (art. 1); y, más concretamente, el Decreto-ley núm. 7 de 19 de enero de 2017¹²⁰ (en vigor desde el 11 de febrero de 2017). Cabe destacar, aquí, que el nuevo art. 32-ter prevé, respecto a la unión civil entre adultos del mismo sexo, que la capacidad y otras condiciones para constituir la unión civil se regulen por la ley nacional de cada miembro de la pareja en el momento de constitución de la unión civil. Pero que se aplique la ley italiana si la ley aplicable no permite la unión civil entre personas adultas del mismo sexo. Precisa, además, que las disposiciones italianas (el artículo 1, apartado 4, de la citada Ley núm. 76 de 20 de mayo 2016) son de aplicación necesaria. Es decir que, en tal caso, se aplicarán de modo imperativo las disposiciones de ley italiana para la constitución de la unión civil en Italia. En definitiva, y frente a las legislaciones que pudieran impedir que se constituya una unión civil en Italia entre personas del mismo sexo. Es una cláusula especial de orden público, que señala a las autoridades italianas los supuestos en los que tienen que descartar el derecho extranjero, que exige la heterosexualidad, al celebrar la unión de pareja en Italia.

El modificar la norma de conflicto y el orden público en la formación y efectos del matrimonio o de las uniones registradas constituye una solución clásica, pero que permite reconocer la existencia y la validez de los modelos familiares celebrados en el extranjero, al precisarse de manera favorable el nuevo contenido del orden público como condición de aplicación de la ley extranjera o como condición de reconocimiento de la unión de pareja.

que lo hace constar en un registro especial, sino que accede al registro civil a través de su anotación en el acta de nacimiento. En el año 2006 se promulgaron los Decretos n.º 2006-1806 y n.º 2006-1807, ambos de 23 de diciembre de 2006, relativos a la declaración, la modificación, la disolución y a la publicidad, y al trato de los datos personales relativos a la inscripción de esta unión de pareja inscrita. Y en el año 2008, una Circular del Ministerio de Justicia (n.º 2007-03, relativa a la reforma del PaCS, publicada el 5 de febrero de 2007 y otra Circular de 19 de enero de 2008 del Ministerio de Asuntos extranjeros y europeos) fijó las normas relativas a la *inscripción del PaCS en el extranjero* por las autoridades diplomáticas y consulares francesas de las Embajadas y Consulados. V. A. Quiñones Escámez, «Eficacia extraterritorial de las uniones de pareja: nuevas normas de derecho internacional privado en ley alemana», *RJC*, 2002-3, pp. 209 y siguientes, especialmente pp. 212-213 e *Idem*, «Las uniones estables de pareja. Nuevos modelos familiares y derecho internacional privado», Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de derecho Judicial*, 2003-1, pp. 127-164.

120. *GU* núm. 22 de 27 de enero de 2017.

2. EL CEDH, LAS SSTEDH DE 21 DE JULIO DE 2015 Y DE 14 DE DICIEMBRE DE 2017 (ASUNTOS *OLIARI Y OTROS C. ITALIA Y ORLANDI Y OTROS C. ITALIA*).

Quince países abren, en Europa, el matrimonio entre personas del mismo sexo: Holanda (2001), Bélgica (2003), España (2005), Suecia (2009¹²¹), Noruega (2009), Portugal (2010), Dinamarca (2012), Francia (2013), Reino Unido (Inglaterra y País de Gales en 2013, Escocia en 2014), Finlandia (2014), Luxemburgo (2015), Irlanda (2015¹²²), Malta (2017) y Alemania (2017). El último, al cierre del trabajo, es Austria. El Tribunal Constitucional austríaco en su sentencia de 4 de diciembre de 2017¹²³ se pronunció al respecto autorizando, a más tardar, el 31 de diciembre de 2018, la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo. Es decir que, como mínimo, se empezarán a celebrar matrimonios en Austria en el año 2019, fecha en la que ya serán de aplicación el nuevo Reglamentos (UE) núm. 2016/1103 sobre «régimen matrimonial».

Respecto a las uniones registradas, Dinamarca fue el primer país en el mundo en regular una unión civil para las parejas del mismo sexo (1989). El último en Europa –al cierre de este trabajo– ha sido Italia (2016). De hecho, son sólo seis los Estados miembros de la Unión Europea (Bulgaria, Letonia, Lituania, Polonia, Rumanía y Eslovaquia) que ni abren el matrimonio ni cuentan tampoco con una unión registrada para las personas del mismo sexo.

Algún Estado miembro (Polonia) constitucionaliza el requisito de la disparidad de sexos en el ámbito del matrimonio¹²⁴, y ha manifestado su oposición a ser partícipe en los nuevos reglamentos. Sin embargo, otros como Bulgaria, pese a no contemplar el matrimonio o una unión para las parejas del mismo sexo en su derecho interno, participan en los dos nuevos reglamentos.

La fundamentación jurídica del Tribunal Constitucional austríaco para abrir el matrimonio a las personas del mismo sexo se ha basado

121. Incluido el matrimonio religioso, pues la ley obliga a la Iglesia a encontrar un pastor para celebrarlo.

122. Por referéndum de 2015.

123. G 258-259/2017-9 04.12.2017. https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_Entscheidung_G_258-2017_ua_Ehe_gleichgeschlechtl_Paare.pdf.

124. P. TWARDOCH, «Le règlement européen en matière de régimes matrimoniaux de la perspective du droit polonais», *Rev. crit. DIP.*, 2016-3, p. 468.

en la prohibición de discriminación fundada en la orientación sexual¹²⁵. El TC austríaco fundamenta su decisión en «el principio de igualdad y de no-discriminación de las personas en lo que concierne a cualidades personales como son la orientación sexual». El argumento no es nuevo. Respecto a las uniones registradas del mismo sexo, el TEDH en su decisión de 24 de julio de 2003, falló, en el caso de *Karner c. Austria* (40016/98), se manifestó a favor del derecho de transmisión del arrendamiento de la vivienda común al compañero del titular fallecido. Invocó, sobre la base del art. 14 del CEDH, la prohibición de discriminación, incluyendo la fundada en la orientación sexual. Esta misma argumentación sirvió al legislador austríaco para elaborar una ley que regulaba la unión civil reservada a las personas del mismo sexo, que entró en vigor en el año 2010¹²⁶.

El Tribunal de Estrasburgo ha ido más lejos en los dos últimos años. En su Sentencia de 21 de julio de 2015¹²⁷, en el citado asunto *Oliari*, condenó a Italia, por unanimidad, sobre la base del art. 8 del CEDH, por no ofrecer, en la fecha, a las parejas del mismo sexo un estatuto legal cuando no les permite tampoco el acceso al matrimonio.

Es necesario precisar que, el TEDH no obliga a los Estados miembros del Consejo de Europa a abrir el matrimonio a las parejas del mismo sexo¹²⁸. Sí les obliga a darles algún estatuto legal unitario. Y no cualquier estatuto, sino uno alternativo al matrimonio. Es decir, una unión registrada o unión civil. El TEDH considera en la citada sentencia de 21 de julio de 2015 que la protección que ofrecía la legislación italiana a las parejas del mismo

125. G 258-259/2017-9 (4 de diciembre de 2017) https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_Entscheidung_G_258-2017_ua_Ehe_gleichgeschlechtl_Paare.pdf. El TC considera que la prohibición del matrimonio homosexual «viola el principio de la igualdad y de la no-discriminación de las personas sobre la base de cualidades personales como son la orientación sexual».

126. Eingetragene Partnerschaft-Gesetz – EPG, BGBl. I Nr. 135/2009 idF BGBl. I Nr. 25/2015.

127. STEDH de 21 de julio de 2015, Asunto *Oliari y otros c. Italia* (núm. 18766/11 y núm. 36030/11). V. P. Bruno, «Oliari contro Italia: la dottrina degli “obblighi positivi impliciti” al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso», *Famiglia e Diritto*, núm. 12/2015, pp. 1069-1079 y D. Rudan: «L’obbligo di disporre il riconoscimento giuridico delle coppie dello stesso sesso: il caso Oliari e altri c. Italia», *Rivista di diritto internazionale*, 2016, 1. El Tribunal consideró por unanimidad que hubo violación del artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Las uniones del mismo sexo requieren de reconocimiento y protección legal, lo que Italia no ofrecía en la fecha. La sentencia afirma que Italia debería introducir, al menos, la posibilidad de una unión civil o unión registrada para parejas del mismo sexo.

128. STEDH de 24 de junio de 2010, Asunto *Schalk y Kopf c. Austria*, núm. 30141/04 (punto 63).

sexo no sólo no responde a las necesidades básicas de una pareja estable, sino que, adolece de seguridad o fiabilidad. En concreto, sólo existe la posibilidad de «registrar» la unión homosexual ante la autoridad local (en algunos municipios italianos) a través de una inscripción que no reviste más que un valor simbólico y que no confiere ningún estatuto civil a las parejas homosexuales. A consecuencia de esta sentencia, el legislador italiano aprobó la ya citada ley de unión civil (Ley núm. 76/2016, 23 de mayo de 2016 *sobre uniones civiles y la cohabitación*, que entró en vigor el 5 de junio de 2016¹²⁹). Desde entonces existe en Italia tres modelos familiares: el matrimonio heterosexual, las uniones civiles para las parejas del mismo sexo y la cohabitación.

El asunto *Oliari y otros c. Italia*, marca, pues, una evolución en esta materia. Esta evolución afecta al ámbito del derecho material o interno. No pasa necesariamente por la apertura del acceso al matrimonio ni por el reconocimiento del matrimonio homosexual celebrado en el extranjero. Pero sí pasa por la provisión, a mínimos, de una unión inscrita alternativa a la misma.

Esta solución sería extensible al ámbito del derecho internacional privado en el sentido de que existiría, como mínimo, una obligación positiva de reconocimiento jurídico de las uniones constituidas en el extranjero. Tal reconocimiento no ha de verse obstaculizado en razón de la orientación sexual de la pareja. Ahora bien, ese reconocimiento podría traducirse en calificar el matrimonio homosexual como «unión civil» o registrada a efectos de su inscripción.

La cuestión puede ilustrarse con el reciente y ya citado asunto *Orlandi y otros c. Italia*. de 14 de diciembre de 2017¹³⁰. La denuncia contra Italia fue presentada por 11 ciudadanos italianos y uno canadiense, todos ellos casados en países que reconocen legalmente los matrimonios entre personas del mismo sexo. Al regresar a Italia, solicitaron a las autoridades que sus matrimonios quedaran también registrados, pero estas se lo denegaron alegando que ello iría en contra del orden público. El TEDH todo y haciendo hincapié en la libertad de los Estados para legislar en materia de matrimonio, señala que tal facultad no les exime de la obligación de

129. Ley núm. 6 de 20 de mayo de 2016 (16G00082, *GU*, Serie General núm.118 del 21-5-2016). Es posible concluirlo en las Oficinas Consulares competentes en base a la residencia de uno de los contrayentes.

130. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-139934"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

garantizar el reconocimiento y la protección legal adecuada de las parejas del mismo sexo.

El TEDH atiende a que en la época en la que los demandantes solicitaron la inscripción en Italia de su matrimonio celebrado en el extranjero, el país no ofrecía a las parejas del mismo sexo ninguna unión civil con efectos similares al matrimonio, como ocurre hoy, por lo que entraría dentro de los parámetros que ofrece la doctrina del TEDH, el que los matrimonios celebrados en el extranjero se inscribieran como uniones civiles. Esto sería acorde con el nuevo ya citado art. 32 bis de la ley italiana de Derecho internacional privado.

Vemos que la evolución de la doctrina del TEDH en esta materia sigue a la de los Estados miembros. Básicamente la horquilla de posibilidades se sitúa entre o bien abrir el matrimonio a las personas del mismo sexo o bien establecer una unión de pareja inscrita alternativa. Un matrimonio que no lleve tal nombre para las parejas del mismo sexo.

Es plausible que el paso siguiente sea el de evitar la discriminación en el acceso al matrimonio. Es decir, sobre la base del art. 12 y no sólo sobre la base del art. 8 del Convenio, como ocurre en los asuntos *Oliari* y *Orlandi*. Junto a ello vendría el que el reconocimiento «tal cual» de los matrimonios celebrados en el extranjero sin necesidad de recalificarlos equiparándolos a la unión civil existente en el territorio. De momento, no es aún el caso. No obstante, ha de darse a tales parejas una alternativa adecuada, por lo que o bien los Estados abren el matrimonio o bien se dotan de una unión registrada.

El problema, llegados a este punto, es si Italia podría subsumir el matrimonio homosexual contraído en otro país en la unión civil; y, con ello, aplicar el reglamento sobre uniones registradas y no sobre régimen matrimonial que, aunque corren paralelos, no son idénticos. Evidentemente, tal solución no sería uniforme en todos los Estados miembros y afectaría al propio ámbito de aplicación de los reglamentos europeos. Se requiere, aquí, una solución uniforme.

3. UN ORDEN PÚBLICO EUROPEO ARMONIZADOR EN LOS NUEVOS REGLAMENTOS EUROPEOS: EL ART. 21 DE LA CARTA EUROPEA Y LA «EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO».

La prohibición de la discriminación por razón de la orientación sexual está prevista en el art. 21 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

Es preciso atender a esta disposición cuando se aplica el derecho europeo. La cuestión es clara cuando se trata del derecho derivado. Puede ofrecer algo más de dificultad cuando se trata de normas de conflicto, que se aplican *erga omnes*.

Los dos nuevos reglamentos tienen en cuenta la citada disposición al introducir una novedosa previsión en sede de reconocimiento de decisiones. Me refiero tanto el art. 38 del Reglamento (UE) núm. 2016/1103 sobre «régimen matrimonial» como al art. 38 del Reglamento núm. 2016/1104 sobre «efectos patrimoniales de las uniones registradas», que recogen este principio de no discriminación en razón de la orientación sexual de acuerdo con el art. 21 de la Carta Europea, y a fin de eliminar ese motivo de orden público.

Cabe pensar que la cuestión se ciñe al ámbito del reconocimiento mutuo de decisiones entre los Estados partícipes. Sin embargo, la referencia a esta disposición de la Carta se encuentra recogida no sólo en el art. 38 de ambos textos sino, también, en los Preámbulos de ambos reglamentos.

Los reglamentos en materias de derecho internacional privado no obligan a los Estados miembros a celebrar matrimonios o a dotarse de una unión registrada alternativa al matrimonio para ambos sexos. Tampoco les obliga a reconocer la existencia y la validez de un matrimonio o de una unión registrada. Como ya vimos esta materia está excluida (art. 1), y el reglamento no aporta una solución a las cuestiones previas que pudieran plantearse. De hecho, los reglamentos no obligan, siquiera, a declararse competentes a los tribunales de los Estados miembros reticentes al reconocimiento de tales uniones de pareja (art. 9) y establecen competencias substitutivas al respecto para garantizar a los afectados el acceso a la justicia. No obstante, cabe recapitular que estos mismos Estados miembros que se han inhibido para conocer de la cuestión patrimonial deben reconocer y ejecutar las decisiones dictadas en los otros Estados miembros relativas al régimen patrimonial sin poder invocar la orientación sexual de la unión de pareja como motivo de orden público para la denegación del reconocimiento. Así lo prevé el artículo 38 de ambos reglamentos bajo el título de «Derechos fundamentales». Dispone el artículo 38 de ambos reglamentos que: «El artículo 37 del presente Reglamento (relativo a los motivos de denegación del reconocimiento) deberá ser aplicado por los órganos jurisdiccionales y otras autoridades competentes de los Estados miembros respetando los derechos fundamentales y los principios reconocidos en la Carta, en particular su artículo 21 sobre el principio de no discriminación».

La previsión contenida en el art. 38 de ambos reglamentos es nueva. No aparece en el Reglamento (UE) núm. 650/2012 sobre «sucesiones» ni en ningún otro reglamento en materia de derecho internacional privado de la familia en vigor.

Cabe recordar, asimismo, que en materia de reconocimiento de decisiones no cuentan los nuevos reglamentos con una disposición similar a la del art. 27.4 del Convenio de Bruselas de 1968, que permitía al juez requerido controlar la ley aplicada por el juez de origen respecto a la cuestión incidental, relativa al estado civil, como condición de reconocimiento de la cuestión principal en materia patrimonial regulada por el Convenio. Esta previsión desapareció con el Reglamento «Bruselas 1» y no ha reaparecido con los nuevos reglamentos europeos.

Por consiguiente, una decisión de un Estado miembro participante no podría ser rechazada en otro Estado miembro participante invocando como motivo de denegación del reconocimiento el orden público por el motivo de que el matrimonio o la unión inscrita está formada por personas del mismo sexo, ya que con ello se conculcaría el derecho fundamental a la no discriminación en razón de la orientación sexual.

La cuestión es si se podría ir más allá no sólo en el ámbito del derecho aplicable (cuestión ya examinada) sino en el contenido del límite del orden público como condición de reconocimiento del matrimonio u otra unión formalizada ante la autoridad pública extranjera, cuando la cuestión de la existencia y validez se presenta como la cuestión previa excluida del reglamento y a la que no sería aplicable directamente la Carta Europea; y, en particular, a su artículo 21 sobre el principio de no discriminación.

En cierta manera las cuestiones previas, aunque se excluyan, pueden verse neutralizadas en el marco de los nuevos reglamentos europeos¹³¹. Cabe recordar que el considerando 54 del Reglamento (UE) núm. 2016/1103 sobre «régimen matrimonial» indica que los tribunales «... no deben poder aplicar la excepción de orden público con el fin de descartar la ley de otro Estado o de negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución judicial, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando ello sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, “la Carta”) y, en particular, a su artículo 21 sobre el principio

131. Señala S. Sana-Chaillé de Neré que se disuelven en el marco europeo (V. Sana-Chaillé de Neré, «Les questions préalables», en T. Azzi y O. Boscovic (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois?*, Bruylant, 2015, p. 133.

de no discriminación»¹³². E igualmente, el considerando núm. 53 del Reglamento (UE) núm. 2016/1104 sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas, indica que: «Sin embargo, los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes no deberán poder aplicar la excepción de orden público con el fin de descartar la ley de otro Estado o de negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución judicial, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando ello sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, “la Carta”) y, en particular, a su artículo 21 sobre el principio de no discriminación»¹³³.

A lo anterior cabe unir el considerando núm. 73 del Reglamento núm. 2016/1103¹³⁴ y el considerando núm. 71 del Reglamento núm. 2016/1104/¹³⁵ que prevén que el presente Reglamento respeta los derechos

132. (53) «Las consideraciones de interés público también deben permitir a los órganos jurisdiccionales y demás autoridades competentes que conozcan de asuntos relativos al régimen económico matrimonial en los Estados miembros no tener en cuenta, *con carácter excepcional, determinadas disposiciones de la ley extranjera* cuando, en un caso concreto, la aplicación de esas disposiciones sea *manifiestamente incompatible con el orden público (ordre public)* del Estado miembro de que se trate. Sin embargo, los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes *no deben poder aplicar la excepción de orden público con el fin de descartar la ley de otro Estado* o de negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución judicial, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando ello sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, “la Carta”) y, en particular, a su artículo 21 sobre el principio de no discriminación».
133. (53) «Las consideraciones de interés público también deben permitir a los órganos jurisdiccionales y demás autoridades competentes encargadas de resolver las cuestiones relativas a los efectos patrimoniales de las uniones registradas en los Estados miembros no tener en cuenta, con carácter excepcional, determinadas disposiciones de la ley extranjera cuando, en un caso concreto, la aplicación de esas disposiciones sea manifiestamente incompatible con el orden público (*ordre public*) del Estado miembro de que se trate. Sin embargo, los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes no deberán poder aplicar la excepción de orden público con el fin de descartar la ley de otro Estado o de negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución judicial, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando ello sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, “la Carta”) y, en particular, a su artículo 21 sobre el principio de no discriminación».
134. «(73) El presente Reglamento respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en la Carta, en particular sus artículos 7, 9, 17, 21 y 47, relativos, respectivamente, al respeto de la vida privada y familiar, el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia según las leyes nacionales, el derecho a la propiedad, el principio de no discriminación y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. El presente Reglamento debe ser aplicado por los órganos jurisdiccionales y otras autoridades competentes de los Estados miembros en cumplimiento de dichos derechos y principios».
135. «(71) El presente Reglamento respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en la Carta, en particular sus artículos 7, 9, 17, 21 y 47,

fundamentales y observa los principios reconocidos en la Carta, y que debe ser aplicado por los Estados miembros en cumplimiento de dichos derechos y principios. De modo que no cabe rechazar la aplicación de una ley extranjera por el motivo de que admite el matrimonio homosexual o las uniones registradas del mismo sexo ni rechazar el reconocimiento de la existencia y la validez de la unión por tal motivo.

El caso es que se dibuja, así, un orden público internacional de cada Estado miembro en su vertiente europea, común, que es armonizador¹³⁶. Los Estados miembros son libres de celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo o registrar uniones civiles alternativas, pero no son libres para rechazar las uniones celebradas o registradas en otros Estados por el motivo de que el orden público internacional del foro requiere la heterosexualidad.

En un futuro próximo, la cuestión podrá ilustrarse con las decisiones dictadas en Bulgaria sobre el reconocimiento de matrimonios o uniones registradas del mismo sexo en el extranjero. Pero habrá que esperar a que las disposiciones de los nuevos textos sean de aplicación.

También será interesante seguir la interpretación que el TJUE haga del art. 38 de los nuevos reglamentos; y, en particular, del principio de no discriminación en razón de la orientación sexual recogido en la Carta europea, en los Preámbulos para garantizar un uso uniforme y armonizado de la «vertiente europea» del «orden público internacional del foro».

4. UNA CLÁUSULA ESPECIAL DE ORDEN PÚBLICO

Además de la cláusula general de orden público (art. 31 de los nuevos reglamentos) la cláusula especial de orden público está presente en el derecho europeo. Aunque sea una cláusula imperfecta (no se precisan los vínculos requeridos para su aplicación) es el caso del polémico art. 10 del

relativos, respectivamente, al respeto de la vida privada y familiar, el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales, el derecho a la propiedad, el principio de no discriminación y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. El presente Reglamento debe ser aplicado por los órganos jurisdiccionales y otras autoridades competentes de los Estados miembros en cumplimiento de dichos derechos y principios».

136. Aspectos tratados en nuestro artículo «Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y García Avello)», *RDCE*, núm. 18, 2004, p. 512.

Reglamento (UE) núm. 1259/2010, de 30 de diciembre de 2010 (o «Roma III») sobre la ley aplicable al divorcio y a la separación¹³⁷.

Cabe traer a colación que, en la materia que nos ocupa, el proyectado art. 18 de la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas*, de 16 de marzo de 2011¹³⁸, prohibía descartar el derecho extranjero por el único motivo de que la ley del foro no conociera la unión inscrita¹³⁹. En concreto, señalaba el párrafo segundo del art. 18 que «La aplicación de una disposición de la ley designada por el presente reglamento no puede ser considerada como contraria al orden público del foro por el único motivo de que la ley del foro no conozca la institución de la unión registrada». En consecuencia, cuando la unión de pareja es una institución desconocida para el foro será necesario determinar sus efectos patrimoniales conforme a la ley designada en el nuevo reglamento. Esta solución podría requerir, asimismo, que el tribunal competente examine la unión registrada en el contexto del sistema jurídico que la ha creado, procediendo un reconocimiento «tal cual» que permita encajar la unión en la categoría autónoma de «unión registrada» del reglamento, que da un sentido propio y amplio al tal concepto jurídico.

Una cláusula especial de orden público hubiera podría neutralizar aquéllos los ordenamientos contrarios al reconocimiento de las uniones formalizadas desconocidas en el foro o entre personas del mismo sexo (en razón de su orientación sexual), aunque en el momento de su formalización no hubiera existido un vínculo serio con el foro basado en la nacionalidad o la residencia de ambos convivientes. El posible de fraude a la ley en

137. Sobre esta técnica nuestro trabajo *Derecho e inmigración: el repudio islámico en España*, Fundación la Caixa. Premio R. Duocastella 1999, Barcelona, 2000, pp. 55-66 y pp. 106-109 y los trabajos allí citados. Asimismo; y, en concreto, la crítica al art. 10 del Reglamento (UE) núm. 1259/2010 («Roma III») en nuestro trabajo «Nacionales de países islámicos: ¿qué derecho de familia?», en *Inmigración e integración en la UE dos retos para el s. XXI*, Eurobask, 2012, pp. 121-124.

138. Bruselas, 16 de marzo de 2011 COM (2011) 127/2/2011/0060 (CNS). Disponible en, http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/com_2011_127_en.pdf.

139. Art. 18 Orden público del foro.

1. La aplicación de una disposición de la ley designada por el presente reglamento sólo puede ser descartada cuando la aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro.

2. La aplicación de una disposición de la ley designada por el presente reglamento no puede ser considerada como contraria al orden público del foro por el único motivo de que la ley del foro no conozca la institución de la unión registrada.

los supuestos internos quedaría descartado. Si bien, el fraude a la ley no siempre es perseguido¹⁴⁰.

No obstante, el citado art. 18, apartado segundo de la *Propuesta de Reglamento* de 16 de marzo de 2011 no aparece en el texto definitivo del reglamento, que sólo recoge la excepción de orden público internacional con la fórmula al uso.

5. REFLEXIÓN FINAL.

Los nuevos reglamentos europeos de derecho internacional privado en materia matrimonial y de efectos patrimoniales de las uniones registradas forman parte del conjunto complejo que es el derecho de la Unión, en cuya cúspide estarían presentes los derechos fundamentales reconocidos por la Carta europea (y sin desdeñar el CEDH y la doctrina del TEDH¹⁴¹). Es necesario evitar que en ese sistema complejo falte la coherencia y haya descoordinación¹⁴². Los nuevos reglamentos han de articularse con otros reglamentos y con las normas relativas a los derechos fundamentales; y, en especial, con lo previsto en el artículo 21 de la Carta, al que se refiere el articulado y los Preámbulos de ambos textos. Podrá objetarse que el resultado es demasiado eurocéntrico o liberal¹⁴³, neoliberal¹⁴⁴ o, más bien,

140. Sobre la cuestión, E. Cornut, *Théorie critique de la fraude à la loi (Étude de droit international privé de la famille)*, Paris, Défrenois, 2006. Más aún si pensamos en el derecho comunitario y en materia de sociedades (por ejemplo, en el asunto *Centros*, STJCE, de 9 de marzo de 1999. Asunto C-212/97) y P. Wautelet, «Fraude et autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales», en A. Panet, H. Fulchiron y P. Wautelet, (dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 2017 pp. 139-168. Respecto al reglamento de sucesiones y el fraude a la ley, véase en estos cursos el trabajo de A. Font Segura, «El fraude de ley en el Reglamento (UE) 650/2012 en materia sucesoria», *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz = Vitoria-Gasteizko nazioarteko zuzenbide eta nazioarteko herremanen ikastaroak*, 2015, pp. 173-252.

141. Sobre las dificultades de la adhesión y la equivalencia de protecciones, C. Brière, *La régulation normative dans l'espace judiciaire européen*, Larcier, 2016, pp. 42-120.

142. Como indica en el ámbito de la protección del menor, I. Otaegui Aizpurua, en la monografía, *La relevancia del Tribunal Europeo de derechos humanos en la protección de los derechos del menor*, Aranzadi, 2017, dirigida y con prólogo del profesor J.J. Álvarez Rubio.

143. V. L. Gannage, « À propos de l' "absolutisme" des droits fondamentaux », en *Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 265 y Y. Lequette, « De la "proximité" au "fait accompli" », en *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 481.

144. V. A. Mars, *La prévalence des intérêts: Contribution à l'étude du droit international privé dans un contexte néolibéral*, Tesis, Universidad de Burdeos, 2017, HAL <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01685358>.

ordo-liberal¹⁴⁵. Pero parafraseando al filósofo-historiador André-Jean Arnaud podríamos añadir que cabe creer en el derecho sin dejarse obnubilar por él; y, en la familia, no dejándose obnubilar más de lo necesario, pero que en los derechos humanos hay que creer y hasta dejarse obnubilar¹⁴⁶.

145. V. P. Kinsch, «Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit International et en droit européen», en A. Panet, H. Fulchiron y P. Wautelet, (dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 2017 pp. 13-29, esp., pp. 22-29 y J. Basedow, *The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, Leyde, Brill Nijhoff, 2015, pp. 230-274.

146. A.J. Arnaud, «Philosophie des droits de l'Homme et droit de la famille», en *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, L.G.D.J., 1996, p. 25 («... creer en el derecho sin dejarse obnubilar por él; creer en la familia no dejando obnubilar más que moderadamente, pero creer en los derechos humanos hasta estar obnubilados»).