

sen ejercitado ninguno de los padres del recurrente. Es cierto, no obstante, que la citada Constitución de la Monarquía española de 1876 afirmaba en su artículo 1 que «Son españoles: 1.º Las personas nacidas en territorio español», norma que se introdujo ya en la anterior Constitución de 18 de junio de 1837 (son españoles «todas las personas nacidas en los dominios de España»), de donde pasó a las Constituciones de 23 de mayo de 1845 y a la posterior de 1 de junio de 1869, si bien en esta última se sustituye la expresión «dominios de España» por la de «territorio español», esto es, acogiendo una formulación idéntica a la incorporada al artículo 1 de la Constitución canovista de 1876 y al tenor del apartado 1 del artículo 17 de la redacción originaria del Código civil. Con ello una primera impresión resultante de la lectura apresurada de tales preceptos podría trasladar la idea de que tanto el texto constitucional como el texto legal citados imponían el criterio del «ius soli».

Sin embargo, hay que advertir inmediatamente contra el error de tal interpretación. En efecto, el mandato del número 1 del artículo 17 se complementa con lo dispuesto en los artículos 18 y 19 del Código civil, en su misma redacción originaria, de donde resulta la necesidad de ejercer la opción antes indicada para adquirir la nacionalidad española, opción a la que faculta el hecho del nacimiento en territorio español. Con ello el Código civil utilizaba en este precepto el nacimiento en el territorio español como condición o presupuesto para la adquisición de la nacionalidad española y no como causa directa de tal adquisición. Como ha destacado la doctrina más autorizada al hacer la exégesis del sistema español de nacionalidad resultante de la redacción originaria del Código civil, éste no imponía a los nacidos en el ámbito de la soberanía española la condición de súbditos del Estado español, sino que emplea el criterio del «ius soli» sólo para tener en cuenta una probabilidad y para ofrecer una facultad al extranjero. La concesión de la facultad de optar por la nacionalidad correspondiente al territorio en el que se nace estuvo, sin duda, influido por el Derecho francés. En la deliberación del Consejo de Estado francés (1801) sobre la nacionalidad del hijo de extranjero nacido en Francia, frente a la propuesta de Napoleón de atribución directa y automática de la francesa, el Tribunal presentó resistencias a tal sistema por ver en el mismo ciertas reminiscencias feudales, y propuso su supresión. El resultado final basado en la «facultas soli» o derecho de opción fue fruto de una transacción entre ambas posturas.

VI. Podría alegarse, no obstante, que si bien los padres del recurrente no ejercieron la opción prevista en el artículo 18, redacción originaria, vigente a la fecha de su nacimiento, habrían adquirido la nacionalidad española no por la vía del «ius soli», sino por filiación, como hijos de padre y madre nacidos, a su vez, en Puerto Rico en fecha que no consta en las actuaciones pero que con toda probabilidad fue en ambos casos anterior a la de la entrada en vigor del Código civil de 1889, y bajo la vigencia bien de la Constitución de 1876 bien de la de 1868, siendo así que en ninguno de ambos casos que imponía expresamente la necesidad de optar para acceder a la nacionalidad española por parte de los nacidos en territorio español o en los dominios de España. Sin embargo, tampoco desde esta perspectiva puede prosperar la pretensión del promotor.

VII. En efecto, dos son las razones que se oponen a ello. En primer lugar, hay que recordar que el origen de las dificultades jurídicas relacionadas con la situación de los nacidos en los territorios coloniales bajo soberanía española radica en el hecho de que una de las cuestiones más debatidas y oscuras de la teoría general del Estado es precisamente la naturaleza de su territorio, hasta el punto de que no es frecuente hallar en la doctrina científica una explicación sobre la distinción entre territorio metropolitano y territorio colonial. Sobre tal dificultad se añade la actitud cambiante de la política colonial como consecuencia de lo mutable también de las relaciones internacionales, caracterización a la que no ha podido sustraerse la posición española, especialmente estudiada en relación con África ecuatorial y occidental, y que se hace patente a través de una legislación que sigue, como ha señalado el Tribunal Supremo, un itinerario zigzagueante integrado por tres etapas fundamentales: a) en un primer momento dichos territorios se consideraron simplemente colonias; b) vino luego la fase de provincialización durante la que se intenta su asimilación a la metrópoli; c) por último, se entra en la fase de descolonización, que reviste la forma de independencia en Guinea Ecuatorial, de cesión o retrocesión en Ifni, y de autodeterminación en el Sahara.

En cualquier caso, por lo que se refiere a la «nacionalidad» de los saharauis, durante el plazo de la tutela de nuestro Estado sobre el territorio del Sahara Occidental, atendiendo a los grados de asimilación material y formal entre los diversos estatutos jurídicos de la población, resulta que, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de octubre de 1998, en la práctica y en la ordenación de estos problemas en los Estados colonizadores, se han impuesto restricciones al «status civitatis» de la población colonizada «lo que ha permitido la diferencia doctrinal, basada en datos jurídicos, entre nacionales-ciudadanos y nacionales-súbditos» (ejemplos del Derecho comparado son Holanda, Italia, Bélgica y Francia). En España, pese a la ambigüedad normativa sobre la calificación de los territorios pertenecientes a colonias y su identificación con el territorio nacional, las realidades de la heterogeneidad territorial y

de los estatutos personales ha sido sostenida por el Tribunal Supremo en su citada sentencia y en la posterior de 7 de noviembre de 1999 y anteriormente por el Consejo de Estado en diversos dictámenes (Dictamen núm. 36017/1968 para el caso de Guinea y Dictamen 36227/1968 para el caso de Ifni), y a partir del examen pormenorizado de las disposiciones dictadas en relación con aquellos territorios, llegaron a conclusiones fundadas acerca de las diferencias entre territorio nacional y territorios coloniales, así como sobre la diferente condición jurídica de nacionales y naturales de las colonias.

En el caso de las denominadas «provincias de Ultramar» la situación resulta similar, pues no se puede afirmar que nuestro Ordenamiento jurídico estableciese un sistema de asimilación completo entre tales territorios y los metropolitanos, según resulta con claridad de las previsiones contenidas al respecto en la Constitución española de 1876, que ordenaba un régimen jurídico singular y especial para tales provincias al disponer en su artículo 89 que «Las provincias de Ultramar serán gobernadas por leyes especiales», si bien autorizaba al Gobierno para aplicar a las mismas «con las modificaciones que juzgue convenientes y dando cuenta a las Cortes, las leyes promulgadas o que se promulguen para la Península». A continuación se disponía igualmente para Cuba y Puerto Rico un sistema singular de representación en las Cortes del Reino, que tendría lugar «en la forma que determine una ley especial».

Que esta diferenciación de territorios y de regímenes jurídicos (metropolitanos o peninsulares y coloniales) se proyectaba sobre los diferentes «status», antes apuntados, de nacionales-ciudadanos y naturales de los territorios coloniales es algo que se aprecia con claridad en el Tratado de Paz entre los Estados Unidos de América y el Reino de España, firmado en París el 10 de diciembre de 1898 y ratificado por la Reina Regente de España, el 19 de marzo de 1899, cuyo artículo IX estableció que «los súbditos españoles, naturales de la Península, residentes en el territorio cuya soberanía España renuncia o cede por el presente tratado» podrán, en el caso de que permanecieran en el territorio, «conservar su nacionalidad española haciendo ante una oficina de registro, dentro de un año después del cambio de ratificaciones de este tratado, una declaración de su propósito de conservar dicha nacionalidad». A falta de esta declaración, el Tratado establecía que aquellos súbditos españoles «se considerará que han renunciado dicha nacionalidad y adoptado la del territorio en el cual pueden residir». La posibilidad de conservar la nacionalidad española se circunscribía, pues, a quien la tenía, esto, es a favor de «los súbditos españoles, naturales de la Península» o territorio metropolitano.

VIII. Pero es que, además, la falta de mención expresa a la opción por parte de las Constituciones de 1837, 1845, 1869 y 1876 no debe llevar al error de considerar que las mismas establecían un sistema de «ius soli» que sólo trasmutó a otro de «facultas soli» con la promulgación del Código civil. Este último en su redacción originaria al referirse expresamente al requisito de la opción tan sólo formulaba «expressis verbis» lo que ya era la interpretación que se venía atribuyendo al sistema español de nacionalidad desde 1837. En efecto, la Circular de 28 de mayo de 1837 aclaraba la interpretación auténtica de la Cámara parlamentaria sobre el número 1 del artículo 1 de la Constitución, y proclama ya entonces por primera vez la fórmula de la opción, al decir que cuando el citado precepto constitucional dispone que son españoles todas las personas que hayan nacido en España, ello se debe entender en el sentido de conceder a tales personas «una facultad y un derecho, no en el de imponerles una obligación ni a forzarles a que sean españoles contra su voluntad». Es cierto que no se previó en principio la manera en que habría de formalizarse o documentarse tal expresión de voluntad, pero dicho vacío fue llenado ya antes de la aprobación del Código civil a través de la Ley del Registro Civil, promulgada con carácter provisional y publicada el 17 de junio de 1870, que reguló la constancia registral de tal opción en sus artículos 103 y 104. Opción que, en definitiva, tampoco se ha acreditado respecto de los abuelos del recurrente, haciendo decaer su pretensión al no poder darse, en consecuencia, por acreditada la nacionalidad española originaria de ninguno de sus progenitores, condición a que subordina el vigente artículo 20 n.º 1, b) del Código civil el ejercicio de la opción a la nacionalidad española que el mismo concede.

Madrid, 29 de marzo de 2006.—La Directora General de los Registros y del Notariado, Pilar Blanco-Morales Limones.

10133

RESOLUCIÓN de 7 de abril de 2006, 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, en el expediente sobre actuaciones sobre autorización para contraer matrimonio.

En el expediente sobre autorización para contraer matrimonio remitido a este Centro en trámite de recurso, por virtud del entablado por los interesados, contra auto de la Juez Encargada del Registro Civil de V.

Hechos

1. Mediante escrito presentado en el Registro Civil de V. el 28 de julio de 2005, Don M., nacido el 12 de mayo de 1957 en F., de nacionalidad española, y Don C., nacido el 28 de octubre de 1964 en O., de nacionalidad española, domiciliados ambos en V., iniciaban expediente en solicitud de autorización para contraer matrimonio civil. Adjuntaba los siguientes documentos: certificados de empadronamiento, de nacimiento, documentos de identidad y declaraciones juradas de estado civil, correspondientes a ambos solicitantes, y escrito de los promotores indicando que el Consulado de Portugal en V. no podía expedir el certificado de capacidad matrimonial del promotor extranjero, por no existir en Portugal ley que permita el matrimonio entre personas del mismo sexo.

2. La Encargada del Registro Civil dictó auto con fecha 1 de septiembre de 2005, acordando no haber lugar a la aprobación del matrimonio solicitado, al no reunir los requisitos necesarios para la pretendida ceremonia, al resultarles imposible acceder al certificado de capacidad matrimonial que el contrayente extranjero (de nacionalidad portuguesa) debe aportar por imperativo de lo convenido en Munich el 5 de septiembre de 1980, en vigor desde el 1 de febrero de 1985, y para España el 1 de junio de 1988, habiéndose sido ratificado por Portugal el 20 de noviembre de 1984, ya que el autorizar otros medios de prueba que determinen el estado civil del contrayente, vulneraría, no solo lo convenido por el estado español en materia de estado civil en el ámbito internacional, sino también el artículo 14 de la Constitución, al no exigir a las parejas del mismo sexo la aplicación de los referidos convenios.

3. Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y a los promotores, éstos interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, solicitando se autorice la celebración del matrimonio, en base a lo establecido en la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que dispone 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 extranjera no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios.

4. De la interposición del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que se adhirió al mismo, en base a que el Convenio de Munich de 5 de septiembre de 1980, no obliga a España, ni a inadmitir otros medios de prueba de la soltería diferentes del certificado de capacidad matrimonial, ni tampoco a exigir como requisito «sine que non» para acreditar su soltería, a los nacionales extranjeros de países que han ratificado el convenio, la presentación del referido certificado de capacidad matrimonial, por lo que se podría acreditar la capacidad del contrayente extranjero por otros medios de prueba. La Juez Encargada del Registro Civil ordena la remisión del expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Fundamentos de Derecho

I. Vistos los artículos 1, 3, 6, 44, 45, 58, 66, 67, 73 y 74 del Código civil; 245 y 247 del Reglamento del Registro Civil; las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 1990, de 25 de marzo de 1992, 30 de julio de 1998 y 11 de julio de 2002; las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987, 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989 y 19 de abril de 1991, y las Resoluciones de 21 de enero de 1988, 2 de octubre de 1991 y 8 de enero de 2000 y 31 de enero de 2001 y 24-3.^a de enero de 2005; y Resolución-Circular de 29 de julio de 2005 y Resolución de 26-6.^a de octubre de 2005.

II. La cuestión que se plantea en este recurso es la de si pueden válidamente contraer matrimonio entre sí, ante las autoridades españolas previstas en el artículo 57 del Código civil, dos personas del mismo sexo siendo una de ellas española y la otra extranjera, con independencia de lo que prevea al respecto el estatuto personal del contrayente extranjero. La cuestión se suscita a raíz de la solicitud de autorización de matrimonio civil formulada el 28 de julio de 2005 por dos varones, uno de nacionalidad española u otro de nacionalidad portuguesa, ante el Registro Civil de V., cuyo titular, visto el expediente iniciado, dictó Auto con fecha de 1 de septiembre de 2005 por el que deniega la autorización del matrimonio solicitada ante la imposibilidad de que por parte del contrayente portugués se aporte la certificación de capacidad matrimonial prevista en el Convenio n.º 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980, del que forman parte España y Portugal, al no permitir la legislación portuguesa el matrimonio entre personas del mismo sexo.

III. La reciente Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, en el marco de los principios constitucionales de igualdad, no discriminación y libre desarrollo de la personalidad (cfr. arts. 9.2, 10.1 y 14 de la Constitución), ha introducido en nuestro Ordenamiento jurídico la innovación de permitir que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo sexo, con plenitud de igualdad de requisitos y efectos. Así resulta de lo dispuesto en

el párrafo segundo que se añade al artículo 44 del Código, conforme al cual «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». Ahora bien, la citada Ley 13/2005 no ha introducido ninguna modificación en las normas del Derecho Internacional Privado español, lo que suscita el interrogante de cuál será la ley aplicable a los matrimonios mixtos de español/a y extranjero/a en materia de capacidad matrimonial, en particular por lo que se refiere al posible impedimento de identidad de sexo, o dicho en otros términos, si la permisión de la ley española respecto de los matrimonios integrados por personas del mismo sexo se extiende también en presencia de elementos personales de extranjería, esto es, cuando uno o ambos contrayentes sean de nacionalidad extranjera.

IV. Ha de recordarse que la capacidad matrimonial se ha de regir, conforme al Derecho conflictual español, por la ley personal del individuo, esto es, la determinada por su nacionalidad (cfr. art. 9 n.º 1 C.c.), siendo así que el contenido de tal Ley puede mantener como requisito esencial del matrimonio la condición heterosexual de sus miembros, como ha sucedido en España hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2005.

En efecto, 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 (LEUR 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. Así lo ha sostenido también reiteradamente el Tribunal Supremo (vid. Sentencias de 29 de mayo de 1970 y 22 de noviembre de 1977) y esta Dirección General de los Registros y del Notariado (vid. Resoluciones de 6-1.^a de noviembre de 2000, 24-3.^a de mayo de 2002 o, más recientemente, en la de 24-3.^a de enero de 2005, entre otras muchas).

V. Dentro de la categoría de «capacidad matrimonial» se engloban, además de la capacidad natural para prestar el consentimiento matrimonial, la ausencia de impedimentos matrimoniales. Y es que si bien el derecho a contraer matrimonio es reconocido, en principio, a todas las personas (cfr. arts. 44 del Código civil, 32 de la Constitución española, 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 12 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos), no se trata de un derecho sin limitaciones o incondicionado. Así, la Constitución establece en el precepto citado que la Ley regulará «la edad y capacidad» para contraerlo, mandato constitucional desarrollado por el Código civil que establece especiales requisitos de capacidad a través de los denominados impedimentos matrimoniales, en particular en sus artículos 46 y 47. Unos y otros tienen carácter dirimente en el sentido de que si se contrae un matrimonio a pesar de la existencia de un impedimento, el matrimonio será nulo.

Tales impedimentos han sido tradicionalmente clasificados en dos grupos según que imposibiliten la celebración del matrimonio con cualquier persona, denominados por ello absolutos o unilaterales, o sólo con respecto a determinadas personas, conocidos como relativos o bilaterales. Entre los primeros se citan los impedimentos de edad y de ligamen, y entre los últimos los de parentesco y el de muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos. Es en esta categoría, por su carácter relativo y no absoluto, en la que parte de la doctrina científica viene incluyendo el impedimento de identidad de sexo.

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 el Auto del Registro Civil de Vigo 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 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.) la exigencia de la prueba de la conformidad con el Derecho extranjero de la nacionalidad de uno de los contrayentes del matrimonio cuya autorización se solicita, como ya indicó este Centro Directivo en su reciente Resolución de 26-6.ª de octubre de 2005.

VIII. La conclusión anterior no puede verse alterada por el hecho de que tanto España como Portugal hayan firmado y ratificado el Convenio n.º 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil, relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980 y que entró en vigor para España el 1 de junio de 1988 y para Portugal el 1 de febrero de 1985, conforme a cuyo artículo 1 «Cada Estado contratante se compromete a expedir un certificado de capacidad matrimonial conforme al modelo anexo al presente Convenio, cuando lo solicite uno de sus nacionales con objeto de celebrar su matrimonio en el extranjero y cumple, conforme a la ley del Estado que expide el certificado, las condiciones para contraer el matrimonio».

Ciertamente son numerosos los países que ya antes del citado Convenio expedían certificados de capacidad matrimonial a sus ciudadanos cuando éstos los precisaban para celebrar un matrimonio en el extranjero. Este es el caso, entre otros, de los países vinculados al Convenio de La Haya de 1902, relativo a la regulación de los conflictos de leyes en materia de matrimonio, que expedían tales certificados en virtud del artículo 4 de dicho Convenio. Por su parte, el Convenio sobre celebración y reconocimiento de los matrimonios elaborado por la Conferencia de La Haya y concluido el 14 de marzo de 1976, cuyo objeto fue reemplazar el anterior Convenio de 1902, no reguló expresamente esta materia. Precisamente por ello, la Comisión Internacional del Estado Civil, vista la importancia y utilidad práctica que habían demostrado los certificados de capacidad matrimonial, elaboró el Convenio de Munich de 3 de septiembre de 1980 con objeto de regular la expedición de tales certificados de acuerdo con

un modelo uniforme y plurilingüe, estableciendo en su artículo primero, antes transcrito, la obligación a cargo de todos los Estados contratantes de procurar a sus nacionales, cuando estos pretenden contraer matrimonio en el extranjero, un certificado según el modelo uniforme aprobado atestando su capacidad matrimonial de acuerdo con su propia ley nacional.

IX. Ahora bien, según resulta de la interpretación auténtica de dicho Convenio contenida en el «Rapport explicatif» del mismo adoptado por la Asamblea General de la Comisión Internacional del Estado Civil el mismo día 3 de septiembre de 1980, fecha de aprobación del Convenio, éste «no se opone a la aplicación de las reglas en vigor en los Estados contratantes que no exigen un certificado de capacidad matrimonial», previsión que encaja precisamente en el caso español, ya que la única norma de Derecho Interno que contempla la exigencia de tales certificados, a parte de los supuestos de matrimonios evangélicos, islámicos e israelitas (vid. arts. 7 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre), es el artículo 252 del Reglamento del Registro Civil que contiene una norma de extensión inversa al establecer que si los contrayentes han manifestado su propósito de contraer matrimonio en el extranjero «con arreglo a la forma establecida en el lugar de celebración y esta Ley exige la presentación de un certificado de capacidad matrimonial, una vez concluido el expediente con auto firme favorable, el instructor entregará a aquéllos tal certificado». Este precepto, redactado por el Real Decreto 1917/1986, 29 de agosto, se introdujo en nuestro Derecho anticipándose el autor reglamentario a la entrada en vigor para España del Convenio de Munich, pero obsérvese que el transcrito precepto no impone un trámite obligado de expedición de certificado de capacidad matrimonial, sino que a modo de «norma de extensión inversa» prevé el procedimiento de expedición de tales certificados cuando la ley extranjera correspondiente al lugar de celebración del matrimonio, con arreglo a cuya forma éste haya de tener lugar, exija la presentación de un certificado de capacidad matrimonial. Regla que no resulta aplicable al presente supuesto en el que el matrimonio proyectado se pretende celebrar en España. En definitiva como ya señaló esta Dirección General en su Resolución de 4 de diciembre de 1991, no hay base legal alguna para aplicar por razón de reciprocidad esta regla del art. 252 RRC al supuesto inverso de que un extranjero desee celebrar matrimonio civil en España, ya que la ley española, como se ha apuntado no impone que la aptitud matrimonial del extranjero se justifique exclusivamente por medio de aquel certificado.

Tampoco se puede interpretar el artículo 1 del Convenio de Munich en el sentido de entender que contiene una modificación del artículo 12 n.º 1 del Código civil español que fija la ley española como la competente para llevar a cabo la calificación que ha de conducir a la determinación de la norma de conflicto aplicable, siempre que intervengan autoridades del foro, lo que podría conducir a entender que la calificación del requisito identidad/diversidad de sexo que se ha hecho en los precedentes fundamentos de Derecho debe ceder ante la calificación que de ese mismo requisito hagan las autoridades competentes portuguesas, puesto que el mismo «Rapport explicatif» antes aludido, en sus comentarios al artículo 1 del Convenio, aclara expresamente que «el Convenio no obliga a la autoridad del lugar de celebración a proceder al matrimonio» y que «en el caso de que la autoridad del país de celebración del matrimonio estime que los datos del certificado son insuficientes para permitir el matrimonio, el Convenio no le impide solicitar documentos suplementarios», corolario de lo cual es que «en caso de existencia de un impedimento para el matrimonio, se puede denegar su celebración». Por ello mismo se debe concluir que en caso de que el Estado de origen del extranjero establezca un requisito que no es exigible conforme a la legislación del lugar de celebración, cuando éste coincide con el de la residencia habitual del interesado y se trate de materia regida por la ley determinada por tal residencia, como sucede en el presente caso, la denegación de la expedición del certificado de capacidad matrimonial por parte de las autoridades del país de procedencia del contrayente extranjero no puede ser obstáculo para su válida celebración en España.

X. Esta conclusión se ha de ratificar a la vista del objetivo a que responde la Convención de Munich que no es otro que el de «facilitar la prueba de que los interesados reúnen las condiciones requeridas para concluir el matrimonio» (vid. «Rapport explicatif») y atendiendo a que el propio preámbulo del Convenio cita como marco de referencia la previa Recomendación relativa al derecho al matrimonio adoptada por la Asamblea General de la Comisión Internacional del Estado Civil en Viena el 8 de septiembre de 1976 que, a su vez, asume claramente el principio del «favor matrimonii» al recordar la tendencia general en todos los países miembros de la Comisión Internacional del Estado Civil a facilitar la conclusión de los matrimonios, así como a mantener la validez del vínculo matrimonial, por lo que se debe rechazar por absurda cualquier interpretación del Convenio que conduzca al resultado de impedir la celebración de un matrimonio que podría celebrarse de no existir el propio Convenio. En definitiva, sucede respecto del certificado de capacidad matrimonial lo mismo que respecto de los certificados de fe de vida y estado, que son un medio de prueba de la existencia y estado civil de la persona, pero no el único instrumento probatorio de tales extremos. El artículo 363 del

Reglamento del Registro Civil, como ya indicó esta Dirección General de los Registros y del Notariado en su Consulta de 22 de marzo de 2004, regula como medio de prueba de la existencia de un individuo su mera comparecencia y el acta notarial de presencia, en tanto que el estado de soltero, viudo o divorciado pueden ser acreditados «por declaración jurada o afirmación solemne del propio sujeto o por acta de notoriedad», sin que ante tales medios de prueba los organismos oficiales puedan exigir otros distintos, y ello sin perjuicio de que en caso de duda fundada se proceda a la pertinente investigación de oficio. En definitiva, la denegación por parte de las autoridades extranjeras de la nacionalidad de uno de los contrayentes del certificado de capacidad matrimonial previsto en el Convenio n.º 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil no es obstáculo para la celebración del matrimonio en España si el único motivo de la denegación de dicho certificado es la identidad de sexos de los contrayentes.

Madrid, 7 de abril de 2006.—La Directora General de los Registros y del Notariado, Pilar Blanco-Morales Limones.

10134 RESOLUCIÓN de 17 de abril de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por don Manuel Melgarejo Soler, contra la nota de calificación extendida por el Registrador de la Propiedad de Elche n.º 1, por la que se suspende la cancelación por caducidad de una anotación preventiva de embargo prorrogada judicialmente antes de entrar en vigor la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

En el recurso interpuesto por don Manuel Melgarejo Soler contra la nota de calificación extendida por el Registrador de la Propiedad de Elche n.º 1, don Francisco Gaspar Riquelme Rubira, por la que se suspende la cancelación por caducidad de una anotación preventiva de embargo prorrogada judicialmente antes de entrar en vigor la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Hechos

I

Con fecha 10 de noviembre de 2005 se presenta en el Registro de la Propiedad número 1 de Elche bajo el asiento número 124 del Diario 200 una instancia privada suscrita el 4 de noviembre de 2005 por don Manuel Melgarejo Soler, en la que solicitaba como propietario de la finca registral 34186 la cancelación por caducidad de la anotación preventiva de embargo letra A de 20 de agosto de 1991 que pesaba sobre la misma, prorrogada en 1995.

II

La referida finca aparece actualmente gravada con anotación preventiva de embargo letra A extendida a favor de Banco Hispano Americano con fecha de 20 de agosto de 1991 y prorrogada por cuatro años por la anotación letra J de 3 de marzo de 1995, que grava la finca de su propiedad número 34186, inscrita al Folio 225, del Libro 814, Tomo 1205 de dicho Registro.

III

Ante la citada solicitud de cancelación por caducidad, con fecha 30 de noviembre de 2005 fue extendida la siguiente nota de calificación: «Previa calificación de la precedente instancia se deniega la cancelación de la anotación preventiva de embargo letra A —así como la de prórroga letra J— del mismo por los siguientes: Hechos: 1.º—En el precedente documento consistente en una instancia suscrita en Elche el 4 de los corrientes por don Manuel Melgarejo Soler, mayor de edad, con Documento Nacional de Identidad número 21948206-L, presentada a las 13.45 horas del día 10 de los corrientes, asiento 124 del Diario 200. 2.º—En dicha instancia se decreta la cancelación de la anotación preventiva de embargo letra A, así como la de su prórroga letra J. Fundamentos de Derecho: Respecto de la cancelación solicitada se hace constar que no procede cancelar por caducidad las anotaciones preventivas de embargo prorrogadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil —8 de enero de 2001— porque el principio de seguridad jurídica e irretroactividad de las normas prevenidas en el artículo 9 de la Constitución Española exigen que las leyes se apliquen en el tiempo que permanezcan en vigor sin que puedan desplegarse sus efectos más allá, salvo que las mismas leyes dispongan su propia retroactividad —artículo 2.3 del Código Civil— El texto del artículo 86 de la Ley Hipotecaria invocado por el interesado y por la propia Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 21 de julio de 2005, —BOE 12 de octubre de 2005—, debe su redac-