

La consecuencia que se derivaría de esta calificación desde el punto de vista del Derecho conflictual a efectos de determinar la ley aplicable es que, frente a la aplicación distributiva de las leyes personales de ambos contrayentes propia de los impedimentos unilaterales, en este caso la solución al conflicto de leyes que se produce al concurrir en el supuesto de los matrimonios mixtos las leyes nacionales de los contrayentes de diferente nacionalidad es la de su aplicación cumulativa. En cualquier caso, lo anterior supone que la validez del matrimonio queda condicionada a que ambos contrayentes respeten su respectivo estatuto personal, esto es, que cumplan los requisitos de capacidad impuestos por sus correspondientes leyes nacionales. En definitiva, sucede en sede de matrimonio lo mismo que en relación con cualquier otro negocio jurídico: el defecto de capacidad en uno sólo de los contratantes vicia de nulidad todo el negocio, y ello sin perjuicio de los efectos que se hayan de reconocer al matrimonio putativo, razonamiento que subyace en la Providencia del Registro Civil de Canet de Mar objeto del recurso. En consecuencia, es este criterio del «estatuto personal» y su aplicabilidad al caso el que debe ser ahora interpretado en el marco del conjunto del Ordenamiento jurídico español, teniendo presente a tales efectos que en sede de matrimonios entre personas del mismo sexo, dada la fecha de redacción del vigente artículo 9 n.º 1 del Código civil procedente de la reforma de su Título Preliminar aprobada por Real Decreto 1836/74, de 31 de mayo, la reciente admisión de los citados matrimonios operada por la Ley 13/2005 supone la posible existencia de una laguna axiológica en la materia, extremo sobre el que después se volverá.

VI. El centro neurálgico de la cuestión estriba, pues, en la consideración que ha de merecer el requisito de la diversidad de sexos desde la perspectiva de su calificación a efectos de determinar la norma de conflicto aplicable, lo cual en este caso es determinante por cuanto que nuestro Derecho Internacional Privado no cuenta con una regla conflictual que fije la ley aplicable a todos los requisitos del matrimonio, a modo de «lex matrimonii», ni tampoco dispone de una específica norma consagrada a señalar la ley aplicable a la «capacidad matrimonial», por lo que la reconducción de dicha materia al estatuto personal de la ley nacional no deja de ser el resultado de un silogismo interpretativo, bien que ampliamente extendido en la doctrina científica y en la oficial de este Centro Directivo.

A este respecto no debe olvidarse que tal «calificación» se ha de realizar con arreglo a la Ley española (cfr. art. 12 n.º 1 C.c.). En tal sentido no es ocioso recordar cómo los impedimentos matrimoniales vienen recogidos en los artículos 46 y 47 del Código civil, alusivos respectivamente a los absolutos o unilaterales y a los relativos o bilaterales, respectivamente, siendo así que en ninguno de ellos se menciona el impedimento de identidad de sexo. De otro lado, una parte significativa de nuestra doctrina científica al tratar de los requisitos subjetivos del matrimonio aborda separada y diferencialmente los impedimentos, la incapacidad o falta de aptitud para prestar el consentimiento matrimonial y, finalmente, el requisito de la diversidad de sexos, que vienen a considerarse como elemento constitutivo o esencial del propio derecho «a contraer matrimonio». Se traen a colación estas opiniones doctrinales no para someterlas al contraste con el Derecho positivo vigente hoy en España, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, sino para subrayar la idea de que la «diversidad de sexos», en la concepción tradicional, o la posible «identidad de sexos», en la concepción legal ahora vigente, es elemento vinculado directamente con la propia naturaleza del derecho a contraer matrimonio y, por extensión, de la institución matrimonial, y no necesariamente con la capacidad nupcial subjetivamente considerada. De hecho, como destaca el Preámbulo de la reiterada Ley 13/2005 «la regulación del matrimonio en el Derecho civil contemporáneo ha reflejado los modelos y valores dominantes en las sociedades europeas y occidentales. Su origen radica en el Código civil francés de 1804, del que innegablemente trae causa el español de 1889. En este contexto, el matrimonio se ha configurado como una institución, pero también como una relación jurídica que tan sólo ha podido establecerse entre personas del mismo sexo; de hecho, en tal diferencia de sexos se ha encontrado tradicionalmente uno de los fundamentos del reconocimiento de la institución por el Derecho del Estado y por el Derecho canónico. Por ello, los Códigos de los dos últimos siglos, reflejando la mentalidad dominante, no precisaban prohibir, ni siquiera referirse, al matrimonio entre personas del mismo sexo, pues la relación entre ellas en forma alguna se consideraba que pudiera dar lugar a una relación jurídica matrimonial». Claramente se aprecia en este texto la idea, vigente en España hasta la reciente reforma, de la diversidad de sexos como elemento estructural, constituyente de la propia institución, más que como requisito subjetivo de capacidad de sus miembros.

VII. En este sentido el desconocimiento por parte de numerosos Ordenamientos jurídicos extranjeros actuales del matrimonio como institución abierta a las parejas del mismo sexo y la paralela inexistencia de norma de conflicto específica en nuestro Derecho sobre los requisitos del matrimonio ajenos a su concepción tradicional y a la capacidad subjetiva de los contrayentes, son factores que puestos en conexión determinan la existencia de una laguna legal al respecto en nuestro Derecho conflictual, lo que supone la necesidad de activar los mecanismos legales de la interpretación integradora con objeto de cubrir tal laguna. Y desde este punto

de vista el artículo 9 n.º 1 del Código civil constituye la expresión de un principio general del Derecho que, en cuanto tal, no puede actuar de forma excluyente, sino en concurrencia con otros principios y valores jurídicos, que en conjunto y no aisladamente deben actuar para decantar la solución aplicable al caso.

Y la solución a tal laguna no puede ser otra, como ya ha declarado este Centro Directivo en su reciente Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, que la de acudir a la aplicación de la ley material española, según resulta de la concurrencia de los siguientes argumentos a su favor: a) La analogía con la figura de las «parejas de hecho homosexuales» reconocidas y reguladas por un amplio número de leyes autonómicas españolas que, bien como criterio de conexión bien como elemento delimitador de su ámbito de aplicación, acuden preferentemente a la vecindad administrativa, concepto vinculado a la residencia habitual de sus miembros; b) La proximidad «forum-ius»; c) El principio general de nuestro Derecho civil del «favor matrimonii»; d) La consideración del «ius nubendi» como derecho fundamental en nuestro Ordenamiento constitucional (art. 32) puesto en conexión con la extensión de la prohibición de toda discriminación a las ejercidas por razón de «orientación sexual», acogida novedosamente por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 en su artículo 21 como categoría autónoma y distinta de la prohibición de discriminación por razón de sexo, que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos había asociado tradicionalmente a las discriminaciones de género (Sentencias de 17 de octubre de 1986 –Caso Rees contra Reino Unido–, de 27 de septiembre de 1990 –Caso Cossey contra Reino Unido–, de 27 de septiembre de 1999 –Caso Smith y Grady contra Reino Unido–), hasta su Sentencia de 21 de diciembre de 1999 –Caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal– y 31 de julio de 2000 –Caso A.D.T. contra Reino Unido– en que se afirma la existencia de violación de los artículos 8 y 14 del Convenio, por apreciar la existencia de una discriminación por razón de «orientación sexual»; e) la vinculación del ejercicio efectivo del derecho al matrimonio con el principio del libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 10.1 de la Constitución; e) La necesidad de interpretar las leyes con arreglo a la «realidad social del tiempo en que han de aplicarse» (art. 3 C.c.), siendo así que en la actualidad en España se viven de forma coetánea los fenómenos del reconocimiento social de muy diversas formas de convivencia familiar y el de una intensa inmigración, cuya integración reclama la ampliación de los espacios jurídicos de reconocimiento del estatuto personal basado en la residencia habitual, como pone de manifiesto la reciente reforma del artículo 107 del Código civil operada por Ley 11/2003, de 29 de septiembre, en materia de ley aplicable a la separación y el divorcio; f) Finalmente, ésta fue también la solución que alumbró la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo durante los años de vigencia de la Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932 para permitir el divorcio de españoles casados con extranjeros nacionales de países que no reconocían en la época esta institución (vid. Sentencias de 27 de enero de 1933, 10 de julio de 1934 y 4 de diciembre de 1935).

Todo ello conduce a la obligada conclusión de que el matrimonio celebrado entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España del mismo sexo será válido, por aplicación de la ley material española, aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios, sin perjuicio del cumplimiento de los demás requisitos de forma y competencia del órgano que deba autorizar el matrimonio previstos en nuestro Ordenamiento jurídico (Consulta DGRN 23 diciembre 2004), lo que hace innecesario y, en consecuencia, improcedente como trámite superfluo (cfr. art. 345-II R.R.C.) el requerimiento acordado en la providencia recurrida relativo a la aportación de un informe consular del que resulte que el matrimonio proyectado entre personas del mismo sexo cuya autorización se solicita es conforme con la Ley hindú, providencia que, en consecuencia, no puede ser mantenida.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria estimar el recurso y revocar la providencia recurrida.

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

Sr. Juez de Paz de Canet de Mar (Barcelona).

21657

RESOLUCIÓN de 31 de octubre de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra el auto dictado por el Juez Encargado del Registro Civil de Madrid, en el expediente sobre declaración de nacionalidad española de nacido en España hijo no matrimonial de padre marroquí y madre colombiana.

En el expediente sobre declaración de nacionalidad con valor de simple presunción remitido a este Centro en trámite de recurso por virtud del

entablado por los promotores contra auto del Juez Encargado del Registro Civil Único de Madrid.

Hechos

1. Por escrito presentado en el Registro Civil Único de Madrid, el 17 de junio de 2004, Don Y. H. y Doña S.-M. R. R., mayores de edad, de nacionalidad marroquí y colombiana respectivamente y con domicilio en Madrid, solicitaban para su menor hijo I.-A. H., nacido en Collado Villalba el 7 de diciembre de 2000 la declaración de la nacionalidad española con valor de simple presunción, alegando que la legislación colombiana no otorga la nacionalidad colombiana a los nacidos fuera de su territorio y que no figura inscrito en el Consulado y que los hijos de padre natural de Marruecos para adquirir la nacionalidad marroquí se exige que el hijo halla nacido dentro del matrimonio celebrado conforme a la legislación vigente en Marruecos por lo que tampoco puede inscribirse su nacimiento en el Consulado mientras no se regularice su situación matrimonial. Acompañan los siguientes documentos: Certificados de empadronamiento, certificación literal de nacimiento del menor interesado, y certificados consulares.

2. El Ministerio Fiscal en su informe de fecha 23 de junio de 2004, desestima la pretensión de los promotores por ostentar el padre del menor la nacionalidad marroquí y la legislación del Reino del Marruecos sigue un criterio de «ius sanguinis» por lo que no se produce la situación de apátrida originaria. El Juez Encargado del Registro Civil dictó auto con fecha 19 de agosto de 2004 denegando la petición formulada, alegaba como razonamientos jurídicos que la normativa legal de Colombia no permite a la madre transmitir a su hija su propia nacionalidad para los hijos de ciudadano colombiano que nazcan en el extranjero y que es doctrina reciente de la Dirección General de los Registros, básicamente a partir de la Resolución de 26 de enero de 2004, que ostenta la nacionalidad marroquí el hijo de padre de tal nacionalidad y aunque no exista matrimonio entre los padres.

3. Notificado el Ministerio Fiscal y los promotores, éstos interponen recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, manifestando que conforme a la legislación marroquí, se considera marroquí a todo sujeto nacido de padre marroquí, sea cual sea la nacionalidad de la madre y el lugar de nacimiento, dentro de un matrimonio conforme a la legislación vigente en Marruecos, y el caso concreto es que no hay matrimonio celebrado ni con anterioridad, ni con posterioridad al nacimiento del menor. Acompaña nuevamente certificados consulares.

4. Notificado el recurso al Ministerio Fiscal, desestima el mismo por entender que las alegaciones no desvirtúan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida. El Juez Encargado del Registro Civil Único de Madrid, deniega la nacionalidad española con valor de presunción y remite el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado para su resolución.

Fundamentos de Derecho

I. Vistos los artículos 12 y 17 del Código civil; 96 de la Ley del Registro Civil; 335 y 338 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 10-1.^a de Septiembre de 1994, 7 de Diciembre de 1995, 24 de Enero de 1996, 18-3.^a de enero, 30 de abril y 9 de septiembre de 1997 y 11-2.^a de mayo y 27 de octubre de 1998, 1-1.^a y 15-5.^a de febrero de 1999, 11-2.^a de febrero, 24-1.^a de abril, 31-4.^a de mayo, 12-1.^a, 15-1.^a y 22-2.^a de septiembre, 17-3.^a y 28 de octubre, 18-1.^a y 27 de diciembre de 2000 y 27-2.^a de marzo y 5-1.^a y 11 de abril y 5-1.^a de mayo de 2001, 5-4.^a de febrero de 2002, 10-2.^a de mayo y 23-2.^a de octubre de 2003, 26-1.^a y 26-4.^a de enero de 2004 y 26-3.^a de enero de 2005.

II. Se pretende por este expediente que se declare con valor de simple presunción (cfr. art. 96-2.^o L.R.C.) que tiene la nacionalidad española de origen un niño nacido en España en 2000, inscrita en el Registro Civil español como hija no matrimonial de padre marroquí y madre colombiana.

III. Esta pretensión se basa en la forma de atribución «iure soli» de la nacionalidad española establecida en el artículo 17-1-c del Código civil para los nacidos en España de padres extranjeros, si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad.

IV. Es necesario, pues, determinar el contenido y alcance de la legislación marroquí en orden a la atribución de esta nacionalidad a los nacidos en el extranjero de padres marroquíes (cfr. art. 12 n.º 6 C.c.), lo que presupone la siempre compleja tarea previa de valorar la prueba del Derecho extranjero aplicable y de interpretar sus mandatos. Es esta complejidad, que explica alguno de los matices y variaciones que la doctrina de este Centro Directivo ha experimentado en la materia, junto con la conveniencia de reexaminar el tema a la luz de las modificaciones introducidas en el Código de Familia de Marruecos (Mudawana) en virtud del Dahir n.º 1.04.22, de 3 de febrero de 2004, que promulga la Ley n.º 70.03, y que entró en vigor el 5 de febrero de 2004, dada la trascendencia que para el

régimen de transmisión de la nacionalidad marroquí por vía de «ius sanguinis» presenta la cuestión previa de la determinación de la filiación paterna del hijo, lo que aconseja su revisión sistemática y general.

V. Este Centro Directivo había mantenido hasta su Resolución de 27 de octubre de 1998 que el artículo 17-1-c del Código civil no era aplicable a los hijos de padre marroquí, porque por aplicación de la ley marroquí, los hijos de padre marroquí ostentaban «de iure» la nacionalidad marroquí por nacimiento, siendo indiferente el dato del carácter matrimonial o no de tal filiación a la hora de valorar la adquisición, o falta de adquisición, de la nacionalidad española «iure soli». Esta doctrina estaba basada en el conocimiento entonces adquirido de la legislación marroquí en la materia, y en concreto en el artículo 6 del Dahir n.º 250-58-1 de 6 de septiembre de 1958, relativo al Código de nacionalidad marroquí, el cual establece que tiene la nacionalidad marroquí de origen por filiación: «1.º el niño nacido de un padre marroquí; y 2.º el niño nacido de una madre marroquí y de un padre desconocido», y ello sin exigencias adicionales relativas al lugar de nacimiento y, por tanto, también en el caso de que el mismo tenga lugar en el extranjero. Tampoco condiciona el precepto mencionado la atribución de la nacionalidad marroquí originaria a que el nacimiento del niño haya tenido lugar dentro de un matrimonio, lo que había permitido a esta Dirección General extraer la consecuencia de que dicha nacionalidad se transmitía al hijo con independencia del tipo de filiación y del estado civil del padre.

VI. La doctrina anterior sufre una primera inflexión con la Resolución de 15-5.^a de febrero de 1999, en la que el Centro Directivo a la vista de la prueba del Derecho extranjero aportada por los promotores junto a su escrito de recurso, alcanza una conclusión distinta de la hasta entonces mantenida. Con arreglo a la citada prueba de la legislación marroquí, el hijo nacido en el extranjero de ciudadanos marroquíes, únicamente puede ser considerado de esta nacionalidad si ha nacido dentro de un matrimonio que sea válido conforme a la legislación marroquí. Por lo tanto, el matrimonio contraído en el extranjero debe hacerse con arreglo a las normas que correspondan según el estatuto personal del contrayente marroquí. En consecuencia los hijos nacidos de una relación no matrimonial o ilegítima no pueden ser considerados marroquíes, conclusión que se extendía al matrimonio civil celebrado en España, matrimonio que, se afirmaba, carece de validez según la legislación personal del padre y por tanto, y de acuerdo con la misma, los hijos habidos de tal matrimonio no pueden ser considerados como marroquíes, dando con ello lugar a la estimación del recurso. La prueba invocada en el recurso que dio lugar a la citada Resolución de 15-5.^a de febrero de 1999 viene a coincidir con el contenido del certificado expedido por el Consulado General de Marruecos en Madrid, aportado al presente expediente, conforme al cual según el Código de la nacionalidad de este país, «se considera marroquí todo sujeto nacido de padre marroquí, sea cual sea la nacionalidad de la madre y el lugar de nacimiento, dentro de un matrimonio conforme a la legislación vigente en Marruecos».

La tesis paralela a la anterior de que es necesario para la atribución de la nacionalidad marroquí por filiación paterna no matrimonial que esta determinación de la filiación no matrimonial sea válida para el Ordenamiento marroquí, en combinación con la no aplicación por el Derecho marroquí en esta materia de la regla «locus regit actum», dando lugar a que la determinación de la filiación paterna de acuerdo con las leyes españolas carece de eficacia en Marruecos, fue acogida por esta Dirección General, en línea con la Resolución anterior, como causa impeditiva de la adquisición por nacimiento «iure sanguinis» de la nacionalidad marroquí del padre a pesar de mediar un reconocimiento formalizado conforme al Derecho español (cfr. Resolución de 16-1.^a de enero de 2002). Además, el hecho de que el padre fuese conocido, a pesar de no entenderse establecido legalmente para el Derecho marroquí el vínculo de la filiación, suponía excluir la nacionalidad marroquí del nacido por vía de filiación materna, la cual está condicionada a la circunstancia de ser desconocido el padre. Con ello se venía a aplicar una misma y única solución a los casos de filiación paterna no matrimonial, cuando el reconocimiento por parte del padre no fuese considerado válido por el Derecho marroquí, y a los supuestos de filiación matrimonial, cuando fuese el propio vínculo matrimonial el no reconocido por tal Derecho.

VII. Sin embargo, este Centro Directivo en su más reciente Resolución de 5-4.^a de febrero de 2002 vuelve sobre sus pasos y, para los supuestos de filiación matrimonial, recupera de nuevo su doctrina anterior a 1999, afirmando que no obstante la conclusión contraria a la que llegó la mencionada Resolución, «se impone ahora, de acuerdo con el conocimiento más exacto adquirido de la legislación marroquí, confirmar la doctrina anterior de la Dirección General, en el sentido de que el nacido fuera de Marruecos de padre marroquí, siendo su filiación matrimonial, tiene «de iure» desde su nacimiento la nacionalidad marroquí de su padre, con independencia de las dificultades «de facto» con que se encuentre (el interesado) en el Consulado marroquí para documentarse como nacional de este país y para que sea reconocido el matrimonio de su padre. No hay, por otra parte, dificultades insuperables en este caso para que sea reconocida en Marruecos la validez de un matrimonio civil celebrado en España

entre un marroquí musulmán y una cristiana». Pero nuevamente esta conclusión es matizada respecto de los casos en que el matrimonio civil se haya celebrado entre dos marroquíes en España, al admitir la falta de eficacia del mismo para Marruecos (cfr. Resolución de 16-8.ª de septiembre de 2002).

Alineándose con la citada Resolución de 5-4.ª de febrero de 2002, y extendiendo sus conclusiones al ámbito de la filiación paterna no matrimonial, la más reciente de 26-1.ª de enero de 2004, niega la condición de español «iure soli» al nacido en España hijo no matrimonial de padre marroquí y madre ecuatoriana. Esta misma doctrina debe ser ahora confirmada para el caso presente relativo a una niña nacida en España hija no matrimonial de padre marroquí y de madre colombiana, doctrina que se reafirma a la vista de las modificaciones que ha introducido en el Código de Familia marroquí (Mudawana) en materia de filiación el Dahir n.º 1.04.22, de 3 de febrero de 2004, que promulga la Ley n.º 70.03, norma que necesariamente se ha de tomar en cuenta por razón de lo dispuesto por el artículo 9 n.º 1 y 4 del Código civil que remiten la regulación de la determinación y contenido de la filiación al estatuto personal del hijo.

Ahora bien, dado que, a su vez, al tratar de aplicar el artículo 17-1-c del Código civil se parte de una situación de potencial intervención subsidiaria de la nacionalidad española a fin de evitar la, en su defecto, apatridia del menor, surge una situación paradójica caracterizada por un efecto de «doble espejo» entre los artículos 17-1-c y 9 n.º 1 y 4 del Código civil, en la que la nacionalidad y la filiación del menor son respectivamente cuestiones previas la una respecto de la otra, sin que ninguna de las dos se pueda definir sin determinar antes la otra: el hijo es nacional marroquí si se establece su filiación respecto de un padre marroquí, pero para determinar esta filiación ha de hacerse aplicación del estatuto personal del hijo que, a su vez, se determina por la nacionalidad del mismo, nacionalidad que no puede afirmarse sin el «prius» de la filiación.

VIII. En una primera aproximación al tema, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, se observa que el artículo 9 n.º 4 del Código civil adolece de una laguna legal por referirse sólo al carácter y contenido de la filiación pero no a su «determinación». Para subsanar a tal laguna, descartada la tesis de la «lex fori» por falta de soporte legal, la mayoría de la doctrina científica y la oficial de este Centro Directivo ha abogado por una aplicación analógica del propio artículo 9 n.º 4 citado (cfr. Resoluciones de 29 de abril de 1992 y 18 de septiembre de 1993, entre otras), tesis a la que más recientemente se ha sumado el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de marzo de 2000, lo cual supone acudir a la ley nacional del hijo, sometiendo a la misma los títulos de determinación y acreditación de la filiación, la regulación de los medios de prueba y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación.

IX. Ciertamente es que estando en cuestión la determinación sobre el efecto de transmisión de la nacionalidad en función del carácter matrimonial o no matrimonial de la filiación, en atención a las diferencias sustantivas entre ambos tipos que al respecto se desprenden de la legislación marroquí (conforme al art. 148 de la Mudawana la filiación ilegítima no produce ninguno de los efectos de la filiación legítima respecto al padre), y a la vista del principio de igualdad jurídica y proscripción de toda discriminación por razón de filiación que establecen los artículos 14 y 39 de nuestra Constitución, principios desarrollados legalmente en nuestro Ordenamiento desde la Ley 11/1981, de 13 de mayo, el reenvío que el artículo 9 n.º 4 del Código civil hace a aquella legislación puede ser excepcionado aplicando el filtro constitucional a través de la cláusula del orden público internacional español, en línea con la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, en la que se afirma que «el estatuto jurídico del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos» (Fundamento jurídico 5.º). El mismo Tribunal Constitucional ha hecho aplicación práctica de esta idea para rechazar la intervención de la ley extranjera que prohíbe las acciones de filiación del hijo, aplicando en su lugar sustitutivamente la Ley española, activando así la previsión del artículo 12 n.º 3 del Código civil (vid. Sentencia 7/1994, de 17 de enero). Igualmente actúa en tal dirección la existencia de normas materiales imperativas en el Derecho español que limitan el alcance de las normas de conflicto antes vistas, como es el caso de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyo artículo 1 declara aplicable la Ley a todo menor de dieciocho años que se encuentre en España, sean estos nacionales o extranjeros.

La Ley española como Ley del foro es también la que resulta aplicable si se parte de la idea de que, por ser la filiación una cuestión previa y condicionante de la de la nacionalidad del menor, la cuestión del establecimiento del vínculo filial se ha de resolver partiendo como premisa previa del carácter indeterminado de la nacionalidad del hijo, lo que supone aplicar como punto de conexión la residencia habitual de éste (cfr. arts. 9 n.º 4 y n.º 10 C.c.), lo cual remite en el presente caso, como se ha dicho, a la ley española, que es la más estrechamente vinculada al supuesto de hecho (ley del foro, ley del nacimiento y de la residencia habitual de padres e hijo). Finalmente en este complejo proceso interpretativo, abundando en la solución apuntada, se ha de ponderar de forma decisiva el principio del «favor filiationis», que igualmente aconseja aplicar la ley que reconoce el vínculo de filiación como vínculo jurídico resultante del

hecho biológico de la procreación (ley española), descartando la ley que niega tal vínculo (ley marroquí).

X. Las conclusiones anteriores no quedarían desvirtuadas incluso si se considerase que la anterior aproximación metodológica al tema puede no ser la correcta cuando de lo que se trata es de examinar la cuestión de la determinación de la filiación como cuestión previa a la aplicación del artículo 17-1-c del Código civil, pues si el resultado de la exclusión de la legislación extranjera fuera la de admitir el nexo filial a los efectos del Derecho español, arrastrando con ello la consecuencia, lógica desde la perspectiva de nuestro Ordenamiento, de la afirmación de la nacionalidad marroquí del hijo, el resultado final sería el del incumplimiento de la finalidad de aquel precepto, esta es, la evitación de la apatridia, si paralelamente la misma conclusión sobre la nacionalidad del menor no fuese alcanzada, como obviamente no lo será por partir de la premisa de su inaplicación, por la legislación marroquí. Con ello se daría precisamente la situación de apatridia que se trataba de evitar. Desde esta perspectiva, para lograr la finalidad a que propende la norma se impondría admitir la excepción de la excepción, esto es, la inaplicación al caso de la cláusula del orden público, razón por la que procede el análisis del tema de la filiación del menor desde la exclusiva perspectiva del Derecho marroquí.

Pues bien, resulta incuestionable que el Derecho marroquí asume el criterio de la transmisión de la nacionalidad «iure sanguinis» como regla preferente (vid. artículo 6 del Dahir n.º 250-58-1 de 6 de septiembre de 1958), si bien ello lo hace asumiendo el principio básico propio del Derecho de familia islámico de que el parentesco se transmite por línea masculina, razón por la cual la transmisión de la nacionalidad por vía materna se condiciona a que el padre sea desconocido. La legitimidad de la filiación presupone, en consecuencia, la prueba de la consanguinidad del padre respecto del hijo.

La filiación se presume «iuris tantum» por la Ley cuando el hijo nace durante el matrimonio o en un determinado periodo de tiempo posterior a su disolución compatible con la presunción de que la concepción fue matrimonial (cfr. arts. 152 a 154 de la Mudawana). Esto viene a coincidir con el contenido de la información proporcionada por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación del Reino de Marruecos en nota verbal del año 1994, que vincula la prueba de la paternidad a la existencia de un matrimonio válido conforme a la legislación marroquí.

Pero tal afirmación, aislada de su contexto jurídico, supone a fecha actual incurrir en una suerte de «sinécdoque jurídica», tomando la parte por el todo, pues son medios legales para la determinación de la filiación paterna no sólo la presunción legal que se deriva del matrimonio, sino también el reconocimiento y la cohabitación (cfr. art. 152 de la Mudawana reformada), produciendo ésta los mismos efectos de prueba que el matrimonio, y ostentando el hijo reconocido los mismos derechos y deberes que los hijos matrimoniales (cfr. arts. 157 de la Mudawana reformada). Esta nueva situación legal obliga a extender la solución dada al caso de la filiación paterna matrimonial a los casos de matrimonios civiles contraídos en el extranjero (matrimonio que en España presupone la cohabitación: art. 68 C.c.), y a los supuestos de filiación no matrimonial cuando quede acreditado el reconocimiento, válido para Marruecos, o la cohabitación. Hay que subrayar, en cuanto a los matrimonios contraídos por ciudadanos marroquíes fuera de Marruecos, que el nuevo Código de Familia marroquí admite su celebración en la forma local propia del país de la residencia habitual de aquellos, admitiendo, pues, el Derecho marroquí en la actualidad en esta materia la regla «locus regit actum», sin perjuicio de la obligación de depositar una copia del acta matrimonial en el Consulado de Marruecos correspondiente al lugar de celebración (cfr. arts. 14 y 15). Además, el artículo 157 del nuevo Código admite el establecimiento de la filiación también en los casos de matrimonios viciados o impugnables o incluso en el supuesto de las denominadas «relaciones por error» (vid. art. 152 n.º 3).

XI. En cuanto a estos efectos probatorios de la filiación no matrimonial, no puede obviarse el hecho de que la propia inscripción del nacimiento en el Registro Civil español constituye prueba de la filiación (cfr. arts. 113 C.c., y 2 y 41 L.R.C.), de especial importancia cuando la inscripción ha sido promovida por el padre conjuntamente con la madre, como sucede en el presente caso, y practicada dentro del plazo legal (cfr. arts. 120 n.º 1 y 124 C.c.), siempre que no se aprecie imposibilidad biológica para la paternidad y que no se haya otra distinta acreditada (cfr. art. 113 «in fine» C.c.), y siempre que no pueda dudarse de la autenticidad del reconocimiento. La invocación en este punto de los citados preceptos del Ordenamiento español se hacen no en calidad de reguladores del fondo del reconocimiento (al no haber cuestión en este caso sobre la necesidad de consentimientos complementarios o de otros posibles obstáculos legales), aspecto en el que hay algunos antecedentes en la jurisprudencia registral no pacíficos desde el punto de vista de su aceptación por parte de la doctrina científica, sino en tanto que relativos a la «forma» del reconocimiento, y por tanto amparados en su pertinencia «in casu» por las reglas del artículo 11 del Código civil (cfr. Resolución de 25 de marzo de 1985). Finalmente ha de destacarse en esta materia la asunción del principio del «favor filiationis» por el Derecho marroquí, que sienta la presunción de que «la filiación es legítima respecto del padre y de la madre salvo prueba en contrario» (vid. art. 143). Admitida, pues, la

existencia de un vínculo filial entre el padre marroquí y su hijo, éste adquiere «de iure» por filiación desde su nacimiento la nacionalidad marroquí de su padre.

XII. Consecuentemente, como la finalidad del artículo 17-1-c del Código civil es evitar situaciones de apatridia originaria, que aquí no se producen, no es posible declarar que el nacido ostenta la nacionalidad española, al estar basada la pretensión y el posterior recurso en un certificado consular que en modo alguno puede servir para fundamentarla ya que tan sólo recoge parcialmente la legislación marroquí sobre atribución de nacionalidad, y sin que esta conclusión quede alterada por el hecho de que la legislación colombiana no atribuya al nacido la nacionalidad de su madre, al no producirse en este caso situación alguna de apatridia.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

Madrid, 31 de octubre de 2005.—La Directora General, Pilar Blanco-Morales Limones.

Sr. Juez Encargado del Registro Civil de Madrid.

21658 *RESOLUCIÓN de 7 de noviembre de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra el acuerdo dictado por el Juez Encargado del Registro Civil de Algeciras, en las actuaciones sobre matrimonio consular en España.*

En las actuaciones sobre inscripción de matrimonio remitidas a este Centro en trámite de recurso por virtud del entablado por los interesados contra acuerdo del Encargado del Registro Civil de Algeciras.

Hechos

1. Mediante escrito presentado en el Registro Civil de Fuengirola el 26 de febrero de 2004, don N. N. G., nacido el 27 de abril de 1969, en Tánger (Marruecos), de nacionalidad marroquí, y doña N. I., nacida el 10 de enero de 1977, en Bayona (Francia), de nacionalidad francesa, solicitaron la inscripción de su matrimonio celebrado por el rito islámico en el Consulado del Reino de Marruecos en Algeciras el 20 de junio de 2003. Acompañaba con la solicitud los siguientes documentos: pasaportes, volante de convivencia, extracto del acta de nacimiento, y acta de matrimonio correspondientes a ambos contrayentes.

2. Ratificados los interesados, prestaron juramento de su estado civil, y compareció un testigo que manifestó que el matrimonio que habían contraído los solicitantes no incurría en prohibición legal alguna. El Ministerio Fiscal no se opuso a lo solicitado.

3. Remitido el expediente al Registro Civil de Algeciras, el Ministerio Fiscal informó que se oponía a la pretensión, ya que no se había acreditado que el matrimonio celebrado por el rito islámico ante el Cónsul de Marruecos en Algeciras se hubiera celebrado ante un dirigente islámico perteneciente a una comunidad islámica inscrita que forme parte de la Comunidad islámica de España o de algunas de las Federaciones integradas en dicha comisión, por lo que no procedía inscribir el matrimonio solicitado. El Juez encargado del Registro Civil dictó acuerdo con fecha 30 de abril de 2004 denegando la práctica del matrimonio celebrado ya que si bien se había celebrado en un consulado, por dos contrayentes de nacionalidad marroquí y francesa, el matrimonio no había sido celebrado ante un dirigente islámico perteneciente a una comunidad islámica inscrita que forme parte de la Comisión Islámica de España o de algunas de las federaciones islámicas inscritas integradas en esta comisión, que era el único caso en que se atribuían efectos civiles al matrimonio islámico celebrado en España.

4. Notificado el Ministerio Fiscal y los promotores, éstos interpusieron recurso solicitando la inscripción del matrimonio, alegando que se trataba de inscribir un matrimonio civil realizado ante un funcionario público, es este caso consular, quien representa en territorio español a las autoridades de su país de origen, por lo que era totalmente válido, sin que los contrayentes sean españoles.

5. Notificado el Ministerio Fiscal, éste se ratificó en su anterior dictamen, interesando la confirmación del auto recurrido por sus propios y acertados fundamentos. El Encargado del Registro Civil Central remitió lo actuado a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Fundamentos de Derecho

I

Vistos los artículos 9, 11, 49, 50, 65, 73 y 78 del Código civil; 23 y 73 de la Ley del Registro Civil; 85 y 256 del Reglamento del Registro Civil; 22 y

31 del Convenio de Viena de Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961, 31 y 43 del Convenio de Viena de Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963; 1, 3 y 7 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación entre el Estado Español y la Comisión Islámica de España, la Instrucción de 10 de febrero de 1993, y las Resoluciones de 21 de septiembre de 1998 y 23-4.^a de enero, 12-2.^a de mayo y 18-2.^a de octubre de 1999, 28-1.^a de mayo y 23-3.^a de octubre de 2001, 29-3.^a de septiembre de 2003 y 19-4.^a de enero de 2004.

II

Conforme establece hoy claramente el artículo 49 del Código civil, un español ha de contraer matrimonio en España, bien ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por el mismo Código, bien en la forma religiosa legalmente prevista. El matrimonio consular que no es una forma válida si uno de los contrayentes es español, de suerte que en tal caso el matrimonio sería nulo por aplicación del artículo 73-3.^o del Código civil, puede por el contrario ser contraído válidamente por dos extranjeros en España, si así lo permite la ley personal de cualquiera de ellos (cfr. al art. 50 del Código civil).

III

En efecto, el artículo 50 del Código civil, respecto de los matrimonios celebrados en España entre contrayentes extranjeros, establece una norma de conflicto con puntos de conexión alternativos, favoreciendo la validez formal del matrimonio, en cuya virtud del matrimonio será válido si se ha contraído «con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la Ley personal de cualquiera de ellos».

IV

En el presente caso el Encargado del Registro Civil ha denegado la inscripción del matrimonio celebrado el 20 de junio de 2003 en el Consulado de Marruecos en Algeciras entre un marroquí y una francesa. La calificación del Encargado, que sin duda alcanza a la comprobación de la existencia del requisito legal sobre la forma válida de celebración del enlace (cfr. arts. 65 C.c. y 256 R.R.C.), se ha basado en el hecho de que habiéndose celebrado el matrimonio conforme al rito islámico, no ha intervenido en su celebración ningún dirigente religioso islámico perteneciente a una comunidad islámica inscrita que forme parte de la Comisión Islámica de España o de alguna de las Federaciones Islámicas inscritas integradas en esta Comisión, entendiéndose que queda sujeto a este requisito el reconocimiento de efectos civiles del matrimonio islámico celebrado en España, conforme a lo previsto por los artículos 1 n.º 3 y 7 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, sobre matrimonio religioso según el rito islámico. En el mismo sentido se pronuncia el Ministerio Fiscal, quien además recuerda que no puede oponerse a la conclusión anterior, por el hecho de haberse celebrado el matrimonio en el Consulado de Marruecos en Algeciras, el argumento de que las Embajadas y Consulados extranjeros en España gozan del privilegio de extraterritorialidad, ya que tales Embajadas y Consulados forman parte integrante del territorio español, una vez que esa antigua ficción de la extraterritorialidad ha sido sustituida en el Derecho Internacional Público por los conceptos de inviolabilidad e inmunidad.

V

Sin embargo, un atento análisis de la situación arroja la conclusión de que la calificación anterior no puede ser mantenida. En efecto, si bien no hay duda de que la nueva regulación introducida por la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, es aplicable a los matrimonios en forma religiosa islámica celebrados en España cuando uno o ambos contrayentes tienen la nacionalidad española, por el contrario se ha discutido qué es lo que ha de ocurrir si ambos contrayentes son extranjeros, pues podría pensarse que el artículo 50 del Código Civil, en cuanto autoriza a los extranjeros a acogerse a las formas matrimoniales previstas por la ley personal de cualquiera de ellos, no ha quedado afectado por la citada Ley 26/1992. Esta es precisamente la interpretación que se desprende de la Instrucción de esta Dirección General de 10 de febrero de 1993. En consecuencia, si se tiene en cuenta que aquel artículo concede una opción a los extranjeros para celebrar el matrimonio en España «con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos», ha de estimarse que esta opción subsiste y que incluso se ha ampliado porque la forma prescrita para los españoles comprende hoy no sólo la forma civil o la religiosa canónica, sino las formas religiosas previstas por los Acuerdos con las confesiones religiosas (lo afirmado vale también para los casos de los matrimonios religiosos según el rito evangélico y según la normativa israelita: vid. leyes 24/1992 y 25/1992, de 10 de noviembre).