

EL “*IUS CONNUBII*” COMO ELEMENTO DE CONTROVERSIAS CONSTITUCIONAL EN EL MARCO DEL DERECHO DE EXTRANJERÍA: LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS CONTROLES SISTEMÁTICOS POR RAZÓN DE NACIONALIDAD

Sonia García Vázquez

Prof.^a. Contratada Doctora de Derecho Constitucional. Universidade da Coruña.

Juana Goizueta Vértiz

Prof.^a. Doctora de Derecho Constitucional. Universidad del País Vasco.

RESUMEN:

Ante el creciente fenómeno de los llamados matrimonios “blancos” o “fraudulentos”, la normativa reguladora del derecho a la reagrupación familiar otorga la consideración de sujeto susceptible de ser reagrupado al cónyuge, siempre que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. En este trabajo no se discute que tales matrimonios sean nulos de pleno derecho, pero se pone en tela de juicio el control sistemático y uniforme que se lleva a cabo a efectos de probar la autenticidad del consentimiento matrimonial a prestar por los contrayentes cuando uno de ellos es un extranjero extracomunitario. Se defiende así el “*ius connubii*” como derecho de la persona y se deduce la necesidad de que siempre medien indicios suficientes y razonados de que nos encontramos ante un matrimonio simulado para acordar la denegación de su celebración o, en su caso, la inscripción en el Registro.

Palabras clave: *ius connubii* – matrimonio fraudulento – simulación matrimonial – controles – nacionalidad – extranjería.

ABSTRACT:

With the growing phenomenon of the called “marriages of convenience”, the normative of the right to family reunification grants the consideration of “subject capable to be reunified” to the spouse, when the marriage took place lawfully. This work does not discuss that convenience marriages are null and illegal, but it calls into question that the hard, systematic and uniform control to probe if that marital consent is true or false, only because one of the bridegroom is a non UE national, can be appropriate. We defend the *ius connubii* as a free right of all person, deducing the needing of well-reasoned signs that indicates the existence of a fraudulent marriage to resolve refuse its celebration or its registration.

Keywords: *ius connubii* – marriage of convenience – marital simulation – public control – nationality – immigration.

El “Ius Connubii” como elemento de controversia constitucional en el marco del derecho de extranjería: la inconstitucionalidad de los controles sistemáticos por razón de nacionalidad

Sumario: I. Reconocimiento nacional e internacional del “*ius connubii*”. II. Concepto de matrimonio blanco o fraudulento y su nulidad jurídica. III. Un control respetuoso con el marco constitucional: datos de los que cabe inferir una simulación matrimonial y presunciones jurídicamente admisibles. IV. La dudosa constitucionalidad del control indiscriminado sobre los matrimonios “mixtos”. V. El matrimonio como instrumento que permite “burlar” la legislación en materia de nacionalidad y extranjería. V.1. La adquisición de modo acelerado de la nacionalidad española. V.2. La reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados. V.3. La obtención de un permiso de residencia en España.

I. RECONOCIMIENTO NACIONAL E INTERNACIONAL DEL “IUS CONNUBII”

El *connubium* era un instituto propio del Derecho antiguo en el que se ignoraba el principio de igualdad del estado jurídico y no se reconocía el derecho del ser humano a contraer matrimonio.

El “*ius connubii*” o, también llamado, “*ius nubendi*” constituye ya un derecho reconocido de manera explícita tanto en los foros internacionales como en el Derecho nacional. Realmente, será tras la Segunda Guerra Mundial cuando diversas Declaraciones y Convenios Internacionales lo proclamen en sus textos; y este reconocimiento dejará su impronta en diversas Constituciones de nuestro entorno que han servido de referente para el constituyente español. Entre otras: la Constitución de la República italiana de 27 de diciembre de 1947¹; la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 8 de mayo de 1949²; o la vigente Constitución de la República portuguesa³.

Centrándonos en el escenario nacional, cabe subrayar que la Constitución española de 1978 regula el “*ius connubii*” haciéndolo pivotar sobre unos principios inspiradores claramente diferenciados respecto a los que nutrieron su regulación anterior.

Este derecho, que halla su precedente en el constitucionalismo español en el artículo 43.1 de la Constitución republicana de 1931⁴, se encuentra regulado, actualmente, en el apartado primero del artículo 32 de la Constitución de 1978⁵; siendo la ley, en virtud del apartado 2 del citado precepto constitucional, la que ha de regular el ejercicio

1 Artículo 29.

2 Artículos 3 y 6.1.

3 Artículo 36.

4 Téngase en cuenta que por aplicación de la Constitución de 1931 se publicaron las Leyes del Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932 y de Divorcio de 2 de marzo de 1932, que fueron derogadas por las Leyes de 12 de marzo de 1938 y de 23 de septiembre de 1939, respectivamente. Por su parte, en referencia al matrimonio canónico hay que señalar el Concordato con la Santa Sede de 27 de agosto de 1953 y la Ley de reforma del Código Civil de 24 de abril de 1958.

5 En el mismo sentido, pueden verse, por ejemplo: el artículo 29 de la Constitución italiana de 1947 y el artículo 6 de la Ley Fundamental de Bonn.

del derecho. En efecto, corresponde al Estado, mediante ley, “la regulación de las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”⁶. Esto es, la Constitución encomienda al legislador la configuración normativa de la institución matrimonial que, en palabras de ESPÍN CANOVAS, se caracteriza por ser una “institución social muy arraigada y núcleo tradicional de la familia”⁷.

De este precepto constitucional, incluido en la Sección 2ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, que reconoce el derecho al matrimonio de forma autónoma frente a la protección de la familia, pueden extraerse las siguientes consideraciones:

En primer lugar, nos situamos ante un derecho subjetivo que comporta un determinado vínculo en términos de igualdad jurídica entre las partes⁸. Con este tratamiento igualitario, fruto de la lucha por la igualdad de sexos, asistimos a la ruptura de la tradicional subordinación de la mujer en las relaciones maritales, de forma que el principio de igualdad, consagrado con carácter general en el artículo 14 CE, encuentra una de sus concreciones en el ámbito específico del derecho a contraer matrimonio.

En segunda instancia, es diferente el tratamiento que el constituyente ha querido otorgar al matrimonio frente a las convivencias o uniones de hecho; pudiendo, además, afirmarse que las relaciones matrimoniales gozan de un trato preferente frente a las uniones de hecho⁹; aunque es innegable que por vía legislativa asistimos a un proceso paulatino de equiparación entre ambas realidades con el propósito final de proteger, en diversos ámbitos, también otras relaciones de afectividad diferentes a la convivencia matrimonial¹⁰.

En tercer lugar, el constituyente identifica al matrimonio como la unión entre personas de distinto sexo. No obstante, el legislador, siguiendo el designio de otros países y la protección del derecho a la igualdad, ha incorporado ciertas reformas al derecho de familia permitiendo, así, la absorción de los cambios operados en la sociedad moderna¹¹.

6 Esta previsión constitucional se desarrolla legislativamente: por Ley 30/1981, de 1 de julio, por la que se modifica la regulación matrimonial efectuada por el Código Civil, concretándose el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio; por Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio; y por Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

7 ESPÍN CÁNOVAS, D., “Artículo 32. Derecho al matrimonio”, en ALZAGA VILLAAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III, Edersa, Madrid, 1996, p. 453.

8 TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional Español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense Madrid, Madrid, 1998, p. 298.

Resultan interesantes, en este orden de cosas y entre otras, las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: 7/1983, de 14 de febrero; 8/1983, de 18 de febrero; o 15/1983, de 4 de marzo.

9 Son esclarecedoras, en este sentido, las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: la 184/1990, de 15 de noviembre; la 29/1991, de 14 de febrero; la 66/1994, de 28 de febrero; o la 214/1994, de 14 de julio. Asimismo, no podemos obviar la Sentencia del Tribunal Supremo 611/2005, de 12 de septiembre.

10 Téngase en cuenta que, hoy en día, son muchas las Comunidades Autónomas que han dictado la correspondiente legislación en materia de convivencia extramatrimonial. Es el caso de: Cataluña; Aragón; Navarra; Valencia; Madrid; Islas Baleares; Asturias; Andalucía; País Vasco; Canarias; Extremadura; o Cantabria.

11 Resulta interesante, en este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) relativa al matrimonio entre transexuales. En concreto, en las sentencias *I. c. Reino Unido* y *Goodwin c. Reino Unido*, ambas de 11 de julio de 2002, el Tribunal modifica el sentido de su jurisprudencia anterior considerando que la prohibición del matrimonio entre transexuales constituye una vulneración del derecho a la intimidad. Asimismo, véase la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de enero de 2005, que revoca un auto del Juez Encargado del Registro Civil de Barcelona en el que se denegaba la autorización para contraer matrimonio entre un transexual costarricense, originaria y legalmente varón, y un ciudadano español.

En concreto, cabe resaltar los cambios operados por la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código Civil permitiendo el matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo¹². El legislador español atendiendo a la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, en la que expresamente se solicita a la Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación a los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, decide actuar en consecuencia reconociendo que la relación entre personas del mismo sexo puede dar lugar a una relación jurídica matrimonial.

La mencionada Ley añade, en este sentido, un párrafo segundo al artículo 44 del Código Civil en el que se reconoce que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”¹³. En suma, a partir de la mencionada Ley 13/2005, el matrimonio ha dejado de identificarse únicamente con aquella unión estable entre un hombre y una mujer, introduciendo una idea que LASARTE ÁLVAREZ tilda de “absolutamente revolucionaria” ya que como indica el autor el matrimonio siempre ha estado presidido por la idea de heterosexualidad¹⁴.

En cuarto lugar, se opta por un concreto esquema o tipo matrimonial: el monógamo. El artículo 32 de la Constitución española cuando regula el matrimonio se refiere a un derecho del hombre y la mujer. En clara coherencia con ello, el Código Civil recoge expresamente la prohibición matrimonial para “los que estén ligados con vínculo matrimonial”¹⁵. Esto es, el matrimonio queda configurado por el constituyente como la unión entre un solo hombre con una sola mujer. Debiendo este requisito de la monogamia, obviamente, también cumplirse en el caso del matrimonio homosexual.

En el ámbito del Derecho de extranjería, —con el fin de evitar la poligamia, práctica proscrita en España—, en el caso de los matrimonios polígamos tan sólo es posible la reagrupación de uno de los cónyuges y no de todos, y ello a pesar de que el matrimonio polígamo sea perfectamente válido con arreglo a la ley personal de los contrayentes, excluyendo, de este modo, el legislador español formas de familia y matrimonio ajenas a la concepción del Código Civil, aunque éstas sean válidas en el país de origen del extranjero.

Por lo que respecta a la polémica en relación al no reconocimiento del matrimonio poligámico creemos que no bastaría con sostener el peregrino argumento de que este modelo atenta contra la dignidad humana, concepto válvula que a lo largo del tiempo se

12 Asimismo se permite registrar las uniones entre parejas del mismo sexo, por ejemplo, en: Dinamarca, Noruega, Suecia, Islandia, Finlandia, Francia, Holanda, Bélgica o Canadá. En sentido contrario, téngase en cuenta el Dictamen del Consejo de Estado de 16 de diciembre de 2004 en el que se afirma que: “La Constitución española, y en concreto los artículos 32, 14 y 10.1, no generan un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque amparan el reconocimiento de efectos jurídicos a la unión estable *more uxorio* entre ellas. El artículo 32 sólo garantiza el derecho fundamental a contraer matrimonio a parejas de personas de distinto sexo, si bien ello no impide que el legislador pueda regular otros modelos de convivencia en pareja entre personas del mismo sexo, y les atribuya análogos derechos a los previstos en distintos ámbitos en relación con el matrimonio. No obstante, ese reconocimiento tiene un límite que impide privilegiar esas otras uniones frente al matrimonio heterosexual” y, asimismo, el informe de 26 de enero de 2005 emitido por el Consejo General del Poder Judicial en el que se revelan ciertas dudas acerca de la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, oponiéndose a que se dé la denominación de matrimonio para este tipo de uniones.

13 Está pendiente de resolución el recurso de inconstitucionalidad núm. 6864-2005, promovido por diputados del Grupo Parlamentario Popular contra esta reforma operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE núm. 273, de 15 de noviembre de 2005, p. 37313).

14 LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo Sexto, 5ª edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, p. 26.

15 Artículo 46.2 del Código Civil.

ha venido utilizando de manera espuria. Al hilo de esta primera aseveración, el problema no radicaría, tampoco, en el hecho de que pueda entenderse que el matrimonio poli-gámico quiebra el modelo de familia previsto en el artículo 39 CE porque nos encontramos ante un modelo constitucionalmente abierto, sino que, quizás, la piedra angular de esta discusión descansaría en las bases del artículo 14 y 32 CE, en el que se regula el derecho a contraer matrimonio en condiciones de igualdad. En otras palabras, la Constitución española contiene una serie de precisiones igualitarias, contrarias a la discriminación por razón de sexo. No es difícil colegir, por tanto, que no cabría desigualdad alguna ni en los requisitos condicionantes de la aptitud para contraer matrimonio, ni durante la permanencia de este vínculo, ni en el momento de su disolución. No se trataría de hacer aquí un juicio de valor desde perspectivas etnocéntricas, ni tampoco de que estas argumentaciones signifiquen que esa institución sea indigna de aplicación, sino que únicamente se pondría de manifiesto que aceptarla sin limitaciones crearía, además de ciudadanía diferenciadas (recordemos la tipificación de la bigamia como delito), inseguridad jurídica y otros efectos perniciosos en nuestro ordenamiento, entendido como sistema, y no como simple agregado de normas¹⁶.

Y, en quinto lugar, conforme a la interpretación internacionalmente adecuada de los derechos que exige el artículo 10.2 de la Constitución, cabe sostener que nos situamos ante un derecho predicable, asimismo, de los extranjeros puesto que, la normativa internacional a la que se refiere el citado precepto constitucional reconoce el “*ius con-nubii*” sin discriminación por razón de la nacionalidad. Así, entran dentro del ámbito de aplicación subjetivo del derecho a contraer matrimonio tanto los españoles como los extranjeros. En otras palabras, el derecho a contraer matrimonio es un derecho básico que pertenece tanto a españoles como a extranjeros sin posibilidad de diferenciación alguna. Por ello, el artículo 50 del Código Civil regula el matrimonio de los extranjeros afirmando que “si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos”.

Nos situamos ante un derecho universal, irrenunciable y *erga omnes* que encuentra su consagración constitucional en el artículo 32 de nuestra Norma Suprema, que lo reconoce como expresión específica de la capacidad para obligarse mediante una declaración abierta de voluntad basada en el libre consentimiento, apreciándose, de este modo, la libertad de la persona como valor superior del ordenamiento jurídico español.

Así pues, la Constitución, particularizando un principio que se proclama genéricamente en el artículo 14, pone de manifiesto que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (trascendental avance para la mujer que venía sufriendo una sensible disminución de su capacidad jurídica a causa del matrimonio) dejando que por ley se regulen las formas, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución, y los efectos que pueda generar¹⁷. Por tanto, toda persona goza del derecho subjetivo a contraer matrimonio de manera libre con quien desee, dentro de los límites marcados por la legislación, que en este punto, son más bien escasos (se restringe la libertad nupcial cuando uno de los cónyuges se encuentra previamente casado; si existen estrechos vínculos familiares entre ambos; se prohíben los matrimonios polígamicos; existen limitaciones por razón de edad; se establecen obstáculos para contraer matrimonio sin autorización previa, etc.)

16 Vid. GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 79-83.

17 Puede consultarse LUNA SERRANO, A., “Matrimonio y divorcio”, en VV.AA., *El nuevo régimen de la familia*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1982, pp. 149 y ss.

El principio que rige la celebración del matrimonio en España es la libertad religiosa e ideológica. En definitiva, esto significa que existen diferentes formas de celebración del matrimonio en virtud, por un lado, de una interpretación pluralista y flexible y, por otro lado, de los diferentes acuerdos de cooperación firmados por el Estado con las principales confesiones presentes en el seno de la sociedad española¹⁸: católica, evangélica, judía y musulmana; pero sólo una realmente válida a ojos del Estado español que debe cumplir los requisitos mínimos establecidos en el Código civil¹⁹. La forma civil viene, finalmente, impuesta por diferentes principios constitucionales y, entre ellos, de manera muy significativa, por el principio de aconfesionalidad del Estado español.

Por lo que respecta al escenario internacional, el respeto al “*ius connubii*”, también, se consagra en algunos preceptos de diversos Convenios internacionales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico. Entre ellos cabe citar:

El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General, de 10 diciembre 1948;

El artículo 12 del Convenio de Roma sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950;

El artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966;

El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966;

El artículo 5 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 7 de marzo de 1966;

Los artículos 9, 11 y 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979;

Y el artículo 9 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE adoptada en Niza²⁰.

Como es conocido los extranjeros gozan de los derechos fundamentales y las libertades públicas que garantiza el Título I de la Constitución española. Y la interpretación de las normas sobre derechos humanos debe realizarse siempre, —a través del artículo 10.2 CE que constituye una importante cláusula de desoxidación del ordenamiento—, de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los Convenios y Tratados internacionales ratificados por España; y estos textos, como hemos tenido ocasión de comprobar, reconocen el “*ius connubii*” sin distinción alguna por razón de nacionalidad. Puede concluirse, de este modo, que siempre debe primar el derecho a la libertad de matrimonio, que sólo puede limitarse excepcionalmente, cuando exista una certeza absoluta del obstáculo o impedimento legal que vicie de nulidad al negocio jurídico pretendido.

En suma, el matrimonio es una institución jurídica bilateral y formal que funciona de la misma forma, pero con más límites, que el resto de los negocios en el ámbito del

18 El matrimonio entre extranjeros en España y la admisión de su ley personal como norma aplicable abre la puerta a otras formas de celebración religiosa distintas a las autorizadas en nuestro país.

19 Puede consultarse JORDANO BAREA, J. B., “El nuevo sistema matrimonial español”, en VVAA, *La reforma del Derecho de familia. Jornadas hispalenses sobre la reforma del Derecho de familia*, 2001, pp. 38 y ss.

20 DOCE C 80, de 10 de marzo de 2001.

Derecho privado. El consentimiento, su esencia, es tarea de los futuros contrayentes que al emitir una solemne manifestación de voluntades aceptan el contenido y efectos que configuran la institución matrimonial. Sin embargo, resulta obvio que el artículo 45 del Código Civil español no exige un consentimiento cualquiera, sino un consentimiento dirigido a crear una comunidad de vida entre los esposos con la finalidad de asumir los fines propios y específicos de esta unión. Por tanto, el consentimiento matrimonial es existente, auténtico y verdadero cuando los contrayentes persiguen, con dicho enlace, iniciar un proyecto de vida común o fundar una familia; y aunque no detalla cuál es la finalidad concreta del matrimonio, sí contiene una determinación de los derechos y deberes de los esposos, de modo que es claro que cuando los cónyuges contraen matrimonio deben querer asumirlo.

A tenor de la anterior afirmación, cuando los contrayentes se unen en matrimonio excluyendo asumir las finalidades, propiedades o efectos esenciales del mismo, podrá entenderse que el consentimiento es simulado; y los negocios jurídicos simulados o aparentes dan como resultado una institución ficticia, por cuanto si bien, se cumplen las formalidades externas, en este supuesto, ambos contrayentes o sólo uno de ellos, no tienen intención real de contraer matrimonio. Estos matrimonios de complacencia o blancos²¹ potencian el fraude a las normas de nacionalidad y extranjería, como indica la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 4 de diciembre de 1997²²; y admitir la validez o la inscripción registral de los mismos equivaldría a aceptar un fraude de ley respecto de las normas que regulan la entrada, autorizaciones de residencia, la reagrupación familiar y la adquisición de la nacionalidad. Así pues, es indudable que un enlace de esta clase habrá de ser reputado como nulo en nuestro ordenamiento por falta de verdadero consentimiento²³.

Desde una perspectiva internacional se vulneraría el art. 16.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que expresa que “sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio”, y se infringiría, entre otros, el artículo 1.1 de la Convención relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraerlo y registro de los mismos, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1962²⁴, conforme al cual “no podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos cónyuges”, que nació para atajar ciertas costumbres, leyes y prácticas vigentes en algunos países incompatibles con la libertad matrimonial, con el objetivo de asegurar la elección del cónyuge, aboliendo el matrimonio de niños, y los esponsales de las jóvenes antes de la edad núbil; pues son casos en los que no concurre auténtica capacidad nupcial ni verdadero consentimiento.

En suma, ya que los “matrimonios de complacencia” están afectados por una causa de nulidad de pleno derecho debe evitarse, en la medida que resulte factible, su celebración y, en caso de que hayan sido celebrados, debe impedirse su inscripción en el Registro Civil, pues lo contrario supondría que estamos otorgando efectos legales a un matrimonio nulo²⁵ de pleno derecho.

En este contexto, cabe afirmar que la solución ha de encontrarse, no en el amontonamiento de pruebas y diligencias previas para cerciorarse de la verdadera voluntad de las partes, porque ello equivaldría a obstaculizar de un modo intolerable un derecho

21 DIAGO DIAGO, M^a P., “Matrimonios por conveniencia”, *Actualidad Civil*, núm. 2, 1996.

22 DOCE C 382, de 16 de diciembre de 1997.

23 Según resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 31 de enero de 2006, no estamos ante “verdaderos matrimonios”.

24 BOE núm.128, de 29 mayo 1969.

25 PÉREZ VALLEJO, A. M., “Notas sobre la ineficacia que deriva de la nulidad de los matrimonios de complacencia”, *Estudios sobre invalidez e ineficacia, nulidad de los actos jurídicos*, 2006.

de las personas; sino más bien, en adoptar medidas represivas *a posteriori* tales como el ejercicio público de la acción de nulidad en casos extremos, y sobre todo, en poner en marcha mecanismos indirectos dirigidos a evitar que el extranjero obtenga los beneficios fraudulentos que quizás persiga.

A pesar de todo ello, consideramos que debe excluirse la introducción de controles sistemáticos para todos los matrimonios que un ciudadano europeo o un extranjero residente celebre con nacionales de terceros Estados, y utilizar las sanciones que, en su caso, se deriven, únicamente, en los supuestos en que existan presunciones altamente graves y fundadas de que el matrimonio sea realmente fraudulento, y de que éste constituya un medio para eludir las normas relativas a la entrada y a la residencia de nacionales de terceros Estados en el marco de la Unión Europea.

II. CONCEPTO DE MATRIMONIO BLANCO O FRAUDULENTO Y SU NULIDAD JURÍDICA.

La regulación legislativa de la institución matrimonial se centra en tres elementos clave: la capacidad, la forma de celebración del matrimonio y el consentimiento. La capacidad matrimonial alude a ciertos condicionamientos físicos, psíquicos y sociales que precisados por el Estado determinan la validez del matrimonio que se contraiga. Si atendemos a la regulación actual los requisitos de los que se hace depender la validez del matrimonio son, fundamentalmente, dos: la edad fijada por la ley y la inexistencia de otro vínculo matrimonial anterior. Por un lado, cabe afirmar que para contraer matrimonio se requiere haber cumplido dieciocho años²⁶. Si bien, ello no significa que el menor no pueda contraerlo puesto que, la capacidad del que no alcance la mayoría de edad existe desde los catorce años si el juez aprecia la existencia de justa causa para la dispensa²⁷, y desde los dieciséis, si el menor obtuvo la emancipación por concesión de los padres o del juez²⁸. En otras palabras, los menores emancipados y, en todo caso, los mayores de edad disponen de aptitud suficiente para contraer matrimonio.

Por otro lado, solo se prohíbe de modo absoluto contraer matrimonio "a los que estén ligados con vínculo matrimonial"²⁹. Una prohibición que encuentra su plena justificación en la proscripción de la bigamia y que cesa por la disolución de dicho matrimonio. Una disolución que se producirá, además de por la muerte o declaración de fallecimiento del otro cónyuge, por el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, o por la declaración de nulidad del matrimonio anterior.

A la forma de celebración del matrimonio se refiere el artículo 32.2 de la Constitución. El constituyente utiliza la expresión plural "formas de matrimonio" lo que denota su apuesta por un sistema de pluralidad de formas. Esto es, el constituyente reconoce el pluralismo de formas de celebración. Así, junto a la forma civil cohabitan las formas religiosas de celebración del matrimonio³⁰. En tal sentido, el artículo 49 del

26 Artículo 12 de la Constitución y 315 del Código Civil.

27 Artículo 48 del Código Civil.

28 Artículos 317, 320 y 321 del Código Civil.

29 Artículo 46.2 del Código Civil.

30 Como afirma ESPÍN CÁNOVAS, D.: "En virtud de los acuerdos de cooperación con las confesiones existentes en la sociedad española, el Estado puede admitir el matrimonio en una o varias formas religiosas y en distinta medida en cuanto a los requisitos exigidos, sin quebrantar la aconfesionalidad del Estado ni la igualdad entre varias confesiones, pues su arraigo en la sociedad española puede ser muy diferente" ("Artículo 32. Derecho al matrimonio", *cit.*, p. 469).

Código Civil prevé que: “Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España:

- Ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código.
- 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 definitiva, cualquier persona podrá elegir entre la forma civil o la religiosa de una confesión inscrita en el Registro correspondiente y conforme al Acuerdo que haya suscrito esa confesión con el Estado³¹. En el supuesto de que ambos contrayentes sean extranjeros éstos podrán celebrar el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos³². En definitiva, la regulación vigente de la institución matrimonial se inspira en un sistema electivo material de carácter facultativo: son los contrayentes los que pueden decidir contraer matrimonio bien en forma civil bien en forma religiosa.

El tercer elemento clave es el consentimiento. Recordemos que, como ha declarado el Tribunal Constitucional, al no ser el derecho reconocido en el artículo 32.1 CE un derecho de ejercicio individual “no hay matrimonio sin consentimiento mutuo (art. 45 CC)”³³. Por tanto, es obvio que la institución matrimonial, como hemos tenido oportunidad de destacar anteriormente, se fundamenta en el consentimiento de los contrayentes. Dicho de otra manera, sin base convencional no puede hablarse de matrimonio, puesto que el consentimiento se erige en un acto personal y necesario para contraerlo. Esto es, en tanto que nos situamos ante un negocio jurídico bilateral, la declaración de voluntad de los contrayentes es el elemento básico del matrimonio por constituir la fuente de la relación jurídica³⁴; debiendo además tratarse de un consentimiento incondicional o puro y no simulado³⁵.

El estudio de esta tríada y, en particular, el del consentimiento es el que nos permite conectar con el tema que da título al presente epígrafe. En los últimos años, y debido al incremento de los movimientos poblacionales de un Estado a otro, irrumpe, cada vez con más fuerza, el fenómeno de los llamados matrimonios de complacencia, o también denominados matrimonios blancos. Se trata de matrimonios en los que está ausente el elemento del consentimiento. Por tanto, nos situamos ante un matrimonio en el que se emite el consentimiento, por una o por ambas partes, de forma legal pero sin correspondencia con un consentimiento interior o, lo que es lo mismo, sin una voluntad efectiva de contraer matrimonio³⁶. De este modo, tal y como

31 Artículo 59 del Código Civil.

Téngase en cuenta que el Estado español además del Acuerdo con la Santa Sede, firmado el 3 de enero de 1979, ha rubricado Acuerdos de Cooperación con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, Federación de Comunidades Israelitas de España y Comisión Islámica de España. Estos Acuerdos fueron aprobados por las Cortes Generales, por las Leyes 24/1992, de 10 de noviembre, para la Federación Evangélica; 25/1992, de 10 de noviembre, para la Federación Israelita; y 26/1992, de 10 de noviembre, para la Comisión Islámica (BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 1992).

32 Artículo 50 del Código Civil.

33 STC 47/1993, de 8 de febrero, F. J. 4.

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

35 En este sentido, el Código Civil afirma en su artículo 45.2 que “la condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta”.

36 Así se define el matrimonio simulado en LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil IV. Familia*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 51.

prevén los artículos 45.1 y 73.1 del Código Civil, se trataría de matrimonios nulos por ausencia de consentimiento matrimonial, cualquiera que fuese su forma de celebración, por no concurrir un consentimiento dirigido a asumir los fines propios y específicos de esta institución; en otras palabras, la voluntad real no se corresponde con la emitida y podrá denegarse la autorización del matrimonio o la posterior inscripción del mismo. Esta nulidad se produce automáticamente, sin perjuicio de su declaración judicial, y es insubsanable, sin que admita convalidación por el transcurso del tiempo.

Y es que en estos supuestos, los contrayentes realizan un acto simulado con el único propósito de obtener ciertas ventajas del ordenamiento jurídico interno del Estado de que se trate. Ventajas que serán, únicamente, mencionadas de forma telegráfica para evitar reiteraciones, puesto que éstas serán analizadas en un momento posterior de este trabajo. Entre otras, pueden mencionarse las siguientes:

- 1) Adquirir la nacionalidad del Estado de residencia.
- 2) Obtener una autorización de residencia que, en la mayoría de los supuestos, constituye un requisito *sine qua non* para la obtención de la autorización para trabajar.
- 3) Beneficiarse del reagrupamiento familiar.

En este sentido, el matrimonio “blanco”, “fraudulento” o “de complacencia” es definido por el Consejo de la Unión Europea como “el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer Estado que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y la residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro”³⁷. En semejantes términos, también, se pronuncia la Fiscalía General del Estado al identificar tal matrimonio con aquél celebrado con la única finalidad de regularizar la situación en España de uno de los contrayentes, mediante el matrimonio con quien ya se encuentra legalmente en el territorio español³⁸ y, la Dirección General de los Registros y del Notariado que afirma que en estos enlaces el consentimiento se emite, por una o ambas partes, en forma legal pero mediante simulación, excluyendo la finalidad y los derechos y obligaciones prefijados por la Ley³⁹.

Así pues, nos situamos ante un fenómeno que lejos de preocupar solo al Estado español, constituye una preocupación común a todos los Estados comunitarios habida cuenta que las ventajas que reportan este tipo de matrimonios, permiten ejercer a los contrayentes la libertad de circulación por el resto de los países miembros⁴⁰. En este orden de cosas ha de enmarcarse la afirmación que realiza HERNÁNDEZ CABALLE-

37 Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deben adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (DOCE C 382, de 16 de diciembre de 1997).

38 Circular 1/2002, de la Fiscalía General del Estado sobre: Aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.

39 Véase la ya citada Resolución, de 31 de enero de enero de 2006, de la DGRN.

40 Por ello, el artículo 17.1.a) de la Ley de Extranjería exige como condición para ejercer el derecho al reagrupamiento familiar del cónyuge que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley.

Sobre el derecho a la libertad de circulación y residencia, en concreto, en el territorio español puede consultarse el trabajo de GOIZUETA VÉRTIZ, J., *El derecho a la libre circulación y residencia en la Constitución Española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

RO para quien “la celebración de matrimonios en un contexto de inmigración es un fenómeno que preocupa sobremanera a las administraciones nacionales tanto en el marco internacional y comunitario como en el español”⁴¹.

Bien podría afirmarse que el principal problema que plantea este tipo de matrimonios blancos o de conveniencia es que, el afán por parte de los Estados de controlar los flujos migratorios y la dificultad de probar que la voluntad emitida se corresponde con la real voluntad interna, puede conducirnos a equívocos graves que, en la práctica, permitirían confundir estas realidades fraudulentas con los verdaderos matrimonios. Esta problemática se acrecienta, sobretodo, cuando entre los contrayentes existe algún elemento “diferenciador” como puede ser la nacionalidad, la raza, el color o la religión, de tal modo que puede verse vulnerado el derecho que asiste a toda persona a contraer matrimonio con quién uno libremente elija. Esto es, el control y el intento por erradicar estas prácticas atentarían, en ciertos supuestos, contra el “*ius connubii*”, en cuanto derecho inviolable, consagrado constitucionalmente, de toda persona.

En este contexto, resulta necesario subrayar que un matrimonio solo será presuntamente fraudulento cuando a partir de las declaraciones de los interesados o de terceras personas, de informaciones que procedan de documentos escritos u obtenidos durante una investigación, se detecten presunciones fundadas y razonables de ese fraude.

Hace apenas una década, la crisis económica y el alto índice de paro eran considerables, tanto en nuestro país como en la práctica totalidad de los Estados de nuestro entorno; los rasgos de la política migratoria giraban en torno a tres características: estabilización y restricción de nuevas entradas; movimientos intracomunitarios; y agregación de la inmigración desde países del Este. De estas notas destacaba la incorporación de normas de extranjería sumamente restrictivas y un estatus cada día más discriminatorio para el extranjero. Frente a estas situaciones de inseguridad y precariedad, algunos inmigrantes comenzaron a utilizar instituciones del Derecho de familia, en concreto, el matrimonio, para eludir las normas de extranjería⁴².

Es un hecho constatado que, los llamados “matrimonios de complacencia” son una realidad en creciente aumento en nuestro país. El número de resoluciones dictadas por la DGRN en relación con tales matrimonios es incontable, especialmente desde el año 1995. Desde entonces, serán cientos los casos de los que conoce anualmente y que son calificados de matrimonios simulados. Ahondando en el ámbito estadístico cabe afirmar que desde 1996 a 2004 se han triplicado los matrimonios en los que uno de los contrayentes es extranjero. Así, si en 1996 fueron 9.198, en el año 2004 esta cifra ha ascendido hasta 30.930 alcanzando los 31.884 en el año 2006, según datos facilitados por el Instituto Nacional de Estadística. Puede, por lo tanto, afirmarse que no solo aumenta año tras año el número de extranjeros empadronados en nuestro país⁴³, sino que las cifras de matrimonios entre españoles y extranjeros se han disparado creciendo los matrimonios mixtos a niveles sin precedentes en los últimos años. Además, puede atestiguiarse que si bien, en un principio, eran más usuales los matrimonios entre españolas y extranjeros esta tónica se ha alterado de forma que, según los datos que nos constan, desde el 2001 al 2004 ha aumentado considerablemente las uniones entre españoles y

41 HERNÁNDEZ CABALLERO, M. J., “El ejercicio del *ius connubii* por parte de los no nacionales. El matrimonio simulado”, *Actualidad Civil*, núm. 17, octubre 2005, p. 2055.

42 ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., “Matrimonios mixtos simulados: mecanismos de sanción”, *Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón*, año XXXV, núm. 136, 1995.

43 Téngase en cuenta que de los poco más de 44 millones de personas empadronadas en España a 1 de enero de 2005, casi cuatro millones son extranjeros, es decir, el 8,5%, alcanzando actualmente la cifra el 10% de la población total.

extranjeras pasando éstas de 6.517 a 13.574⁴⁴. Por esa razón, en los últimos tiempos, se han elaborado una serie de directrices en la materia que pueden servir de ayuda y orientación a los encargados de los Registros Civiles españoles, tanto en España como en el extranjero, a la hora de abordar el tratamiento jurídico de este fenómeno.

Nos situamos ante enlaces que se celebran, frecuentemente, a cambio de un precio; es decir, un nacional extranjero paga una cantidad a un ciudadano español o europeo, para que éste último acceda a contraer matrimonio con él o ella, mediando el acuerdo, expreso o tácito, de que nunca habrá convivencia matrimonial auténtica ni voluntad de fundar o formar una familia, y de que, pasado cierto plazo convenido, se instará el divorcio. No obstante, aunque muchos de estos matrimonios se celebran a cambio de una contraprestación económica, no es menos cierto que este hecho no puede ser considerado como una condición imprescindible de este tipo de matrimonios, pues también los hay que se celebran de forma altruista, por amistad o por el rechazo a una política de extranjería restrictiva.

Algunos autores, con gran acierto, no están conformes con los rasgos definidores prototípicos del matrimonio blanco aseverando que cabe el matrimonio de conveniencia entre dos extranjeros cuando uno ostenta un permiso de residencia en régimen general o comunitario y el otro es un extranjero en una situación administrativa de irregularidad⁴⁵.

Para evitar, en lo posible, la existencia de estos matrimonios y su inscripción (que supondría una discordancia entre lo anotado en el Registro y la realidad extraregistro) contraria a los principios básicos que rigen en el ordenamiento jurídico, la DGRN, aprobó en su día una Instrucción de 9 de enero de 1995, relativa a la importancia que, en el expediente previo a la celebración al matrimonio, tiene la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, como medio para apreciar cualquier obstáculo a la celebración del enlace, y en concreto, la ausencia de consentimiento matrimonial.

Más recientemente, y en la misma línea de extensión de medidas tendentes a evitar la inscripción de estos matrimonios simulados, la DGRN ha dictado la Instrucción de 31 de enero de 2006, en la que muestra su recelo ante estos matrimonios difícilmente atacables, pero nulos por perseguir finalidades prohibidas por ley, estableciendo una serie de directrices en la materia para luchar contra el fraude y controlar, entre otros aspectos, la legalidad y autenticidad del consentimiento matrimonial.

Asimismo, en el plano internacional, el desasosiego por la extensión que se observa de este fenómeno de los matrimonios de complacencia llevó a la Comisión Internacional del Estado Civil a acordar en la Asamblea General de Edimburgo, de septiembre de 2004, la constitución de un grupo de trabajo específico para intercambiar las experiencias y medidas adoptadas para combatir tal fenómeno en los distintos países miembros, que pretende complementar, en el ámbito de los matrimonios de complacencia, la Recomendación nº 9, adoptada en Estrasburgo el 17 de marzo de 2005, relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil.

Para nuestros vecinos franceses, la iniciativa se adoptó a través de la Circular relativa a la lucha contra los matrimonios simulados, redactada en París el 2 de mayo de 2005, por el Ministerio de Justicia de la República francesa, en desarrollo de la modi-

44 Datos extraídos del trabajo de GALA VALLEJO, C., "Matrimonios de conveniencia", *Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Graduados Sociales de Madrid*, núm. 50, 2006.

45 ADROHER BIOSCA, S., "El derecho a contraer matrimonio en la emigración", *Revista Migraciones*, núm. 0, 1996, pp. 107-131.

ficación introducida en el “*Code civil*” por la Ley número 2003-1119, de 26 de noviembre de 2003, relativa a la ordenación de la inmigración, la residencia de los extranjeros y la nacionalidad, que reforma el artículo 47 del Código Civil e introduce el trámite de audiencia previa para evitar matrimonios de complacencia.

Esta decisión se enmarca en un contexto general de preocupación por el creciente fraude observado que tiende a la obtención indebida de la nacionalidad o de la residencia regular, utilizando para ello mecanismos de falsificación documental, simulación de matrimonios o reconocimientos falsos de filiación, y que ha dado lugar a la adopción de diversas medidas de reacción por parte de los Estados.

En Bélgica se adoptó un nuevo Código de Derecho Internacional Privado; en Holanda, un nuevo procedimiento de verificación y control de los documentos de estado civil extranjeros; en Suiza se han atribuido mayores poderes a los encargados de los Registros Civiles para poder denegar las inscripciones de documentos que se consideran fraudulentos; y, finalmente, en Reino Unido se ha trabajado en la mejor especialización de los encargados de los mismos con igual objeto.

Por su parte, y desde la perspectiva del derecho Internacional Privado, los problemas que plantea el tratamiento jurídico de los matrimonios de complacencia, son fundamentalmente los que siguen:

a) En primera instancia, es necesario precisar la ley estatal aplicable a los mismos, puesto que se trata de casos en los que se halla implicado un ciudadano extranjero;

b) Y, una vez concretada cuál es la ley estatal aplicable a la formación del matrimonio, y en el caso de que dicha ley sea la española, sería preciso determinar los criterios adecuados para probar o demostrar que, en su caso, el matrimonio que se pretende celebrar y/o inscribir en el Registro Civil español, es un matrimonio simulado; es decir, un “falso matrimonio”.

Sin embargo, en el Derecho Internacional Privado español no existe una norma de conflicto que indique, específicamente, la ley aplicable por lo que respecta al consentimiento matrimonial. Esta falta de previsión ha provocado dudas en la doctrina, debiendo procederse a una aplicación distributiva de las leyes nacionales de los cónyuges: el consentimiento matrimonial de cada cónyuge se regirá por la ley nacional de cada uno de ellos en el momento de la celebración del matrimonio. De este modo, parece que debería ser la ley personal de cada contrayente la que deberá determinar si el consentimiento es aparente o real, los vicios del consentimiento (violencia, error, etc.), los efectos del consentimiento viciado o simulado, el plazo para el ejercicio de las acciones y las personas legitimadas. Una decisión que, obviamente, no está exenta de riesgos.

Como hemos mencionado, los objetivos usuales de estos matrimonios celebrados en fraude de ley son adquirir de modo acelerado la nacionalidad española (basta un año de residencia en España tras el matrimonio); lograr una autorización de residencia que cuando es comunitaria implica la aplicación de un régimen jurídico fundado en el principio de igualdad de trato, o intentar la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados.

Al margen de la problemática que plantea este tipo de matrimonios desde el ámbito del Derecho Internacional Privado, lo cierto es que, como ya hemos señalado, conforme a los artículos 45.1 y 73.1 del Código Civil, estos matrimonios son nulos cualquiera que sea su forma de celebración por tratarse de matrimonios en los que no concurre un verdadero consentimiento dirigido a asumir los fines específicos de esta institución. Si el consentimiento se emite por una o ambas partes, en forma legal pero mediante simulación, estaremos ante un matrimonio contraído sin voluntad efectiva; en

otras palabras, la voluntad real no se corresponde con la emitida y podrá denegarse la autorización del matrimonio o la posterior inscripción del mismo.

Por otro lado, hay que destacar que podemos encontrarnos ante dos situaciones totalmente distintas, aunque con idénticos efectos jurídicos, que conviene distinguir desde este preciso momento. El primer supuesto se identifica, con aquel matrimonio en el que uno de los contrayentes es español o comunitario y el otro extranjero de un país tercero (aunque también puede darse entre extranjeros), cuyo propósito, en claro fraude de ley, es que éste último, se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial en el campo de la nacionalidad y de la extranjería. El segundo supuesto se identificaría con aquel matrimonio, en que uno de los contrayentes es español o ciudadano de la Unión y el otro, extranjero; pero es sólo, en éste último, en el que falta la verdadera voluntad de contraer y fundar una familia⁴⁶.

En sede general del negocio jurídico, los contratos pueden declararse nulos por simulación, cuando les falta el elemento esencial del consentimiento o de la causa⁴⁷. A estos efectos, por consentimiento matrimonial hay que entender no la mera manifestación de voluntad, —externa y formal—, de contraer matrimonio, sino que dicho acuerdo de voluntades ha de ir dirigido al concreto contenido del negocio matrimonial que, como sabemos, recae sobre un conjunto de derechos y deberes consagrados imperativamente en los artículos 67 y 68 del Código civil; en concreto, el establecimiento de una plena comunidad de vida entre los cónyuges, con ayuda y respeto muto, actuando en interés de la familia, el deber de socorrerse mutuamente y guardarse fidelidad, y el compartir las responsabilidades domésticas, así como el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y de otras personas dependientes a su cargo.

En la Instrucción de 31 de enero de 2006, la caracterización legal del consentimiento determina la exclusión en nuestro ordenamiento jurídico de un consentimiento abstracto o desconectado de toda relación con la finalidad institucional del matrimonio, evitándose con ello que esta institución sea utilizada como instrumento en fraude de ley.

III. UN CONTROL RESPETUOSO CON EL MARCO CONSTITUCIONAL: DATOS DE LOS QUE CABE INFERIR UNA SIMULACIÓN MATRIMONIAL Y PRESUNCIONES JURÍDICAMENTE ADMISIBLES

A pesar de que la DGRN dictó, en su momento, una Instrucción facilitando directrices claras a los encargados de los Registros Civiles sobre los llamados “matrimonios de complacencia”, también ha reconocido que, pese a ello, han sido cientos los casos calificados como matrimonios simulados en los últimos años.

En este texto se ofrecían orientaciones prácticas para la detección del fraude, pudiendo, los encargados de los Registros, realizar entrevistas individuales a los contrayentes; si bien no se incluían en una lista cerrada los datos de conocimiento exigible, limitándose a mencionar las referencias más frecuentes como: fecha y lugar de nacimiento, domicilio, profesión, aficiones relevantes, hábitos notorios, nacionalidad del otro contrayente, anteriores matrimonios, número y datos básicos de identidad de los

⁴⁶ La Instrucción de 31 de enero de 2006, considera también simulados y, por tanto, nulos, esta modalidad de matrimonios de complacencia, en los que falta el consentimiento real sólo en uno de los contrayentes.

⁴⁷ Artículos 1254, 1258, 1261.1 y 3, 1262, 1275, 1276 y 1278 del Código Civil.

familiares más próximos de uno y otro, circunstancias en las que se conocieron, etc... Del documento se desprende que el desconocimiento que pueda producirse deberá ser “claro, evidente y flagrante”, y que aún cuando los contrayentes puedan desconocer algunos datos personales y familiares básicos, esto no será suficiente para concluir que existe simulación si se prueba que han mantenido relaciones antes de la celebración del matrimonio. Ni siquiera no hablar el mismo idioma es considerado como una señal definitiva de que el matrimonio es amañado, sino un mero indicio de que las relaciones personales son complicadas, pero no “determinantemente imposibles”.

Desde otra perspectiva, las causas directas para no celebrar este tipo de enlaces serían que el historial de uno de los cónyuges revele “matrimonios simulados anteriores” o que quede “indubitadamente probado” el hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio, quedando exceptuadas las cantidades otorgadas en concepto de dote en el caso de los nacionales de terceros países en los cuales esta aportación sea una práctica habitual.

No es necesario repetir que los matrimonios simulados no son válidos conforme al artículo 45.1 y 73.1 del Código Civil, que declara radicalmente nulo “el matrimonio celebrado sin consentimiento⁴⁸ matrimonial”, siendo diáfano que el precepto se refiere al consentimiento interno y al matrimonio con sus elementos y propiedades esenciales; bien contra la voluntad de uno o de ambos contrayentes, bien sin el consentimiento real de los mismos. El significado de la simulación se vincula al concepto de “causa falsa” (art. 1276 Código Civil), no en el sentido de haber incurrido en error respecto de la causa (art. 1301 Código Civil), sino en el de causa fingida o disfrazada, como resulta también de diversas resoluciones del Tribunal Supremo⁴⁹.

Para evitar que se celebren matrimonios de complacencia debe aplicarse también la Instrucción de 9 de enero de 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero. La celebración del matrimonio civil, o en las formas religiosas de las iglesias evangélicas (Ley 24/1992), la forma hebrea (Ley 25/1992) y la forma islámica (Ley 26/1992), —en este último caso como requisito, no de autorización, pero sí de inscripción—, exige, cuando uno de los contrayentes es español y el consentimiento se va a prestar ante autoridad española, un expediente previo para acreditar la capacidad nupcial del mismo y su verdadera intención de contraer matrimonio.

El “interrogatorio” previo debería servir para que el Instructor se asegure del verdadero propósito de los comparecientes y de la existencia en ambos de verdadero consentimiento matrimonial. Éste podrá preguntar, por ejemplo, sobre las intenciones de vida en común, desde cuándo dura la relación, cómo piensan organizar la convivencia, etc. Son datos que permiten revelar si los contrayentes desean “asumir los derechos y deberes del matrimonio”. El interrogatorio efectuado por la autoridad española debe ser lo más completo posible, puesto que un análisis puramente formulario o de escasa entidad no sería suficiente para inferir la existencia de un matrimonio simulado. En definitiva, debe emplearse como un medio de “control preventivo y previo”, no sólo de la “capacidad matrimonial”, sino también del “consentimiento matrimonial” de los contrayentes.

48 Vid. ROMERO COLOMA, A. M., “Ausencia de consentimiento por alteración psíquica y nulidad matrimonial”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 31, 2006, pp. 291-300.

49 Pueden consultarse, entre otros, ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., “Matrimonios mixtos simulados: mecanismos de...”, *cit.*, pp. 41-48 y DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “La simulación del matrimonio civil en la Jurisprudencia de Instancia y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2002, pp. 2331-2354.

La facultad de control⁵⁰ previo se reconoce, también, a los Estados miembros de la Unión Europea en la Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos, que expresamente hace la salvedad de que “la presente Resolución no menoscaba la facultad de los Estados miembros para comprobar, en su caso, antes de celebrarse un matrimonio, si se trata de un matrimonio fraudulento”⁵¹.

Ahora bien, no podemos engañarnos, este control preventivo no permite erradicar todo matrimonio de complacencia, y ello por varias razones. En primera instancia, sólo es necesario instruir el expediente matrimonial previo en España cuando el matrimonio se va a celebrar en España, y son millares los matrimonios de complacencia que se celebran en el extranjero sin haber instruido un expediente previo ante autoridad española. En segundo lugar, el expediente matrimonial previo está concebido, fundamentalmente, como un mecanismo de control de la capacidad nupcial de los contrayentes y de su aptitud para manifestar su consentimiento, y no es tan sencillo controlar, a través de dicho expediente, la autenticidad del consentimiento matrimonial en sí mismo. En numerosas ocasiones no habrá pruebas directas de la intención de los contrayentes de celebrar un matrimonio simulado, sino que es el instructor quien debe deducir, de las respuestas dadas a las preguntas formuladas en la audiencia reservada, si existe intención de formar una familia o si tal intención no existe.

Dicho todo lo anterior, debe recordarse hasta la saciedad que el control preventivo de la autenticidad del consentimiento matrimonial a prestar por los contrayentes no debe realizarse sistemáticamente y de modo uniforme para todos los matrimonios en los que intervengan nacionales de terceros países⁵², sino que la intensidad, contenido y extensión de las audiencias operadas por el encargado del Registro Civil español deben depender de las circunstancias concretas del caso, extremándose el celo cuando se detecten datos indiciarios que puedan indicar que se está ante un futuro matrimonio blanco.

Finalmente, es necesario traer a colación que cuando un español desea contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración y esta ley exige la presentación de un certificado de capacidad matrimonial,

50 Véase GARCÍA RODRÍGUEZ, I., “La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios”, *Revista de Actualidad Civil*, núm. 2, 1999, pp. 447-463.

51 Por ejemplo, Suiza ha intensificado el control sobre el fraude en materia de estado civil. Desde hace poco más de un año y medio, la Oficina Federal del Registro Civil en Berna, comenzó a aplicar las nuevas directivas europeas en materia de control de documentos internacionales de matrimonios y filiación. Se trata de instrucciones adoptadas por la asamblea general de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) de la cual Suiza hace parte junto a los países de la Unión Europea y que tienen relación con la prevención del fraude documental en materia de estado civil: por ejemplo, para cotejar los documentos presentados con los del país de origen y, además ampliar, la colaboración entre los consulados de los Estados partes.

Los 16 países miembros de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) detectaron un elevado número de documentos extranjeros de estado civil que no ofrecen “garantías suficientes” y otros que “no se corresponden con la realidad” como consecuencia de la “mala organización o gestión” de los Registros Civiles locales.

En el plano interno, el Registro Civil Federal, mediante una Circular oficial, hizo llegar a las autoridades de los Registros Civiles comunales, una serie de medidas para detectar las ilicitudes que suelen darse en estos casos, como falsos certificados de estado civil, inscripciones de hijos ilegales, decisiones judiciales litigiosas sobre divorcios y matrimonios en blanco. En particular las nuevas disposiciones autorizan a los consulados helvéticos a calificar en primera vista, la validez legal de las certificaciones de las actas de los Registros Civiles extranjeros que se presenten en un Registro Civil suizo. Además, todos los documentos sin excepción deberán ser traducidos a uno de los idiomas nacionales y legalizados antes de ser presentados para su inscripción en Berna.

52 ADROHER BIOSCA, S., “El derecho a contraer matrimonio...”, *cit.*

el expediente previo para la celebración del matrimonio ha de instruirse conforme a las reglas generales, siendo, pues, trámite imprescindible la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el instructor para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración, incluida la eventual simulación del consentimiento.

Cuando el matrimonio se ha celebrado en el extranjero, puede procederse a su inscripción en el Registro Civil español a través de dos mecanismos registrales alternativos: bien a través de la certificación extranjera en la que conste la celebración del matrimonio, lo que constituye la regla general siempre que el encargado del Registro Civil español no albergue dudas de la “realidad del hecho” ni de su “legalidad conforme a la ley española”; o bien, en su defecto, a través de un expediente registral para acreditar la legalidad del matrimonio y la certeza de su celebración. Posteriormente a la audiencia personal debería denegarse la inscripción cuando existan una serie de hechos objetivos, comprobados por las declaraciones de los propios interesados y por las demás pruebas presentadas, de las que deba deducirse, según las reglas del criterio, que el matrimonio es nulo por simulación.

Indudablemente, las presunciones sirven como medio para acreditar la existencia de un “matrimonio simulado”; así, los funcionarios del Registro Civil deben controlar la legalidad y autenticidad del “consentimiento matrimonial” con arreglo al ordenamiento jurídico español cuando uno de los contrayentes sea español o, cuando siendo extranjeros ambos, deba igualmente ser aplicada en ejecución de la cláusula de orden público por admitir la Ley extranjera los matrimonios simulados. Cuestión distinta es la de la forma en que deba procederse a realizar dicho control en el marco de la Ley material española, lo que, respecto de los matrimonios de complacencia, obliga a analizar la difícil cuestión de la prueba de la simulación.

Los datos básicos de los que cabe inferir la simulación del consentimiento matrimonial son dos: la inexistencia de relaciones previas entre los contrayentes, y el desconocimiento por parte de uno o ambos contrayentes de los “datos personales y/o familiares básicos” del otro. En cuanto a la valoración de ambos elementos se han de tomar en cuenta los siguientes criterios prácticos:

1) Debe considerarse y presumirse que existe auténtico consentimiento matrimonial cuando un contrayente conoce los datos personales y familiares básicos del otro contrayente.

2) No puede fijarse una lista cerrada de datos personales y familiares básicos cuyo conocimiento es exigido, pues ello puede depender de las circunstancias del caso concreto.

3) En su caso, el desconocimiento de los datos personales y familiares básicos de un contrayente respecto del otro debe ser claro, evidente y flagrante. Por tanto, el desconocimiento de un solo, singular y aislado dato personal o familiar básico no es relevante para inferir automáticamente la existencia de un matrimonio fraudulento.

4) Existen otros datos personales del contrayente que son meramente “accesorios” o “secundarios”. El conocimiento o desconocimiento de estos datos personales “no básicos” es sólo un elemento que puede ayudar a la autoridad española a formarse una certeza moral sobre la simulación o autenticidad del matrimonio, especialmente en casos dudosos, pero debe subrayarse categóricamente que en ningún caso estos datos personales “no básicos” pueden ser determinantes por sí solos para inferir exclusivamente de los mismos la existencia o inexistencia de un matrimonio simulado.

Desde otra perspectiva, para acreditar la existencia de auténticas y verdaderas relaciones entre los contrayentes, deben tenerse presentes estas reglas:

- 1) Las relaciones entre los contrayentes pueden referirse a relaciones habidas antes o después de la celebración del matrimonio.
- 2) Las relaciones entre los contrayentes pueden ser relaciones personales (visitas a España o al país extranjero del otro contrayente), o bien relaciones epistolares o telefónicas, o por otro medio de comunicación, como internet.
- 3) Que los contrayentes convivan juntos en el momento presente o tengan un hijo común es un dato suficiente que acredita la existencia de “relaciones personales”.
- 4) El hecho de que los contrayentes no hablen una lengua que ambos comprenden es un mero indicio de que las relaciones personales son especialmente difíciles, pero no imposibles.
- 5) El hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios simulados anteriores es un poderoso indicio para creer que éste también podría serlo.
- 6) Que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio, siempre que dicho dato quede indubitadamente probado, es, también, un indicio suficiente de que no existe verdadera voluntad matrimonial; quedando exceptuadas, como hemos manifestado anteriormente, las cantidades entregadas en concepto de dote, en el caso de los nacionales de terceros países en los cuales la aportación de una dote sea una práctica normal.
- 7) El hecho de que el contrayente extranjero resida en España sin la documentación exigida por la legislación de extranjería. No obstante, de este dato no se puede colegir, automáticamente, la intención simulatoria en la celebración del matrimonio.
- 8) Que los contrayentes no convivan juntos o nunca hayan convivido juntos cuando existan circunstancias que lo impidan, como la imposibilidad de viajar por razones legales o económicas, no aporta nada concreto a la investigación.
- 9) Tampoco que un contrayente no aporte bienes o recursos económicos al matrimonio, mientras que sea el otro contrayente el que contribuya al cien por cien de tales recursos.
- 10) Que los contrayentes se hayan conocido pocos meses o semanas antes del enlace, o que exista una diferencia significativa de edad, no es, en absoluto, determinante para concluir que estamos ante un fraude.

Una vez más, debemos recordar que el “*ius nubendi*” es un derecho de la persona, y no del nacional, y es necesario que el encargado del Registro Civil alcance una “certeza moral plena” de hallarse en presencia de un matrimonio simulado para acordar la denegación de la autorización del matrimonio o de su inscripción; de lo contrario, estaríamos ante una limitación del derecho a contraer matrimonio inadmisibles desde el punto de vista constitucional.

Es obvio que no puede exigirse que el encargado del Registro adquiera una conciencia de “verdad material absoluta” o “evidencia total” del fraude (que sería imposible en el ámbito de las presunciones), puesto que no tiene un conocimiento directo ni indirecto del objeto de la prueba (hecho presunto), sino que simplemente deduce ese conocimiento de la prueba de otro hecho distinto (hecho base o indicio) según las reglas del criterio humano que no son otras que las del raciocinio lógico; pero en todo caso, el encargado del Registro Civil que aplica las presunciones judiciales sí debe incluir en su resolución, de modo expreso, el razonamiento en virtud del cual ha establecido la presunción, evitando la utilización de modelos formularios que, por su generalidad y falta de referencia a las concretas circunstancias particulares del caso concreto, no alcanzan a llenar el requisito constitucional imprescindible de la motivación en las resoluciones.

En suma, un matrimonio es presuntamente fraudulento cuando a partir de las declaraciones de los interesados o de terceras personas, de informaciones que procedan de documentos escritos u obtenidos durante una investigación, se detecten presunciones fundadas y razonables de ese fraude como:

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

Por su parte, el Ministerio Fiscal, en la Circular 1/2002, de 19 de febrero, también recibió instrucciones taxativas sobre los aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención fiscal en materia de extranjería, especialmente útiles, en estos supuestos, para ejercitar la acción de nulidad de los matrimonios simulados que ya han sido celebrados, para lo cual está directamente legitimado el Ministerio Fiscal⁵³, a quien con carácter general le corresponde tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público, en todos los procesos relativos al estado civil⁵⁴.

De este modo, se solicita a los Fiscales que extremen su celo, cuando existan datos objetivos que permitan sospechar que se trata de un matrimonio fraudulento, lo que exigirá un riguroso examen de la concurrencia de los requisitos esenciales para contraer matrimonio durante la tramitación del expediente en el Registro Civil; en particular, a través del trámite de audiencia reservada y por separado de ambos cónyuges. Asimismo, cuando por cualquier medio se tenga conocimiento *a posteriori* de la celebración o existencia de uno de estos matrimonios simulados, los Fiscales deberán ejercitar la acción de nulidad⁵⁵, a fin de evitar que los efectos jurídicos que nuestro ordenamiento vincula a la celebración del matrimonio, en atención al carácter fundamental que esta institución desempeña en la sociedad, se apliquen, igualmente, a quienes no han tenido verdadera intención de contraerlo.

IV. LA DUDOSA CONSTITUCIONALIDAD DEL CONTROL INDISCRIMINADO SOBRE LOS MATRIMONIOS “MIXTOS”

El sistema español de derechos establece la igualdad como uno de los valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico. Este principio se complementa con la

53 Artículo 74 del Código Civil.

54 Artículo 3.6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

55 PÉREZ VALLEJO, A. M., “Notas sobre la ineficacia que...”, *cit.*

prohibición de toda práctica de carácter discriminatorio⁵⁶, partiendo de la igualdad esencial y universal de la condición humana, e intentando evitar diferencias de trato injustificadas entre las personas.

Por su parte, la Unión Europea asienta sus cimientos sobre los principios de libertad, democracia, respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, tratando de combatir cualquier discriminación basada en el origen racial y étnico que, sin duda, puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado de la Unión Europea. En coherencia con lo anterior, el capítulo II de la Directiva comunitaria 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico⁵⁷ ordena a los Estados miembros que pongan en funcionamiento procedimientos de conciliación, los cuales podrán ser promovidos por asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que tengan interés legítimo en velar por el principio de igualdad y por el cumplimiento de esta Directiva.

La Ley de Extranjería española recoge en el art. 23 la definición de “acto discriminatorio” distinguiendo entre discriminación directa e indirecta. Ese acto debe estar basado o motivado por cuestiones de raza, color, ascendencia u origen nacional (que quizás sea lo que más nos interese en este momento), étnico, convicciones o prácticas religiosas, y que debe realizarse con la finalidad de destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural⁵⁸.

Sabiendo que el Derecho es, por su propia naturaleza, un instrumento constante de discriminación, distinción, exclusión o preferencia, llama poderosamente la atención la pormenorización de circunstancias que el legislador recoge en el art. 23.1, que obedece a que, en el supuesto concreto de personas extranjeras, teme más al racismo y xenofobia que a la desigualdad sexual o de otro tipo. Esto significa que los viejos fantasmas del pasado europeo están presentes en el 23.1, puesto que, sin duda, el racismo y la xenofobia son, y han sido, serios obstáculos en la construcción de una Europa social.

Pues bien, de esta definición bien podría sostenerse que el acto discriminatorio ha de efectuarse contra un extranjero; quedando excluidos los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea a quienes les será de aplicación el principio de igualdad comunitario y lo establecido en el Tratado de la Unión, al establecerse en él una ciudadanía europea⁵⁹ y, también aquellos nacionales de Estados terceros con quienes los Estados miembros de la UE mantengan relaciones en virtud de Acuerdos Internacionales.

Es extraño comprobar que el legislador español recoge como características personales la raza, el color, el origen nacional o étnico y la religión, y no contempla otras

56 El artículo 22.4. del Código Penal español introduce una agravante genérica de racismo o discriminación, mientras que el artículo 510 se refiere, genéricamente, a la discriminación; el art. 515.5, por su parte, a la asociación para promover la discriminación, y el art. 314 a la discriminación de carácter laboral.

57 DOCE C L180, de 19 de julio de 2000.

58 Esta definición tan precisa coincide, parcialmente, con la dicción literal del art. 1 del Convenio Internacional sobre Eliminación de toda forma de Discriminación Racial, de 21 de diciembre de 1965.

59 El fracaso de una ciudadanía europea obedeció al hecho de que no se efectuó un proceso constituyente europeo en el que se precisara quiénes son, o pueden ser, ciudadanos de la Unión y qué derechos fundamentales se garantizan en su territorio, lo que hizo necesario la creación, *a posteriori*, de un sistema de derechos específicos de la UE, que sirviera, entre otras cosas, para contrarrestar el déficit inicial en la protección de los derechos y libertades básicas en la Comunidad, y construyera la imagen de un espacio de vida en común.

como el sexo, la identidad sexual, edad, etc. La explicación radica en que, seguramente considera que éstas son las causas preferentes que en nuestra sociedad generan discriminación para un extranjero, y que, por el contrario, el sexo, la edad o la identidad sexual, son causas que afectan a nacionales y extranjeros por igual, lo que no daría lugar a una discriminación específica del art. 23. Este carácter restrictivo respecto al fundamento desconoce que, en la práctica, los sujetos suman causas discriminatorias y que estas causas no producen, todas en su conjunto, una única discriminación, sino que cada causa discriminatoria posee su propia entidad, que se suma a las demás. Consideramos que sería una interpretación correcta interrelacionar el art. 3, el art. 23 y el art. 14 de la Constitución española y, de este modo, evitar que situaciones de discriminación escaparan al control judicial por hacer una interpretación no hermenéutica, y excesivamente literal, del precepto jurídico contenido en el artículo 23.1 de la Ley de Extranjería⁶⁰.

Por su parte, el art. 23.2 de esta Ley ejemplifica sin carácter exhaustivo conductas que considera actos de discriminación. De forma que:

- Serán considerados “actos de discriminación directa”:
 - Actos efectuados por autoridad, o funcionario público o personal encargado de un servicio público contra extranjero (en situación administrativa regular o irregular).
 - Todos los actos que impongan condiciones más gravosas a la hora de obtener bienes y servicios (o ejercer derechos fundamentales) a extranjeros regulares o irregulares.
 - Aquellos que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas en materia de trabajo, vivienda, educación, formación profesional, etcétera.
 - Todos los que impidieran a través de acciones u omisiones el ejercicio de una actividad económica emprendida en España por extranjeros regulares.
- Y, serán “actos de discriminación indirecta”:
 - Todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros.
 - Y todo tratamiento que perjudique a los extranjeros por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

Regresando nuevamente al tema que nos ocupa, podemos traer a colación el art. 5 del Convenio contra la Discriminación Racial que garantiza los siguientes derechos: derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales, el derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado, derechos de carácter político, derechos civiles (como el derecho al matrimonio y a la elección del cónyuge), derechos económicos sociales y culturales, derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, etc..

Es radicalmente cierto que el derecho al matrimonio no ampara los matrimonios simulados por ser falsos, pero *a priori*, debe respetarse siempre el “*ius connubii*”, o “derecho a contraer matrimonio libremente”, puesto que se trata de un derecho subjetivo de toda persona, español o extranjero, recogido en la Constitución española (art. 32 CE).

60 Vid., MOYA ESCUDERO, M. (Coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada, 2001, pp. 766-772; ALARCÓN, I., MARAÑÓN, T. y VIDAL DE MARTÍN, L., *Derecho de Extranjería. Práctica administrativa y jurisdiccional*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 59-63.

En el marco de las investigaciones que pueden realizarse con el propósito de concluir si un matrimonio puede ser catalogado finalmente de simulado o no, debemos distinguir diferentes supuestos. El primero tendría causa en un matrimonio tipo en el que uno de los contrayentes sea español y el otro extranjero. En este caso, establece la DGRN que deberá investigarse “la verdadera intención matrimonial” a través del análisis del consentimiento de dicho contrayente español con arreglo al Derecho español y el consentimiento del contrayente extranjero con arreglo al Derecho extranjero. En segundo lugar, tendríamos el supuesto de que ambos contrayentes sean extranjeros. Así, el encargado del Registro Civil español deberá cerciorar, con arreglo a Derecho extranjero correspondiente a la nacionalidad de los contrayentes, si el consentimiento es válido o no.

Y es que sancionar con la nulidad todo matrimonio sospechoso de ser un matrimonio blanco lesiona el derecho de toda persona a contraer matrimonio libremente, pero, por otro lado, debemos admitir que no actuar contra la celebración masiva de “matrimonios internacionales de conveniencia” desembocaría en un mar de fraudes a la Ley española en materia nacionalidad y extranjería, potenciando la inmigración irregular y una desnaturalización del acceso a la nacionalidad española.

Así las cosas, la DGRN distingue dos conjuntos de supuestos:

- Aquellos en los que existen indicios de que el matrimonio “aparentemente blanco”, puede no ser fraudulento: por ejemplo, los interesados ya se conocían antes del matrimonio, habían viajado con anterioridad a España o al otro país, manifiestan su propósito verdadero de fundar una familia, logran comunicarse en una lengua que ambos conocen, etc. En este supuesto, el “*ius nubendi*” debe prevalecer; y la DGRN recuerda que siempre queda a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio en un juicio declarativo ordinario.
- Y aquellos otros en los que la DGRN, tras indagar, descubre la clara intención simuladora en el matrimonio celebrado por español con extranjero en país extranjero. Ello conduce a apreciar, con arreglo siempre a la Ley española la nulidad del mismo dada la falta de consentimiento matrimonial. Se deniega consiguientemente la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español, solicitada por los contrayentes.

En suma, la reacción por parte de la DGRN para intentar atajar este grave problema se ha apoyado en dos pilares basilares:

- Actitud preventiva para tratar de evitar que se celebren matrimonios blancos fraudulentos, examinando las intenciones de los contrayentes antes de la celebración del matrimonio, lo cual colisiona inevitablemente con la presunción general de buena fe y con el derecho a contraer matrimonio en libertad.
- Y actitud represora posterior. Una vez celebrado el matrimonio, la DGRN ha mantenido un criterio claro al respecto. Estando implicado un español, como normalmente sucede, por las razones examinadas, la DGRN, en la mayoría de las ocasiones, utiliza la táctica de la “economía conflictual”. En efecto, la DGRN debería examinar si el consentimiento dado por el español es real y auténtico con arreglo a la Ley española, y, paralelamente, debería acreditar si es también real y verdadero el consentimiento matrimonial expresado por el contrayente extranjero con arreglo a su Ley nacional, aplicando, de nuevo, el art. 9.1 Código Civil. Sin embargo, la DGRN se limita a analizar, simplemente, si el consentimiento de los contrayentes se ajusta a lo preceptuado por la Ley española. Así pues, acreditado con arreglo a la Ley española que el contrayente español no prestó un consentimiento matrimonial auténtico, el matrimonio queda ya viciado de nulidad. Ello es consecuencia del “sistema distributivo” de aplicación de ambas

“leyes nacionales”. Recurrir, pues, en exclusiva, a la ley española para analizar la autenticidad del consentimiento matrimonial de ambos contrayentes no es plenamente ajustado al Derecho Internacional Privado español, pero es una vía que se explica por razones prácticas: el resultado es, en definitiva, el mismo —la nulidad de matrimonio por falta de consentimiento matrimonial—, y se evita la necesaria alegación y prueba de la Ley extranjera, algo que en ocasiones, puede ser extraordinariamente complicado, lento y gravoso.

V. EL MATRIMONIO COMO INSTRUMENTO QUE PERMITE “BURLAR” LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE NACIONALIDAD Y EXTRANJERÍA.

Tal y como hemos avanzado, el matrimonio “de complacencia” constituye un fenómeno cuyo propósito, en claro fraude de ley, no es otro sino la obtención de determinados beneficios en el campo de la nacionalidad y de la extranjería. Esto es, podría afirmarse que persigue “objetivos antijurídicos”⁶¹. Así se deduce de aquel conjunto normativo de procedencia diversa y dictado a fin de erradicar el mismo. Nos referimos, principalmente, y entre otras, a las siguientes disposiciones: Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 1995⁶²; Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos⁶³; e, Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia⁶⁴.

En definitiva, se instrumentaliza una institución de Derecho Privado, en concreto el matrimonio, utilizándola para la consecución de un fin distinto al suyo que se circunscribe bien al ámbito de la nacionalidad bien al de la extranjería. Por tanto, considerar válido o admitir la inscripción registral de un matrimonio “de complacencia” que, tal y como hemos advertido, es nulo de pleno derecho significa, a nuestro entender, aceptar un fraude de ley respecto de las normas que rigen la adquisición de la nacionalidad, el reagrupamiento familiar y las autorizaciones de residencia.

En efecto, lo que se pretende es lograr de forma más fácil la nacionalidad española o regularizar la estancia del extranjero en España obteniendo la reagrupación familiar o un permiso de residencia. Tras esta primera aproximación en las siguientes páginas trataremos, sin ánimo de exhaustividad alguno, de analizar cada una de las ventajas o beneficios que se pretende alcanzar con la celebración de un enlace que cabe calificar como matrimonio “blanco”, “fraudulento” o “de complacencia”.

V.1. La adquisición de modo acelerado de la nacionalidad española

La Constitución contempla la nacionalidad en el artículo 11, si bien se remite a la Ley para que sea ésta la que regule las formas de adquisición, conservación y pérdi-

61 CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Los matrimonios de complacencia y la instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006”, *La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 1, 2007, p. 1473.

62 BOE núm. 21, de 25 de enero de 1995.

63 DOCE núm. C 382, de 16 de diciembre de 1997.

64 BOE núm. 41, de 17 de febrero de 2006.

da de la misma. Así, puede afirmarse que la nacionalidad es una materia desconstitucionalizada; su régimen jurídico aparece regulado, principalmente, en los artículos 17 al 26 del Código Civil⁶⁵; aunque no puede desconocerse que el propio constituyente establece una serie de pautas o criterios materiales que condicionan al legislador encargado de regular su adquisición, conservación y pérdida.

Es el artículo 21.2 del Código Civil el que contempla la adquisición de la nacionalidad por residencia, siendo el artículo 22, en sus apartados primero y segundo, el que establece plazos de residencia diversos a los efectos de poder solicitar la nacionalidad española.

Partiendo de la regulación que el legislador del Código Civil contempla de la nacionalidad, bien podría afirmarse que el cónyuge extranjero del ciudadano español goza de una posición privilegiada en lo que respecta a la adquisición de la nacionalidad española. Sirve para avalar las precedentes afirmaciones el hecho de que frente a los plazos de diez⁶⁶, cinco⁶⁷ o dos años⁶⁸ de residencia que prevé el artículo 22.1 a los efectos de obtener la nacionalidad española, el artículo 22.2.d) contempla la posibilidad de que el extranjero casado con un español pueda adquirirla, únicamente, tras un año de residencia⁶⁹. Así, si el *ius domicilii* o residencia constituye una vía que posibilita que los extranjeros puedan convertirse en nacionales del Estado en el que residen —y, en concreto, por lo que nos atañe en nacionales españoles—, bien podría sostenerse que el matrimonio hace más fácil la andadura del camino que ha de recorrerse para alcanzar la nacionalidad. En otras palabras, la institución matrimonial es una circunstancia que juega en favor de los extranjeros residentes que quieran adquirir la nacionalidad española reduciendo el plazo general de diez años a uno. Más concretamente, cabe sostener que podrá adquirir la nacionalidad española el sujeto extranjero casado con un español tras un año de residencia en España, siempre que en el momento de la solicitud llevare casado un año y no estuviere separado legalmente o de hecho siendo necesario, tal y como se desprende del artículo 22.3 del Código Civil, que la residencia sea “legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición”⁷⁰ y, como se deduce del artículo 22.4 del mencionado cuerpo normativo, se acredite buena conducta cívica y “suficiente grado de integración” en la sociedad española.

Situados sobre estas coordenadas es necesario hacer una doble precisión. De una parte, que la interpretación del requisito de la legalidad de la residencia ha provocado reacciones encontradas. Así, hay quien considera que la legalidad de la residencia no solo se cumple cuando el extranjero está en posesión de un permiso de residencia conforme a la Ley de Extranjería pudiendo, por ejemplo, cumplir con el mencionado requisito el estudiante extranjero al que se le haya concedido un permiso de estancia en

65 Téngase en cuenta sobre este particular la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad (BOE núm. 242, de 9 de octubre de 2002).

66 Efectivamente, el plazo general previsto por el Código Civil para la adquisición de la nacionalidad es de 10 años de residencia legal y continua en España.

67 En concreto, serán suficientes 5 años de residencia para los que hayan obtenido la condición de refugiado.

68 Con dos años de residencia en España podrán obtener la nacionalidad española cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal o sefardíes.

69 Téngase en cuenta que también podrán adquirir la nacionalidad española tras un año de residencia, entre otros, los nacidos en territorio español o los nacidos fuera de España de padre, madre, abuelo o abuela que hubieran sido españoles de origen.

70 Incluso podrá acogerse al mismo plazo de un año a los efectos de obtener la nacionalidad española el viudo o viuda de española o español si a la muerte del cónyuge no existiere separación legal o de hecho.

España⁷¹. Pero, por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpreta restrictivamente este requisito de la residencia legal a efectos de la adquisición de la nacionalidad española razonando que ésta no se corresponde con cualquier estancia o permanencia en nuestro país, sino, únicamente, con la tenencia del correspondiente permiso de residencia regulado en el Derecho de Extranjería⁷².

Y, de otra parte, que el matrimonio parece ser un aval que garantiza una más rápida integración del extranjero en la sociedad española. Presunción que, a la luz de la regulación que lleva a cabo el legislador, no opera cuando se trata de parejas de hecho. Afirmación que se sustenta sobre la base de que, como hemos afirmado, el Código Civil exige que el extranjero no se encuentre separado legalmente ni de hecho.

En todo caso, qué duda cabe de que esta posibilidad de adquirir la nacionalidad española, que se le brinda al extranjero casado con un español tras un año de residencia, despliega importantes consecuencias. Y ello fundamentalmente porque la nacionalidad se erige, por su vinculación con la ciudadanía, en el presupuesto subjetivo de la titularidad y ejercicio de derechos fundamentales que integran el núcleo esencial de la Constitución⁷³.

En suma, y partiendo de las consideraciones realizadas, es incontrovertible que la institución matrimonial se erige en un mecanismo que permite adquirir la nacionalidad española de modo acelerado. En tal orden de cosas, y con el fin de evitar que dicha institución se constituya en la panacea que permita sortear la restrictiva política estatal en materia de extranjería⁷⁴, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 20 de marzo de 1991, sobre nacionalidad⁷⁵, prevé que el tratamiento de favor en cuanto a la adquisición de la nacionalidad española solo será operativo cuando el matrimonio con español o española se corresponda con una situación normal de convivencia entre los cónyuges. Es decir, solo cuando se trate de un vínculo real.

V.2. La reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados

La reagrupación familiar, —que constituye una de las principales vías de acceso regular al territorio español—, permite al titular del derecho reagrupar con él a aquel extranjero que acredite la condición de cónyuge. Dicho de otra forma, el reagrupante podrá convivir en España con su familia y en particular, por lo que a nosotros nos interesa, con su cónyuge puesto que la autoridad competente concederá a éste una autorización de residencia.

No obstante, esta referencia que se realiza al titular del derecho a la reagrupación familiar ha de ser precisada, puesto que tienen la consideración de sujeto reagrupante tanto el español o beneficiario del Derecho comunitario como el extranjero residente en territorio español. Una distinción en modo alguno baladí, ya que mientras que en el pri-

71 ALÁEZ CORRAL, B., *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 163-164. Parece ser ésta también la postura defendida por ADAM MUÑOZ, M^a D. y BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., en su trabajo *Nacionalidad, Extranjería y Ciudadanía de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2005, p. 21.

72 Véase al respecto, entre otras: STS de la Sala 1^a de 19 de septiembre de 1988; y SSTs de 17 de noviembre de 2001; de 22 de noviembre de 2003; y de 10 de mayo de 2005, todas ellas de la Sala 3^a.

73 Así lo afirma ALÁEZ CORRAL, B., en su trabajo *Nacionalidad, ciudadanía y democracia...*, *cit.*, p. 118.

74 No debe olvidarse que el extranjero cónyuge de un español, en su calidad de beneficiario del Derecho comunitario, queda amparado por el Derecho comunitario y, por tanto, al margen del régimen general de extranjería, en relación, por ejemplo, al ejercicio del derecho a la libertad de circulación y residencia en territorio español. Sobre los diferentes regímenes jurídicos que rigen el ejercicio del derecho en territorio español puede consultarse, el ya citado trabajo de GOIZUETA VÉRTIZ, J., *El derecho a la libre...*, *cit.*

75 BOE núm. 283, de 26 de marzo de 1991.

mer supuesto será de aplicación el régimen comunitario en materia de reagrupación familiar⁷⁶, en el segundo —esto es, cuando sea un extranjero residente el que pretenda reagrupar a su cónyuge extranjero en España—la reagrupación queda sujeta al régimen general de extranjería previsto en la L.O. 4/2000 y en la normativa que la desarrolla reglamentariamente, y en concreto, en el R.D. 2393/2004. Así, bien podría afirmarse que la nacionalidad del sujeto reagrupante es un factor que condiciona la aplicación de un régimen legal diferenciado regulador de las condiciones de entrada y permanencia en los territorios de los Estados miembros de la Unión Europea y, en particular, en el territorio español⁷⁷.

Ahora bien, al margen de distinciones sobre la diversa nacionalidad del reagrupante, es decir, sea cual sea el sujeto reagrupante lo cierto es que, entre otros, el cónyuge extranjero⁷⁸ forma parte del posible elenco de beneficiarios del derecho a la reagrupación. Estas breves consideraciones realizadas nos permiten exponer la siguiente observación: resulta obvio que, a la vista de lo avanzado, una de las ventajas que aporta el matrimonio es la obtención de la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados. Así, que duda cabe que la institución matrimonial es un instrumento que puede ser utilizado para lograr la reagrupación familiar que constituye uno de los posibles vehículos para conseguir la entrada y permanencia legal de extranjeros en nuestro país. En otras palabras, el matrimonio sirve para alcanzar la residencia legal en España, al amparo de una norma que le ofrece cobertura: la concesión de la residencia por reagrupamiento familiar; que permitirá al cónyuge no solo vivir en España sino, asimismo, gozar de toda una serie de derechos como, por ejemplo, el acceso al trabajo⁷⁹.

Una realidad que, lógicamente, no le es ajena ni al legislador de extranjería ni al comunitario quienes prevén no pocas precauciones para luchar contra los matrimonios fraudulentos. Así pues, en un afán por extremar el celo, —el primero de forma expresa y el segundo implícitamente—ambos contemplan un freno con el propósito de evitar que el matrimonio sea utilizado con el fin de obtener beneficios en el campo de la extranjería. En concreto, la reagrupación familiar. Nos referimos de un lado a las previsiones recogidas en los artículos 17.1.a) de la L.O. 4/2000 y 39.a) del R.D. 2393/2004 que reconocen la condición de beneficiario al cónyuge siempre que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. A estos efectos, además, durante la sustanciación del trámite del visado se prevé la posibilidad de mantener una entrevista personal con el solicitante del reagrupamiento para comprobar, entre otros extremos, el vínculo familiar alegado⁸⁰. Y, de otro lado, nos referimos a las previstas en el artículo 5 de la Directiva 2003/86 cuando exige que el cónyuge para beneficiarse de la reagrupación habrá de acreditar el vínculo conyugal. Ello implica que el término cónyuge ha de ser entendido como referido a la persona casada, esto es, pareja no disuelta⁸¹, y desde luego,

76 Véase la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DOCE L251, de 3 de octubre de 2003) (en lo sucesivo Directiva 2003/86).

77 ASÍN CABRERA, M^a A., "Reagrupación familiar y modelos de familia en la Unión Europea", en *Fronteras Exteriores de la U. E. e inmigración a España: Relaciones Internacionales y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 154.

78 Así lo contempla el artículo 17.1.a) de la L.O. 4/2000 y el artículo 39.a) del R.D. 2393/2004, así como el artículo 4.1 de la Directiva 2003/86. Y, sobre la singular problemática que generan los matrimonios poligámicos y, en particular, sobre la limitación del número de cónyuges reagrupables en estos supuestos, puede consultarse, por ejemplo: ASÍN CABRERA, M^a A., "Reagrupación familiar y modelos de...", *cit.*, pp. 153-174 y, en concreto, pp. 164-166; BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe", en A. BORRÁS RODRÍGUEZ y S. MERNISSI (Eds.), *El Islam jurídico y Europa*, Icaria, Barcelona, 1998, especialmente, pp. 183-184.

79 Véanse los artículos 14 de la Directiva 2003/86 y 41.6 del R.D. 2393/2004.

80 Artículo 43.3 del R.D. 2393/2004.

81 Aunque sobre este extremo es más flexible la normativa comunitaria al permitir la reagrupación familiar del cónyuge, aun cuando este se encuentre separado de hecho.

monogámica⁸². Así, la acreditación de la condición de cónyuge exige, en opinión de OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, que no se ponga en cuestión ni la existencia⁸³, ni la validez⁸⁴, ni la vigencia⁸⁵ del matrimonio entre beneficiario y reagrupante⁸⁶.

Por lo tanto, cierto es que el matrimonio conforma un vehículo para lograr la reagrupación familiar y ello porque el cónyuge es uno de los sujetos que puede ser reagrupado pero no lo es menos que éste para hacer valer su condición de beneficiario de la reagrupación tendrá que superar múltiples trabas y obstáculos⁸⁷.

V.3. La obtención de un permiso de residencia en España

Tal y como hemos afirmado, el matrimonio es un instrumento que permite tanto obtener de modo acelerado la nacionalidad española como lograr la reagrupación familiar del cónyuge extranjero. A ello habría que añadir que, asimismo, nos situamos ante una institución que permite al extranjero obtener un permiso de residencia independiente a la del sujeto reagrupante que le habilita para permanecer en territorio español de forma legal o regular.

En efecto, si bien es cierto que, por regla general, la autorización de residencia que se concede al cónyuge extranjero tendrá la misma duración que la autorización del reagrupante⁸⁸ no podemos obviar el hecho de que, conforme a la legislación vigente, existe la posibilidad de que el cónyuge extranjero reagrupado pueda obtener una autorización de residencia independiente a la del reagrupante en nuestro país. Una eventualidad que está prevista en los siguientes supuestos:

1) Cuando obtenga una autorización para trabajar⁸⁹, o a más tardar a los cinco años de residencia en España siempre que no se encuentre separado. Esto es, siempre y cuando subsistan los vínculos familiares⁹⁰.

82 ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., "La transposición de Directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración", Cidob, Barcelona, 2006, p. 13

83 Sobre la forma de acreditar la existencia del vínculo, puede consultarse, por ejemplo, la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, de 3 de febrero de 2006.

84 Sobre la validez del matrimonio se pronuncia, entre otras, la Sentencia dictada por el TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª, el 30 de diciembre de 2005. Véase, asimismo, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho internacional privado español*, Navarra, Aranzadi, 2002, en particular, pp. 250-300.

85 Sobre la vigencia del vínculo matrimonial, véase, entre otras, la STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 19 de mayo de 2007.

86 OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., "Ámbito del derecho a la reagrupación familiar", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2006, p. 945.

87 Así se deduce del procedimiento y de los requisitos que exigen cumplir tanto la normativa de extranjería como la comunitaria para hacer efectiva la reagrupación familiar. Extremos ambos que no serán analizados por exceder del objeto del presente trabajo. No obstante, para una mayor información a este respecto, puede consultarse, por todos, GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El Estatuto Jurídico-constitucional del...*, cit., pp. 68-95.

88 En concreto, en caso de autorización de residencia temporal, la vigencia de la autorización de residencia del cónyuge reagrupado se extenderá hasta la misma fecha que la del reagrupante y en caso de que la autorización de residencia de este sea permanente, la vigencia de la primera autorización de residencia del cónyuge reagrupado se extenderá hasta la fecha de validez de su tarjeta de identidad de extranjero y la posterior autorización de residencia que se le conceda será de carácter permanente. Véase, en este sentido, el artículo 42.7 del R.D. 2393/2004.

89 Artículo 19 de la L.O. 4/2000 y 41.1 del R.D. 2393/2004. Ahora bien, téngase en cuenta que, tal y como se deduce del artículo 41.6 del R.D. 2393/2004, la obtención de una autorización para trabajar no en todos los casos implica la posibilidad de obtener para el cónyuge reagrupado una autorización de residencia independiente.

90 Artículo 41.1 del R.D. 2393/2004 y artículo 15 del R.D. 240/2007.

2) Cuando fuere víctima de violencia doméstica. En este caso, la autorización de residencia independiente podrá obtenerse desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor del reagrupado⁹¹.

3) Y, cuando acredite la convivencia en España con el cónyuge reagrupante durante al menos 2 años, y ello aún cuando se haya producido la ruptura del vínculo familiar que dio origen a la reagrupación por separación de derecho, divorcio o muerte del reagrupante⁹².

No cabe ignorar, asimismo, que aquel cónyuge que haya adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación tendrá la posibilidad, a su vez, de reagrupar a sus familiares. Siempre, lógicamente, que cumpla los requisitos legalmente previstos para poder reagrupar. En concreto, y además de cumplir con los requisitos exigidos para ser considerado sujeto reagrupante, estar en posesión de una autorización de residencia y trabajo obtenidas independientemente de la autorización del reagrupante⁹³. Así pues, es cierto que la posibilidad de ejercer la reagrupación familiar por el propio cónyuge reagrupado se reconoce de manera bastante restrictiva pero ésta no es imposible. Es factible, aunque de manera bastante limitada, que se produzca la conversión del cónyuge reagrupado en un potencial sujeto reagrupante.

Por lo tanto, todas las hipótesis mencionadas nos dan pie para reafirmarnos en la siguiente idea: el matrimonio bien podría considerarse un cauce privilegiado que permite al extranjero no solo entrar y residir en España, sino también, obtener una autorización de residencia independiente a la del reagrupante.

Atendiendo a lo señalado hasta el momento, y para finalizar, procede realizar algunas consideraciones a modo de valoración del análisis realizado:

En primer lugar, el derecho a contraer matrimonio no debe utilizarse como el filón que permita burlar la legislación en materia de nacionalidad y extranjería y, por ende, los matrimonios simulados han de ser una realidad a erradicar. Ahora bien, la lucha contra este tipo de matrimonios ha de fundamentarse, principalmente, en el hecho de que en ellos esté ausente el elemento esencial del consentimiento. O lo que es lo mismo, habrán de evitarse porque nos situamos ante matrimonios en los que existe una discordancia consciente entre las voluntades interna y externa, que puede ser bilateral o unilateral. Por tanto, tal fenómeno deberá combatirse, no solo cuando el fraude se circunscriba al ámbito del Derecho público (Derecho de nacionalidad y de extranjería), sino también cuando el matrimonio se utilice con el fin de obtener beneficios en el ámbito del Derecho privado. Piénsese, por ejemplo, en el matrimonio celebrado entre dos nacionales con el único propósito de crear una sociedad de gananciales o de generar la obligación de alimentos en base a que la paternidad de los hijos de la esposa se atribuya, *ex lege*, al marido en virtud de la presunción de paternidad sobre los hijos matrimoniales.

Y, en segundo lugar, y considerando que los matrimonios de complacencia están afectados por una causa de nulidad de pleno derecho, creemos que ha de evitarse su celebración y, en el caso de que hayan sido celebrados, su inscripción en el Registro Civil. Lo contrario significaría querer otorgar efectos a un matrimonio nulo de pleno derecho. Ahora bien, a la hora de examinar si un matrimonio es merecedor de la calificación de simulado o no, es necesario extremar el celo y ser escrupulosamente cautos

91 Artículo 19 de la L.O. 4/2000 y 41.2.b) del R.D. 2393/2004.

92 Ver los artículos 16.3 de la L.O. 4/2000, 41.2.a) y 41.2.c) del R.D. 2393/2004 y 15 de la Directiva 2003/86.

93 Artículo 17.2 de la L.O. 4/2000 y 40.1 del R.D. 2393/2004.

—y ello, exista o no, un elemento de extranjería— con el objeto de evitar cualquier limitación o denegación del derecho a contraer matrimonio libremente que, como hemos señalado, se configura en el artículo 32 de la Constitución como un derecho predicable igualmente, y en las mismas condiciones, de españoles que de extranjeros. En otras palabras, si partimos del hecho de la esencialidad del consentimiento para determinar la validez del matrimonio, bien podría sostenerse que no solo es lógico, sino también necesario que se controle su existencia evitándose así la celebración de matrimonios nulos. No obstante, insistimos, ese control no deberá limitarse a aquellos supuestos en los que concurre un elemento de extranjería. De ser así, se estaría utilizando el matrimonio como instrumento de control migratorio. Una finalidad que, a nuestro entender, presenta no pocas dudas desde el punto de vista de su legitimidad.