

LEY APLICABLE A LOS PROCEDIMIENTOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO EN ESPAÑA

Elena López Barba
Universidad de Huelva

Abstract: Given that EU Regulation nº1259/2010 provides solutions for external conflict situations that arise from the determination of the applicable law to separation or divorce when a foreign element takes part, and given the relevance of the autonomy of the will, this article questions whether in cases of marital crisis in couples formed by Spanish members residing in Spain a conflict of internal laws could be considered and, if so, what legal landscape would it involve. Those circumstances are discussed in the light of the legislative changes of 2015, particularly in issues related to legal separation and divorce.

Keywords: Applicable law to marriage crisis in Spain; marriage annulment; legal separation; divorce; divorce by notary; EU Regulation nº1259/2010.

Resumen: Conocida las soluciones que el Reglamento UE nº 1259/2010 ofrece a las situaciones de conflicto externo de Leyes, surgidos a propósito de la determinación de la Ley aplicable a la separación o el divorcio, cuando concurre un elemento extranjero, y visto el protagonismo otorgado a la autonomía de la voluntad, nos surge la duda de si en los casos de crisis matrimonial en parejas de españoles con residencia en España se podría detectar un conflicto de leyes interno y, en su caso, el panorama jurídico que se plantearía. Circunstancias que se analizan a la luz de las modificaciones legislativas acontecidas en el año 2015, especialmente en materia de separación y divorcio legal.

Palabras clave: Ley aplicable a la crisis matrimonial en España; Nulidad matrimonial; separación legal; divorcio; divorcio notarial; Reglamento UE nº 1259/2010.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Una rápida radiografía de la población española en atención a la materia.- 3. Régimen jurídico aplicable a la nulidad ma-

trimonial.- 4. Régimen jurídico aplicable a la separación y al divorcio legal.- 5. Principales modificaciones tras las reformas del año 2015.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo busca analizar las cuestiones relativas a la Ley aplicable a la nulidad, la separación y el divorcio en los casos en los que el proceso se inicia en España. *A priori* cabría plantearse si existe una eventual pluralidad de ordenamientos jurídicos a la luz de las particularidades que puedan encontrarse en orden a la vecindad civil de los cónyuges, su nacionalidad, o el carácter originario o derivativo de la misma. Esta cuestión no solo afectaría a los supuestos en los que exista un cónyuge, o ambos de nacionalidad extranjera, sino que también podría plantear algunas incertidumbres, incluso, cuando el matrimonio estuviera constituido por dos nacionales españoles. Los supuestos de conflictos de leyes externas, en aplicación del Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo¹, han sido ampliamente tratados por los especialistas del Derecho Internacional Privado, estudios a los que nos remitimos², lo que corresponde ahora es descartar, o no, la existencia de estos mismos conflictos en el orden interno y caso de probar su existencia, plantear qué posibles soluciones podrían aplicarse.

Es también preciso aclarar, que la cuestión objeto de estudio se refiere a la ley aplicable a los supuestos de crisis matrimonial, circunstancia diversa a la determinación de la ley aplicable a cualquiera de las consecuencias que se derivan de la declaración de nulidad, separación o divorcio³: relación con los hijos, adjudicación y uso de la vivienda familiar, liquidación del régimen económico, derecho de alimentos...

La premisa de la que partimos, es la idea general de que en materia de régimen jurídico aplicable a la nulidad, la separación y el divorcio, cuando nos situamos ante un matrimonio formado por dos nacionales españoles, es único

¹ Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DOUE L 343/10, de 29 de diciembre de 2010).

² *Apud thema vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "La Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de Ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, marzo 2012, pp. 52-85; DIAGO DIAGO, M^a Pilar, "El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI.2, 2014, pp. 49-79; CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz, "El Reglamento (UE) n° 1259/2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n°. 39, mayo/agosto 2011, pp. 561-587.

³ En esta línea, el artículo 1.2 del Reglamento UE 1259/2010 del Consejo excluye de su ámbito de aplicación "cuestiones como los efectos del divorcio o la separación judicial en el patrimonio, el apellido, la responsabilidad parental, las obligaciones alimentarias...".

en España: Código civil, Ley de Enjuiciamiento civil, Ley de la Jurisdicción Voluntaria... Mientras que en los casos de regulación de las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio es posible encontrar situaciones de “plurilegislación”, lo que puede generar dificultades en un doble plano. De un lado, en atención al conflicto de normas internas que pudiera surgir cuando se trate de cónyuges nacionales españoles con diferente vecindad civil. Y, de otro, en atención al conflicto de normas externas, cuando se trate de cónyuges, uno o ambos extranjeros, siempre que la solución adoptada, bien en el ejercicio de la autonomía de la voluntad –pacto entre los cónyuges–, bien porque de las normas de Derecho Internacional privado se infiera, la norma aplicable sea la Ley del Foro, toda vez que este Estado tenga carácter plurilegislativo, lo que reconduce entonces el problema a cómo solucionar el conflicto de leyes internas⁴.

El estudio de la ley aplicable a la crisis matrimonial se efectuará siguiendo el orden propuesto por el artículo 107 del Código civil, en primer lugar, y de forma separada, la nulidad matrimonial y en segundo lugar, y de forma conjunta, la separación y el divorcio legal⁵, si bien, antes de entrar a desarrollar los asuntos propuestos, nos ha parecido interesante presentar, a modo de breve paréntesis, el reflejo en cifras de la pluralidad que se evidencia en materia de matrimonio y crisis matrimonial en la sociedad española.

2. UNA RÁPIDA RADIOGRAFÍA DE LA POBLACIÓN ESPAÑOLA EN ATENCIÓN A LA MATERIA

La población total española, de acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística⁶, a 1 de enero de 2015, es de 46.439.864⁷. Según la información facilitada por el Observatorio Permanente de la Inmigración⁸, organismo

⁴ Un caso que ejemplifica esta situación de “plurilegislación” podría ser el supuesto de la disparidad de normas en España que regulan los efectos de la crisis matrimonial, así entre otras: normas sobre *los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial*, regulados en el Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a *la persona y la familia* (BOE núm. 203, de 21/08/2010). También refleja sus propias particularidades la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, *de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*, (BOE núm. 98 de 25/04/2011); Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOE); Ley Foral 3/2011 de Navarra, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres (BOE núm. 60, de 28/03/2011). Una visión más completa sobre Leyes Civiles Forales puede obtenerse en <<https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=48¬a=1&tab=2>>.

⁵ También es objeto de trato diferenciado en la normativa europea, de suerte que el Reglamento 1259/2010 excluye expresamente de su ámbito de aplicación las cuestiones relativas a ley aplicable a la nulidad matrimonial y se circunscribe a la ley aplicable a la separación y al divorcio.

⁶ En adelante INE.

⁷ <<http://www.ine.es/prensa/np917.pdf>>.

⁸ <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/con-certificado/201506/Residentes_Principales_Resultados_30062015.pdf>.

dependiente del Ministerio de Empleo y Seguridad Social del Gobierno de España, el número de extranjeros residentes a 30 de junio de 2015 es de 4.933.231⁹, siendo 2.823.048 la cifra de extranjeros en régimen de libre circulación UE (Unión Europea) y 2.110.183¹⁰ los extranjeros en régimen general¹¹.

Hay que hacer notar que no todos los extranjeros que se encuentran en España sometidos al régimen de libre circulación UE son nacionales de países de la Unión Europea¹², del Espacio Económico Europeo¹³ o de Suiza, algunos de ellos son nacionales de terceros Estados, pero quedan sujetos a este régimen, más favorable, por su cualidad de familiar de un residente de la UE, EEE o Suiza¹⁴. Así, del total de los 2.823.048, 376.417 (13,33%) son nacionales de terceros Estados, mayoritariamente colombianos, marroquíes y dominicanos. En el caso de extranjeros nacionales de terceros Estados sometidos al régimen general, Marruecos es la nacionalidad predominante, con un total de 763.775, seguida de China, con un total de 193.690, que ha desbancado a Ecuador con 180.153.

En consideración al dato, no solo del número de extranjeros en España, sino de la edad media de esta población¹⁵, se comprende que supongan un porcentaje significativo en el número de matrimonios celebrados en nuestro país y su ulterior y eventual crisis matrimonial¹⁶.

La existencia de matrimonios mixtos (entendidos como los celebrados entre un/a nacional español/a y un extranjero/a), o la existencia de matrimonios

⁹ Este dato solo incluye a extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor, esto es, extranjeros en situación regular en España.

¹⁰ El dato relativo al colectivo de extranjeros en España en régimen general ha sufrido un retroceso en 8 semestres consecutivos, lo que puede ser achacado a la crisis económica, aunque también encuentra su explicación en el número de extranjeros que han alcanzado la nacionalidad española por residencia en los últimos años, 205.870 en el año 2014. No olvidemos que en el caso de los nacionales de países iberoamericanos precisan de un periodo de dos años para la adquisición de la nacionalidad, frente al plazo general de 10 años.

¹¹ Además del régimen general, existe un colectivo de extranjeros de terceros Estados que residen en España de manera regular sometidos al régimen de asilo (Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009) o como apátrida (Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida. BOE núm. 174, de 21 de julio de 2001).

¹² En adelante UE.

¹³ En adelante EEE.

¹⁴ *Id.* artículo 2 y Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

¹⁵ <<http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t20/e245/p04/provi&file=pcaxis>> Como muestra, un dato: la edad media de los ciudadanos marroquíes en España es de 30 años.

¹⁶ Unido al dato de la esperanza media de vida alcanzada en España, que puede consultarse en el siguiente enlace:

<http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios/PYSLayout>.

celebrados entre dos ciudadanos extranjeros de la misma o diferente nacionalidad, depende de factores tales como el nivel de integración de los colectivos o del número de compatriotas en España y de si hay un reparto equitativo entre población femenina y masculina de la misma nacionalidad. Los expertos en estudios demográficos concluyen que el aumento en el número de matrimonios mixtos es una prueba evidente del avance en el proceso de integración de la población extranjera en nuestro Estado.

Según los datos relativos al año 2014, hechos públicos por el INE, *el 16% de los matrimonios celebrados con cónyuges de distinto sexo¹⁷, al menos uno de ellos era extranjero¹⁸*. En 2013 este porcentaje fue del 18,1%. Hay que hacer notar que el número total de matrimonios celebrados en España ha descendido en los últimos años¹⁹, si bien, en el caso de los matrimonios en los que, al menos, un miembro o los dos son de nacionalidad extranjera no responde al mismo patrón, en atención a la importancia que esta institución puede tener en cuanto al régimen de residencia, a la posible adquisición de la nacionalidad, entre otros. También resulta interesante señalar que en el caso de algunos matrimonios celebrados entre un nacional y una persona de otra nacionalidad, a los que hemos denominado matrimonios mixtos, puede, no obstante, haber una coincidencia entre ambos en la nacionalidad de origen, toda vez que el ahora cónyuge de nacionalidad española haya adquirido previamente y con carácter derivativo la nacionalidad, por ejemplo, por residencia.

A la vistas de los datos facilitados, no podemos concluir que el número de matrimonios en España en los que al menos un cónyuge, o los dos, son extranjeros se mida únicamente por el número de celebraciones efectuadas en nuestro territorio. No podemos ignorar figuras como la reagrupación familiar, que habilita al cónyuge residente a solicitar la venida de su esposo o esposa que quedó en el país de origen, de suerte que la reagrupación²⁰ permite la convivencia en España de un matrimonio que no se ha celebrado en nuestro país. Sin olvidar a

¹⁷ Llama la atención que el estudio obtenga la conclusión en atención a los matrimonios entre personas de diferente sexo y no en atención al número total de matrimonios celebrados.

¹⁸ <<http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t18/p420/p01/&file=inebase>>.

¹⁹ Datos del INE. Frente a los 209.415 matrimonios celebrados en 2005, el número de matrimonios celebrados en 2014 fue de 158.425: entre personas de nacionalidad española 132.585, entre extranjeros 4.292 y mixtos 21.548. Si bien, en el primer trimestre de 2015 aumentaron un 1,2% en relación al mismo periodo del año anterior.

²⁰ LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000). También para los ciudadanos de la UE se prevé la figura de la reunificación familiar según el RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada y libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007, modificado sobre este particular por el Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre).

los extranjeros que estando casados residen solos en España, mientras que su cónyuge permanece en el país de origen u otro Estado diferente.

Conocido el impacto de la institución del matrimonio en la vida de los extranjeros en España, no podemos obviar el efecto de la crisis del matrimonio: la nulidad, la separación y el divorcio. En el año 2014 el número total de divorcios en España ascendió un 5,6% con respecto al año anterior, situándose en 100.746 divorcios celebrados, de esta cifra el 10.06% uno de los cónyuges era extranjero y el 5,7% ambos cónyuges eran extranjeros.

Hemos omitido en este estudio el análisis de las parejas de hecho y su posible ruptura, lo que resulta evidente con solo leer el título del trabajo: relativo al examen de la ley aplicable a las situaciones de crisis matrimonial cuando ambos cónyuges son nacionales o cuando al menos uno de los cónyuges o los dos son extranjeros, lo que presupone la existencia de la institución del matrimonio, descartando así la pareja de hecho. Sin embargo, esto no nos puede llevar a olvidar la relevancia que la pareja de hecho²¹ tiene en la actual configuración de la estructura familiar en España²². El reconocimiento y el deseo de protección a estas formas de familia se refleja también en la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que contempla expresamente la reagrupación de la pareja de hecho *ex* artículo 17.4²³, aunque tan solo a partir de la reforma aprobada en el año 2009²⁴. O su regulación en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que contempla el derecho a la reunificación familiar, también a la pareja de hecho, *ex* artículo 2, b).

El descenso en el número total de matrimonios celebrados en España en los últimos años puede explicarse, entre otros factores, por la preferencia de la convivencia *more uxorio*, aunque también se vincula al tan utilizado argumento de la crisis económica. Como ya hicimos notar, el caso de la población extranjera en este particular funciona de modo diverso a la población nacional, pues

²¹ Respecto al año 2013, el número de parejas de hecho aumenta un 2,3%, mientras que el de parejas casadas baja un 0,9%. <<http://www.ine.es/prensa/np903.pdf>>.

²² La importancia y evolución de la pareja de hecho es innegable, no obstante, el 86,3% de hogares está formado por parejas casadas, frente al 13,7% de hogares formados por parejas de hecho <http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INECifrasINE_C&cid=1259944407896&p=1254735116567&pagename=ProductosYServicios%2FINECifrasINE_C%2FPYSDetalleCifrasINE>.

²³ De acuerdo con el artículo 17 de la LO 4/2000 son familiares reagrupables: 4. La persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal se equipará al cónyuge a todos los efectos previstos en este capítulo, siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España.

²⁴ Modificación introducida por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que entró en vigor el 13 de diciembre de 2009 (BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009).

al matrimonio de un extranjero con un español, con un extranjero nacional UE, EEE o Suiza o con un extranjero de tercer Estado residente en España viene unido, como no podía ser de otro modo, a trascendentales consecuencias que facilitan una vía adecuada para entrar y permanecer regularmente en España. Cuestión que conecta directamente con el celo de las instituciones, no solo españolas²⁵, sino también europeas²⁶, en el control de los matrimonios de complacencia a los que los miembros de la pareja probablemente pondrán fin en el futuro a través del divorcio, obviando la nulidad de origen.

3. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA NULIDAD MATRIMONIAL

Analizada la población española y a la vista de la presencia en España de matrimonios celebrados no solo entre españoles, sino también entre españoles y extranjeros, o entre extranjeros entre sí, corresponde analizar la norma aplicable a la nulidad, caso de que el proceso sea iniciado en España.

La primera cuestión sobre la que debemos llamar la atención, es la necesidad de abordar por separado el estudio de la nulidad del matrimonio y la solicitud de separación o de divorcio. Así lo establece el artículo 107, único precepto que conforma el capítulo XI, relativo a la “Ley aplicable a la nulidad, la separación y el divorcio” en el ámbito de la regulación “del matrimonio”, dentro del Título IV, del Libro primero del Código civil. De acuerdo con esta norma²⁷:

1. La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración.

2. La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado.

En el caso de la nulidad, el régimen aplicable viene dado por la ley de la celebración del matrimonio. Parece lógica esta solución, pues si el origen de la nulidad²⁸ está en el propio acto de celebración del matrimonio: en tanto a la

²⁵ Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios de complacencia (BOE n.º 41, de 17 de febrero de 2006).

²⁶ Guía práctica para ayudar a los Estados miembros de la UE a adoptar medidas contra los matrimonios de complacencia entre ciudadanos de la UE y nacionales de terceros países en el marco del Derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la UE <http://ec.europa.eu/justice/newsroom/citizen/news/140725_en.htm>.

²⁷ Redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE, núm. 158, de 3 de julio de 2015) en vigor desde el 23 de julio de 2015.

²⁸ De acuerdo con el artículo 73 C.c. del Código civil redactado conforme a la Ley 15/2015, que entra en vigor el 30 de junio de 2017 “Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración:

1.º El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial.

2.º El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48.

3.º El que se contraiga sin la intervención del Juez de Paz, Alcalde o Concejal, Secretario judicial,

prestación del consentimiento o la falta de aquel, la presencia o la capacidad de la autoridad celebrante y de los testigos, la cualidad e identidad de los contrayentes, los ritos o formalidades..., sean las normas sobre la propia celebración las que determinen la nulidad.

El segundo asunto que debe ser recordado, tal y como advirtiéramos en la introducción, es que este estudio se limita a analizar las cuestiones relativas a la ley aplicable en materia de nulidad, pero no a otros temas íntimamente relacionados con ella, tales como los efectos de la declaración de nulidad del matrimonio. Como ya vimos, mientras que la materia relacionada con la ley aplicable a la nulidad, la separación y el divorcio entre españoles no presupone, en principio, una pluralidad de ordenamientos, basta con lo resuelto en las normas del Código civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de la Jurisdicción voluntaria..., en lo que respecta a los principales efectos de la nulidad, la separación o el divorcio España es un Estado “plurilegislativo”, lo que establece una doble problemática, la determinación de la ley aplicable en los casos de matrimonios entre dos nacionales españoles de diferente vecindad civil²⁹ (conflicto interno de Leyes), o en los casos de matrimonios en los que uno o ambos miembros de la pareja sean extranjeros, toda vez que la norma de referencia sea la norma española, dado que en la regulación de los efectos derivados de la situación de crisis matrimonial España es un Estado “plurilegislativo”, por lo que la solución dada al conflicto de Leyes externa nos reconduce a la búsqueda de una nueva norma para solucionar el conflicto de Leyes interna.

Es competencia exclusiva del Estado legislar sobre “las formas del matrimonio”³⁰, de ahí que, en un primer acercamiento a la cuestión, cabría concluir que en lo relativo a la nulidad del matrimonio no puede entenderse que España sea un ente “plurilegislativo”, pues es un solo parlamento, el del Estado, el que puede aprobar normas al respecto de las formas de celebración del matrimonio, normativa que es la que tiene que tenerse más tarde en consideración caso de solicitarse la nulidad del matrimonio. Por ende, en los supuestos de matrimonios celebrados entre dos nacionales que hubieran contraído matrimonio dentro o fuera de España, pero de acuerdo con una de las formas matrimoniales recono-

Notario o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos.

4.º El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.

5.º El contraído por coacción o miedo grave.”

En la redacción de este artículo, en vigor hasta el 29 de junio de 2017, el nº 3 ordena “El que se contraiga sin la intervención del Juez, Alcalde o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos”.

²⁹ *Ad exemplum* la Disposición transitoria séptima, de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil Vasco (BOE núm. 124, de 3 de julio de 2015), relativa a la “Atribución de la vecindad civil vasca”.

³⁰ Artículo 149.1.8 de la Constitución española. Sobre esta cuestión y otras relativas al Derecho de familia puede consultarse CAPILLA RONCERO, Francisco <<http://personal.us.es/capilla/c4material.htm>>.

cidas en nuestro país, no cabría más que concluir que existe un único Derecho aplicable en cuanto a la nulidad, ya que no ha lugar a discrepancias entre el Derecho común y los Derechos forales en este asunto.

Sin embargo, cabría preguntarse si la pluralidad pudiera introducirse en este punto de la mano del reconocimiento en nuestro Derecho de diferentes formas de celebración del matrimonio: civil y religiosa³¹ y del reconocimiento, en concreto, de la eficacia de las sentencias canónicas de nulidad. Nulidad, esta última, que se decreta en aplicación de un régimen jurídico diverso al Código civil, esto es, se declara en aplicación del Derecho canónico³².

Si de acuerdo con el artículo 107.1 C.c. la nulidad del matrimonio se determina conforme a la ley de su celebración, es preciso conocer las diferentes formas de celebración del matrimonio en España, y si estas otras formas válidas de celebración del matrimonio, diferentes a la civil, realmente presuponen singularidades, no solo en cuanto a lo meramente ritual, o estético, si se nos permite la expresión, sino también en atención a las normas relativas a la capacidad de los contrayentes, al expediente previo, a la autoridad que oficia el matrimonio... y si estas particularidades son luego tenidas en consideración al tiempo de una eventual declaración de nulidad de estos matrimonios, sin olvidar, la trascendencia del dato relativo a cuál sea el órgano facultado para la declaración eficaz de la nulidad. Se trata de la clásica discusión sobre si determinados matrimonios religiosos en España son matrimonios por sí mismos, aunque con validez civil, o si, por el contrario, solo son considerados matrimonios con trascendencia jurídica en tanto en cuanto cumplen con los requisitos de la legislación civil y son inscritos en el Registro Civil.

En España, hasta la reforma introducida por la Ley 15/2015, en vigor desde el 23 de julio de 2015, era válido el matrimonio celebrado en la forma religiosa únicamente en el caso de la confesión canónica³³, la federación de entidades

³¹ Obsérvese que la propia Constitución española habla de “las formas” de celebración del matrimonio. Así el artículo 49 C.c., de acuerdo con la redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015) que entra en vigor, supuestamente, como veremos en el último epígrafe, el 30 de junio de 2017 “Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España:

1º En la forma regulada en este Código

2º En la forma religiosa legalmente prevista

También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración”.

En la redacción en vigor hasta finales de junio de 2017, el número primero establece “Ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código”.

³² Los procesos relativos al matrimonio (1671 a 1707) han sido modificados en virtud de lo dispuesto por la Carta Apostólica en forma *Motu proprio*, *Mitis Iudex Dominus Iesus*, de 15 de agosto de 2015, sobre la reforma del proceso canónico para las causas de declaración de nulidad del matrimonio, que entró en vigor el 8 de diciembre de 2015.

³³ Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, firmado el 3 de enero

religiosas evangélicas³⁴, israelita³⁵ (actualmente denominada judía) y musulmana³⁶, porque solo respecto de estos cuatro grupos de entidades religiosas se concretaban la doble premisa del reconocimiento del notorio arraigo³⁷ y del acuerdo de cooperación con el Estado.

Resultado de la aprobación de la Ley de la Jurisdicción voluntaria, en primer lugar, se modifican los acuerdos con la federación de entidades religiosas evangélicas³⁸, con la israelita o judía³⁹ y con la musulmana⁴⁰, modificaciones

de 1979 en la Ciudad del Vaticano (ratificado y publicado en el BOE núm. 300, de 15 de diciembre de 1979).

³⁴ Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 1992). Este acuerdo ha sido modificado por la Disposición final quinta de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015), que modifica el artículo 7, apartados 2 y 5 y que entra en vigor el 30 de junio de 2017. A la espera de que esto suceda se provee de un régimen transitorio, en la Disposición transitoria quinta de la misma Ley 15/2015, aplicable desde el 23 de julio de 2015 hasta el 29 de junio de 2017.

³⁵ Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España (BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 1992). Este acuerdo ha sido modificado por la Disposición final sexta de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015) que modifica el título de la Ley, el artículo 7, apartados 2 y 5 y añade una nueva disposición adicional cuarta. Las modificaciones relativas al título de la Ley 25/1992 y a la nueva disposición adicional cuarta, entraron en vigor el 23 de julio de 2015. Por su parte, la modificación del artículo 7, apartados 2 y 5, entrará en vigor el 30 de junio de 2017. A la espera de que esto suceda se provee de un régimen transitorio, en la Disposición transitoria quinta de la Ley 15/2015, aplicable desde el 23 de julio de 2015 hasta el 29 de junio de 2015.

³⁶ Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 1992). Este acuerdo se ha modificado por la Disposición final séptima de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015), que modifica el artículo 7, apartados 2 y 3 y que entra en vigor el 30 de junio de 2017. A la espera de que esto suceda se provee de un régimen transitorio, en la Disposición transitoria quinta de la Ley 15/2015, aplicable desde el 23 de julio de 2015 hasta el 29 de junio de 2017.

³⁷ Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, (BOE núm. 177, de 24/07/1980). Real Decreto 593/2015, de 3 de julio, por el que se regula la declaración de notorio arraigo de las confesiones religiosas en España (BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2015).

³⁸ Texto de la reforma: Disposición final quinta de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015).

“Modificación de Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España.

Los apartados 2 y 5 del artículo 7 quedan redactados de la forma siguiente:

«2. Las personas que deseen contraer matrimonio en la forma prevista en el párrafo anterior promoverán acta o expediente previo al matrimonio ante el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil correspondiente conforme a la Ley del Registro Civil.»

«5. Una vez celebrado el matrimonio, el ministro de culto oficiante extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, con los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de identidad de los testigos y de las circunstancias del acta o expediente previo que necesariamente incluirán el nombre y apellidos del Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido, la fecha y número de protocolo en su

caso. Esta certificación se remitirá por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, junto con la certificación acreditativa de la condición de ministro de culto, dentro del plazo de cinco días al Encargado del Registro Civil competente para su inscripción. Igualmente extenderá en las dos copias del acta o resolución diligencia expresiva de la celebración del matrimonio entregando una a los contrayentes y conservará la otra como acta de la celebración en el archivo del oficiante o de la entidad religiosa a la que representa como ministro de culto.»

³⁹ Texto de la reforma: Disposición final sexta de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015).

“Modificación de la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España.

Uno. Se modifica el Título de esta Ley que pasa a ser «Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Judías de España».

Dos. Los apartados 2 y 5 del artículo 7 quedan redactados de la forma siguiente:

«2. Las personas que deseen contraer matrimonio en la forma prevista en el párrafo anterior promoverán acta o expediente previo al matrimonio ante el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil correspondiente conforme a la Ley del Registro Civil.»

«5. Una vez celebrado el matrimonio, el ministro de culto oficiante extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, con los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de identidad de los testigos y de las circunstancias del expediente acta previa que necesariamente incluirán el nombre y apellidos del Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido, la fecha y número de protocolo en su caso. Esta certificación se remitirá por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, junto con la certificación acreditativa de la condición de ministro de culto, dentro del plazo de cinco días al Encargado del Registro Civil competente para su inscripción. Igualmente extenderá en las dos copias del acta o resolución previa de capacidad matrimonial diligencia expresiva de la celebración del matrimonio entregando una a los contrayentes y conservará la otra como acta de la celebración en el archivo del oficiante o de la entidad religiosa que representa como ministro de culto.»

Tres. Se añade una nueva disposición adicional cuarta con la siguiente redacción:

«Disposición adicional cuarta. Denominación de la Federación.

Por acuerdo de las partes se procede a sustituir el nombre de Federación de Comunidades Israelitas de España por el de Federación de Comunidades Judías de España, que será utilizado en lo sucesivo.

Las referencias realizadas a la Federación de Comunidades Israelitas de España en este Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España, así como las que figuren en otras normas deberán entenderse hechas a la Federación de Comunidades Judías de España.»”

⁴⁰ Texto de la reforma: Disposición final séptima.

“Modificación de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

Los apartados 2 y 3 del artículo 7 quedan redactados de la forma siguiente:

«2. Las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma prevista en el número anterior, deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante copia del acta o resolución previa expedida por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil conforme a la Ley del Registro Civil y que deberá contener, en su caso, juicio acreditativo de la capacidad matrimonial. No podrá practicarse la inscripción si se hubiera celebrado el matrimonio transcurridos más de seis meses desde la fecha de dicho acta o desde la fecha de la resolución correspondiente.

3. Una vez celebrado el matrimonio, el representante de la Comunidad Islámica en que se hubiera contraído aquel extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, con los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de las circunstancias del expediente o acta previa

que en lo relativo al artículo 7 de los tres cuerpos legales de 1992 no entran en vigor hasta el 30 de junio de 2017⁴¹, coincidiendo con la entrada en vigor de la Ley del Registro Civil.

La propia Ley de la Jurisdicción Voluntaria, en su Disposición transitoria cuarta, número 2, señala cómo debe actuarse para el caso de expedientes matrimoniales que se inicien entre el 23 de julio de 2015, fecha de entrada en vigor de la Ley 15/2015 y el 29 de junio de 2017, dado que al día siguiente estarán vigentes las modificaciones operadas en los acuerdos de cooperación con las confesiones religiosas federación de comunidades evangélicas⁴², judías⁴³ y mu- que necesariamente incluirán el nombre y apellidos del Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido, la fecha y número de protocolo en su caso. Esta certificación se remitirá por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, junto con la certificación acreditativa de la capacidad representante de la Comunidad Islámica para celebrar matrimonios, de conformidad con lo previsto en el apartado 1 del artículo 3, dentro del plazo de cinco días al Encargado del Registro Civil competente para su inscripción. Igualmente extenderá en las dos copias del acta o resolución previa de capacidad matrimonial diligencia expresiva de la celebración del matrimonio, entregando una a los contrayentes y conservará la otra como acta de la celebración en el archivo de la Comunidad.»

⁴¹ En virtud de la disposición final vigésima primera, número 4, de la Ley 15/2015.

⁴² Pero hasta la entrada en vigor de la Ley del Registro Civil el 30 de junio de 2017, la Disposición Transitoria quinta, de la Ley 15/2015, prevé que:

“1 Hasta la entrada en vigor de la disposición final quinta de esta ley, al matrimonio religioso evangélico será de aplicación lo dispuesto en el artículo 7 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, aprobado por la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, salvo el apartado 5 del artículo 7, que quedará redactado de la forma siguiente:

«5. Una vez celebrado el matrimonio, el ministro de culto oficiante extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, con los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de identidad de los testigos y de las circunstancias del expediente previo que necesariamente incluirán el nombre y apellidos del Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido. Esta certificación se remitirá por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, junto con la certificación acreditativa de la condición de ministro de culto, dentro del plazo de cinco días al Encargado del Registro Civil competente para su inscripción. Igualmente extenderá en las dos copias de la resolución diligencia expresiva de la celebración del matrimonio entregando una a los contrayentes y conservará la otra como acta de la celebración en el archivo del oficiante o de la entidad religiosa a la que representa como ministro de culto.»

⁴³ “2. Hasta la entrada en vigor de la disposición final sexta de esta ley, al matrimonio religioso judío será de aplicación lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España, salvo el apartado 5 del artículo 7, que queda redactado de la forma siguiente:

«5. Una vez celebrado el matrimonio, el ministro de culto oficiante extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, con los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de identidad de los testigos y de las circunstancias del expediente que necesariamente incluirán el nombre y apellidos del Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido. Esta certificación se remitirá por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, junto con la certificación acreditativa de la condición de ministro de culto, dentro del plazo de cinco días al Encargado del Registro Civil competente para su inscripción. Igualmente extenderá en las dos copias de la resolución previa de capacidad matrimonial diligencia expresiva de la celebración del matrimonio entregando una a los contrayentes y conservará la otra como acta de la celebración en el archivo del oficiante o de la entidad religiosa que representa como ministro de culto.»

sulmana⁴⁴ en sus respectivos artículos 7. De acuerdo con la citada transitoria, hasta la entrada en vigor en 2017, los expedientes matrimoniales se seguirán tramitando por el encargado del Registro civil o funcionario diplomático o consular, conforme a las disposiciones del Código civil y de la Ley del Registro civil de 8 de junio de 1957. Será a partir de 30 de junio de 2017, cuando se podrá tramitar la declaración previa de capacidad matrimonial mediante acta o expediente promovidos ante el Secretario judicial⁴⁵, el Notario, el Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil correspondiente conforme a la, para entonces, Ley del Registro Civil en vigor (Ley 20/2011).

El expediente se tramitará de forma previa a la celebración del matrimonio, salvo en el caso de los matrimonios celebrados por el rito musulmán, pues en el artículo 7 de su acuerdo de cooperación se prevé como opcional, esto es, que el expediente es preceptivo para la inscripción, pero no para la celebración, por lo que son los contrayentes por el rito musulmán quienes deciden con posterioridad a la celebración si lo inscriben o no, y caso de que decidan inscribirlo es cuando se procederá, por la persona responsable de la inscripción, además de al control de los requisitos formales, también a los de fondo. Esta circunstancia origina notables dificultades en la interpretación y aplicación de la norma por la cual el consentimiento matrimonial debe ser prestado en el plazo de seis meses siguientes a la expedición del expediente, de ahí que la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de febrero de 1993, *sobre la inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebra-*

⁴⁴ “3. Hasta la entrada en vigor de las disposición final séptima de esta ley, al matrimonio religioso islámico será de aplicación lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, salvo el apartado 3 del artículo 7, que queda redactado de la forma siguiente:

«3. Una vez celebrado el matrimonio, el representante de la Comunidad Islámica en que se hubiera contraído aquel extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, con los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de las circunstancias del expediente que necesariamente incluirán el nombre y apellidos del Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido. Esta certificación se remitirá por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, junto con la certificación acreditativa de la capacidad del representante de la Comunidad Islámica para celebrar matrimonios, de conformidad con lo previsto en el apartado 1 del artículo 3, dentro del plazo de cinco días al Encargado del Registro Civil competente para su inscripción. Igualmente extenderá en las dos copias de la resolución previa de capacidad matrimonial diligencia expresiva de la celebración del matrimonio, entregando una a los contrayentes y conservará la otra como acta de la celebración en el archivo de la Comunidad.»”.

⁴⁵ Los Secretarios judiciales, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2015, del Poder Judicial, el 1 de octubre de 2015, y según su Disposición adicional primera, pasan a llamarse Letrados de la administración de justicia, conservando el mismo cuerpo de funcionarios que los antiguos secretarios judiciales.

*dos en forma religiosa*⁴⁶, excepcione los matrimonios islámicos en cuanto a sus particularidades en el momento de la tramitación del expediente⁴⁷.

Nada se dice al respecto de los expedientes tramitados en los casos de matrimonios celebrados por el rito católico, porque en virtud del acuerdo firmado con la Santa Sede estos dependen de la propia Iglesia Católica, que es la encargada de valorar que, de acuerdo con sus propias normas, se reúnen los requisitos de fondo para la válida celebración del matrimonio⁴⁸, circunstancia que la diferencia del resto de confesiones religiosas. El matrimonio celebrado tiene efectos desde la prestación del consentimiento, lo que confiere a la inscripción un mero carácter declarativo⁴⁹, sin perjuicio del poder de control que *a posteriori* corresponde al encargado del Registro civil, *ex artículo 63.2 C.c.*, que podrá denegar “la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este Título.”

En segundo lugar, la aprobación de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, y su entrada en vigor, el 23 de julio de 2015, ha supuesto también importantes cambios en la configuración de la celebración del matrimonio religioso con efectos civiles para aquellas confesiones que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas⁵⁰, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España, sin necesidad de acuerdo específico de cooperación con el Estado. El Ministerio de Justicia ha hecho pública en su página web⁵¹ las nuevas formas

⁴⁶ BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1993.

⁴⁷ “Quinta. Una vez expedido el certificado de capacidad matrimonial, la inscripción del matrimonio celebrado antes de que transcurran seis meses desde la expedición de aquél sólo requerirá que el encargado califique los requisitos formales de celebración exigidos por los Acuerdos.

Sexta. Tratándose de matrimonios celebrados en la forma religiosa islámica, si excepcionalmente los interesados prescinden bajo su responsabilidad del trámite previo de expedición del certificado de capacidad matrimonial, la calificación, con vistas a su inscripción, de la certificación del matrimonio celebrado habrá de abarcar no sólo los requisitos formales de esta certificación sino también la concurrencia de todos los requisitos de fondo exigidos para la validez civil del matrimonio”.

⁴⁸ Canon 1063 a 1072, *de la atención pastoral y de lo que debe preceder a la celebración del matrimonio*, Código de Derecho canónico.

⁴⁹ Artículo VI.1, de acuerdo con el Instrumento de Ratificación del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979 en la Ciudad del Vaticano, hecho público en el BOE núm. 300, de 15 de diciembre de 1979.

“El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico.

Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos, será necesaria la inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesialística de la existencia del matrimonio.”

⁵⁰ De acuerdo con el Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas (en vigor desde el 1 de noviembre de 2015).

⁵¹ <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427621583?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DCuestiones_sobre_el_matrimonio_en_forma_religiosa.PDF&blobheader

religiosas de celebración de matrimonio con efectos civiles⁵², se trata de los matrimonios celebrados por la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (Mormones); los Testigos de Jehová⁵³; las Comunidades Budistas de España y las Iglesias Ortodoxas.

Expresamente se regula que los ministros de culto⁵⁴ que celebren el matrimonio han de estar debidamente acreditados *mediante certificación expedida por la iglesia, confesión o comunidad religiosa que haya obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España, con la conformidad de la federación que, en su caso, hubiera solicitado dicho reconocimiento*⁵⁵. Para la plena eficacia civil de estos matrimonios se precisa también de expediente previo, tramitado como en los casos de matrimonios celebrados en las demás formas religiosas, excepción hecha de los matrimonios canónicos. Hasta la entrada en vigor de la Ley del Registro civil el expediente previo se seguirá ante el encargado del Registro civil o el funcionario diplomático o consular. Será a partir del 30 de junio de 2017, fecha de entrada en vigor de los artículos 58 y 58 bis de la Ley del Registro civil de 2011, cuando la tramitación o instrucción de acta o expediente

value2=Docs_Llibertad+religiosa>.

⁵² Como todos conocemos, es válido el matrimonio celebrado en España no solo en la forma civil, sino que también produce efectos civiles *el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de las otras confesiones religiosas previstas en los acuerdos de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas ampliado por la redacción dada por la Ley 15/2015 que reconoce igualmente efectos civiles al matrimonio celebrado en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento del notorio arraigo en España. En este supuesto, el reconocimiento de efectos civiles requerirá el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) La tramitación de un acta o expediente previo de capacidad matrimonial con arreglo a la normativa del Registro civil. b) la libre manifestación del consentimiento ante un ministro de culto debidamente acreditado y dos testigos mayores de edad. La condición de ministro de culto será acreditada mediante certificación expedida por la iglesia, confesión o comunidad religiosa que haya obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España, con la conformidad de la federación que, en su caso, hubiere solicitado dicho reconocimiento* (art. 60 C.c.).

⁵³ Resultado de la entrada en vigor de la Ley 15/2015, que reconoce el derecho a celebrar matrimonio religioso con efectos civiles a confesiones que tienen reconocido el notorio arraigo en España, se celebró el 6 de septiembre de 2015, en Atarfe (Granada), el primer matrimonio con efectos civiles en la forma religiosa prevista por los Testigos de Jehová (información publicada en la Web del Ministerio de Justicia, Gobierno de España). <<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/libertad-religiosa/novedades>>.

⁵⁴ "A estos efectos se consideran ministros de culto a las personas físicas dedicadas, con carácter estable, a las funciones de culto o asistencia religiosa y que acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación expedida por la iglesia, confesión o comunidad religiosa que haya obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España con la conformidad de la Federación que, en su caso, hubiera solicitado dicho reconocimiento". Disposición Transitoria quinta, *Matrimonios celebrados por las confesiones religiosas evangélicas, judías e islámicas y por las que hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España*. n.º 4, párrafo tercero.

⁵⁵ Artículo 60 del Código civil, conforme a la redacción dada por la Ley 15/2015 que entra en vigor el 23 de julio del mismo año. Antes de esta reforma nada se preveía sobre este particular en el Código civil.

se realizará de acuerdo con este mismo artículo, esto es: *la tramitación del acta competará al Notario del lugar del domicilio de cualquiera de los contrayentes. Y la instrucción del expediente corresponderá al Secretario judicial o Encargado del Registro Civil del domicilio de uno de los contrayentes*⁵⁶.

⁵⁶ Por su importancia, se transcriben aquí los artículos 58, 58 bis y 59.3 de la Ley 20/2011, del Registro civil.

Llama la atención que el contenido del artículo 58 de la Ley 20/2011 haya sido modificado, antes incluso de su entrada en vigor el 30 de junio de 2017, por virtud de lo ordenado en la Ley 15/2015. El artículo 58.bis no existía, como su propia nomenclatura hace prever, en la inicial redacción de la Ley 20/2011, se debe también a una nueva modificación introducida por la Ley 15/2015, y que queda pendiente su entrada en vigor hasta el 30 de junio de 2017.

En el caso de la redacción del artículo 59.3 también es modificado antes de la entrada en vigor de la Ley 20/2011, durante el periodo de *vacatio legis*, que como las anteriores se extiende hasta el 30 de junio de 2017.

“Artículo 58. Expediente matrimonial.

1. El matrimonio en forma civil se celebrará ante el Juez de Paz, Alcalde o Concejal en quien éste delegue, Secretario judicial, Notario, o funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil.

2. La celebración del matrimonio requerirá la previa tramitación o instrucción de un acta o expediente a instancia de los contrayentes para acreditar el cumplimiento de los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier otro obstáculo, de acuerdo con lo previsto en el Código Civil. La tramitación del acta competará al Notario del lugar del domicilio de cualquiera de los contrayentes. La instrucción del expediente corresponderá al Secretario judicial o Encargado del Registro Civil del domicilio de uno de los contrayentes.

3. El expediente finalizará con una resolución del Secretario del Ayuntamiento en la que se autorice o deniegue la celebración del matrimonio. La denegación deberá ser motivada y expresar, en su caso, con claridad la falta de capacidad o el impedimento en el que funda la denegación.

4. Contra esta resolución cabe recurso ante el Encargado del Registro Civil, cuya resolución se someterá al régimen de recursos ante la Dirección General de los Registros y del Notariado previsto por esta Ley.

5. El Secretario judicial, Notario o Encargado del Registro Civil oír a ambos contrayentes reservadamente y por separado para cerciorarse de su capacidad y de la inexistencia de cualquier impedimento. Asimismo, se podrán solicitar los informes y practicar las diligencias pertinentes, sean o no propuestas por los requirentes, para acreditar el estado, capacidad o domicilio de los contrayentes o cualesquiera otros extremos necesarios para apreciar la validez de su consentimiento y la veracidad del matrimonio. Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.

De la realización de todas estas actuaciones se dejará constancia en el acta o expediente, archivándose junto con los documentos previos a la inscripción de matrimonio.

Pasado un año desde la publicación de los anuncios o de las diligencias sustitutorias sin que se haya contraído el matrimonio, no podrá celebrarse éste sin nueva publicación o diligencias.

6. Realizadas las anteriores diligencias, el Secretario judicial, Notario o Encargado del Registro Civil que haya intervenido finalizará el acta o dictará resolución haciendo constar la concurrencia o no en los contrayentes de los requisitos necesarios para contraer matrimonio, así como la determinación del régimen económico matrimonial que resulte aplicable y, en su caso, la vecindad civil de los contrayentes, entregando copia a éstos. La actuación o resolución deberá ser motivada y expresar, en su caso, con claridad la falta de capacidad o el impedimento que concurra.

7. Si el juicio del Secretario judicial, Notario o Encargado del Registro Civil fuera desfavorable se procederá al cierre del acta o expediente y los interesados podrán recurrir ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, sometiéndose al régimen de recursos previsto por esta Ley.

8. Resuelto favorablemente el expediente por el Secretario judicial, el matrimonio se podrá celebrar ante el mismo u otro Secretario judicial, Juez de Paz, Alcalde o Concejal en quien éste delegue, a elección de los contrayentes. Si se hubiere tramitado por el Encargado del Registro Civil, el matrimonio deberá celebrarse ante el Juez de Paz, Alcalde o Concejal en quien éste delegue, que designen los contrayentes. Finalmente, si fuera el Notario quien hubiera extendido el acta matrimonial, los contrayentes podrán otorgar el consentimiento, a su elección, ante el mismo Notario u otro distinto del que hubiera tramitado el acta previa, el Juez de Paz, Alcalde o Concejal en quien éste delegue. La prestación del consentimiento deberá realizarse en la forma prevista en el Código Civil.

El matrimonio celebrado ante Juez de Paz, Alcalde o Concejal en quien este delegue o ante el Secretario judicial se hará constar en acta; el que se celebre ante Notario constará en escritura pública. En ambos casos deberá ser firmada, además de por aquel ante el que se celebra, por los contrayentes y dos testigos.

Extendida el acta o autorizada la escritura pública, se entregará a cada uno de los contrayentes copia acreditativa de la celebración del matrimonio y se remitirá por el autorizante, en el mismo día y por medios telemáticos, testimonio o copia autorizada electrónica del documento al Registro Civil para su inscripción, previa calificación del Encargado del Registro Civil.

9. La celebración del matrimonio fuera de España corresponderá al funcionario consular o diplomático Encargado del Registro Civil en el extranjero. Si uno o los dos contrayentes residieran en el extranjero, la tramitación del expediente previo podrá corresponder al funcionario diplomático o consular Encargado del registro civil competente en la demarcación consular donde residan. El matrimonio así tramitado podrá celebrarse ante el mismo funcionario u otro distinto, o ante el Juez de Paz, Alcalde o Concejal en quien éste delegue, a elección de los contrayentes.

10. Cuando el matrimonio se hubiere celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente o acta previa, si éste fuera necesario, el Secretario judicial, Notario, o el funcionario Encargado del Registro Civil que lo haya celebrado, antes de realizar las actuaciones que procedan para su inscripción, deberá comprobar si concurren los requisitos legales para su validez, mediante la tramitación del acta o expediente al que se refiere este artículo.

Si la celebración del matrimonio hubiera sido realizada ante autoridad o persona competente distinta de las indicadas en el párrafo anterior, el acta de aquella se remitirá al Encargado del Registro Civil del lugar de celebración para que proceda a la comprobación de los requisitos de validez, mediante el expediente correspondiente. Efectuada esa comprobación, el Encargado del Registro Civil procederá a su inscripción.

12 [sic]. Si los contrayentes hubieran manifestado su propósito de contraer matrimonio en el extranjero, con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración o en forma religiosa y se exigiera la presentación de un certificado de capacidad matrimonial, lo expedirá el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario consular o diplomático del lugar del domicilio de cualquiera de los contrayentes, previo expediente instruido o acta que contenga el juicio del autorizante acreditativo de la capacidad matrimonial de los contrayentes.

Artículo 58 bis. Matrimonio celebrado en forma religiosa.

1. Para la celebración del matrimonio en la forma religiosa prevista en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos y en los Acuerdos de cooperación del Estado con las confesiones religiosas se estará a lo dispuesto en los mismos.

2. En los supuestos de celebración del matrimonio en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España, requerirán la tramitación de un acta o expediente previo de capacidad matrimonial conforme al artículo anterior. Cumplido este trámite, el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil que haya intervenido expedirá dos copias del acta o resolución, que incluirá, en su caso, el juicio acreditativo de la capacidad matrimonial de los contrayentes, que éstos deberán entregar al ministro de culto encargado de la celebración del matrimonio.

El consentimiento deberá prestarse ante un ministro de culto y dos testigos mayores de edad. En estos casos, el consentimiento deberá prestarse antes de que hayan transcurrido seis meses desde

Acreditado el cumplimiento de los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos, o su dispensa, o cualquier obstáculo, el consentimiento matrimonial deberá ser prestado en el plazo de seis meses ante un ministro de culto y dos testigos mayores de edad. Y una vez celebrado el matrimonio, “el oficiante extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, con los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de identidad de los testigos y de las circunstancias del acta previa que necesariamente incluirá el nombre y apellidos del Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido”⁵⁷.

Para el *pleno reconocimiento* de los efectos civiles del matrimonio celebrado por estas nuevas formas religiosas, se estará también a lo dispuesto en el Capítulo IV del Código civil, relativo a “la inscripción del matrimonio en el Registro Civil”⁵⁸, pues *para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil* (art. 61 C.c.) siempre y cuando cumplan con los requisitos previstos en este cuerpo legal.

la fecha del acta o resolución que contenga el juicio de capacidad matrimonial. A estos efectos se consideran ministros de culto a las personas físicas dedicadas, con carácter estable, a las funciones de culto o asistencia religiosa y que acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación expedida por la iglesia, confesión o comunidad religiosa que haya obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España, con la conformidad de la federación que en su caso hubiera solicitado dicho reconocimiento.

Una vez celebrado el matrimonio, el oficiante extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, con los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de identidad de los testigos y de las circunstancias del expediente o acta previa que necesariamente incluirán el nombre y apellidos del Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido, la fecha y número de protocolo en su caso. Esta certificación se remitirá por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, junto con la certificación acreditativa de la condición de ministro de culto, dentro del plazo de cinco días al Encargado del Registro Civil competente para su inscripción. Igualmente extenderá en las dos copias del acta o resolución previa de capacidad matrimonial diligencia expresiva de la celebración del matrimonio entregando una a los contrayentes y conservará la otra como acta de la celebración en el archivo del oficiante o de la entidad religiosa a la que representa como ministro de culto.

Art. 59.3 3. El matrimonio celebrado en España en forma religiosa accederá al Registro Civil mediante la inscripción de la certificación emitida por el ministro de culto, conforme a lo previsto en el artículo 63 del Código Civil.

⁵⁷ “Esta certificación se remitirá por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, junto con la certificación acreditativa de la condición de ministro de culto, dentro del plazo de cinco días al Encargado del Registro Civil competente para su inscripción. Igualmente extenderá en las dos copias de la resolución previa de capacidad matrimonial diligencia expresiva de la celebración del matrimonio entregando una a los contrayentes y conservará la otra como acta de la celebración en el archivo del oficiante o de la entidad religiosa a la que representa como ministro de culto.”

⁵⁸ De acuerdo con el artículo 10 de la Ley del Registro Civil: Reglas de competencia. “La solicitud de inscripción y la práctica de la misma se podrán efectuar en cualquiera de las Oficinas Generales del Registro Civil con independencia del lugar en el que se produzcan los hechos o actos inscribibles. Si se producen en el extranjero, la inscripción se solicitará y, en su caso, se practicará en la Oficina Consular de la circunscripción correspondiente. En este último caso, la inscripción también se podrá solicitar y practicar en cualquiera de las Oficinas Generales”.

Grosso modo, este es el panorama en España en cuanto a la celebración del matrimonio religioso, de vuelta a la cuestión de la “plurilegislación” en materia de nulidad, la particularidad procede, a nuestro entender, de lo previsto en el artículo 80 C.c. “Las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustados al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”⁵⁹, por lo que el reconocimiento de estas sentencias depende del *exequatur*⁶⁰. El precepto transcrito hace referencia al artículo 954 LEC, en concreto a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, Ley que si bien fue derogada por efecto de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, esta última excepciona, entre otras normas, los artículos 951 a 958, sobre eficacia en España de sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales extranjeros. Estos preceptos permanecieron en vigor hasta la entrada en vigor de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil⁶¹, norma que de acuerdo con su Exposición de Motivos, resulta una solución *subsidiaria a las normas internacionales e internas especiales*⁶².

La norma de referencia en estos casos sería entonces el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental⁶³. Esta norma, que entre otras cuestiones, establece la competencia en materia de nulidad matrimonial⁶⁴, supone para los Estado miembros la sustitución de los convenios existentes celebrados entre dos o más Estados miembros en el momento de su entrada en vigor, relativos a materias que en él se regulan (art. 59), si bien el propio Reglamento menciona de manera singularizada los Tratados con la Santa Sede de alguno de los Estados Miembros (art. 63), entre otros del Estado español, en cuyo caso, *se reconocerá en las condiciones previstas en la sección 1 del capítulo III del Reglamento*⁶⁵. El Reglamento prevé que las resoluciones de nulidad dictadas por los tribunales

⁵⁹ Redacción dada por la Ley 30/1981, de 7 de julio.

⁶⁰ AMO, Leon del, “Sentencias eclesiásticas de nulidad de matrimonio y sus efectos civiles”, *Colectión Canónica de la Universidad de Navarra* Sentencias relativas a la eficacia civil de resoluciones eclesiásticas. STC 150/1999, de 14 de septiembre (BOE núm. 250, de 19 de octubre de 1999); STC 6/1997, de 14 de enero (BOE núm. 39, de 14 de febrero de 1997).

⁶¹ BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

⁶² Los artículos 41 a 49 de la Ley 29/2015 son los encargados de regular las cuestiones generales sobre el reconocimiento de resoluciones y documentos extranjeros.

⁶³ <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:338:0001:0029:ES:PDF>>

⁶⁴ Artículos 3 a 7 del Reglamento (CE) 2201/2003.

⁶⁵ Artículo 63.2 Reglamento (CE) 2201/2003.

eclesiásticos podrán someterse a los mismos procedimientos y comprobaciones previstos en el Tratado celebrado entre el Estado español y la Santa Sede, el 3 de enero de 1979⁶⁶, con el compromiso por parte de España de transmitir a la Comisión copia del Tratado y la información relativa a eventuales denuncia o modificaciones del mismo⁶⁷. De esta suerte, todo parece que una vez homologadas por el Estado español las sentencias de nulidad matrimonial emitidas por el Tribunal eclesiástico, los demás Estados miembros la reconocerán sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno, idéntico compromiso de reconocimiento vincula al Estado español cuando estas sentencias han sido homologadas en Portugal o Italia (art. 21).

Introducido el elemento internacional, la pluralidad de situaciones que puede plantearse es muy amplia. En una enumeración, meramente ejemplificativa, pudiera darse, primero: nulidad matrimonial cuando los dos contrayentes tienen la nacionalidad española al tiempo de la celebración de matrimonio y al tiempo de la solicitud de la nulidad: matrimonio celebrado dentro de España o fuera de España conforme a la forma civil o religiosa prevista en nuestra legislación⁶⁸, o matrimonio celebrado fuera de España conforme a la legislación del país de celebración, atendiendo a si este matrimonio ha sido o no reconocido en nuestro país. Segundo: nulidad matrimonial cuando los dos contrayentes tienen la nacionalidad española al tiempo de la celebración de matrimonio, pero no al tiempo de la solicitud de la nulidad matrimonial, o viceversa. Tercero: nulidad del matrimonio celebrado entre un nacional y un extranjero o entre dos extranjeros, cuando han contraído matrimonio en España por una de las formas reconocidas en nuestro derecho o han celebrado el matrimonio en el extranjero por las formas propias de otro Estado, atendiendo también a si el matrimonio ha sido o no reconocido en España. Cuarto: supuestos de doble nacionalidad en uno o ambos cónyuges... Si bien, ante esta pluralidad de situaciones propuestas u otras que se pudieran plantear, la solución es única en nuestro Código: se resolverá conforme a la ley de celebración del matrimonio⁶⁹, sin que se haya

⁶⁶ Artículo VI.2 Los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho Canónico, podrán acudir a los Tribunales Eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. A solicitud de cualquiera de las Partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal Civil competente.

⁶⁷ Artículo 63.5 Reglamento (CE) 2201/2003.

⁶⁸ Artículo 49 C.c., la redacción dada a este artículo por la ley 15/2015 no entra en vigor hasta el 30 de junio de 2017.

⁶⁹ Para el caso de concurrir un elemento extranjero, por ejemplo, uno o ambos cónyuges sean de nacionalidad extranjera, las normas del Código civil relativas al Derecho internacional privado, en el artículo 9.2 del Código civil en su párrafo segundo remite al artículo 107 C.c., remisión que nos devuelve al punto de partida, la referencia a la norma de celebración efectuada en el artículo 107.1 C.c. hasta ahora analizada.

dado sin que se haya dado desde Europa una solución precisa al conflicto guiada, entendemos, por la máxima de que si no se ha regulado de manera unitaria en materias relativas a la forma de celebración del matrimonio, no parece oportuno que se regule sobre la ley aplicable a la nulidad de los matrimonios celebrados.

4. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA SEPARACIÓN Y AL DIVORCIO LEGAL

En el caso de la separación o el divorcio legal la remisión que el artículo 107.2 C.c. hace a las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado se entiende en tanto en cuanto exista un elemento extranjero en el matrimonio, un conflicto de Leyes externas, sin que afecte a la respuesta dada a los casos en los que el matrimonio que desee separarse o divorciarse carezca de elemento extranjero alguno, esto es, cuando se trate de dos nacionales, residentes en España, lo que nos conduce a las normas internas. La casuística puede ser muy diversa:

4.1. SUPUESTOS DE MATRIMONIOS CELEBRADOS ENTRE DOS CIUDADANOS DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA

4.1.1 En el supuesto de que ambos cónyuges sean nacionales de origen puede suceder

a) Que hayan celebrado su matrimonio en España o fuera de España conforme a las normas de nuestro Estado y residan en España

En estos casos el régimen jurídico aplicable a la separación o al divorcio sería el propio del ordenamiento jurídico español. Si bien, es importante plantearse si España es un Estado “plurilegislativo” sobre este particular, esto es, si coexisten diversos sistemas normativos para regular esta materia o no. En caso afirmativo, habría que dilucidar acerca de la aplicación de las normas del Código civil o si serían las propias de *los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes* (art.13.2 C.c.⁷⁰), dado que la vecindad civil de los contrayentes, nacionales españoles, no se altera por razón de matrimonio (art. 14. 4 C.c.⁷¹).

⁷⁰ Redacción dada por Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código civil (BOE núm. 163, de 9 de julio de 1974).

⁷¹ Redacción dada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo (BOE núm. 250, de 18 de octubre de 1990). Con anterioridad el Código ordenaba que la mujer casada seguiría la condición del marido, y los hijos no emancipados, la de su padre, y, en defecto de éste, la de su madre, solución que no se modifica con la reforma realizada por el Decreto 1836/1974.

Si atendemos al dato de que este estudio se orienta al examen de la ley aplicable a la separación y al divorcio y no a sus efectos personales o patrimoniales sobre los cónyuges, habría que concluir descartando la existencia de conflicto de normas internas, pues España sobre este particular no es un Estado “plurilegislativo”, como sí lo es en relación con los efectos de la separación o el divorcio o, en otro orden de cosas, por ejemplo, en el supuesto de la sucesiones hereditarias.

Así, si se tratara de analizar los “efectos” de la separación o el divorcio entre españoles (y no la ley aplicable a la separación o al divorcio) se abriría un juego de remisiones de normas que se iniciaría en el artículo 16.3 C.c.⁷² cuando ordena que *Los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 y, en su defecto, por el Código Civil.*

De acuerdo con el artículo 9.2 C.c.⁷³. *Los efectos del matrimonio se registrarán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.*

Y en el párrafo segundo se ordena que *La nulidad, la separación y el divorcio se registrarán por la ley que determina el artículo 107*. Remisión al artículo 107 C.c., en concreto a su número 2, que para el caso de divorcio o separación de nacionales entendemos que no puede ser tenida en consideración, ante la falta de conflicto interno sobre ley aplicable a la separación y al divorcio.

Caso de tratarse de un cónyuge, o ambos, extranjeros, y en atención a la ley aplicable a la separación o al divorcio, es cuando toma relevancia el segundo párrafo del artículo 9.2 y su remisión al artículo 107.2 C.c., pues permite resolver el conflicto de leyes externa que se plantea⁷⁴ de suerte que *La separación y el divorcio legal se registrarán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado*⁷⁵. Lo que directamente nos lleva al ámbito

⁷² Redacción dada por la Ley 11/1990.

⁷³ Redacción dada al artículo 9.2 C.c. por la Ley 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE, núm. 234, de 30 de septiembre de 2003) mantenida luego por las reformas introducidas en este artículo por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007) y por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015). Fue la ley 11/1990 la que introdujo la remisión a lo regulado en el artículo 107 C.c., pero solo para la separación y el divorcio, la nulidad se incorpora en la reforma del año 2003.

⁷⁴ Redacción dada por la Ley 15/2015, en vigor desde el 23 de julio de 2015.

⁷⁵ Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 15/2015, el Código civil ordenaba, de

de aplicación del Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en cuanto a la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

En definitiva, la remisión al artículo 107 C.c. no debe tenerse en consideración en el supuesto de ley aplicable para la separación o el divorcio de matrimonios entre nacionales con diferente vecindad civil, conflicto de leyes interna, porque “España es un Estado miembro participante en el que no existe pluralidad de normas sobre divorcio y separación legal, al ser aplicable una única normativa, la del Código Civil, en todo el territorio del Estado por lo que no es de aplicación en nuestro país el artículo 16 del Reglamento 1259/2010, que se refiere a los conflictos internos de leyes, con independencia de que a estos ningún Estado miembro está obligado a aplicar el Reglamento”⁷⁶. Compartimos la idea de que de ser España un Estado “plurilegislativo” en esta cuestión, podría adoptar la decisión, y a eso parece que invita la letra del artículo 107.2 C.c., de aplicar al conflicto de leyes internas las soluciones previstas por el Reglamento UE para el conflicto de leyes externas, pero ni el Reglamento UE obliga a ello a

acuerdo con la Ley 11/2003:

“1. La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración.

2. La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado. En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España:

a) Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.

b) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.

c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público.”

La redacción de este precepto tiene su origen más próximo en la modificación introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981):

“La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes.

Las sentencias de separación y divorcio dictadas por Tribunales extranjeros producirán efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

⁷⁶ ALCOLADO CHICO, María Teresa, “La nueva normativa conflictual europea sobre divorcio y separación judicial. Ante la aplicación a España del Reglamento (UE) 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010”, *Revista Jurídica de Asturias*, nº. 36, 2013, pp. 37 a 59, esp. p. 46. En el mismo sentido OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, “La nueva regulación de la Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España”, <http://eprints.ucm.es/23222/2/Reglamento_Roma_III.pdf>.

los Estados miembros, ni España necesita tomar esta decisión, pues no es un Estado con diversidad de normas aplicables a la separación y al divorcio. La discrepancia, como ya hemos señalado, en el orden interno se produce en el ámbito de los efectos patrimoniales y personales relativos a la demanda de separación y divorcio pero no en atención a la norma aplicable a la propia separación o divorcio.

El citado Reglamento UE 1259/2010, conocido como Reglamento Roma III, solo soluciona las cuestiones que afectan al conflicto de leyes externas aplicable a la separación y al divorcio, y deja fuera, como expresamente descarta el número 2 del artículo 1 del Reglamento: *la capacidad jurídica de las personas físicas; la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio; la nulidad matrimonial; el nombre y apellido de los cónyuges; las consecuencias del matrimonio a efectos patrimoniales; la responsabilidad parental; la obligación alimentaria y los fideicomisos de residuo*⁷⁷.

Hay que concluir que, hasta el momento, las diferencias en la cuestión de la separación y el divorcio entre el Derecho común y los Derechos forales van en la línea de los efectos y no en la determinación de la ley aplicable a la separación y el divorcio por lo que el artículo 107.2 C.c. no interviene en este caso.

b) Otra posibilidad es que los miembros de la pareja, ambos de nacionalidad española de origen y residentes en España, hayan celebrado el matrimonio en el extranjero conforme a un régimen jurídico extranjero⁷⁸. Este sería el caso de una pareja de nacionalidad española de confesión musulmana que decidiera celebrar su matrimonio en un país de honda raigambre musulmana, con el deseo de casarse bajo una fórmula matrimonial que responda fielmente a sus convicciones religiosas. Cierto es que España reconoce la validez de los matrimonios celebrados en nuestro país bajo el rito musulmán⁷⁹, pero no es menos cierto que los matrimonios celebrados en nuestro Estado en cualquiera de las formas religiosas reconocidas no generan más efectos que los propios del matrimonio civil (art. 60.1 C.c.)⁸⁰, por ende, todos los matrimonios pueden ser disueltos⁸¹,

⁷⁷ Son otros Reglamentos de la Unión Europea los encargados de resolver el conflicto de normas que se origina sobre los efectos personales y patrimoniales de la separación legal o del divorcio. De forma clara puede consultarse el estado de la cuestión en el *Manual de Derecho Internacional Privado*, RODRÍGUEZ BENOT, Andrés (Dir.), segunda edición, Tecnos, Madrid, 2015.

⁷⁸ Posibilidad reconocida en el artículo 49 C.c., hay que hacer notar que la vigente redacción del precepto ha sido modificada por la Ley 15/2015, cuya entrada en vigor queda pospuesta, en principio, hasta el 30 de junio de 2017.

⁷⁹ Artículo 60 del Código civil redactado conforme a la Ley 15/2015, vigente desde el 23 de julio de 2015.

⁸⁰ Art. 60.1 C.c. El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de otras formas religiosas previstas en los acuerdos de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas produce efectos civiles. Si bien, para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil.

⁸¹ Por un sistema de divorcio no causal desde la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y

aunque la forma religiosa elegida no reconozca o prohíba expresamente dicha posibilidad.

En este caso la situación cambia en atención a si los esposos han seguido o no los trámites del reconocimiento de su matrimonio en España⁸², país en el que residen. En el caso de que lo hayan hecho, quedarían sometidos al Derecho español, en cuanto a la norma aplicable a la separación o al divorcio, sin perjuicio de que esta resolución sea o no reconocida por el Estado en el que se celebró el matrimonio. Por el contrario, en los supuestos en los que los contrayentes decidieran no reconocer el matrimonio en nuestro Estado, mantendrían su estado civil original, previo al matrimonio celebrado en el extranjero.

4.1.2. Matrimonios entre dos nacionales españoles en el que uno, o los dos, son nacionales de forma derivativa, por ejemplo, por residencia

Con independencia de la norma por la que hubieran contraído matrimonio, dentro o fuera de España, y de la nacionalidad que se ostentara en el momento de prestar el consentimiento matrimonial, lo cierto es que si al tiempo de la separación o el divorcio la demanda presentada en España lo es de dos nacionales españoles, residentes en nuestro país, la norma aplicable a la separación o al divorcio es la vigente en España.

Esta solución puede tener como resultado que se aplique a la separación y al divorcio unas normas con las que los cónyuges no se sienten identificados porque no responden a su nacionalidad de origen, por la que se celebró el matrimonio. Cierto es que han optado por la nacionalidad española, pero quizás no pensaron en las consecuencias que esto podría tener ante una hipotética, pero ahora cierta, ruptura matrimonial. De suerte que la norma finalmente aplicable a la separación o el divorcio no guarda relación con la norma de celebración del matrimonio, ni con las pautas seguidas en su país de origen, ni con las ideas e ideologías practicadas en el desarrollo de su vida matrimonial. Si bien, una consecuencia de la nacionalización es el sometimiento a las normas españolas

divorcio (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005).

⁸² De acuerdo con el Código civil el matrimonio de un español en el extranjero produce efectos en España desde su inscripción en el Registro civil, además el artículo 58 de la Ley del Registro Civil prevé que "12 [sic]. Si los contrayentes hubieran manifestado su propósito de contraer matrimonio en el extranjero, con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración o en forma religiosa y se exigiera la presentación de un certificado de capacidad matrimonial, lo expedirá el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario consular o diplomático del lugar del domicilio de cualquiera de los contrayentes, previo expediente instruido o acta que contenga el juicio del autorizante acreditativo de la capacidad matrimonial de los contrayentes." Y el artículo 59 de la misma Ley relativo a la inscripción del matrimonio ordena que el "2. El matrimonio celebrado ante autoridad extranjera accederá al Registro Civil español mediante la inscripción de la certificación correspondiente, siempre que tenga eficacia con arreglo a lo previsto en la presente Ley".

en este supuesto, lo que sin embargo, en atención a las circunstancias del caso y del ámbito tan personal al que se refiere puede generar un desapego o incompreensión con la solución jurídica dada, lo que podría salvarse si estuviera previsto, también en estos supuestos de nacionalidad sobrevenida, recurrir a soluciones propias de la autonomía de la voluntad, tal y como regula el Reglamento UE 1259/2010 (art. 5)⁸³.

En caso de ostentar la nacionalidad española, pero en un supuesto de doble nacionalidad (art. 11.3 Constitución Española), habría que valorar el contenido del tratado de doble nacionalidad en aras a determinar qué nacionalidad es preferida en cuestiones relacionadas con el estatuto personal y, *si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida* (art. 9.9 C.c.). Criterios que en el supuesto de matrimonio habría que combinar en atención a la nacionalidad o nacionalidades del otro cónyuge⁸⁴.

4.2. MATRIMONIO MIXTO O MATRIMONIO COMPUESTO POR DOS NACIONALES EXTRANJEROS

Cuando concurre un elemento extranjero entre los cónyuges que desean separarse o divorciarse habrá que observar lo previsto en el artículo 107.2 C.c. Resulta interesante en este punto recordar la trayectoria seguida por este artículo. En el año 2003⁸⁵ se modifica el precepto con el ánimo⁸⁶ de encontrar soluciones a aquellos divorcios planteados en España cuando la ley personal que

⁸³ DIAGO DIAGO, M^a Pilar, “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”, *op. cit.*

⁸⁴ Para ver esta cuestión con más detenimiento vid CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “La ley aplicable a la separación y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre 2010”, *op. cit.*, esp. pp. 81-83.

⁸⁵ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE, núm. 234, de 30 de septiembre de 2003).

⁸⁶ Así queda justificado en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003 “Con el objetivo de mejorar la integración social de los inmigrantes en España y de garantizar que disfrutaran de semejantes derechos a los nacionales, se aborda una reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio para garantizar la protección de la mujer frente a nuevas realidades sociales que aparecen con el fenómeno de la inmigración. En concreto, se modifica, siguiendo los trabajos realizados por la Comisión General de Codificación, el artículo 107 del Código Civil para solventar los problemas que encuentran ciertas mujeres extranjeras, fundamentalmente de origen musulmán, que solicitan la separación o el divorcio. El interés de una persona de lograr la separación o el divorcio, por ser expresión de su autonomía personal, debe primar sobre el criterio que supone la aplicación de la ley nacional. Y sucede que, en estos casos, la aplicación de la ley nacional común de los cónyuges dificulta el acceso a la separación y al divorcio de determinadas personas residentes en España. Para ello, se reforma el artículo 107 del Código Civil estableciendo que se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o residente en España, con preferencia a la ley que fuera aplicable si esta última no reconociera la separación o el divorcio, o lo hiciera de forma discriminatoria o contraria al orden público”.

resultara aplicable no permitiera el divorcio o lo hiciera de forma discriminatoria para la mujer⁸⁷. Lo ordenado en este artículo, formalmente vigente hasta el 22 de julio de 2015, queda sin fuerza normativa tras la fecha de aplicación del Reglamento UE 1259/2010, el 21 de junio de 2012, y ello a pesar de que la letra del precepto permanece inalterada hasta la reforma realizada por la Ley 15/2015, en vigor desde el 23 de julio de 2015. Por tanto, la reforma del año 2015 no supone ninguna novedad en este punto, tan solo realiza una adaptación del Código civil al que ya era Derecho vigente en España desde la fecha de aplicación del Reglamento UE 1259/2010 a mediados del año 2012.

De acuerdo con lo contenido en el artículo 5 del citado Reglamento UE, se continúa en la línea de otorgar un particular protagonismo a la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de familia, pues de acuerdo con el número primero “Los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial” aunque su libertad queda constreñida a la necesaria elección de una de las siguientes leyes:

a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio;

b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio;

c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o

d) la ley del foro.

Para el caso de que la elección no hubiese sido realizada o no cumpliera con las pautas previstas, el Reglamento resuelve en el artículo 8 que el divorcio o la separación judicial estarán sujetos a la Ley del Estado:

a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto,

b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto;

c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto,

d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda.

⁸⁷ Aunque referido a divorcios declarados en el país de origen, se evidencia la discrepancia de criterios aplicables en orden a la separación y divorcio con según qué países y el trato discriminatorio que para la mujer puede suponer en ocasiones la aplicación de su ley personal, *vid.* AGUILAR GRIENDER, Hilda, “El reconocimiento en los Estados de acogida de inmigrantes de los divorcios y repudios pronunciados en países árabes”, LAUREANO DOMÍNGUEZ, Lorena, MALDONADO ACEVEDO, Ana y MESA GONZÁLEZ, Cinta (Eds), *Experiencias de Género*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2015, pp. 303-325.

Queda pues patente la importancia del juego de la autonomía de la voluntad en el caso de concurrir un nacional extranjero (matrimonios mixtos) o ambos de nacionalidad extranjera, mientras que de tratarse de un matrimonio formado por dos nacionales españoles, la aplicación de las normas previstas en el Código civil resulta ineludible, no considerándose válido los pactos que excluyan la misma, en su consideración de derecho indisponible⁸⁸.

5. PRINCIPALES MODIFICACIONES TRAS LAS REFORMAS DEL AÑO 2015

El año 2015 ha sido un año cargado de reformas para el Código civil que han afectado especialmente al matrimonio, la separación y el divorcio legal⁸⁹.

Una de las modificaciones que ha tenido mayor eco fuera de los entornos estrictamente jurídicos ha sido la posibilidad de casarse y divorciarse ante Notario⁹⁰, fruto de los cambios aprobados en la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria. En el caso del divorcio y la separación legal se continúa por la senda *desjudicializadora*⁹¹ que inspirara la Ley del Registro Civil de 2011. En paralelo con las situaciones de crisis matrimonial, se establece la capacitación de los Notarios no solo para disolver el vínculo sino también para la celebración del mismo, y para el examen previo de los requisitos de capacidad de los contrayentes, si bien la entrada en vigor de todos estos artículos no son, *a priori*, coincidentes.

5.1. ACTA O EXPEDIENTE MATRIMONIAL PREVIO

De acuerdo con la nueva redacción dada al artículo 51.1 del Código civil por la Ley 15/2015:

“La competencia para constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimo-

⁸⁸ Cuestión diversa sería el caso de un matrimonio formado por dos españoles que residiera en un país extranjero, e iniciaran en ese Estado su proceso de divorcio o separación, en estas circunstancias en atención al elemento extranjero podrían hacer uso de la autonomía de la voluntad en la elección del Derecho aplicable.

⁸⁹ Ley 15/2015 modifica en materia de matrimonio los artículos del Código civil: 49, 51, 52, 53, 55, 56, 57 y 58, en matrimonio de forma religiosa 60, 62, 63 y 65 ; en materia de separación los artículos 81, 82, 83 y 84 y en materia de divorcio los artículos 87 y 89. El título competencial para la modificación resulta al amparo del artículo 149.1.8 C.E. (competencia exclusiva del Estado).

⁹⁰ Esta reforma supone la atribución de competencias compartidas entre los Letrados de la administración de justicia (antes secretarios judiciales) y Notarios en materia de separación y divorcio de mutuo acuerdo en los casos de falta de hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependen de ellos.

⁹¹ En palabras de la propia Exposición de Motivos de la Ley 15/2015 “la regulación de la separación y el divorcio de mutuo acuerdo de los cónyuges sin hijos menores de edad fuera del ámbito judicial, atribuyendo al Secretario judicial y al Notario las funciones que hasta ahora correspondían al juez y que también conllevan una reforma de la ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil, de la LEC y de la Ley del Notariado”.

nio corresponderá al Secretario judicial, Notario o Encargado del Registro Civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil si residiesen en el extranjero”.

Si bien la entrada en vigor de esta norma está prevista para el 30 de junio de 2017, hasta entonces la Ley de la Jurisdicción voluntaria ordena un régimen transitorio, vigente desde el 23 de julio de 2015 al 29 de junio de 2017. De acuerdo con su Disposición Transitoria cuarta, número 2:

“Los expedientes matrimoniales que se inicien antes del 30 de junio del 2017 se seguirán tramitando por el Encargado del Registro Civil conforme a las disposiciones del Código Civil y de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957”

Esto es, como si nada hubiera cambiado por el momento. Será a partir de finales de junio de 2017 cuando entren también en vigor preceptos como el artículo 56 C.c., que establece que:

“«Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código.

Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.”

Para una completa visión de esta cuestión hay que recurrir a lo previsto en la Ley del notariado para el acta matrimonial previa y para la escritura pública de celebración del matrimonio, preceptos que también han sido reformados por la Ley de la jurisdicción voluntaria, cuya entrada en vigor está prevista para este concreto asunto para el 30 de junio de 2017, coincidiendo con la entrada en vigor de la Ley del Registro civil. Así el artículo 51 de este cuerpo legal prevé que:

“1. Los que vayan a contraer matrimonio para el que se precise acta en la que se constate el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes, la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio, deberán instar previamente su tramitación ante el Notario que tenga su residencia en el lugar del domicilio de cualquiera de ellos.

2. La solicitud, tramitación y autorización del acta se ajustarán a lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil y, en lo no previsto, en esta Ley.”

Queda por último completar esta cuestión con lo que sobre el particular ordena la Ley 20/2011, del Registro civil, vigente también a partir del 30 de junio de 2017. Especialmente interesante resulta lo previsto en el artículo 58,

modificado por la Ley 15/2015, a cuyo texto, anteriormente transcrito, nos remitimos, en concreto a los números 2 a 7.

A la vista de todo lo expuesto, y una vez entre en vigor la Ley del Registro Civil el 30 de junio de 2017, llama la atención la pluralidad de sujetos que a partir de ese momento resultarán habilitados para tramitar y expedir el correspondiente certificado o acta previa al matrimonio, y su relación posterior con los habilitados para la celebración del matrimonio que más adelante analizaremos. No sabemos si esta pluralidad de sujetos competentes permitirá en la práctica una uniformidad de criterio en todos los órdenes (por ejemplo, en la tramitación previa de los matrimonios mixtos). Otra solución posible hubiese sido seguir en la línea de lo que venía sucediendo hasta ahora, de suerte que con independencia de la pluralidad de sujetos habilitados para la celebración del matrimonio, solo los encargados del Registro civil estuviesen habilitados para la tramitación y expedición del expediente matrimonial previo, lo que parece que favorecería la homogeneidad en la toma de decisiones. En cualquier caso, y de haber sido esta la solución, tampoco se conocería a día de hoy quién se encargaría efectivamente de esta cuestión, pues no se ha decidido aún a cargo de qué profesionales quedarán los Registros civiles en España. En el pasado, hubo un intento fallido de que fueran los Notarios los que se responsabilizaran de esta gestión. En un ejercicio de imaginación, podemos plantearnos la posibilidad de que las conversaciones se retomaran nuevamente con los Notarios, una vez iniciada la undécima legislatura y tras el bloqueo de las negociaciones con los Registradores, y que se volviera al punto de partida y que fuesen los Notarios quienes se hicieran responsables de los Registros civiles. De ser así, se obtendría un protagonismo total en materia de matrimonio, pues recaería sobre ellos no solo la posibilidad de instruir y expedir el acta matrimonial, además de celebrar el matrimonio, sino también la inscripción del mismo, sin perjuicio de la posibilidad, en el futuro, y bajo determinadas premisas, de actuar sobre el divorcio y su inscripción. Pero como advertimos, no deja de ser un simple ejercicio de imaginación.

A la vista de las competencias que efectivamente sí asumen los Notarios de acuerdo con la ley 15/2015 algún sector se cuestiona si el retraso ahora no podría venir de la mano de este colectivo, a la luz de la cantidad de nuevas funciones asumidas tras las múltiples reformas aprobados en el año 2015.

5.2. CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

De acuerdo con la redacción dada al artículo 51.2 C.c. por la Ley 15/2015, “Será competente para celebrar el matrimonio: “1.º El Juez de Paz o Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien éste delegue. 2.º El Secretario judicial o Notario libremente elegido por ambos con-

trayentes que sea competente en el lugar de celebración. 3.º El funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil en el extranjero.”⁹²

Es la propia Ley 15/2015 la que en su disposición final vigésima primera, bajo la rúbrica de “entrada en vigor”, en su número 3, expresamente determina que:

“Las modificaciones de los artículos 49, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 62, 65 y 73 del Código Civil contenidas en la Disposición final primera, así como las modificaciones de los artículos 58, 58 bis, disposición final segunda y disposición final quinta bis de la Ley 20/2011, de 22 de julio, del Registro Civil, incluidas en la disposición final cuarta, relativas a la tramitación y celebración del matrimonio civil, que entrarán en vigor el 30 de junio de 2017.”

Todo hace apuntar que esta es la fecha elegida, el 30 de junio de 2017, y no otra, para entender competentes a los Notarios para celebrar matrimonios, sin embargo, este periodo inicial de *vacatio legis* se ve alterado como resultado de la consulta elevada al Consejo General del Notariado por dos Magistrados de los Registros Civiles Exclusivos de Madrid y Sevilla acerca de la posibilidad de celebración de matrimonios notariales desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Ley 15/2015, el 23 de julio de 2015. Consulta que se resuelve positivamente el 21 de julio de 2015, por circular aprobada por el Consejo General del Notariado, y que se confirma más tarde por la instrucción de la DGRN⁹³ de 3 de agosto del mismo año.

En ambos pronunciamientos se declara la capacitación de los Notarios para celebrar matrimonios desde la fecha de la entrada en vigor de la ley 15/2015, esto es, desde el 23 de julio de 2015⁹⁴, y no a partir del 30 de junio de 2017 como inicialmente pareciera. La Instrucción de la DGRN trata de resolver una duda de interpretación entre lo contenido en la Disposición Transitoria 4 y la

⁹² Mención especial merecen los cambios producidos en la regulación de la celebración del matrimonio en peligro de muerte: artículo 52 C.c. redactado conforme a la Ley 15/2015 y artículo 52.3 Ley del Notariado, modificado por la misma norma.

“Podrán celebrar el matrimonio del que se halle en peligro de muerte:

1.º El Juez de Paz, Alcalde o Concejal en quien delegue, Secretario judicial, Notario o funcionario a que se refiere el artículo 51.

2.º El Oficial o Jefe superior inmediato respecto de los militares en campaña.

3.º El Capitán o Comandante respecto de los matrimonios que se celebren a bordo de nave o aeronave.

El matrimonio en peligro de muerte no requerirá para su celebración la previa tramitación del acta o expediente matrimonial, pero sí la presencia, en su celebración, de dos testigos mayores de edad y, cuando el peligro de muerte derive de enfermedad o estado físico de alguno de los contrayentes, dictamen médico sobre su capacidad para la prestación del consentimiento y la gravedad de la situación, salvo imposibilidad acreditada, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 65”.

⁹³ Instrucción de la DGRN que sigue la senda de lo establecido en la Circular 1/2015, de 21 de julio del Consejo General del Notariado <http://www.unidad-de-accion.com/doc/Circular1-2015_celebracion_matrimonio_Notario.pdf>.

⁹⁴ Según informa la página web de Notarios y Registradores, el primer matrimonio notarial se celebró en el mes de noviembre de 2015 ante el Colegio Notarial de Madrid.

disposición final de la Ley 15/2015. Circunstancia que no afecta a lo previsto a propósito de la tramitación del expediente o del acta matrimonial cuya entrada en vigor queda efectivamente pospuesta hasta mediados de 2017.

El argumento que sostiene la válida celebración de los matrimonios notariales desde julio de 2015 lo encuentra la DGRN en la Disposición transitoria cuarta, párrafo segundo de la Ley 15/2015, relativa al *Expedientes de adopción y matrimoniales* que establece que resuelto favorablemente el expediente matrimonial por el Encargado del Registro Civil, conforme a lo ordenado en la transitoria (expedientes tramitados entre el 23 de julio de 2015 y el 29 de junio de 2017), el matrimonio se podrá celebrar, a elección de los contrayentes, ante:

1.º *El Juez Encargado del Registro Civil y los Jueces de Paz por delegación de aquél.*

2.º *El Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien éste delegue.*

3.º *El Secretario judicial o Notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración.*

4.º *El funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil en el extranjero.*

En cuanto a la forma de prestar el consentimiento, aclara que:

La prestación del consentimiento⁹⁵ deberá realizarse en la forma prevista en el Código Civil y en la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, con las especialidades que se establecen en esta disposición.

El matrimonio celebrado ante el Encargado del Registro Civil, Juez de Paz, Alcalde o Concejal en quien este delegue o ante el Secretario judicial se hará constar en acta; el que se celebre ante Notario constará en escritura pública. En ambos casos deberá ser firmada, además de por aquel ante el que se celebra, por los contrayentes y dos testigos.

Quedan pues legitimados para la celebración del matrimonio los Letrados de la administración de justicia y los Notarios sin necesidad de esperar al 30 de junio de 2017. Lo que supone el efecto, entendemos, de adelantar la entrada en vigor no solo de este precepto (art. 51.2 C.c.), sino de otros preceptos que resultan vinculados con este, aunque estuviera prevista su entrada en vigor a me-

⁹⁵ *La prestación de consentimiento por los contrayentes deberá sujetarse a las reglas previstas en el Código civil, según la redacción actualmente vigente, y en la Ley del Registro Civil de 1957. Por tanto:*

Es de aplicación el artículo 58 del Código civil que exige que el notario, con carácter previa a la prestación del consentimiento, dé lectura a los artículos 66, 67 y 68 del Código civil.

El notario deberá preguntar expresamente si los contrayentes consienten en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo contraen en dicho acto.

Si a tales cuestiones se contesta afirmativamente, el notario declarará que los mismos quedan unidos en matrimonio, procediendo a autorizar escritura pública donde se recojan los hechos relativos a la celebración del matrimonio y el consentimiento de los contrayentes.

diados de 2017. Así sucede con el artículo 53 C.c. en su nueva redacción, o más claramente con el artículo 58 C.c. que ordena que:

“El Juez de Paz, Alcalde, Concejal, Secretario judicial, Notario o funcionario, después de leídos los artículos 66, 67 y 68, preguntará a cada uno de los contrayentes si consiente en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo contrae en dicho acto y, respondiendo ambos afirmativamente, declarará que los mismos quedan unidos en matrimonio y extenderá el acta o autorizará la escritura correspondiente.”

Hasta el 29 de junio de 2017 los expedientes previos al matrimonio serán tramitados conforme a lo ordenado en la Ley del Registro civil de 1957, será después de la entrada en vigor de la Ley del Registro civil de 2017 cuando al aumento de autoridades celebrantes del matrimonio en forma civil (vigente desde 2015) se una la pluralidad de emisores de actas o expedientes matrimoniales previo, lo que podría generar una cierta dificultad a la hora de combinar ambas fases del matrimonio: la tramitación del acta o expediente previo y la celebración del matrimonio. De acuerdo con lo ordenado en los artículo 57 C.c. y 58 Ley del Registro civil, la autoridad que haya tramitado el acta o expediente condiciona a la postre la autoridad que celebre el matrimonio.

Según el artículo 58 LRC

- Si el expediente lo tramita y expide favorablemente el Letrado de la administración de justicia, el matrimonio se puede celebrar, a elección de los contrayente, ante el mismo u otro Letrado de la administración de justicia, el Juez de Paz, el Alcalde o el Concejal en quien delegue
- Si el expediente lo tramita y expide favorablemente el encargado del Registro civil, el matrimonio, por designación de los contrayentes, debe celebrarse ante el Juez de Paz, Alcalde o Concejal en quien delegue.
- Si el acta la tramita y expide favorablemente el Notario, corresponde a los contrayentes decidir si prestan su consentimiento matrimonial ante el mismo Notario u otro distinto, el Juez de Paz, Alcalde o Concejal en quien éste delegue.

De esta combinación se deduce, que el Notario una vez que entre en vigor las normas sobre tramitación de expediente o acta previo al matrimonio en 2017, solo podrá celebrar válidamente el matrimonio si él u otro notaria ha tramitado y expedido el acta, mientras que hasta el 29 de junio de 2017 estará celebrando matrimonios cuyo expediente matrimonial lo ha tramitado el encargado del Registro civil ¿por qué no permite la norma a partir del 30 de junio de 2017 que pueda luego casar a parejas que hayan tramitado el expediente ante otra autoridad? Se cuestionan algunos Notarios⁹⁶ el porqué de este

⁹⁶ CARMELO LLOPIS, José, Notario <<http://www.notariallopis.es/blog/i/1293/73/la-futura-regulacion-del-expediente-matrimonial-hecho-ante-notario>>.

sin sentido, pero en nuestra opinión quizás la causa no haya que buscarla en la letra de la norma, sino en la instrucción de la DGRN que anticipa la validez de los matrimonios notariales al 23 de julio de 2015, en contra de lo previsto en la norma de entrada en vigor de la Ley 15/2015. Llamamos también la atención a los Notarios sobre el tema de que si solo puede celebrarse un matrimonio notarial si el acta previa la tramitó un Notario, sin embargo, tramitada el acta ante el Notario los contrayentes pueden decidir si celebran el matrimonio ante Notario o ante otra autoridad, por ejemplo, ante el Alcalde.

5.3. INSCRIPCIÓN DEL MATRIMONIO

El matrimonio celebrado ante Juez de Paz, Alcalde o Concejal en quien este delegue o ante el Letrado de la administración de justicia se hará constar en acta; el que se celebre ante Notario constará en escritura pública. En ambos casos deberá ser firmada, además de por aquel ante el que se celebra, por los contrayentes y dos testigos.

Extendida el acta o autorizada la escritura pública, se entregará a cada uno de los contrayentes copia acreditativa de la celebración del matrimonio y se remitirá por el autorizante, en el mismo día y por medios telemáticos, testimonio o copia autorizada electrónica del documento al Registro Civil para su inscripción, previa calificación del Encargado del Registro Civil.

5.4. SEPARACIÓN Y DIVORCIO NOTARIAL

La posibilidad del divorcio notarial incorporada por la Ley de la Jurisdicción voluntaria⁹⁷ determina la modificación no solo del código civil, sino también de la LEC y de la legislación notarial, estas modificaciones no plantean problema en cuanto a su entrada en vigor, prevista para el 23 de julio de 2015. De acuerdo con lo ordenado en el artículo 82 C.c.:

“1. Los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el artículo 90. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de separación.

Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por Letrado en ejercicio, prestando

⁹⁷ CERDERIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, “Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario en el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria: su elogio, no exento de crítica”, *Revista de Derecho Privado*, n° 98, mes 3-4, 2014, pp. 97-115.

su consentimiento ante el Secretario judicial o Notario. Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Secretario judicial o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar.

2. No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores.”

Por su parte el artículo 54.2 de la Ley del Notariado establece que para la celebración de la separación legal o el divorcio ante Notario es necesaria la presencia de ambos cónyuges con asistencia de letrado que debe estar también en el momento de la firma. En virtud de lo ordenado en el artículo 83 C.c. el otorgamiento de la escritura pública en la que se recoge la prestación con el consentimiento de ambos cónyuges, la firmeza de la sentencia o el decreto producen los efectos legales de la separación, sin perjuicio de que se haga depender de la inscripción su plena eficacia frente a terceros de buena fe. Estas previsiones han de tenerse también en cuenta en el caso de divorcio, *ex* artículos 87 y 89 C.c.

Elevada escritura pública se comunicará al Registro civil, si bien la entrada en vigor de la norma se ha anticipado a la adaptación de los medios técnicos necesarios, por lo que los Notarios han resuelto que, aunque, “El nuevo artículo 61 de la Ley del Registro Civil establece que se remita comunicación inmediata al Registro Civil por medios electrónicos, tras la autorización de la escritura. Dado que no existen aún esos medios, se incluye un requerimiento específico para el envío de la copia autorizada en papel. Debería hacerse, aunque sea en papel, el mismo día o al siguiente hábil de la escritura de divorcio, porque así lo establece el art. 61 para los envíos electrónicos.”⁹⁸

Una de las cuestiones más delicadas en el caso de separación o divorcio notarial es la necesidad de justificar adecuadamente la competencia con el fin de evitar impugnaciones en el futuro. En un estudio publicado en la web de los Notarios y Registradores⁹⁹ se reflexiona sobre el particular y se concluye la falta de competencia en casos:

- De hijos menores.
- De hijos con capacidad modificada judicialmente.
- Si la mujer estuviera embarazada (y si no lo sabe, invalidaría lo resuelto)
- Y plantean como dudoso el caso de si existen hijos menores o con capacidad modificada de uno solo de los cónyuges, si serían competentes los Notarios.

⁹⁸ <<http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/escritura-de-divorcio-ante-notario-de-mutuo-acuerdo/>>.

⁹⁹ <<http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/escritura-de-divorcio-ante-notario-de-mutuo-acuerdo/>>.

También expresan sus dudas sobre el mandato contenido en el artículo 90.2 C.c. que les permite a los Notarios y a los Letrados de la administración de justicia dar por terminado el expediente cuando bajo su criterio alberguen sospechas fundadas de que los extremos del convenio regulador presentado por los miembros de la pareja “pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados”.

“No obstante, la aplicación práctica de este párrafo puede ser problemática. Si un Notario deniega la autorización de la escritura, nada impediría a los otorgantes acudir a otro Notario competente que pueda tener una opinión distinta. Por ello, se hace constar en la escritura una mención a que anteriormente no se ha denegado el convenio por ningún Notario o secretario judicial.”¹⁰⁰

Interesa llamar la atención de manera especial sobre el hecho de que el legislador prevea la firma de los hijos mayores de edad o emancipados (art. 82 C.c.) que por carecer de medios propios y convivir en el domicilio familiar se vean afectados por la decisión de sus padres, habrá que esperar al desarrollo práctico de esta cuestión para conocer qué influencia puede tener la negativa injustificada de estos hijos a la firma del convenio ante Notario o si por esta vía pudieran encontrar mayores beneficios de los que venían hasta ahora obteniendo por la vía judicial.

5.5. OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS

La Disposición adicional cuarta de la Ley 15/2015 resuelve sobre: *Aranceles notariales y registrales*:

“El Gobierno aprobará en el plazo de tres meses a contar desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» los aranceles correspondientes a la intervención de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles respecto de los asuntos, actas, escrituras públicas, expedientes, hechos y actos inscribibles para los que resulten competentes conforme a lo dispuesto en esta Ley.”

Circunstancia que a día de hoy no se ha producido, pero en la que la Instrucción de la DGRN no encuentra inconveniente para la celebración de matrimonios por los Notarios que actuarán bajo *las reglas generales de las escrituras públicas sin base de cuantía*.

La Disposición final decimonovena. Gratuidad de determinados expedientes notariales (Ley 15/2015)

“1. Se reconocerán las prestaciones previstas en la normativa de asistencia jurídica gratuita referidas a la reducción de los aranceles notariales y registrales, la gratuidad de las publicaciones y, en su caso, la intervención de peritos, a los siguientes expedientes:

¹⁰⁰ <<http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/escritura-de-divorcio-ante-notario-de-mutuo-acuerdo/>>.

n. 2. Párrafo segundo: “Cuando se solicite el reconocimiento del derecho para la asistencia de Letrado en los casos de separación o divorcio ante Notario, la acreditación se realizará en la misma forma prevista en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.”

Disposición adicional primera. Referencias contenidas en la legislación. (Ley 15/2015)

“Las referencias que figuren en normas de fecha anterior a esta Ley a separación o divorcio judicial se entenderán hechas a separación o divorcio legal. En el mismo sentido las referencias existentes a «separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente» deberán entenderse a la separación notarial.”

El presente artículo se terminó de redactar en noviembre de 2015.

Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. XXXII (2016).