

DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO, INMIGRACIÓN Y FRAUDE DE LEY.

Josep M. MARTINELL
Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Lleida

SUMARIO

I.- Introducción.

II.- Funciones y objetivos del expediente matrimonial.

III.- Las motivaciones en la actuación de la Administración.

IV.- Dos momentos de inflexión en la persecución de los matrimonios celebrados en fraude de ley, a propósito del fenómeno de la inmigración.

1.- Instrucción de la DGRN de 09.01.1995.

2.- Resolución del Consejo de la Unión Europea de 04.12.1997 sobre las medidas que

deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos.

V.- Consideraciones sobre la “jurisprudencia administrativa” de la DGRN en la materia.

1.- Consideraciones generales.

2.- Referencia especial a la presunción de buena fe y al derecho a la intimidad.

VI.- Aportación de la doctrina de la DGRN en la construcción jurídica de la simulación

matrimonial en el Derecho civil.

1.- El estado de la cuestión en la reforma legislativa de 1981.

2.- La aportación doctrinal de la DGRN.

VII.- La simulación y el fraude de Ley por la vía de la eficacia civil del matrimonio en forma

religiosa.

1.- Planteamiento.

2.- El caso particular del matrimonio celebrado en forma canónica.

1 I.- INTRODUCCIÓN

El derecho a contraer matrimonio que en principio ostenta toda persona tiene, como es sabido, determinadas limitaciones cuya expresión legal más genuina la constituyen los llamados impedimentos matrimoniales. Pero sería un error pensar que dichos impedimentos constituyen la única forma de limitación del *ius connubii*. El conjunto de elementos que deben concurrir para la celebración de un válido matrimonio, conjugado con la dimensión pública de la institución, hace que se pueda impedir la celebración por motivos distintos. No siempre la actuación de la Administración en este punto ha sido legítima, y tenemos de ello algún ejemplo histórico, no tan lejano, como el de la interpretación del antiguo art. 42 del C.c. (anterior y posterior a la reforma de 1958) que llegó a convertir la prueba de la acatolicidad para contraer matrimonio civil en un impedimento y, con la inestimable ayuda de la jurisprudencia del momento, incluso en un impedimento dirimente. Y ello, por no referirnos a experiencias más cercanas, incluso post-constitucionales —y por eso mismo más lamentables— como las secuelas del impedimento civil de impotencia, en forma de prohibición matrimonial impuesta a los transexuales.

En otras ocasiones, nos encontramos —bien por prescripción legal, bien en virtud de determinados planteamientos doctrinales— ante cierta fuerza expansiva de los impedimentos en forma de prohibición, como expresión de cautela ante un matrimonio eventualmente nulo. Con todo, las soluciones legales o las propuestas doctrinales no van siempre en el mismo sentido. Así, en el Derecho canónico contrasta el principio general de que en caso de duda hay que estar por el derecho a contraer matrimonio —que es el criterio conforme al cual se ha venido interpretando el c. 1058 (1035 del CIC de 1917) y que tiene expresa positivización a propósito del impedimento de impotencia, en el sentido de que si el impedimento de impotencia es dudoso, con duda de hecho o de derecho, no se debe impedir el matrimonio, ni, mientras persista la duda, declararlo nulo (c. 1098,2)— con lo prescrito en el c. 1091,4 a propósito del impedimento de consanguinidad, conforme al cual nunca debe admitirse el matrimonio si existe alguna duda acerca de si las partes

son parientes en algún grado de línea recta o en segundo de línea colateral (hermanos).

El ordenamiento civil es menos explícito que el canónico en esta materia, pero puede plantear problemas semejantes. Entienden algunos que el Derecho no debe amparar, ni, por tanto, autorizar, la celebración de matrimonios probablemente nulos; de ahí que —por situarnos en un impedimento distinto— venga sosteniendo parte de la doctrina, en relación al impedimento de conyugido, que para prohibir el matrimonio basta la condena, aunque no sea firme, a que se refiere el art. 47 3º del C.c.. En principio, dicha posición doctrinal parte de que la sentencia ha de ser firme para que se pueda declarar la nulidad; pero, entendiendo que el impedimento incluye también el supuesto de que la sentencia firme condenatoria recaiga después de celebrado el matrimonio, en cuyo caso habría que declararlo nulo, concluye que si ya antes de la celebración ha recaído sentencia condenatoria, no firme, esa condena genera ya una presunción lo suficientemente fuerte para que deba impedirse el matrimonio, por causa de su más que probable nulidad.

Interpretaciones de semejante naturaleza surgen, en el ámbito doctrinal, no sólo a propósito de los impedimentos, sino también de otros requisitos para la validez del matrimonio. Por ejemplo, se ha conjeturado sobre las consecuencias jurídicas que haya de comportar el hecho de que el contrayente o contrayentes pretendan, en el acto formal de celebración del matrimonio civil, prestar un consentimiento condicionado. Una primera respuesta al caso nos llevaría a la aplicación del art. 45.2 del C.c. y tener la condición por no puesta; el autorizante debería, según eso, admitir el matrimonio y tener por prestado el consentimiento de manera pura y simple. Mas, no es seguro que dicha respuesta sea la que responda al espíritu de la ley. El art. 45.2 parece concebido más bien —acaso para desmarcar la legislación civil de ciertas causas de nulidad matrimonial propias del Derecho canónico— para subrayar que la condición no tendrá sus efectos propios y que además no se podrá alegar dicha condición (o término, o modo) como causa invalidante del consentimiento. Es decir, la cláusula legal estaría pensada para eludir los efectos de una hipotética reclamación “*a posteriori*” de quien afirmara e intentara probar que prestó un consentimiento matrimonial sujeto a condición (aunque fuera al margen del acto formal de celebración). En cambio, si la cuestión se plantea en su formulación actual (qué hacer ante el hecho de que en el acto formal de la celebración se pretenda

condicionar el consentimiento) podría considerarse que el autorizante no debe tener por prestado el consentimiento ni, por tanto, por celebrado el matrimonio, y ello en aplicación el art. 58 del C.c., el cual, ante la pregunta del autorizante acerca de si los contrayentes consienten en contraer matrimonio y si efectivamente lo celebran, sólo prevé una respuesta afirmativa, que habría de ser pura y simple. Aunque la solución se tiene por dudosa, he aquí un supuesto de no autorización del matrimonio, al margen de los llamados impedimentos matrimoniales, que cabe extraer de determinada interpretación doctrinal, con fundamento distinto al de los impedimentos.

Pasando al estadio de las prescripciones legales civiles, nos encontramos con ciertas limitaciones del *ius connubii* prescritas en disposiciones legales, distintas a los impedimentos. A veces, tales prescripciones se refieren a situaciones específicas. Tal es el caso del art. 56.2 del C.c., en cuya virtud, si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento. Entiendo que el legislador actúa aquí con sabia prudencia al no vincular la transgresión a un efecto invalidante (no se conceptúa, en definitiva, como impedimento en sentido estricto), por mucho que semejante transgresión pueda constituir un principio de prueba contrario a la validez del consentimiento. Pero sería, en su caso, la prueba de esa ineptitud —que no la transgresión misma— la posible causa de nulidad.

En otros casos, en cambio, la no autorización a celebrar determinado matrimonio puede derivar, bien de la propia lógica del incumplimiento de los requisitos específicamente exigidos —piénsese, por ejemplo, en el llamado matrimonio por apoderado—, bien de la normativa genérica alusiva la necesidad de que no concurra obstáculo legal alguno para el matrimonio, siendo así que el concepto de obstáculo legal es mucho más amplio que el de impedimento. Enseguida volveremos sobre el tema, a propósito de la función del expediente matrimonial.

Quedémonos, por el momento, con los siguientes postulados. Primero: el *ius nubendi* puede verse seriamente afectado no únicamente por los impedimentos matrimoniales, sino por otras muchas causas o motivos. Segundo: aunque algunas de estas causas no consistan en circunstancias o hechos legalmente objetivados como impedimentos matrimoniales, algunas de esas excepciones al *ius connubii* que no son impedimentos tienen directamente que ver con

circunstancias personales del contrayente; ejemplo paradigmático de ello es la prohibición de contraer por falta de la aptitud psíquica necesaria. Tercero: incluso las prohibiciones conceptualmente más alejadas de la idea de limitación del *ius connubii*, como sería la sospecha de que el consentimiento es simulado y el matrimonio es en fraude de ley —en que lo que se intenta impedir no es el matrimonio, sino precisamente el *no matrimonio con* apariencia de serlo—, el *ius connubii* puede quedar afectado a través de las diligencias y averiguaciones que se realizan en el expediente matrimonial, posibles recursos, etc., sobre todo cuando se demuestra que no había motivo para la prohibición. Nos referimos obviamente al retraso con que se autoriza el ejercicio del derecho, que puede consistir tanto en el retraso “administrativo” (diligencias en el expediente matrimonial, recurso), como en el que derive, en su caso, de la tramitación judicial, pues, los resuelto por la DGRN es sin perjuicio de lo que se pueda resolver por la vía judicial posterior.

II.- FUNCIONES Y OBJETIVOS DEL EXPEDIENTE MATRIMONIAL

A partir de los anteriores datos, detengámonos unos momentos en cuáles son las funciones y los objetivos del expediente matrimonial. La función originaria y fundamental del expediente radica en el control de legalidad del matrimonio a celebrar, reforzando, una vez celebrado éste, la presunción *iuris tantum* de su validez. Pero además de esa función originaria y fundamental, el expediente civil actúa en nuestra sistema matrimonial —respecto de determinados matrimonios religiosos, e incardinado en el conjunto de diligencias que van desde la promoción del mismo hasta la celebración matrimonial dentro de los seis meses siguientes al libramiento de la certificación de capacidad— como elemento definidor de que los contrayentes, con la celebración matrimonial, no se limitan a realizar un rito religioso civilmente tutelado por el art. 2 b) de la LOLR, sino que además realizan este acto con vocación de eficacia civil. Después volveremos sobre esta segunda función, porque precisamente la falta de previsión legal de expediente matrimonial civil respecto al matrimonio canónico con eficacia civil favorece, entre otras disfunciones, que a través de dicha forma de celebración puedan producirse con cierta facilidad matrimonios simulados y en fraude de ley (o, simplemente, matrimonios que por razón de

impedimentos o de otros obstáculos legales no serían autorizados civilmente), todo ello en claro contraste con el conjunto de cautelas de que hace gala la legislación civil, sobre todo desde las resoluciones e instrucciones emanadas de la DGRN.

Por lo que se refiere a los objetivos específicos del expediente, la legislación es algo vacilante. En algunos casos, parece que tales objetivos se ciñen a la investigación de la capacidad de las partes, es decir, verificación de que no existe impedimento alguno y, por extensión, de que las partes gozan de la aptitud psíquica necesaria. Así, art. 56 C.c. y su correlativo art. 245 RRC; también; y, sobre todo, la normativa referida a la certificación de capacidad, tanto en relación al matrimonio a celebrar en el extranjero (art. 252 RRC), como a propósito de la celebración de determinados matrimonios religiosos con eficacia civil (arts. 7 de los Acuerdos de Cooperación con la FEREDE, la FCIE y la CIE, así como declaraciones cuarta y quinta de la Instrucción de 10 de febrero de 1993, de la DGRN, sobre inscripción en el Registro civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa).

Sin embargo, otros preceptos legales aluden a un control más integral, consistente en la verificación de que no existe obstáculo legal alguno para el matrimonio. El art 246 RRC exige oír a ambos contrayentes reservadamente y por separado para constatar la *"inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración"*. El art. 244 requiere, en supuestos de sustitución de los edictos por audiencia de un pariente, amigo o allegado, que éste manifieste, *"so pena de falsedad, su convencimiento de que el matrimonio proyectado no incurre en prohibición legal alguna"*. Y el art. 247 obliga al Ministerio Fiscal y a los particulares a denunciar *"cualquier impedimento u obstáculo que les conste"*, añadiendo que si el instructor conociese la existencia de *"obstáculo legal, denegará la celebración"*. Y si, comparativamente, nos fijamos en el Derecho canónico, constataremos que, conforme al c. 1066, antes de la celebración, debe constar que nada se opone a la *"celebración válida y lícita"*, si bien, y de manera no del todo congruente, sólo se obliga a los fieles a denunciar *"los impedimentos de que tengan noticia"* (c. 1.069).

En cuanto a los posibles trámites de control ulteriores a la celebración y previos a la inscripción, previstos para algunos casos en que no queda previsto el expediente prematrimonial, el legislador suele exigir también una comprobación integral. En este caso se

encuentran, en general, los matrimonios celebrados sin el correspondiente expediente (salvo lo dispuesto en el art. 63 C.c.), en los que se ordena al Juez o funcionario encargado, antes de practicar la inscripción, que compruebe la concurrencia de los "*requisitos legales*" necesarios para su celebración (art. 65 C.c.); en especial, se encuentra en esta situación el matrimonio en forma islámica, cuando se pretenda la inscripción civil sin que el matrimonio se haya celebrado previa certificación de capacidad (insólita posibilidad, a la vista del art. 7 del correspondiente Acuerdo de Cooperación, permitida, sin embargo, por la DGRN en la citada Instrucción de 10 de febrero de 1993, declaración sexta), y para lo que se exige la verificación de la concurrencia de "*todos los requisitos de fondo exigidos para la validez del matrimonio*"; también podemos considerar incluido en esta situación el matrimonio sin acta matrimonial o el celebrado en el extranjero, en cuanto que para practicar la inscripción, el Juez o Funcionario Encargado deberá comprobar si concurren los "*requisitos legales*" para su celebración (art. 73 LRC).

III.- LAS MOTIVACIONES EN LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

Con los mimbres legales existentes, es evidente que la Administración tiene medios suficientes para intentar controlar, bien que mal, los requisitos de validez del matrimonio. Pero para comprender debidamente la ofensiva sin precedentes —correlativa a los grandes movimientos migratorios de los últimos tiempos— emprendida para impedir matrimonios en fraude de ley, celebrados entre ciudadanos español y extranjero con la única finalidad, por parte de estos últimos, de conseguir ciertas ventajas a costa del Estado (nacionalidad, entrada en el país, permisos residencia, etc.) conviene tener muy presente que el proceder de la Administración se caracteriza, por lo general, no tanto por el prurito de impedir actos jurídicos nulos (aunque estos actos tengan que ver con instituciones como el matrimonio, de indiscutible dimensión pública), cuanto por las implicaciones materiales y de gasto que esas actuaciones ilegítimas suponen. La Administración suele reaccionar, pues, con especial empeño al socaire de determinados acontecimientos, en función de si de ellos se deriva alguna consecuencia económica o susceptible de valoración patrimonial que pueda socavar sus arcas o le obligue a

aumentar sus prestaciones; tiende entonces a autoprotegerse y a fiscalizar las cosas; por el contrario, se muestra mucho más generoso cuando el coste es para el ciudadano.

Los ejemplos en este punto son bastante elocuentes, y, por acudir a algún referente próximo a la materia matrimonial, no hay más que reparar en lo ocurrido a propósito de las llamadas uniones de hecho. ¿O es que la Administración no ha actuado con auténtica cerrazón ante los sucesivos intentos de que la pensión de viudedad se pudiera aplicar también en favor del superviviente de una pareja de hecho? ¿Y acaso, más allá de los argumentos jurídicos formales, no tenemos muchos la sospecha de que subyacen en ello argumentos “presupuestarios”? ¿Y cuáles han sido las espitas por las que comenzó a escapar la injustificada exclusividad de ciertos privilegios matrimoniales, para aplicarse, por razón de estricta justicia, a otras uniones? Pues precisa y curiosamente aquellas que no comportan gasto añadido para la Administración ya que el coste es para el ciudadano. ¿A quién repercute económicamente, sino al particular propietario, el coste que comporta la declaración de inconstitucionalidad del art. 58.1 de la antigua LAU, que requirió equiparar, a efectos de subrogación arrendaticia, entre el cónyuge superviviente de una unión matrimonial con aquel que hubiera convivido *more uxorio* con el titular del arrendamiento hasta la muerte de este último (STC, núm. 222/1992 de 11 de diciembre)? ¿Y a quien corresponde satisfacer, sino a alguno de los propios convivientes, las indemnizaciones, compensaciones económicas o pensiones que bajo distintas formas, figuras y fundamentos jurídicos —enriquecimiento injusto, liquidación societaria, compensación por gestión de negocios ajenos, pensión analógica a la matrimonial (esta última admitida sorprendentemente por la STS núm. 700/2001, de fecha 05.07/2001, tras una reiterada jurisprudencia en sentido contrario)— han venido reconociendo los Tribunales de Justicia a propósito de la ruptura de las uniones paramatrimoniales? También resulta significativo que tuviera que intervenir el Tribunal Constitucional para declarar inconstitucional la imposibilidad de que los cónyuges pudieran realizar separadamente la declaración de la renta (STC núm. 45, de 20.02.1989) y, aún así, dejando muy claro que no procedía pretensión retroactiva alguna de los particulares contra la Administración respecto de pagos realizados conforme a la normativa que la sentencia invalidaba. Por su parte, el art. 10 de la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, establece una acreditación y

legitimación especialmente cualificadas para los casos en que se quieran hacer valer los derechos del artículo 9, que consisten en unos modestísimos beneficios funcionariales. La especialidad consiste en que si no se ha formalizado la convivencia en escritura pública otorgada dos años antes de ejercerlos, es preciso aportar acta de notoriedad de la convivencia y del transcurso de dos años; todo lo cual contrasta con lo previsto a efectos ordinarios —intereses en juego entre particulares— para los que, a falta de escritura pública, la acreditación se puede hacer por cualquier medio de prueba admisible y suficiente (art. 2).

Así, pues, por mucho que la jurisprudencia administrativa o registral aluda, en lo que se refiere al tema objeto de nuestro estudio, a supuestos de falta de consentimiento, de simulación matrimonial, de matrimonios complacencia, etc., y los demuestre, lo que realmente ha movido a la DGRN a acaudillar una auténtica cruzada contra estos matrimonios no es la falta de un requisito tan esencial para la validez del matrimonio como el consentimiento, sino el fraude de ley, y, en particular, ese fraude de ley que comporta efectos perversos para los intereses materiales del Estado. Sólo así se explica la proliferación de Resoluciones de la DGRN en las que se cuestiona la existencia de auténtico consentimiento a propósito de matrimonios en que una de las partes es extranjera, normalmente procedente de alguno de los países de los que España recibe una fuerte presión inmigratoria. Proliferación que contrasta con el escaso interés que la misma institución ha venido prestando para otros posibles supuestos de matrimonio simulado, en los que la instrumentalización del matrimonio carece de las anteriores connotaciones.

IV.- DOS MOMENTOS DE INFLEXIÓN EN LA PERSECUCIÓN DE LOS MATRIMONIOS CELEBRADOS EN FRAUDE DE LEY, A PROPÓSITO DEL FENÓMENO DE LA INMIGRACIÓN

1.- Instrucción de la DGRN de 09.01.1995

“Son cada vez más frecuentes —se dice en el preámbulo de la Instrucción— los casos en que un español domiciliado en España pretende contraer matrimonio con extranjero domiciliado fuera de España, y hay muchos motivos para sospechar que por medio de esos enlaces lo que se pretende exclusivamente es facilitar la entrada y estancia en territorio español de súbditos extranjeros”. A partir de la anterior reflexión, que sin duda se corresponde con la gran eclosión del fenómeno inmigratorio, el Centro Directivo insiste en la necesidad de extremar las garantías formales y materiales *“para que el Encargado llegue a la convicción de que los interesados intentan realmente fundar una familia y que su propósito no es simplemente, en claro fraude de ley, el de beneficiarse de las consecuencias legales de la institución sobre la base de un matrimonio en el cual no ha habido verdadero consentimiento matrimonial y que es, en rigor, nulo por simulación”*; todo ello encaminado a que, en la medida de lo posible, no sea necesaria la acción de nulidad por simulación, y a que el problema sea atajado *“a priori”*.

Claro está que tan loables propósitos topan con ciertas dificultades, como el de la presunción general de buena fe. Por eso, tanto la Instrucción como las resoluciones de la DGRN que atienden a sus advertencias tratan de conciliar dos valores opuestos. De una parte la finalidad fiscalizadora y, de otra, esa presunción general de buena fe. Las Resoluciones suelen incluir, además, consideraciones en torno a que no se puede limitar injustamente el *ius connubii*. El resultado de estas contradicciones dará lugar a una doctrina, por lo demás del todo lógica, que contradice los términos literales lo que, por momentos, se dice en la Instrucción. En efecto, no será preciso, como ésta requiere en algún pasaje, que el Encargado llegue a la convicción de que los interesados intentan realmente fundar una familia; lo que se requerirá realmente, para que el matrimonio sea autorizado, es que el Encargado no llegue a la absoluta convicción contraria, a saber, que los futuros contrayentes simulan el matrimonio en fraude de ley.

En cuanto al contenido propiamente dispositivo de la Instrucción, se contienen en ella una serie de normas cuyo rasgo más llamativo es que prácticamente no incorporan ninguna disposición novedosa, limitándose a recordar y a subrayar aspectos ya existentes en la normativa del Registro civil. Lo cual nos refuerza en la idea de que, hasta el momento, en el expediente matrimonial se prestaba escasa atención a controlar todo aquello que no fueran estrictamente impedimentos y capacidad psíquica.

En concreto, las normas de la Instrucción, y lo que de ellas se infiere, consisten en lo siguiente:

1ª) Mero recordatorio del art. 238 RRC, y consiguiente conclusión, sin mayor trascendencia, de que para la instrucción del expediente, son competentes, a elección de los contrayentes, el Registro municipal y el consular.

2ª) Mero recordatorio del trámite de ratificación de ambos contrayentes en el escrito inicial (art. 240 RRC), de que el mismo es obligatorio, y de que la ratificación del que no está domiciliado donde se instruye el expediente puede hacerse ante otro Registro o por poder (arts. 242).

3ª) Se califica de *“trámite fundamental”* la audiencia reservada y por separado. Y se insiste, tras hacer referencia a otros trámites, en que *“en cualquier caso existe un trámite esencial y del que no debe prescindirse, ni cumplirlo formulariamente, como es la audiencia que el instructor, asistido por el Secretario, debe realizar de cada contrayente reservadamente y por separado, para cerciorarse de la inexistencia de impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (cfr. artículo 246 RRC). Esta audiencia, que en el caso del contrayente domiciliado en otro lugar puede efectuarse ante el registro civil del domicilio del mismo, puede y debe servir para que el Instructor se asegure del verdadero propósito de los comparecientes y de la existencia en ambos de real consentimiento matrimonial. Un interrogatorio bien encauzado puede llegar a descubrir la intención fraudulenta de una o de las dos partes y en tal caso, sin perjuicio del recurso oportuno, el instructor debe denegar la celebración (cfr. artículo 247 RRC)”*. Parece ser, pues, según las precedentes advertencias, que venían realizándose expedientes prescindiendo del obligatorio trámite de audiencia de una y otra parte, o que las audiencias se hacían sólo formulariamente, o que las

diligencias y en especial los interrogatorios no iban adecuadamente encauzados en orden a detectar posibles fraudes.

Aparte de esto, la norma suscita dos cuestiones estrictamente jurídicas del mayor interés, a que más adelante haré referencia: de una parte, y en relación al preámbulo de la Instrucción, el concepto civil de simulación matrimonial; de otra, la cuestión del referido control, en relación al derecho a la intimidad. Por lo demás, reitero lo dicho a propósito del Preámbulo, ya que la Instrucción, en algún momento no enfoca correctamente la cuestión: el Instructor no tiene por qué asegurarse de que existe auténtico consentimiento. Sí debe asegurarse, en cambio, para no permitir el matrimonio, de que consta positivamente la falta de dicho consentimiento.

4ª) Mero recordatorio de la función del Ministerio Fiscal en los expedientes (arts. 343 y 344 RRC), o de quien haga sus funciones en el Registro consular (art. 54 RRC), en cuanto a su papel activo en defensa de la legalidad y consiguiente obligación de denunciar cualquier impedimento u obstáculo que le conste (art. 247 RRC) respecto al proyectado matrimonio.

5ª) Especificación de que el certificado de capacidad matrimonial requerido para contraer matrimonio en el extranjero —no se alude al certificado para contraer determinados matrimonios religiosos, que fue objeto de otra Instrucción (la ya citada, de 10 de febrero de 1993) aunque de corte muy distinto a la que aquí tratamos— requiere la tramitación del expediente matrimonial normal (art. 252 RRC) y su culminación con Auto firme favorable, razón por la cual dicha tramitación requerirá igualmente de la audiencia reservada y por separado de ambos contrayentes, que deberá realizarse conforme a las reglas antes expuestas; siendo la única especialidad del expediente que éste termina, no con la autorización del matrimonio por funcionario español, sino con la entrega a los interesados de dicho certificado, válido por seis meses.

6ª) Por fin, y a propósito del matrimonio “por poder”, se señala que esta especialidad sólo se refiere al momento final, pero que el expediente ha de tramitarse con arreglo a las normas generales, y por ello con “*audiencia personal y reservada del poderdante sobre la que toda insistencia es poca*”.

2.- Resolución del Consejo de la Unión Europea de 04.12.1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos

Algunas de las resoluciones de la DGRN que tratan de matrimonios en presunto fraude de ley traen a colación esta Resolución del Consejo. Quede constancia, como cuestión previa, de que la Resolución quiere ser enormemente respetuosa con los matrimonios que se celebran con nacionales de terceros países, de modo que, si bien se constata el problema de los matrimonios fraudulentos como medio para eludir las normas relativas a la entrada y residencia en los Estados Miembros, se señala expresamente que *“la presente Resolución no menoscaba ni tiene el objetivo de introducir controles sistemáticos para todos los matrimonios con nacionales de terceros países, sino que se efectuarán controles cuando existan presunciones fundadas”*.

A los efectos de la repetida Resolución (núm. 1), se entiende por matrimonio fraudulento el de un nacional de un Estado miembro, o el de un nacional de un tercer país que resida regularmente en tal Estado miembro, con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y residencia de nacionales de terceros países y obtener, para este nacional de un país tercero, un permiso o autorización de residencia en un Estado miembro.

Esta definición nos sitúa (al igual que la Instrucción de la DGRN antes comentada) ante un supuesto concreto de simulación; pero, para comprender bien su sentido último, hay que decir que no estamos ante un intento de regulación del matrimonio simulado; de ahí que no se formulan expresamente medidas jurídico-técnicas respecto a estos matrimonios. Pueden suponerse o considerarse más o menos implícitas, pero las medidas que se proponen tienen que ver con la concesión y renovación del permiso de residencia.

De esta suerte, dice el núm. 3 que, cuando existan factores que hagan presuponer que se trata de matrimonio fraudulento, sólo procede expedir el permiso o autorización de residencia después de haberse comprobado, por la autoridad competente, que no es un matrimonio fraudulento. Y aclara que dicha comprobación podrá conllevar una entrevista por separado con cada uno de los cónyuges. Añade el núm. 4 que cuando las autoridades competentes establezcan

que el matrimonio es fraudulento, se retirará, revocará o no renovará el permiso o autorización de residencia, aunque el nacional de país tercero deberá tener oportunidad de oponerse a dicha decisión o que sea revisada, por vía administrativa o judicial (núm. 5).

Adviértase, pues, la ambigüedad (creemos que calculada) en que se mueve la norma. Aunque parece que se hace referencia a un matrimonio ya celebrado, no queda claro si es así, o es aplicable también a un matrimonio a celebrar, o incluso a admitir (vía, por ejemplo, inscripción registral) por el Estado miembro. Nada se dice, en caso de ser matrimonio ya celebrado, si procede o no declarar la nulidad. Insistimos, la finalidad de la norma es la cuestión de residencia, y, en lo demás, la resolución quiere ser enormemente respetuosa con la técnica jurídica que emplee cada Estado miembro, sin perjuicio de la necesidad de adecuación de cada legislación nacional a la Instrucción que comentamos (núm. 6).

Punto y aparte merece la consideración del núm. 2 de la Resolución, referente a los factores que pueden permitir que se presuma que el matrimonio es fraudulento. A este respecto, procede precisar, en primer lugar, que tales factores, tal como están puestos en relación con el núm. 3, constituyen meros elementos de sospecha a partir de los cuales procederá y quedará legitimada la correspondiente investigación. Pero en modo alguno pueden considerarse factores por sí mismos suficientes para considerar que el matrimonio ha sido necesariamente fraudulento.

Los factores enunciados —que pueden desprenderse, se dice, de las declaraciones de los interesados o de terceras personas, de informaciones que procedan de documentos escritos, o de otros datos obtenidos en una investigación— son los siguientes: 1º) el no mantenimiento de la convivencia; 2º) la ausencia de una contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio; 3º) el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio; 4º) el hecho de que los cónyuges se equivoquen sobre sus respectivos datos (nombre, dirección, nacionalidad, trabajo), sobre las circunstancias en que se conocieron o sobre otros datos de carácter personal relacionados con ellos; 5º) el hecho de que los cónyuges no hablen ni tengan lengua comprensible para ambos; 6º) el hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio (a salvo la dote, donde sea una práctica normal); 7º) el hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios fraudulentos anteriores o irregularidades en materia de residencia.

Estos factores, en cuanto que simplemente indiciarios, han de ponerse en relación, en la investigación que se realice, con el conjunto de pruebas que acrediten que el matrimonio se celebró con esa exclusiva finalidad fraudulenta, tal como se desprende del núm. 1. Así, el no mantenimiento de la vida en común, no puede tomarse en consideración, entendemos, cuando tiene lugar como simple consecuencia de la crisis de la convivencia, debiéndose reconducir a aquellos casos en los que nunca ha existido tal convivencia propia del matrimonio, o en los que ha existido sólo en apariencia y en lo indispensable para conseguir los propósitos defraudatorios perseguidos.

Aún no siendo propósito de la Resolución —ya hemos insistido en ello— regular técnicamente las calificaciones jurídicas y las sanciones judiciales que corresponden a estos matrimonios fraudulentos, alguno de los factores de sospecha enunciados en su núm. 2 dan pie a pensar en la posibilidad de reconocer como causa de nulidad matrimonial una suerte de simulación relativa. Nos referimos a factores tales como la ausencia de una contribución adecuada a las responsabilidades del matrimonio, o el haber entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio. En efecto, aunque la idea de matrimonio fraudulento responde habitualmente a la idea de una simulación absoluta, y se busca en ellos la mera instrumentalización del negocio aparente para conseguir un fin determinado en fraude de ley —que aquí sería el reconocimiento del derecho a entrar en el país de un Estado miembro o conseguir permiso de residencia en el mismo—, cabe también pensar en la posibilidad de que, a través de un aparente matrimonio, se busque un negocio jurídico distinto en el que, por ejemplo, se pretenda una convivencia no afectiva, o intercambio de prestaciones que nada tengan que ver con el matrimonio, o relaciones convivenciales con derechos desiguales, etc. Es claro que dicho concepto de simulación relativa o parcial es distinta —aunque con posibles puntos de contacto— de la exclusión de elementos o propiedades esenciales del matrimonio, prevista en el Derecho canónico (c. 1101.2); y que incluso desde un punto de vista civil, el perfil jurídico de esta figura es discutible, porque en estos casos el negocio disimulado difícilmente podría reputarse válido, entre otras razones por el contenido mismo de dicho negocio disimulado (en cuanto que puedan incluir relaciones discriminatorias, situaciones de explotación, contraprestaciones económicas jurídicamente inadmisibles, etc.). Pero, en todo caso, es evidente que además del

supuesto típico de simulación absoluta —en que, por referirnos el aspecto más objetivable, no hay ni siquiera convivencia— existe socialmente el fenómeno del matrimonio simulado pero con convivencia; y califíquese de simulación relativa, o de otro modo, este último es también un matrimonio fraudulento.

No pienso que existan dificultades insalvables para incluir estos matrimonios fraudulentos en el ámbito de aplicación de la Resolución del Consejo, pues si bien el núm. 1 exige que el matrimonio tenga lugar con el fin exclusivo de conseguir la entrada o el permiso de residencia de nacionales de países terceros, esa exclusividad del fin no está concebida como incompatibilidad con otras finalidades subjetivas, sino con el consentimiento matrimonial. Por tanto, si el consentimiento ha sido simulado, tanto da, entendemos, que haya un fin subjetivo exclusivo de entrar en el país o conseguir el permiso de residencia, como que dicho fin subjetivo (que es el que primariamente se combate, por la ilegitimidad del medio) concorra con otras finalidades subjetivas que también persigan las partes (convivencia no afectivo-conyugal, prestaciones de servicios, explotación, compensaciones económicas etc.).

V.- CONSIDERACIONES SOBRE LA “JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA” DE LA DGRN EN LA MATERIA

1.- Consideraciones generales

La DGRN se ha pronunciado reiteradamente los últimos años sobre matrimonios supuestamente simulados entre parte española y parte extranjera (o sobre matrimonios que presuntamente se iban a simular) y ello, fundamentalmente, a través de las siguientes actuaciones:

a) Una gran parte de resoluciones se refieren a recursos interpuestos por las partes promotoras contra el Auto denegando la celebración del matrimonio, a propósito de expedientes matrimoniales ordinarios (sólo que una de las partes era extranjera, domiciliada fuera de España). Ocasionalmente, se trata de casos en que el expediente ha culminado favorablemente y ha sido el Ministerio Fiscal el que ha interpuesto el correspondiente recurso contra el Auto. En este sentido, y desestimando el recurso, la Resolución de fecha 13.01.2000⁵⁷⁶.

⁵⁷⁶ *El Derecho*, 2000/10702.

b) Otra parte también sustancial se refiere a resoluciones de recursos contra Autos de expedientes matrimoniales denegatorios de inscripción en el Registro civil de matrimonios ya celebrados en el extranjero.

c) Excepcionalmente, los recursos se dirigen contra resoluciones que deniegan el libramiento de la certificación de capacidad matrimonial, respecto a matrimonio a celebrar en el extranjero.

Llama la atención que gran parte de los recursos interpuestos contra la denegación del matrimonio han sido estimados por el Centro Directivo, atendiendo al criterio de que sólo en casos flagrantes y evidentes de falta de consentimiento es legítima la prohibición, no bastando la mera sospecha. Se llega así a una situación de cierto contrasentido, pues la DGRN acaba erigiéndose en la institución dulcificadora de los excesos cometidos en la persecución que ella misma ha promovido contra esos matrimonios fraudulentos. Por ejemplo, el argumento del cumplimiento no meramente formulario del trámite de audiencia reservada —contenido en la Instrucción de 09.01.1995 y que en principio tiende a establecer un control más auténtico— también ha sido utilizado para todo lo contrario, es decir, para sostener que la manera con la que se ha procedido no permite deducir con certeza la falta de consentimiento. En esta línea, la Resolución de 03.02.2001⁵⁷⁷ estima el recurso y revoca el auto apelado que desautorizaba la celebración, recordando “*al Juez Encargado la necesidad de una aplicación más rigurosa de la Instrucción de esta Dirección General de 9 de enero de 1995, evitando la celebración de audiencias reservadas meramente formularias*” (parte dispositiva, extremo tercero). Por su parte, la Resolución de 09.03.2001⁵⁷⁸ argumenta que, como la audiencia al futuro contrayente ha sido “*puramente formulario, no hay posibilidad de confrontar con algún resultado tal audiencia con la realizada a la contrayente*” (Fundamento de Derecho Quinto), por lo que se revoca el Auto y se autoriza el matrimonio.

En todo caso, el Centro Directivo se muestra enormemente cauteloso, establece siempre como prioridad la el *ius nubendi* y la presunción de buena fe y, ante la sombra de duda, resuelve siempre a favor de la autorización. Admite la prueba de presunciones, pero

⁵⁷⁷ *El Derecho*, 2001/7317.

⁵⁷⁸ *El Derecho*, 2001/7349.

requiere la certeza racional o moral. Es además frecuente, en la resoluciones, la referencia a la vía judicial, y a la acción de nulidad de matrimonio que en última instancia cabría si se demostrase la simulación del matrimonio. Con todo, de la lectura de las numerosas resoluciones que se refieren a este punto es difícil llegar a conclusiones definitivas sobre la forma con que se valoran las declaraciones de las partes en la audiencia reservada y por separado de cada uno de ellos, sus posibles contradicciones, las ignorancias “inexcusables” sobre cuestiones esenciales de la otra parte que lógicamente se debieran conocer, y las demás diligencias probatorias. Y es que las Resoluciones, como no podía ser de otro modo, sólo reproducen fragmentariamente parte de las diligencias practicadas. Es más, alguna Resolución (*ad exemplum*, las de fecha 04.02.2000⁵⁷⁹ y 30.03.2001⁵⁸⁰ Fundamento de Derecho Quinto en ambas) admite que *“las personas que han presenciado las manifestaciones de los interesados son las que están en mejores condiciones para apreciar una posible simulación”*.

Pese a todas las cautelas y garantías adoptadas por el Centro Directivo, los hechos demuestran que las resoluciones denegatorias han podido ser injustas. Así se desprende, por ejemplo, de la resolución de la DGRN de fecha 24.02.2001⁵⁸¹. Se trata de solicitud de inscripción en el Registro Civil Central español de matrimonio celebrado en Santo Domingo, entre ciudadano español y ciudadana de nacionalidad dominicana. Había habido primeramente una solicitud de inscripción ante el Consulado General de España en Santo Domingo, que, tras el correspondiente expediente, fue denegada al entenderse que el matrimonio era nulo por falta de consentimiento matrimonial; y, notificada que fue la correspondiente Resolución, ésta adquirió firmeza, al no haber sido recurrida por ninguna de las partes. En un ulterior intento ante Registro Civil Central Español, volvió a recaer resolución denegatoria, argumentando que, siendo aquella resolución firme, no era posible, sin acreditar ningún hecho nuevo, reiterar el expediente y desvirtuar lo acordado en su día por el Registro Civil Consular. Recurrida esta última resolución ante la DGRN, ésta parte de la base de que en el ámbito del Registro Civil no juega el principio de cosa juzgada, y de que es factible reiterar un expediente o unas actuaciones ya decididas por resolución firme, si la petición se basa en

⁵⁷⁹ *El Derecho*, 2000/10759.

⁵⁸⁰ *El Derecho*, 2001/10764.

⁵⁸¹ *El Derecho*, 2001/7392.

hechos o circunstancias nuevas que no pudieron ser tenidas en cuenta en la primera decisión. Sobre estas bases, entiende suficientemente acreditado que los contrayentes residen en España, conviven juntos y que la esposa ha obtenido el permiso de residencia y trabajo; y que estos hechos posteriores al casamiento son indicios claros de que su propósito fue en su momento fundar una familia, con independencia de las dudas o sospechas que en un inicio hubieran surgido.

2.- Referencia especial a la presunción de buena fe y al derecho a la intimidad

La presunción de la buena fe constituye un principio general. Se infiere por inducción de las diversas normas concretas que, en distintos ámbitos del ordenamiento, aluden a dicha presunción. Se infiere también del tratamiento legal del dolo, que se corresponde a la actitud opuesta, pues siendo éste un vicio que, para su relevancia jurídica, debe probarse, la ausencia del mismo, esto es, la buena fe, no necesita de prueba. El art. 69 C.c. presume específicamente la buena fe en el matrimonio; aunque se trata de la buena fe de los contrayentes, —y no de quien lo pretende celebrar— es evidente la conexión entre lo uno y lo otro. En fin, la presunción de que venimos tratando queda bajo la tutela procesal del art. 385 de la LEC, aunque ello comporta también la posibilidad de prueba en contrario.

A este respecto se suscitan ciertas sombras de duda sobre la plena legalidad de algún cariz de la actuación promovida por la DGRN. Por de pronto, ya hemos visto cómo la Instrucción de la DGRN de 09.01.1995 (preámbulo) parte de la sospecha contra la recta intención matrimonial por el sólo hecho de que uno de los contrayentes sea extranjero domiciliado fuera de España. Por otra parte, aunque la Instrucción pretende responder al fenómeno del matrimonio en fraude de ley ligado a la inmigración ilegal, tal Instrucción no hace sino reiterar, subrayar y aclarar disposiciones de carácter general que deben aplicarse a todo matrimonio, sea o no uno de los contrayentes nacional extranjero. Y uno se pregunta si esta actuación verdaderamente investigadora, no meramente formularia, esas audiencias a los futuros contrayentes por separado con interrogatorios bien encauzados para descubrir el posible fraude, se producen en todos los expedientes matrimoniales, o preferentemente cuando uno de ellos es de nacionalidad dominicana, marroquí,

guineana, cubana, colombiana, nigeriana, libanesa, o rumana o de alguna otra nacionalidad “sospechosa”.

La cuestión no sólo tiene que ver con la presunción de buena fe y, obviamente, con el principio de no discriminación, sino también con el derecho fundamental a la intimidad reconocido en el art. 18.1 CE⁵⁸². Entran aquí en hipotética colisión dos bienes jurídicamente protegidos: la persecución del fraude de ley y el citado derecho a la intimidad. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen dice en su art. 2.2 que *“no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso”*. Y en su art. 8.1 *“que no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante”*. Con todo, la compatibilización entre los citados bienes jurídicos protegidos comporta, de entrada, un evidente límite en la actuación de la Administración, que es el de la reserva del expediente y, en especial de la audiencia a los interesados, que por algo es legalmente *“audiencia reservada”*, lo que además conecta con el art. 105 b) CE, en cuya virtud la ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

Al margen de ello, procede una reflexión serena sobre los medios investigadores a emplear, pues parece claro que la inevitable invasión (por descontado, legítima) que se produce en el ámbito de la intimidad personal a través del expediente debe tener la intensidad

⁵⁸² La Resolución de fecha 14.03.2001 (*El Derecho*, 2001/7365) —que acaba estimando el recuso y accede a la inscripción registral— recoge, en su Antecedente de Hecho Tercero, la siguiente alegación de la parte recurrente, de la que se desprende su sentir de haber sido discriminada, así como de que, con el Auto denegatorio recurrido, hubo una injusta intromisión en su orden de motivaciones. Dice en efecto que su *“matrimonio no es de conveniencia, que el hecho de que no hayan convivido corresponde a la esfera estrictamente personal, y aunque el matrimonio fuese de conveniencia, esta circunstancia no sería un obstáculo a su inscripción, a no ser que se dé un trato distinto según sea su poder económico porque estos matrimonios también se dan en personas con amplios recursos”*.

mínima imprescindible. De ahí que, haciendo uso de un argumento tan empleado por la jurisprudencia en distintos ámbitos de conflicto cual es el de la razonabilidad y proporcionalidad —argumento, por cierto, que, en un Derecho tan enormemente sofisticado como el de nuestros días, devuelve el debate jurídico a criterios elementales de prudencia y sentido común— mi propuesta vaya dirigida a eliminar de los trámites indagatorios y, en especial, de los interrogatorios a los futuros contrayentes, toda pregunta que suponga directa o indirectamente que el interrogado haya de declarar sobre tendencias, aficiones o gustos de las partes (de la propia que es interrogada, o del otro contrayente), porque además estas respuestas suelen implicar ciertos juicios de valor a mi juicio totalmente improcedentes. De acuerdo, pues, en que puedan preguntarse cuestiones de carácter personal, siempre y cuando sean objetivas: datos sobre domiciliación, teléfonos, nombres y apellidos, idiomas que hablan los futuros contrayentes (para comprobar si es verosímil que haya auténtica relación con visos matrimoniales entre ellos), trabajo, situación familiar, datos de conocimiento, etc. Pero no vemos, en cambio, que sea razonable ni proporcionado a los fines perseguidos pedir información sobre aficiones, gustos ni tendencias, incluso en el hipotético caso de que con estas preguntas se pudiera conseguir algún dato de interés complementario. No digo esto a humo de pajas, sino porque, repasando la “jurisprudencia” administrativa de la DGRN me he percatado de esa invasión, que me parece excesiva, de la intimidad. No se puede constatar hasta qué punto esto es una práctica extendida ni en qué grado porque, por fortuna, se respeta el principio de reserva, pero numerosas resoluciones destilan indicios que me parecen preocupantes. De la Resolución de 04.02.2000⁵⁸³ (que desautoriza el matrimonio) se desprende que a la contrayente, de nacionalidad marroquí, se le preguntó sobre las aficiones del contrayente español (Fundamento de Derecho Quinto). Otra Resolución de la misma fecha⁵⁸⁴, aunque estima el recurso y autoriza el matrimonio, es indicativa de que al contrayente se le preguntó sobre su intención de contraer matrimonio religioso islámico con la misma persona y sobre sus ideas religiosas (Fundamento de Derecho Quinto), lo que además relaciona el asunto con la posible contravención del art.16.2 CE, sin que en este caso estemos en supuesto equiparables al de la STC de 27.10.1987 —y con ella, STS (Sala 3 Sección 6) de 20.01.1998, STS

⁵⁸³ *El Derecho*, 2000/10759.

⁵⁸⁴ *El Derecho*, 2000/10761

(Sala 3 Sección 2) de 23/05/1990, STS (Sala 3 Sección 7) de 24.03.1994— en la que se aprecia que el derecho a la objeción de conciencia lleva en sí la renuncia del objetor a mantener en el ámbito secreto de su conciencia sus reservas ideológicas. Según la Resolución de 17.02.2000⁵⁸⁵ el contrayente dice que no conoce muy bien las aficiones de su novia, pero que le gusta el cine y el teatro (Antecedente de Hecho Segundo), insistiéndose después en que no conoce las aficiones de ella (Fundamento de Derecho Sexto); la de fecha 30.03.2001⁵⁸⁶ se hace eco del reproche contenido en la resolución recurrida de que la futura contrayente no sepa, entre otros extremos, qué aficiones tiene él ni los deportes que le gustan (Antecedente de Hecho Segundo); la de 19.04.2001⁵⁸⁷ recoge también que la contrayente desconoce del contrayente gustos y aficiones (Antecedente de Hecho Segundo) e insiste en ello posteriormente (Fundamento de Derecho Quinto); de la Resolución de 30.01.2001⁵⁸⁸ se desprende que la contrayente nigeriana es preguntada por su afición al baile (Antecedente de Hecho Segundo) de donde parece derivar cierta contradicción con lo declarado por el contrayente; de la de fecha 03.02.2001⁵⁸⁹, aunque estima el recurso, también se infiere que el contrayente ha sido preguntado por las aficiones de la contrayente. Y así sucesivamente.

También me parece discutible que se pregunte a las partes sobre sus motivaciones matrimoniales. No pongo en tela de juicio la legitimidad de que el Instructor del expediente llegue a la conclusión —a través de las contradicciones en que incurran las partes o de la falta de conocimiento inexcusable sobre determinados datos— de que no hay auténtico propósito matrimonial ni, en consecuencia, auténtico consentimiento, pero de ahí a preguntar a los contrayentes sobre las motivaciones que les llevan al matrimonio hay una diferencia esencial, una intromisión, muy dudosamente legítima, que sin embargo, y a juzgar por algunas resoluciones, se viene practicando.

VI.- APORTACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA DGRN EN LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA SIMULACIÓN MATRIMONIAL EN EL DERECHO CIVIL

⁵⁸⁵ *El Derecho*, 2000/10786.

⁵⁸⁶ *El Derecho*, 2001/10764.

⁵⁸⁷ *El Derecho*, 2001/14847.

⁵⁸⁸ *El Derecho*, 2001/5253.

⁵⁸⁹ *El Derecho*, 2001/7313.

1.- El estado de la cuestión en la reforma legislativa de 1981

Debe recordarse que, en el ámbito del Derecho civil, buena parte de la doctrina venía mostrándose reacia a la admisión de la simulación como causa de nulidad de matrimonio, sobre todo en el marco de aquellos ordenamientos como el español o italiano en los que se imponía un matrimonio civil indisoluble. Así, pues, ni la legislación matrimonial recogía expresamente esta causa invalidante (con lo que se aplicaba el principio de que no hay nulidad sin texto legal que lo prevea), ni la doctrina se esforzaba demasiado en extraer las lógicas consecuencias del principio —a veces más teórico que real— de que no hay matrimonio sin consentimiento, ya que se temía que el reconocimiento de esta causa de nulidad, lo mismo que del error en cualidades personales, pudiera favorecer el otorgamiento de divorcios encubiertos. En el caso español se daba además la circunstancia de que el sistema matrimonial netamente discriminatorio del matrimonio civil dio lugar a una infra-utilización del mismo, lo que en nada favoreció la formación de la oportuna jurisprudencia, que prácticamente no tuvo ocasión de pronunciarse al respecto. En Italia las cosas fueron algo distintas, siendo bien conocida la brecha jurisprudencial (jurisprudencia menor) abierta a mitades del siglo XX donde en algunos casos se reconoció la nulidad de matrimonios simulados para huir de las consecuencias de la Segunda Guerra mundial. Pero este paréntesis jurisprudencial acabó cerrándose, precisamente por razón de los prejuicios antes indicados.

Más adelante, al socaire de las grandes reformas del Derecho matrimonial y de familia operadas en Europa a partir de la década de los años setenta, la introducción del divorcio moderó en cierta medida tales prejuicios, y es significativo, por ejemplo, en el caso de Italia, que tras la introducción de la Ley de divorcio “Fortuna-Baslini” (1970), la reforma del Código civil en materia matrimonial y de familia (1975) introdujera expresamente la simulación como causa de nulidad —bien que con ciertas cautelas y limitaciones—, que hoy sigue presente en el art. 123 C.c. italiano.

No fue idéntico el caso español, porque la gran reforma del Título IV Libro Primero del Código civil de 1981 (ley 30/1981, de 7 de julio) vino de la mano de la introducción del divorcio incluida en la propia reforma; y porque después de algunas vacilaciones en los anteproyectos, se optó por no incluir referencia expresa a la

simulación, aunque sí por reforzar el principio general de que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial (art. 44. párr. 1 C.c.), y por incluir expresamente como supuesto de nulidad el del matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial (art. 73 1º C.c.).

No era de esperar ni en uno ni en otro caso un gran progreso jurisprudencial en el orden civil, porque si por una parte el divorcio hace que desaparezcan muchos prejuicios en relación a la admisibilidad dicha causa de nulidad, por otra, hace que se absorban por el mismo divorcio la mayoría de soluciones desvinculatorias definitivas que en otro caso hubieran podido dilucidarse por la nulidad. Además, en el caso español, la doctrina no se mostró especialmente animosa por entender incluida la simulación en el concepto de falta de consentimiento matrimonial, antes bien, parte importante de la misma siguió considerando excluida, o como mínimo muy discutible, la existencia de dicha causa, como si el consentimiento pudiera consistir en un simple "*flatus vocis*". Dice, JOSÉ ANTONIO DORAL que la relevancia de determinadas figuras basadas en la falta de consentimiento depende de la "*concepción que se tenga del matrimonio como acto y como relación jurídica (y) según que se afirme preferentemente su dimensión social o individual (...)*". Así ocurre, por ejemplo, con la simulación, cuya admisibilidad se pone en tela de juicio" y ello, a pesar de que "*si la simulación es total, absoluta, "no hay consentimiento"*"⁵⁹⁰, afirmando más adelante, que la ley "*no incluye la simulación absoluta o relativa (...)*"⁵⁹¹.

Pero una cosa es que el legislador fuera cauto, no quisiera comprometerse con determinadas causas de nulidad tradicionalmente polémicas y se limitara a establecer, a propósito de la falta de consentimiento, una causa genérica de nulidad, y otra, muy distinta, que la normativa reformadora no suponga un paso adelante cuasi decisivo en el reconocimiento de la referida causa invalidante; al punto que la falta de referencia literal a la simulación debe interpretarse, a mi entender, no como un propósito de excluirla, sino como una mera precaución frente a las numerosas y complejas variantes que presente el fenómeno simulatorio, con miras a que la jurisprudencia, en su caso, fuera acotando conceptos y requisitos.

⁵⁹⁰ DORAL, JOSÉ ANTONIO, en AA VV, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código civil*, Madrid 1982, p. 435.

⁵⁹¹ DORAL, JOSÉ ANTONIO, en AA VV, *ob. cit.*, p. 438.

2.- La aportación doctrinal de la DGRN

Conscientes de que los criterios de la DGRN incluidos en sus instrucciones y resoluciones no constituyen jurisprudencia en sentido propio, sería, sin embargo, cerrar los ojos a la realidad obviar su importancia, tanto por el carácter vinculante que tienen sus disposiciones para los encargados del Registro, cualesquiera que sean los cargos o empleos que desempeñan (art. 9.2 LRC), como porque constituyen un referente especializado y cualificado en la materia.

El caso es que en medio de las indecisiones y contradicciones doctrinales a propósito de la relevancia jurídica de la simulación, el referido Centro Directivo no ha dudado en admitirla, a partir de la persecución de los matrimonios de extranjeros en fraude de ley. Esta es una constatación elemental, a la vista de lo ocurrido, pero que merece la pena ser subrayada al haberse decantado la solución de un tema largamente debatido por una vía que hace relativamente poco tiempo probablemente era impensable.

Reseñable es también la firmeza con que la DGRN entiende que la simulación es causa civil de nulidad de matrimonio, a pesar de que los supuestos que aborda consisten en autorizar o no el matrimonio (por tanto, y estrictamente, no son de simulación, sino de previsible simulación) o, a lo sumo, de reconocimiento y correspondiente inscripción en España de matrimonios celebrados en el extranjero (lo que, aún así, tampoco es propiamente, en caso de resolución negativa, una declaración de nulidad). Hasta tal punto la postura de la DGRN es firme que, en muchos casos —cuando autoriza la celebración de un matrimonio sospechosamente fraudulento, pero cuya falta de consentimiento no se ha probado suficientemente— da por sentada la posibilidad posterior de que el Ministerio Fiscal ejerza la acción de nulidad. Entiéndase bien: no es que prejuzgue el fallo; es, sencillamente, que considera la simulación implícita en el supuesto de matrimonio sin consentimiento matrimonial. También es cierto, sin embargo, que a la hora de fundamentar su postura, la DGRN jamás plantea el debate jurídico doctrinal existente en la materia, ni, en particular, las tesis contrarias a la relevancia de la simulación matrimonial, aunque sea para rebatirlas.

Los términos utilizados por la DGRN para referirse a esto tipo de matrimonios son hasta cierto punto, variados. En alguna ocasión, aunque sea incidentalmente, se recoge la expresión “*matrimonio de*

*conveniencia*⁵⁹², que en todo caso es poco recomendable, ya que no todo matrimonio por interés implica falta de voluntad y de consentimiento matrimonial. Con mucha frecuencia se alude al “*matrimonio de complacencia*”, fórmula feliz para definir ciertas simulaciones en el ámbito del reconocimiento de la filiación, pero que aquí tampoco nos parece afortunada, porque únicamente pone el acento en la actitud de una de las partes —precisamente en la que no lleva la iniciativa en la simulación—, que complace a la otra, prestándose al fingimiento de la celebración para que ésta última pueda conseguir los fines perseguidos en fraude de ley; téngase en cuenta, por otro lado, que no siempre se trata de mera complacencia, pues en muchos casos quien supuestamente complace lo hace a cambio de un precio o contraprestación. En ocasiones, las resoluciones de la DGRN se hacen eco de una locución que ha hecho fortuna en la doctrina francesa, aunque no tanto entre nosotros. Me refiero a los llamados “*matrimonios blancos*”⁵⁹³. También se utiliza, insistentemente, el concepto de “*matrimonio en fraude de ley*”, en relación con la “*simulación*”. Sin embargo, debe distinguirse entre tal fraude, que implica propósito de eludir la ley, de la simulación, que no consiste tanto en eludirla, cuanto en ocultar su transgresión, aunque, ciertamente, los supuestos barajados por las resoluciones examinadas plantean una y otra figura. Pero es sin duda la “*simulación*”, o el matrimonio o el consentimiento “*simulado*”, en relación con la consiguiente “*falta de consentimiento*”, el concepto que jurídicamente mejor refleja en la doctrina de la DGRN el defecto radical de que adolecen o pueden adolecer los matrimonios objeto de dichas resoluciones.

Conocidos son, por otra parte, los viejos prejuicios de la doctrina civilista en cuanto a requerir que la simulación sea bilateral y con acuerdo simulatorio entre las partes. Estos mismos prejuicios fueron los que impusieron la necesidad de ese acuerdo cuando la simulación fue incorporada expresamente como causa de nulidad matrimonial en el Código civil italiano⁵⁹⁴. Pero el criterio de la

⁵⁹² En realidad, la expresión se recoge en el Antecedente de Hecho Tercero de la Resolución referida en nota 7.

⁵⁹³ *Ad exemplum*, Resoluciones de 19.04.2001 (*El Derecho*, 2001/14.850) y de 30.01.2001 (*El Derecho*, 2001/5.253).

⁵⁹⁴ El art. 123. del C.c. italianodice. en su párrafo primero: *Simulazione.*- “*Il matrimonio può essere impugnato da ciascuno dei coniugi quando gli sposi abbiano convenuto di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti da esso discendenti.*” Se requiere, pues, que los contrayentes lo hayan conveido.

doctrina de la DGRN es que debe incluirse tanto la simulación bilateral, con pacto simulatorio como la unilateral. Al menos, es lo que cabe deducir de la norma 3ª de la Instrucción de 09.01.1995 cuando alude a la intención fraudulenta de una o de las dos partes, y a la necesidad de la existencia en ambos contrayentes de un real consentimiento matrimonial. Parece lógico, por otra parte, requerir una coherencia entre lo exigido para autorizar el matrimonio (o para reconocer e inscribir el celebrado fuera de España), con respecto al tratamiento jurídico de una posible acción de nulidad. Por eso pienso que, superando viejos prejuicios, la doctrina de la DGRN supone una aportación importante a propósito de la relevancia jurídica de la simulación, en este caso unilateral, por más que los casos que venga abordando sean, en general, de presunta simulación bilateral. Criterio, sin duda, mucho más coherente con el principio de que no hay matrimonio sin consentimiento.

Más diluida queda la cuestión referente a la simulación relativa o parcial, u otras modalidades doctrinales como el llamado matrimonio indirecto. Comparativamente, de nuevo hemos de referirnos al caso italiano cuyo art. 123 párr. 1 parece dar entrada al concepto de simulación relativa en una acepción más próxima a la noción canónica que a la civil. A ello, además de a la simulación absoluta, podría referirse la alusión legal al propósito de los cónyuges de contraer matrimonio con ánimo de *"no cumplir y de no ejercitar los derechos que de él dimanar"*. Sin embargo, y hasta donde me consta, la interpretación de la norma se limitó a su acepción de simulación absoluta. En todo caso, si difícil resulta detectar y acreditar *"a priori"* supuestos de simulación absoluta, nada digamos de la relativa. A ello hemos de añadir que en muchas ocasiones la simulación sólo se hace relativamente evidente en el mejor de los casos, después de la celebración. Ya he apuntado antes el fenómeno de las convivencias aparentemente matrimoniales, con derechos desiguales, o que esconden otro tipo de relaciones y contraprestaciones, distintas a las conyugales. Y ya se comprende que aunque eso se deba a la voluntad inicial de uno o ambos contrayentes, y aunque convengamos en que eso también es una simulación, aunque relativa, es prácticamente indetectable en un expediente matrimonial, y menos aun con medios de prueba suficientes que legitimen la denegación del matrimonio.

Más insólito sería es aún exigir a la DGRN que se pronuncie sobre cuestiones que afectan estrictamente a la acción de nulidad,

como son la legitimación para ejercitarla o su posible caducidad. Precisamente, uno de los inconvenientes que tiene el que el legislador no haya incluido literalmente la simulación como causa de nulidad, y la haya dejado en el ámbito de su posible inclusión en la noción de falta de consentimiento, es que tampoco ha establecido explícitamente condiciones especiales para la impugnación del matrimonio por dicha causa. Claro está que la cuestión previa es aquí la de si dicha causa requiere o no esas condiciones especiales. La respuesta dependerá de la jerarquía de valores que se establezca, especialmente entre indispensabilidad del consentimiento, por una parte, y seguridad jurídica y represión de la mala fe, de otro. Otra vez hemos de referirnos al Código civil italiano, cuyo art. 123 párr. 2 establece que la acción de nulidad por simulación no puede ser interpuesta después de un año de la celebración del matrimonio, ni tampoco en el caso de que los contrayentes hayan convivido como cónyuges después de la celebración⁵⁹⁵. En el caso español, a falta de normativa expresa, entiendo que no cabe la caducidad de la acción y que resulta de aplicación el art. 74 C.c. en cuanto que la acción de nulidad corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona con interés directo y legítimo. Y penso, además, que sería enormemente peligroso establecer limitaciones a los cónyuges en su derecho a impugnar el matrimonio por razón de su posible mala fe, a semejanza de aquella superada prescripción canónica que impedía impugnar el matrimonio al cónyuge cuando éste era causa directa y dolosa de la nulidad. Y es que, aparte de la lesión que puede suponer al principio consensual, y del mal encaje que tiene establecer “*a priori*” que una de las partes ha actuado de mala fe, se correría el riesgo de identificar simulación con mala fe, cuando sabido es, que una cosa y la otra no siempre van parejas. ¿No es acaso plenamente disculpable la simulación matrimonial realizada para poder huir de un país en guerra o en peligro de estarlo? ¿Y por qué no puede serlo, en una sociedad que tiende o debe tender a la solidaridad, la de quien vive en condiciones ínfimas y ve en la posibilidad de un matrimonio simulado la posibilidad de alcanzar en otro país unas condiciones de vida más humanas?

⁵⁹⁵ El tenor literal es el siguiente: “*L'azione non può essere proposta decorso un anno della celebrazione del matrimonio, ovvero nel caso in cui i contraenti abbiano convissuto come coniugi successivamente alla celebrazione nedisima*”.

VII.- LA SIMULACIÓN Y EL FRAUDE DE LEY POR LA VÍA DE LA EFICACIA CIVIL DEL MATRIMONIO EN FORMA RELIGIOSA

1.- Planteamiento

Hasta el momento sólo hemos tratado del matrimonio en fraude de ley que se pretende celebrar en forma civil, o que se ha celebrado en el extranjero, también en forma civil. Sin embargo, no hemos contemplado hipótesis de matrimonios civilmente fraudulentos, a celebrar o celebrados en forma religiosa. Enfocado el asunto desde la perspectiva de la autorización de entrada o de residencia fraudulentas en nuestro país, es lógico que la repercusión que ha tenido el problema en el marco del matrimonio civil no guarde comparación alguna con la que pueda tener en el ámbito del matrimonio según rito evangélico, en forma israelita, o en forma islámica. En este sentido, el fraude de ley por los indicados motivos es “*a priori*” escasamente verosímil — aunque casi nada es imposible—, si se tiene en cuenta que los respectivos acuerdos suscritos con la FEREDE, con la FCIE y con la CIE, tienen, como sujetos confesionales, a entes, o federación de entes, españoles, esto es, pertenecientes al Estado, por mucha que la religión que les una trascienda del ámbito estatal. Lo cual hace presumir que los matrimonios a celebrar por dichos cauces religiosos serán en principio entre españoles, aunque no cabe descartar otras hipótesis, por ejemplo de matrimonios mixtos.

Con todo, si se detectara algún intento de fraude, o el incumplimiento de cualquier obstáculo civil para la válida celebración del matrimonio, debería denegarse la autorización de matrimonio, aunque la causa no fuera precisamente la falta de capacidad. Obviamente, cualquier denegación de la celebración religiosa lo sería en tanto que con eficacia civil, por ende, sin perjuicio, de la celebración de los ritos matrimoniales religiosos a que se refiere el art. 2 b) de la LOLR.

Todo ello debe matizarse en relación con el matrimonio en forma islámica, respecto al cual la DGRN (Instrucción de 10 de febrero de 1993 sobre inscripción en el Registro civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa) ha considerado que la tramitación del expediente previo y la correspondiente certificación de capacidad constituirán los trámites normales pero no imprescindibles. Ya hemos criticado en su día esta interpretación y no insistiré ahora

sobre este punto. Pero sí interesa recordar que, en el supuesto de que no se haya tramitado el expediente previo, dicha función controladora se habrá de producir a propósito de la calificación para la inscripción registral, que deberá abarcar la comprobación no sólo los requisitos formales sino también de fondo exigidos para la validez civil del matrimonio, todo ello como expresamente se prevé en la declaración sexta de la indicada Instrucción.

Pero de este orden de cosas se destaca netamente el tratamiento legal del matrimonio en forma canónica.

2.- El caso particular del matrimonio celebrado en forma canónica

El legislador no consideró en su día necesario establecer que el matrimonio canónico tuviera que ir precedido del expediente civil previo. Hasta cierto punto esta solución tenía su sentido en el marco del Estado confesional en el que, civilmente hablando, además de una forma, se trataba de una clase de matrimonio —el matrimonio, por excelencia— en el sentido de que se producía una recepción civil de la institución matrimonial canónica en su integridad. Desde este punto de vista, el propio expediente canónico hacía las funciones de expediente civil, ya que los requisitos civilmente exigidos eran, por remisión y por recepción, los mismos que preveía la propia Iglesia. Ciertamente es que incluso en este estadio histórico de nuestro sistema matrimonial podían surgir algunos supuestos excepcionales en los que el matrimonio canónico no podía tener eficacia civil —en relación, por ejemplo, a las distintas calificaciones jurídicas canónica y civil sobre la preexistencia de impedimento de vínculo derivado de matrimonio civil entre bautizados—, pero como tesis de fondo, y salvando las excepciones que confirman la regla, se puede decir que no era necesario el expediente civil porque todo matrimonio canónico tenía eficacia civil.

Este argumento de fondo comenzó a resquebrajarse a raíz de la Constitución, debido al principio de laicidad, y porque tanto el principio de igualdad, como la previsión (art. 32) de que la ley regularía las “*formas*” —que no “*clases*”— de matrimonio hacían prever un sistema de institución matrimonial único, a salvo las distintas formas religiosas de celebración. No obstante, el sistema continuó funcionando, momentáneamente, en el sentido de seguir asumiendo el matrimonio canónico como clase o institución, aunque

ya desproveído de su carácter preferencial —discriminatorio del matrimonio civil— con que hasta aquel memento venía operando.

La suscripción del Acuerdo concordatario sobre AAJJ, lleno de ambigüedades —unas expresamente buscadas para acallar los ánimos de las fuerzas católicas más recalcitrantes, otras debidas, sencillamente, a la falta de una correcta técnica jurídica— dio argumentos a unos y a otros para defender posturas contrapuestas, aunque en el fondo de la discusión latían imparables los presupuestos constitucionales y democráticos que demandaban la decantación del conflicto hacia un sistema de pluralidad meramente formal.

Pero el desenlace legal de la cuestión no se produciría hasta la Ley 30/1981, de 7 de julio y la consiguiente reforma del Título IV Libro Primero del Código civil, cuyo art. 44 párr. 1 dice que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. Y es claro que estas disposiciones —que pueden variar en lo formal según se trate de matrimonio en forma civil o en alguna de las formas religiosas previstas (en aquel momento sólo la canónica, más adelante las otras formas religiosas ya anteriormente referidas)— son, en cuanto a los demás requisitos de validez (impedimentos, consentimiento) las mismas para todos, porque en realidad la institución matrimonial civil es una sola.

Dejando a un lado que este desenlace desagradó y mucho a un cierto sector conservador —al punto que algunos autores han seguido clamando hasta la saciedad contra la misma, por supuestamente contraria al contenido de Acuerdo sobre AAJJ, el cual interpretan al margen de la Constitución— procede indicar aquí la falta de decisión del legislador para impulsar y establecer las medidas consecuentes a la decisión que acababa de adoptar. Porque, a partir del citado momento, y dado que los requisitos canónicos y civiles para la validez del matrimonio ya no eran los mismos, acababa de perder todo sentido que el matrimonio canónico con eficacia civil no tuviera que pasar por un control civil previo. Pero el legislador no tuvo el coraje de establecer el expediente matrimonial civil para el matrimonio en forma canónica, acaso por no levantar más ampollas de las que consideró en aquel momento indispensables.

La falta de decisión del legislador no quedó sólo en eso, porque, a propósito de la inscripción registral, se estableció una normativa hartamente difusa y poco concluyente. En efecto, el art. 63 párr. 1 C.c. establece que la inscripción civil se practicará con la simple

presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro civil. El precepto, aunque hace referencia también a otras confesiones, pretende salvar la literalidad del art. VI,2 inciso final del Acuerdo sobre AAJJ. Pero sólo la literalidad, porque acto seguido (art. 63, párr. 2) se dice que se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos de validez exigidos. Este último inciso, si bien refuerza la idea de que estamos ante una forma de celebración con eficacia civil, y no, civilmente hablando, ante una clase distinta de matrimonio, es claramente insuficiente, ya que, amén de no preverse un expediente previo, tampoco se prevé un control explícito de forma y fondo para la calificación registral —al estilo del previsto en la declaración sexta de la Instrucción de la DGRN de 10 de febrero de 1993, para el supuesto de matrimonio en forma islámica sin expediente previo—, sino una simple constatación de documentación y asientos, que en modo alguno constituye una garantía mínimamente razonable para el conjunto de los requisitos civilmente requeridos.

A lo que cabe añadir que la certificación religiosa en la que teóricamente deben constar los requisitos exigidos en la legislación del Registro civil no proporciona seguridad jurídica alguna respecto a alguno de tales requisitos, pues por mucho que la ley civil e incluso en el Acuerdo sobre AAJJ (protocolo final, en relación al art. VI.1) haga dicho encargo a la Confesión, lo que manifieste la misma respecto de determinados datos carece de garantía jurídico civil. Si llevamos la norma concordataria y legal hasta sus últimas consecuencias, la conclusión será que en la certificación religiosa no sólo deberán constar los datos generales a que se refiere el art. 69 LRC, sino también, entre otros, las menciones de identidad de los contrayentes (art. 258 RRC), las cuales consisten en los nombres y apellidos, nombre de los padres, número del documento nacional de identidad, naturaleza, edad, estado, domicilio y nacionalidad (art. 12 . RRC). ¿Y tiene sentido, por ejemplo, que la Iglesia haya de hacer constar el estado (se supone que el estado civil) de los contrayentes?

En suma, la única solución satisfactoria es la de exigir el expediente previo. Pero, puestos a no exigirlo, debería establecerse, al menos, un sistema de calificación registral completo mediante el cual se verificara la existencia de todos los requisitos civiles para la validez del matrimonio.

Hay más. Establece el art. 65 C.c. que, dejando a salvo lo previsto en el art. 63 C.c., cuando el matrimonio se haya celebrado fuera de España sin expediente, para la inscripción del matrimonio en el Registro civil será necesario comprobar si concurren los requisitos civiles para la celebración. Por consiguiente, en estos casos no basta el control tenue previsto en el art. 63, sino este otro, de carácter expreso, para verificar la concurrencia de las condiciones de validez. En tal supuesto del art. 65 se encuentra, sin lugar a dudas, el matrimonio canónico celebrado fuera de España, pues la excepción de lo previsto en el art. 63 se refiere, como se dice en este artículo, a matrimonios en forma religiosos celebrados en España. Pues bien, la Resolución de la DGRN de fecha 02.11.1981⁵⁹⁶, evacuando la consulta que le fue formulada, entendió que el matrimonio celebrado por español en el extranjero en forma canónica es inscribible en el Registro Civil con la simple presentación de la certificación eclesiástica, sin perjuicio de la denegación del asiento por aplicación del art. 63 párr. 2 C.c.. Es decir, ni siquiera en este caso, en que por una vez está previsto el control estricto del art. 65 —y además, con especial razón, porque el matrimonio celebrado en el extranjero se presta aún a mayor inseguridad jurídica— consideró el Centro Directivo aplicable dicho control, conformándose con el más tenue del art. 63. Las razones esgrimidas por la resolución resultan muy poco convincentes⁵⁹⁷.

En resumen, el matrimonio en forma canónica se encuentra en una situación absolutamente anómala en lo que se refiere al control de legalidad civil. Tal situación tiene una explicación histórica —que no una justificación jurídica— por razón del lugar de privilegio que ocupaba el matrimonio canónico en nuestro sistema matrimonial. Incluso se puede comprender que el legislador de 1981 hubiera sido especialmente prudente, a la hora de decantar el sistema matrimonial hacia la pluralidad meramente formal, para evitar tensiones con la Iglesia en un momento histórico todavía de transición y por ello delicado. Pero han pasado desde entonces más de veinte años y la situación política y social ha cambiado sustancialmente. Urge, por tanto, una adecuación de las medidas complementarias de nuestro sistema matrimonial, que ya no tiene sentido demorar por más tiempo. Y, mientras no se aborde legalmente este problema, nos seguirá

⁵⁹⁶ Aranzadi, RJ 1981/474.

⁵⁹⁷ Tuve ocasión de referirme a ello en *Derecho a celebrar ritos matrimoniales religiosos y acuerdos de cooperación*, "Revista Jurídica de Catalunya", núm. I, 1995, pp. 96 a 98.

asaltando la duda e incluso la sospecha de si el matrimonio en forma canónica se está utilizando, por falta de ese control de legalidad civil, como medio idóneo para el matrimonio en fraude de ley. Todo ello sin contar, claro está, que la actual regulación constituye un sistema discriminatorio derivado de la situación de privilegio con que contaba el matrimonio religioso.

Cierto es también, que en otros aspectos, y por razón de superposición de normas que se han ido incorporando al sistema sin una visión de conjunto, el legislador ha acabado penalizando involuntariamente, en algún otro aspecto, a los contrayentes en forma canónica, respecto a los contrayentes en otras formas religiosas admitidas. Me refiero particularmente al hecho de que los contrayentes de matrimonio canónico no puede elegir entre otorgar o no eficacia civil a su celebración, que deberá tenerla necesariamente si se cumplen los requisitos civiles. En cambio, los contrayentes de matrimonios en forma israelita o de rito evangélico pueden “*a priori*” elegir esta eficacia, promoviendo o no expediente matrimonial y celebrando o no el matrimonio, una vez obtenida la certificación civil de capacidad, en los seis meses siguientes. Y eso mismo cabría decir del matrimonio islámico sino fuera porque la DGRN ha incorporado una nueva hipótesis, en mi opinión insostenible jurídicamente, cual es que sin expediente ni certificación de capacidad se pueda (o no) promover la inscripción civil del matrimonio celebrado. Pienso que existe en todo ello una lamentable confusión entre inscripción registral y eficacia civil, ya latente en el art. 7 del Acuerdo de cooperación con la CIE. Pero todos estos asuntos quedan fuera del objeto de las reflexiones que nos habíamos propuesto.

ABREVIATURAS

AAJJ	(Acuerdo Concordatario sobre) Asuntos Jurídicos.
AA VV	Autores Varios.
Art. Arts.	Artículo. Artículos.
c.	Canon.
C.c.	Código Civil.
CE	Constitución Española.
Cfr.	Confróntese.
CIC	<i>Codex Iuris Canonici</i> .
CIE	Comisión Islámica de España.
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado.
FCIE	Federación de Comunidades Israelitas de España.
FEREDE	Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España.
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (1/200, de 7 de enero).
LOLR	Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.
LRC	Ley del Registro Civil.
Párr.	Párrafo.
p. pp.	Página. Páginas.
RJ	Repertorio de Jurisprudencia.
RRC	Reglamento del Registro Civil.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.