



FACULTAD DE DERECHO

LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA

Autor: Lázaro de Lázaro Noreña 5º E-3 “B”

Director: Isabel Lázaro González

Derecho Internacional Privado

Madrid

Abril de 2014

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. MARCO CONCEPTUAL Y REALIDAD ACTUAL DE LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA.....	6
2.1. Marco conceptual.....	6
2.2. Situación actual de los matrimonios de conveniencia.....	8
2.3. Ventajas jurídicas para los extranjeros.....	9
2.4. La problemática de los matrimonios de conveniencia en Europa.....	11
3. EL MATRIMONIO COMO DERECHO FUNDAMENTAL.....	13
4. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA SIMULACIÓN DEL MATRIMONIO.....	14
5. EL CONSENTIMIENTO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL MATRIMONIO.....	16
5.1. El consentimiento en los matrimonios mixtos y entre extranjeros.....	18
6. LAS INSTRUCCIONES DE LA DGRN.....	19
6.1. Instrucción de 9 de enero de 1995.....	20
6.2. Instrucción de 31 de enero de 2006.....	21
7. MEDIDAS CONTRA LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA.....	24
7.1. “Ex ante”: el expediente previo a la celebración del matrimonio.....	24
7.2. “Ex post”: los matrimonios celebrados en el extranjero.....	26
8. PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	29
9. CONCLUSIONES.....	32
10. BIBLIOGRAFÍA.....	35

1. INTRODUCCIÓN

Los matrimonios de conveniencia son una realidad creciente en nuestra sociedad. Conforme va creciendo la inmigración que viene hacia el territorio español, son cada vez más las personas españolas que se casan con extranjeros, es decir, los matrimonios mixtos y también son más frecuentes las bodas entre extranjeros. Tal es la magnitud y popularidad de estos matrimonios que fácilmente, a través de internet, se puede encontrar a personas que ofrecen casarse a cambio de dinero.

El vigente Derecho español ofrece posibilidades a los cónyuges de personas españolas que resultan ser una gran ventaja para los extranjeros puesto que les permite, a través de ésta institución, acceder a posibilidades provechosas que no podrían conseguir sin estar casados con un español. Por ello, resulta atractivo para los extranjeros “forzar” dichos matrimonios para así poder disfrutar de las mencionadas ventajas.

Estas posibilidades sobre todo destacan en materias relacionadas con la nacionalidad, la residencia y estancia legal y la posibilidad de reagrupar a sus familiares en España. El matrimonio les permite evitar las normas, los plazos y procedimientos generales, mucho más lentos y difíciles para acceder a la nacionalidad española, para obtener un permiso de residencia en España y para reagrupar a sus hijos y ascendientes el territorio español.

Asimismo, en muchos casos, los españoles conscientes de esta circunstancia, aprovechan para ofrecerse como la otra parte contrayente de estos matrimonios simulados a cambio de un precio. De este modo, se produce una ventaja común que resulta atractiva a muchas personas y pone en riesgo la credibilidad de la institución del matrimonio y, sobre todo, crea enormes problemas en el ámbito de Derecho de Familia como por ejemplo la presunción de paternidad de los hijos que se otorga al marido de la madre. Cabe destacar que la reciente coyuntura económica negativa de nuestro país puede haber sido un factor que empuje a determinadas personas con problemas económicos a colaborar con inmigrantes ilegales que buscan una entrada fácil en España por medio del matrimonio.

El presente trabajo se encuentra dividido en seis capítulos cuyo objeto consistirá en estudiar cómo se enfrenta nuestro país y, en concreto, su regulación y diversos trámites de control ante este fenómeno social. Además, se tendrá en cuenta el importante papel de la Unión Europea en el control de esta situación y otros convenios de carácter internacional.

El primer capítulo trata de explicar el concepto y los distintos significados que se atribuyen algunos términos importantes que se van a emplear durante el trabajo, destacando la expresión “matrimonio de conveniencia”, así como su realidad actual en España y en Europa, las ventajas jurídicas que aporta a los extranjeros y, por último, la problemática que genera en el ámbito europeo y la regulación que existe en este nivel con el objetivo de controlar los matrimonios fraudulentos.

En segundo lugar, se destacará la importancia del matrimonio como derecho fundamental tanto para nuestra Constitución como para importantes organizaciones internacionales. Además, se destaca la importancia que tiene para la sociedad evitar un control excesivo sobre el mismo que suponga un perjuicio para este derecho.

El tercero de los capítulos tratará sobre los problemas que genera la simulación de los matrimonios en el ámbito del Derecho de Familia, entre los que se destaca la presunción que se realiza respecto del marido cuando nace un hijo durante un matrimonio.

El cuarto capítulo tendrá por objeto explicar detalladamente la importancia del consentimiento matrimonial como requisito esencial para que la celebración del matrimonio sea válida.

Posteriormente, se tratarán las dos normas más importantes relativas a los matrimonios simulados: las Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1995 y de 2006.

El sexto capítulo tratará sobre las medidas existentes para afrontar este problema. Dichas medidas pueden ser tanto de forma previa a la celebración del matrimonio como después del mismo.

Por último, el séptimo capítulo estudiará la forma en la que se aplica el Derecho Internacional Privado respecto al consentimiento matrimonial simulado por los contrayentes. Dada la presencia de elementos internacionales en la mayoría de estos matrimonios, es indudable su relevancia en el ámbito del Derecho Internacional Privado. Se distinguirá para ello entre los matrimonios mixtos y entre extranjeros y se destacará la importancia del orden público en un derecho tan importante como el matrimonio.

2. MARCO CONCEPTUAL Y REALIDAD ACTUAL DE LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA

Es importante delimitar conceptualmente el concepto de “matrimonio de conveniencia” puesto que tiene numerosos significados y conviene delimitar aquél al que nos estamos refiriendo. Además, se va a proceder a estudiar en qué situación se encuentra este tipo de matrimonios dentro de España y de Europa, así como el marco regulatorio que provoca la celebración de los mismos.

2.1 Marco conceptual

Antes de comenzar a analizar la regulación jurídica existente para prevenir este tipo de matrimonios y para sancionarlos una vez detectados, es importante entender adecuadamente una serie de conceptos. Por matrimonios mixtos se refiere a aquellos en los que uno de los contrayentes es de nacionalidad española y otro de nacionalidad extranjera.

Es importante también entender el concepto de “matrimonios de conveniencia” por un lado, e identificar adecuadamente qué aspecto del término “conveniencia” queremos abarcar concretamente en este trabajo. Se pueden encontrar en la doctrina y regulación otros términos como “matrimonios de complacencia” o “matrimonios fraudulentos” que, en este contexto, se refieren a la misma circunstancia que los mencionados matrimonios de conveniencia.

En primer lugar, cabe destacar que la Real Academia de la Lengua Española (RAE) da varios significados al concepto de “conveniencia” entre los que cabe destacar los siguientes:

“Correlación y conformidad entre dos cosas distintas”

“Utilidad y provecho”

“Ajuste, concierto y convenio”¹

Un aspecto fundamental de los matrimonios a los que este trabajo se refiere y que se encuentra entre las definiciones de la RAE es el de “utilidad y provecho”, es decir, se considera que estos matrimonios se efectúan con el objetivo de conseguir una

¹ Real Academia de la lengua Española (RAE), página web oficial.

² ALBERT GUARDIOLA, M. C. y MASANET RIPOLL, E. “Los matrimonios mixtos en España ¿espacios de construcción intercultural?”, *Revista OBETS*, 2008, p. 46.

³ ARENAS GARCÍA, R., “Algunos problemas relativos al consentimiento matrimonial en supuestos

determinada ventaja, utilidad o provecho que no se podría conseguir de otra forma. No obstante, también es necesario concretar a qué tipo de utilidad o provecho nos estamos refiriendo puesto que las ventajas pueden ser de distintos tipos.

Por un lado, puede existir una ventaja de tipo económico derivada de celebrar un matrimonio con una persona adinerada con el único objetivo de acceder a un determinado nivel de vida, sin voluntad participar del resto de características derivadas del matrimonio. Otro ejemplo sería el de acordar la celebración de un matrimonio con una persona que sufra una enfermedad terminal con la intención de acceder a una pensión de viudedad o al usufructo de sus bienes tras su fallecimiento.

Por otro lado, a través de un matrimonio también se busca un provecho de tipo jurídico. En este ámbito se engloban los supuestos en los que una persona pretende, a través de la unión matrimonial, conseguir la nacionalidad o la residencia en un determinado país de una forma más fácil y eludiendo las normas generales de entrada y de obtención de la nacionalidad. Además, a través de esta ventaja jurídica que se otorga a los matrimonios, se puede buscar en un futuro el reagrupamiento familiar en dicho país aprovechando los derechos obtenidos por el hecho de residir legalmente o haber conseguido la nacionalidad. Este motivo jurídico, se trata de un supuesto bastante frecuente en la práctica y en el que se centrará principalmente el estudio de este trabajo.

Por último, se puede entender igualmente por matrimonio de conveniencia, aunque en una medida mucho menos relevante, a aquellos que buscan un beneficio de tipo social. Como ejemplo se podría mencionar una persona que se casa con otra por el simple hecho de que sea de una determinada familia con una imagen pública muy positiva o con una determinada fama sin realmente tener una intención matrimonial. Un caso distinto son los “matrimonios convenidos” que son aquellos matrimonios que son concertados por las familias y no por los contrayentes. No obstante, se trata de un supuesto mucho más ambiguo y que, en cierto modo, podría estar escondiendo una finalidad económica. Además, en muchos casos forma parte de la forma de contraer matrimonio de muchas culturas y no tiene por qué no existir un consentimiento matrimonial.

En definitiva, estamos hablando de situaciones en las que, a través del matrimonio, se están buscando unos objetivos alejados del fin propio del mismo. En ocasiones, los diversos intereses que se han mencionado anteriormente son complementarios a la

voluntad de contraer matrimonio. En otras, estos son los fines únicos y exclusivos por los que se celebran, dándose por tanto una simulación del consentimiento matrimonial que se estudiará posteriormente y que la legislación (en este caso la española) tratará de evitar.

Este trabajo se centrará en el estudio de los matrimonios como medio para conseguir la nacionalidad y residencia en un determinado país evitando las normas y procedimientos generales de entrada y de nacionalidad. Estos matrimonios, en tanto que cuentan con un elemento internacional, como es el caso de los mixtos y los matrimonios entre extranjeros, deben ser analizados conforme a la normativa de Derecho Internacional Privado debido a su conexión con otros ordenamientos.

2.2 Situación actual de los matrimonios de conveniencia

Una vez identificado desde qué punto de vista se va a tratar el concepto de “matrimonio de conveniencia” en este trabajo, debemos conocer cuál es el origen de este tipo de matrimonios, por qué son tan frecuentes en nuestro país y la situación actual de los mismos.

España, desde los años noventa, comenzó a recibir gran cantidad de inmigrantes desde muchas partes del mundo entre las que destaca América del Sur. Desde las 300.000 personas que constituían la población extranjera de nuestro país a principios de los noventa, se ha llegado hasta los casi seis millones de personas. La evolución de la población extranjera respecto de la española durante los últimos 15 años puede observarse en la siguiente tabla cuyos datos han sido extraídos de la página oficial del Instituto Nacional de Estadística (INE):

Año	Total Nacional	Extranjeros
2013	47.059.533	5.520.133
2012	47.265.321	5.736.258
2011	47.190.493	5.751.487
2010	47.021.031	5.747.734
2009	46.745.807	5.648.671
2008	46.157.822	5.268.762
2007	45.200.737	4.519.554
2006	44.708.964	4.144.166
2005	44.108.530	3.730.610
2004	43.197.684	3.034.326
2003	42.717.064	2.664.168
2002	41.837.894	1.977.946

2001	40.166.842	1.370.657
2000	40.499.791	923.879
1999	40.202.160	748.953

Fuente: Elaboración propia a partir de datos obtenidos en la página oficial del Instituto Nacional de Estadística

Es muy destacable el incremento de la población extranjera respecto de la española durante las últimas dos décadas. En el año 1999 la población extranjera solamente suponía un 1,86% de la población total. No obstante, en enero de 2013 los extranjeros constituyen un 11,73%. Este aumento de la inmigración española ha tenido una gran relevancia para el Derecho español y, en concreto, en los matrimonios de nuestra sociedad produciéndose un gran incremento en el número de matrimonios mixtos y entre extranjeros².

Esta característica de España como país atractivo para la inmigración ha provocado grandes consecuencias en materia de nacionalidad y extranjería. Así, aquellos que vienen a España, en algunos casos buscan establecerse al mismo nivel a través de la obtención de la nacionalidad la cual se puede acelerar a través del matrimonio como se explicará más adelante. Esto ha provocado que en numerosos casos se emplee el matrimonio como medio para conseguir otros fines, tales como nacionalidad y residencia, alejándose del sentido propio del mismo³.

De este modo, puede entenderse que la inmigración es un fenómeno que es muy relevante, puesto que más de un 10% de la población es extranjera, y al mismo tiempo es un hecho relativamente nuevo en nuestro país. Esta fuerte llegada en tan pocos años ha provocado cierta confusión entre la que cabe destacar la utilización de matrimonios fraudulentos como medio para acceder a la nacionalidad. Estos matrimonios si no son controlados correctamente atraerían a una gran cantidad de inmigración ilegal en busca de una nacionalidad o permiso de residencia fraudulenta.

2.3 Ventajas jurídicas del matrimonio para los extranjeros

Se ha explicado anteriormente los significados que puede tener el concepto “matrimonios de conveniencia” y el hecho de que tras estos matrimonios se encuentra una determinada “utilidad” o “provecho” ya sea económica, jurídica o social. En este

² ALBERT GUARDIOLA, M. C. y MASANET RIPOLL, E. “Los matrimonios mixtos en España ¿espacios de construcción intercultural?”, *Revista OBETS*, 2008, p. 46.

³ ARENAS GARCÍA, R., “Algunos problemas relativos al consentimiento matrimonial en supuestos internacionales”, en A.A.V.V, *Reflexões e Dimensões do Direito*, Multideia, Curitiba (Brasil), pp. 463 y 464.

caso, nos vamos a adentrar en aquellos puntos, derivados de la celebración de un matrimonio, en los que se favorece jurídicamente a un extranjero. Estos puntos son contemplados por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado que se estudiará más adelante⁴, la cual identifica tres ventajas principales.

En cuanto a la nacionalidad, como regla general, se puede obtener a través de la residencia durante diez años en España. Existen dos casos especiales: para los refugiados este plazo será de cinco años y para los nacionales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes será de dos años (artículo 22 del Código Civil). Sin embargo, estos plazos pueden llegar a reducirse a un año. Entre los casos que se puede dar esta reducción se encuentra el establecido en el artículo 22.2 d) del Código Civil: “basta el tiempo de residencia de un año para el que al tiempo de la solicitud llevare un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho”. Es aquí donde surge la atracción hacia la celebración de un matrimonio simulado con un español. Este precepto posibilita reducir en hasta nueve años el tiempo de espera para conseguir la nacionalidad española.

A continuación el artículo 22.3 pone una condición: “En todos los casos, la residencia habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición”. No obstante, cabe destacar que el Código Civil es consciente de los casos fraudulentos de obtención de la nacionalidad y, en su artículo 25.2, prevé la nulidad de la adquisición de la nacionalidad por medio de fraude. La acción la puede ejercerse de oficio por medio del Ministerio Fiscal o a través de denuncia.

Otra ventaja jurídica evidente fruto del matrimonio entre un español y un extranjero es la obtención de un permiso de residencia en España. Por extranjero debe entenderse, en este caso, a aquellas personas cuya nacionalidad es distinta de la de un Estado Miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo puesto que, como se explicará posteriormente, gozan del derecho a la libre circulación de personas por lo que los residentes en estos países no tienen las mismas dificultades para residir en España. El matrimonio ofrece una serie de ventajas a la hora de residir en nuestro país que se derivan del texto del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión

⁴ Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia.

Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Esta ventaja jurídica puede extraerse, entre otros, del artículo 2 del mencionado Real Decreto en el que se indica la aplicación del mismo: “El presente real decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad (...) a su cónyuge, siempre que no haya recaído acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal”.

Asimismo, existe la posibilidad de reagrupación familiar ya que, como expresa la Ley Orgánica 4/2000 e indica la propia Instrucción, el extranjero residente puede reagrupar a determinados familiares, entre los que se encuentran los hijos y los ascendientes en primer grado entre otros (artículo 16.2 en relación con el 17)⁵. En este caso, la ventaja jurídica del matrimonio de conveniencia se deriva de la posibilidad que ofrece para residir legalmente y, alcanzada dicha situación, ejercer el derecho de reagrupación de los familiares.

Por consiguiente, dado lo expuesto en el párrafo anterior y el gran crecimiento de la población inmigrante en nuestro país, parece probable la progresiva existencia de casos, en los que se busca un método acelerado de obtener permisos de residencia y la nacionalidad española. En este contexto surgen los matrimonios de conveniencia, que buscan a través de un matrimonio simulado, la obtención acelerada de la nacionalidad española.

Hay que destacar que la pertenencia de España a la Unión Europea hace que éste problema, sobre todo teniendo en cuenta la posibilidad de circular libremente, alcanza un nivel comunitario que se ve reflejado en la abundante normativa de esta institución respecto a cuestiones de extranjería y fronteras.

2.4 La problemática de los matrimonios de conveniencia en Europa

Las personas pertenecientes a los Estados miembros de la Unión Europea, en virtud del artículo 2 del Tratado de la Unión Europea, gozan del derecho a la libre circulación de personas⁶. Lo mismo ocurre con los Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo. Éste está compuesto Islandia, Liechtenstein, Noruega y la propia Unión Europea. Además, Suiza aunque no pertenezca a ninguno de estos dos, también tiene

⁵ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

⁶ Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 firmado en Maastricht.

acuerdos con la Unión Europea en materias como la libre circulación de personas. Por lo tanto, el problema de los matrimonios de conveniencia en España afecta tanto al propio país como, de forma indirecta, a todos aquellos con los que participa en los acuerdos sobre el derecho a la libre circulación de personas. Esto se debe a que, por ejemplo, una persona que haya podido acceder a la nacionalidad española en tan sólo un año a través de un matrimonio simulado, podrá del mismo modo que el resto de los españoles, circular libremente por los países mencionados. Por todo lo expuesto, el problema de los matrimonios de conveniencia goza de gran relevancia a nivel europeo.

La Resolución del Consejo 97/C 382/01, del 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos, es una muestra de la preocupación Europea ante la posibilidad de que se eludan las normas de entrada y residencia de nacionales de terceros países por medio de la simulación del matrimonio. Esta resolución expone una serie de presunciones que serán explicadas posteriormente. Además, la notable expansión de los matrimonios de complacencia ha llevado en varias ocasiones a la Comisión Internacional del Estado Civil a acordar Asambleas Generales a constituir Grupos de Trabajo específicos para intercambiar las experiencias de los respectivos países y estudiar las medidas que se puedan adoptar para combatir tal fenómeno en los distintos países miembros.

Asimismo, cabe destacar en este contexto la Directiva del Consejo de la Unión Europea sobre el derecho a la reagrupación familiar⁷. Dicha directiva tiene como objetivo fijar las condiciones mediante las cuales se puede ejercer el derecho a la reagrupación familiar por parte de los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio español. De este modo, a través un matrimonio de conveniencia se puede acceder a la residencia legal en territorio español, dicha residencia legal permitirá que se ejerza el derecho a la reagrupación familiar indicado en esta directiva. No obstante, dentro del Capítulo VII, sobre sanciones y recursos, se encuentra el artículo 16 que, en su segundo apartado, establece que cada Estado miembro tiene la facultad de denegar la entrada y residencia con fines de reagrupación familiar, así como retirar el permiso de residencia de los miembros de la familia en el caso de que se demuestre que se ha cometido algún tipo de fraude o que “el matrimonio, la relación en pareja o la adopción se formalizaron únicamente para que la persona

⁷ Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar.

interesada pudiera entrar o residir en un Estado miembro”. Además, el apartado 4 del mencionado artículo faculta a los Estados miembros para controlar e investigar si se trata de un fraude o de un matrimonio que se llevó a cabo con el único interés de que la persona interesada pudiera reagruparse.

3. EL MATRIMONIO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Toda persona tiene derecho a contraer matrimonio libremente dentro de los escasos límites que establezca la ley. De este modo, cualquier control que se realice respecto de este derecho, debe ser de la forma más precisa y adecuada posible, procurando no menoscabar un derecho tan importante como es éste: el “*ius connubii*”.

La Constitución española reconoce la importancia del matrimonio como un derecho de los ciudadanos y, por ello, se encuentra presente en el Capítulo II sobre derechos y libertades. En concreto, se trata del artículo 32: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”⁸.

Internacionalmente, también son numerosos los reconocimientos que se hace del mismo, como la Declaración Universal de Derechos Humanos que, en su artículo 16.1 establece que “los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

Posteriormente, los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa, firmaron el Convenio de Roma de 1950 en el cual se volvió a reconocer el derecho a contraer matrimonio: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho” (artículo 12)⁹.

Asimismo, a nivel europeo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dedica su artículo 9 al derecho a contraer matrimonio y a fundar a una familia:

⁸ Constitución Española, 1978

⁹ Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

“Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”¹⁰.

Por lo tanto, entrar en un aspecto tan reconocido e internacional como el derecho al matrimonio tiene evidentes dificultades y, en todo momento, debe realizarse con la mayor diligencia posible. Entrar a analizar si existe un consentimiento verdadero como se estudiará más adelante, debe realizarse de forma proporcional puesto que a través de figuras como la audiencia previa requerida en la elaboración del expediente previo a la celebración del matrimonio, se está invadiendo en cierto modo la intimidad de los contrayentes. Por ello, en todo momento debe estar presente que se trata de un derecho inherente a las personas y ha de existir una presunción de inocencia respecto a la existencia de un matrimonio verdadero.

4. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA SIMULACIÓN DEL MATRIMONIO

Los matrimonios simulados no sólo provocan preocupación desde el punto de vista internacional en tanto en cuanto provocan que determinadas personas eviten las normas nacionales y europeas de entrada, residencia legal, nacionalidad y reagrupamiento familiar. La Instrucción de 2006 de la DGRN¹¹ que se tratará con mayor precisión más adelante, menciona varios problemas que se pueden derivar de este tipo de matrimonios en el ámbito del Derecho de Familia. En general, el matrimonio genera obligaciones de carácter económico como la obligación de contribuir a las cargas familiares, a abonar los gastos que generen determinados litigios, la exigencia de actuación conjunta para llevar a cabo determinados actos jurídicos y derechos respecto al ajuar conyugal tras el fallecimiento de uno de los cónyuges¹². Concretamente y con una gran importancia desde mi punto de vista, deben destacarse los siguientes problemas que pueden surgir a raíz de los matrimonios simulados:

¹⁰ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Niza, 2000.

¹¹ Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia.

¹² “Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio”, artículo 1318 párrafo primero CC; “cuando un cónyuge carezca de bienes suficientes, los gastos necesarios en litigios (...) serán a cargo del caudal común (...)”, artículo 1318 párrafo tercero CC; un ejemplo de actuación conjunta se encuentra en el artículo 1322 CC; “Fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber”, artículo 1321 CC.

En primer lugar, cabe destacar los problemas que se pueden derivar respecto de la filiación. El artículo 108 del Código Civil destaca que la filiación es matrimonial “cuando el padre y la madre están casados entre sí”. A este respecto, el artículo 116 establece una presunción respecto de los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a la disolución o separación legal¹³. De este modo, si la mujer contrayente de un matrimonio simulado tuviera un hijo durante este matrimonio, el Derecho español atribuiría una presunción de filiación al contrayente. Éste tendrá la carga de la prueba y, por tanto mayores dificultades, en el caso de que se produzca un procedimiento respecto a la filiación de dicho hijo. Esta filiación, a su vez, acarrea obligaciones tales como el deber de velar, el deber de alimentos o el deber de educar y procurar una formación integral (artículo 154 del Código Civil).

Un segundo problema sería el surgimiento de obligaciones entre los cónyuges tales como el deber de alimentos. En este caso, un matrimonio que ha conseguido llegar a inscribirse en el Registro Civil, aunque en la realidad se trate de un matrimonio simulado, a efectos legales será verdadero y, por tanto existirá una presunción de legalidad de los actos inscritos (artículo 2 de la Ley del Registro Civil)¹⁴. De este modo, en el caso de que uno de los cónyuges exija su derecho a recibir alimentos por parte del otro contrayente, la otra parte tendrá enormes dificultades desde el punto de vista legal para denegarlo debido a la fuerza probatoria de los actos inscritos en el Registro Civil.

Por último, otro de los problemas destacables que se pueden crear a raíz de la celebración de matrimonios fraudulentos surge cuando quieren dar por finalizado el mismo a través del divorcio o separación legal. Siempre dependerá del régimen económico matrimonial que hayan establecido pero, al finalizar el mismo, una de las partes contrayentes podría aprovechar dicha circunstancia para obtener ciertos beneficios de la otra ya que, a efectos legales, han estado casados y la otra parte se

¹³ “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”, Artículo 116 del Código Civil.

¹⁴ “El Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos. Sólo en los casos de falta de inscripción en los que no fuere posible certificar del asiento, se admitirán otros medios de prueba; pero en el primer supuesto será requisito indispensable para su admisión que, previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida o la reconstitución del asiento”, Artículo 2 de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil.

encontraría en una posición de desventaja para defenderse puesto que “en teoría”, han estado formando un verdadero matrimonio.

Por todo lo anterior y todos los demás conflictos que no se han mencionado pero que podrían llegar a surgir, es necesario un control sobre los mismos que, sin embargo, tiene difícil prueba dado que, como se verá más adelante, no es fácil saber con exactitud si ha existido o no una simulación por parte de ambos contrayentes sobre su intención respecto al consentimiento matrimonial. Es por esto por lo que en la práctica se emplean una serie de presunciones o indicios para determinar la validez de los matrimonios.

5. EL CONSENTIMIENTO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL MATRIMONIO

Para DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS el matrimonio constituye “la unión de dos personas de distinto o igual sexo, concertada de por vida mediante la observación de determinados ritos o formalidades legales tendente a realizar una plena comunidad de existencia”¹⁵. RUIZ DE HUIDOBRO indica que el matrimonio “es la unión de vida de los cónyuges, que da lugar a una comunidad familiar en la que una de sus funciones principales ha venido siendo la reproducción y socialización primaria de los nuevos miembros de la sociedad”. Continúa este autor diciendo que de éste surgen determinados derechos y obligaciones¹⁶. Por lo tanto, el matrimonio no constituye simplemente un nueva forma de convivir socialmente sino que es una figura jurídica, un acto jurídico regulado en nuestro Código Civil, que implica el reconocimiento de una serie de derechos y deberes, tanto personales como patrimoniales y, por ello, es necesario el cumplimiento de una serie de requisitos para su celebración.

Estos requisitos del matrimonio se encuentran en el Capítulo II del Título IV del Libro Primero del Código Civil. El primer artículo de este capítulo, el número 44, trata sobre el derecho que tienen las personas a contraer matrimonio.

Otros artículos como el 46 y el 47 del Código Civil establecen aquellos supuestos y personas que no pueden contraer matrimonio tales como los menores de edad no emancipados, los ligados con un vínculo matrimonial, parientes en línea recta por

¹⁵ DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1995, p. 63.

¹⁶ RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M., *Manual de Derecho Civil. Parte general*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 194 y 195.

consanguinidad o adopción, colaterales por consanguinidad hasta tercer grado y condenados por muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos.

Dentro de este capítulo se encuentra también el artículo 45 que es el que mayor relevancia va a tener respecto a lo tratado en este trabajo ya que trata del consentimiento matrimonial. Dicho artículo reza lo siguiente: “No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”. Se trata de un negocio jurídico que, a diferencia de los demás, la autonomía de la voluntad no está presente a la hora de fijar las condiciones del mismo puesto que el siguiente precepto no lo permite: “La condición término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta” (artículo 45 del Código Civil). Por lo tanto, se establece no sólo el requisito de que exista un consentimiento, sino de que haya un verdadero “consentimiento matrimonial”. No sólo se requiere que no existan vicios de consentimiento (error, dolo, violencia o coacciones) o falta de capacidad sino que se requiere consentimiento respecto de los derechos y deberes derivados del matrimonio. Estos deberes se encuentran recogidos en el Código Civil y son los siguientes: deber de respeto, deber de ayuda y socorro mutuo, deber de actuación en interés de la familia, deber de compartir las responsabilidades domésticas y prestar cuidado y atención a los ascendientes y descendientes, deber de vivir juntos o de convivencia y deber de guardarse fidelidad (artículos 67 y 68 del Código Civil).

De este modo, volviendo al caso que nos ocupa, en un matrimonio de conveniencia aunque sí está existiendo un consentimiento en el sentido de que las personas no están sufriendo ningún vicio de consentimiento, error o falta de capacidad. Dichas personas sí están de acuerdo con el hecho de que ese matrimonio se lleve a cabo. Sin embargo, lo celebran con un objetivo fraudulento, es decir, con la intención de evadir las normas de nacionalización y de residencia que les serían aplicables. Para que el matrimonio fuera válido conforme a nuestro Código Civil, dichas personas deberían tener un consentimiento matrimonial verdadero, esto es, consentir acerca de los derechos y deberes que afectan al matrimonio en nuestra regulación. Consecuentemente, cuando la única intención por la que se contrae matrimonio es la de conseguir una determinada nacionalidad o residencia, no existiría un consentimiento matrimonial respecto de los derechos y deberes del matrimonio regulados en nuestro Código Civil y se estaría incurriendo en una causa de nulidad tal y como establece el artículo 73.1º CC: “es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración: el matrimonio sin consentimiento matrimonial”.

La legitimación activa para ejercer la acción de nulidad se encuentra regulada en el artículo 74 del Código Civil, el cual indica que corresponde al Ministerio Fiscal, a los cónyuges y a cualquier tercero con un interés legítimo directo y legítimo en ella. Debe destacarse que no es del todo frecuente la acción de nulidad en estos casos puesto que es improbable que sea ejercida por los propios contrayentes y, en cuanto al Ministerio Fiscal, cabe destacar que suelen ser evitados en la tramitación del expediente previo a la celebración del matrimonio o al solicitar la inscripción en el Registro Civil.

El consentimiento también ha sido una cuestión relevante que ha sido tratada por importantes organizaciones internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Esta Declaración, que tan sólo cuenta con 30 artículos establece en su artículo 16.2 que “Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio”¹⁷.

Finalmente, España fue estado parte de la Convención relativa al consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraerlo y el registro del matrimonio llevada a cabo en Nueva York el 10 de diciembre de 1962, la cual también trata en su artículo 1.1 la necesidad de consentimiento para que el matrimonio sea válido: “No podrá contraer legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley”¹⁸.

5.1 El consentimiento en los matrimonios mixtos y entre extranjeros

Se ha analizado la respuesta jurídica que nuestro Derecho da al consentimiento matrimonial. No obstante, hay que tener en cuenta el elemento internacional de los matrimonios mixtos y entre extranjeros. Respecto a estos, tradicionalmente se ha entendido que la respuesta jurídica a este problema debe llevarse a cabo conforme a la ley personal de cada cónyuge¹⁹.

¹⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948, París.

¹⁸ Convención de Nueva York sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, 10 de diciembre de 1962.

¹⁹ ARENAS GARCÍA, R., *Reflexões e Dimensões do Direito*, op. cit. pp. 466-468

Dice ARENAS GARCÍA que es necesario realizar una distinción entre aquellos matrimonios celebrados ante una autoridad extranjera y aquellos que se llevan a cabo frente a una autoridad española. De este modo, como indica OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS²⁰, aquellos matrimonios que han sido celebrados frente a autoridades extranjeras deben ser estudiados desde el punto de vista de su validez respecto al ordenamiento en cuestión y si éstos pueden tener efecto en España. Será necesario probar que la celebración del matrimonio ha sido válida conforme al Derecho del país en cuestión.

En el caso de que el matrimonio se celebre ante una autoridad española, pudiendo ser una autoridad española en el extranjero, la ley rectora de dicho acto será la *lex fori*, es decir, la española²¹.

6. LAS INSTRUCCIONES DE LA DGRN

El matrimonio civil puede llevarse a cabo tanto en el Juzgado como en el Ayuntamiento y el acta derivada de dicha celebración es inscrita en el Registro Civil. Para el caso de los matrimonios civiles celebrados en el extranjero en los casos en los que uno de los contrayentes tenga la nacionalidad española o la adquiera con posterioridad al matrimonio se requerirán una serie de certificados que tienen como objetivo probar la nacionalidad de ambos contrayentes, así como el matrimonio celebrado en otro país²². La ley del Registro Civil establece al respecto en su artículo 73 que para proceder a la inscripción de los matrimonios celebrados en el extranjero o cualquier otro supuesto en el que no se hubiere levantado acta, será necesario un expediente para proceder a la inscripción²³. Dicho expediente es tratado en la Instrucción que se expondrá a continuación y que tiene gran importancia en el ámbito de los matrimonios de conveniencia en nuestro país.

²⁰ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp 23 y 24.

²¹ CORDERO ÁLVAREZ, C.I., “Crisis matrimoniales y responsabilidad parental dentro y fuera de la Unión Europea: El Código de Familia Comunitario”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 2006, pp. 228-230

²² Página web oficial del Ministerio de Justicia

²³ “El funcionario que autoriza el matrimonio civil extenderá acta (...) cuando se contrajera en país extranjero con arreglo a la forma del país o en cualquier otro supuesto que no se hubiere levantado aquella acta, la inscripción sólo procederá en virtud de expediente”, Artículo 73, Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil (vigente hasta el 22 de julio de 2014)

Se distinguirán dos casos fundamentales que tendrán lugar en distintos momentos. Por un lado, se encuentran los casos en los que el matrimonio se quiere realizar ante autoridades españolas. En este supuesto aparece la importancia del expediente previo mencionada en la Instrucción de 9 de enero de 1995. Por otro lado, se encuentran los matrimonios celebrados ante autoridad extranjera. En este caso, no se puede prevenir la posibilidad de que se trate de un matrimonio fraudulento por medio del expediente previo, sino que la revisión de las declaraciones se producirá de forma posterior a la celebración del matrimonio y como requisito previo a la inscripción del matrimonio en el Registro Civil.

6.1 Instrucción de 9 de enero de 1995²⁴

Inicialmente, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 1995 trató el tema de los matrimonios de complacencia y la necesidad de que en la tramitación del expediente previo a la celebración de los mismos se pudieran evitar matrimonios simulados. Esta Instrucción, surge ante la preocupación de que los matrimonios no se realice con una intención “matrimonial” sino que se busque un medio más sencillo de evitar las normas de entrada y estancia en España. Considera que este tipo de matrimonios se están celebrando en fraude de ley y deben ser nulos por simulación.

En este contexto surge el expediente previo. Por medio de este mecanismo, que se aplica a los casos en los que uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero, se busca evitar “a priori” que exista la causa de nulidad del matrimonio. El Encargado, por medio de este expediente previo, pretende conocer la verdadera intención de la celebración del matrimonio y, en ningún caso coartar el derecho de los ciudadanos a contraer matrimonio (artículo 32 de la Constitución Española), existiendo para todos los casos una presunción de buena fe.

Recuerda la Instrucción que cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero y otro en España, pueden elegir si se tramita el expediente en el Registro municipal o en el consular tal y como establece el artículo 238 del Reglamento del

²⁴ Instrucción de 9 de enero de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero.

Registro Civil (RRC)²⁵. Dependiendo de esto, el encargado para instruir el expediente será el Juez encargado o de Paz o el encargado del Registro Civil consular. Otra medida que recuerda la Instrucción es la necesaria ratificación de ambas personas con intención de contraer. Asimismo, busca dar publicidad a normas como la que establece el artículo 246 del mencionado Reglamento y que probablemente tenga gran relevancia a la hora de identificar un potencial matrimonio simulado. Dicho artículo trata sobre la audiencia del Encargado con cada uno de los contrayentes “para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración”. Para el caso de que se detectara una intención de simular el matrimonio para obtener determinadas ventajas, el instructor denegará dicha celebración por medio de auto (artículo 247 del Reglamento del Registro Civil).

Por último, se destaca la posibilidad de que la autorización matrimonial final se realice por medio de poder sin perjuicio de que fases previas tales como la audiencia personal y reservada la lleve a cabo el poderdante, es decir, la persona que esta casándose.

Dicha Instrucción trata la utilización de la fórmula del expediente previo para el caso del matrimonio en el que uno de los contrayentes no está domiciliado en España. Por ello, resulta probable la existencia de un riesgo mayor cuando el matrimonio se celebra ante una autoridad extranjera y, por tanto, no se realiza la tramitación por medio del expediente previo ni se realiza la fase de audiencia reservada e individual. De este modo, como se ha indicado anteriormente, el artículo 73 de la Ley del Registro Civil exige que para estos casos se tramite expediente en el que se deberán analizar las declaraciones de los contrayentes.

6.2 Instrucción de 31 de enero de 2006²⁶

Posteriormente, el Ministerio de Justicia a través de la Instrucción del 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia establecería unas “directrices en la materia que puedan ayudar a los Encargados de los Registros Civiles españoles tanto en España como en el

²⁵ Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil

²⁶ Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia.

extranjero, a la hora de abordar el tratamiento jurídico de este fenómeno”. Así, mientras la Instrucción anterior entraba a abordar cuestiones específicas relativas al expediente previo a la celebración del matrimonio, esta segunda Instrucción trata de establecer unas directrices generales que permitan un mejor y más unificado tratamiento de este fenómeno por parte de los Encargados de los Registros Civiles.

En primer lugar, esta Instrucción define los matrimonios de complacencia como aquellos enlaces que se celebran a cambio de un precio que frecuentemente lo paga un ciudadano extranjero a un ciudadano español para que éste acceda a contraer matrimonio con él. De esta forma, por lo general, tácitamente o expresamente los contrayentes acuerdan que no va a consistir en un matrimonio auténtico, es decir, no va a existir una convivencia o, si esta existe, será con la única finalidad de hacer más creíble el consentimiento matrimonial simulado. Tampoco existe una voluntad de formar una familia o llevar a cabo los derechos y obligaciones derivados del mismo. Además, dada la facilidad y la progresiva aceleración del procedimiento de separación y divorcio, lo normal es que se acuerde una “estrategia de salida”, es decir, se determinará un plazo después del cual y tras haber conseguido los beneficios jurídicos deseados, se llevará a cabo la separación judicial o divorcio y se dará por concluido este matrimonio simulado.

Asimismo, se describen las principales motivaciones que llevan a los contrayentes a simular el matrimonio y que ya se han comentado en apartados anteriores: adquisición acelerada de la nacionalidad española, obtener el permiso de residencia en el territorio español y lograr la reagrupación de los familiares de nacionales de terceros Estados.

Cabe destacar que, como se ha indicado anteriormente, el consentimiento es, sin duda, un elemento esencial del matrimonio y en el cual las partes se unen con una finalidad determinada y conjunta. No obstante, y como destaca la mencionada Instrucción, cuando las partes se unen excluyendo las finalidades y características esenciales del matrimonio, éste es simulado y, por tanto, nulo por falta de consentimiento matrimonial: “la declaración de voluntad emitida no se corresponde con la real voluntad interna”. Esta simulación también ocurriría en el caso de que sea una sola de las partes la que no quiere el matrimonio como tal puesto que, como se ha indicado anteriormente, por medio del matrimonio se pretende un “proyecto común” que no existiría en tanto en cuanto uno de los contrayentes no lo consintiera. En

definitiva, la falta de dicho consentimiento, siendo éste un elemento esencial del matrimonio, produciría una nulidad “*ipso iure*”, insubsanable, del negocio jurídico.

Por lo tanto, estaríamos ante un fraude de ley contemplado en el artículo 6.4º del Código Civil puesto que la voluntad que los contrayentes están declarando es distinta a la que realmente existe. La consecuencia de dicha divergencia de voluntades no es otra que la nulidad de pleno derecho.

Dado que en la gran mayoría de los casos de matrimonios de conveniencia concurre una persona extranjera, es necesario y es el objetivo de este trabajo tener en cuenta la perspectiva del Derecho Internacional Privado. Por ello, esta Instrucción indica que, inicialmente, es necesario precisar la Ley estatal aplicable teniendo en cuenta las normas de Derecho Internacional Privado. Este aspecto se discutirá más adelante en el apartado relativo a la perspectiva del Derecho Internacional Privado.

Más adelante, esta Instrucción entra a tratar temas relativos a la prueba de la simulación. Para ello, se remite a la anterior Instrucción al mencionar el expediente previo como medio de prueba y la importancia de la audiencia reservada y por separado. Además, destaca que para que un español celebre matrimonio en el extranjero, si la ley del lugar de celebración requiere un certificado de capacidad matrimonial procedente del país del que corresponda su ley personal, la ley establece que es necesario llevar a cabo el procedimiento del expediente previo, en la misma forma que la que se ha mencionado anteriormente (artículo 252 del Reglamento del Registro Civil)²⁷.

Por último, la Instrucción destaca el papel fundamental que tienen las presunciones como medio probatorio de la existencia de un matrimonio de complacencia. A este respecto, cabe mencionar que numerosas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (como las que se indicarán posteriormente), la gran mayoría, obtienen a través de la audiencia reservada determinados hechos objetivos extraídos de las declaraciones de los contrayentes que, en el caso de ser contradictorios o evidenciar la simulación matrimonial, se presume la existencia de un matrimonio simulado. Por ello, dada la dificultad de conseguir otro tipo de pruebas como las documentales o las

²⁷ “Si los contrayentes han manifestado su propósito de contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la Ley del 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. La validez estará limitada a los seis meses de su fecha”, Artículo 252 del Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil.

confesiones para conocer la verdadera intención por la que se celebra el matrimonio, el papel de las presunciones es fundamental para que pueda existir un mínimo control sobre estos fraudes. Todo ello debe realizarse de manera que no se utilice abusivamente y sin perjudicar en ningún momento el derecho fundamental a contraer matrimonio.

Asimismo, además de las mencionadas instrucciones existen en la regulación española normas que mencionan expresamente estos matrimonios de conveniencia y tienen como objeto evitar que se beneficien como si de verdaderos matrimonios se trataran. El apartado VIII del preámbulo de la Reforma de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social trata sobre el reforzamiento de la lucha contra la inmigración irregular a través de “nuevas infracciones para evitar actuaciones fraudulentas, tales como los matrimonios de conveniencia (...)”. También el artículo 53.2 b) considera como infracción grave “contraer matrimonio, simular relación afectiva análoga o constituirse en representante legal de un menor, cuando dichas conductas se realicen con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente un derecho de residencia, siempre que tales hechos no constituyan delito”²⁸.

7. MEDIDAS CONTRA LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA

La lucha contra los matrimonios de conveniencia está presente en el caso de los matrimonios mixtos y entre extranjeros tanto contra aquellos casos que se celebran ante la autoridad española como para los que se celebran ante la extranjera.

En el primero de estos casos se pretende “ex ante, por medio del expediente previo de autorización del matrimonio, evitar que se celebren matrimonios simulados. En el segundo caso, trata de frenar “ex post”, es decir, tras la celebración del matrimonio en el extranjero, que se inscriban en el Registro Civil matrimonios fraudulentos.

7.1 “Ex ante”: el expediente previo a la autorización del matrimonio.

La lucha contra los matrimonios de conveniencia puede producirse “ex ante”, es decir, con la intención de evitar que se celebre el matrimonio considerado simulado. A este respecto, cabe destacar la Instrucción de 1995 de la Dirección General de los Registros y el Notariado en la cual, por medio del expediente previo y especialmente

²⁸ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

con la figura de la audiencia que el Instructor, asistido por el Secretario, reúne por separado de los contrayentes cuando uno de ellos esta domiciliado en el extranjero, se busca conocer si existe un verdadero consentimiento matrimonial o cualquier otro obstáculo legal para su celebración (artículo 246 del Reglamento del Registro Civil). Si lo encontrare, se podrá denegar la celebración del matrimonio (artículo 247 del RRC). Incluso la Unión Europea en la mencionada Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997, en su preámbulo, indica que incluso antes de celebrarse el matrimonio, los Estados miembros pueden comprobar si se trata de un matrimonio fraudulento. Parte de la doctrina tiene ciertas dudas respecto a la audiencia previa y la dificultad de probar el consentimiento matrimonial antes de la celebración del matrimonio y considera cierta discriminación entre el tratamiento de los matrimonios entre españoles y los mixtos²⁹.

Además, como se ha indicado anteriormente, la Resolución del Consejo del 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra matrimonios fraudulentos, establece una serie de presunciones, entendidas como indicios, procedentes de declaraciones o documentos escritos, que indicarán que se trata de un matrimonio fraudulento. Estas presunciones se establecen como un requisito necesario para estos casos, dada la dificultad de conocer el verdadero consentimiento matrimonial de los contrayentes. La resolución establece los siguientes hechos objetivos como relevantes para poder obtener importantes indicios sobre si se trata de un matrimonio fraudulento:

“(…) el no mantenimiento de la vida en común; la ausencia de una contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio; el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio; el hecho de que los cónyuges se equivoquen sobre sus respectivos datos (nombre, dirección, nacionalidad, trabajo), sobre las circunstancias en que se conocieron o sobre otros datos de carácter personal relacionados con ellos; el hecho de que los cónyuges no hablen una lengua comprensible para ambos; el hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio (...) y el hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios fraudulentos anteriores o irregularidades en materia de residencia”³⁰.

Ha de tenerse en cuenta que intervenir con carácter previo a la celebración del matrimonio puede crear algunos problemas puesto que ha de tenerse en cuenta que se está entrando a valorar algo que para los potenciales cónyuges podría resultar muy evidente: el consentimiento matrimonial. De este modo, no debe tratarse cada caso con

²⁹ AGUILAR BENITEZ DE LUGO, M., GRIEDER MACHADO, H. “El matrimonio de conveniencia”, estudio de la página web del Ministerio de Justicia, pp. 11 y 12.

³⁰ Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas 97/C 382/01, del 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos.

sospecha como si de un matrimonio de conveniencia más se tratara puesto que podría llegar a interpretarse la audiencia reservada e individual, requerida para el expediente previo, como una medida en cierto modo xenófoba.

7.2 “Ex post”: los matrimonios celebrados en el extranjero.

En cuanto a las medidas “ex post” contra los matrimonios simulados, cabe destacar que están orientadas a evitar la inscripción en el Registro civil de los matrimonios fraudulentos ya celebrados con anterioridad en el extranjero. Por lo general, se realiza a través del pronunciamiento sobre la nulidad del Tribunal a instancia del interesado o del Ministerio Fiscal. La Resolución de 30 de mayo de 1995 de la Dirección General de los Registros y del Notariado indica que “cuando el matrimonio se ha celebrado ya en la forma extranjera permitida por la *lex loci*, el Encargado del que se solicita la inscripción está facultado para calificar la ausencia de consentimiento matrimonial”. La doctrina también ha criticado la competencia del Encargado como calificador de los requisitos relativos al consentimiento en el momento de la inscripción de los matrimonios celebrados en el extranjero³¹.

La mencionada Instrucción de la DGRN de 2006, indica que el Encargado, en estos casos, deberá realizar un control del acto matrimonial que se ha realizado ante autoridad extranjera, no sólo respecto de los requisitos objetivos, sino que también respecto de los objetivos. De esta forma, el encargado del Registro Consular o Central verificará, como en el caso del expediente previo mencionado en el apartado anterior, la existencia de un verdadero consentimiento matrimonial por parte de los contrayentes llevando a cabo “análogas medidas (...) cuando se trata de inscribir en el Registro Consular o en el Central un matrimonio ya celebrado en la forma extranjera permitida por la “*lex loci*”. También tendrá contrastar si se ha llevado a cabo en la forma adecuada, conforme a la normativa que sea aplicable, ya sea la del lugar de celebración o la de la ley personal.

Respecto a las circunstancias que hacen presumir un matrimonio fraudulento cabe citar la resolución de 23 de agosto de 2012 (5ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Se trata de una resolución que resuelve un recurso contra la denegación de la inscripción de un matrimonio celebrado según entre una persona nacida en Perú y de nacionalidad española y una de nacionalidad china. Dicho matrimonio presentó en el

³¹ AGUILAR BENITEZ DE LUGO, M., GRIEDER MACHADO, H. “El matrimonio de conveniencia”, op. cit., pp. 13 y 14.

Consulado General de España en Cantón un impreso de declaración de datos para su inscripción. No obstante, dicha inscripción fue denegada puesto que en la audiencia reservada e individual con cada uno de los contrayentes se identificaron los siguientes hechos objetivos: se comunicaban a través de un traductor de internet, es decir, no hablaban el mismo idioma y, además, se conocieron personalmente una semana antes de la boda³².

Mediante esta Resolución la Unión Europea pretende que se realicen controles en aquellos casos en los que existan presunciones fundadas como las que se han indicado anteriormente y, en caso de que existieran, las comprobaciones pueden implicar audiencias por separado con los contrayentes. Sin perjuicio de que se recurra la decisión, las autoridades podrán denegar el permiso de residencia por matrimonio si consideran que es fraudulento.

Estas presunciones, aunque siempre pueden no ser del todo concluyentes en determinados casos ya que parece razonable considerar que un matrimonio está siendo simulado cuando, por ejemplo, los cónyuges se conozcan el mismo día o tan sólo unas semanas antes de la celebración del matrimonio; que no conozcan datos como la fecha de nacimiento, el trabajo al que se dedica y otros que, desde un punto de vista objetivo, cualquier persona conocería de su pareja; que no exista posibilidad de comunicación al no hablar el mismo idioma, etc. No obstante, desde mi punto de vista, no se debería realizar una generalización mediante la cual si en la audiencia reservada una de las personas no conoce un determinado dato ya se debe declarar como matrimonio simulado. Dichas presunciones deben adecuarse prudentemente a cada caso concreto para que, junto con el resto de circunstancias, se pueda establecer un juicio razonable sobre la existencia de un verdadero consentimiento matrimonial.

Cabe mencionar la Resolución 4ª de 2 de Marzo de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la que se estima un recurso frente al auto del encargado del Registro Civil Consular en B. Colombia, denegando la inscripción del matrimonio por considerar que no existe consentimiento real por parte de los cónyuges. En esta resolución se reconocen las dificultades derivadas de la prueba de la simulación y la necesidad de acudir a las presunciones. Se trata de inscribir un matrimonio que,

³² Resolución quinta del 23 de agosto de 2012 sobre matrimonio celebrado en el extranjero, *Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Registro Civil)*, Boletín de información del Ministerio de Justicia, 2013.

aunque ya se ha celebrado anteriormente, el encargado deberá, del mismo modo que en el expediente previo, asegurarse de que no existe simulación. No obstante, a pesar de que se deniega inicialmente la inscripción, la DGRN sí estima el recurso puesto que considera que las declaraciones de la audiencia reservada “no son lo suficientemente clarificadoras para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de la simulación.” Además, se apela a la “presunción del principio general de buena fe” y la necesidad de que exista una “certeza racional absoluta” de que exista simulación³³.

Por lo tanto, es fundamental que, como en el caso que se acaba de mencionar del Registro Civil Consular de Colombia, no se entre en una dinámica en la cual se establezca que, cualquier diferencia en la audiencia reservada implica una denegación de la inscripción del matrimonio. Para evitar esto, en casos en los que haya relativas dudas, se lleve a cabo una interpretación como la de la DGRN conforme al principio general de buena fe y, de este modo, se eviten discriminaciones o situaciones de indefensión.

Asimismo, se ha mencionado anteriormente las medidas que los Estados miembros pueden llevar a cabo en virtud de la Directiva del Consejo de la Unión Europea³⁴. En concreto, podrán controlar e inspeccionar los casos en los que existan sospechas fundadas sobre la existencia de un fraude o un matrimonio celebrado con la única intención de reagrupar a los familiares indicados en la Directiva.

Por último, el propio Código Penal entra a sancionar aquellos casos en los que una persona se ofrece para contraer matrimonio con otra con el objetivo de facilitar su llegada al país. De este modo, existirá una sanción penal para aquella persona que, “directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión” (artículo 318 bis apartado primero del Código Penal). También es relevante en sentido penal el hecho de que muchos de estos matrimonios que se “ofertan” se realizan a cambio de un precio, puesto que el segundo apartado del mencionado

³³ Resolución cuarta del 2 de marzo de 2010 sobre matrimonio celebrado en el extranjero, *Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Registro Civil)*, Boletín de información del Ministerio de Justicia, 2011.

³⁴ Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar.

artículo establece que la pena se encontrará en su mitad superior en el caso de que se realice con ánimo de lucro.

8. PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Como se ha indicado anteriormente, en prácticamente todos los casos de matrimonios de complacencia se da un aspecto jurídico, privado e internacional. Por esta razón, el Derecho Internacional Privado tiene un papel fundamental en este tipo de matrimonios en los que las diferentes nacionalidades pueden proponer dificultades en términos de normativa aplicable. El aspecto privado del matrimonio debe entenderse en el sentido de que se trata de un aspecto íntimo en la vida de las personas puesto que, como se ha expuesto en apartados anteriores, no existe la autonomía de la voluntad en cuanto a, por ejemplo, su término y modo. Por lo tanto, se trata de una institución regulada que no debe entenderse como privada en sentido estricto.

Volviendo al análisis de la aplicación del Derecho Internacional Privado en los matrimonios mixtos y los matrimonios entre extranjeros, el Encargado del Registro Civil español tendrá inicialmente que aclarar si tiene que aplicar la ley del foro o si, por el contrario, deberá aplicar la “lex causae”. De este modo, como no existe una norma institucional que trate el tema del consentimiento matrimonial, se deberá buscar en la legislación española una norma de conflicto que indique qué legislación se encargará de resolver los temas relacionados con el consentimiento matrimonial.

No obstante, puede encontrarse en el Derecho español una norma de conflicto que se refiera de manera específica al consentimiento matrimonial, sino que todas estas normas incluidas en el Código Civil son más bien generales y, de este modo, habrá que analizar dentro de cuál podría estar englobado. Por ello, la doctrina, tal y como indica la Instrucción de la DGRN de 2006³⁵, acude al artículo 9.1 de nuestro Código Civil alegando que éste trata sobre estados civiles. Por lo tanto, “la ley personal [...] regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de

³⁵ Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia.

muerte”³⁶. Así, se deberá tener en cuenta la ley personal, es decir, la que el Código Civil considera como la ley determinada por la nacionalidad de cada contrayente.

Por ello, respecto al consentimiento matrimonial, la mencionada Instrucción considera que debe ser analizado conforme a la ley personal, los dos casos que se pueden dar en los matrimonios de complacencia son los siguientes:

- Matrimonio entre un nacional y un extranjero. En este caso, como establece el artículo 9.1 del Código Civil, habría que analizar el consentimiento según la ley del país de cada uno. Puesto que se trata de un matrimonio mixto en el que uno de los cónyuges es español, bastaría con observar si el consentimiento de éste es válido conforme a su ley personal, es decir, la ley española. Esto es así, porque, como se ha venido diciendo anteriormente, basta la falta de consentimiento matrimonial por parte de uno de los cónyuges para que el matrimonio sea nulo “ipso iure” por simulación. De este modo, al existir un español en este caso y dado que la norma de conflicto nos indica que es la ley personal la que entrará a valorar el consentimiento matrimonial, bastará analizar el mismo conforme al Derecho español. Por tanto, en este caso, como se ha indicado anteriormente, si se considera que el matrimonio es simulado no sería válido en ningún caso y el Encargado del Registro Civil no procederá a inscribirlo.

- Matrimonio entre dos extranjeros. Supone un caso más complicado dado que en este caso el Encargado deberá tener en cuenta la legislación de los países de la nacionalidad (ley personal) de estas personas para poder llegar a una conclusión sobre el Derecho aplicable a la validez del consentimiento matrimonial. No obstante, llegado el caso en el que una de las legislaciones sí llegara a considerarlo válido a pesar de tratarse de un matrimonio simulado, numerosas resoluciones anteriores, como la que se explicará a continuación, han establecido que no se aplicaría dicha ley por considerarse contraria al orden público español (artículo 12.3 CC)³⁷. Esta solución que otorga nuestro Derecho parece razonable en el sentido de que, como se ha tratado anteriormente, el

³⁶ “La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de la familia y la sucesión por causa de muerte”, Artículo 9.1 del Código Civil.

³⁷ “En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”, Artículo 12.3 del Código Civil.

matrimonio se considera como un derecho fundamental y de gran importancia en la sociedad actual. Por ello, la aplicación de la legislación de un tercer Estado no puede ser automática y, dada la gran relevancia de la materia, debe tener en todo momento presente dicha limitación necesaria del orden público.

Para un mejor entendimiento de la interpretación por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado respecto a los matrimonios de conveniencia entre dos extranjeros, se deben tener en cuenta las numerosas resoluciones que ha llevado a cabo y que tras la Instrucción de 2006, tienen una interpretación bastante uniforme.

A este respecto, cabe mencionar la Resolución (1ª) de 3 de Marzo de 2010 que resuelve un recurso contra el auto del encargado del Registro Civil que deniega la autorización al matrimonio, al no existir consentimiento real por parte de los cónyuges. Se trata de una solicitud para contraer matrimonio entre una persona de nacionalidad rusa y otra de nacionalidad marroquí. La resolución establece en su apartado IV que:

“(…) respecto de los supuestos de matrimonio celebrados en el extranjero por dos ciudadanos de nacionalidad extranjera, y para el caso de que subsistiendo tal matrimonio uno, al menos, de los cónyuges haya adquirido después la nacionalidad española (...), en tales casos resulta improcedente que se intenten aplicar las normas españolas sobre ausencia de consentimiento matrimonial (...) dado que la capacidad de los contrayentes, a fecha de celebración del matrimonio que es el momento en que ha de ser valorada, se rige por su anterior ley personal³⁸.

Continúa la resolución diciendo que “el consentimiento como elemento esencial en la celebración del matrimonio, es materia directamente vinculada al estado civil, y en tanto que tal, sujeta al mismo estatuto personal de los contrayentes”. No obstante, esta ley extranjera no debe aplicarse en todo caso. Al tratarse de un elemento esencial como el consentimiento matrimonial que es muy importante en nuestro derecho y respecto al cual España es parte en convenios internacionales tales como el de Nueva York³⁹, la DGRN lo considera como materia de orden público. Por tanto, en aquellas normas extranjeras que constituyan una nueva situación jurídica al respecto, se aplicaría el artículo 12.3 del Código Civil por el cual se interpretaría como contraria al orden público.

³⁸ Resolución primera del 3 de marzo de 2010 sobre autorización del matrimonio entre extranjeros, *Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Registro Civil)*, Boletín de información del Ministerio de Justicia, 2011.

³⁹ Convención de Nueva York sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, 10 de diciembre de 1962.

La resolución desestima la autorización a celebrar el matrimonio civil porque del trámite de audiencia resultan unos hechos objetivos que prueban que el matrimonio simulado. Dichos hechos objetivos consiste en no conocer datos relevantes de la persona con la que van a contraer matrimonio como la fecha de nacimiento o la fecha del comienzo de la relación.

9. RESUMEN Y CONCLUSIONES

Los matrimonios de conveniencia son un fenómeno reciente que se está tratando de combatir para evitar que algunos extranjeros se salten las normas de entrada, residencia legal, nacionalidad y reagrupamiento familiar en España. Además, es muy relevante tal y como indica la Instrucción de 2006 de la DGRN, la problemática que puede causar en el ámbito del Derecho de Familia. Por ello, el problema debe ser abordado directamente por el Derecho español.

En nuestro Derecho tienen enorme importancia las Instrucciones de 1995 y de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado que, en los últimos años, han guiado de una forma muy uniforme las resoluciones de este organismo. A este respecto, son destacables dos casos que son tratados por los Encargados del Registro Civil y, en caso de que se recurran sus autos, por la DGRN:

- Los matrimonios que se celebran ante una autoridad extranjera y que, posteriormente, intentan inscribirse en el Registro Civil. Aunque en este caso en ocasiones se llevan a cabo en el extranjero con la intención de encontrar una vía más fácil de inscripción en el Registro Civil, los encargados del mismo realizan un control “a posteriori” de éstos en los que, de forma parecida que en el caso del expediente previo, se analizan las declaraciones de los contrayentes y se determina si existe consentimiento matrimonial o si, por el contrario, se trata de una simulación. A efectos prácticos es muy similar al control previo a la autorización de matrimonio civil puesto que emplea las mismas presunciones para determinar la simulación del mismo, tal y como se puede observar en las resoluciones mencionadas en el texto de este trabajo.

- Los matrimonios que se celebran ante la autoridad española, ya sea en España o a través del encargado de un Registro Consular en el extranjero. En estos casos, con carácter previo a la celebración del matrimonio, la Instrucción de la DGRN introduce la figura del expediente previo para los casos en los que uno de los contrayentes está

domiciliado en el extranjero. A través de esto, el encargado del Registro Civil decidirá si se trata de un matrimonio simulado. Se destaca en este expediente, el trámite fundamental de la audiencia reservada y por separado como método útil para esclarecer si dichas personas se están casando con la mera intención de facilitar la entrada y estancia en territorio español o si de verdad existe un consentimiento matrimonial. En este contexto, cabe destacar el papel fundamental de las presunciones. Conocer con exactitud la intención de los contrayentes no es fácil y, por tanto, si se quiere controlar de algún modo los matrimonios fraudulentos, se debe realizar una serie de presunciones derivadas de las declaraciones de los futuros contrayentes. Éstas se utilizan cuando surgen casos en los que se dan indicios razonables de que dichas personas tienen una intención fraudulenta. Cabe destacar el caso mencionado anteriormente de dos personas que se habían conocido dos semanas antes de la celebración del matrimonio y ni siquiera podían comunicarse por otro medio que no fuera un traductor de internet por el hecho de hablar idiomas distintos⁴⁰.

En definitiva, en mi opinión, las resoluciones que lleve a cabo la Dirección General de los Registros y del Notariado deben encontrar el punto adecuado y, probablemente, difícil de encontrar entre, por un lado, el control adecuado de este tipo de matrimonios para evitar que las normas de entrada, residencia legal, nacionalidad y reagrupamiento familiar sean inútiles y, por otro lado, el respeto de un derecho fundamental conocido como “ius connubii”. Para ello, no se debe hacer un uso arbitrario de las presunciones que existen en el Derecho español y en las Resoluciones procedentes de la Unión Europea, ya que se podría terminar en un extremo que podría llegar a ser discriminatorio. Asimismo, por motivos de orden público, del buen funcionamiento de la libre circulación de personas en la Unión Europea y por propio respeto hacia aquellas personas que siguen las normas y procedimientos generales de residencia, obtención de nacionalidad y reagrupación de familiares considero útil la audiencia reservada y por separado de los contrayentes.

Por lo tanto, para concluir creo que debe analizarse cada caso concreto con extrema cautela, analizando las declaraciones procedentes de la audiencia reservada con perspectiva y sin rechazar las inscripciones por una simple discordancia entre las

⁴⁰ Resolución quinta del 23 de agosto de 2012 sobre matrimonio celebrado en el extranjero, *Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Registro Civil)*, Boletín de información del Ministerio de Justicia, 2013.

mismas. Por consiguiente, debe primar en todo momento la “presunción del principio general de buena fe” y la necesidad de que exista una “certeza racional absoluta” de que exista simulación antes de denegar automáticamente las inscripciones en el Registro Civil de los matrimonios mixtos y entre extranjeros.

10. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR BENITEZ DE LUGO, M., GRIEDER MACHADO, H. “El matrimonio de conveniencia”, estudio obtenido de la página web del Ministerio de Justicia, pp. 11-14.

ALBERT GUARDIOLA, M. C. y MASANET RIPOLL, E. “Los matrimonios mixtos en España ¿espacios de construcción intercultural?”, *Revista OBETS*, 2008, p. 46.

ARENAS GARCÍA, R., “Algunos problemas relativos al consentimiento matrimonial en supuestos internacionales”, en A.A.V.V, *Reflexões e Dimensões do Direito*, Multideia, Curitiba (Brasil), pp. 463, 464 y 466-468.

CORDERO ÁLVAREZ, C.I., “Crisis matrimoniales y responsabilidad parental dentro y fuera de la Unión Europea: El Código de Familia Comunitario”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2006, pp. 228-230

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1995, p. 63.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 23 y 24.

RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M., *Manual de Derecho Civil. Parte general*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 194 y 195.