

que este cambio se ha producido a todos los efectos. Si el principio constitucional de desarrollo de la personalidad del artículo 10-1 de la Constitución justifica, tras el síndrome transexual, la correspondiente operación quirúrgica y el tratamiento médico oportuno, el cambio de sexo judicialmente declarado, sería dejar las cosas a medio camino, creando una situación ambigua al modo del reconocimiento de un tercer sexo, si no se entendiera que ese cambio de sexo habría de ser efectivo en todos los ámbitos.

VI. No debe olvidarse, por último, que la solución de permitir al transexual contraer matrimonio con persona de su mismo sexo cromosómico es la generalizada en Derecho comparado; tiene claro apoyo en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950, y es una posibilidad que se está admitiendo en la práctica registral y en la doctrina oficial de este Centro Directivo.

VII. Ahora bien, sobre aceptar la argumentación anterior, no puede desconocerse que en el presente caso el transexual que pretende contraer matrimonio es de nacionalidad costarricense y que, como tal, su capacidad matrimonial se ha de regir por la ley costarricense al ser ésta la determinada por su estatuto personal (cfr. art. 9 n.º 1 C.c.), y que el contenido de tal ley, según el conocimiento adquirido de la misma por este Centro Directivo, coincidente con la certificación consular aportada a las actuaciones, no contempla el cambio de sexo de sus ciudadanos, por lo que rechaza la inscripción en su Registro Civil de cualquier resolución judicial extranjera que acredite tal cambio.

No puede haber duda sobre el sometimiento de la capacidad matrimonial al estatuto personal determinado por la nacionalidad de la persona, en tanto que ley aplicable, a la vista del artículo recién citado de nuestro Código civil. Así lo confirman, además, las siguientes consideraciones: a) el artículo 9 n.º 1 del Código civil, en cuanto que expresión de un principio general en la reglamentación de la ley aplicable a las materias tradicionalmente incluidas en la categoría de estatuto personal, queda sujeta a algunas excepciones en materia de capacidades especiales –por ejemplo la capacidad para adoptar (cfr. art. 9 n.º 5 C.c.)–, pero es lo cierto que entre tales excepciones no se encuentra la capacidad para contraer matrimonio; b) la regla de conflicto del Derecho español en esta materia coincide, además, con la acogida por el Convenio n.º 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil, firmado en Munich el 5 de septiembre de 1980, relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial (cfr. art. 1), y con el contenido de la Recomendación de la misma Comisión Internacional del Estado Civil, adoptada en Viena el 8 de septiembre de 1976, relativa al derecho al matrimonio, y que parte de la premisa previa de la competencia de los Estados miembros para regular los requisitos, capacidad e impedimentos para contraer matrimonio; c) recientemente, en la misma línea apuntada, el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2000/3480), firmada el 7 de diciembre de 2000, proclama que «el derecho a casarse y el derecho a fundar una familia están garantizados según las Leyes nacionales que rigen su ejercicio», admitiendo, pues, su consideración como derechos de configuración legal, correspondiendo la competencia legislativa en la materia a los respectivos Estados miembros sobre sus propios nacionales.

VIII. Así las cosas, la resolución del presente caso requiere analizar dos importantes cuestiones de Derecho Internacional Privado: la competencia de los Tribunales españoles para proceder al cambio de sexo de un extranjero, de un lado, y la de si cabe apreciar en la materia objeto del recurso la excepción de orden público internacional a fin de exceptuar la aplicación de la ley extranjera. En cuanto al primero de los extremos apuntados, cabe destacar que la competencia de los tribunales españoles para proceder al cambio de sexo en casos internacionales, entendiendo por tales aquellos en que concurren elementos de extranjería, no viene regulada específicamente en ninguna norma jurídica del Derecho español. Sin embargo, a pesar de tal laguna legal, procede admitir dicha «competencia judicial internacional» de los Tribunales españoles sobre dos argumentos, ambos con base constitucional: 1.º El artículo 24 de la Constitución española de 1978 debe ser interpretado en sentido expansivo, de modo que la «tutela judicial efectiva» sea un derecho de todo ser humano, sea español o extranjero (vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 diciembre 2000); 2.º El artículo 22.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial indica que los Tribunales españoles tienen competencia internacional en las cuestiones relacionadas con la «validez de inscripciones en registros públicos españoles». Visto que la ciudadana costarricense está inscrita en el Registro Gubernativo de extranjeros, procede admitir que los Tribunales españoles puedan indicar si la inscripción de tal ciudadana en dicho registro debe hacerse como varón o como mujer, tal y como entendió en su apreciación de oficio de la propia competencia el Juzgado de Primera Instancia n.º 40 de Barcelona que dictó la sentencia que declaró el cambio de sexo de la interesada.

IX. Llegamos con ello al tema crucial de la posible aplicación al caso de la excepción del orden público internacional español. A este respecto hay que significar que la validez y eficacia de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 40 de Barcelona es una cuestión determi-

nante. No cabe duda de que dicha sentencia resolvió una cuestión de Derecho internacional privado, en concreto, la determinación y cambio de sexo de un sujeto extranjero con residencia habitual en España. El citado Juzgado solventó la cuestión mediante la «aplicación directa» de la Legislación española, en la que, como se ha dicho, se admite el cambio de sexo cromosómico a favor del sexo psicológico y anatómico-morfológico.

Es cierto que las cuestiones relativas a la «persona», entre las que se incluye la determinación y cambio de sexo de la persona, deben solventarse con arreglo a la «Ley personal» del sujeto en cuestión, esto es, con sujeción a la «Ley nacional» o Ley del país cuya nacionalidad ostenta el sujeto en cuestión, tal y como antes se apuntó. Sin embargo, no es menos cierto que la aplicación de la Ley extranjera puede y debe ser rechazada cuando su aplicación resulte contraria al orden público internacional español. En concreto, se rechaza la aplicación de la Ley extranjera cuando tal aplicación produzca una vulneración de los principios esenciales y básicos e irrenunciables del Derecho español. Pues bien, es claro que es un principio básico e irrenunciable del Derecho civil español la posibilidad de «cambio de sexo» de las personas, de modo que por indicación de la misma Constitución Española de 1978, que protege el «libre desarrollo de la personalidad», todo sujeto, sea español o extranjero, debe tener la posibilidad de cambiar su sexo. Cuando la Ley extranjera, como es el caso de la Ley costarricense, no admite el cambio de sexo en ningún caso, dicha Ley no debe ser aplicada por los Tribunales españoles (art. 12.3 Cc.), que en su lugar han de aplicar la Ley española. Esta tesis viene reforzada por la más reciente jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, en particular en función de la interpretación dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de los artículos 8 y 12 del Convenio europeo de derechos del hombre de 4 de noviembre de 1950 en su Sentencia de 11 de julio de 2002, dada la importancia que para salvar el carácter restrictivo del orden público internacional tiene el método comparatista y transnacional como instrumento de decantación de los principios jurídicos protegidos por la cláusula de orden público por su condición de principios esenciales comunes a una pluralidad de países.

La reiterada Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 40 de Barcelona aplicó, en efecto, la Ley española, aunque omitió cualquier referencia a la cláusula de «orden público internacional», de modo que puso en movimiento el denominado «orden público internacional oculto». El resultado, en cualquier caso, es el mismo y es jurídicamente correcto: la Ley costarricense no puede aplicarse en España y la cuestión debe regirse por la Ley española. En consecuencia, la sentencia cuestionada es válida y eficaz en España, por lo que la ciudadana costarricense es una «mujer» a los efectos del Ordenamiento jurídico español y puede contraer matrimonio en España con un varón. Es cierto, por último, que la sentencia citada parece circunscribir sus efectos al registro de extranjeros en España. Pero ello no debe llamar a engaño: se causaría una lesión intolerable a la seguridad jurídica (vid. art. 9.3 de la Constitución) en el caso de que una persona fuera considerada en España, «mujer» a unos efectos y «varón» a otros efectos, creando, como antes se dijo, una situación ambigua al modo del reconocimiento de un tercer sexo, si no se entendiera que ese cambio de sexo ha de ser efectivo en todos los ámbitos.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta registral, estimar el recurso y revocar el auto apelado.

Madrid, 24 de enero de 2005.–La Directora General, Pilar Blanco-Morales Limones.

Sr. Juez Encargado del Registro Civil de Barcelona.

4265

RESOLUCIÓN de 26 de enero de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la providencia dictada por el Juez de Paz del Registro Civil de Moral de Calatrava (Ciudad Real), en el expediente sobre autorización de matrimonio civil entre español y cubano.

En el expediente sobre autorización para contraer matrimonio remitido a este Centro en trámite de recurso por virtud del entablado por el Ministerio Fiscal contra providencia del Juez de Paz de Moral de Calatrava (Ciudad Real).

Hechos

1. Mediante escrito presentado en el Juzgado de Paz de Moral de Calatrava el 12 de abril de 2004, Don P.-M. V. G., nacido el 11 de julio de 1966 en Bayano (Cuba), de nacionalidad cubana, y Dña. M.-V. R. C., nacida el 6 de mayo de 1974 en Valdepeñas (Ciudad Real) de nacionalidad espa-

ñaola y domiciliados ambos en Moral de Calatrava, iniciaban expediente en solicitud de autorización para contraer matrimonio civil, interesando que el mismo se celebre en el Juzgado de Fuenlabrada. Adjuntaban los siguientes documentos: DNI, certificado de nacimiento, declaración jurada de estado civil y volante de empadronamiento de la contrayente, y pasaporte, certificado de nacimiento, de inscripción consular, declaración jurada de estado civil, certificado que no es necesario publicar edictos en Cuba, y volante de empadronamiento, correspondiente al contrayente.

2. Ratificados los interesados, con fecha 13 de abril comparecieron ambos contrayentes, y se dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 246 del Reglamento del Registro Civil, oyendo, reservadamente y por separado, a ambos, sin que de dicho examen se desprendiera vínculo o impedimento alguno que suponga obstáculo para la celebración del matrimonio civil. Se realizó prueba testifical, declarando los comparecientes que les constaban la certeza de lo expuesto por los interesados en su escrito inicial. Con fecha 27 de abril de 2004 los promotores solicitaron que se delegase la prestación del consentimiento matrimonial en el Sr. Juez Encargado de Fuenlabrada. Se publicó el correspondiente edicto en el tablón de anuncios del Registro civil de Moral de Calatrava.

3. El Ministerio Fiscal interesó que se hiciera a los solicitantes audiencia reservada de forma exhaustiva para poder excluir la existencia de motivos específicos en la celebración del matrimonio. El Juez de Paz dictó providencia con fecha 4 de junio de 2004 acordando tener por realizado correctamente el trámite de audiencia reservada y no habiendo lugar a lo interesado por el Ministerio Fiscal, ya que las audiencias reservadas se habían hecho como todos los expedientes matrimoniales, con las preguntas que se habían considerado mas convenientes realizar, y el informe del Ministerio Fiscal no concretaba la estimación legal de su posición refiriéndose a una inconcreta falta de exhaustividad.

4. Remitido de nuevo el expediente al Ministerio Fiscal, éste interpone recurso de reforma y subsidiario de apelación contra la providencia de 4 de junio de 2004, en base a que, dado que uno de los contrayentes era extranjero, era necesario extremar las garantías para que el Encargado del Registro Civil llegase a la convicción de que el interés de los promotores era acorde con la finalidad de la institución matrimonial y no amparaba una intención fraudulenta, por lo que había que tener en cuenta la trascendencia de dicha audiencia reservada, interesando que se realizase una nueva entrevista reservada de los contrayentes, y el desarrollo de misma debería hacerse constar documentalmete (preguntas y respuestas), para que se pueda tener cumplida información de los aspectos relevantes de la intención de los solicitantes.

5. El Juez de Paz dictó auto de fecha 25 de junio de 2004, indicando que la audiencia reservada había sido realizada en los términos reglamentarios, y que en el recurso se interesaba que se hagan detalladamente las preguntas y respuestas de la audiencia, y tal circunstancia no es impuesta reglamentariamente, por lo que acordaba confirmar la resolución recurrida y remitir el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado para su resolución.

Fundamentos de Derecho

I. Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, sobre protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York de 19 de diciembre de 1966 de derechos civiles y políticos; la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos 10, 14 y 32 de la Constitución; 3, 6, 7, 44, 45, 73 y 74 del Código civil; 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 238, 245, 246 y 247 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995; y las Resoluciones de 4-2^a, 11-2^a, 19-2^a y 26-2^a de noviembre; y 1-1^a y 2-2^a de diciembre de 2003 y 21-4^a de enero, 5-3^a y 18-1^a de febrero; 3-2^a y 3^a y 4-1^a de marzo, 16-1^a y 20-3^a y 4^a de abril y 15-1^a de junio y 8-1^a de septiembre de 2004.

II. Se trata en el presente caso de un expediente de autorización de matrimonio civil entre una española y un cubano en cuya tramitación, antes de que se resolviera la solicitud de los interesados, se interpuso por el Ministerio Fiscal recurso de reposición y subsidiario de apelación (cfr. art. 356 del Reglamento del Registro Civil), contra la providencia dictada por el Juez Encargado del Registro Civil el 4 de junio de 2004 por la que se desestimaba la previa petición del Ministerio Público en el sentido de realizar la audiencia reservada a los contrayentes con mayor amplitud y exhaustividad, por estimar el Juez Encargado ajustada la audiencia practicada a lo requerido al efecto por el artículo 246 del Reglamento del Registro Civil. El recurso de reposición fue resuelto en el mismo sentido, acordando al tiempo elevar el expediente a esta Dirección General para la resolución del recurso de apelación subsidiariamente presentado.

III. Se trata, en definitiva, de precisar el alcance del trámite de audiencia impuesto por el artículo 246 del Reglamento del Registro Civil, conforme al cual el instructor del expediente de autorización del matri-

monio, asistido del Secretario, «oirá a ambos contrayentes reservadamente y por separado para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración», y determinar si en el presente caso, a la vista del contenido de las actuaciones practicadas, ha de estimarse correctamente cumplimentado. Pues bien, la doctrina de este Centro Directivo es constante en cuanto a la importancia de la audiencia reservada. La Instrucción de 9 de enero de 1995, la considera «trámite esencial del que no debe prescindirse ni cumplirlo formulariamente», porque «puede y debe servir para que el instructor se asegure del verdadero propósito de los comparecientes y de la existencia en ambos de real consentimiento matrimonial». No se trata con ello de coartar en modo alguno un derecho fundamental de la persona, como es el de contraer matrimonio, pero sí de encarecer a los Encargados de los Registros Civiles que, sin mengua de la presunción general de buena fe, se cercioren de la veracidad del consentimiento de los contrayentes dentro de las posibilidades que ofrece la regulación actual del expediente previo, a través del citado trámite de audiencia.

IV. La importancia de este trámite, como reiteradamente tiene declarado este Centro Directivo, ha aumentado en los últimos tiempos en cuanto que por él se llega con frecuencia a descubrir el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para el extranjero, de forma tal que si, a través de este trámite o de otros medios objetivos, el Encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar un matrimonio nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73-1.º C.c.). En suma, la audiencia reservada ha de ser tal que reúna condiciones para servir a su finalidad de permitir al instructor alcanzar la convicción de la veracidad de la «voluntas contrahendi matrimonii» o, por el contrario, de la intención de utilizar la institución matrimonial al servicio de otros fines ajenos a la misma.

V. En el presente caso, el acta correspondiente a las comparecencias de los futuros contrayentes no responde a la finalidad expuesta, por lo que éstas deben ser ampliadas de forma tal que permitan alcanzar el convencimiento de que el matrimonio proyectado reúne los requisitos necesarios para su validez, entre ellos, la existencia de un verdadero consentimiento matrimonial, o, al contrario, que no debe ser autorizado por falta de dichos requisitos. En definitiva se trata, como señala el artículo 246 del Reglamento del Registro Civil, de cerciorarse de que no existe impedimento de ligamen ni obstáculo legal alguno para la celebración del matrimonio, incluyendo la existencia de una eventual simulación del consentimiento matrimonial.

VI. Finalmente, en cuanto a la necesidad de documentar en acta el contenido de la audiencia reservada, es exigencia obvia que deriva del principio de defensa de los interesados, de la necesidad de dejar base documental sentada para poder desenvolver la función de control de legalidad que al Ministerio Fiscal y a este Centro Directivo corresponde, y que se deriva en todo caso de lo dispuesto por el propio artículo 246 del Reglamento que exige en tales actuaciones la presencia del Secretario, precisamente por la función documental de las actuaciones judiciales, en este caso registrales, que al mismo corresponden (cfr. arts. 7 y 15 R.R.C.).

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria:

- 1.º Estimar el recurso y revocar la providencia apelada.
- 2.º Reponer las actuaciones al trámite de audiencia reservada para que sea nuevamente practicada a los interesados.

Madrid, 26 de enero de 2005.-La Directora General, Pilar Blanco-Morales Limones.

Sr. Juez de Paz del Registro Civil de Moral de Calatrava (Ciudad Real).

4266

RESOLUCIÓN de 4 de febrero de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre depósito de las cuentas anuales de «Administración TECEMSA, S.L.».

En el expediente 33/04 sobre depósito de las cuentas anuales de «Administración TECEMSA, S.L.».

Hechos

I

Solicitado en el Registro Mercantil de Zaragoza el depósito de los documentos contables correspondientes al ejercicio 2003 de «Administración TECEMSA, S.L.», la Registradora Mercantil accidental de dicha