

BREVES NOTAS SOBRE LA RESOLUCIÓN-CIRCULAR DE 29 DE JULIO DE 2005, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, SOBRE MATRIMONIOS CIVILES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.

ANA PALOMA ABARCA JUNCO
MIGUEL GÓMEZ JENE*

Como es bien sabido, la entrada en vigor de *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*¹ también afecta a ciertas cuestiones de Derecho internacional privado (DIPr.). En concreto, en la *Resolución- Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo*² se abordan los problemas que la nueva norma puede plantear en supuestos de tráfico externo y aporta las soluciones e instrucciones que han de seguir los Encargados de los Registros en estos supuestos.

En esencia, puede afirmarse que el objeto de esta Resolución es la de aplicar la legislación material española a aquellos supuestos en los que ambos o uno de los contrayentes sea extranjero, pues, de este modo, también ellos podrían contraer matrimonio en nuestro país. O dicho de otro modo, la Resolución en cuestión pretende ampliar el ámbito de aplicación personal de la nueva Ley.

Pues bien, partiendo de esta perspectiva, debe recordarse que la formación del matrimonio -en clave de DIPr.- engloba dos cuestiones distintas: las cuestiones que afectan a las *condiciones de fondo* y las cuestiones que afectan a las *formas de celebración*. Dentro de las *condiciones de fondo*, tradicionalmente se han incluido tanto la *capacidad* como el *consentimiento matrimonial*. Y tanto la doctrina como la jurisprudencia convienen en que ambas cuestiones deben regirse por la ley personal (art. 9.1 Cc). Aplicación de la ley personal (nacional) que, evidentemente, siempre quedará limitada por la acción del orden público cuando aquélla supusiera una

* Derecho internacional privado. UNED. Este trabajo constituye un resumen del estudio que próximamente será publicado en la REDI (2006) y que lleva por título “Notas sobre la *Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo*”.

© Ana Paloma Abarca Junco y Miguel Gómez Jene. Todos los derechos reservados.

¹ BOE núm. 157, de 2.7.2005.

² BOE núm. 188, de 8.8.2005. Sobre esta Resolución-Circular *vid.* CALVO CARAVACA, A. L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado español”, *Diario La Ley*, núm. 6391, 2 de enero de 2006; *idem.* “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*, Ministerio de Justicia, núm. 2007, 15 de febrero de 2006.

vulneración de los principios esenciales e irrenunciables que se identifican, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, con los derechos fundamentales y con los principios constitucionales. De hecho, la DGRN ha acudido a la noción de orden público, y por tanto, a la aplicación del derecho español, en cuestiones tan diversas como las que giran en torno a la validez de los matrimonios poligámicos o la edad para contraer matrimonio etc.

Con estos elementos a la vista, resulta que al haber sido incluido el matrimonio homosexual en el artículo 32 CE –derecho fundamental- debería, en primer lugar, rechazarse la aplicación de cualquier ley nacional que impidiera a un cónyuge contraerlo; y, en segundo lugar, debería aplicarse la ley española a la capacidad del mismo. Sin embargo, esta solución comporta varios problemas³. Por un lado, debe traerse a colación que conforme al artículo 10 CE los derechos fundamentales y las libertades públicas deben interpretarse conforme a los Tratados internacionales; Tratados que, en su interpretación, no han considerado una vulneración de un derecho fundamental la no existencia de un matrimonio homosexual⁴. Por otro lado, el razonamiento en cuestión choca tanto con la propia jurisprudencia del TC -que no ha considerado el matrimonio homosexual objeto de protección constitucional-, como con la doctrina de la DGRN ya citada.

Para salvar estos obstáculos, la Resolución en cuestión diseña una particular vía para negar la aplicación de la ley personal extranjera y, en consecuencia, aplicar la ley española a supuestos en los que uno o ambos cónyuges sean extranjeros y sus respectivas leyes personales no les permita la celebración de tal matrimonio.

Se trata, en concreto, de conseguir que sin necesidad de considerar principio de orden público ni de derecho fundamental la posibilidad de celebrar estos matrimonios, se consiga el objetivo de política legislativa consistente en extender la aplicación de la ley española a aquellos supuestos en los que la ley nacional de uno de los cónyuges no consienta estos matrimonios. Objetivo de política legislativa que, en cualquier caso, contribuye a la aparición de matrimonios “claudicantes”, es decir, contribuye a la aparición de matrimonios válidos en el país en que se celebran e inexistentes en los países de la nacionalidad de los cónyuges. Cuestión que no se le pasa por alto a la DGRN, pero que es salvada afirmando que la función del Encargado del Registro Civil

³ Problemas que no se plantean en relación a la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad (art. 12 TCE) ya que dicha prohibición sólo se aplica en el ámbito de aplicación del Tratado, que excluye las materias de estado civil (STJC 10 de junio 1999, *Johannes*, C-430/97).

⁴ La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* adoptada por la Resolución de la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948, se refiere en su artículo 16.1 a “los hombres y las mujeres” y el artículo 12 del *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979) se refiere al “hombre y la mujer”. A mayor abundamiento, la jurisprudencia del TEDH en relación con este artículo 12 pasa tanto por aceptar expresamente la concepción heterosexual del matrimonio como el reconocimiento a los legisladores internos de la competencia en cuanto a los requisitos para contraer matrimonio, o lo que deba entenderse contenido esencial del derecho.

español no es la de “guardián del sistema legal extranjero”, pues es al juez extranjero al que corresponde reconocer o no dichos matrimonios (i)⁵.

En cualquier caso, la vía enunciada se construye a partir de la consideración de que la celebración de tales matrimonios no puede considerarse una cuestión de capacidad. Para ello, estima que “la diversidad de sexos” en la concepción tradicional o la posible “identidad de sexos” en la ley 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”. Y apoyándose en el Preámbulo de la Ley 13/2005 afirma que la diversidad de sexos es un “elemento estructural”, “constituyente de la propia institución”.

De tal premisa deduce que no se ha de aplicar las normas de DIPr. relativas a la capacidad (art. 9.1 C.c.) de forma excluyente, ya que la inexistencia de este tipo de matrimonios en muchos países extranjeros, y la falta “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”, determinan una laguna legal en nuestro derecho conflictual que hay que integrar acudiendo a una serie de argumentos que a continuación expone. O dicho de otro modo: el matrimonio homosexual es jurídicamente tan distinto del matrimonio tradicional que –en clave de DIPr.- no sirven las normas de conflicto que regulan a este último; ni en el ámbito de los requisitos, ni en el ámbito de la capacidad. Y de ahí que deba acudir a la integración de tal laguna legal.

Pues bien, si realmente la diversidad de sexos es “un elemento estructural” “constituyente de la misma institución” parece obvio que al cambiar tal elemento constitutivo desaparece el “matrimonio” en el que se basaba y, si esto es así –que ahora parece serlo- habremos de convenir que el actual “matrimonio” no es propiamente el que se contiene en el artículo 32 CE.

En consecuencia, entendemos que cuando la misma *Resolución-circular* de la DGRN acude a este razonamiento, lo que –involuntariamente- está poniendo en duda es la misma constitucionalidad de la Ley. Y es que, no puede pasar desapercibido que con tal construcción lo que en puridad está haciendo es cambiar el sentido de un artículo de la Constitución. Además, resulta también especialmente llamativo el hecho de que

⁵ Respecto al derecho de los países de la Unión Europea vease “Avis sur la possibilité de la reconnaissance, par chaque Etat membre, du mariage homosexuel ouvert aux Pays-Bas et en Belgique et le rôle de l’exception d’ordre public international du droit international privé de chaque Etat membre” Réseau U.E. d’experts indépendants en matière de droits fondamentaux 30-junio-2003, CFR-CDF.avis2-2003. En donde se pone de manifiesto las diferencias entre tales países. En algunos se acudiría al orden público para no reconocerlos, en otros se reconocerían sus efectos o serían tratados como “pareja de hecho registrada”.

adoptando este razonamiento se alinea con el parecer del Informe del Consejo de Estado, que considera como núcleo esencial del matrimonio la heterosexualidad⁶.

Llevando hasta sus últimas consecuencias la particular construcción que la DGRN hace en su *Resolución-circular*, podríamos incluso deducir que existen dos tipos de matrimonio. Por un lado, el estructuralmente basado en la diversidad de sexos; matrimonio que estaría protegido por la Constitución. Por otro, el matrimonio homosexual que, aún con la misma denominación, requisitos y efectos –en palabras de la nueva Ley-, no estaría protegido por la misma. Y si esto fuera realmente así, deberíamos concluir que la denominación de matrimonio a las uniones homosexuales no deja de sembrar cierta confusión. Y es que, también podría denominarse “matrimonio” a cualquier tipo de unión, que aun no estando contemplada ni protegida por la Constitución en su derecho a contraerlo, resultase incluida en ella por la vía de una nueva regulación en el Código Civil.

En nuestra opinión, la inclusión de la unión homosexual en el concepto clásico de matrimonio ha desvirtuado efectivamente la regulación que del matrimonio hace el DIPr. Y ello, fundamentalmente, por la inclusión de este instituto en el ámbito del artículo 32 CE, pues obliga a considerarlo como derecho fundamental y, en consecuencia, a activar la excepción de orden público en su defensa. Defensa de un principio que nunca ha sido esencial ni irrenunciable en nuestro ordenamiento.

Hasta aquí el efecto que la Ley 13/2005 tiene en el DIPr.; efectos que se inscriben fundamentalmente en su conexión con el artículo 32 de la CE, la noción de orden público y la necesidad de cumplir el objetivo de política legislativa (extensión de la nueva legislación española) a través de otros mecanismos. Toda esta complicación del sistema podría haberse salvado procediendo de manera muy distinta: mediante una regulación a nivel estatal de las “parejas de hecho”.

⁶ “ Desde una perspectiva institucional, la cuestión radica en determinar si el matrimonio al que se refiere la Constitución incorpora, como uno de sus elementos esenciales, la *diversidad sexual* de los contrayentes, configurando así una determinada imagen del matrimonio, al que resultaría aplicable la doctrina de la garantía de instituto, de forma que aquellas normas legales que desnaturalizasen los perfiles sustantivos del instituto matrimonial no podrían considerarse conformes a la Constitución...”

La garantía institucional es desconocida, según el Tribunal Constitucional, cuando la institución es reducida a un simple nombre, rompiendo con la imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y por la aplicación que de las mismas se hace. Ahora bien, la configuración institucional concreta se defiende al legislador, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza; o, dicho en términos tantas veces repetidos por el TC desde su Sentencia 32/1981, “la garantía institucional no asegura un contenido concreto y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar” (f.j.3)”.