



Conseqüències de la cooperació reforçada en el Reglament europeu en matèria de règim econòmic matrimonial i matrimoni entre persones del mateix sexe¹

DRA. DIANA MARÍN CONSARNAU

*Dret internacional privat.
Universitat Rovira i Virgili*

SUMARI

1. INTRODUCCIÓ. 2. QUIN ÉS L'ESCENARI A LA UE? 3. MATRIMONI ENTRE PERSONES DEL MATEIX SEXE, COOPERACIÓ REFORÇADA I RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL. 3.1. *Instància directa.* 3.2. *Instància indirecta.* 4. REFLEXIÓ FINAL.



1. INTRODUCCIÓ

L'any 2019 s'inaugura amb la plena aplicació de dos Reglaments de la Unió Europea (UE) de Dret internacional privat (DIPr) en matèria de règim econòmic matrimonial i de relacions patrimonials de les unions registrades. Es tracta dels Reglaments (UE) 2016/1103 i 2016/1104, en l'àmbit de la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de resolucions en matèria de règims econòmics matrimonials i en matèria de relacions patrimonials de les unions registrades.²

1 Aquesta col·laboració s'emmarca dins del Projecte titulat «Esta colaboración se enmarca en el «Recíproco encaje y coherencia de los ámbitos de los Reglamentos comunitarios de Derecho internacional privado», financiat pel Ministerio de Economía y competitividad, amb referència DER2016-75318-P.

2 Ambdós publicats en el DO L 183 de 8 de juliol de 2016.

Sense entrar, en aquest moment, en qüestions concretes dels Reglaments, és necessari fixar la nostra atenció en el fet que aquests s'han aprovat com un pac indivisible i mitjançant el mecanisme de la cooperació reforçada.

Això ha esdevingut així forçat per una qüestió tan sensible com és el matrimoni entre persones del mateix sexe i que es tradueix en una especial problemàtica en el Dret internacional privat de font europea. La tensió mantinguda sobre la no definició del concepte de matrimoni,³ que ja s'anunciava amb el Reglament (CE) 2201/2003,⁴ s'intensifica en seu de llei aplicable en el context d'una UE ampliada,⁵ precisament amb motiu dels Estats membres que limiten el matrimoni a la unió heterosexual. Aquesta situació ha propiciat la necessitat d'acudir, en els darrers temps, al mecanisme de la cooperació reforçada per aprovar els nous reglaments, davant les dificultats d'assolir la unanimitat.

El mecanisme de la cooperació reforçada, per tant, ha permès avançar en l'adopció de normes com el Reglament (CE) 1259/2010, en l'àmbit de la llei aplicable al divorci i a la separació judicial,⁶ i que ara, en matèria de règim econòmic matrimonial i també de relacions patrimonials de les unions registrades, s'estén a la resta de sectors en els que intervé el Dret internacional privat; la competència judicial internacional i el reconeixement i l'execució de resolucions i l'acceptació i força executiva de documents públics.⁷

Davant d'aquest panorama, el nostre estudi presenta el laberint de situacions i alguns dels interrogants que es generen en els moviments

3 SWEENEN, F., «Atypical Families in EU (Private International) Family Law», a MEEUSEN, J.; PERTEGÁS, M.; STRAETMANS, G., SWEENEN, F., *International Family Law for the European Union*, Oxford, Intersentia, 2007, p. 395.

4 Reglament (CE) 2201/2003 del Consell, de 27 de novembre de 2003, relatiu a la competència, el reconeixement i l'execució de resolucions judicials en matèria matrimonial i de responsabilitat parental. *DO L 338 de 23 de desembre de 2003*.

5 L'any 2004 s'adhereixen a la UE Xipre, Eslovàquia, Eslovènia, Estònia, Hongria, Letònia, Lituània, Malta, Polònia y la República Checa. L'any 2007, Romania i Bulgària i finalment el 2013, Croàcia.

6 Reglament (UE) 1259/2010 del Consell, de 20 de desembre de 2010, pel qual s'estableix una cooperació reforçada en l'àmbit de la llei aplicable al divorci i a la separació judicial. *DO L 343 de 29 de desembre de 2010*.

7 GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Propuestas de Reglamento comunitario en materia de regímenes económicos matrimoniales y sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas». *Anuario de Derecho Civil*, LXIV, 2011, pp. 1149-1154.



transfronterers dels matrimonis entre persones del mateix sexe⁸ i que es justifica en l'oportunitat del moment degut a, per una banda, l'entrada en aplicació del Reglament (UE) 2016/1103, i el seu abast atenent a la cooperació reforçada i, per un altre banda, a la Sentència del Tribunal de Justícia de la UE (TJUE) 5 de juny de 2018 en l'assumpte *Coman*,⁹ en la qual s'han reconegut drets de residència derivats dels cònjuges sense fer distinció per raó de gènere. Ens plantegem com repte futur d'anàlisi, si el seu impacte arribarà a tenir efectes en la coherència horitzontal entre les normes;¹⁰ la Directiva 2004/38/CE¹¹ i el Reglament (UE) 2016/1103, en relació al concepte de matrimoni.

2. QUIN ÉS L'ESCENARI A LA UE?

En el context de la UE no tots els Estats membres autoritzen els matrimonis entre persones del mateix sexe. Val a dir, però, que s'observa una tendència força significativa cap a la seva regulació i que ha estat posada de manifest en les Conclusions de l'Advocat General en l'assumpte *Coman*,¹² quan analitza l'evolució del concepte cònjuge inclòs en la Directiva 2004/38/CE,

8 Tal i com posa de manifest Lagarde el Dret de família resisitirà per un llarg període de temps a l'expansió del Dret comunitari, qüestió que s'evidencia també amb els nous Reglaments. LAGARDE, P., «Développements futurs de droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures». *RabelsZ.* Vol. 68, n° 2, 2004, p. 236.

9 STJUE de 5 de juny de 2018, *Coman*, C- 673/16. ECLI: EU: C: 2018:385.

10 Entesa aquesta entre textos relatius a matèries o qüestions diverses, com ha estat classificada per SÁNCHEZ LORENZO, S., «El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo». *REDI.* Vol. 70/2, 2018, p. 21.

11 Directiva 2004/38/CE, de 29 d'abril de 2004, relativa al dret dels ciutadans de la Unió i dels membres de les seves famílies a circular i residir lliurement en el territori dels Estats membres per la qual es modifica el Reglament (CEE) n° 1612/68 i es deroguen les Directives 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 L 158/77 de 30 d'abril de 2004.

12 Presentades l'11 de gener de 2018. ECLI:EU:C:2018:2. «En efecto, si bien a finales de 2004 sólo dos Estados miembros autorizaban el matrimonio entre personas del mismo sexo, desde entonces once Estados miembros adicionales han modificado su legislación en este sentido, y el matrimonio homosexual será también posible en Austria, a más tardar, el 1 de enero de 2019», apartat 58.

que s'aplica al supòsit no directament sinó per analogia.¹³ En l'assumpte ens trobem davant de la situació d'un romanès (Sr. Coman) que als EEUU coneix a la seva parella (Sr. Hamilton) i que després es trasllada Bèlgica a treballar, Estat membre on es casen. Sorgeixen problemes quan volen tornar a Romania com a matrimoni i obtenir la residència com a familiar de ciutadà de la Unió per a l'espòs, donat que Romania no reconeix aquest matrimoni celebrat a l'estranger.¹⁴

Aquesta tendència en la normativa interna, unida als avenços en matèria de lliure circulació de persones, però, no ens permeten afirmar encara que estem en un estadi de plena seguretat jurídica respecte la circulació de les seves relacions jurídiques privades. Es a dir, no es pot assegurar que aquestes circularan sense obstacles en els seus moviments transfronterers pel territori de la UE, malgrat, comptar amb normes de DIPr europees; ara el Reglament (UE) 2016/1103. Que puguin fer-ho dependrà, com veurem en l'epígraf tercer, de si l'Estat membre d'acollida dels cònjuges participa o no de la cooperació reforçada d'aquest Reglament i de la postura que aquest mantingui respecte al matrimoni entre les persones del mateix sexe.¹⁵

< Com s'ha indicat en la introducció d'aquest treball, el matrimoni >
entre persones del mateix sexe és una qüestió sensible. Qüestió que ha comportat, tal com s'ha dit, aprovar els instruments normatius mitjançant el mecanisme de la cooperació reforçada, però també a que, en la normativa europea, ja sigui ara en seu del Reglament (UE) 2016/1103 o, en el seu moment, de la Directiva (CE) 2004/38/CE, no es defineixi el concepte de cònjuge o de matrimoni, tot endinsant-nos en aspectes de qualificació

13 Aplicació analògica que ve donada per l'impacte de l'aplicació del dret primari per part del TJCE i que acaba afectant al dret derivat. MEEUSEN, J.; PERTEGÁS, M.; STRAETMANS, G., SWEENEN, F., «General report», a MEEUSEN, J.; PERTEGÁS, M.; STRAETMANS, G., SWEENEN, F., ob. cit., p. 11.

14 L'art. 259 1 y 2 del Codi Civil romanès preveu que: «El matrimonio es la unión libremente consentida entre un hombre y una mujer, celebrada según los requisitos establecidos por la ley. 2. Los hombres y las mujeres tienen el derecho a casarse con el fin de fundar una familia.». Tambien el art. 277 contiene reglas al respecto: «1. Se prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo. 2. Los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados o contraídos en el extranjero por ciudadanos rumanos o por extranjeros no gozarán de reconocimiento legal en Rumanía. [...]».

15 La qüestió sobre la relació que la lliure circulació de persones té amb el Dret internacional privat ha estat evidenciada en l'àmbit del Reglament Brussel·les II bis. MEEUSEN, J., «System shopping in European Private International Law in family matters», a MEEUSEN, J.; PERTEGÁS, M.; STRAETMANS, G., SWEENEN, F., ob. cit., pp. 261-263.

en el cas concret, que implica problemes d'aplicació material dels propis instruments¹⁶ i que provoca un debat que manté la tensió entre teories distintes respecte a la manca de definició: que és un concepte europeu autònom a efectes exclusius del propi instrument que deixa de banda els drets nacionals; que el no haver fet una referència explícita implica la seva exclusió o que el no definir-ho és expressament desitjat pel legislador europeu i que queda, doncs, en mans del Dret de cada Estat membre la seva definició.¹⁷

Aquesta darrera opció sembla ser que és l'adoptada pel Reglament (UE) 2016/1103, tot i que una mica més endavant introduïrem nous matisos, quan en el seu atès número 17 preveu expressament que el Reglament no defineix el concepte de matrimoni i que aquest serà el definit pel dret nacional dels Estats membres. Així, doncs, en principi, per la delimitació del concepte del matrimoni en seu del propi Reglament no s'acudirà a la tècnica d'interpretació autònoma, però tampoc a l'exclusió automàtica d'aquests matrimonis.¹⁸

Ara bé, en la dimensió que afecta als drets de residència en règim de lliure circulació, aquesta no ha estat l'opció del TJUE, sinó que s'ha acudit a la tècnica d'interpretació autònoma.¹⁹ La Directiva (CE) 2004/38/CE inclou com a membre de la família beneficiari dels drets de residència vinculats al dret a la lliure circulació i residència del ciutadà de la UE al cònjuge (art. 2), sense aportar cap definició. Tot i la manca de definició de cònjuge i l'interrogant sobre si s'inclouen o no els cònjuges del mateix sexe, el TJUE ha entès que el concepte de cònjuge com a familiar beneficiari

16 FALLON, M., «Constraints of Internal Market on Family Law», a MEEUSEN, J.; PERTEGÁS, M.; STRAETMANS, G., SWEENEN, F., ob. cit., pp. 171-175.

17 Sintetitzades per CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Crisis matrimoniales», a CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*. Vol. II, Granada, Comares, 2017, pp. 231-232.

18 Seguint al professor Sánchez Lorenzo, que diferencia els resultats de la qualificació autònoma del conceptes fàctics i dels conceptes jurídics, el buscar un concepte autònom quan no tenim un dret privat europeu ens fa caure en el mite dels conceptes autònoms. SÁNCHEZ LORENZO, S., ob. cit., pp. 26-35. En estudi sobre els conceptes autònoms i els definits per referència als drets nacionals en matèria de Dret de família TOMASI, I.; RICCI, C., BARIATTI, S., «Characterisation in Family matters for purposes of European Private International Law», a MEEUSEN, J.; PERTEGÁS, M.; STRAETMANS, G., SWEENEN, F., ob. cit., pp. 354-356 i 372-373.

19 RUDEVSKA, B., «The “Coman” Case (C-673/16): Some Reflections from the Point of View of Private International Law». Disponible a: <http://conflictoflaws.net>.



de la Directiva ha de ser interpretat amb caràcter autònom i a efectes de la pròpia norma, que no fa cap distinció per raó de gènere.²⁰

En conseqüència, el TJUE ha admès drets de residència al cònjuge del nacional d'un Estat membre que no reconeix el matrimoni entre persones del mateix sexe, com és el cas de Romania, celebrat vàlidament en un altre Estat membre, quan aquest nacional pretén residir en l'Estat membre de la seva nacionalitat.²¹ El problema, però, al seu retorn, seran els obstacles en els efectes que es pretenguin respecte a les seves relacions jurídiques privades.

Problema que es traslladaria en matèria de règim econòmic matrimonial en el cas de que el matrimoni entre persones del mateix sexe s'hagués celebrat a Catalunya si aquest, per exemple, canvia la seva residència habitual a un altre Estat membre que no permet o reconeix les unions matrimonials distintes a les heterosexuales i que plantejarà un seguit d'interrogants en funció de la participació d'aquest Estat membre d'acollida en els nous Reglaments.

Així doncs, com ja s'ha escenificat a l'inici, tot i tenir garantits els seus drets de residència en aquests Estats membres després de la doctrina *Coman*, no podem afirmar amb termes absoluts i a tots els efectes que es garanteix una lliure circulació del seu estat civil.²²

20 «El concepto de “cónyuge” al que se refiere dicha disposición designa a una persona unida a otra por vínculo de matrimonio». «(...) el concepto de “cónyuge” en el sentido de la Directiva 2004/38 es neutro desde el punto de vista del género y puede, por tanto, incluir al cónyuge del mismo sexo del ciudadano de la Unión de que se trate». Apartat 35.

21 Respecte als problemes de reconeixement dels matrimonis entre persones del mateix sexe a efectes de residència CARRERA S., FAURE, A., *Implementation of Directive 2004/38 in the context of EU Enlargement. A proliferation of different forms of citizenship? CEPS Special Report/April 2009*, pp. 5-6. Disponible a :<http://aei.pitt.edu/10758/1/1827.pdf>

22 Entesa a aquesta com a necessària per a la lliure circulació de la persona. SOTO MOYA, M., *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 156-161.

3. MATRIMONI ENTRE PERSONES DEL MATEIX SEXE, COOPERACIÓ REFORÇADA I RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL

En aquest escenari, ens cal reflexionar sobre una cooperació reforçada en paquet que provoca sentiments contradictoris. Per una banda, és una via que permet avançar, especialment en el grup d'Estats membres que no limita el matrimoni a la unió heterosexual. Però, per un altre banda, és també una via d'escapament per aquells Estats membres que sí el limiten encara que ofereixen l'estatus d'unió registrada i per aquells que no els atorguen cap tipus d'estatut jurídic.

Aquesta dualitat de posicions respecte als Estats membres queda palesa en l'articulació de les regles que ofereix el Reglament (UE) 2016/1103, precisament per no interferir en el Dret civil dels Estats membres i que a canvi ens du a un complicat joc d'equilibris.²³

Situant-nos en la instància directa, el Reglament no obliga als Estats membres participants a regular el matrimoni entre persones del mateix sexe ni tampoc a tenir competència per conèixer de les qüestions relatives al seu règim econòmic matrimonial (art. 9.1). No obstant això, en l'àmbit del reconeixement i l'execució, es a dir, la instància indirecta, tot i que el Reglament no obliga als Estats participants a reconèixer el matrimoni entre persones del mateix sexe, atenent al mandat de l'article 38, el qual ha de relacionar-se amb l'atès número 54, ens podem trobar que un Estat membre participant no pugui denegar el reconeixement d'una resolució d'un altre Estat membre participant sobre el seu règim econòmic matrimonial, tot al·legant l'ordre públic, si això resulta contrari al principi de no discriminació contingut en la Carta de Drets Fonamentals (art. 21).²⁴

Atenent a aquesta lògica, a continuació desenvoluparem algunes de les qüestions que es susciten en ambdues instàncies, sempre, però, des

23 Distingint l'articulació de les regles d'aquest joc diferenciant entra la instància directa i indirecta veure GALLANT, E., «Le nouveau droit international privé européen des régimes patrimoniaux de couples». *Europe*, mars. 2017, pp. 9-10.

24 LAGARDE, P., «Reglements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les regimes matrimoniaux et sur le regime patrimonial des partenariats enregistres». *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n° 3, 2016, pp. 683-684.

de la perspectiva de l'aprovació de l'instrument europeu pel mecanisme de la cooperació reforçada.

3.1. Instància directa

Excloent les situacions especials de Dinamarca, i l'*opting in* del Regne Unit i Irlanda, i a l'espera del *Brexit* en aquest moments d'incertesa, ens trobem amb que, si bé la cooperació reforçada ha permès avançar en aconseguir una norma de DIPr de darrera generació, en matèria de règims econòmics matrimonials, podem constatar que les concessions del Reglament (UE) 2016/1103 no han estat suficients per aconseguir una desitjada ampla participació en la cooperació reforçada,²⁵ en la que els Estats membres més bel·ligerants respecte a la seva posició sobre el matrimoni entre persones del mateix sexe, com per exemple, Polònia, s'hagin quedat sols.²⁶ En aquest sentit, no s'ha pogut atraure ni de molt lluny al total de Estats membres que no regulen matrimonis ni unions registrades entre persones del mateix sexe; i es generen qüestions de qualificació/aplicació en els Estats membres participants que no admeten aquest matrimoni, però sí les unions registrades. En aquests darrers sí que podem observar que la participació ha estat més alta, si afegim també la voluntat de participació manifestada per Estònia.²⁷

Ens estem referint com a elements seductors, a la manca de definició expressament manifestada en l'atès número 17, deixant aquesta qüestió, com ja s'ha indicat, en mans dels drets nacionals dels Estats membres, però també ens referim a la clàusula d'escapament continguda en l'article 9.1, que amb caràcter excepcional permet a les autoritats competents, segons les regles previstes en el Reglament, inhibir-se en els procediments que versin sobre règim econòmic matrimonial, si un Estat membre participant considera que en el seu DIPr no està reconegut el matrimoni

25 En crítica, QUINZÁ REDONDO, P.: «La unificación –fragmentada- del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103». *RGDE*, nº 1, 2017, p. 189.

26 TWARDUCH, P., «Le règlement européen en matière de régimes matrimoniaux de la perspective du droit polonais». *Revue critique de droit international privé*, nº 3, 2016, pp. 465-477.

27 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económico matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas». *La Ley Unión Europea*, nº 40, 30 septiembre 2016, p. 8.



en qüestió, com succeeix en el cas del matrimoni entre persones del mateix sexe.

Alguns autors ja han apuntat que implícitament podem entendre que el Reglament, tot i que no defineix el matrimoni com expressa l'atès número 17, sí ens està donat un concepte ampli i autònom de matrimoni, que inclou el matrimoni entre persones del mateix sexe, com efecte de la previsió de la clàusula d'escapament.²⁸ En aquest aspecte, s'evidencia com les fronteres entre les teories respecte a la tècnica per la qual opta el Reglament no estan tan clares, com s'ha afirmat a l'inici, quan indicàvem que el Reglament (UE) 2016/1003 ha escollit l'opció de no definir el matrimoni i deixar aquesta qüestió als drets nacionals.

En principi, donades les regles del joc anunciades, cada Estat membre participant del Reglament (UE) 2016/1103, com a Estat membre del fòrum, decidirà si la unió entre persones del mateix sexe es considerada o no matrimoni. Tot i que val a dir que aquí es planteja el problema de si l'atès número 17 s'està referent al Dret internacional privat de cada Estat membre o al seu dret substantiu.²⁹ Es presenta així un nou interrogant atractiu en seu d'una futura qüestió prejudicial, especialment, en el segons grup d'Estats membres, els que no reconeixen el matrimoni entre persones del mateix sexe, però sí la unió registrada, més si tenim en compte que la clàusula d'escapament de l'art. 9 fa referència específicament a les normes de Dret internacional privat.

Com queda palès la cooperació reforçada ens ha dut a un laberint. Tot dependrà de la tria que el cònjuges facin de traslladar la seva residència habitual.

En el terreny de la instància directa, podem il·lustrar la diversitat de situacions que es poden generar. Partim del supòsit de fet d'un matrimoni entre dos homes celebrat a Catalunya a partir de 29 de gener de 2019, tot tenint en compte les disposicions transitòries previstes en l'art. 69 Reglament.³⁰ Si aquest matrimoni trasllada la residència habitual

28 FRANZINA, P., «Jurisdiction in matters relating to property regimes under EU Private International Law». *Yearbook of Private International Law*, n° 19, 2017/2018, pp. 184-189.

29 DUTTA, A., «Beyond husband and wife-new couple regimes and the European Property Regulations». *Yearbook of Private International Law*, n° 19, 2017/2018, pp. 148-154.

30 L'art. 69 ha estat objecte d'una correcció d'errades publicada a DO L 183, de 8 de juliol de 2016. La correcció d'errors respon a una qüestió que podria afectar amb un impacte important respecte a l'àmbit d'aplicació temporal de la norma, tal i com ja s'ha posat de manifest en l'àmbit de les obligacions contractuals, amb el Reglament (CE) 593/2008.



a un altre Estat membre, que considerem com a Estat d'acollida, davant de l'oportunitat que es precisi, per exemple, una modificació del règim econòmic matrimonial o de la seva liquidació, què succeirà? Plantegem quatre possibles situacions amb hipotètiques respostes:

- a) Si es traslladen a un Estat membre participant del Reglament que permet els matrimonis entre parelles del mateix sexe s'aplicarà el Reglament (UE) 2016/1103.
- b) Si es traslladen a un Estat membre participant del Reglament que no admet els matrimonis entre persones del mateix sexe, però sí les unions registrades,³¹ l'interrogant és si s'aplicarà, per part de les seves autoritats competents, la clàusula d'escapament i, per tant, s'inhibiran les autoritats d'aquest Estat membre, o, s'aplicarà el Reglament (UE) 2016/1104. En aquest darrer sentit, val a dir que les connexions que proporcionen les normes de conflicte són distintes; tot i que ens poden portar, segons el cas, a la mateixa solució.
- c) Si es traslladen a un Estat membre participant del Reglament, però que no permet els matrimonis entre parelles del mateix sexe ni les unions registrades, la quiniela d'elecció dels cònjuges ens apunta al recurs per les seves autoritats a l'ús de les clàusula d'escapament. Això implicarà distincions entre les solucions aplicables al matrimoni heterosexual i homosexual.
- d) Si es traslladen a un Estat membre no participant de la cooperació reforçada que no atorga cap estatus jurídic als matrimonis entre persones del mateix sexe, en aplicació del seu Dret internacional privat intern ens podem trobar davant d'una situació claudicant en l'Estat membre d'acollida. És a dir, sorgeixen problemes per a la lliure circulació de les seves relacions jurídiques privades.

En aquest darrer sentit, FONT I MAS, M., «European legal language and the rules of private International law: practical legal-linguistic problems». *Journal of Language and Law*, nº 68, 2017, pp. 28-29.

31 Aquesta és, per exemple, la situació a Itàlia, Estat membre participant d'ambdós reglaments en el que la doctrina ja està advertint de la importància de les conseqüències per al seu sistema de DIPr. BAREL, B., «Le unioni civili e le convivenze di fatto», en CAGNAZZO, A., PREITE F., *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero*, Giuffrè Editore, 2017, pp. 130-131.

No podem obviar en aquest moment que les situacions b), c) i d) ens portaran a qüestions vinculades a la lliure circulació de persones amb diferent intensitat i que són els drets de residència. En aquest sentit, com hem vist, el TJUE en l'assumpte *Coman* ha utilitzat la tècnica d'interpretació autònoma pel que fa al concepte de cònjuge en la Directiva 2004/38/CE. El TJUE, deixant clar que la competència en la legislació de l'estat civil és dels Estats membres, i tenint en compte el context i els objectius de la norma, ha entès que aquest ha de ser interpretat amb caràcter autònom i a efectes exclusius de la pròpia norma, que, tal i com ja havíem anunciat, no fa cap distinció per raó de gènere.

Ara bé, aquesta interpretació autònoma no la podem exportar automàticament al Reglament (UE) 2016/1103 i això ens convida a reflexionar.³² No podem obviar que *Coman* ha impactat en l'ordenament jurídic europeu,³³ posant en evidència les dificultats en l'avenç sense un Dret privat europeu de família. El cas, però, podria ser l'origen d'un canvi d'actitud que impliqui una major participació en la cooperació reforçada (escenari 1) o en la òrbita dels drets civils interns (escenari 2).³⁴ Cal tenir en compte de nou el procés evolutiu, malgrat no ser absolut, que el matrimoni entre parelles del mateix sexe ha tingut en el context dels Estats membres de la UE.

32 TOMASI, I.; RICCI, C., BARIATTI, S., «Characterisation in Family matters for purposes of European Private International Law», a MEEUSEN, J.; PERTEGAS, M.; STRAETMANS, G., SWEENEN, F., ob. cit., p. 341.

33 «Si la finalidad es garantizar la aplicación uniforme de las normas de Derecho de la UE, no deberíamos quedarnos en una lectura de la Sentencia Coman a la luz de la Directiva 2004/38 o del art. 21 TFUE, sino valorar su impacto en relación con otras normas europeas». Per tant, tot i que l'impacte sigui indirecte respecte al DIPr, aquest no ha de ser menysvalorat. JIMÉNEZ BLANCO, P., «La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso: Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C- 673/18: Coman». *La Ley Unión Europea*, n° 61, 2018.

34 I és que tal i com ha posat de relleu el professor Santiago Álvarez: «mientras el Derecho internacional privado cae bajo la competencia más amplia de la armonización europea, el Derecho privado se mantiene en la órbita de los Derechos nacionales, fuertemente impermeable a la armonización europea», plantejant-nos alhora un interessant interrogant: ¿podrán los Srs. Coman y Hamilton ser cónyuges a efectos de la Directiva 2004/38/CE y no cónyuges para el resto de las cuestiones jurídicas que les afecten, sin ningún trauma social? ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE?: A propósito de las conclusiones del Abogado General en el Asunto Coman». *La Ley Unión Europea*, n° 56, 2018.

3.2. Instància indirecta

Si bé la instància directa ens planteja els problemes anteriors, en seu d'instància indirecta, és a dir, de règim de reconeixement, força executiva i execució de resolucions, ens movem en un escenari distint, on el paper protagonista recau especialment en el mandat contingut a l'art. 38 Reglament (UE) 2016/1103,³⁵ de respecte als drets fonamentals i en especial a l'art. 21 de la Carta de Drets Fonamentals.

Les causes de denegació de reconeixement previstes a l'art. 37, en especial la primera d'elles; que la resolució sigui manifestament contrària a l'ordre públic de l'Estat membre requerit, ha de prestar una especial atenció a l'art. 38, dificultant així que els Estats membres participants que limiten el matrimoni a la unió heterosexual deneguin el reconeixement o la força executiva d'una resolució que afecti al seu règim econòmic matrimonial per aquest causa. Això, unit a que l'atès número 64 indica expressament que no hi ha obligació de reconèixer al matrimoni ens dur a plantejar que s'ha adoptat com a solució la que proporciona un ordre públic atenuat.³⁶

El paper doncs de l'art 38 en el règim de reconeixement, força executiva i execució ens ofereix un avenç significatiu pels Estats membres participants de la cooperació reforçada. Caldrà esperar el paper que jugarà l'art. 38 en els Estats membres participants i si serà, a futur, objecte d'una qüestió prejudicial.³⁷

Avenç, però, que també es trasllada en la restricció al recurs de la clàusula d'escapament de l'article 9, que no podrà ser accionada, donat que, en el seu apartat tercer, limita rebutjar la competència quan les parts hagin obtingut una resolució de divorci, separació judicial o nul·litat del matrimoni susceptible de ser reconeguda en l'Estat membre participant del fòrum.

35 Es tracta d'un mandat i no d'una declaració de principis. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Nuevos tipos de uniones y nueva regulación de sus efectos», en GUZMÁN ZAPATER, M., ESPLUGUES MOTA, C. (dir.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p.181.

36 De fet, aquesta és una de les tres solucions proposades per SOTO MOYA, M., ob. cit., pp. 178-188.

37 El futur ens dirà doncs si la inclusió de l'article 38 és l'eina per a l'harmonització desitjada basada en el principi de reconeixement. POILLOT PERUZZETTO, S., «The exception of public policy in Family Law within the European Legal System», a MEEUSEN, J.; PERTEGÁS, M.; STRAETMANS, G., SWEENEN, F., ob. cit., p. 291.

Tenint en compte que el reconeixement i l'execució d'aquestes resolucions es regula pel Reglament (CE) 2201/2003, que vincula, ara sí, a la totalitat dels Estats membres que participen del Reglament (UE) 2016/1103, atorguin o no un estatut jurídic als matrimonis entre persones del mateix sexe, l'avenç al que ens hem referit pot estar o no ple d'obstacles, donada també la manca de definició de matrimoni en el Reglament (CE) 2201/2003, que ens condueix de nou als posicionaments introduïts a l'inici d'aquest treball; que la no inclusió expressa és una exclusió o que, pel contrari, és un concepte neutre i autònom en el que aquest està inclòs, o que es tracta d'un aspecte que queda en mans de cada Estat membre.³⁸

Centrant-nos en l'àmbit del reconeixement i l'execució aquesta qüestió en seu del Reglament (CE) 2201/2003 és totalment rellevant. La situació que es presenta és un cercle viciat. El problema que ens trobem és que mentre l'article 25 Reglament (CE) 2201/2003 estableix que no es podrà denegar el reconeixement d'una resolució al·legant que l'Estat membre requerit no autoritzaria el divorci, la separació o la nul·litat matrimonial, es manté també com a causa de denegació del reconeixement i l'execució la contrarietat manifesta amb l'ordre públic de l'Estat membre requerit (art. 22). Aquesta situació ha plantejat, a mode del que s'ha dit sobre el nou art. 38 Reglament (UE) 2016/1103, si l'aplicació del control de l'ordre públic en el Reglament (CE) 2201/2003 podrà arribar a ser en la realitat pràctica una vulneració de l'article 25.³⁹

4. REFLEXIÓ FINAL

Tot i els avenços normatius en el dret intern dels Estats membres sobre matrimonis i unions entre persones del mateix sexe i en el DIPr en matèria de règim econòmic matrimonial i unions registrades, la necessitat d'acudir al mecanisme de la cooperació reforçada; el joc de la clàusula d'escapament i els límits imposats al no reconeixement ens presenten un escenari jurídic laberíntic, en un difícil espai en que el conflueix la necessitat de mantenir

38 Al respecte, en la seva nota número 17, BORRÁS, A., «De Bruselas II a Bruselas II bis ¿O Bruselas II plus?», en *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Tomo I, Sevilla, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones : Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones: Universidad de Málaga (UMA) 2005, p. 242.

39 SOTO MOYA, M., ob.cit., p. 90.



la no ingerència en el dret intern de família i en el que es desitja la lliure circulació de les persones i de les seves relacions jurídiques.

Espai, en el que s'evidencien les grans divergències existents sobre els models de família, que s'encarreguen de mostrar-nos que encara queda un llarg camí en una UE dividida, en la que les catalogades com a atípiques famílies,⁴⁰ ja no ho són tant, i en el que el TJUE ja ha contribuït amb la seva postura en l'assumpte *Coman*. *Prochain arrêt*: les relacions jurídico privades del senyor Coman i Hamilton a Romania.



40 SWEENEN, F., «Atypical Families in EU (Private International) Family Law», a MEEUSEN, J.; PERTEGÁS, M.; STRAETMANS, G., SWEENEN, F., ob. cit., pp. 393-407.