

EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO EN LA EMIGRACION

Salomé Adroher Biosca

El derecho fundamental de toda persona al matrimonio, puede verse obstaculizado cuando quien lo ejerce es inmigrante. El presente trabajo recoge algunos de los obstáculos que han existido en el Derecho español tanto en la etapa de la España emigrante como ahora, cuando somos tierra de inmigración.

The fundamental right of all individuals to marry can be held up when the one who exercises it is an immigrant. The present paper takes up some of the obstacles which have existed in the Spanish laws when Spain was a country of emigration and now when we have become a land of immigration.

1. INTRODUCCION

UNO de los derechos fundamentales de la persona es el *ius conubi* o derecho a contraer matrimonio, y así se recoge en diversos textos internacionales sobre derechos humanos¹. Este

¹ De modo significativo, artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (ONU), artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 1966, artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales de 1966, artículos 12 y 14 del Convenio europeo para la Protección de los Derechos humanos y de las Libertades fundamentales de 1950.

derecho, cuando pretende ejercerse en situación de emigración puede, sin embargo, encontrar ciertos obstáculos para su ejercicio, obstáculos que podríamos resumir con las siguientes ideas:

A) Las concepciones ideológicas sobre el matrimonio de los Estados de origen o de destino de los emigrantes, pueden en ocasiones dificultar el ejercicio del derecho a contraer matrimonio a través de los siguientes mecanismos:

- Pretensión por parte del país de acogida de imponer jurídicamente una determinada opción ideológica en torno al matrimonio, opción que deberá aplicarse en todos los casos con independencia de que los sujetos implicados sean extranjeros. Algunos ejemplos pueden ilustrar esta situación: en Francia el principio de laicidad del Estado obliga a todos los que contraigan matrimonio en este país a hacerlo en forma civil, ya sea ésta francesa o extranjera (consular en este último caso). La conocida política de «asimilación» practicada en Francia con los inmigrantes impide reconocer eficacia civil a formas matrimoniales religiosas previstas en Ordenamientos jurídicos extranjeros.
- Pretensión por parte del país de origen del emigrante de que las opciones ideológicas de dicho Estado en materia matrimonial «persigan» a sus nacionales aún en el extranjero bajo pena de nulidad. Así, la normativa de algunos países islámicos sólo otorga eficacia a los enlaces matrimoniales que sus nacionales celebran en el extranjero si se contraen en forma islámica². Esta misma situación se daba en España y en Grecia no hace muchos años en relación al matrimonio cristiano (católico u ortodoxo). En el otro extremo, la normativa de diversos países del antiguo bloque socialista otorgaba eficacia a los matrimonios que sus nacionales contrajeran en el extranjero en las formas previstas por las leyes del lugar de celebración, siempre, eso sí, que dichas formas fueran exclusivamente civiles y no religiosas³.

B) Incidencia o interferencia de las normas de extranjería y nacionalidad sobre el derecho a contraer matrimonio. Si bien la validez del consentimiento matrimonial de los contrayentes a la hora de contraer un enlace se presume en el caso de las relaciones entre naciona-

² Vid., al respecto, lo que señalo en *Forma del matrimonio y Derecho internacional privado*, Barcelona, 1993, págs. 87 ss.

³ *Ibid.*, págs. 88-9

les en su país, la sospecha de matrimonios de conveniencia, de menores-ancla, o de adopciones fraudulentas (por citar algunos ejemplos), puede poner en cuestión en muchos casos el propio derecho a casarse o a tener hijos de los extranjeros.

Vamos a analizar estas cuestiones en relación a la situación de España como país de emigrantes primero, y como receptor de inmigrantes en la actualidad.

2. EL DERECHO AL MATRIMONIO EN LA ESPAÑA DE LA EMIGRACION ⁴

España ha sido y sigue siendo en términos absolutos país de emigración, si bien desde mediados de los setenta disminuyeron notablemente las salidas de españoles hacia el extranjero coincidiendo con un aumento progresivo de la llegada de extranjeros a nuestro país. Aunque en términos absolutos los españoles residentes en el extranjero son más del doble de los extranjeros residentes en España, la tendencia de los flujos se ha invertido ⁵.

Pues bien, el dilatado período de emigración española ha coincidido (salvo algunos momentos aislados), con la vigencia en España de unas normas de Derecho matrimonial en las que el peso específico del elemento canónico era importante. Estas normas tuvieron en un primer momento aplicación a los extranjeros en España produciéndose en algunos casos situaciones que dieron incluso pie a reclamaciones diplomáticas. Por otra parte, el sistema matrimonial instaurado a raíz de la promulgación del Código civil pretendió tener efectos extra-territoriales, aplicándose no sólo a los españoles que residían en España sino también a nuestros emigrantes, y produciendo en consecuencia una serie de situaciones en las que la buena fe de muchos compatriotas se vio sorprendida: en algunos casos sus enlaces matrimoniales contraídos en el extranjero no tuvieron validez en España. Veamos estas cuestiones más detenidamente.

⁴ Este epígrafe está basado sustancialmente en algunas conclusiones apuntadas en mi libro ya citado.

⁵ En los años setenta-ochenta disminuyeron notablemente los flujos de emigración española al extranjero y comenzaron los retornos: más de un millón de españoles volvieron a casa entre 1970 y 1994:

| | 1970 | 1980 | 1994 |
|-----------------------------------|-----------|-----------|-----------|
| <i>Españoles en el extranjero</i> | 2.232.570 | 1.769.483 | 1.167.461 |

(FUENTE: Anuario Migraciones 1995).

2.1. Extranjeros en España

Hasta 1870, la exclusiva competencia de la Iglesia sobre el matrimonio obligaba a los españoles en y fuera de España a casarse canónicamente, obligación que también alcanzaba a los extranjeros que pretendiesen unirse en nuestro país. La presencia en España de extranjeros no católicos que pretendían casarse o entablar alguna demanda matrimonial ante los Tribunales dio lugar a determinadas situaciones un tanto contradictorias.

Ante la inexistencia de matrimonio civil, algunos extranjeros optaron por casarse ante representaciones diplomáticas extranjeras (matrimonios consulares), y nuestras autoridades toleraron esta situación, ya que si bien no les daban acceso al Registro (al ser los registros parroquiales), no les sancionaron por amancebamiento, salvo que alguno de los contrayentes fuese español.

Por otra parte, la pretensión de algunos extranjeros de entablar demandas judiciales en materia matrimonial, se encontró con la asunción por el Ordenamiento jurídico español de la competencia exclusiva de los Tribunales canónicos en las causas matrimoniales que necesariamente suponía la aplicación del Ordenamiento jurídico de la Iglesia. Ello lógicamente podía dar lugar a problemas. González Campos, estudió diversos casos planteados en estos años en los cuales el «elemento internacional» ponía en tela de juicio la oportunidad de esta competencia exclusiva de la Jurisdicción eclesiástica⁶. Esta se declaró competente en todos los supuestos y, sin embargo, las reclamaciones diplomáticas que se sucedieron obligaron a pronunciarse sobre el particular a diversos organismos españoles (Consejo de Estado, Tribunal Supremo, Gracia y Justicia...), que en general consideraron que los Tribunales eclesiásticos debían ser incompetentes⁷.

⁶ El caso Legrand se trataba de un matrimonio domiciliado en Francia entre francés y española contraído canónicamente en España. El caso Vallot era el de un matrimonio meramente civil contraído en Francia entre francés y española domiciliados en Francia. El caso Alliet se refería también a un matrimonio meramente civil contraído en Francia, pero los cónyuges estaban domiciliados en España, y el caso Vincent, era el de un matrimonio consular de dos franceses contraído en la Embajada francesa en España.

⁷ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: «La celebración del matrimonio ante funcionarios consulares en España: algunos casos de la práctica del siglo XIX», en *Estudios jurídicos en homenaje a Miaja de la Muela*, t. II, Madrid, 1979; del mismo autor, «Sobre los orígenes del matrimonio consular», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, t. I, Madrid, 1976.

De esta manera, se produce en estos supuestos lo que será una constante en la historia del Derecho matrimonial español del último siglo: los matrimonios en los que existe un elemento de extranjería son los que ponen «el dedo en la llaga», resaltando las imperfecciones e incoherencias del sistema interno por el que se ha optado y obligan y empujan la evolución.

2.2. Españoles en el extranjero

El sistema matrimonial de matrimonio civil subsidiario pactado con la Santa Sede en unas negociaciones secretas que tuvieron lugar a finales del siglo pasado, fue plasmado posteriormente en el artículo 42 del Código civil (Cc); por él, se obligaba a los católicos a contraer matrimonio canónico, y sólo los que probasen no serlo podrían contraer matrimonio civil. De esta manera, la constatación de la acatolicidad como cuestión previa a la autorización del matrimonio civil por parte de los funcionarios españoles (jueces o cónsules), sería una pieza clave que, en la práctica, haría o no viable el sistema matrimonial.

Pues bien, se pretendió que esta opción ideológica de nuestro legislador alcanzara también a los matrimonios celebrados por españoles fuera de España. Ello produjo situaciones de indefensión sorprendentes. Veamos en grandes líneas cómo se plantearon las cosas.

Si bien Alonso Martínez propuso que la Ley de bases del Código civil y el posterior texto concordado, contuvieran una norma clásica en el Derecho internacional privado en virtud de la cual el matrimonio es formalmente válido si se celebra de acuerdo con la ley del país de su celebración, la Santa Sede no aceptó esta solución toda vez que haría en la práctica facultativo el matrimonio civil: los españoles que se casaran en el extranjero podrían elegir el matrimonio civil sin que nadie controlara su acatolicidad. Sus presiones tuvieron efecto y la Ley de bases y el posterior Código guardaron silencio en torno a qué ley sería aplicable al matrimonio de españoles en el extranjero.

La citada norma estaba expresamente recogida en la legislación registral de 1870 (que no se modificó hasta 1957)⁸, lo cual dio lugar a

⁸ En dicha legislación se establecía la inscripción en los registros consulares de los matrimonios contraídos en el extranjero por los españoles según las formas civiles locales. Si bien el hecho de la inscripción no prejuzga la validez del acto, sí concede una presunción a su favor; mientras la validez de esos matrimonios no fuera cuestionada ante los Tribunales se reputarían perfectamente válidos.

que los españoles emigrantes que se casaron en el extranjero en forma civil (y el porcentaje es muy elevado) lo hicieran en la confianza de que el enlace que contraían era válido en España. Sin embargo, el Tribunal Supremo (TS) consideró, en dos importantes sentencias de 1919 y 1929⁹, que los españoles que se casaron en el extranjero debían hacerlo según las formas previstas por el Derecho español, canónicamente o civilmente (consular) subsidiariamente.

Ambos pronunciamientos produjeron enorme inquietud en diversas colonias españolas en ultramar: muchos emigrantes españoles que se habían casado en el país de residencia en forma civil, se encontraron con que sus enlaces eran nulos en España, sus hijos ilegítimos, etc. Esta inquietud llegó a la prensa local e incluso dio lugar a misivas diplomáticas dirigidas por Diplomáticos españoles al Ministerio de Estado¹⁰.

De nuevo, los casos «extranjeros» son los que ponen de relieve las incoherencias del sistema matrimonial por el que se había optado: ya en 1944 comenzaron a oírse voces (Dirección General de Registros y del Notariado —DGRN— y Comisión de legislación extranjera del Ministerio de Justicia) que pedían una interpretación distinta. Primero considerando que el carácter exclusivo de la competencia consular sólo podía predicarse respecto del matrimonio de dos españoles. Más tarde entendiendo que en ningún caso dicha competencia podía ser exclusiva, aunque los cónyuges en el momento de la inscripción en el Registro Civil (RC) español del matrimonio civil celebrado en el extranjero según las formas locales, debían declarar su acatolicidad. De alguna manera estos planteamientos son finalmente recogidos en las reformas registrales de 1957-8.

⁹ Ss. de 1 de mayo de 1919 (*J.C.* 146, núm. 31, págs. 176 y ss.) y 26 de abril de 1929 (*Col. Leg.* 188, núm. 254, pág. 1286). La primera resolvía sobre un caso de dos españoles domiciliados en España: el contrayente era menor de edad y la contrayente estaba embarazada. Al regresar a España, el marido solicitó la nulidad que le fue concedida por el TS, entre otras razones, porque el matrimonio civil de españoles en el extranjero debía obligatoriamente contraerse ante nuestros cónsules. Si este primer caso no se trataba de emigrantes españoles, y la actitud de los interesados mostraba una intención fraudulenta, no fue el caso de la segunda. Españoles domiciliados en Cuba contrajeron matrimonio civil en La Habana, único válido según las formas locales. El volvió a España y planteó la nulidad del enlace por no haberlo contraído en la forma consular. El TS considera nulo el enlace, sentando doctrina legal en la materia.

¹⁰ Vid., al respecto, ADROHER BIOSCA, S.: *Forma del matrimonio...*, *op. cit.*, pág. 244.

3. EL DERECHO AL MATRIMONIO EN LA ESPAÑA DE LA INMIGRACION

3.1. Introducción

El panorama dibujado en el epígrafe anterior ha cambiado sustancialmente.

En primer lugar, los datos sociológicos muestran que nuestro país en los últimos veinte años se ha convertido en destino de numerosos inmigrantes. Según la DG de Migraciones, la colonia extranjera residente en España en 1994 se acercaba al medio millón de personas¹¹.

En segundo lugar, y también en los últimos veinte años, España ha sufrido profundísimos cambios en su sistema político y jurídico. La entrada en vigor de la Constitución de 1978 y de reformas en diversos sectores de nuestro Ordenamiento jurídico que tienen lugar a partir de entonces han transformado en poco tiempo nuestro país.

De nuevo, el matrimonio, institución cargada de contenidos culturales, ideológicos, religiosos y sociales, fue uno de los primeros símbolos de la España de la democracia. En 1981 se publica la Ley del divorcio que, además de introducir esta institución en nuestro Ordenamiento jurídico, modifica muchas de las cuestiones que estamos estudiando.

En el ámbito sustantivo, se resuelve el «problema» del sistema matrimonial. Sin entrar a calificarlo, cuestión que ha sido debatida doctrinalmente, se configura un sistema alternativo en virtud del cual cabe en España la opción de contraer matrimonio bien en la forma civil, bien en la forma religiosa legalmente prevista. En un primer momento esta forma religiosa era exclusivamente la canónica; a partir de 1992 y tras los Acuerdos entre el Estado español y los evangélicos, islámicos e israelitas¹² también será eficaz el matrimonio contraído en estas otras formas religiosas.

En el ámbito «conflictual» se hace en síntesis una opción que debe ser aplaudida: los españoles en el extranjero y los extranjeros en España podrán elegir para casarse, bien las formas previstas en el lugar

¹¹ *Anuario de Migraciones* 1995.

¹² *BOE*, núm. 272, de 12 de noviembre de 1992.

donde se casan, bien las establecidas en su ley nacional (arts. 49 y 50 del Cc).

Por tanto, por vez primera, se reconoce a los extranjeros que se casan en España la posibilidad de optar entre las formas matrimoniales españolas o las previstas por su ley nacional, formas que pueden ser civiles (en su consulado) o religiosas (estas últimas, a pesar de que el grupo parlamentario comunista y el PNV propusieron impedir la eficacia civil en España de matrimonios celebrados en formas religiosas dado que *no parece admisible que se utilicen ritos extraños como el matrimonio musulmán ante dos cadís*)¹³.

Hoy, tras los Acuerdos con las confesiones religiosas citadas, no sólo pueden casarse en España en forma islámica de 1992, judía o evangélica los extranjeros (que, por consiguiente, pudieron hacerlo desde 1981), sino también los españoles: hoy ya no puede hablarse de un «rito extraño».

Sin embargo, a pesar de esta formal apertura a la diversidad cultural en materia matrimonial, pueden darse, y se han dado en la práctica, dos obstáculos al derecho a contraer matrimonio de los inmigrantes. El primero, derivado del acceso al Registro de enlaces religiosos islámicos. El segundo, derivado de la prevención de matrimonios de conveniencia. Ambos, en definitiva, tienen su explicación en la política restrictiva de fronteras en materia de inmigración que nos viene impuesta desde la Unión Europea (y consecuencias derivadas de ella en el sector del Derecho de nacionalidad) y que nosotros hemos asumido. Si la democracia ha llegado al Derecho matrimonial, los supuestos que veremos a continuación, pueden hacernos dudar de que a través de mecanismos formales pueda negarse el propio derecho a casarse.

3.2. Matrimonio islámico y RC español

Como ya he señalado, en virtud del artículo 49 del Código civil, los españoles pueden contraer matrimonio en el extranjero, bien según las formas previstas en el Derecho español, bien según las reconocidas en el país de celebración, ya sean religiosas o civiles. Existen numerosos casos en estos últimos años en relación a parejas de origen ma-

¹³ Enmiendas al Proyecto de Ley sobre modificación de la regulación del matrimonio en el Código civil y que determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, pág. 168. Archivo Congreso de los Diputados. Leg. 1167.

arroquí que pretenden que su matrimonio islámico se reconozca en España.

El denominador común de todos estos supuestos es el siguiente: se trata de matrimonios marroquíes casados en forma islámica en Marruecos. Uno de los contrayentes ha adquirido ya la nacionalidad española, pretenden ser reconocidos como marido y mujer en España y como tales figurar en el Registro civil español por diversas razones; bien porque la mujer quiere adquirir la nacionalidad española beneficiándose del plazo abreviado de un año de residencia para el cónyuge de un español previsto en el artículo 22 del Código civil, bien por razón de Seguridad social, o por otras razones...

A) *Acceso al Registro civil español de matrimonios contraídos en forma islámica en el extranjero.*

El primer paso que normalmente daban era el de inscribir su matrimonio en el RC español, y el encargado del RC consular en determinadas ocasiones les negaba esta posibilidad. En algunas, esta negativa se derivaba de que el acta matrimonial marroquí no contenía exactamente los datos referentes a nombre y apellidos, edad, y naturaleza de los contrayentes, así como hora, fecha, y lugar en que se celebra y cualidad del autorizante [vid art. 258 del Reglamento del RC (RRC)]: la DGRN reprocha en varias ocasiones al Encargado del RC este proceder considerando que ha de hacerse una interpretación flexible y generosa, siempre que quede clara la realidad del hecho y la identidad de los esposos ¹⁴.

¹⁴ La Resolución de 23 de febrero de 1989 (*BIMJ*, núm. 1525, págs. 72 y ss.) plantea la trascendencia de que el dato de la fecha de nacimiento de la mujer difiera en la partida de nacimiento. El encargado del RC Central deniega la inscripción, dado que «existen dudas en cuanto a la identidad de la persona» y, sin embargo, la DGRN, coincidiendo con el criterio del Ministerio Fiscal, ordena la inscripción, ya que «no hay verdaderas dudas en cuanto a la identidad de los contrayentes, valorando en conjunto las pruebas presentadas, ni tampoco existen sospechas fundadas sobre la ilegalidad del matrimonio por la edad de la contrayente».

En este mismo sentido se pronuncia la DGRN en la Resolución de 24 de febrero de 1989 (*BIMJ*, núm. 1525, pág. 74) en relación a un acta matrimonial marroquí que no contiene la fecha de nacimiento de los contrayentes, ni la hora del enlace. Esta misma flexibilidad se aprecia en la Resolución de 30 de marzo de 1989 (*BIMJ*, núm. 1529, págs. 113 y ss.) en la que la DGRN señala que «lo esencial» para inscribir la certificación ha de ser que ésta de fe del hecho y de las personas que han contraído matrimonio; las demás circunstancias que hayan de figurar en el asiento pueden completarse por los medios legales y por las declaraciones complementarias oportunas (...).

Esta posición del alto organismo es refrendada por la doctrina internacionalista¹⁵, dado que la prueba del matrimonio celebrado ante autoridad extranjera donde quiera que sea, debe someterse a la ley rectora de su celebración, dada la íntima relación entre forma y prueba del acto. Ello supone que deberán admitirse aquellos medios de prueba previstos por el Ordenamiento extranjero aplicable a la forma.

Desde esta óptica, cobran especial significado algunas alegaciones de los contrayentes a los que el citado Encargado negaba la inscripción: «Los datos que no aparecen en el acta del matrimonio son consecuencia de que la ley y la tradición musulmanas no los considera necesarios, conteniendo otros inútiles para el RC español» (Resolución de 24 de febrero de 1989); en relación a la no mención de la edad o su mención inexacta: «Al contraer matrimonio, los musulmanes sólo acreditan documentalmente o mediante testigos su identidad, y su edad y lugar de nacimiento lo hacen mediante propia declaración por lo que es difícil que dado su nivel cultural sepan su edad sino aproximadamente» (Resolución de 30 de marzo de 1989)¹⁶.

En todos estos casos, la DGRN ordenaba la transcripción de los matrimonios islámicos en el RC español, dado que lo que presentaban era un acta matrimonial, si bien adolecía de algún requisito (edad de los contrayentes...). Sin embargo, existen otros muchos casos en los

En idéntico sentido se expresan las Resoluciones de 31 de marzo de 1989 (*BIMJ*, núm. 1529, pág. 116) y de 10 de julio de 1989 (*BIMJ*, núm. 1540, pág. 139). En todas ellas se trata de matrimonios contraídos por españoles ceutíes o melillenses en Marruecos en forma coránica y se aporta para su inscripción el acta del matrimonio debidamente legalizada y traducida entre otros documentos.

¹⁵ Así, entre otros, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., y DOMÍNGUEZ LOZANO, P.: «El matrimonio», en *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, 1995, págs. 309-10.

¹⁶ A tenor de la Moudawana de 1957, el acta matrimonial debe contener:

«— L'identité complète des époux avec mention que ceux-ci jouissent de toutes leurs facultés, ainsi que le nom du wali;

— La date et le lieu de l'établissement de l'acte;

— la situation de l'épouse au moment du mariage: vierge, femme répudiée ou veuve ayant observé l'idda;

Si la femme est divorcée ou repudiée, elle doit produire:

— Une pièce établissant que la future épouse a déjà accompli l'idda (retrait de continence) et qui n'y a aucun empêchement au mariage;

— le quantum du sadaq (dot);

Le décès du mari ou la consommation du mariage confère à la veuve ou à l'épouse répudiée le droit de la totalité du sadaq.

—la signature des adouls;

Une expedition de cet acte est adressée au service de l'état civil. L'original est remis à l'épouse ou à son tuteur. L'époux n'a droit qu'à une copie» (BELLAMINE, N.: *Marocains, vos droits. la personne et la famille*, Casablanca, 1992, págs. 17-8).

que se denegaba la transcripción, y promovido a continuación el expediente matrimonial, o promovido directamente el expediente matrimonial, el Encargado del Registro consideraba que el matrimonio no había sido suficientemente probado y consecuentemente denegaba la inscripción e incluso la anotación: «En realidad, de las pruebas acompañadas se deduce que los interesados son considerados como un matrimonio, pero sin más precisiones sobre la celebración de enlace, éste no es susceptible de inscripción, ni tampoco de la anotación prevista en el artículo 271 del Reglamento o a través de un expediente con valor de presunción [cfr art. 38.2.º, Ley del RC (LRC)] de la regulada por los artículos 335, 339, 340 del propio Reglamento.»

En todos estos supuestos, los contrayentes al carecer del acta matrimonial, o ser ésta de difícil obtención, presentaban una información testifical homologada judicial o notarialmente en la que los testigos afirmaban que conocían al matrimonio por razones de vecindad y que vivían bajo el mismo techo desde hace tiempo atrás como tal matrimonio¹⁷.

Son casos de matrimonios ya mayores (la fecha del matrimonio fue en 1950, 1942...), siendo este dato muy relevante, dado en la Moudawana (Dahir de 22 de noviembre y 28 de diciembre de 1957) es cuando se establecen por primera vez una serie de exigencias formales¹⁸. En Derecho musulmán, ha existido tradicionalmente una ausencia total de formalismo en la conclusión del matrimonio¹⁹, e incluso en Derecho marroquí, tras la regulación de la Moudawana persiste el ma-

¹⁷ Se trata de las Resoluciones de 8 de junio de 1990 (*BIMJ*, núm. 1579, pág. 63), 7 de septiembre de 1990 (*BIMJ*, núm. 1582, pág. 91) 26 de septiembre de 1990 (*BIMJ*, núm. 1583, pág. 137) 21 de enero de 1991 (*BIMJ*, núm. 1596, pág. 83), de 21 de marzo de 1991 (*BIMJ*, núm. 1601, pág. 93), de 13 de julio de 1992 (*BIMJ*, núm. 1651, pág. 116), de 3 de mayo de 1993 (*BIMJ*, núm. 1676, pág. 88), de 3 de diciembre de 1994 (*BIMJ*, núm. 1735, pág. 72) y de 12 de abril de 1996 (*BIMJ*, núm. 1777, pág. 100).

¹⁸ «L'acte de mariage est établi par deux adouls dont la présence est obligatoire pour attester l'échange de consentement entre futurs époux sur la production des pièces suivantes:

- un certificat délivré par l'autorité administrative au nom de chacun des futurs époux mentionnant leur âge, leur résidence et le nom du wali;
- une pièce d'état civil du mari» (BELLAMINE, N.: *Marocains, vos droits...*, cit., pág. 17).

¹⁹ «C'est par le consentement des deux époux ou de leurs représentants donné en présence de deux témoins que se forme le mariage. Il s'agit donc d'un contrat sans réelles formalités extérieures et dont le caractère apparaît ainsi comme étant principalement consensuel». BENATTAR, R.: «Problèmes relatifs au droit international privé de la famille dans les pays de Droit personnel», *R des C.* 1967 II (121), pág. 48.

trrimonio consensual²⁰. En estos casos, no existe acta matrimonial y el medio de prueba es habitualmente (tal y como me han señalado en la Embajada de Marruecos) un acta notarial en la que testigos que conocen bien al matrimonio afirman su condición de tal.

Por tanto, debe reiterarse la idea ya expresada anteriormente de que la prueba del matrimonio, también a efectos registrales, debe regirse por la ley aplicable a la forma de su celebración, en este caso la marroquí: «Lo que implica la admisión de los medios de prueba previstos por el Ordenamiento extranjero aplicable a la forma, incluida en su caso la “posesión de estado” (medio de prueba éste relevante en el supuesto del matrimonio consensual)»²¹.

Este problema de prueba se plantea en relación a un supuesto que guarda cierta semejanza con el que estamos estudiando; se trata del acceso al RC español del matrimonio de refugiados contraído en el país de origen, los cuales no pueden por razones obvias obtener el correspondiente certificado de las autoridades de dicho país. Este supuesto se contempla en la reciente Resolución de la DGRN de 13 de enero de 1996²² en la que finalmente se deniega la inscripción porque no se ha justificado suficientemente la celebración del matrimonio. Entiendo las argumentaciones de la DGRN pero me pregunto: ¿No cabría en estos casos buscar imaginativamente soluciones como la contenida en la Circular de 29 de octubre de 1980 (BOE, núm. 279, de 20 de noviembre) en relación a la inscripción fuera de plazo de nacimientos de «marginados»?

Finalmente, es de destacar un interesante caso resuelto recientemente en el que el Encargado del RC español negaba la inscripción en el RC español de una certificación marroquí de matrimonio coránico celebrado en Marruecos entre español soltero y mujer marroquí de quince años de edad que contaba con el consentimiento paterno. En este caso, la negativa del Encargado se basaba en que no se había obtenido la dispensa de edad del Juez de Primera Instancia para el citado matrimonio. No obstante, la DGRN con buena técnica conflictual recuerda que la ley aplicable a la capacidad y consiguiente dispensa de impedimentos, es la ley nacional, en este caso la marroquí, que en este punto no contraría el orden público español²³.

²⁰ Como señala el artículo 5, 3, «A titre exceptionnel, le juge peut connaître de toute contestation entre époux découlant d'un mariage célébré en dehors des formes prévues par l'alinéa 1.º ci-dessous, et admettre à cet effet tout moyens de preuve».

²¹ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., y DOMÍNGUEZ LOZANO, P.: *Matrimonio, cit.*, pág. 310.

²² *BIMJ*, núm. 1772, págs. 172 y ss.

²³ Resolución de la DGRN 27 de mayo de 1994 (*BIMJ*, núm. 1715, pág. 85).

Todos estos supuestos, denotan, en definitiva, un problema no solamente registral, que debe necesariamente resolverse si pretendemos no sólo vivir en una sociedad plural, sino respetar las normas de Derecho.

B) *Matrimonio civil de marroquíes, ante autoridad española*

En segundo lugar, se plantean diversos casos en los que lo que pretenden los interesados es casarse civilmente en España, y el Encargado del RC les pone dificultades, bien porque se habían ya casado coránicamente con anterioridad, bien por la sospecha de que se trata de un matrimonio poligámico, bien, en fin, porque se consideraba que el Encargado español era incompetente.

1. Dificultades derivadas de su anterior matrimonio

Uno de los presupuestos que el Juez comprueba en la tramitación del expediente previo al matrimonio es la capacidad de los contrayentes. Pues bien, en muchos casos se promovía un expediente previo para la celebración del matrimonio, y del informe policial practicado se deducía la sospecha de que los interesados ya habían contraído previamente matrimonio entre sí según la ley islámica, razón por la cual el Juez Encargado denegaba la celebración del matrimonio solicitado.

En muchos de estos supuestos se trataba de matrimonios mixtos (español/a-marroquí) y la razón de contraer matrimonio en la forma civil española era por la dificultad de que se reconocieran efectos civiles al anterior matrimonio coránico, como acabamos de analizar.

En estos casos, la DGRN ha sido en general flexible, bien considerando no probado el anterior enlace afirmando que «esta simple sospecha no corroborada por ninguna otra prueba no puede ser suficiente para coartar por sí solo un derecho fundamental de la persona como es el *ius nubendi*»²⁴, bien añadiendo en algunos casos que si los interesados hubieran contraído ya matrimonio en Marruecos conforme a la legislación marroquí, la consecuencia sería que este enlace ha-

²⁴ Resolución de la DGRN de 9 de junio del 90 (*BIMJ*, núm. 1579, pág. 65), Resolución de 28 de junio de 1990 (*BIMJ*, núm. 1590, pág. 1105).

bría producido desde su celebración efectos civiles y su inscripción debería promoverse incluso de oficio²⁵.

Por otra parte, en los supuestos en que el matrimonio coránico se celebró en España (ej., Melilla) antes de la firma de los Acuerdos con la Comisión islámica y uno de los contrayentes era español, ese enlace no tendría eficacia civil en España ni podría acceder al RC español y, por tanto, no impediría un posterior matrimonio civil²⁶. Tampoco tendría acceso en el caso de que ambos contrayentes fueran marroquíes: «Si fuera cierta la sospecha de que los contrayentes ya han contraído entre sí anteriores nupcias en Marruecos, este hecho por no afectar a ningún ciudadano español, no sería inscribible en un Registro español»²⁷.

Por último y excepcionalmente, la Resolución de la DGRN de 22 de septiembre de 1994 ratifica la decisión del Juez Encargado de no autorizar el matrimonio, señalando que su obligación es promover la inscripción del anteriormente celebrado²⁸.

2. Dificultades por la sospecha de poligamia

Al margen de estos supuestos en los que lo que se cuestiona es la capacidad por el anterior matrimonio entre los interesados, en otras Resoluciones se deniega la posibilidad de contraer el matrimonio,

²⁵ Resolución de 9 de junio del 90 (*BIMJ*, núm. 1580, pág. 86) y otras que reproducen sus consideraciones: Resoluciones de 3 de septiembre de 1990 (*BIMJ*, núm. 1587, pág. 77), 14 de diciembre de 1990 (*BIMJ*, núm. 1592, pág. 57), 15 de diciembre de 1990 (*BIMJ*, núm. 1592, pág. 59), 22 de marzo de 1991 (*BIMJ*, núm. 1601, pág. 95), Resolución (1.ª) de 6 de junio de 1996 (*BIMJ*, núm. 1780-1, pág. 77), Resolución (2.ª) de 6 de junio de 1996 (*BIMJ*, núm. 1780-1, pág. 79) y Resolución de 14 de junio de 1996 (*BIMJ*, núm. 1782-3, pág. 90).

²⁶ Resoluciones de 20 de agosto de 1991 (*BIMJ*, núm. 1615, pág. 45), de 27 de septiembre de 1991 (*BIMJ*, núm. 1619, pág. 52), de 24 de junio de 1992 (*BIMJ*, núm. 1649, pág. 130), de 24 de septiembre de 1992 (*BIMJ*, núm. 1653, pág. 128), de 22 de febrero de 1993 (*BIMJ*, núm. 1670, pág. 75). La Resolución de 14 de septiembre de 1994 (*BIMJ*, núm. 1726, pág. 114), debido a su fecha añade otro supuesto en el que el matrimonio sería válido y la inscripción debería promoverse incluso de oficio: caso de enlace coránico contraído en España tras la entrada en vigor de los nuevos Acuerdos. También las Resoluciones de 15 de abril de 1995 (*BIMJ*, núm. 1745, pág. 101), de 1 de marzo de 1995 (*BIMJ*, núm. 1741, pág. 122) de 11 de marzo de 1995 (*RJA*, núm. 3497) y de 15 de abril de 1995 (*RJA*, núm. 4316).

²⁷ Las Resoluciones de 16 de noviembre de 1992, de 26 de febrero de 1993, de 20 de septiembre de 1994, *BIMJ*, núm. 1649 (pág. 130), 1653 (pág. 128), 1728 (pág. 48), respectivamente, y de 11 de marzo de 1995 (*BIMJ*, núm. 1742 pág. 62).

²⁸ *BIMJ*, núm. 1729, pág. 62.

porque el marido estaba casado con otra mujer, si bien había recaído divorcio que el Juez español no estima suficientemente probado por lo que sospecha que lo que se pretendía ahora era contraer un enlace poligámico²⁹.

3. Dificultades derivadas de la falta de competencia del funcionario

En otros casos, un número considerable de Resoluciones de la DGRN instan al Juez Encargado del RC de Melilla a autorizar matrimonios en los que alguno de los contrayentes se encontraba domiciliado en esta ciudad española³⁰, dado que dicho Encargado del Registro denegaba la celebración del matrimonio solicitado, entre otras razones por la carencia de domicilio. Dicho requisito se considera probado, a juicio de la DGRN por un certificado de empadronamiento actual (Resoluciones de 8 de junio de 1990, 21 de junio de 1990, 28 de junio de 1990, 3 de septiembre de 1990, 14 de diciembre de 1990, 15 de diciembre de 1990) o por una certificación municipal en que consta el domicilio (Resolución de 20 de agosto de 1991)³¹.

Quiero acabar la consideración de esta lamentable actuación de autoridades españolas con las alegaciones que algunos interesados realizaron y que la DGRN recoge en sus resoluciones por ser sumamente expresivas:

«Se quisieron casar por el RC de M. y el Juez Encargado no se lo permitió por estar ya casados por el rito coránico. Ahora han solicitado la transcripción de su matrimonio por medio de un acta de legitimidad del mismo y también se lo deniegan, indicándoles el Encargado que lo tenían que obtener por expediente de inscripción fuera de plazo y este expediente es negativo por lo que la única prueba aportada es la declaración de dos testigos... Terminan di-

²⁹ Resoluciones de 11 de mayo de 1994 (*BIMJ*, núm. 1713, pág. 225) y de 8 de marzo de 1995 (*BIMJ*, núm. 1741, pág. 143).

³⁰ 9 de junio de 1990 (*BIMJ*, núm. 1579, págs. 65 y ss.), 21 de junio de 1990 (*BIMJ*, núm. 1580, págs. 86 y ss.), 28 de junio de 1990 (*BIMJ*, núm. 1580, pág. 105), 3 de septiembre de 1990 (*BIMJ*, núm. 1582, págs. 77 y ss.), 14 de diciembre de 1990 (*BIMJ*, núm. 1592, págs. 57 y ss.), 15 de diciembre de 1990 (*BIMJ*, núm. 1592, pág. 59) y 20 de agosto de 1991 (*BIMJ*, núm. 1615, pág. 45).

³¹ A estos efectos, debe destacarse la importancia de la Comunicación de la Comisión nacional de Administración local de 16 de junio de 1992 sobre empadronamiento de extranjeros y la Ley 4/1996, de 10 de enero, por la que se modifica la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local en relación con el Padrón Municipal (*BOE*, núm. 11, día 12 de enero de 1996).

ciendo que el Sr. Encargado era muy exigente, más de lo que razonablemente se puede exigir en un caso como éste, donde se les deja sin ninguna vía de salida para solucionar su problema» (Resolución de 8 de junio de 1990).

«Exponen su necesidad de que su matrimonio se inscriba en el Registro civil central y se les expida el correspondiente Libro de familia porque se lo exigen en la Seguridad Social y demás organismos oficiales, sin el cual no tienen derecho a prestación alguna. Manifiestan su desorientación y que no saben qué camino tomar. Piden que se tenga flexibilidad en estos casos porque de lo contrario muchos matrimonios de musulmanes ya mayores nunca podrán inscribirse» (Resolución de 7 de septiembre de 1990).

3.3. Matrimonio de conveniencia

La existencia de matrimonios de conveniencia, cuya razón de ser estriba en la utilización del enlace matrimonial para prevalerse de las ventajas otorgadas al matrimonio por las normas de extranjería y de nacionalidad, es un fenómeno que existe y es innegable tanto en España como en otros países. En nuestro país, la DGRN ha comenzado a pronunciarse sobre los efectos de los mismos a partir de 1993, si bien las sospechas sobre fraudes y simulaciones ya se pusieron de manifiesto en un informe elevado por el RC Unico de Madrid el 7 de octubre de 1988³². En una reciente Resolución los ha descrito como «aquellos enlaces mediante los que se pretende, bajo el ropaje de esta institución y generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial, a los efectos de facilitar la entrada o de regularizar la estancia en territorio nacional o de obtener más fácilmente la nacionalidad del cónyuge aparente»³³. M.^a Pilar Diago Diago³⁴ considera como rasgos definidores de los mismos, la distinta nacionalidad y domicilio de los cónyuges. No estoy del todo de acuerdo con estas notas: cabe el matrimonio de conveniencia entre dos extranjeros uno de los cuales ostenta un permiso de residencia en régimen general o comunitario y el otro es un ilegal. Por

³² Citado por ALVAREZ RODRÍGUEZ, A.: «Matrimonios simulados: mecanismos de sanción», *Boletín de los colegios de abogados de Aragón*, año XXXV, núm. 136, 1995, pág. 41.

³³ Resolución de la DGRN de 30 de mayo de 1995, *RJA*, 1995, núm. 4415.

³⁴ «Matrimonios por conveniencia», *AC*, núm. 14/1-7, abril 1996, págs. 329 y ss.

otra parte, muchos de los matrimonios de conveniencia se celebran entre personas domiciliadas en el mismo Estado.

Dichos matrimonios son nulos por simulación del consentimiento matrimonial. La DGRN ha planteado la lucha contra estos enlaces *a priori* (impidiendo la celebración de un matrimonio o el acceso al Registro de uno celebrado ante autoridad extranjera) o *a posteriori*, bien mediante un pronunciamiento judicial de nulidad matrimonial o bien impidiendo que el defraudador pueda prevalerse de los efectos beneficiosos que pretendía en el campo de la nacionalidad y de la extranjería.

A) *La prevención a priori de los matrimonios de conveniencia*

1. Matrimonio de conveniencia celebrado ante funcionario español

Hace ya algunos años, la DGRN en su Resolución de 27 de julio de 1993 confirmaba el auto del Juez Encargado desautorizando la celebración del matrimonio de una dominicana con un español oligofrénico declarado incapaz total por sentencia judicial³⁵. En este caso, no puede contraerse válidamente el matrimonio por falta de capacidad del contrayente que, además, lógicamente no puede prestar un consentimiento eficaz. Por Resolución de la DGRN de 17 de diciembre de 1993³⁶ se llegaba a la misma solución en el caso del proyectado matrimonio de una dominicana con un español afectado de un retraso mental (edad mental de siete a diez años). En este caso se impide el matrimonio, porque el consentimiento no puede ser válido. Sin embargo, y a mayor abundamiento, la DGRN utiliza otro argumento a mi juicio sin fundamento: el contrayente no tiene capacidad porque según el Código civil sólo a partir de los catorce años —en su caso con dispensa— es válido el matrimonio y el interesado, aunque tiene una edad cronológica superior (cincuenta y siete años), tiene una edad mental de siete a diez años según un informe psiquiátrico previo.

Ese mismo año la DGRN se enfrentaba a otro caso en el que la supuesta intención fraudulenta no era tan clara. Español, perfectamente capaz, promovió expediente previo para contraer matrimonio en España con mujer marroquí divorciada. Se daba la circunstancia de que era la tercera novia marroquí que tenía; con las dos anteriores

³⁵ *BIMJ*, núm. 1685, pág. 77.

³⁶ *BIMJ*, núm. 1699, pág. 83. Comentada por ALVAREZ RODRÍGUEZ, A.: *REDI*, volumen XLVII, núm. 2, 1995, págs. 413-5.

también proyectó casarse, inició expedientes previos que se paralizaron por desistimiento de éstas. Pues bien, en este caso, la DGRN admitiendo lo sospechoso de estos precedentes, consideró superior el *ius nubendi*: Ante la opción de autorizar un matrimonio eventualmente nulo o de coartar el derecho al matrimonio, la DGRN optó por lo primero, insistiendo en que es difícil, salvo prueba indubitada prevenir *a priori* los matrimonios de conveniencia. Consideraba entonces preferibles las «medidas públicas represivas adoptadas *a posteriori* como el ejercicio público de la acción de nulidad en casos extremos, y sobre todo medidas indirectas dirigidas a evitar que el extranjero obtenga automáticamente los beneficios fraudulentos que acaso persiga»³⁷.

A pesar de este precedente, la DGRN cambia de manera importante su filosofía a partir de la Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995³⁸ en la que propugna como conveniente la prevención *a priori* del matrimonio de conveniencia durante la tramitación del expediente matrimonial. Se insiste en ella en el trámite de audiencia reservada y por separado de los contrayentes cuyo objeto es cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración.

Esta audiencia o «interrogatorio» como denomina textualmente la Circular, ¿es el momento adecuado para apreciar un vicio del consentimiento que sólo se manifiesta en el momento posterior de prestarlo? Si en los casos de los matrimonios de conveniencia son incapaces se puede impedir la celebración por falta de capacidad, ¿no puede llegarse a negar el *ius connubi* en muchos otros por presunción de consentimiento viciado?³⁹

Este claro peligro se pone muy bien de manifiesto en una reciente y expresiva Resolución de la DGRN de 25 de septiembre de 1995⁴⁰: una española pretende contraer matrimonio en España con un paquistaní. Tras el trámite de audiencia reservada de ambos novios que lleva a cabo el Encargado, éste llega a la convicción de que debe celebrarse el enlace, pero el Ministerio Fiscal se opone alegando la situación de ilegalidad del contrayente según la legislación de extranjería y que la vida prematrimonial de ambos había sido una apariencia (!). La DGRN es tajante: la situación administrativa del extranjero en España, aunque sea irregular, no puede impedir la celebración del enla-

³⁷ Resolución de 9 de octubre de 1993; *BIMJ*, núm. 1691, pág. 85.

³⁸ *BOE* de 25 de enero, núm. 1943.

³⁹ En este mismo sentido, PILAR DOMÍNGUEZ LOZANO en su comentario crítico a la citada *Instrucción-REDI*, vol. XLVII, 1995, pág. 318.

⁴⁰ *BIMJ*, núm. 1762, págs. 61 y ss.

ce, y la investigación policial sobre el comportamiento prematrimonial de los promotores es excesiva y puede atentar a la intimidad personal. En este sentido, confirma lo establecido en otra Resolución anterior de 3 de diciembre de 1993^{40 bis}, en la que se señalaba que la situación de ilegalidad del extranjero que contrae matrimonio en España no puede llevar a presumir su intención fraudulenta a la hora de contraer matrimonio. El *ius connubi* «no puede quedar coartado por normas administrativas máxime cuando ninguna de ellas subordina, porque ello supondría una limitación intolerable a un derecho fundamental, la celebración del matrimonio de un extranjero en España a su condición de residente legal en el país».

En definitiva, como ha señalado recientemente José María Espinar Vicente⁴¹ toda persona capaz «ha de presumirse *iuris tantum* que consiente si manifiesta en forma su voluntad de casarse».

1. Negación de la inscripción en el RC español de matrimonio contraído en el extranjero ante autoridad extranjera

En el caso de que el funcionario autorizante sea extranjero y se pretenda posteriormente promover la inscripción del matrimonio en el RC español, ¿debe el Encargado del RC comprobar la existencia real de consentimiento matrimonial antes de proceder a la inscripción?

Para la transcripción en el RC español de la certificación expedida por autoridad competente del país de la celebración, el Encargado del RC debe calificar la realidad del hecho y su legalidad conforme a la ley española (art. 256 RRC). Este segundo requisito debe entenderse a mi juicio, como ya señalé en su día⁴², como la comprobación de que el matrimonio se ha celebrado en forma prevista por el Derecho español y que no existen impedimentos de acuerdo con la ley aplicable. El control del consentimiento no había sido admitido en una Resolución de 7 de febrero de 1990⁴³ en la que la esposa alegaba error del marido como obstáculo a la inscripción, puesto que la DGRN consideró que los vicios del consentimiento debían ser apreciados por un Juez.

^{40 bis} *BIMJ*, núm. 1698, pág. 152.

⁴¹ *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, 1996, pág. 119.

⁴² *Forma del matrimonio y Derecho internacional privado*, Barcelona, 1993, págs. 351-2. Recientemente, se pronuncian también en este sentido ESPINAR VICENTE, J.M., *op. cit.*, pág. 156, y RODRÍGUEZ GAYÁN, E, *El Derecho registral civil internacional*, Madrid, 1996, pág. 187.

⁴³ *BIMJ*, núm. 1564, pág. 67.

Pues bien, el Alto Organismo ha modificado recientemente su criterio, considerando que para evitar los matrimonios de conveniencia, la determinación de la falta de simulación y por tanto la validez del consentimiento debe preceder a la inscripción. Es más, en estos casos en que existe la sospecha de matrimonio de conveniencia, la DGRN considera que no es preciso instruir un expediente previo en que los interesados puedan acreditar su verdadero consentimiento en el trámite formal de audiencia (art. 257 del RRC), sino que debido a que el título para practicar la inscripción será la certificación expedida por autoridad extranjera y las *declaraciones complementarias oportunas*, si de éstas se deduce una ausencia de verdadero consentimiento el Encargado puede denegar la inscripción sin más, desaconsejando la DGRN la tramitación del expediente que «sería inútil en cuanto que no habría otros elementos de juicio que pudieran sustentar una conclusión distinta»⁴⁴.

Ciertamente los hechos que se analizan en alguna de las Resoluciones no dejan lugar a dudas. Es especialmente expresiva la de 8 de enero de 1996: una cubana de quince años ha contraído matrimonio por poder en La Habana con un español residente en España cuyo apoderado es el novio de la menor. Así lo manifiesta ella en presencia del Canciller del Consulado español en el que pretenden inscribir el enlace: «Que no ha sido su intención real contraer matrimonio con don C. H., sino poder viajar a España con su novio y apoderado con quien, en el futuro y una vez que se divorcie, pretende casarse.» Ante un caso como éste quizá pareciera a algunos razonable que se llevase a cabo un control del consentimiento válido antes de proceder a la inscripción, siendo inútil promover un expediente previo a tenor de los dispuesto en el artículo 257 del RRC.

También son significativas las Resoluciones de la DGRN de 30 de mayo y 22 de noviembre de 1995 que contemplan supuestos muy similares: españoles varones entran en contacto con súbditas chinas residentes en este país a través de familiares de las mismas que residen en España. Dichos españoles viajan a China, contraen matrimonio ante las autoridades locales (curiosamente en ambos casos del mismo lugar, *Lishui*) y pretenden la inscripción de los mismos en el RC consular español, inscripción que es denegada (y confirmado este proceder por la DGRN), debido al desconocimiento entre ambos cónyuges

⁴⁴ Resoluciones de 30 de mayo de 1995 (*RJA*, núm. 4415), de 22 de noviembre de 1995 (*BIMJ*, núm. 1769, pág. 144) y de 8 de enero de 1996 (*BIMJ*, núm. 1772, pág. 154).

(que alcanza incluso al idioma) que hace presumir un matrimonio de conveniencia.

Por último, una reciente Resolución de 22 de marzo de 1996⁴⁵ recoge un supuesto también singular: Un agricultor español de sesenta y dos años que contacta telefónicamente con una mujer dominicana residente en República Dominicana de cuarenta y ocho (a través de la hija de ella que reside en España) y sin un conocimiento previo acude a República Dominicana y tres días después de conocerla se casa con ella. La mencionada resolución transcribe la audiencia reservada y separada que el Cónsul General de España en Santo Domingo mantiene con ambos, de la que se deduce con toda claridad el absoluto desconocimiento mutuo. El Cónsul niega la inscripción del citado enlace en el RC consular, siendo confirmada esta actuación por la DGRN.

Estas Resoluciones de la DGRN han sido «circuladas» por la DG Asuntos Consulares a todos nuestros Consulados. Quizá pueda apreciarse mejor la bondad de esta doctrina conociendo la práctica a que da lugar. Pues bien, según algún expediente al que he tenido acceso que obviamente no debo desvelar, alguna Embajada española está solicitando para inscribir en el RC consular el matrimonio, prueba de que el matrimonio celebrado no es un matrimonio de conveniencia. ¿Cómo se prueba que el matrimonio no es de conveniencia? ¿No constituye esta exigencia una prueba diabólica y un cambio en la presunción *iuris tantum* de eficacia del consentimiento prestado?

Veo importantes peligros para la garantía del *ius connubi* en estas interpretaciones doctrinales y sus consecuencias prácticas. Considero que en principio el control de la legalidad debe ceñirse, como ya he señalado anteriormente a la inexistencia de impedimentos y a la eficacia formal del matrimonio, pero no al análisis del consentimiento prestado. Sin embargo, el evidente fraude que se desprende de alguno de los casos señalados, quizá pueda hacer aconsejable flexibilizar esta posición teórica de partida en supuestos de notoria y absoluta simulación⁴⁶. No obstante, si se considera que el consentimiento debiera controlarse también en esta sede (cuestión que plantea serias objeciones jurídicas, a mi juicio), entiendo que en todo caso se garantiza mejor el derecho al matrimonio de los interesados promoviendo en los

⁴⁵ *BIMJ*, núm. 1776, págs. 156 y ss.

⁴⁶ Como señala la Resolución de 22 de marzo de 1996, «tanto por la presunción general de buena fe como porque el *ius nubendi* es un derecho fundamental de la persona, es necesario que la convicción del fraude se forme en un grado de certeza moral en el juicio de quien deba decidir sobre la nulidad del matrimonio discutido».

supuestos de duda un expediente previo de acuerdo con lo previsto en el artículo 257 del RRC, y no denegando sin más la inscripción por las declaraciones complementarias oportunas del 256 del RRC.

B) *La sanción a posteriori*

La DGRN proponía años atrás que «ante la lacra de matrimonios de conveniencia, la solución ha de encontrarse no en el amontonamiento de pruebas y diligencias previas para cerciorarse de la verdadera voluntad de las partes, porque ello equivaldría a obstaculizar de modo intolerable un derecho fundamental de la persona, sino en medidas represivas adoptadas *a posteriori*, como el ejercicio público de la acción de nulidad en casos extremos, y sobre todo en medidas indirectas dirigidas a evitar que el extranjero obtenga automáticamente los beneficios fraudulentos que acaso persiga»⁴⁷.

Al margen de una declaración de nulidad pronunciada por un Juez (nulidad derivada de que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial —art. 45 del Cc—, norma aplicable por cierto a un matrimonio mixto entre extranjero y español respecto de este último), caben otras medidas represivas de este tipo de fraudes que tienden a evitar que el defraudador pueda beneficiarse de los efectos que perseguía al cometer el fraude. En los últimos años, nuestras normas sobre nacionalidad y extranjería están incorporando referencias importantes a este tema⁴⁸.

La adquisición de nacionalidad por residencia en un plazo abreviado de un año en el caso de matrimonio con español/a, se condiciona a que el matrimonio no esté separado legalmente o de hecho y que al tiempo de la solicitud lleven un año casados (art. 22.2.d): ambas limitaciones fueron introducidas en la reforma del Código civil de 1990 con el objeto de luchar contra los matrimonios de conveniencia.

Pues bien, si nuestro Ordenamiento jurídico parte de la presunción legal de la convivencia entre los cónyuges (art. 69 del Cc), la Instrucción de la DGRN de 20 de marzo de 1991 exigía que sobre el solicitante debía recaer «la carga de probar tal convivencia y para ello no bastará invocar la presunción legal contenida en el artículo 69». Algún autor, como Álvarez Rodríguez, llegó con razón a preguntarse si una Instrucción podía

⁴⁷ Resolución de la DGRN de 9 de octubre de 1993, ya citada.

⁴⁸ Vid., al respecto, ALVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Matrimonios simulados...*, cit., y DIAGO DIAGO, M. P., *op. cit.*

dejar sin efecto una presunción prevista en el Código civil. Para salvar esta objeción, Pretel Serrano⁴⁹ considera que el solicitante de nacionalidad únicamente tendrá que justificar el matrimonio durante el plazo establecido y afirmar que no existe separación de hecho. Será el Encargado el que deberá averiguar la certeza de lo afirmado.

Además, ¿toda separación de hecho indica matrimonio fraudulento? La reciente reforma del Reglamento de comunitarios⁵⁰, que consideraba sujeto al régimen de comunitarios al cónyuge no separado de hecho o de derecho, reforma que ha suprimido la referencia a la separación de hecho de acuerdo con reciente jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, puede ser indicativa al respecto.

En los últimos meses diversas normas del sector del Derecho de extranjería han incorporado cautelas en relación a estos matrimonios. Debo especialmente destacar el nuevo Reglamento de extranjería⁵¹, que en su artículo 54 establece que entre los familiares que podrán residir con el extranjero en territorio español se encuentra el cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, que no resida con el extranjero otro cónyuge y **que el matrimonio no se haya concertado en fraude de ley.**

Esta redacción obedece al Dictamen del Consejo de Estado⁵² **que sugiere el tomar en cuenta los «matrimonios fraudulentos o simulados, y las situaciones de crisis matrimonial (de derecho o de facto), lo que abre una vía de utilización fraudulenta».** ¿Cómo puede hacerse efectiva esta disposición reglamentaria? ¿Es el funcionario consular el Encargado de decidir que el matrimonio se ha concertado en fraude de ley? ¿Con qué criterios?

Todas estas cuestiones plantean problemas importantes. Si el matrimonio ya ha sido contraído: ¿Puede el funcionario competente para resolver una solicitud de visado, denegarlo porque el matrimonio se ha concertado a su juicio en fraude de ley sin haber mediado sentencia judicial?

Más recientemente, la Orden de 11 de abril de 1996 sobre exención de visado⁵³ señala que entre los beneficiarios de esta exención se en-

⁴⁹ «La adquisición de la nacionalidad española en la Ley 18/90, de 17 de diciembre», en *Jornadas sobre nacionalidad y extranjería*, Madrid, 1994, págs. 229-30, y en términos idénticos en los *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, vol. 37, *Extranjeros*, pág. 128.

⁵⁰ RD 737/1995, de 5 de mayo (BOE, de 5 de abril de 1995).

⁵¹ RD 155/1996, de 2 de febrero (BOE, 23 de febrero, núm. 4138).

⁵² Número 2864/95/ML, de 11 de enero de 1996.

⁵³ BOE, de 17 de abril.

cuentran el cónyuge de español o de comunitario residente legal siempre que no se encuentren separados de derecho y que acrediten un período previo de matrimonio de tres años a la fecha de la solicitud, y el cónyuge de extranjero residente legal (no comunitario) siempre que no se encuentren separados de hecho o de derecho y que acrediten un período previo de matrimonio de tres años. La exigencia de que el matrimonio lleve casado tres años responde obviamente al propósito de dificultar que pueda utilizarse esta vía para que un extranjero casado por conveniencia regularice de forma rápida su situación administrativa en España. En todo caso la exigencia de un período previo de matrimonio, si bien puede ser gravosa para los recién casados (que por otra parte tienen abierta la vía de la reagrupación familiar) es un control más objetivo y, por tanto, responde mejor a las exigencias de seguridad jurídica que el de que **el matrimonio no se haya concertado en fraude de ley**.

Todas las cuestiones examinadas, muestran la dificultad de luchar eficazmente y sin vulnerar derechos fundamentales, contra este tipo de fraudes. La prevención *a priori* plantea, como se ha visto, dificultades teóricas importantes. Sin embargo, compartiéndolas, considero que la lucha *a posteriori* por la vía de las normas sobre nacionalidad y extranjería puede también poner en cuestión derechos fundamentales. Como mejor prueba de esta afirmación, las preocupantes sugerencias que Frits W. Hondius⁵⁴ hace en relación a estas uniones fraudulentas al constatar la dificultad del control previo: negar el derecho al matrimonio a los ilegales, criminalizar el fraude y reformar las normativa de nacionalidad y extranjería no concediendo ventajas a los unidos en matrimonio.

4. CONCLUSIONES

He realizado un recorrido a lo largo de estas páginas por una serie de casos en los que nos encontramos ante el derecho a contraer matrimonio y sus posibles «cortapisas» cuando se quiere ejercer en situación de emigración. No he querido hacer una exposición dogmática y cerrada, sino más bien un planteamiento de algunos problemas

⁵⁴ «Civil status fraud», *Towards a European immigration policy*. HG. D. KORELLA & P. M. TWOMMEY (eds.), *College of Europe*, Bruselas, 1993, págs. 79 y ss.

con los que los emigrantes se encuentran en esta materia, las soluciones que se han dado desde la DGRN y los interrogantes que alguna de esas soluciones plantea.

En cualquier caso y finalmente, como la propia DGRN ha señalado reiteradamente, el *ius connubi* es un derecho fundamental de la persona «reconocido a nivel internacional y constitucional de suerte que cualquier limitación, postergación o denegación de este derecho ha de fundarse en la certeza racional absoluta del obstáculo o impedimento legal» que impide su ejercicio⁵⁵.

⁵⁵ Resolución de 9 de octubre de 1993.