

# *Revista del Foro Canario*



MINERVA EDITORES, S.L.  
Calle Cartago 2, Esc. Dcha. 1º A - Madrid - España  
Impreso por Omagraf, S.L.  
I.S.S.N.: 0211-0903  
Depósito Legal: G.C. 258-1980

***“ANÁLISIS JURÍDICO DE  
LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA”***

**Accésit del Decimoctavo Certamen del Premio de Estudios  
Jurídicos “Foro Canario” 2002-2003 del Ilustre Colegio de  
Abogados de Las Palmas.**

**Doña María Armingol Suárez**

Abogada

# **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA”**

## **ÍNDICE**

- 1.- INTRODUCCIÓN.**
- 2.- NORMATIVA APLICABLE.**
- 3.- EL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL.**
  - a) Concepto.**
  - b) El Matrimonio en forma civil.**
    - b.1.- Introducción.**
    - b.2.- Requisitos que deben preceder al Matrimonio. Expediente matrimonial.**
    - b.3.- Requisitos del Matrimonio.**
      - I.- Edad.**
      - II.- Libertad de estado.**
      - III.- Sanidad de juicio.**
      - IV.- Consentimiento de los contrayentes.**
      - V.- Inexistencia de impedimentos: Impedimentos existentes y su posible dispensa.**
    - b.4.- Forma de la celebración del Matrimonio.**
      - I.- Forma ordinaria.**
      - II.- Formas excepcionales: Matrimonio en peligro de muerte, matrimonio secreto, matrimonio por mandatario.**
      - III.- Matrimonio en forma religiosa.**
      - IV.- Matrimonio celebrado según la lex loci del lugar de celebración.**
    - b.5.- Inscripción del Matrimonio.**
- 4.- RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA.**
  - a) Derechos.**
  - b) Concesión de permisos de trabajo y residencia.**
- 5.- LA NACIONALIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL: ADQUISICIÓN DERIVATIVA.**
- 6.- MATRIMONIOS ENTRE ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS.**
  - a) Matrimonios entre españoles y extranjeros celebrados en España: Actos de control anteriores de la celebración.**
    - a.1.- Instrucción de la DGRN de 9 de Enero de 1995.**
    - a.2.- Intervención del Ministerio Fiscal: La Constitución Española, el Reglamento del Registro Civil y la Circular de la Fiscalía General del**

**Estado 1/2002 sobre aspectos civiles, penales y contencioso administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería.**

- a.3.- Resumen y esquema del trámite del expediente previo matrimonial y ejemplo de audiencia previa.**
- a.4.- Supuesto especial.**

- b) Matrimonios entre españoles y extranjeros celebrados en el extranjero.**
  - I.- Inscripción de matrimonios entre españoles y extranjeros celebrados fuera de España según la forma establecida por la ley del lugar de celebración.**
  - II.- Expedición de certificado de capacidad matrimonial.**

- c) Posibles actuaciones posteriores a la celebración del matrimonio fraudulento.**

**7.- ESTADÍSTICA DE MATRIMONIOS ENTRE ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS TRAMITADOS ANTE EL REGISTRO CIVIL DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA.**

**8.- SANCIONES PREVISTAS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL PARA LOS CÓNYUGES DE MATRIMONIOS FRAUDULENTOS.**

**9.- CONCLUSIONES.**

**10.- BIBLIOGRAFÍA.**

## 1.- INTRODUCCIÓN

Consideramos que es conveniente analizar en la introducción de este trabajo dedicado a los llamados **MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA**, en su mayor número entre españoles y extranjeros, la causa u origen principal del acaecimiento cada vez más frecuente de la figura mencionada, que no es otro que la **INMIGRACIÓN**.

Comenzaremos con una significativa frase del **Anuario de Migraciones de 2000, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales**, que dice "*La inmigración es hoy, un hecho imparable ante el que Europa debe prepararse y que, sin duda, tendrá implicaciones de carácter cultural, social y económico en los países del Viejo Continente*".

En definitiva, viene a decir, como indica el Magistrado Don Lorenzo J. Del Río Fernández en su Artículo publicado en la Revista "La Ley"-20 y 21 de Junio de 2000-, que la inmigración va a constituir, o en realidad ya está constituyendo, uno de los hechos más significativos del Siglo XXI, y va a ser uno de los mayores desafíos de la sociedad que será, cada vez más, pluriétnica, pluricultural y plurirreligiosa.

Analizaremos, de forma somera, el mar de fondo de la inmigración, comenzando por decir que el fenómeno de las olas migratorias no es nuevo en la historia de la humanidad.

Cada época reviste formas nuevas de inmigración, estando en nuestros días la inmigración ligada de manera estructural a la economía del libre mercado, aunque no pueden olvidarse las migraciones formadas por los regímenes políticos dictatoriales y por ciertas estructuras culturales y sociales de los pueblos.

Así pues, hay tendencia de atribuir a los problemas de desarrollo del Sur la afluencia de inmigrantes hacia el Norte.

Los años del desarrollo se han caracterizado por un estancamiento y una disminución reales de ingresos económicos por habitante en África, el Caribe y América Latina, tiempo que aparecerá retrospectivamente como el de una acentuada *mundialización* de los mercados y una división material del trabajo.

Junto a ello, emergen otros factores que enmarcan de forma clara el fenómeno migratorio.

Simplemente enumerarlos, por no deber convertir esta introducción en un análisis profundo de los mismos, sino en un punto partida para centrar y entender mejor lo que posteriormente pasaremos a analizar:

- 1.- La mundialización del comercio.
- 2.- La división internacional del trabajo.
- 3.- La globalización del consumo.
- 4.- La circulación internacional de información.
- 5.- La globalización de la pobreza. La huida de la miseria.
- 6.- La feminización de los flujos migratorios.

Finalmente, a este respecto, contemplaremos la política de inmigración, o más concretamente, cómo según ciertos estudiosos del tema debería ser considerada y adoptada.

La **inmigración** debe ser considerada como un **problema estructural**.

Esto significa básicamente que la estructura institucional del Estado, tal y como fue diseñada en los Siglos XVIII y XIX, no previó la coexistencia dentro de un mismo espacio público, de culturas y tradiciones diferentes.

De ahí que el momento histórico que presenciamos, pueda ser calificado como un "efecto 2000", en tanto que no existe una respuesta política predeterminada, ni tenemos instrumentos adecuados para gestionar el fenómeno de la inmigración, sobre todo las relaciones que mantienen los inmigrantes con nuestras instituciones.

Si bien lo anterior explica la desorientación práctica, la desorientación teórica se explica históricamente, en tanto que los pensadores políticos se han despreocupado del tema de los derechos y obligaciones de los inmigrantes, bien por considerarlos como "personas procedentes de fuera", bien por verles como potenciales ciudadanos a través de un proceso de desnaturalización de sus orígenes.

La situación requiere hoy en día un cambio profundo de los parámetros que han orientado tanto la práctica como la teoría política. Utilizando una imagen, la realidad de la inmigración, como fenómeno imparable y estructural, pide cambiar la forma en que se gestionan las tensiones políticas y sociales.

En fin, toda política destinada a solventar problemas originados por la presencia de los inmigrantes **debe empezar por reconocer que los inmigrantes están aquí para quedarse, y también desean mantener sus**

**propios estilos de vida al actuar en la esfera pública.**

Esta errónea perspectiva política que, al menos hasta ahora, se practica y que se continúa practicando, limitando cada vez más la legalización de los inmigrantes, al menos en nuestro país tras la promulgación de la nueva Ley Orgánica de Extranjería 4/2000, modificada por la LO 8/2000, lleva a que los inmigrantes busquen las vías para la legalización de su situación en España, y una de las más utilizadas y cada vez más generalizadas es la de los **matrimonios de conveniencia**, en virtud de los cuales se celebra un matrimonio sin auténtico consentimiento matrimonial, ya que en realidad lo que las partes pretenden no es establecer una unión estable de convivencia en común, sino por parte del inmigrante conseguir los derechos de residencia y posterior nacionalidad que al ser cónyuge de un español se le atribuyen y, por parte del español, generalmente una cierta cantidad de dinero.

Se analizará el trato de estos matrimonios a lo largo del trabajo, pero adelantamos que se trata de un tema complejo por ser su prohibición una restricción del derecho al matrimonio reconocido tanto a los españoles en el **Artículo 32.1 CE y 44 del CC**, como a los extranjeros en virtud de la **Ley de Extranjería**.

**Así vemos, que la inmigración y su tratamiento político se encuentra íntimamente relacionado con el objeto de este trabajo.**

Consideramos de importancia explicar en la introducción el esquema elegido para abordar el tema. Además del Capítulo Sexto, que constituye el eje del trabajo y el análisis propiamente dicho de los matrimonios de conveniencia, hemos considerado esencial el tratamiento somero de una serie de temas tangenciales al central. Estos temas merecerían un estudio más pormenorizado, sin embargo no dentro de este trabajo. Así:

a) En los Capítulos Segundo al Quinto se enuncia la normativa aplicable, el matrimonio en el Código Civil, el régimen jurídico de los extranjeros en España y la nacionalidad en el Código Civil, a fin de que el trabajo posea un hilo conductor y de situar al lector dentro del marco jurídico concreto.

b) En el Capítulo Octavo se analizan las sanciones previstas por el ordenamiento jurídico para los contrayentes de matrimonios en fraude de ley o matrimonios de convenien-

cia, ya que sin este análisis, aunque sea resumido, el trabajo quedaría jurídicamente incompleto.

Por último decir que las razones que me han llevado a elegir este tema son dos, la primera de ellas una cuestión personal, pues he vivido la situación de amigas deseosas de poder contraer matrimonios por amor con extranjeros a las que se les han puesto todo tipo de dificultades para conseguirlo, llegando alguna a tener incluso que recurrir ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, lo cual lleva a la segunda causa, mi curiosidad como jurista de conocer exactamente el por qué y el cómo de esas situaciones desde el punto de vista jurídico.

## **2.- NORMATIVA APLICABLE**

La finalidad de este Capítulo es aportar desde el inicio del trabajo una visión general del tema al enumerar simplemente la legislación aplicable al mismo, que se irá desgranando y analizando a lo largo de aquél.

Las normas aplicables son:

1.- La Constitución Española de 1978, principalmente sus Artículos 11, 13 y 32.1.

2.- El Código Civil Español de 1889, fundamentalmente los Títulos I y IV del Libro Primero, que tratan respectivamente "De los Españoles y extranjeros" y "Del matrimonio".

3.- La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la LO 8/2000.

4.- El RD 766/1992 de 26 de Junio sobre Entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, modificado por RD 737/95, de 5 de Mayo, por el RD 1710/97 de 14 de Noviembre y por el RD 864/2001, de 20 de Julio.

5.- La Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil.

6.- El Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil.

7.- La Instrucción de la DGRN de 9 de Enero de 1995.

8.- La Circular 1/2002 del Ministerio Fiscal

sobre "Aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería."

9.- La Resolución del Consejo, de 4 de Diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos.

10.- El Artículo 23 del Pacto Internacional de Nueva York de 19 de Diciembre de 1966 de derechos civiles y políticos: "1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados parte en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos."

11.- El Artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "DERECHO DE LA FAMILIA A UNA PROTECCIÓN SOCIAL, JURÍDICA Y ECONÓMICA. Con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las Partes Contratantes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a recién casados o por medio de cuales quiera otras medidas adecuadas".

12.- El artículo 12 del Convenio de Roma de 4 de Noviembre de 1950 para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, emendado por los Protocolos adicionales números 3, 5 y 11, de 6 de Mayo de 1963 y 20 de Enero de 1966, respectivamente: "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."

13.- El Tratado de la Unión Europea.

14.- Los Artículos 8 y 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que reconocen, respectivamente, el respeto a la vida familiar y el derecho a casarse y a fundar una familia.

15.- Por último, y aunque no se puedan entender como normativa propiamente dicha por no ser fuente de derecho, son de radical importancia las Resoluciones de la DGRN sobre matrimonio de español celebrado en el extranjero, así como las referentes a la autorización para la celebración de matrimonios entre españoles y extranjeros en España.

16.- El Convenio nº 20 internacional del estado civil de 1980.

### 3.- EL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL

#### a) Concepto

Existen muy diversas definiciones del matrimonio civil en la doctrina civilista, baste con hacer mención a una de ellas para acercarse a la institución "el matrimonio es el contrato solemne regulado exclusivamente por las leyes civiles, por el cual se unen el varón y la mujer para el mutuo auxilio, procreación y educación de los hijos" (De Diego).

#### b) El matrimonio en forma civil

##### b.1. Introducción

El matrimonio civil queda regulado en el Título IV, Libro Primero de nuestro Código Civil, que comprende once Capítulos (Arts. 42- 106), de los cuales únicamente serán estudiados a lo largo de este subepígrafe el segundo, tercero y cuarto por ser los que interesa analizar a la hora de relacionarlos con el tema principal que no es otro que **los matrimonios entre españoles y extranjeros y la problemática del fraude en los mismos**, aunque los restantes preceptos les sean igualmente de aplicación.

Los mencionados Capítulos son:

Capítulo II.- De los requisitos del matrimonio.

Capítulo III.- De la forma de celebración del matrimonio.

Sección 1ª. Disposiciones generales.

Sección 2ª. De la celebración ante el Juez o funcionario que haga sus veces.

Sección 3ª. De la celebración en forma religiosa.

Capítulo IV.- De la inscripción del matrimonio en el Registro Civil.

Decir por último que la doctrina, al referirse al matrimonio regulado en el Título IV del Código Civil, habla actualmente, tras las modificaciones operadas por diferentes Leyes, fun-

damentalmente la de la Ley de 7 de Julio de 1981, de "matrimonio civil en forma civil".

b.2. Requisitos que deben preceder al matrimonio: Expediente matrimonial.

El Código se refiere al Expediente Matrimonial en su **Artículo 56**, que establece " *Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad exigidos por este Código. Si alguno de los contrayentes estuviera afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.*"

La regulación sobre el expediente se encuentra en el Art. 73 de la Ley del Registro Civil (LRC) que dispone: " *El funcionario que autoriza el matrimonio civil extenderá el acta, al mismo tiempo que se celebra, con los requisitos y circunstancias que determina esta Ley y con la firma de los contrayentes y testigos. Cuando el matrimonio se contrajera en país extranjero con arreglo a la forma del país o en cualquier otro supuesto en que no hubiere levantado aquella acta, la inscripción sólo procederá en virtud de expediente.*"

Los requisitos y circunstancias a que se refiere el precepto anterior, se encuentran desarrollados en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Reglamento del Registro Civil (RRC) bajo la rúbrica " *De la celebración del matrimonio ante el Juez o el funcionario que haga sus veces*", y que comprende los Artículos 238 a 254 del mencionado texto legal.

Igualmente debe tenerse en consideración el Convenio de Munich de 5 de Septiembre de 1980 sobre expedición de certificados de capitulaciones matrimoniales y la Circular de la DGRN de 16 de Julio de 1984 sobre medidas para evitar la duplicidad de matrimonios e inscripciones.

Sobre esta última decir que al darse, tras la modificación operada por la Ley de 7 de Julio de 1981, la práctica frecuente de que una pareja que ha celebrado o va a celebrar matrimonio canónico intenta también contraer matrimonio en forma civil ante el Juez o funcionario señalado por el Código Civil, la DGRN dictó la Circular antes mencionada donde, tras observar que tal duplicidad no tenía sentido en el Sistema Español y señalar los inconvenientes jurídicos que representa, declara que " *el Juez o funcionario que haya de autorizar el matrimonio conforme al Código*

*Civil deberá abstenerse a tal autorización en cuanto conozca que los pretendidos contrayentes están ya ligados civilmente por matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico*", y, refiriéndose al caso contrario establece que: " *si las actuaciones previas a la celebración del matrimonio de forma civil al autorizante llega a saber el propósito de los interesados de contraer matrimonio más tarde en forma canónica, aquél deberá ilustrar a éstos de que cualquiera de las dos formas produce efectos civiles.*"

Volviendo al expediente previo, decir que será ese el momento en el que la autoridad autorizante del matrimonio llegue a conocer la circunstancia de que uno de los contrayentes es extranjero, debiendo entonces proceder según se explicará en el Capítulo Quinto del presente trabajo.

b.3. Requisitos del matrimonio

I. II y III.- Edad, libertad de estado y sanidad de juicio.

Se tratarán estos tres apartados conjuntamente por no ser de gran relevancia para el tema central, sin dejarlos de mencionar, aunque no se realice un examen por menorizado de los mismos.

Hacer referencia en primer lugar, llegados a este punto, al **Art. 44 del CC** que estipula " *El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código*".

Como requisitos referentes a la **capacidad de los contrayentes**, el Código Civil exige, redactado en forma negativa por el Art. 46, la libertad de estado y una determinada edad. Versa así el referenciado precepto " *No pueden contraer matrimonio: 1º. Los menores de edad no emancipados. 2º. Los que estén ligados con vínculo matrimonial.*"

Respecto a la sanidad de juicio era regulada expresamente por el CC antes de la Reforma de 1981, habiendo desaparecido actualmente del articulado del CC, sin embargo se debe seguir entendiendo que el enajenado no tiene capacidad para contraer matrimonio, por no poder prestar un consentimiento válido exigido por el Art. 45 CC, que se analizará a continuación.

Por otra parte, el **Art. 56 del mismo texto legal** establece que " *si alguno de los contrayentes estuviese afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médi-*

co sobre su aptitud para prestar consentimiento”.

#### IV.- Consentimiento de los contrayentes.

Este punto es el *elemento jurídico crucial* a la hora de poder impedir la celebración de determinados *matrimonios entre españoles y extranjeros*, ya que, y adelantándonos a lo que se analizará en el Capítulo Quinto, la autoridad autorizante denegará la celebración del matrimonio y su correlativa inscripción en el Registro Civil por entender, tras los trámites necesarios, que existe *simulación*, esto es, que falta el auténtico consentimiento matrimonial, por prestarse éste con la única intención de que el extranjero regule su situación en España y no con la voluntad interna de cumplir con los deberes matrimoniales, ni con las características del matrimonio regulado en el Código Civil.

Tras esta pequeña introducción realizada con la intención de interrelacionar el tema principal con el tratado en este apartado, se pasará al análisis del consentimiento matrimonial y a las consecuencias de la falta del mismo.

Al igual que en el matrimonio canónico, **el consentimiento es la base fundamental** del otorgamiento del matrimonio civil contraído en forma civil.

Tras la Reforma del CC de Julio de 1981, la exigencia del consentimiento matrimonial queda expresamente regulada en el **artículo 45 del CC**, al establecer éste que “*No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial. La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta.*”

Para que concorra el **consentimiento válido** es preciso (Circular 1/2000 del MF):

1.- Que no esté afectado por ningún vicio de la voluntad (error, violencia, intimidación o dolo), ya que en ese caso el consentimiento prestado sería nulo (art. 1265 en general, y art. 73.4º y 5º por lo que se refiere al matrimonio).

2.- El consentimiento ha de tener además un **contenido concreto**, que consiste precisamente en la aceptación de las obligaciones que nacen del negocio jurídico.

En este sentido el consentimiento necesario para contraer matrimonio ha de referirse al objeto característico de éste, es decir, las obligaciones contempladas en los Artículos 67 y 68 CC.

Por tanto, si la voluntad de los contrayentes no contempla los deberes de convivencia,

fidelidad, respeto y ayuda mutuos, no existe consentimiento matrimonial, estando ante lo que la doctrina civilista denomina **negocio simulado**, por no responder la voluntad real de los contrayentes con la exteriormente expresada, tratándose además de una **simulación absoluta**, ya que el consentimiento real ni siquiera es válido para dar vida a un negocio distinto del declarado.

La **falta de consentimiento** produce la **nulidad del matrimonio**, viniendo señalada la sanción a la falta de consentimiento o los vicios en éste en el **Artículo 73** “*Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración: 1º. El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial... 4º. El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento.... 5º. El contraído por coacción o miedo grave.*”

De celebrarse un matrimonio y descubrirse con posterioridad la inexistencia de consentimiento matrimonial, el CC regula la forma de anularlo a través del **Artículo 74** “*La acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes.*”

No se estudiarán los Artículos que siguen por ser el último precepto transcrito el de mayor importancia para **los matrimonios celebrados entre españoles y extranjeros**, ya que, como se verá, de descubrirse el fraude con posterioridad a la celebración del matrimonio, el Ministerio Fiscal tiene la obligación de ejercitar la acción de nulidad contemplada en el citado precepto, según la Circular 1/2002 del Ministerio fiscal.

#### V.- Inexistencia de impedimentos: Impedimentos existentes y su posible dispensa.

Existen una serie de circunstancias, algunas como la edad y el ligamen, incluidas en la capacidad de los contrayentes, que impiden, de concurrir, la celebración de un matrimonio válido.

Estas circunstancias vienen reguladas en el **Artículo 47 CC** “*Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: 1º. Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción. 2º. Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado. 3º. Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos.*”

Son los denominados impedimentos de consanguinidad, adopción e impedimento de crimen.

Sin embargo, existe la posibilidad de que, concurriendo alguno de estos impedimentos, sea posible celebrar un matrimonio válido a través de la previa **dispensa** del mismo regulada por el **Artículo 48 CC** "El Ministro de Justicia puede dispensar, a instancia de parte, el impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior. El Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos del grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los catorce años. En los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores. La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes."

Esta cuestión no es, a primera vista, de gran trascendencia en relación con el tema principal, sin embargo, se ha considerado necesario hacer al menos mención a los impedimentos que si bien no darían lugar a uno de los denominados *matrimonios blancos* o de *conveniencia*, podrían impedir la celebración válida de un matrimonio de los mencionados, por ejemplo, relacionado con la emigración de los canarios a Cuba y Venezuela, que por consanguinidad no pueda celebrarse válidamente ese matrimonio que posiblemente sería de *conveniencia* al intentar un familiar ayudar al otro a legalizar su situación en España, si bien ello deberá determinarse en la fase de control de los citados matrimonios.

#### b.4. Forma de celebración del matrimonio.

La forma de celebración del matrimonio viene regulada en las Secciones 2ª y 3ª del Capítulo III del Libro IV del CC, que comprende los Artículos 49 al 60.

A continuación se analizarán separadamente la forma civil ordinaria de celebración del matrimonio, las formas civiles excepcionales y la celebración en forma religiosa, pudiendo ser esta última de importancia para los matrimonios de *conveniencia* al intentar en ocasiones los contrayentes evitar el control mediante la utilización de dicha vía.

#### I.- Forma ordinaria.

La celebración del matrimonio civil en forma ordinaria supone el cumplimiento de los Requisitos establecidos en los Artículos 49, 51, 53, 57 y 58 del CC, pudiendo clasificarlos de la siguiente manera:

#### *a) Competencia del Juez o funcionario.*

Son competentes para autorizar el matrimonio, según el **Art. 51 CC** " 1º. El Juez encargado del Registro Civil. 2º. En los municipios en que no reside dicho Juez, el Alcalde o el delegado designado reglamentariamente. 3º. El funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero."

El precepto que viene a continuación tiene especial relevancia en el tema de los **matrimonios entre españoles y extranjeros**, como se verá en el ya mencionado Capítulo V.

El **Art. 49 CC** permite a los españoles contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración; en este caso, la pareja evitaría el control realizado en España para este tipo de matrimonios, pero se encontrarán con problemas a la hora de su necesaria inscripción en España o en el Registro consular competente donde se intentará evitar el permitir la inscripción de los también llamados *matrimonios blancos*.

#### *b) Comparecencia de los contrayentes ante el Juez o funcionario.*

Esta obligación viene establecida en el **Artículo 57 CC**.

#### *c) Acto matrimonial: exteriorización del consentimiento.*

El **Artículo 58 CC** dispone que "El Juez o funcionario, después de leídos los Artículos 66, 67 y 68, preguntará a cada uno de los contrayentes si consienten en contraer matrimonio y si efectivamente lo contraen en dicho acto y, respondiendo ambos afirmativamente, declarará que los mismos quedan unidos en matrimonio y extenderá la inscripción o el acta correspondiente."

El problema para determinar la concurrencia de fraude se centrará en la exteriorización del consentimiento, en la autenticidad del mismo o identidad con la voluntad interior que se debe intentar determinar a través de los indicios que proporcionan los actos de control.

#### II.- Formas excepcionales: matrimonio en peligro de muerte, matrimonio secreto y matrimonio por mandatario.

Respecto de los dos primeros sólo decir que se encuentran regulados en los Artículos 52, 54 y 64 del Código Civil, respectivamente.

En cuanto a la tercera forma excepcional, se hará mayor hincapié en ella por ser frecuente su utilización en los matrimonios entre españoles y extranjeros, casos en los que en numerosas ocasiones los contrayentes ni se conocen, siendo esta una de las razones esgrimidas por la **Instrucción de la DGRN de 9 de Enero de 1995** para determinar que se trata de un matrimonio de conveniencia.

Así, su regulación se contiene en el **Artículo 55 CC**. Esta norma contiene tres apartados diferenciados.

- En el primero de ellos contempla el supuesto de que el contrayente no resida en el distrito o demarcación del Juez o funcionario autorizante, y permite que en el expediente matrimonial se le autorice a celebrar el matrimonio por apoderado a quien haya concedido poder especial en forma auténtica, aunque siempre será necesaria la asistencia personal del otro contrayente.

- En el segundo apartado se concreta lo que se ha de expresar en el poder.

- Y en el tercero el caso de extinción del poder y su comunicación.

### III.- Matrimonio en forma religiosa.

La Ley de 7 de Julio de 1981 introdujo la novedad en el Código Civil español de otorgar efectos civiles a los matrimonios celebrados en forma religiosa.

Esta cuestión queda recogida en los **Artículos 59 y 60** del citado texto legal, cuya redacción es la siguiente:

- **Art. 59 CC** “ *El consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste*”.

- **Art. 60 CC** “*El matrimonio celebrado según las normas del derecho canónico o en cualquiera de las formas previstas en el artículo anterior produce efectos civiles. Para el pleno reconocimiento de los mismos se estará a lo dispuesto en el Capítulo siguiente*”, capítulo que se refiere a la inscripción del matrimonio en el RC.

En estos preceptos, el legislador generalizó el sistema adoptado respecto del matrimonio canónico -con base en los Acuerdos entre el Estado Español y la Santa Sede de 1979- a los matrimonios celebrados según formas previstas por otras confesiones religiosas, de modo que estas formas produjeran igualmente efectos civiles.

Sin embargo, pese a constituir ello una importante novedad en el sistema matrimonial español, careció de aplicación práctica hasta once años después mediante la firma de los Acuerdos de Cooperación del Estado Español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España, aprobados respectivamente por las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992.

Estas Leyes consagran, a través del Art. 7 de cada uno de los tres Acuerdos, el reconocimiento de efectos civiles del matrimonio celebrado en la forma religiosa de aquellas confesiones; existiendo además la importante **Instrucción de 10 de Febrero de 1993 de la DGRN**, que contiene normas orientativas sobre la inscripción de dichos matrimonios en el RC.

### IV.- Matrimonio celebrado según la lex loci del lugar de celebración.

La prestación del consentimiento según la ley del lugar de celebración queda autorizada en el Código Civil en el párrafo segundo de su Artículo 49, al establecer que “ *También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración*”.

En este punto, hay que destacar que el problema se presentará con su posterior inscripción en el Registro Civil, ya que, según establece el **Artículo 65 CC** “*Salvo lo dispuesto en el Art. 63, en todos los demás casos en que el matrimonio se hubiere celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente, el Juez o funcionario encargado del Registro, antes de practicar la inscripción, deberá comprobar si concurren los requisitos legales para su celebración*”.

#### b.5. Inscripción del matrimonio.

El CC exige como requisito posterior a la celebración del matrimonio y para su plena producción de efectos civiles, la inscripción del mismo en el Registro Civil, dedicándole a la inscripción el Capítulo IV del Libro IV que comprende los Artículos 61 a 65 y se refiere a todas las formas de celebración hoy admitidas.

Hacer referencia únicamente al precepto principal que contiene la obligación, el **Artículo 61 CC**, que establece “El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos

será necesaria su inscripción en el Registro Civil. El matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.”

El requisito de la inscripción adquiere importancia, como se verá más por menorizadamente, en los matrimonios celebrados en el extranjero.

Ello es así porque la celebración del matrimonio fuera de España carece de control previo, sin embargo, para que el extranjero pueda regularizar su situación en España será necesaria la inscripción del matrimonio, lo cual deberá realizarse en el Registro Consular competente, llevándose a cabo en ese momento el control que, en caso de resultar fraudulento, probablemente pretendían evitar los contrayentes.

En ese caso, el competente para la autorización de la inscripción será el Canciller del Consulado correspondiente, tal y como establecen reiteradas Resoluciones de la DGRN.

#### **4.- EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA**

En cuanto a la condición jurídica de los extranjeros cabe destacar que la mayor parte de los ordenamientos jurídicos tienden hoy a la igualdad y a la no discriminación. En este sentido se manifiestan:

- **Art. 13 CE** “*Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título, en los términos que establezcan los tratados y la ley*”.

- **Art. 15 Cco** “*Los extranjeros y las compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España con sujeción a las Leyes de su país, en lo que se refiera a la capacidad para contratar, y a las disposiciones de este Código, en todo cuanto concierne a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, ....*”

- **Art. 27 CC** “*Los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes especiales y en los tratados.*”

Por lo demás, los extranjeros están sometidos a las normas jurídicas del país en cuyo territorio se encuentran, si bien en España existe además una legislación especial aplicable a los que se encuentren en territorio español, además- en su caso- de los Tratados firmados por España con el país de origen del extranjero, la Ley Orgánica sobre derechos y

libertades de los extranjeros en España y su integración social (LO 4/2000), el Real Decreto 864/2001 de 20 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LO 4/2000 y el Real Decreto 766/1992 de entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión europea y de otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

#### a) Derechos.

Como se ha dicho, en el momento actual se tiende a una equiparación entre los derechos denominados fundamentales de los nacionales y los extranjeros, considerando que los derechos y garantías reconocidos en los Tratados internacionales y en el Derecho interno de los Estados tienen su base en la condición de la persona, por lo que deben ser iguales.

En este sentido, el citado Artículo 13 de la CE, que se debe relacionar con el 10.2 del mismo texto legal, al establecer éste que “*Las normas relativas a los Derechos Fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*”

Por otra parte, el **Artículo 3.1 de la LO 4/2000**, dispone que “*Los extranjeros gozarán en España de los Derechos y Libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles.....*”

De este precepto se desprende que los extranjeros gozan de los derechos y libertades contenidos en el Título I de la CE, si bien en los siguientes preceptos de la Ley se establecen ciertas limitaciones para el ejercicio de alguno de ellos, nada se dice respecto del contenido en el **Art. 32.1 CE** “*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.*”. Se reconoce por tanto el **derecho a contraer matrimonio** a los extranjeros, por lo que el control que se realiza por las autoridades en los matrimonios entre españoles y extranjeros debe ser extremadamente riguroso, y, en caso de denegación, poseer suficientes fundamentos, ya

que ante todo se encuentran los derechos reconocidos constitucionalmente.

En el ámbito internacional en relación con el derecho al matrimonio y por tanto fundar una familia, mencionar los **Artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, el Artículo 12 del Convenio de Roma de 4 de Noviembre de 1950 para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales**, todos ellos transcritos en el Capítulo Segundo del presente trabajo, y los **Artículos 8 y 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos**, que reconocen, respectivamente, el respeto a la vida familiar y el derecho a casarse y a fundar una familia.

b) Concesión de permisos.

La concesión de permisos a extranjeros en España viene regulada por los textos legales antes mencionados. Sin entrar en detalles, comentar que la legislación exige numerosos requisitos para la concesión de los permisos tanto de trabajo como de residencia, siendo denegados muchos de ellos.

De ahí la importancia del control de los matrimonios entre españoles y extranjeros, puesto que un extranjero casado con español, aplicando el **Artículo 5.2 del RD 766/1992** ("Los familiares que no posean la nacionalidad de uno de los Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo necesitarán, además, el correspondiente visado, sin perjuicio de lo previsto en Tratados o Convenios internacionales") y el **Artículo 6.5 del mismo texto legal** ("A los familiares de españoles se les expedirá, en todo caso, una tarjeta de residencia con 5 años de vigencia."), obtendrá directamente un visado, en el Consulado de España en el país de origen del extranjero, que le permitirá obtener un permiso de trabajo y residencia en España.

Pero si el cónyuge extranjero no recoge el visado en el Consulado de España en su país de origen, para legalizarse, en virtud del **Artículo 49.2 d) del RD 864/2001**, tendrá que solicitar exención de visado y acreditar la convivencia en España al menos durante un año. Es decir, necesitará vivir después de casarse con español durante un año en España para que le den el permiso de trabajo y residencia.

## 5.- LA NACIONALIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL: ADQUISICIÓN DERIVATIVA

La nacionalidad, según Federico de Castro, es "la cualidad que infunde a una persona el hecho de pertenecer a una comunidad nacional organizada en forma de Estado", pero en definitiva la nacionalidad es un **estado civil** fundamental de la persona influyente en su capacidad de obrar (*Tema 17 del Programa oficial para el acceso al cuerpo de Abogados del Estado*).

La Constitución Española se refiere a la nacionalidad en el **Título I "De los Derechos y Deberes fundamentales"**, en concreto en su **Art. 11** "La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la Ley.", estableciendo así una reserva material de Ley en la materia.

El Código Civil regula esta materia en el **Título I del Libro I**, comprendiendo los Artículos 17 a 28.

La nacionalidad española se puede poseer por adquisición originaria o derivativa, existiendo diversas causas en ambas y en concreto en la segunda por posesión de estado, por adopción, por carta de naturaleza, por opción y por residencia. Dado que el posible fraude al Estado realizado mediante un matrimonio entre españoles y extranjeros consiste en que el extranjero consienta en contraer matrimonio cuando su voluntad interna lo que desea es su regularización en el Estado Español, se debe centrar este Capítulo en la **adquisición derivativa por matrimonio con español**.

No existe como causa de adquisición derivativa de la nacionalidad española el matrimonio con español, ahora bien, la legislación española concede mayor facilidad para su adquisición a los cónyuges de españoles, reduciendo considerablemente el tiempo de residencia legal exigido.

Así, citar los preceptos de aplicación, que son los **Artículos 21.2, 3 y 4; 22.2 d), 3, 4, 5 y 23 del CC**, que establecen:

- **Artículo 21.2 CC** " La nacionalidad española también se adquiere por residencia en España. en las condiciones que señala el artículo siguiente y mediante la concesión otorgada por el Ministro de Justicia, que podrá denegarla por motivos de orden público o interés general."

- **Artículo 22.2 d)** " Bastará el tiempo de **un año** para: El que al tiempo de la solicitud llevar un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho".

- **Artículo 22.3, 4, 5** " En todos los casos la residencia habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición. A los efectos de lo previsto en la letra d) del número anterior, se entenderá que tiene residencia legal en España el cónyuge que conviva con funcionario diplomático o consular español acreditado en el extranjero. El interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española. La concesión o denegación de la nacionalidad por residencia deja a salvo la vía judicial contencioso-administrativa."

- **Artículo 23 CC** " Son requisitos comunes para la validez de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia: a) Que el mayor de catorce años y capaz de prestar una declaración por sí, jure o prometa fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las Leyes. b) Que la misma persona declare que renuncia a su anterior nacionalidad. Quedan a salvo los naturales de los países mencionados en el apdo. 1 del art. 24. c) Que la adquisición se inscriba en el Registro Civil español."

## 6.- MATRIMONIOS ENTRE ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS

Analizadas las normas generales de aplicación al matrimonio, celebrado en España entre españoles o españoles y extranjeros, llega el momento de centrarse en los matrimonios entre españoles y extranjeros, haciendo especial hincapié en los denominados **matrimonios de conveniencia, de complacencia** o también **matrimonios blancos**.

El problema de tales matrimonios es un fenómeno muy común en los países sometidos a una fuerte inmigración, como ocurre en España, y del que se han hecho eco a menudo los distintos medios de comunicación. Mediante dichos enlaces no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, sino que **se pretende**, bajo el ropaje de esta institución y generalmente previo precio, que **un extranjero se aproveche de las ventajas del matrimonio a los efectos especialmente de regularizar su estancia en el país o de obtener más fácilmente la nacionalidad del que aparecerá formalmente como su cónyuge**.

El llamado **matrimonio de complacencia** es por tanto indudablemente nulo en nuestro Derecho **por falta de verdadero consentimiento matrimonial** (Arts. 45 y 73-1º CC). Por ello y para evitar en la medida de lo posible la existencia aparente de estos matrimo-

nios y su inscripción en el Registro Civil, se dictó la ya citada **Instrucción de 9 de Enero de 1995**, dirigida a impedir que algunos extranjeros obtengan la entrada en España o regularicen su estancia en ella por medio de matrimonio simulado con ciudadanos españoles.

Por otra parte, y para regular la actuación del Ministerio Fiscal en estos casos, la Fiscalía General del Estado dictó la **Circular 1/2002 sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería**, la que se tratará con más profundidad en los siguientes epígrafes.

Igualmente, a nivel europeo, se ha tenido en cuenta este problema, dictándose la **Resolución del Consejo de 4 Diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos**.

Conviene analizar el tipo de norma comunitaria ante la que nos encontramos, estudiando sus características de aplicabilidad en la diferentes Estados Miembros.

Se trata de un acto encuadrado dentro del poder de decisión del Consejo, el cual le es atribuido en virtud de **Artículo 202 del Tratado de la CE**, poder que se caracteriza como *poder legislativo*, influyendo para esta consideración la *Sentencia Simmenthal* que se refirió al poder legislativo de la Comunidad.

Sin embargo, el poder de decisión del Consejo, posee una segunda vertiente que es su *poder ejecutivo*.

En este punto, nos interesa la vertiente del poder legislativo, al tratarse de haber dictado una norma bajo la forma jurídica de **Resolución**.

Dicho tipo de norma comunitaria se incardina dentro de los **actos vinculantes atípicos**. Con ellos se alude generalmente a un número abierto de actos de naturaleza un tanto oscura y efectos jurídicos indeterminados cuya presencia en el orden jurídico comunitario es lo único indiscutible.

Se encuadran en este sector de los *actos atípicos* cuando no encuentran otro mejor acomodo con la única condición de que tengan origen institucional y se enmarquen en los ámbitos de competencia comunitaria, como es el supuesto de la Resolución del Consejo que venimos a analizar.

En definitiva, ha tenido lugar una proliferación de estos actos y su consideración como jurídicos con diversos grados de intensidad normativa, pero en todo caso vinculantes para los Estados Miembros tras su publicación en el DOCE.

Nos encontramos por tanto ante una norma que reúne las características de **aplicabilidad directa, efecto inmediato** y por supuesto **primacía sobre los derechos internos**, por lo que su contenido debe de ser aplicado en cada Estado Miembro.

La mencionada Resolución se dicta visto el **punto 3 del Artículo K.1 del Tratado de la Unión Europea**, que establece que: "*Para la realización de los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas, y sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, los Estados miembros consideran de interés común los ámbitos siguientes: ...3) La política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros Estados acerca de: a) las condiciones de acceso al territorio de los Estados miembros y de circulación por el mismo de los nacionales de terceros Estados; b) las condiciones de estancia de los nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros, incluidos el acceso al empleo y la reagrupación familiar; c) la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregulares de nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros.*"

Pues bien, teniendo competencia en virtud del citado precepto, y no olvidando los Artículos 8 y 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que reconocen respectivamente el respeto a la vida familiar y el derecho a casarse y a fundar una familia, en la mencionada Resolución se insta a los países miembros de la Unión Europea a adoptar o seguir adoptando medidas para luchar contra el fenómeno de los matrimonios de conveniencia y se afirma que la intención de la norma no es introducir controles para todos los matrimonios con nacionales de terceros países, sino sólo cuando existan *presunciones fundadas de su intención de fraude*.

Define el matrimonio fraudulento en su Artículo 1º como "*...el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país que resida igualmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y la residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso*

*de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro.*"

Por otra parte, sin establecer la forma u obligar a que cada Estado miembro regule el control de los matrimonios fraudulentos de una manera determinada, sí que establece los factores indiciarios de la concurrencia de un matrimonio blanco, así como los efectos a adoptar por el Estado Miembro que se encuentre con un matrimonio de los mencionados.

Los **factores** son:

- el no mantenimiento de 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, 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 (a excepción de las cantidades entregadas en concepto de dote, en el caso de nacionales de terceros países en los cuales la aportación de una dote sea práctica normal).
- el hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios fraudulentos anteriores o irregularidades en materia de residencia.

Según la Resolución analizada, los factores referenciados pueden **desprenderse** de:

- declaraciones de los interesados o de terceras personas.
- informaciones que procedan de documentos escritos.
- datos obtenidos durante la investigación.

En cuanto a las **consecuencias** de dicho control, establece en sus siguientes preceptos que, de existir factores de los mencionados, que hagan presuponer la posible existencia de un matrimonio fraudulento, las autoridades competentes según el derecho nacional deberán hacer actos de investigación para comprobar que el matrimonio no es un matrimonio de complacencia y que se cumplen los demás requisitos de entrada y residencia, para lo cual se podrá llevar a cabo una entrevista por separado con cada uno de los cónyuges.

De resultar que el matrimonio es fraudulento, la Resolución europea en su Artículo 4º obliga a los Estados miembros a retirar, revocar o no renovar el permiso de residencia por causa de matrimonio del nacional del país tercero, el cual tendrá la posibilidad de oponerse a tal decisión, con arreglo a los medios jurídicos que existan en el Derecho Nacional del país en que se encuentre.

Como consecuencia de las características de la Resolución del Consejo dentro del Derecho Comunitario, analizadas al comienzo de este subepígrafe, la sanción de retirada o no renovación del permiso de residencia concedido en base al matrimonio fraudulento, debe de ser llevada a cabo por las Autoridades competentes de los respectivos Estados Miembros, en España en concreto por la Delegación del Gobierno.

#### **a) Matrimonios entre españoles y extranjeros celebrados en España.**

##### a.1.- Instrucción de la DGRN de 9 de Enero de 1995.

La referenciada **Instrucción de 9 de Enero de 1995 de la DGRN**, trata de evitar que los matrimonios fraudulentos lleguen a celebrarse en territorio español, recordando la importancia que en el **expediente previo a la celebración del matrimonio** tiene el trámite de la **audiencia personal, reservada y por separado, de cada contrayente** (art. 246 RRC) como medio para apreciar cualquier obstáculo o impedimento para el enlace (arts. 56.1 CC, 245 y 247 del RRC), entre ellos, la ausencia de consentimiento matrimonial.

La referenciada Instrucción centra el control en el expediente previo al matrimonio que, en tales casos, plantea algunas dificultades prácticas debiéndose de extremar las garantías, formales y materiales, para que el Encargado llegue a la convicción de que los interesados intentan realmente fundar una familia y que su propósito no es simplemente, en claro fraude de ley, el de beneficiarse de las consecuencias legales de la institución matrimonial sobre la base de un matrimonio en el cual no ha habido verdadero consentimiento matrimonial y que es, en rigor, nulo por simulación.

Aunque los casos más graves de nulidad podrán ser corregidos a *posteriori* por medio de la acción de nulidad que puede ser ejercitada por el Ministerio Fiscal, tal y como disponen los **Arts. 73.1 y 74 del CC**, es indudable que a *priori* es conveniente adoptar las cauteles oportunas para evitar la celebración de

matrimonios nulos que, entre tanto no se pronuncie la nulidad, disfrutarán de las ventajas derivadas de la apariencia matrimonial.

Ahora bien, la cuestión surge de cómo constatar "a priori" esta ausencia de consentimiento, puesto que, como ocurre normalmente en todas las hipótesis de simulación, es muy raro que existan pruebas directas de la voluntad simulada, de modo que descubrir la verdadera voluntad encubierta de las partes es una tarea difícil en la cual juega un importante papel la prueba de la **presunción judicial**, para cuyo éxito, tal y como exige el antiguo **Artículo 1253 CC**, ahora contenido el **Art. 386 de la LEC** es necesaria la existencia de un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre el hecho demostrado y aquel del que se trate de deducir.

A esta dificultad hay que añadirle la existencia de una **presunción general de buena fe** y que el **ius nubendi** es un **derecho fundamental de la persona**, reconocido internacional y constitucionalmente- como ya ha sido analizado en al Capítulo 4 del presente trabajo-, de modo que la convicción de la simulación y del consiguiente fraude ha de llegar a formarse en un grado de certeza moral en el juicio de quien debe decidir sobre la nulidad del matrimonio discutido. Ahora bien, si bien el "ius nubendi" como derecho fundamental, no tolera limitaciones infundadas, basadas en hechos que por sí no son determinantes para llegar a la convicción de que no existe intención de contraer matrimonio, tal derecho no puede ser invocado, a la hora de recurrir ante la DGRN una resolución judicial denegatoria de autorización para la celebración del matrimonio, cuando existen, no sólo meros indicios, sino datos y hechos, por otra parte ciertamente objetivos, que pueden hacer creer que no hay tal voluntad efectiva, debiendo las autoridades competentes, como ya puso de relieve la **Instrucción de la DGRN de 9 de Enero de 1995**, "*cerciorarse, sin mengua de la presunción general de buena fe, de la veracidad del consentimiento dentro de las posibilidades que ofrece la regulación actual del expediente previo.*"

Así las cosas, la **Instrucción de 9 de Enero de 1995 de la DGRN** ha querido recordar el control, dando mayor publicidad a ciertas normas del RRC, refiriéndose a los siguientes puntos:

1.- Establece el **Artículo 238 RRC** "*Es competente para la instrucción del expediente previo a la celebración del matrimonio el Juez*

*encargado o de Paz, o el Encargado del Registro Civil Consular, correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes."*

2.- Dispone el Art. 2º de la Instrucción, repitiendo lo contenido en el **Art. 240 RRC** que es necesaria la ratificación de ambos contrayentes en el escrito inicial, sin embargo-**Art. 242 RRC**- el que no esté domiciliado en la demarcación del Registro Instructor deberá ratificarse por comparecencia ante otro Registro Civil español o por medio de poder especial.

3.- El **trámite fundamental** es la **audiencia previa reservada y por separado de ambos contrayentes**. El Reglamento del Registro Civil va señalando las distintas etapas del expediente y sus posibles incidencias. Así, en cuanto a las pruebas complementarias al escrito inicial -**Art. 241 RRC**-, publicación de edictos o trámite sustitutorio -**Art. 243 RRC**-, ampliación de pruebas propuestas o acordadas de oficio y dictamen médico, para el caso de que alguno de los contrayentes esté afectado por deficiencias o anomalías psíquicas -**Art. 245 RRC**-.

Aparte de los trámites mencionados, existe uno esencial del que **no debe prescindirse**, que es el contemplado por el **Art. 246 RRC**, **la audiencia que el instructor, asistido por el Secretario, debe realizar de cada contrayente, reservadamente y por separado**, para cerciorarse de la inexistencia de obstáculo legal alguno para la celebración del matrimonio. Esta audiencia debe servir para que el instructor se asegure del verdadero propósito de los contrayentes, y de la concurrencia en ambos de auténtico consentimiento matrimonial, llevando a cabo para ello un interrogatorio bien encauzado. De deducir el instructor de tal interrogatorio, la intención fraudulenta de las partes, debe denegar la celebración -**Art. 247 RRC**-.

4.- El Ministerio Fiscal debe, al igual que en el resto de los expedientes del Registro Civil, intervenir en el expediente previo a la celebración del matrimonio, atribuyéndole la legislación un papel activo en la defensa de la legalidad, por lo que puede y debe denunciar en su dictamen cualquier impedimento u obstáculo que le conste -**Arts 343, 344 y 247 RRC**-.

En su caso, el que deberá intervenir en lugar del MF, será el que haga sus funciones en el Registro Consular -**Art. 54 RRC**-.

5.- Al apartado 5º de la Instrucción se hará referencia en el siguiente subepígrafe.

6.- Por último, la DGRN, se preocupa por la problemática que presenta el matrimonio por poder, permitido y regulado por el Artículo 55 CC.

Señalar como de importancia, el hecho de que esta especialidad de matrimonio se refiere exclusivamente **al momento final de la celebración del matrimonio**, de modo que en lo demás, **el expediente previo ha de tramitarse según las reglas generales**, sin obviar por supuesto **la audiencia de ambos contrayentes, en especial la del contrayente poderdante**.

*a.2.- Intervención del Ministerio Fiscal: La Constitución Española, el Reglamento del Registro Civil y la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2002 sobre aspectos civiles, penales y contencioso administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería.*

Lo que falta por analizar, y que es de especial importancia, es la **intervención del Ministerio Fiscal** en la tramitación del expediente previo, así como en momentos posteriores a la celebración del matrimonio.

Para ello, citar las normas constitucionales que regulan sus funciones y la Circular 1/2002 de la Fiscalía General del Estado sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería:

1.- El **Artículo 124 de la CE** se refiere a la institución del Ministerio Fiscal, estableciendo que "1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. 2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad. 3. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. 4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial."

Destacar que el Ministerio Fiscal interviene en el expediente previo matrimonial, como consecuencia de lo dispuesto en el punto 1 del

precepto transcrito por serle encomendada la función de **promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la ley.**

2.- Normas del Reglamento del Registro Civil.

**Artículo 247 RRC** “El Ministerio Fiscal y los particulares a cuyo conocimiento llegue la pretensión del matrimonio están obligados a denunciar cualquier impedimento u obstáculo que les conste. Si el instructor conociese la existencia de obstáculo legal, denegará la celebración....”

Así, en virtud de este precepto, las actuaciones del expediente previo deben ser trasladadas al MF, el cual emitirá un informe acerca de su parecer.

3.- Dentro de la citada Circular 1/2001 de la Fiscalía General del Estado, que los Fiscales deben seguir conforme al principio de dependencia jerárquica establecido en el Artículo 124 de la CE, interesa el punto II, titulado “*Tratamiento en el ámbito civil de la inmigración ilegal: Actuación del MF ante los matrimonios simulados*”

En él se analiza la cuestión de los matrimonios de complacencia destacando ciertos puntos ya mencionados como:

- el interés comunitario en el tema.
- el hecho del reconocimiento internacional y constitucional del derecho del hombre y la mujer sean españoles o extranjeros a contraer matrimonio. Al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que el ejercicio de este derecho, pese a tratarse de un derecho personalísimo, está regulado por la Ley en lo referente a “*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*” –Art. 32 CE-. La autonomía de la voluntad en el ejercicio del ius connubii tiene por tanto determinados **límites legales** que condicionan su ejercicio.

- Uno de esos límites legales es la existencia de válido consentimiento matrimonial, exigido para todo negocio jurídico en el Artículo 1261.1º CC y en concreto para el matrimonio el Art. 45 CC, estableciendo el Art. 73.1º CC la nulidad del matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial.

- La dificultad de detectar el fraude en dichos matrimonios, debiendo casi siempre acudir al antiguo Artículo 1253 CC, ahora contenido en el Art. 386.1 LEC.

- Las posibles **implicaciones penales** de este tipo de conductas, en la medida en que la actuación de quienes conciertan estos matrimonios puede ser tipificada en ciertos casos como **un acto de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración ilegal**. En estos casos lo procedente será, una vez haya sido declarada la nulidad del matrimonio por simulación, solicitar la deducción del correspondiente testimonio del procedimiento civil y su remisión al Juzgado de Instrucción competente, al efecto de incoar las oportunas **diligencias penales**.

Por todo ello, la Circular interesa de los Fiscales que extremen su celo, cuando existan datos objetivos que permitan sospechar que se trata de un matrimonio simulado, para impedir la celebración de estos matrimonios de complacencia, lo que exigirá, por parte de los Fiscales a la hora de emitir su informe, un riguroso examen de la concurrencia de los requisitos esenciales para contraer matrimonio durante la tramitación del expediente en el Registro Civil; en particular, a través del trámite de la audiencia reservada y por separado de ambos cónyuges.

Asimismo cuando por cualquier medio se tenga conocimiento a posteriori de la celebración o existencia de uno de esos matrimonios simulados, los Fiscales deberán ejercitar la **acción de nulidad**, a fin de evitar que los efectos jurídicos que nuestro ordenamiento vincula a la celebración del matrimonio se apliquen igualmente a quienes no han tenido intención de contraerlo.

En resumen, el Ministerio Fiscal interviene:

1º.- En el expediente previo al matrimonio emitiendo un informe que deberá contener sus observaciones sobre el matrimonio y, en concreto, en su caso, los posibles impedimentos que considere concurren para su celebración.

2º.- Tras la celebración del matrimonio, de llegarle información acerca de su nulidad, ejercitando la acción de nulidad del Artículo 74 del CC.

3º.- En su caso, de concurrir implicaciones penales, incoando las correspondientes diligencias previas.

a.3.-Resumen y esquema del trámite del expediente previo matrimonial y ejemplo de audiencia previa.

El trámite del expediente previo al matrimonio queda regulado minuciosamente en la

Sección Primera (*De la celebración del matrimonio ante el Juez o funcionario que haga sus veces.*) del Capítulo II del Título V del RRC, que comprende los Arts. 238 hasta el 254.

Transcribir en este punto los preceptos 238 y 239 del RRC respecto de la competencia y efectos del auto dictado por la autoridad competente:

- **Artículo 238 RRC** “Es competente para la instrucción del expediente previo a la celebración del matrimonio el Juez Encargado o de Paz, o el Encargado del Registro Civil Consular, correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes.”

- **Artículo 239 RRC** “El Juez de Paz es competente, bajo la dirección del Encargado y por delegación de éste, para instruir el expediente previo al matrimonio y para autorizar o denegar su celebración. Firme el auto favorable dictado por el Juez de Paz y si los interesados hubiesen solicitado que el Alcalde autorice el matrimonio, se celebrará el casamiento ante él, quien levantará acta con todos los requisitos exigidos en el CC y en esta legislación y la remitirá inmediatamente al Registro de la localidad para su inscripción.”

Esquemáticamente, ya que ya han sido analizados todos los pasos, el expediente previo a la celebración del matrimonio se lleva a cabo de la siguiente manera:

1°.- Presentación del **escrito inicial** ante la autoridad competente conteniendo los datos y documentos exigidos por los Arts. 240 y 241 del RRC.

2°.- Ratificación de los contrayentes en el escrito inicial.

3°.- Publicación de edictos o proclamas si los contrayentes hubiesen residido en una población de menos de 25.000 habitantes durante los dos últimos años y, en caso contrario, audiencia de al menos un pariente, amigo o allegado de uno u otro contrayente, elegido por el instructor, y que deberá manifestar, so pena de falsedad, su convencimiento de que el matrimonio proyectado no incurre en prohibición legal alguna.

4°.- Simultáneamente se practicarán las pruebas pertinentes.

5°.- Celebración de la **audiencia previa, reservada y por separado de ambos contrayentes**, regulada en el **Art. 246 RRC** “El instructor, asistido del Secretario, oirá a ambos contrayentes reservadamente y por separado

para cerciorarse de la inexistencia de impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración. Contra el auto de aprobación o de denegación de la celebración del matrimonio cabe recurso en vía gubernativa, según las reglas establecidas para los expedientes en general (ante la DGRN)”.

6°.- Traslado del expediente al MF y emisión de informe por éste.

7°.- Celebración del matrimonio.

Pasamos a transcribir un **ejemplo de audiencia previa**, por considerarlo ilustrativo, ya que al habernos estado refiriendo a la misma teóricamente, es conveniente analizar la misma en cuanto a su adecuación y efectividad desde el punto de vista práctico.

La audiencia previa que se va a transcribir tuvo lugar en el seno de la tramitación del expediente previo matrimonial entre un nacional español y una nacional china, llevado a cabo en el Registro Civil Consular de España en Pekín. En este caso, se denegó la inscripción del matrimonio ya celebrado en forma china, y las partes recurrieron ante la DGRN, resolviendo ésta desestimar el recurso.

#### Entrevista separada a la mujer.

Pregunta: ¿Habla español?

Contesta en Chino. Por consiguiente se llama a un intérprete.

Pregunta: ¿Cómo conoció al Señor Peláez?

Respuesta: A través de mi hermana que trabaja en España.

Pregunta: ¿Cómo se lo presentó?

Respuesta: Mi hermana sabía que no está casado y como yo estoy divorciada y veía que él era una buena persona, decidí presentárselo. Me lo presentó por teléfono y por carta hace unos dos años.

Pregunta: ¿Cuándo se conocieron personalmente?

Respuesta: Hace aproximadamente un mes. El 17 de febrero.

Pregunta: ¿Qué día se casaron?

Respuesta: El 24 de febrero.

Pregunta: ¿Cómo se relacionaron si no habla español?

Respuesta: Nos comunicamos a través de mi hermana.

Pregunta: ¿Qué familia tiene el Sr. Peláez?

Respuesta: Está divorciado, tiene hijos y nietos.

Pregunta: ¿Cuántos hijos?

Respuesta: Dos o tres, no lo sé porque hace tiempo que están separados.

Pregunta: ¿Viven en la misma localidad?

Respuesta: Sí, todos viven en la misma.

Pregunta: ¿El restaurante en España es propiedad del Sr. Peláez?

Respuesta: Es suyo. Lo dirigen él y mi hermana.

Pregunta: ¿Cómo se llama el restaurante?

Respuesta: No me acuerdo.

Pregunta: ¿ Tiene hermanos u otros familiares el Sr. Peláez?

Respuesta: No lo sé.

La entrevista continúa en la misma línea y posteriormente tiene lugar la audiencia previa del Sr. Peláez, en la que se le hacen básicamente las mismas preguntas.

En este caso, los solicitantes incurrieron en errores, lo cual, añadiendo el hecho de que no hablaban ningún idioma común, trajo la consecuencia de la denegación de la inscripción.

Sin embargo, como puede claramente apreciarse a través de la pequeña parte de la entrevista que se ha transcrito, el control preliminar es absolutamente escaso e insuficiente. Mediante el mismo no se puede verdaderamente llegar a una convicción sobre si se trata o no de un matrimonio de conveniencia, fundamentalmente por dos razones:

a) Las preguntas que se realizan son fácilmente previsibles y por tanto susceptibles de preparación por parte de los solicitantes. Ello implica que se depende exclusivamente de la suerte de que incurran en alguna discrepancia al contestar, o de que se trate de un supuesto evidente.

b) Por otra parte, se basa la decisión sobre si se trata o no de un verdadero matrimonio en una audiencia previa en la que las partes deben de responder a cuestiones cuyo conocimiento no implica que exista o no amor entre ellos, o la simple intención de convivir. Se está por tanto restringiendo en muchos casos el derecho al matrimonio únicamente en base al conocimiento de ciertas cuestiones principalmente del pasado de los futuros contrayentes, en su caso, lo cual no constituye un verdadero y efectivo control, sino una manera de limitar los matrimonios entre españoles y extranjeros por desconocimiento de parte de sus vidas. Podríamos llegar a decir, extralimitándonos un poco en la interpretación, que se trata de un acto inconstitucional e incluso discriminatorio.

Al no ser el medio de control utilizado el adecuado, desde mi punto de vista, lo que debería promoverse por parte de las diferentes Instituciones implicadas en la cuestión es un

**proceso de información a los contrayentes** de las consecuencias jurídicas del matrimonio, ya que muchos españoles acceden a la celebración de auténticos matrimonios de conveniencia por recibir una cierta cantidad de dinero, sin saber que, de no pactarse otro régimen económico matrimonial, el que rige en virtud del Artículo 1315 del CC es el de sociedad de gananciales, como bien es sabido, haciendo por tanto suyos el/la extranjera a partir de la celebración del matrimonio la mitad de los bienes del español.

#### a.4.- Supuesto especial.

Procede en este punto final, como curiosidad al igual que como otro supuesto de hecho de posible concurrencia, el análisis de un supuesto especial, analizado- entre otras- por la **Resolución de 3 de Diciembre de 1993 de la DGRN consistente en la autorización de matrimonio entre español y extranjera a quien por expediente administrativo se ha prohibido la entrada en España por un período de tres años.** Esta última circunstancia fue descubierta en el Expediente previo. La Resolución mencionada soluciona la cuestión autorizando la celebración del matrimonio con ciertas limitaciones y sobre la base de que el derecho fundamental a contraer matrimonio se encuentra por encima de las normas administrativas. Así, establece lo siguiente en la Resolución: "*Para resolver esta cuestión, hay que partir de la base de que el derecho a contraer matrimonio es un derecho fundamental de las personas reconocido en el Art. 32 de la CE y por los Convenios internacionales que ligan a España. Por esto el "ius nubendi" sólo está supeditado a los obstáculos de orden civil establecidos por el Código pero no puede quedar coartado por normas administrativas de otro carácter, 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.*"

*La especial situación del contrayente extranjero puede llevar consigo ciertas modalidades en la autorización del matrimonio, pero no han de impedir su celebración....."*

#### **b) Matrimonios entre españoles y extranjeros celebrados en el extranjero.**

I.- Inscripción de matrimonios entre españoles y extranjeros celebrados fuera de España según la forma establecida por la ley del lugar de celebración.

Análogas medidas a las que se acaban de exponer en el punto anterior, deben adoptarse

cuando se trata de inscribir en el Registro Consular o Central un matrimonio ya celebrado en forma extranjera permitida por la *lex loci*.

El encargado, en virtud del mencionado **Art. 65 CC**, debe comprobar si concurren los requisitos legales-sin excepción alguna- para la celebración del matrimonio, y esta comprobación, si el matrimonio consta por "certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración" (art. 256.3 RRC) requiere que por medio de ese documento y de las "declaraciones complementarias oportunas" se llegue a la convicción de que no hay dudas de la realidad de hecho y de su legalidad conforme a la ley española.

Así lo señala el Artículo 256 del RRC, al disponer que "A salvo lo dispuesto en el artículo 63 del Código Civil y en los artículos 239, 252 y 255 de este Reglamento, se inscribirán, siempre que no haya dudas de la realidad del hecho, siguiendo el mismo criterio que, para permitir otras inscripciones y de su legalidad conforme a la Ley española, los matrimonios que consten por cualquiera de los documentos siguientes:...3º Certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración", siguiendo el mismo criterio que, para permitir otras inscripciones sin expediente y en virtud de certificación de un Registro extranjero, establecen los artículos 23, II, de la Ley y 85 RRC.

Para formarse esta convicción, y por establecer una analogía, según se deduce de numerosas Resoluciones de la DGRN- por ejemplo, las Resoluciones de 23 de octubre de 1996, de 30 de mayo de 1995 sobre inscripción de matrimonio celebrado en China entre español y nacional china, de 8 de enero de 1996 sobre inscripción de matrimonio civil celebrado en el extranjero, de 11 de diciembre de 1996, etc...- el Cónsul de España en el extranjero hace las funciones del Juez Encargado del Registro Civil, y el Canciller del Consulado, las de Ministerio Fiscal.

El procedimiento que se sigue es básicamente el siguiente:

1º.- Presentación de solicitud por el español interesado de la inscripción del matrimonio ya celebrado en el Registro Consular competente.

2º.- Práctica por el Cónsul de la audiencia reservada respecto de los dos cónyuges.

3º.- Informe del Canciller.

4º.- Resolución del Cónsul, autorizando o denegando la inscripción.

#### II.- Expedición de certificado de capacidad matrimonial.

Existen legislaciones extranjeras que exigen, para la celebración del matrimonio según su forma prevista, la presentación de un certificado de capacidad matrimonial por los contrayentes. Ello impone al español la necesidad de solicitar tal documento ante el Consulado correspondiente.

A esta cuestión hace referencia la **Instrucción de la DGRN de 5 de Enero de 1995 en su punto quinto**, en el que establece que la expedición del certificado de capacidad matrimonial sólo es necesaria cuando los contrayentes hayan manifestado su intención de contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida en la ley del lugar de celebración y esta Ley exija la presentación de tal certificación (**Art. 225 RRC** y el Convenio nº 20 internacional del estado civil de 5 de Septiembre de 1980).

La expedición del certificado debe ir precedida de una **instrucción del expediente matrimonial seguido según las normas generales del mismo- Art. 252 RRC-**, y ha de concluir con un **Auto firme favorable**.

La especialidad de este expediente radica en que, en este caso, no concluye con la autorización del matrimonio por funcionario español, sino con la entrega a los interesados del certificado de capacidad matrimonial, válido por seis meses, extendido en el sistema plurilingüe aprobado por la **Orden de 26 de Mayo de 1988**, faltando, por tanto para que el matrimonio tenga efectos civiles en España que se proceda a su inscripción según el procedimiento normal regulado en el CC, la LRC y el RRC.

Como ejemplo, citar la **Resolución de la DGRN de 8 de Febrero de 1997**, en la que se resuelve el recurso interpuesto por las partes contra la resolución dictada por el Cónsul General de España en Agadir en el expediente previo para la celebración de un Matrimonio civil, negando la expedición de certificado matrimonial tras la celebración de la correspondiente audiencia previa, por considerar que no existe por parte de ninguno auténtico consentimiento matrimonial.

La DGRN, en este caso, desestimó el recurso y confirmó el auto apelado por considerar que no existía vulneración del *ius nubendi* al

existir no sólo indicios, sino datos y hechos de que no hay voluntad efectiva.

**c) Posibles actuaciones posteriores a la celebración del matrimonio fraudulento.**

Por último, únicamente mencionar que una vez celebrado un matrimonio entre español y extranjero tras haber conseguido pasar los trámites de control para ello establecido, si con posterioridad se llega al conocimiento de que se trata de un matrimonio de conveniencia, esto es, nulo de pleno derecho en nuestro ordenamiento, sólo cabe el ejercicio de la **acción de nulidad del mismo**, pero habrá de probarse la simulación existente y por tanto la falta de consentimiento matrimonial.

Todo ello, en virtud de los **Artículos 73 y 74 del CC**, que disponen al respecto:

- **Art. 73 CC** "Es nulo, cualquiera que sea su forma de celebración: 1º. El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial. 4º. El celebrado por error en la identidad de la persona del contrayente o en aquellas cualidades que, por su entidad, hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento. 5º. El contraído por coacción o miedo grave."

- **Art. 74 CC** "La acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés legítimo y directo en ella, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes."

Por lo tanto, la única posibilidad de corregir el fraude producido por un matrimonio de conveniencia celebrado es mediante la acción de nulidad ejercida por el **Ministerio Fiscal**, a quien con carácter general le corresponde tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público, en los procesos relativos al estado civil (**Art. 3.6 EOMF**).

**7.- ESTADÍSTICA DE MATRIMONIOS ENTRE ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS TRAMITADOS ANTE EL REGISTRO CIVIL DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA**

Tras haberme sido concedida por la Jueza Encargada del Registro Civil de Las Palmas de Gran Canaria autorización para el examen de los libros en que se hallan inscritos los matrimonios civiles celebrados en este municipio, procedo al examen de los mismos, llegando a las conclusiones estadísticas que posteriormente pasaré a especificar.

Antes de ello, conviene recalcar que la estadística que se va a exponer está referida

exclusivamente a los matrimonios entre españoles y extranjeros:

1.- Realmente celebrados, y que por tanto que han sido autorizados tras los trámites ya analizados, quedando aparte todas las posibles solicitudes de matrimonio cuya autorización haya sido denegada. Información a la que no se me permitió acceder.

2.- Los celebrados en forma civil, quedando en consecuencia excluidos todos aquéllos celebrados en forma religiosa, cuando es ésta la más utilizada para los matrimonios de conveniencia.

3.- El ámbito territorial se encuentra limitado al municipio de Las Palmas de Gran Canaria.

Dicho esto, explicar que se han examinado los matrimonios inscritos en el Registro Civil de Las Palmas de Gran Canaria desde noviembre de 2001 hasta enero de 2003.

En dichas fechas, existen 508 matrimonios inscritos, de los cuales 66 son matrimonios entre españoles y extranjeros, 6 entre ciudadanos comunitarios y extranjeros, 8 entre dos extranjeros y el resto entre españoles o españoles y ciudadanos comunitarios.

El porcentaje de matrimonios entre extranjeros y españoles o demás ciudadanos comunitarios asciende por tanto al 14'17%

En este Capítulo, únicamente me interesaba resaltar a través de la estadística real, la **relevancia social** del tema, y el alto número de matrimonios entre españoles y extranjeros, que, pese al "control previo", llegan a celebrarse.

Finalmente, bajo los matrimonios entre españoles y extranjeros celebrados, pueden enmascarse matrimonios de conveniencia, que, al no haber "control posterior", continuaran siendo válidos y disfrutando de los beneficios que los mismos conllevan.

**8.- SANCIONES CONSECUENCIA DE LOS MATRIMONIOS FRAUDULENTOS SEGÚN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

En sede de este Capítulo se analizarán las consecuencias jurídicas que se derivan de la celebración de un matrimonio de conveniencia.

Esto es, las sanciones previstas por el ordenamiento jurídico para los supuestos en que

se llegue a celebrar el matrimonio, descubriéndose y declarándose judicialmente con posterioridad la nulidad del mismo por constituir uno de los llamados matrimonios blancos o de conveniencia incardinados dentro de la figura del **fraude de ley**.

Las sanciones a que nos referimos deben de dividirse en dos grandes grupos: **las administrativas** y **las penales**, estas últimas dirigidas básicamente a los extranjeros.

Pasamos a su análisis:

a) Sanciones administrativas:

En nuestros textos legales, concretamente la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la LO 8/2000, y el Real Decreto 864/2001, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley recién referida, no se contempla expresamente sanción administrativa alguna para la conducta de los extranjeros que celebran en fraude matrimonios de conveniencia, por lo que puede parecer que el extranjero cuyo matrimonio es declarado nulo por constituir un fraude, queda libre de toda posible expulsión u otra medida a adoptar por las autoridades competentes en la materia.

Sin embargo, se deben tener en cuenta dos cuestiones de gran relevancia:

a.1.- Interpretando a *sensu contrario* el **Artículo 79 CC**, regulador del por la doctrina denominado matrimonio putativo, según el que tras la nulidad del matrimonio quedan a salvo los efectos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe, el resto de los efectos deben considerarse igualmente nulos, como si no hubiesen acaecido, en base a la teoría general de la nulidad incardinada en el ámbito de los contratos.

Pues bien, dentro de estos últimos efectos se encuentra, entre otros, la **concesión al extranjero/a del correspondiente permiso de residencia por ser cónyuge de ciudadano español**.

Esta podría constituir una vía, para que, incluso en al ámbito civil, en la propia Sentencia que declare la nulidad del matrimonio, se determine la retirada o revocación del permiso otorgado.

a.2.- Por otra parte, volver a la ya estudiada **Resolución del Consejo de 4 Diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adop-**

**tarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos.**

La norma mencionada, como ya se ha dicho, es de aplicación directa en todos los Estados miembro, y establece que los países miembros de la Unión Europea deben de adoptar medidas para luchar contra el fenómeno de los matrimonios de conveniencia, y en concreto, respecto de las sanciones, en su **Artículo 4 dispone que de resultar que el matrimonio es fraudulento, los Estados miembros quedan obligados a retirar, revocar o no renovar el permiso de residencia por causa de matrimonio** del nacional del país tercero, el cual tendrá la posibilidad de oponerse a tal decisión, con arreglo a los medios jurídicos que existan en el Derecho Nacional del país en que se encuentre.

Esta es por tanto la sanción administrativa que automáticamente ha de imponerse en el caso de detectarse de un matrimonio fraudulento, ya que, como se ha dicho, la Resolución que la contempla forma parte de las normas europeas directamente aplicables en los Estados Miembros.

b) Sanciones penales.

Las sanciones penales a las que nos vamos a referir, son aquéllas que procederían en el supuesto de descubrirse la existencia de un matrimonio de conveniencia, siendo declarada su nulidad en Sentencia Civil.

La actuación fraudulenta de los contrayentes de matrimonios de conveniencia, se incardina en el marco del Derecho Penal en un **delito de falsedad de documento público**, previsto en el **artículo 392 del Código Penal**, el cual posee un enunciado incompleto, haciendo una remisión en cuanto a la modalidad de la acción al **Artículo 390 del mencionado texto legal**.

Analizaremos en primer lugar la acción de los particulares contrayentes, que se subsume en el tipo penal mencionado, y posteriormente el propio tipo penal:

a) En virtud del ya enunciado **Artículo 73 de la Ley del Registro Civil**, los contrayentes firman el acta de celebración del matrimonio extendida por el funcionario autorizante del mismo, que será la que posteriormente se inscriba en el Registro Civil.

Firman por tanto un documento público, cuya definición será seguidamente estudiada, con plena conciencia de su falsedad, ya que

su voluntad no es la de celebrar un matrimonio con el contenido obligacional regulado en el Código Civil.

La firma del acta, conociendo el hecho de que están simulando un documento público al no haber celebrado un matrimonio válido, constituye la conducta descrita en el tipo de falsificación de documento público.

Sin embargo, es de interés recalcar que una de sus finalidades es que dicho documento que falsifican produzca efectos en el tráfico jurídico, siéndole otorgado al extranjero el permiso de trabajo y residencia por reagrupación familiar.

b) En cuanto al tipo delictivo, dejar enunciados los preceptos del Código Penal que pasamos a analizar:

- **Artículo 390.1 CP** "Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad: 1º. Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial. 2º. Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. 3º. Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho. 4º. Faltando a la verdad en la narración de los hechos."

- **Art. 392 CP** "El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses."

En lo que respecta al sujeto, el activo puede ser cualquier particular o funcionario que no actúe en el ejercicio de su cargo. El sujeto pasivo puede serlo cualquiera, aunque normalmente no es preciso que lo haya, puesto que basta con que se atente contra la fe pública aunque no haya perjuicio para ninguna persona física o jurídica.

En cuanto al objeto material, debe serlo un documento, entendiendo por tal toda representación gráfica del pensamiento, por escrito y en papel, con fines de preconstitución probatoria y destinada a surtir efectos en el tráfico jurídico.

En el caso que nos ocupa, se trata de una falsedad en documento público, el cual se define como todos los que respondan a la definición contenida en el **Artículo 1216 del Código Civil** "Son documentos públicos los empleados por el notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley", o que puedan encuadrarse en la enumeración del **Artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil** "Clases de documentos públicos. A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos: 1º. Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los secretarios judiciales. 2º. Los autorizados por notario con arreglo a este Derecho. 3º. Los intervenidos por corredores de comercio Colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a Derecho. 4º. Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales. 5º. Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones. 6º. Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones Públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades."

El objeto jurídico es la fe pública, esto es, la confianza y credibilidad que el entorno social siente respecto a ciertos signos de los que emana autenticidad y fiabilidad en su certeza y veracidad; su dinámica comisiva entraña inveracidad, alteración de la verdad, capaz de engendrar engaño o error, recayente sobre extremos esenciales de su texto y que se perpetre de cualquiera de los modos contemplados en el art. 390.1 del Código Penal.

El tipo subjetivo lo encarna el **dolo falsario**, que no es más que la conciencia absoluta de la falta de verdad, en el conocimiento por el sujeto activo de que con la conducta que realiza altera la verdad genuina.

En resumen, y refiriéndonos a la **SAP de Jaén de 20 de febrero de 1998**, la falsedad documental se exterioriza por medio de dos requisitos subjetivo y objetivo. De un lado la voluntad de alterar la verdad por medio de una acción que a conciencia y con voluntad quiere trastocar la realidad, convirtiendo en verdad aparente lo que no es, por medio de cuyo acto se ataca y se destruye la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de

los documentos. Es la denominada *mutatio veritatis*.

De otro lado, la materialización concreta de esa verdad alterada, entendiéndose no obstante que debe rechazarse la imputación cuando la supuesta falsedad no guarda entidad suficiente para perturbar el tráfico jurídico ni idoneidad para alterar la legitimidad y la veracidad del documento, debiendo recaer por tanto, sobre extremos esenciales o trascendentales.

Así pues se precisa la concurrencia de un dolo falsario para justificar la comisión del delito en cuestión, aparte la alteración de un requisito esencial plasmado en el documento.

En relación a la consumación de este tipo delictual, La consumación del delito de falsificación de documento público no requiere la producción de un daño a tercero, ni el ánimo de causárselo.

Basta con la inveracidad, recayente sobre extremos trascendentes perpetrada en alguno de los modos previstos por el Código Penal.

También se requiere su potencial destino al tráfico.

Por último, hacer referencia a la nulidad jurídica de los documentos declarados falsos. La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1981 expresó que los Tribunales de lo criminal tienen la obligación ineludible, con el fin de restablecer el orden jurídico ilícitamente alterado, de declarar la nulidad de todos aquellos negocios o contratos de disposición respecto a los cuales hayan hecho previo pronunciamiento de falsedad, lo mismo que de las inscripciones que en los correspondientes Registros hubiesen producido. Ello a menos que los mencionados documentos afectasen a otorgantes de buena fe cuyos derechos quedasen menoscabados por la mencionada declaración, pues sería un contrasentido tachar de penalmente ilícitos por falsos determinados documentos públicos y, sin embargo, no hacer pronunciamiento alguno sobre su nulidad y la de las inscripciones que hayan causado.

## 9.- CONCLUSIONES

Las conclusiones girarán en torno a los siguientes puntos:

a) Posibilidad de existencia de matrimonios de conveniencia también entre dos españoles.

b) El hecho de que la mayor importancia del derecho constitucional al matrimonio lleva, para su no vulneración, a la existencia de numerosos matrimonios de conveniencia.

c) Escaso control de este tipo de matrimonios, pese a todas las normas específicas que con dicha finalidad han dictado los distintos órganos implicados en la cuestión y la necesidad de otras pruebas, así como su dificultad para conseguirlas.

En relación con el primer punto, nos parece importante, pese a que deba ser obvio, destacar el hecho de que no sólo los extranjeros contraen matrimonios de conveniencia, ya que todas las normas estudiadas sobre los requisitos matrimoniales son evidentemente aplicables a los españoles. Sin embargo, cuando oímos hablar de *matrimonios de conveniencia*, de forma automática vienen a nuestra mente los extranjeros y con esta conclusión, nuestra intención es hacer ver que no les son *exclusivos*. Como prueba de ello, cabe citar la **Resolución de la DGRN de 29 de Septiembre, sobre autorización de matrimonio**, en la que éste órgano, resolviendo sobre el recurso de apelación contra el auto denegatorio de la autorización matrimonial del Juez Encargado del Registro Civil de Madrid, que tramitó el expediente previo al matrimonio, decide desestimar el recurso y confirmar el Auto apelado, en virtud de las siguientes razones:

- Un matrimonio en el que la verdadera intención de las partes no sea la de fundar una familia, sino la de obtener una de ellas un **beneficio patrimonial**, ha de ser reputado nulo en nuestro Derecho por falta de consentimiento matrimonial.

- La cuestión surge acerca de cómo constatar esta ausencia de consentimiento matrimonial, puesto que es muy raro que existan pruebas directas, como ocurre en casi todos los supuestos de simulación, de modo que descubrir la verdadera voluntad encubierta de las partes es una tarea difícil en la cual juega un importante papel la prueba de la presunción judicial para cuyo éxito es indispensable que entre el hecho probado y el presunto exista un enlace directo y preciso según las leyes del criterio humano ( Art. 386.1 LEC). Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que existe una presunción general de buena fe y que el *ius nubendi* es un derecho fundamental de la persona, reconocido a nivel internacional y constitucional, de modo que la convicción de la simulación ha de llegar a formarse en un grado de certeza moral en el

juicio de quien debe decidir sobre la nulidad del matrimonio discutido.

- En este caso particular son datos comprobados o resultantes del trámite de la audiencia: que él tiene ochenta años de edad y desconoce los apellidos de ella, y que ella, es su asistente, más joven y por este motivo "quiere que le quede el piso". De estos hechos objetivos, es una deducción razonable y en modo alguno arbitraria entender que el **matrimonio es nulo por simulación**.

Respecto de la segunda cuestión, consideramos que ha quedado suficientemente explicado en la segunda razón de la Resolución recién analizada, así que, para no reiterarnos, decir simplemente que esa argumentación, llegando sin embargo a la conclusión contraria, está contenida en numerosas Resoluciones de la DGRN, que termina por estimar los recursos presentados en base a que no existe una convicción suficiente como para limitar el derecho constitucional a contraer matrimonio.

Consideramos, tras el estudio de los trámites para la autorización de los matrimonios, que existe un control excesivamente limitado para averiguar si verdaderamente se trata de matrimonios simulados, ya que todas las pruebas para resolver sobre ello se limitan a la audiencia reservada de los interesados contemplada en los trámites del expediente previo matrimonial, donde los interesados mientan y preparan sus declaraciones, ya que las preguntas son por otra parte demasiado comunes y previsibles: cómo se conocieron, trabajo de su futuro esposo/a, nombre y apellidos.....

Si bien es verdad que de forma previa a la celebración del matrimonio es extremadamente dificultoso, si no imposible, conseguir otras pruebas.

Con posterioridad a su celebración no existe ningún control previsto y su establecimiento acarrearía importantes problemas legales y constitucionales; aunque existe la acción de nulidad, que puede ejercitarse en cualquier tiempo después de celebrado el matrimonio; lo que, al menos formalmente, puede combatir los posibles fraudes.

## 10.- BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Numerosas Resoluciones de la DGRN.
- 2.- Alonso Pérez, A., "Régimen jurídico del extranjero en España".
- 3.- Arder Biosca, S., "Forma del Matrimonio y Derecho Internacional Privado".
- 4.- Temas 17,13, y 70 del Programa oficial para acceso al Cuerpo de Abogados del Estado.
- 5.- Castán Tibeñas, C., "Derecho Civil Español Común y Foral" Tomo V Derecho de Familia.
- 6.- Lasarte Álvarez, C., "Derecho Civil" Tomo I Parte General.
- 7.- Artículo sobre globalización e inmigración publicado en la Revista "La Ley", Año XXII. Números 5334 y 5334 y redactado por Lorenzo J. Del Río Fernández, Magistrado Presidente de la Audiencia Provincial de Cádiz.
- 8.- Anuario de Migraciones 2000 del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- 9.- Mangas Martín, A.; Linan Noguerras, D., "Instituciones y Derecho de la Unión Europea".
- 10.- Conde-Pumpido Ferreriro, C. "Código Penal; Doctrina y Jurisprudencia."

