

Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más crítica

Por SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Santiago de Compostela

Diario La Ley, Nº 6629, Sección Doctrina, 15 Ene. 2007, Año XXVIII, Ref. D-12, Editorial LA LEY

LA LEY 5/2007

I. INTRODUCCIÓN (1)

La Ley 13/2005, de 1 de julio (LA LEY 1071/2005), que modificó el Código Civil (CC) en materia de derecho a contraer matrimonio, ha sido y será sin duda un hito relevante en nuestro sistema jurídico, sin que el calificativo necesite de adicional argumentación (2) . Para el sistema de Derecho internacional privado (en adelante DIPr.) la relevancia es idéntica a la que pueda tener para el resto de ramas del Derecho, aunque quizá su visibilidad sea mayor, debido en gran medida a los problemas que de forma inmediata se suscitaron en relación con la posibilidad de que contrajesen matrimonio ante autoridad española personas del mismo sexo, cuando una de ellas (o las dos) fuesen nacionales de un país donde tal posibilidad no se reconoce (3) . Tales problemas prácticos parecen estar hoy momentáneamente superados (ojala lo estén definitivamente) merced a la Resolución-Circular de la Dirección General de Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005 (LA LEY 1254/2005) (4) (en adelante la Resolución). La doctrina de esta Resolución viene a decir, liberada de matices, que cuando una autoridad española posea competencia para la celebración del matrimonio, éste se podrá celebrar con independencia del sexo de los contrayentes y con independencia de su nacionalidad. La solución me parece adecuada, como la más ajustada a los valores que la nueva Ley inspira. Los argumentos o, mejor, la global argumentación que el Órgano Directivo utiliza, no. Es más, me parece claramente criticable.

Los comentarios ya publicados a propósito de dicha Resolución oscilan entre la adhesión fervorosa (5) , la descripción aséptica (6) o la crítica moderada (7) ; más, en este último caso, al discurso que a alguna de sus soluciones. En este contexto, en el que la situación difícil de los primeros momentos parece haber sido pacificada, se consolida una situación menos compleja en la práctica, y la crítica será menos susceptible de ser tachada de alegato contra la Ley o contra una interpretación generosa de la misma, creo oportuno sumar una visión más y más crítica, ratificándome en mi primer acercamiento al tema (8) e introduciendo las observaciones de quienes me han precedido. Y lo hago advirtiendo, como el texto demostrará, que la visión crítica que quiero trasladar lo es desde el punto de vista esencialmente *teórico argumentativo* y desde el punto de vista de *coherencia intrasistemática* del discurso de la DGRN. El objetivo primario de la Ley me parece intachable. Sin embargo, no veo razones para que el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo se haya hecho de forma un tanto chapucera, desde el punto de vista de técnica jurídica, ni tampoco para que la DGRN, haciendo de improvisado apagafuegos, no afine un discurso que podría haber sido más simple y coherente. Un discurso que llama la atención por su *aparente* contundencia y por su igualmente *aparente* andamiaje conceptual; aspectos que, unidos a la tradicional relevancia de la doctrina de la DGRN, pueden terminar por imponer un modo de razonamiento *no excesivamente reflexivo* y, por ello, en modo alguno positivo. Motivos que, a mi juicio, hacen más necesaria su crítica.

Es verdad que la DGRN no tenía fácil la tarea. El legislador se lo había puesto (nos lo había puesto a todos) difícil: ni una sola norma de DIPr. acompaña a una Ley que optó por la asimilación de la nueva realidad a la vieja y no

por una regulación especial o ad hoc, como, por ejemplo, reclamaba el Dictamen del Consejo de Estado (9) ; algo que produjo no pocos desajustes desde el punto de vista técnico jurídico, incluso en el plano meramente civil (10) . Muy probablemente consecuencia del modelo de asimilación seguido (pero tampoco hay que descartar la mera y pertinaz desidia del legislador español en relación con la regulación de las situaciones privadas internacionales), las consecuencias para el DIPr. ni se previeron ni, consecuentemente, se abordaron. Aspecto llamativo, pues ni el ordenamiento jurídico español era el primero en abordar el tema, ni estábamos ayunos de trabajos que ponían de manifiesto problemas y soluciones (11) . No se trataba de dar una solución específica de DIPr. para los matrimonios entre personas del mismo sexo, sino de dar una solución de DIPr. a los problemas de celebración del matrimonio y reconocimiento de matrimonios celebrados en el extranjero, que la nueva Ley hace mucho más visibles. El legislador en última instancia (y los asesores del Ministerio de Justicia, impulsor del proyecto de Ley, en primera) volvió a ser el legislador de una sociedad distinta de la que somos; el miope legislador que desprecia cuanto ignora. Pero, como en tantas otras ocasiones, la terca realidad motivó inmediatamente la necesidad de dar respuesta a unos problemas que no dejan de existir porque el legislador no los reconozca (12) .

En las páginas que siguen trataré de mostrar que las múltiples opciones que la Resolución ofrece para extender lo dispuesto en el art. 44 del CC (LA LEY 1/1889) a toda persona (española o extranjera), cuando las autoridades españolas tengan competencia para la celebración del matrimonio, no caben en un discurso coherente; algunas son incompatibles entre sí y casi todas están faltas de un sustento argumental. Por la misma razón, aquellos comentaristas que las hacen suyas en su integridad yerran también. Tampoco estoy de acuerdo con quienes, próximos a las críticas que voy a realizar, asumen, no obstante, alguna de las posibilidades que la DGRN propone: la de la aplicación de la Ley española a tales matrimonios. Desacuerdo que no radica en mi falta de coincidencia con tal solución, sino en que creo que hoy, aún, el sistema (intocado por la Ley 13/2005 (LA LEY 1071/2005)) no la consagra. Desde aquí la reclamo de *lege ferenda*, no porque el coste de la argumentación a partir de la legislación vigente sea mucho más elevado (que lo es), sino, simplemente, por coherencia: por asegurar los dos objetivos materiales que J. D. GONZÁLEZ CAMPOS asigna a la regulación de la celebración del matrimonio en DIPr.: *favor matrimonii* y certeza o seguridad jurídica en la creación de un estatus (13) , y por coherencia con la base legal de nuestro sistema. No digo que mediante alambicadas interpretaciones no podamos construir un discurso que, mediante el descubrimiento de lagunas axiológicas y reducciones teleológicas sucesivas de la letra de la Ley, nos ofrezca una solución satisfactoria. Creo que el método, divertido para los teóricos, no es el que debe presidir un sistema de soluciones simples y previsibles. Antes de comentar las incoherencias de la Resolución, haré mención a la parte positiva de la misma, que también la tiene y no es de menor importancia.

II. LAS LUCES DE LA ACTUACIÓN DE LA DGRN

La bondad de la Resolución y su mayor virtud es la celeridad con la que el Órgano Directivo reaccionó frente a los supuestos prácticos que comenzaban a llenar tanto los foros jurídicos de noticias cuanto la prensa no especializada. Frente a las primeras «noticias» (atribuidas a la propia DGRN) en las que se hablaba de tratamiento singularizado de cada situación concreta (14) , se opta por una solución uniforme que corta de raíz la inseguridad jurídica (15) . Además de esta capacidad de reacción y como elemento igualmente positivo hay que incluir la respuesta última que dio (no el andamiaje teórico que la sustenta). Creo que permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo cuando se reúnan las condiciones para que resulte competente una autoridad española, con independencia de lo que establezca la Ley nacional de las partes, es una respuesta aceptable. No necesariamente la única, pero aceptable desde el punto de vista del análisis de los intereses presentes, su ponderación y las posibilidades que ofrece el sistema. En alguna de las variadas fundamentaciones que da la DGRN se encuentra, además, el germen para la creación de una norma *ad hoc* que podría ser incluso genérica para todo el sistema

matrimonial y que hoy, a mi juicio, no existe: se trataría de la aplicación de la Ley española a los requisitos de fondo del matrimonio celebrado por nuestras autoridades (16) .

La posición de la DGRN, desde el punto de vista práctico, desde el de su eficacia, posiblemente cauterizará (y haya ya cauterizado) las posibilidades de oposición de quienes no estén de acuerdo con ella: es una respuesta que se da a quienes quieren contraer matrimonio y no a quienes no quieren contraerlo (se dice sí a una solicitud); es una respuesta positiva, que vincula al Encargado del Registro Civil en su función de tal y que, en última instancia, será la que dará la DGRN ante cualquier incidencia en el expediente previo matrimonial, así que ¿quién va a impugnar en estos términos la Resolución? La propia normativa registral deja poco margen a otros interesados distintos de los contrayentes (aunque realmente no puedan excluirse), y el Ministerio Fiscal funciona presidido por un régimen jerárquico que en estos primeros momentos (los críticos) no creemos que depare órdenes de defensa de una legalidad (la legalidad de DIPr.) que, no puede negarse, es más compleja que simple (también para el Ministerio Fiscal). Por supuesto, no puede descartarse que, como consecuencia de cualquier litigio de los muchos para los que el matrimonio supone un *príus*, un juez tenga que enfrentarse con la validez de un matrimonio celebrado en España o en el extranjero con un elemento de internacionalidad entre personas del mismo sexo y entrar a fondo en la aplicación del sistema de DIPr., sin estar vinculado por esta Resolución: piénsese, por ejemplo, en un litigio sucesorio en el que los hijos de uno de los cónyuges afirman la nulidad del matrimonio del causante porque la Ley nacional de uno de los «cónyuges» (o de los dos) no admitía tal tipo de matrimonios: ¿convence para este supuesto el razonamiento de la DGRN? (17) .

Junto a estas dos dimensiones prácticas, también considero positivo el tratamiento que se hace a propósito de la eficacia de matrimonios celebrados en el extranjero. Un tratamiento en clave de «reconocimiento» de tales y no un tratamiento sobre una tradicional dimensión de Ley aplicable, probablemente muy poco adaptada al sistema y generadora de más problemas de los que resuelve (18) . El punto X de la Resolución (LA LEY 1254/2005) asume esta perspectiva, aunque no sé si su limitación temporal a los matrimonios celebrados «antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005» (rúbrica de dicho punto) no lo convierta en mera anécdota. Creo que una valoración de la validez del matrimonio celebrado en el extranjero de conformidad con la Ley de la autoridad celebrante con el límite del orden público español es una situación mucho más sana que la aplicación de la Ley *tal* a tal cuestión; de la Ley *cual* a tal otra y de la Ley *ratacual* a aquellos otros aspectos no contemplados por la Ley *tal* o la Ley *cual*. Sin embargo, no entiendo por qué la Resolución no extiende su interpretación al *reconocimiento* de todos los matrimonios celebrados en el extranjero.

Al lado de estas virtudes, que no son pocas y que forman parte de la labor más inmediata de un órgano político como es la DGRN, aparecen diversas objeciones al contenido de la Resolución, tanto desde el punto de vista de estricta técnica jurídica cuanto desde el mero punto de vista de construcción de un discurso hilado y coherente. Objeciones que no alcanzan a desvirtuar el resultado buscado (extender la aplicación de la Ley española al matrimonio entre personas del mismo sexo con independencia de su nacionalidad), pero que lo debilitan. Objeciones que voy a limitar a la indecisión sobre la jerarquización o meramente compatibilidad de argumentos (incoherencia y contradicciones internas), un muy insuficiente análisis sobre la contrariedad con el orden público español de las leyes extranjeras que no prevén el matrimonio entre personas del mismo sexo y una voluntarista detección e integración de lagunas axiológicas.

III. LAS SOMBRAS DE LA ARGUMENTACIÓN DE LA DGRN

Una primera crítica, más que evidente, se refiere al amontonamiento de líneas de argumentación, algunas incompatibles entre sí, entre las que no se define ningún tipo de relación, prelación o calificación *de lege lata* o *de lege ferenda*. Desde un punto de vista global, llama la atención la inutilidad argumental de un buen número de

desarrollos que al llegar al punto VII de la Resolución (LA LEY 1254/2005) (19) se convierten en irrelevantes para el discurso, cuando no en generadores de confusión. Se nos dice en este punto VII que la cuestión de la «diversidad/identidad de sexo respecto de la institución matrimonial» no es un problema de capacidad, sino que es otro tipo de problema («elemento vinculado directamente con la propia naturaleza del derecho a contraer matrimonio» en palabras de la DGRN); permítaseme simplificar diciendo que, en la terminología más común al DIPr., no sería una cuestión de capacidad sino una «cuestión de fondo» (20) . También simplificando, estoy de acuerdo con la Resolución, ya que no se trata de una cuestión de capacidad: ¿para qué entonces los extensos desarrollos de los puntos II, III, IV y V en clave, precisamente, de capacidad? En ellos, ciertamente, se vierten tal cantidad de afirmaciones relevantes por sí mismas e irrelevantes para el resto del discurso que voy a permitirme simplificar una tercera vez, reconociendo de antemano la pérdida de matices:

a) El punto II (LA LEY 1254/2005) realiza una introducción bajo la rúbrica «la Ley aplicable en materia de *capacidad*», incluyendo dentro de ésta a los llamados impedimentos matrimoniales y dentro de estos últimos, como hipótesis de trabajo que se vincula a «parte de la doctrina», al requisito de la identidad o diversidad de sexos; se señala, tras diferenciar entre impedimentos unilaterales y bilaterales (y —llamo la atención— ejemplificar *al revés*: *lapsus* corregido en la citada Res. DGRN de 26 de octubre (LA LEY 2036/2005)) que todo esto se rige por la Ley nacional de los contrayentes por imperativo del art. 9.1 CC (LA LEY 1/1889) y que no corresponde a la DGRN valorar esta opción del legislador, pero que la diferencia entre la fecha en la que se dicta el citado precepto (art. 9.1 CC) y la Ley 13/2005 (LA LEY 1071/2005) supone la posible existencia de una «laguna axiológica» (menos pretenciosa, la citada Res. DGRN de 26 de octubre habla, simplemente, de «laguna legal»). Volveré sobre este aspecto lacustre en el punto 6 de mis reflexiones.

b) El apartado III (LA LEY 1254/2005) desarrolla este punto de partida bajo el encabezamiento «supuestos de validez del matrimonio *entre español/a y extranjero/a* del mismo sexo con arreglo al criterio del estatuto personal». En clara incoherencia con una de las virtudes que anteriormente he señalado, la relativa al tratamiento del reconocimiento de matrimonios celebrados en el extranjero *en clave de reconocimiento*, bajo esta rúbrica, la Resolución describe supuestos de matrimonios celebrados en España y supuestos de matrimonios celebrados en el extranjero, con un *tratamiento en clave de Ley aplicable* tanto para los primeros cuanto para los segundos (la diferencia conceptual entre este apartado y el punto VII resulta más que sorprendente); pero además, contrariamente a lo que la rúbrica anuncia (validez de matrimonio entre españoles y extranjeros), se incluyen tanto matrimonios entre extranjeros y españoles cuanto matrimonios entre extranjero y extranjero o matrimonios entre españoles. Puede que este hecho se pueda valorar como una cuestión de mera (anti) estética argumental; de desorden; de falta de sistemática. Mas a veces la estética no es sino la manifestación de la debilidad del discurso; y la conclusión con la que la DGRN culmina este apartado nos lo atestigua: todos estos matrimonios serán válidos (siempre limitándonos al tema de la identidad de sexos) si se les aplica la Ley española (¡claro!). Irrefutable: la Ley española admite los matrimonios entre personas del mismo sexo, luego siembre que se aplique la Ley española se admiten los matrimonios entre personas del mismo sexo. Pero ese viaje argumental nos lo podíamos ahorrar.

Con este punto de partida (o de llegada) tan evidente, la DGRN siente la necesidad de enumerar cuándo se aplicará la Ley española. De los múltiples y distintos supuestos que analiza, me interesa destacar, por sorprendente y, sobre todo, por carente de base legal, lo que parece una aceptación del *reenvío de segundo grado*: párrafo final

de III c) y III d) (21) . Pero vuelvo a señalar que, negada la calificación «capacidad» en el punto VII, todo lo contenido en el presente no hace sino confundir y demostrarnos la capacidad para desorganizar un discurso. Habría, reconozco, otra forma más amable de explicar esta indigencia, aunque me parece excesivamente benevolente. Resumiendo cómo lo ve, por ejemplo J. M. DÍAZ FRAILE, la DGRN habría utilizado el «... sistema de detectar y aislar por exclusión los supuestos conflictivos, analizando previamente los casos en que los conflictos de leyes se resuelven a favor de la Ley española»; luego habría analizado los supuestos de aplicación de la Ley nacional extranjera confrontándolos con el orden público español... y, por fin, «... la aplicación de una regla de excepción y de interpretación restrictiva por vía de analogía es claro que no dejaba satisfecha a la propia Dirección General...», por lo que pasaría a abordar el problema desde una óptica diferente «... acudiendo a la técnica de la calificación de las instituciones jurídicas... dando un giro sorpresivo a la cuestión...» (22) . Sorpresivo, sí.

Y otro tanto (*sorpresivos*) podría decirse de los razonamientos contenidos en el punto V (LA LEY 1254/2005) en relación con el orden público. Afirmada en el tan citado punto VII la sumisión del tema problemático a la Ley española, ¿qué pinta el orden público en la Resolución? Con razón se me podrá decir que es una consecuencia coherente con el razonamiento incoherente; de acuerdo. Si en el punto III se hablaba de que no hay problema cuando la Ley aplicable sea la española y en el IV (LA LEY 1254/2005) de que a veces la Ley aplicable podrá ser una Ley extranjera, el orden público es siempre un elemento a tener en cuenta.

La Resolución afirma la contrariedad con el orden público español de la Ley extranjera que no admita los matrimonios entre personas del mismo sexo. Llama otra vez la atención la contundencia del discurso, lejos del consejo de J. Y. CARLIER, cuando refiriéndose al mismo problema planteado en Bélgica señaló que no hay nada de condenable en pasar de un orden público negativo (contrario a las leyes que contemplan el matrimonio entre personas del mismo sexo) a un orden público de signo contrario, «... salvo la constatación de una necesaria modestia (al hablar de) orden público» como principios esenciales del orden moral, político o económico establecido (23) .

Creo que esta es una cita para la reflexión que, sin embargo, no sigue la Resolución, la cual concluye sin ambages que la Ley extranjera que no consienta este tipo de matrimonios contraría el orden público español. Y lo llamativo del caso es que el discurso de la DGRN parte de bases sólidas que estimo adecuadas: señala que no todos los principios esenciales son principios de orden público, ya que requieren «... consagración constitucional y alcance internacional», dada la importancia del método comparatista. Lo que ocurre es que ese punto de partida a cualquier profano le harían concluir en sentido contrario a como hace la DGRN. *No se entiende que tras esta declaración de intenciones, con cita de jurisprudencia constitucional contraria y jurisprudencia del TEDH igualmente contraria a su propia postura* (y en cuanto al dato «comparatista», la solución española es, como sabemos, de las pioneras), *la DGRN reafirma la contrariedad con el orden público español de la Ley extranjera que no autoriza a contraer matrimonio a personas del mismo sexo sobre la base de dos razones que se me antojan de muy poco peso: la mera existencia de la Ley 13/2005 (LA LEY 1071/2005) y la «similitud» (¿analogía?) del caso analizado con otros en los que la propia DGRN ha utilizado el orden público como freno a productos extranjeros* (24) .

Vuelvo a hacer hincapié en la incoherencia argumental. No descarto (porque yo sí comparto la «modestia» con la que hay que hablar sobre este tema) que las leyes extranjeras a las que se refiere la DGRN (¡prácticamente todas!, excepto cuatro o cinco) puedan contrariar el orden público español. Pero el razonamiento del órgano directivo conduce lógicamente a lo contrario. A lo dicho, súmese la conclusión del punto VI en el que se afirma que no hay derecho constitucional al matrimonio para los extranjeros al margen de lo que disponga la Ley (punto VI (LA LEY

1254/2005) en el que, por cierto, se inventa y se desinventa un problema de constitucionalidad parcial y sobrevenida del art. 9.1 CC (LA LEY 1/1889)). Si no sale de la Constitución, ni de la normativa internacional de derechos humanos y si en el Derecho comparado somos una *rara avis*, ¿de dónde sale entonces este orden público integrista?

Personalmente pienso que existen hitos (y el de la Ley 13/2005 puede ser uno de ellos) que marcan un cambio radical en la concepción de una institución, de una relación, de cualquier realidad, leída a la luz de unos principios superiores que siempre han estado ahí y a los que se les da, de pronto, una redimensión. Nada hay de condenable, como señala J. Y. CARLIER. Tan sólo se debe argumentar de manera lo suficientemente clara y contundente (no en las formas, sino en el fondo) como para desvirtuar la presunción contraria. Y creo que esa reflexión falta en la Resolución. Piénsese que los mismos valores esenciales que en España han motivado y justificado la reforma legislativa (y que, para ser benévolo, confío en que estén detrás del razonamiento de la DGRN), la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, la no discriminación por razón de sexo... en Alemania, por ejemplo, han conducido, justamente, a la solución contraria: imposibilidad de abrir el matrimonio entre personas del mismo sexo y la articulación de un régimen equivalente, pero no el mismo. Si, por no salirme de la propia Resolución, el hecho de que los extranjeros puedan o no disfrutar del derecho a contraer matrimonio con personas del mismo sexo es una cuestión de legalidad (reiterado punto VI), y si la garantía de todos esos derechos fundamentales y valores esenciales cabe de otra manera (el resultado no sólo está bien fundamentado en el debate alemán, sino que en España tenemos en el mismo sentido el citado Dictamen del Consejo de Estado), considero que la DGRN debería haber sido más pulcra en su argumentación o más modesta en su valoración y evitar manifestaciones categóricas como la que se contiene en el párrafo final del punto V (el dedicado al orden público): donde, además, se viene a decir algo así como: ¿qué nos importa lo que pase en el extranjero con los matrimonios que aquí autorizamos? Pues al DIPr. le suele importar, al menos, como punto de partida de cualquier razonamiento (25) .

Toda esta descripción y crítica no debe hacernos perder de vista el escenario global que pinta la DGRN: al fin nada de esta «correcta» tesis (en términos de la propia Resolución) valdría, puesto que la Ley aplicable al problema planteado (la relevancia del sexo, idéntico o no, de los contrayentes) será la española, que resulta la idónea para integrar la *laguna axiológica* detectada hábilmente («mera» laguna legal, conforme avanza el razonamiento, ya en el punto VII (LA LEY 1254/2005) y en la citada Res. DGRN de 26 de octubre de 2005 (LA LEY 2036/2005)).

Los «argumentos» que la DGRN ofrece para avalar la aplicación de la Ley española a esta presunta laguna del tipo que fuere (párrafo penúltimo del punto VII, que reproduce la RDGRN de 26 de octubre) se caracterizan por su heterogeneidad, su voluntarismo, e incluso su irrelevancia. Irrelevancia, como el argumento b), «la proximidad *forum-ius*», que es predicable en igual medida de cuantos asuntos deban ser resueltos por una autoridad española. Voluntarismo, como el e) [*segundo*, porque hay dos letras e): la errata no se corrige en la citada Res. de 26 de octubre], donde se quiere aplicar la Ley española, pero se argumenta con el reconocimiento social de muy diversas formas de convivencia familiar, lo que teóricamente debería conducir a la admisión de las otras formas de convivencia familiar contemplada por leyes extranjeras. Heterogeneidad, porque se mezclan supuestos argumentos basados en la «analogía» (a), con otros en derechos fundamentales [d) y e) *primero*], con otros demográficos o sociológicos [e) *segundo*], o incluso históricos (f).

No es este el momento ni el objetivo de mis reflexiones aconseja entrar en el análisis de si hay o no ajuste entre la dimensión directiva y la justificativa del Derecho para el caso que nos ocupa. Dicho sea de paso, tampoco lo hace la DGRN, aunque la un tanto frívola afirmación de encontrarnos ante una laguna axiológica debería pasar por un test en tal sentido (26) ; tan sólo señalaré algunos datos para la reflexión. En primer lugar, que una regla con la generalidad del art. 9.1 CC (LA LEY 1/1889), que, además, ha sido considerada como manifestación expresa de un

principio de regulación de nuestro sistema de DIPr. (27) , abarca al menos literal y expresamente el tema estudiado. No sólo es aplicable a la «capacidad» sino también al «estado civil» con carácter general; y la calificación del problema no tiene por qué escapar a tal (28) : saber si dos personas del mismo sexo pueden contraer matrimonio entre sí o no es una cuestión que afecta al estado civil (al suyo). Ello podría descartar ya la laguna legal, a mi juicio, aunque no necesariamente la laguna axiológica. Y en segundo término, respecto de ésta, incluso en el supuesto de profundizar en la solución de la regla (art. 9.1 CC) y llegar a la conclusión de que es una solución desajustada con los principios justificativos, lo cierto es que el sistema, en este caso, contaría con un mecanismo lo suficientemente flexible como para que este ajuste se produzca: es el orden público. El problema, en este caso, radicaría (o podría radicar) en que la excepción habría de convertirse en regla, con el coste que ello tendría para el sistema (29) , por lo que la propuesta de solución regulativa *ad hoc* (y no la continua corrección) resultaría más recomendable.

Resumo: que exista una laguna axiológica es un *desideratum* de la Resolución en modo alguno justificado (la contraposición aludida entre dimensión directiva/justificativa resulta chino para el discurso de la Resolución, esencialmente voluntarista); ni afirmo ni desmiento, pero sí creo que se precisa una argumentación adicional. En relación con la existencia de una laguna legal lo estimo más que dudoso dado el tenor del art. 9.1 CC y su aplicación al «estado civil» de las personas físicas. Que el sistema no ofrece aparentemente una *solución materialmente aceptable* desde el punto de vista de lo que la Resolución quiere (y yo también desearía) es, para mí, un hecho; pero un hecho controvertido, pues al margen de la propia Resolución, que vislumbra diversos caminos para la consecución de tal solución aceptable, existen interpretaciones del sistema que a partir de la Resolución o al margen de ella coinciden en el resultado: podrán contraer matrimonio ante autoridad española dos personas del mismo sexo, con independencia de lo que determine cualquier otra Ley distinta de la española.

IV. EL SISTEMA DE DIPr. Y LA LEY 13/2005

Una primera cuestión a tener en cuenta a la hora de definir el sistema que la Resolución describe es que las críticas vertidas en las consideraciones anteriores ni quitan ni ponen nada a lo que dice el DIPr. español sobre el tema controvertido. Sí contribuyen a la reflexión sobre dos grandes modelos: apertura a la Ley extranjera (con corrección del orden público o no) o aplicación de la Ley española como Ley de la autoridad celebrante.

Un autor de la solvencia de Rafael ARENAS GARCÍA defiende que el sistema sí tiene una solución y que la solución es, concretamente, la aplicación de la Ley española en tanto que Ley de la autoridad celebrante. La misma que ofrece la Resolución que comento (*rectius*, una de las soluciones que ofrece), aunque sobre la base de un discurso más articulado. Este comentarista coincide con nuestra crítica al describir la Resolución como «... acumulación de argumentos que se resiste a su sistematización o articulación...» (30) , pero se queda con la parte positiva más próxima a su concepción y la saluda como paso determinante en la identificación de una *lex matrimonii*, diferenciada de la que rige la capacidad de los cónyuges; «si esta idea se consolida —añade— podríamos encontrarnos ante los primeros pasos de una efectiva revisión del sistema español de DIPr. en materia matrimonial» (31) . Realmente es casi imposible no estar de acuerdo con alguna de las diversas propuestas de la DGRN. Y también hay que concordar con ella en los objetivos a alcanzar, que deben ser la dirección en que ha de revisarse el sistema. Dicha respuesta, ya en clave legislativa, articulada sobre la base de la aplicación de la Ley española cuando actúen nuestras autoridades no sería más que la proyección de lo que realmente constituye el matrimonio actual: la institucionalización de una realidad que cada ordenamiento jurídico oferta de manera propia; el consentimiento que se presta ante una autoridad española es el consentimiento matrimonial español para acceder al matrimonio español (y no a cualquier otro tipo de matrimonio); es cierto que el matrimonio es conocido por doquier y que el amplio grado de comunidad jurídica ha hecho perder de vista este dato, que la actual Ley

13/2005 (LA LEY 1071/2005) nos recuerda.

Otro autor, S. SÁNCHEZ LORENZO, así lo defiende también, desde la casi indefectibilidad de la situación: lo que se celebra en España es el matrimonio como institución tal y como se conoce por el Derecho español; la homosexualidad o heterosexualidad deberían ser entendidas «... como elementos —si se quiere relativos a la condición de los sujetos— que configuran la esencia o estructura fundamental de la institución matrimonial» (32) . Ello es cierto, pero no impide desde un punto de vista estrictamente lógico el sometimiento de esa condición a una Ley distinta de la de la autoridad interviniente: que llegaría a ser *celebrante* o no, en función de que el matrimonio se autorizase o no. En otras palabras, que es verdad que el matrimonio que celebra una autoridad española sólo es el matrimonio conocido por nuestras leyes, pero la autorización de su celebración puede condicionarse a otras (cosa distinta es que ello sea satisfactorio o no y que en los supuestos que analizamos posiblemente no lo fuese). El tema de la identidad de sexos no es nuevo en nuestro sistema. Ha sido considerado como una de las circunstancias determinantes de la *inexistencia* del matrimonio (de admitir la diferencia entre nulidad e inexistencia) y sometido a las leyes determinantes de la validez/ineficacia del matrimonio: Ley nacional y *lex loci celebrationis* (33) . Por otro lado, la aplicación de la Ley nacional a las condiciones de fondo para la celebración del matrimonio es una respuesta común en Derecho comparado (34) , algo que no avala necesariamente su idoneidad: ahora tan sólo quiero significar que es una de las soluciones lógicamente posibles.

Por ello, siendo la coincidencia en cuanto a la solución fundamental (35) , lo que no veo claro es que esa sea la solución actual de nuestro Derecho positivo. Como antes señalé, el art. 9.1 CC (LA LEY 1/1889) es una norma genérica, expresión de un principio de regulación de nuestro sistema de DIPr., que se refiere al «estado civil» de las personas, y que difícilmente puede escamotearse. Es verdad que, a partir de determinado momento, la aplicación de este precepto a la celebración del matrimonio parece haberse reducido, al menos argumentalmente, a las cuestiones de *capacidad* y *consentimientos*, lo que ha sido retenido por la doctrina que se ha ocupado recientemente del tema (36) . Sin embargo una interpretación más generosa del precepto, a la luz de su mera literalidad pero también de sus antecedentes, permite claramente incluir en el mismo las *condiciones de fondo* de la celebración del matrimonio (así, *lato sensu* consideradas). Sobre la base del anterior art. 9 CC, tanto doctrina (37) como práctica judicial y de la propia DGRN, al referirse a la celebración del matrimonio, distinguieron con carácter general cuestiones de forma y «presupuestos o requisitos de fondo», sometiendo estos últimos a la Ley nacional de cada contrayente, y considerando todo el problema como una cuestión, más que de aplicación de tal o tal norma, de *validez* global del matrimonio (38) . Este enfoque, sin duda condicionado por la peculiaridad del sistema matrimonial preconstitucional español, ha sido común en el Derecho comparado continental (no necesariamente condicionado por la misma situación) y convencional: aplicar la Ley nacional de los cónyuges a las condiciones de celebración y consiguientemente de validez del matrimonio es una posibilidad no sólo presente en nuestra tradición de DIPr. (39) , sino que se proyecta sin rubor en la actualidad frente a matrimonios de personas del mismo sexo en países como Francia (40) . Es posible que ya fuese una solución insatisfactoria antes y que lo siga siendo ahora de una forma que se hace más evidente con la posibilidad de que contraigan matrimonio entre sí personas de igual sexo. Pero de ello debe derivar, a mi juicio, la denuncia, la crítica y la propuesta de solución *de lege ferenda*, como reclama A. QUIÑONES ESCÁMEZ. Porque, incluso jugando con la hipótesis de que nos encontramos ante algún tipo de laguna (y por las razones expuestas, pienso que sólo cabría admitir una laguna axiológica), la exigencia para el aplicador del Derecho es integrarla, pero para el legislador es eliminarla.

V. CONCLUSIONES

No puede sorprender a la luz de esta abrumadora oferta argumental que los comentaristas no nos pongamos de acuerdo sobre la solución propuesta por el Órgano Directivo; al fin y al cabo la discrepancia en la interpretación es

el pan nuestro de cada día. Confío en que mi crítica interpretación de la interpretación del sistema que hace la Resolución no se considere integrista, pero me preocupó seriamente cuando veo que otros comentaristas son capaces de ver hasta tres propuestas en la citada Resolución, *todas ellas igualmente admisibles* (41) «tesis antibloqueo» o «tesis belga», «tesis del orden público internacional absoluto» y «tesis positiva por la calificación». Todas ellas tienden, eso sí, a garantizar el matrimonio entre personas del mismo sexo cuando se celebre ante una autoridad española. Permítaseme dudar de la capacidad de un sistema jurídico, como el español (y como cualquier otro) para admitir simultáneamente *de lege lata* soluciones técnicamente excluyentes (sin ir más lejos, la que propone aplicar directamente la Ley española y la que propone aplicar directamente la Ley extranjera y corregirla). Y permítaseme, en fin, reivindicar que se introduzcan, en un debate tan abierto como el descrito, alternativas como la imperatividad internacional del art. 44 CC (LA LEY 1/1889), que simplificaría el tema desde un punto de vista argumental (42) , o el análisis serio en términos de derechos fundamentales (43) . Yo, por ser simple, me conformaría con una reforma de las soluciones de DIPr. en materia matrimonial en la dirección apuntada por la doctrina; bien la que piensa que eso ya es así (44) , bien la que, como yo, pide la respuesta legal expresa (45) .

- (1) Agradezco a R. ARENAS GARCÍA y P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS el debate que hemos tenido y las observaciones que me han hecho sobre este trabajo, siendo, en todo caso, la responsabilidad de las posiciones aquí defendidas enteramente mía.

[Ver Texto](#)

- (2) El hecho de que su eficacia esté pendiente de un recurso de inconstitucionalidad no hace sino abundar en esta importancia para cualquier jurista, y para cualquier persona. El Tribunal Constitucional ha admitido a trámite, mediante providencia de 25 de octubre de 2005, el recurso de inconstitucionalidad núm. 6864-2005, promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados (BOE 15 de noviembre de 2005).

[Ver Texto](#)

- (3) Los medios de comunicación se hicieron eco de un primer caso controvertido (solicitud de matrimonio entre varones español e hindú) cuya respuesta oficial motivó la RDGRN de 26 de octubre de 2005 (BOE 31 de diciembre de 2005). DÍAZ FRAILE, J. M., expone gráficamente la avalancha de problemas que surgieron de inmediato y llegaron a la DGRN, tras la entrada en vigor de la Ley (DÍAZ FRAILE, J. M., «Exégesis de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio introducida por la Ley 13/2005, de 1 de julio», *Diario LA LEY*, núms. 6449 y 6450, de 27 y 28 de marzo de 2006).

[Ver Texto](#)

- (4) BOE 8 de agosto de 2005.

[Ver Texto](#)

- (5) Esencialmente, CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado», *Diario LA LEY*, núm. 6391, de 2 de enero de 2006; *id.*, «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la resolución-circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2007, 2006, págs. 671-717 (que en lo que atañe al comentario de la Resolución-Circular sigue fielmente el trabajo anterior, con la incorporación de una interesante introducción sobre el «derecho» a contraer matrimonio y una necesaria revisión del propio concepto de matrimonio, ilustrativos ejemplos sobre diversas hipótesis y la ampliación de algunos desarrollos en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero).

[Ver Texto](#)

-
- (6) QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Espagne. Mariage entre personnes du même sexe. Loi applicable», *Rev.crit.dr.int.pr.*, 2005, págs. 855-858 (el tenor de la información en una revista extranjera creo que exige dicho tono, sin perjuicio de que la autora expone sus puntos de vista al margen de la Resolución); DÍAZ FRAILE, J. M., *loc. cit.*

[Ver Texto](#)

-
- (7) ARENAS GARCÍA, R., «La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración del matrimonio en los supuestos internacionales», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado (AEDIPr.)*, t. V, 2005, págs. 351-371; SÁNCHEZ LORENZO, S., «Nota a la Ley 13/2005», *AEDIPr.*, t. V, 2005, págs. 509-515.

[Ver Texto](#)

-
- (8) Nota en *REDI*, 2005-31-Pr, que en gran medida se reproduce ahora para un auditorio (el del *Diario LA LEY*) más plural.

[Ver Texto](#)

-
- (9) Dictámenes del Consejo de Estado, núm. 2628/2004, de 16 de diciembre de 2004. Asunto: Expediente de Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Dictamen cuya lectura es sumamente interesante para desterrar prejuicios jurídicos, y sumamente ilustrativa, por contraste con la Resolución que comento, desde el punto de vista de su coherencia argumental, con independencia de que se compartan o no sus soluciones.

[Ver Texto](#)

-
- (10) *Vid.* las denuncias de GARCÍA RUBIO, M. P., «La modificación del Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio», *Diario LA LEY*, núm. 6359, de 15 de noviembre de 2005.

[Ver Texto](#)

-
- (11) Por ejemplo, un año antes de la Ley, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

[Ver Texto](#)

-
- (12) Nota sobre la coherencia/incoherencia de modelo asimilación=no respuesta de DIPr. *ad hoc.*

[Ver Texto](#)

-
- (13) GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., *Derecho internacional privado. Parte Especial*, Vol. II, 1995, pág. 296.

[Ver Texto](#)

-
- (14) El *Diario de Noticias de LA LEY* de 7 de julio de 2005 se hacía eco de la información según la cual la DGRN estudiaría *caso por caso* las reclamaciones que interpongan las parejas homosexuales a las que se les hubiera rechazado su solicitud para contraer matrimonio: la Resolución es de 29 de junio; la capacidad de reacción, importante.

[Ver Texto](#)

-
- (15) Coincidiendo con alguno de sus exegetas, debo señalar que la Resolución, junto con la práctica de la DGRN que sigue su estela, en general ha *pacificado* la situación (DÍAZ FRAILE, J. M., I, *loc. cit.*).

[Ver Texto](#)

-
- (16) Nada original, si tenemos en cuenta que la *lex loci celebrationis* tanto a la forma cuanto al fondo del matrimonio lo encontramos ya en nuestra historia remota. Concretamente en el canonista TOMÁS SÁNCHEZ al que se refiere GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., en AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho civil internacional*, Madrid, 1973, pág. 33.

[Ver Texto](#)

-
- (17) Otras Resoluciones se han dictado con el mismo grado de contundencia e igual utilización de arsenal argumentativo propio del DIPr. y no han llegado mucho más allá del año de vida antes de ser declaradas nulas por un Juez (Resolución de 7 de febrero de 2005, *BOE* 6 de abril de 2005, declarada nula por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santa Cruz de Tenerife de 9 de marzo de 2006. Sobre ambas, SÁNCHEZ LORENZO, S., *REDI*, 2005-31-Pr y ARENAS GARCÍA, R., *REDI*, 2006-16-Pr, respectivamente). Ello nos pone de manifiesto que los problemas no siempre se agotan en una resolución de la DGRN, máxime en relación con aspectos nucleares como la propiedad en lo económico o, en lo que nos ocupa, el matrimonio en el Derecho de familia y sucesiones: sobre la riqueza problemática que el matrimonio entre personas del mismo sexo suscita como consecuencia del papel central del matrimonio, me remito a mi trabajo «El impacto de la admisión del matrimonio de homosexuales en el Derecho español: perspectiva internacional», *Matrimonio homosexual y adopción*, (NAVAS NAVARRO, S., dir.), Madrid, Ed. Reus, 2006, págs. 45-73.

[Ver Texto](#)

-
- (18) OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Navarra, Aranzadi, 2002, págs. 250-255, entre otras; ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, De conflictu legum, núm. 6, Santiago de Compostela, 2004, págs. 180-182, 191-192, entre otras.

[Ver Texto](#)

-
- (19) El que ARENAS GARCÍA, «La doctrina reciente de la DGRN...», *loc. cit.*, pág. 367, considera doctrina más relevante de la Resolución.

[Ver Texto](#)

-
- (20) Y permítaseme añadir que la idea no creo que tenga nada que ver con la «perspicacia singular» de la DGRN, como señalan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Matrimonio...», *loc. cit.*, núm. 29; la visión común en parte de la doctrina era ya nítida, por ejemplo, en ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales...*, *op. cit.*, pág. 202.

[Ver Texto](#)

-
- (21) Reenvío que, hasta la fecha, en nuestro sistema es la excepción a la regla de mera admisión del reenvío a la Ley española (entre las más recientes y preclaras aproximaciones al tema desde la perspectiva del Derecho de sucesiones pero perfectamente trasladable al tema que nos ocupa VIRGÓS SORIANO, M., «Derecho sucesorio y reenvío: la respuesta del sistema español», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XLII, Madrid, 2004, págs. 181-210).

[Ver Texto](#)

-
- (22) DÍAZ FRAILE, J. M., *loc. cit.* (la cursiva es añadida).

[Ver Texto](#)

- (23) CARLIER, J. Y., «Le code belge de droit international privé», *Rev.crit.dr.int.pr.*, 2005, págs. 11-45, págs. 31-32.
[Ver Texto](#)
-
- (24) Analogía, por otro lado, más que dudosa, como refiere SÁNCHEZ LORENZO, S., *loc. cit.*, pág. 511.
[Ver Texto](#)
-
- (25) Vuelvo a remitirme a la exigencia de certeza o seguridad jurídica (internacional, añadido) en la creación de un estatus, que reclamaba GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., *supra* nota 12. ARENAS GARCÍA, R., «La doctrina reciente de la DGRN...», *loc. cit.*, pág. 361-363, pone de manifiesto las dificultades de asumir este contenido del orden público, que dejaría de ser excepción para pasar a ser la regla (ya antes QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo», *RJC*, 2005, pág. 1171-1187, pág. 1186, destacaba esta paradoja). El salto entre considerar contrarias al orden público español las leyes extranjeras que permitían el matrimonio entre personas del mismo sexo y, tras la Ley 13/2005, considerar contrarias a aquellas que no lo admiten resulta demasiado amplio (aunque bien es cierto que ya con anterioridad se habían levantado voces defendiendo la compatibilidad de aquellas leyes con el orden público español: además de las citadas por ARENAS GARCÍA, R., pág. 362, nota 26, *vid.* mi trabajo «Desarrollo y normalización constitucional del DIPr. español», *PACIS ARTES. Obra homenaje al Profesor Julio González Campos*, Madrid, 2005, págs. 1139-1163, pág. 1154).
[Ver Texto](#)
-
- (26) Sobre el tema y para que no se considere frívola mi crítica de «frívola afirmación», *vid.* ATRIA, BULYGIN, MORESO, NAVARRO, RODRÍGUEZ y RUIZ MANERO, *Lagunas en el Derecho*, Madrid, Barcelona, 2005, para corroborar el calificativo empleado. Especialmente ilustrativo es el trabajo de RUIZ MANERO, «Algunas concepciones del Derecho y sus lagunas», en págs. 103-126. Muy gráfica, QUIÑONES ESCÁMEZ, *Rev.crit.*, *loc. cit.*, pág. 856, habla de que «... la Circular se desliza un poco sobre este aspecto sin apoyar demasiado» (la traducción la hago a partir de la moderada descripción de la autora, que no creo que quisiese decir «la resolución patina...»)
[Ver Texto](#)
-
- (27) AMORES CONRADI, M. A., «Comentario al art. 9.1 CC», en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 76, lo califica como *principio general de reglamentación*, considerando que el ámbito de aplicación de la norma la «... convierte en regla subsidiaria». GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.*, 1995, pág. 298, al plantearse el silencio de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, y la posibilidad de que se aplicara la Ley española de la autoridad celebrante, rechazó la solución por ser «... contraria a uno de los *principios de regulación de nuestro sistema de DIPr.*, que establece la aplicación de la Ley personal a las cuestiones de estado civil» (en ambos casos la cursiva es añadida).
[Ver Texto](#)
-
- (28) No lo entienden así CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *loc. cit.*, punto 30. Desde una perspectiva alejada del DIPr. pero no de la contemplación sensata de la Ley, rechaza la existencia de laguna alguna BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., «Laguna legal y matrimonio de los homosexuales», *Aranzadi Civil*, núm. 18/2005, igualmente, aunque con un discurso distinto, SÁNCHEZ LORENZO, *loc. cit.*, pág. 512. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *op. cit.*, pág. 60, también sitúa el tema en la órbita del art. 9.1 CC, aunque bajo la idea de aplicación analógica y sometida a una rúbrica donde sólo está la capacidad nupcial.
[Ver Texto](#)
-

- (29) Nitidamente, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Límites...», *loc. cit.*, pág. 1186.
- [Ver Texto](#)
-
- (30) ARENAS GARCÍA, R., «La doctrina reciente de la DGRN...», *loc. cit.*, pág. 368; de *totum revolutum* lo caracteriza SÁNCHEZ LORENZO, S., *loc. cit.*, pág. 512.
- [Ver Texto](#)
-
- (31) ARENAS GARCÍA, «La doctrina reciente de la DGRN...», *loc. cit.*, pág. 369. Interpreto que la revisión a la que alude el autor se podría hacer sobre el Derecho positivo existente, sin necesidad de modificación del mismo.
- [Ver Texto](#)
-
- (32) SÁNCHEZ LORENZO, S., *loc. cit.*, pág. 511-512.
- [Ver Texto](#)
-
- (33) *Vid.* GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., *loc. cit.*, 1975, págs. 313, para la primera afirmación, y pág. 318, para la segunda.
- [Ver Texto](#)
-
- (34) No es una solución ni imposible, ni rechazable: el art. 44.2 de la Ley suiza de DIPr. lo contempla (eso sí, como alternativa a los casos en que los requisitos de la Ley suiza no se cumplen); el art. 13.1 EGBGB lo contempla (en este caso, invirtiendo la solución suiza, el art. 13.2 recurre a la Ley alemana bajo determinados presupuestos si no se cumplen los requisitos de la Ley nacional); el art. 27 de la Ley italiana de DIPr. de 1995 también somete la capacidad matrimonial y el resto de condiciones para contraer matrimonio a la Ley nacional de los contrayentes.
- [Ver Texto](#)
-
- (35) Por no salirnos de nuestro sistema, la lógica de la solución sobre Ley aplicable a los requisitos de la adopción en el art. 9.5 CC es la misma que aquí se propone: los requisitos de la adopción constituida por autoridad española se rigen por la Ley española con alguna concesión a la Ley nacional del menor en materia de capacidad y consentimientos necesarios; en cuanto a las adopciones constituidas por autoridad extranjera, la Ley aplicable cede su puesto a la verificación de las condiciones de reconocimiento.
- [Ver Texto](#)
-
- (36) Tanto ARENAS GARCÍA como SÁNCHEZ LORENZO retienen esta descripción. El abandono práctico de la Ley nacional ya se describe antes de la Ley por OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *op. cit.*, págs. 62-64.
- [Ver Texto](#)
-
- (37) GONZÁLEZ CAMPOS, *loc. cit.*, 1973, incide en numerosos momentos en la generalidad de la Ley nacional para la regulación de las *cuestiones de fondo*, entre las que ejemplifica con la capacidad, los impedimentos, el consentimiento, la causa y otras cautelas legales como prohibiciones específicas del matrimonio (por ejemplo, págs. 60-61); igualmente cita abundante práctica del TS y de la DGRN incidiendo en esta descripción, que mantiene tras la modificación del art. 9.1 CC en 1974, por la que se introduce la actual versión (GONZÁLEZ CAMPOS, en AGUILAR NAVARRO, *Derecho civil internacional*, vol. II de *Derecho internacional privado*, Madrid, 1975, págs. 293-294, sometiendo dichos requisitos a la Ley nacional: págs. 298-300). Para AMORES CONRADI, *loc. cit.*, pág. 76, el nuevo texto (art. 9.1 CC) no habría introducido ningún cambio sustancial respecto de su antecesor art. 9 CC, salvo hacer explícito lo que ya había consagrado la jurisprudencia.

[Ver Texto](#)

-
- (38) Por ejemplo STS de 6 de junio de 1969 «... según los principios del Derecho internacional privado el art. 9 del Código Civil y la jurisprudencia, en los pleitos en que se ventilen cuestiones familiares o que afecten al estado de las personas, ha de aplicarse la legislación del Estado de los litigantes...» la Res. DGRN de 18 de septiembre de 1971 incluye dentro de la Ley nacional todo lo relativo a la «... validez del vínculo mismo [matrimonial] (edad, libertad, consentimiento, propiedades esenciales)...». Ambas referencias las he tomado de GONZÁLEZ CAMPOS, 1973, *op. cit.*, págs. 16 y 29.

[Ver Texto](#)

-
- (39) GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., además del análisis del sistema a la luz de la práctica de 1973, trae gráficamente a colación la Base 3.^a del Proyecto de Ley de Bases de 1881, donde se aludía a la *lex loci* como medida de validez de matrimonios celebrados por españoles en el extranjero, pero «... este matrimonio no producirá, sin embargo, efectos civiles en España si no hubiese sido contraído en conformidad con la Ley española en *cuanto a la capacidad civil de los contrayentes, a su estado y a todo lo demás* que no se refiera a la forma externa del acto». Igualmente gráfica es la solución del Convenio de 12 de junio de 1902 para regular los conflictos de leyes en materia de matrimonio: «El derecho de contraer matrimonio se regula por la Ley nacional de cada uno de los futuros cónyuges, a menos que una disposición de esta Ley no se remita expresamente a otra Ley». Repárese en la aplicación de la Ley nacional a un supuesto de hecho como «el derecho a contraer matrimonio».

[Ver Texto](#)

-
- (40) Gráfica también la Respuesta ministerial dada en Francia en relación con el reconocimiento de matrimonios celebrados en el extranjero entre personas del mismo sexo (JO. Déb., Sénat, Questions 9 mars 2006): para ser reconocido un matrimonio celebrado en el extranjero debe ser válido tanto de conformidad con la Ley del lugar de celebración cuanto por la Ley personal de cada uno de los futuros cónyuges que es la que rige las condiciones de fondo (*Rev.crit.dr.int.pr.*, 2006, págs. 440-441). Nótese no obstante que la respuesta se da a una cuestión de *reconocimiento* de matrimonios celebrados en el extranjero y que se hace en clave de Ley aplicable a los mismos (observación que me ha hecho OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS en orden a situar la Respuesta en su contexto justo).

[Ver Texto](#)

-
- (41) CALVO CARAVACA, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Matrimonio...», *loc. cit.*, núm. 33.

[Ver Texto](#)

-
- (42) GARCÍA RUBIO, M. P., *loc. cit.*, lo apunta. La vía no ha sido ajena a nuestro Derecho matrimonial en el pasado, como menos títulos, incluso, que los que tiene el art. 44 CC. *Vid.*, por ejemplo, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., *loc. cit.*, 1973, págs. 49-50 (respecto del antiguo art. 42.2 CC) y pág. 67 (respecto de los antiguos arts. 83.4 y 83.5 CC) y OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 86, respecto de los actuales arts. 46 y 47 CC.

[Ver Texto](#)

-
- (43) Para muestra, el germinal del punto 3.b.2) de la nota a la muy conocida Res. DGRN de 24 de enero de 2005 (autorización de matrimonio de transexual costarricense), de REQUEJO ISIDRO, en *REDI*, 2005-29-Pr.

[Ver Texto](#)

-
- (44) De entre los citados, se mueven en un escenario parecido ARENAS GARCÍA y SÁNCHEZ LORENZO.

[Ver Texto](#)

-
- (45) QUIÑONES ESCÁMEZ, *Rev. crit.*, pág. 858. Creo que OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *op. cit.*, ya antes de la Ley se movía entre lo exigido por el sistema, la práctica real y lo deseable como situaciones parcialmente diferenciadas («... deberían ser reconciliadas teoría y práctica», señala a tal efecto en sus conclusiones, pág. 303).

[Ver Texto](#)