

MATRIMONIO DE CONVENIENCIA: ARGUMENTOS VERGONZANTES Y PARADOJAS INOCUAS

Santiago Álvarez González*

Universidade de Santiago de Compostela

Resumen

Los “matrimonios de conveniencia” son una realidad creciente en la práctica española y europea. Las respuestas legales se articulan sobre tres dimensiones o escenarios: el de los derechos humanos, el del Derecho privado y el del Derecho de extranjería. El segundo se configura como un instrumento del tercero, mientras que el primero (los derechos humanos) ocupan una mera posición decorativa en el discurso jurídico. En la práctica española el matrimonio se considera simulado cuando los consentimientos no superan el test de la equivalencia con el consentimiento del modelo español. Otro tanto ocurre con las autorizaciones para contraer matrimonio en España o con la expedición de un certificado de capacidad matrimonial para celebrarlo en el extranjero.

A pesar de que nos encontramos analizando “matrimonios internacionales”, lo cierto es que en la práctica el modelo que se tutela o protege es el propio de cada autoridad. Este hecho convierte en casi irrelevante la polémica existente en España en términos de aplicación eventual del Derecho extranjero.

Palabras clave: Matrimonios de conveniencia. Consentimiento matrimonial. Derechos humanos. Extranjería. Ley aplicable.

Abstract

The marriages of convenience are an increasing reality in Spanish and European legal practice. The answer of the legal system covers three different dimensions: the human rights, the private law and foreigners law. The second is intended to be an instrument of the third, as the first only plays a merely decorative role. In Spain, the formalized marriage is considered a simulation when the consents do not go through the test for Spanish marriage equivalence. It is the same with the authorizations to perform the marriage in Spain or the delivery of a marriage capacity certificate to perform the marriage abroad.

In spite of finding ourselves before international marriages, it is the model of each country the one that is protected by their authorities. This fact lays out of the problem a hard discussion in terms of applicable foreign law, which becomes almost irrelevant.

Recibido: 05.06.07. Aceptado: 11.07.07

* Catedrático de Derecho internacional privado

Keywords: Marriages of convenience. Consent to marry. Human rights. Foreigners status rules. Choice of law.

I. Introducción

1. Puede que sea una manifestación de los resultados positivos de años de investigación y del cuidado con que sus cultivadores han mimado a una disciplina como el Derecho internacional privado: me refiero a la polémica que se ha suscitado en España en torno a algunas Instrucciones, Resoluciones o Resoluciones-Circulares de la Dirección General de Registros y del Notariado, vinculadas directamente al sistema matrimonial español cuando ese matrimonio es "internacional". Días antes de mi publicación sobre la doctrina de dicho órgano en relación con la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo¹, había aparecido en la misma revista un documentado artículo sobre los matrimonios de complacencia y la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006² (en adelante, la Instrucción), con el que se llevó al clímax una discusión doctrinal de altos vuelos entre los autores, defensores (¿a ultranza?) de la doctrina de la DGRN y lo que otros habían escrito con anterioridad³, tanto sobre la Resolución-Circular de la Dirección General de Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005⁴, cuanto sobre la referida Instrucción sobre matrimonios de complacencia.

¹ S. Álvarez González, "Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más crítica", *Diario La Ley*, año XXVIII, núm. 6629, de 15 de enero, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2007, pp. 1531-1538.

² BOE, 17 de febrero de 2006.

³ A.L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, "Los matrimonios de complacencia y la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006", *Diario La Ley*, año XXVIII, núm. 6622, de 4 de enero de 2007, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2007, pp. 1472-1488. Las críticas de estos últimos van dirigidas fundamentalmente hacia el trabajo de Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, "Tratamiento registral de los matrimonios de complacencia: lectura crítica de la instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006", *Diario La Ley*, año XXVII, núm. 6542, de 5 de septiembre de 2006, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2006, pags. 1547-1559, aunque se extienden a todas las opiniones que han tratado de mostrar las deficiencias del sistema español de DIPr en relación con la celebración del matrimonio y, más concretamente, con la ley aplicable al consentimiento matrimonial (en especial P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho Internacional Privado español*, Aranzadi, Pamplona, 2002, y R. Arenas García., *Crisis matrimoniales internacionales*, De conflictu legum, Estudios de Derecho internacional privado, Santiago Compostela, 2004).

⁴ BOE, 8 de agosto de 2005.

Aunque mi nombre aparece entre los que promueven críticas “profundamente injustas”, “anticientíficas” y que “falsean la realidad”, la mera lectura de un tirón de mis reflexiones (limitadas a la Resolución Circular y no a la Instrucción sobre matrimonios de complacencia) me exime de mayores explicaciones, puesto que no creo defender lo que se dice que defiendo (no al menos *de lege lata*); aconsejo, pues leer más detenidamente. Pienso también que la lectura más pausada de los trabajos que se citan como azote de la DGRN en su intento de “sistematización” y “desarrollo” jurídico, llevaría a la conclusión de que ni azotan tanto ni, en último extremo, son tan acientíficos. Yo diría que, al menos, son tan científicos como los que se sitúan en el lado contrario, por más que unos y otros puedan ser objeto de crítica mediante la exposición de razonamientos comúnmente aceptados en la discusión académica; por ello quizá fuese interesante rebajar la altura de los epítetos y elevar la de los argumentos.

2. Mi propósito en este trabajo no es volver sobre lo que ya he expuesto⁵ ni pronunciarme extensamente sobre lo que callé y ahora se discute, aunque tampoco⁶ me propongo evitar el debate; lo reduciré, eso sí, a su mínima expresión⁶. Más modestamente, y al hilo de los “matrimonios de conveniencia” o “de complacencia” que alentaron la discusión descrita en el párrafo anterior y que acreditan una práctica importante⁷, pretendo dar otra visión del problema: la que, ajena a normas de conflicto y construcción y desarrollo del sistema de DIPr, aborda el problema a una mayor escala (desde más arriba) que plantea un perfil menos técnico y más abierto. Si se quiere, un prólogo a los trabajos más atrás citados. Un prólogo que impartí en la UPV/EHU el 27 de abril de 2006, cuando la Instrucción ya había visto la luz y que

⁵ Además del trabajo citado en la nota 1, creo interesante mi contribución S. Álvarez González, “El impacto de la admisión del matrimonio de homosexuales en el Derecho español: perspectiva internacional”, *Matrimonio homosexual i adopción/Matrimonio homosexual y adopción*, Madrid, Ed. Reus, 2006, pp. 45-73.

⁶ *Infra* núm. 6.

⁷ Un somero recuento de la práctica de las resoluciones de la DGRN reflejadas en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia desde febrero de 2006 (mes posterior a la Instrucción) muestra 71 casos de autorización de celebración de matrimonio de los que 49 fueron denegados y 22 autorizados; 116 casos de solicitud de inscripción de matrimonio celebrado en el extranjero de los que se inscribieron 31 y se denegaron 85; y 17 casos de solicitud de un certificado de capacidad matrimonial de los que se expidieron 3 y se denegaron 14. El recuento no es exhaustivo y algunas resoluciones vinculadas a la materia matrimonial han quedado fuera; es, en todo caso, significativo de que el problema es importante.

comenzaba, precisamente, con algo que tradicionalmente se obvia y que, sin embargo, resulta capital también para medir la bondad de las soluciones técnicas sobre ley aplicable a los distintos aspectos del matrimonio: ¿existe un concepto (por emplear un término neutro) uniforme de matrimonio? El *consentimiento matrimonial*, eje sobre el que pivota la problemática del matrimonio de complacencia, ¿es unívoco? Y, si no lo es, ¿son, al menos, “fungibles” los distintos contenidos de los “consentimientos matrimoniales?; y si para responder a estas preguntas, hemos de averiguar su contenido, ¿cuál es este? O, en fin, ¿no estaremos añadiendo un problema (el de ley aplicable) como centro de una polémica doctrinal, cuando en la práctica tiene un secundario (o terciario) protagonismo?

En las líneas que siguen tan solo pretendo poner de manifiesto que el tratamiento de los matrimonios de conveniencia por parte de nuestras autoridades es lo que parece: una tutela de las normas sobre extranjería o sobre nacionalidad y, correlativamente, sobre todas las que derivan de las situaciones de “legalidad” de los extranjeros en España. Que, por ello, porque es lo que parece, las justificaciones en términos de derechos humanos, de protección de la familia o de tutela de la institución matrimonial son el maquillaje a que la vida moderna nos tiene tan acostumbrados: no modifican la realidad. Y lo que no sé cómo calificar es el discurso sobre la ley aplicable; porque, por un lado, las normas de conflicto españolas son de aplicación imperativa, pero, por otro, todo el discurso confluye en la medida de la ley española. Quizá baste con la descripción y con una cautela en la crítica: la práctica de la DGRN, referencia única en este trabajo junto con los comentarios de que ha sido objeto, versa casi en su totalidad sobre matrimonios en los que uno de los contrayentes es español. En estos términos la presencia de la ley española es casi ineludible. Para que mis conclusiones fuesen más sólidas, debería conocer qué ocurre con los matrimonios entre extranjeros (desde el punto de vista del consentimiento matrimonial); y los datos son casi inexistentes: ¿qué ocurriría si se pretendiese celebrar en España un matrimonio temporal entre un iraquí y un iraní, siendo uno de ellos residente legal y el otro no?; o si se pretende reconocer ese mismo matrimonio celebrado en el extranjero; o un “matrimonio concertado” por las familias de dos saudíes.

En cualquier caso, que las conclusiones adolezcan de parcialidad no significa que no sirvan para alentar una discusión que considero necesaria sobre la reforma del sistema matrimonial español en lo que al DIPr se refiere.

Para la exposición aprovecharé la reciente experiencia francesa, coetánea con la Instrucción y que, globalmente hablando, no difiere demasiado en sus planteamientos.

II. Primera paradoja: la perspectiva

3. Una de las paradojas que el tratamiento de los matrimonios de conveniencia exhibe es la que podríamos llamar *importancia de la perspectiva*. Leyendo la Instrucción y los comentarios críticos o laudatorios distingo, al menos, tres dimensiones que operan en una extraña simbiosis argumental: la pura de *Derecho privado* que se traduce en una aséptica asunción de validez o no validez del matrimonio como institución reconocida por el ordenamiento jurídico con determinados efectos para cónyuges y terceros: algo así como un capítulo sobre la eficacia en un manual de judicaturas. Directamente derivada de la anterior, existe una dimensión de *Derecho público*, que entronca con los tradicionales ámbitos de la *nacionalidad y la extranjería*. Tópicos presentes en todo acercamiento al tema son los “beneficios” que el matrimonio genera en materia de reagrupación familiar, legalización de la situación de residente, adquisición privilegiada de nacionalidad⁸... Nos moveríamos en este ámbito dentro de lo que *lato sensu* podríamos denominar efectos no estrictamente privados del matrimonio (a los que se podrían añadir, beneficios asistenciales, sociales, etc...). Por último, se abre paso desde hace años la fortaleza de la dimensión del matrimonio como *derecho humano*: el famoso *ius connubii* o *ius nubendi*, con un protagonismo estelar, pero (¿quizá por ser un protagonista camaleónico?) fuertemente arropado por el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad y la libertad individual de cada cual (en este caso, para contraer matrimonio)⁹.

⁸ Sin ningún complejo la Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (Diario Oficial C 382, de 16 de diciembre de 1997) señala que se entenderá por *matrimonio fraudulento* "...el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país 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 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". Vid. I. García Rodríguez, "Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos", *REDI*, Vol. 50, núm. 1, 1998, pp. 378-383.

⁹ La fundamentación del *ius connubii* es plural en función del ámbito en que nos movamos, el art. 12 del CEDH, el art. 32 de la CE, los distintos sistemas en el Derecho compa-

Si a un estudiante de primero de carrera (o quizá, en la actualidad, de último año) se le pidiese que ordenase las tres dimensiones enumeradas en el párrafo anterior por orden de importancia, probablemente nos hablaría de *derechos humanos*, *Derecho privado* y *Derecho de extranjería*, pensando en una especie de justificación axiológica de una realidad (institución) jurídica de la que deriva una multiplicidad de efectos. En la *práctica* (no sólo en la de nuestra DGRN, sino, en general, en la práctica comparada) percibo que la única dimensión que permanecería en el orden hipotético del hipotético alumno sería la de Derecho privado. Las otras dos invertirían su posición. Los efectos públicos del matrimonio (de extranjería, beneficios sociales, nacionalidad...) pasarían a ser el bien objeto de principal tutela a través de un Derecho privado ocupando una posición auxiliar o instrumental y siendo los derechos humanos una mera retórica (en sentido más bien negativo) o coartada de la política inmigratoria. Así vemos que en Francia, la Circular relativa a la lucha contra los matrimonios simulados o convenidos¹⁰ construye el combate a los matrimonios de conveniencia sobre el fundamento de la *libertad de matrimonio*, "componente de la libertad individual protegida por los artículos 2 y 4 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789"; en España el peso lo lleva la *tutela de la institución matrimonial* (con protagonismo importante también en Francia); y en Europa se habla de la *protección de la vida familiar*. La política inmigratoria o de extranjería, aparece con un papel más modesto a la hora de justificar las medidas adoptadas contra los matrimonios de conveniencia, pero solo hay que ver dos o tres películas de corte social donde se trate el problema para llegar a la conclusión de que o los guionistas están muy alejados de la realidad (algo que tratándose de cine siempre es posible) o legisladores, leyes y autoridades bendicen los derechos humanos, se amparan en la "pureza" de instituciones como el matrimonio y ejecutan la correspondiente política de extranjería. Y quede bien claro que no hago sino describir. En modo alguno juzgar.

4. Algunas coartadas, como la defensa del *ius connubii* o de la institución matrimonial, son tan consistentes que llegan a ser verdaderas

rado (Vid., E. Roca, *Familia y cambio social. De la casa a la persona*, Madrid, 1999, pp. 93 y ss.).

¹⁰ Circularire de la Direction des Affaires Civiles et du Sceau, relative à la lutte contre les mariages simulés ou arrangés, de 2 mai 2005.

razones o argumentos. No obstante, son argumentos que la práctica transforma en inconsistentes. En España (y en el resto del mundo), la *protección de la institución matrimonial* sólo se activa en relación con determinados tipos de matrimonios particularmente sospechosos: no se protege la institución cuando el matrimonio es entre españoles, entre residentes legales o entre nacionales comunitarios. Poco importa que dicho matrimonio se celebre con la sola intención de llegar a obtener una pensión de viudedad, sin la más mínima intención de convivir, formar una familia, prestarse mutua ayuda...¹¹ es más, aunque se haya hecho con la intención de que cada cónyuge siga viviendo ¿maritalmente? (perdón, conyugalmente) con su respectiva (y distinta) pareja de hecho y, por situarme en la correcta perspectiva de la causa matrimonial, aunque pueda llegar a existir un confeso (o confesable) acuerdo simulatorio¹². Un matrimonio celebrado *in articulo mortis* en forma canónica no despertará la más mínima suspicacia si es un matrimonio, por ejemplo, entre españoles; ya se presume que no hay una intención de convivir, ni de formar una familia, etc. Esos tópicos que, de tratarse de ese mismo matrimonio celebrado entre un español y una costarricense residente en Costa Rica, entrarían en escena para salvar la institución. Más aún, el cuerpo de salvamento de instituciones sólo actuaría si el que está en peligro de muerte es el contrayente español; extraña forma de hacer depender la tutela de la institución del estado (no civil, sino de salud) de uno (y no de cualquiera) de los cónyuges.

En Francia la *tutela de la libertad* aparece esporádicamente en una regulación mucho más eficaz y menos retórica que la española (al menos en teoría); sin embargo, el espacio que ocupa más bien parece estar destinado al papel de pórtico tranquilizante de una regulación que nada tiene que ver con dicha libertad.

Y en Europa, es verdad que la tutela o *protección de la familia* se erige como criterio con más visibilidad en la actuación sobre los matrimonios de conveniencia, si bien se trata siempre de la protección de “nuestra” familia (o del concepto europeo, si es que existe, de familia): de él se excluye una

¹¹ Y aludo en este caso a algunos aspectos que de forma genérica o específica (por ejemplo por exigirlo nuestro –otra vez- Cc) son considerados como contenido ¿natural? del matrimonio; la propia Instrucción, como veremos se fundamenta en alguno de ellos.

¹² Elemento determinante, P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Tratamiento registral...”, *loc. cit.*, punto II.

parte del matrimonio poligámico y eventualmente a algunos hijos (los del segundo cónyuge no reagrupado)¹³. Curiosa *protección de la familia* que en la práctica genera repudio o clandestinidad de la “esposa” no elegida y doble discriminación de la misma¹⁴.

III. Más paradojas: el matrimonio internacional (o extranjero) versus “el nuestro”.

5. También los matrimonios de conveniencia plantean paradojas para el teórico del DIPr; por un lado se pone el acento en la institución, en su contenido, en su configuración, en *algo* que hay que preservar de su malemplo, de su utilización desviada o sesgada. Pero ese *algo*, el matrimonio, se da por supuesto como si fuese una verdad (jurídica) universal e inmutable; como si se tratase de una medida del sistema métrico decimal que puede ser definida con carácter universal y que es o significa lo mismo para un esquimal y para un bosquimano. Y a estas alturas sabemos que tal descripción no es real. Que no hay un matrimonio; que hay muchos matrimonios; muchos “algo” cuya esencia (parece que) ha de ser preservada, aunque sólo sea desde su perspectiva jurídica que es la que aquí interesa; y muchas *esencias* absolutamente alejadas entre sí; sabemos que hay un matrimonio “occidental” fundamentado, entre otras cosas (que sería interesante llenar de contenido) en la exclusividad de la relación entre dos, mientras que hay otro matrimonio

¹³ El art. 4.4 de la Directiva 2003/86/CE, de 22 septiembre, del derecho a la reagrupación familiar, bajo el epígrafe de *Miembros de la familia*, señala que “...En caso de matrimonio poligámico, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge [...] No obstante lo dispuesto en la letra c) del apartado 1, los Estados miembros podrán limitar la reagrupación familiar de hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante”.

¹⁴ Porque en la práctica es el marido el que elige la esposa reagrupada; para la no reagrupada los efectos de esta *protección* son el repudio en su país de origen o la clandestinidad en el de destino de la familia; con la posibilidad, siempre abierta, de que blandiendo los (¿sus?) derechos de la mujer a no ser discriminada se le nieguen, incluso, los derechos sociales derivados de su cualidad de cónyuge: un ejemplo es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Única), de 30 de julio de 2003. Ponente: Ilmo Sr. José Quetcuti Miguel. Voto particular: Ilma. Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol (Vid., A. Quiñones Escámez, en Nota REDI, 2004-17-Pr. Más ampliamente, A. Quiñones Escámez, *Derecho e inmigración. El repudio islámico en Europa*, Barcelona, 2000). Frente a otras decisiones donde sin reconocer el matrimonio sí lo han sido los derechos sociales de la segunda esposa: por ejemplo Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4^a), de 29 de julio de 2002, *Aranzadi Social*, 2002/3324, con nota de I. García Rodríguez, en REDI, 2003-13-Pr, en la que se citan otras varias.

en el que esa exclusividad bilateral no es imperativa: cabe casarse en estéreo o en cuadrafonía, por utilizar la excelente figura de Javier Krahe¹⁵. Sabemos que hay un matrimonio que sólo admite cónyuges de diferente sexo y otro (el nuestro, por ejemplo) donde el sexo de los cónyuges no es relevante (al menos para la *institución*).

Cuál es el matrimonio (qué modelo de matrimonio, con qué contenido) que sometemos a fiscalización cuando no permitimos que se celebre uno ante nuestras autoridades (no se autoriza la celebración en el expediente previo) o cuando no reconocemos el que se ha celebrado en el extranjero, o cuando no emitimos un certificado de capacidad para contraerlo en el extranjero, es una cuestión que podemos abordar en términos de arquitectura (compleja arquitectura) conflictual o en términos de innegable y simple realidad. Como he señalado, quiero que en mis reflexiones tenga mayor presencia lo que pasa realmente, pero las paradojas obligan, precisamente a comparar lo que pasa con lo que se dice que pasa. En el párrafo siguiente, voy a tratar de describir, lo más simplemente que pueda, los trazos gruesos de la polémica arquitectónica actual, en lo que atañe al consentimiento matrimonial; *consentimiento simulado* en los llamados matrimonios de conveniencia.

6. De forma tradicional, doctrina científica y práctica de la DGRN y judicial han venido señalando que la ley aplicable al consentimiento matrimonial es la ley nacional de cada contrayente, por imperativos del art. 9.1 Cc. Se deriva de ello que lo que realmente consienten los cónyuges es lo que su ley nacional considera como consentimiento matrimonial. Ningún problema subsiste si la ley nacional es la misma: el consentimiento matrimonial emitido (y ahora ya voy perfilando) es el mismo; mas, ¿qué ocurre si la ley nacional de los contrayentes no es la misma?. Podríamos seguir razonando que tratándose de dos leyes próximas (por ejemplo la francesa y la española) el grado de intersección es tan importante que las diferencias podrían despreciarse: existiría una especie de *híbrido* consentimiento matrimonial plenamente operativo (mezcla de yegua y asno). La manida calificación de matrimonio mixto podríamos aplicarla no a la heterogeneidad de los aspectos personales, sino a la propia consideración del matrimonio. Estirando los supuestos, nos plantearía ya un problema seguir defendiendo la aplicación de la ley nacional de cada contrayente al contenido del consentimiento cuando las (eventualmente diversas) leyes nacionales regulan bajo la misma apariencia o nombre de matrimonio instituciones

¹⁵ J. Krahe, "Vaya por delante", *Corral de cuernos*, 1985. También en el libro, J. Krahe, *Todas las canciones*, Visor, Madrid, 2003.

realmente distintas: el español y el "temporal" iraní o iraquí al que más adelante me referiré. Despreciando a efectos especulativos lo inaceptable de plano de tal matrimonio (en la práctica plantea una clara discriminación, al menos indirecta, de la mujer)¹⁶, lo cierto es que ya en meros términos lógicos es difícil encontrar ese híbrido del que antes hablaba: ¿en qué consienten los contrayentes? ¿En un "matrimonio" indefinido previsto por la ley española de uno de los contrayentes? ¿En uno temporal previsto por la ley iraquí o iraní del otro? Este tipo de inconvenientes (entre otros que eludo, aun a riesgo de una simplificación quizá insoportable para la complejidad técnica del problema), que parten de un consentimiento sobre algo (que impone una ley determinada), no sobre algo y su contrario, han motivado propuestas en torno a considerar que la ley aplicable al consentimiento tiene que ser unívoca, tiene que ser una, lo que simplifica la coherencia entre el consentimiento que se emite y el matrimonio que se contrae. Para estas propuestas, la ley de la autoridad celebrante es la más apropiada: ante un juez español, los contrayentes otorgan el consentimiento que dicho juez les exige (el del Cc), pues no exige uno distinto en función de la nacionalidad o la residencia de los contrayentes¹⁷. El matrimonio que autoriza es el matrimonio español.

Frente a esta idea, se alza en viaje de ida y vuelta la defensa de la tesis tradicional, con diversos argumentos, de los que dos merecen, a mi juicio, presencia: por un lado, se combate la idea de asimetría en el consentimiento (según la crítica del párrafo anterior, aplicar las leyes nacionales conduciría potencialmente a que se consienten cosas distintas cuando el contenido del consentimiento ha de ser el mismo) mediante la identificación de una sola ley como ley rectora de unos derechos y deberes derivados del vínculo matrimonial que son los mismos. El art. 9.2 Cc establece cuál es la *única* ley aplicable a los *efectos del matrimonio* (la que sea, pero una sola). Por otro, se acude a la evidencia positiva del art. 9.1 Cc; habla de que el "estado civil" de las personas se rige por su ley personal y, a falta de norma especial que lo limite, todos los aspectos relativos al matrimonio son cuestiones de estado civil¹⁸. Lo que

¹⁶ Incluso, me sugiere oralmente R. Arenas García, podríamos despreciar la mera *calificación* como matrimonio, aunque no lo veo tan claro si, como añadido en el texto, estuviéramos hablando de un matrimonio temporal de 15, 20 o 30 años.

¹⁷ Citados P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración y el reconocimiento...*, cit.; R. Arenas García, *Crisis matrimoniales...*, cit., o, más recientemente, A. Quiñones Escámez, *Uniones conyugales o de pareja: formación reconocimiento y eficacia internacional*, Barcelona, 2007, pp. 311, en este caso como propuesta legislativa articulada.

¹⁸ A. L. Calvo Caravaca y J., Carrascosa González, "Los matrimonios de complacencia...", cit. No obstante, P. Orejudo Prieto de los Mozos, "Tratamiento registral...", loc. cit., ataca directamente tal calificación (Punto II.1). Este argumento de Derecho positivo lo he utilizado yo mismo para defender que *prima facie* el art. 9.1 Cc sería aplicable a los presupuestos

subyace en esta postura es una especie de *consentimiento abstracto* sobre una realidad abierta (cualquier tipo de matrimonio) que se va llenando de contenido en cada caso. Esta interpretación obvia aquello en lo que los contrayentes consienten (desde una perspectiva personal) y el consentimiento efectivamente prestado (el previsto por la ley de la autoridad celebrante), porque, en realidad, salvo casos extraños en los que los cónyuges sean expertos en Derecho internacional privado, consentirían en lo que decide una ley que no tienen por qué conocer: si contraen matrimonio en España dos marroquíes, los efectos de su matrimonio (¿el contenido de su consentimiento?) los determina la ley marroquí, pero si contraen matrimonio en España un marroquí y una egipcia con residencia habitual en España, los efectos de su matrimonio (¿el contenido de su consentimiento?) los determina la ley española. Tan sólo aceptar que se trata de un consentimiento, en cierta medida, abstracto permite conciliar los datos de esta postura; mas la conciliación es más difícil cuando se dice que la ley nacional rige "si el consentimiento es aparente o real"¹⁹. En el caso de la simulación la apariencia o realidad del consentimiento ha de predicarse respecto de algo en concreto; no, vuelvo a repetir, de algo y su contrario.

De esta tesis tradicional creo que debemos quedarnos con la idea de que en un sistema de base legal como el nuestro no podemos prescindir de lo que dicen las reglas: el artículo 9.1 Cc dice lo que dice. Mas ese es el punto de partida, no necesariamente el punto de llegada; la interpretación jurídica da

o requisitos para contraer matrimonio en general y, correlativamente, también cuando los contrayentes son del mismo sexo ("Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN...", *loc. cit.*). Quiero hacer notar que en el supuesto que yo analicé, la aplicación distributiva de las leyes nacionales es *lógicamente posible*: si las leyes nacionales de ambos contrayentes permiten que contraigan matrimonio con otra persona del mismo sexo... requisito superado. Bastaría con que una de dichas leyes no lo permitiese para que el matrimonio no pudiera celebrarse. Y cosa distinta es que ello nos parezca bien o mal o que el orden público u otro mecanismo pudiese actuar. En cualquier caso, la aplicación de la ley nacional sería, repito, lógicamente posible. El matrimonio celebrado en España en estos términos sería el español, claro: mas no sería un imperativo celebrarlo cuando lo impidiesen las leyes aplicables a los presupuestos o requisitos. Lo que reclamo es clarificar legalmente la situación para que dicho matrimonio se pueda celebrar con independencia de la nacionalidad de los contrayentes.

¹⁹ A. L. Calvo Caravaca y J., Carrascosa González, "Los matrimonios de complacencia...", *cit.*, III.1, refutación del segundo (presunto) argumento *in fine*. Me voy a permitir en esta nota alejarme del tono del discurso y mostrar mis dudas sobre ambas posturas. Los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González achacan a los críticos una confusión entre la ley que rige el consentimiento y la ley que rige el contenido del consentimiento; es decir, el consentimiento matrimonial con el contenido del consentimiento matrimonial o "aquello en lo que se consiente". Es verdad que las relaciones entre la ley aplicable al consentimiento y la ley aplicable a los efectos del matrimonio (9.1 y 9.2 Cc, según la tesis tradicional; y ley de la autoridad celebrante y 9,2 Cc, según la propuesta crítica) no están del todo claras

para mucho más; de las propuestas críticas, hay que retener algo que no es de menor importancia: su tesis se fundamenta en las incoherencias interpretativas de la visión tradicional y en *la práctica de nuestras autoridades*; en cómo se aplica realmente el sistema²⁰, incluyendo la forma que propone la Instrucción.

7. Bien, aunque no tengo la certeza de poder sustraerme en adelante a este juego de leyes aplicables, voy a intentar seguir con el tono del discurso y lo cierto es que cuando hablamos de matrimonio podemos estar pensando en diversas realidades bajo un mismo concepto; sin embargo cuando hablamos de *matrimonio simulado o de conveniencia* la práctica demuestra que estamos pensando en una desviación de *nuestro matrimonio* (o de uno muy parecido al nuestro). No nos importa si un español se ha casado con una cubana respetando *la esencia* del matrimonio cubano (o, hablando ya en términos más familiares, respetando o asumiendo plenamente el *consentimiento matrimonial* de Derecho cubano); nos importa si el consentimiento otorgado es un consentimiento matrimonial tal cual lo concebimos nosotros. Si un iraquí contrae matrimonio en Irak con una española conforme a la antes adelantada nueva práctica iraquí que contempla un matrimonio temporal²¹, por mucho que aleguemos la perfecta configuración del mismo conforme al derecho iraquí; por mucho que el juicio y la comprensión de los cónyuges sean los más elevados y estén plenamente de acuerdo en que su matrimonio durará ocho años, u ocho años y un día (en función de cómo les vaya), tal consentimiento no podrá considerarse como consentimiento matrimonial a los efectos de su reconocimiento en España²². Es verdad que en este último caso,

en los autores que se ocupan del tema: pero en todos ellos. Todos coinciden, además, en que la ley nacional de cada cónyuge puede jugar un papel interesante en materia de vicios del consentimiento, a efectos, por ejemplo, de nulidad. Pero (pregunto inocentemente) si son capaces de distinguir (unos y otros) entre consentimiento y ley aplicable a los efectos o, ley aplicable al consentimiento y ley aplicable al contenido del consentimiento: ¿sobre qué se proyecta la simulación? En el matrimonio celebrado entre un español y una iraní, ambos con residencia habitual en Irán, la ley nacional española (para la tesis tradicional) rige el consentimiento y la ley iraní de la residencia habitual de los cónyuges rige el contenido, "aquello en lo que se consiente". ¿Sobre qué se proyecta, en su caso, la simulación? Confieso que es demasiado complicado para mí.

²⁰ Y en general, los sistemas (también los extranjeros). Visión corroborada por la reciente y excelente monografía de A. Quiñones Escámez, *Uniones conyugales...*, cit., pp. 311-312, entre muchas otras.

²¹ El matrimonio temporal (con el significativo nombre de *zawaj al-mut'ah*, que viene a significar *matrimonio de disfrute o de goce*), especialidad del Derecho chiíta, ya admitido en el Código civil iraní (arts. 1075-1077) y según algunos autores, avalado por el Corán (4:24), ha vuelto

existen otros elementos que nos facilitan rechazar tal unión como matrimonio; elementos derivados del orden público que desvían el tema de la valoración del consentimiento: podríamos decir, sin más, que ese matrimonio contraría el orden público español y sería verdad: aunque sólo fuese por cambiar la eventualidad de la *condición* implícita y atécnica de nuestro matrimonio (dejarse de querer, dejarse, querer dejarse), por la certeza de un *término* (el día tras los ocho años). Pero si eliminamos la discriminación por razón de sexo (discriminación directa o, en todo caso, indirecta) y el pago de dinero, ¿no se quedaría todo en una cuestión de más o menos (tiempo)? Matrimonio por una hora: no; matrimonio por diez años: ¿por qué no?. Y ¿qué diríamos entonces? ¿acaso que no se ha prestado un verdadero consentimiento matrimonial? ¿O, simplemente, dejamos la figura de la simulación sólo para los matrimonios “como el nuestro” y reaccionamos frente a los demás con el instrumento del orden público?. Hay que reconocer, en honor a la verdad, que desde un punto de vista de economía argumental la visión es atractiva: por ejemplo, bajo ningún concepto acepto el matrimonio poligámico (en relación al tercer cónyuge), con independencia de que haya sido simulado o no. Y nada tiene de condenable; tan sólo hay que tomar conciencia de ello y aceptarlo sin más. La Instrucción así lo hace: Derecho español cuando uno de los cónyuges sea español; Derecho español (por orden público) cuando los dos cónyuges sean extranjeros y la ley extranjera admita la simulación (añado: si el matrimonio correctamente celebrado fuese equivalente al español); y Derecho español (por orden público) cuando el matrimonio extranjero no sea equivalente al español.

En definitiva la paradoja de esta situación viene determinada por la presencia de la arquitectura conflictual junto a la prevalencia del propio modelo, si pensamos en que sólo nos ocupamos de tales matrimonios cuando,

a la práctica iraquí después de haber sido prohibido por el régimen de Saddam. De conformidad con este matrimonio un hombre puede casarse con una o varias mujeres por un período de una hora o de varios años, a cambio del pago de una suma de dinero. El matrimonio temporal, duramente criticado por los sunitas, es justificado por los chiítas como remedio a las relaciones sexuales fuera del matrimonio (fuente: ISDC's Letter, Février 2007 – núm. 12, citando, a su vez, al Washington Post de 21 de enero de 2007)

²² Es verdad que se me puede decir que en este caso es porque, siguiendo la tesis tradicional, la ley española aplicable a la contrayente española no lo permitiría (la Instrucción lo asume y habla de “economía conflictual” en sus puntos VI y VIII); pero aventuro que el consentimiento tampoco se admitiría de ser los cónyuges iraní e iraquí; en este último caso quizá no se hablase de consentimiento, sino, simplemente, de orden público.

precisamente, existe algún dato de internacionalidad en los mismos que nos debería advertir de que el matrimonio que se ha celebrado o pretende celebrarse y sobre el que apoyamos nuestra lente de aumento, puede no ser el *nuestro*. Vuelvo a señalar que nada de condenable, desde un punto de vista jurídico, hay en esta situación; basta con asumirla y profundizar en ella; y con eliminar cuantos argumentos la complican o enmascaran. Argumentos formales que terminan por una u otra vía en *la ley española*. Porque, realmente, la paradoja a que alude el epígrafe no lo sería de no ser por la manía de pasar por el preámbulo de la ley aplicable. No puede sorprender a nadie que se evalúe la eficacia de un matrimonio para el propio ordenamiento jurídico desde su acomodación a las líneas rojas del propio modelo (de nuestro matrimonio). Lo que sí llama la atención es que se llegue indefectiblemente a esa solución, después de un extraño viaje por leyes nacionales extranjeras, cuando todo podía ser más simple²³.

IV. Las justificaciones y la práctica

8. En cualquier caso, lo cierto es que este panorama, que va cambiando tanto el lenguaje como el ropaje para tutelar lo mismo de siempre, puede tener manifestaciones prácticas diversas. Como adelanté en la introducción, me referiré a título de ejemplo a las semejanzas y diferencias existentes entre dos reglamentaciones coetáneas y recientes de los matrimonios de conveniencia o, para ser más exacto, a la interpretación de dos sistemas (el francés y el español) efectuada por sendos órganos públicos: la DGRN a través de la referida Instrucción, y la Direction des Affaires Civiles et du Sceau del Ministerio de Justicia francés, a través de su citada Circular de 2 de mayo de 2005. Ha de tenerse en cuenta que en el país vecino se ha promulgado una nueva reglamentación sobre el control de la validez de los matrimonios (Loi núm. 2006-1376 de 14 de noviembre de 2006 relativa al control de la validez de los matrimonios JO núm. 264 de 15 de noviembre de 2006)²⁴.

²³ P. Orejudo Prieto de los Mozos, "Tratamiento registral...", *loc. cit.*, *passim*; opinión que comparto en todo lo no matizado en el texto.

²⁴ Que en modo alguno desmiente la idea de base de las presentes consideraciones al referirse a matrimonios celebrados por franceses cuya celebración no se autorizará y, en su caso, cuya inscripción se denegará si concurren las causas de nulidad del CC francés (entre otras las relativas a la libertad del consentimiento o su ausencia).

9. La circular francesa fundamenta la intervención administrativa y, en su caso, judicial, en tres objetivos diversos: dotar a la *institución* del matrimonio de su valor y credibilidad, proteger a las *víctimas* de tales matrimonios (como personas vulnerables que ignoran los riesgos a que se exponen) y luchar contra las redes (mafias) de inmigración que utilizan el matrimonio como mecanismo de legalización: otra vez, *Derecho privado, derechos humanos y extranjería*. Identificar o tomar conciencia de que el matrimonio es de conveniencia (simulado) implica probar la falta de “intención matrimonial” (consentimiento propiamente matrimonial) que la Circular francesa divide en los casos en los que falta, sin más, tal consentimiento y aquéllos en los que existe ausencia de libertad matrimonial. En el primer caso el tópico de la protección de la institución es relevante; en el segundo la libertad para contraer matrimonio, como derivada de la libertad individual ofrece un importante apoyo justificativo, aunque más para los supuestos en los que no existe libertad (prestación forzada del consentimiento, por ejemplo) que para los supuestos en los que ésta se utiliza para acordar la simulación. Estas dos ideas (real consentimiento matrimonial y consentimiento libre) dotan a la regulación francesa de un marcado carácter negocial que sitúa el control siempre en el momento de la celebración del matrimonio, algo que no está claro en la Instrucción de la DGRN: en ésta, por ejemplo, la acreditación de relaciones entre los contrayentes se puede referir tanto a un momento anterior como posterior a la celebración del matrimonio²⁵. Según la Circular francesa, la actuación de la oficina de extranjería americana cuando expulsa a George Faurè (Gerard Depardieu), sería correcta: contrajo matrimonio con Brontë (Andie MacDowell) sin conocimiento previo, sin intención de convivir... Pero para la Instrucción española puede que no fuese indiferente la convivencia posterior y el amor (se trata de una comedia romántica) surgido con posterioridad²⁶.

El control se sitúa, como en España, en dos momentos: con carácter previo (declaradamente para evitar la consolidación de los resultados inmigratorios que derivarían del matrimonio), a cargo del *celebrante*, para garan-

²⁵ Punto IX. I. b) 1º.

²⁶ La película de 1990, dirigida por Peter Weir, tenía como título original *Green Card* y se tradujo en España como “Matrimonio de conveniencia”; aunque no creo que la industria del cine esté también por negar en los títulos la dimensión extranjería y situarse en la dimensión matrimonio.

tizar la intermediación entre el acto que se pretende realizar (el matrimonio) y la autoridad que lo realizará; la decisión...

En el control a posteriori, apreciamos una interesante diferencia con la situación española: el matrimonio se considera celebrado y se inscribe a los efectos de instar *judicialmente su nulidad*, algo que ha sido reclamado en España como una exigencia lógica de la importancia del *ius connubi*²⁷.

10. La Instrucción, por su parte, presenta una estructura donde se mezclan los ingredientes hasta ahora expuestos, aunque sin demasiada cohesión entre los distintos niveles de razonamiento. Existe, cómo no, un amplio y bonito pórtico en el que se nos habla de derechos humanos, y unos inefables razonamientos en términos de Derecho internacional privado (normas de conflicto, leyes aplicables y orden público, sobre los que no volveré) que culmina con una presencia cuasi absoluta de nuestro Derecho, de nuestro matrimonio como medida de lo aceptable; del matrimonio que aceptaremos como tal. Pero, como señalé al más arriba, lo malo que tiene trabajar con situaciones privadas internacionales es que las líneas infranqueables no son siempre fáciles de definir. Que resulta (sigue resultando) cómodo rechazar el reconocimiento de un matrimonio poligámico (y, que a mi juicio, la razón no puede ser la exclusividad de nuestro matrimonio sino la discriminación de la mujer), como resultaba cómodo hace tres o cuatro años rechazar el reconocimiento de un matrimonio entre personas del mismo sexo. Mas, de aquéllos que no se diferencien tanto del nuestro, ¿cuáles sí y cuáles no? O, por situarme frente al problema del consentimiento, ¿qué consentimiento sí y qué consentimiento no? La DGRN no nos hurta la respuesta, aunque sea una respuesta que a los interesados seguro que no les deja satisfechos; y a los que piden suficiente seguridad para negar el derecho a contraer matrimonio, tampoco: porque el núcleo duro, según la DGRN, sería “formar una familia” o “asumir los derechos y deberes del matrimonio”.

En una sociedad en la que el concepto de familia se ha vuelto tan poco aprehensible, y donde la libertad individual ha dado paso a múltiples realidades con cobertura cómoda bajo tal concepto, realidades incluso institucionales (como el matrimonio), poca seguridad otorga el parámetro “formar una

²⁷ Se trata de la crítica principal de S. Sánchez Lorenzo, “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia”, *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, 2003, pp. 247-285.

familia”²⁸. Y sobre el carácter circular del segundo (“asumir los derechos y deberes del matrimonio”), pues qué podemos decir: que a falta de mayor precisión, habrá de admitirse pulpo como animal de compañía y los derechos y deberes de “nuestro matrimonio” (o de uno que se le parezca mucho) como dicho parámetro de medida. No parece muy rentable el razonamiento en términos de buscar el concepto de “familia” en otras latitudes (en otros ordenamientos) o, lo que sería más ortodoxo desde el punto de vista de un funcionamiento normal de las normas de conflicto, buscar los “derechos y deberes del matrimonio” en una ley extranjera (por situar todas las alternativas que hoy se discuten, en la ley nacional de cada contrayente o cónyuge, en la ley de la autoridad celebrante o en la ley rectora de los efectos del matrimonio –en este caso ya celebrado-). Es verdad que en su punto VI.b) la Instrucción hace un ejercicio de coherencia señalando que cuando ambos contrayentes sean extranjeros el canon de validez será el Derecho extranjero y que, consecuentemente, el Encargado del Registro tendrá que oponerse “...con fundamentos jurídicos extraídos del Derecho extranjero correspondiente a la nacionalidad de los contrayentes”. Pero inmediatamente surge el bálsamo a tan peligroso proceder: cuando una ley extranjera admita la validez del matrimonio a pesar de que el consentimiento es ficticio o simulado, dicha ley no se aplicará por las autoridades españolas por resultar contraria al orden público internacional español²⁹. Vale y ¿cómo sabemos que es simulado? O en otras palabras, ¿cuál es el concepto de la simulación? Porque lo que para el ordenamiento español puede ser una simulación (del consentimiento previsto en España) puede significar un consentimiento pleno y aceptable para el o los sistemas extranjeros.

Para responder a las dos preguntas efectuadas, he de resolver primero una duda. La propia parte sustantiva de la Instrucción, la que enumera las presunciones conforme a las cuales se determina la existencia de consentimiento matrimonial simulado, advierte de que las presunciones valen cuando sea aplicable la ley española, porque un cónyuge es español (economía) o porque la ley extranjera admita los matrimonios simulados, en cuyo caso

²⁸ Vid. E. Roca, *Familia y cambio social...*, *op. cit.* hago referencia, precisamente, a la alusión del Prof. L. Díez Picazo en el prólogo a esta obra, en la que habla de la finalidad institucional del matrimonio (entonces heterosexual) para crear una familia. Sin duda la familia hoy, es más plural, tanto en cuanto a las instituciones en que ampararse, cuando, como entonces, al margen de las mismas.

²⁹ Puntos VI b) y VIII *in fine* de la Instrucción.

actuaría el orden público. Esta delimitación (las presunciones sólo valen para la ley española) es formalmente correcta. Lo que no veo claro es cómo operará el orden público: si para un ordenamiento jurídico extranjero existe pleno y válido consentimiento aunque los cónyuges no pretendan “formar una familia” o no planteen una comunidad de vida, ni asumir los derechos y deberes inherentes al matrimonio... ¿se considerará válido el matrimonio? La simulación no concurrirá; pero se rechazará el propio matrimonio por razones de orden público (aunque no se aparejen a la simulación, sino al propio contenido de la institución). En definitiva, orden público contra la simulación de los matrimonios como el nuestro y orden público contra los no simulados, pero que se aparten sustancialmente del nuestro³⁰.

11. Dando por buena la visión del párrafo anterior, y sin entrar en la valoración de la pertinencia o impertinencia de las presunciones, algo que también ya ha sido objeto de controversia doctrinal³¹, me limitaré a describir cómo dichas presunciones han variado a lo largo del tiempo. Me parece mucho más relevante, para el discurso que aquí mantengo, que, sencillamente, tales presunciones (indicativas de la existencia de un verdadero consentimiento matrimonial, de la ausencia de un tal consentimiento o, simplemente, indiferentes) obvian cualquier tipo de referencia a la internacionalidad de matrimonio; es decir, eluden referirse a “consentimientos matrimoniales extranjeros” de tipo A o de tipo B (vuelvo a recordar, por última vez, que formalmente han excluido, en su caso, la ley extranjera). Por simplificar, si los contrayentes o cónyuges conocen los “datos personales y familiares básicos” del otro no puede presumirse simulación; o, aunque los desconozcan, cuando se acredita la “existencia de relaciones previas entre los contrayentes”. Y todo ello con independencia de lo que diga la ley A o la ley B sobre el contenido del consentimiento matrimonial. Podríamos decir que el matrimonio (cualquier modelo de matrimonio) es simulado, no existe un verdadero consentimiento matrimonial (el que sea), cuando los cónyuges no conocen sus datos personales básicos y no acreditan relaciones previas.

³⁰ Como se desprende del texto esto es una interpretación mía que no tiene por qué coincidir con la intención de la DGRN, aunque en lo que atañe al ejemplo más próximo que tenemos, el del matrimonio poligámico, así funciona.

³¹ P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Tratamiento registral...”, *loc. cit.*, Punto IV; A.L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, “Los matrimonios de complacencia...”, *loc. cit.*, punto III. 4.

12. Y, puestos a analizar el tema desde la práctica que interesa a la DGRN (puede que, sin más, al sistema) la solución puede considerarse en términos generales aceptable; y lo es porque lo que se busca no es salvaguardar ni el derecho a contraer matrimonio (cualquier tipo de matrimonio), ni la institución matrimonial (de cualquier modelo). Se trata de tutelar una política de emigración que afecta a Estados (España y el resto de los países de la UE) con un modelo de matrimonio en el que tales parámetros de medida pueden ser, también en términos generales, indicativos de la simulación. *Pero excluyen matrimonios en los que existe una real causa matrimonial y un verdadero consentimiento matrimonial, aunque sean distintos a nuestro matrimonio*³².

Esta visión negaría la posibilidad de casarse a quienes quisiesen contraer un “matrimonio convenido” o la posibilidad de su reconocimiento a quienes al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero lo hubieran celebrado. El matrimonio de un saudí residente legal en España que, libremente, acepta casarse con la mujer que su familia le ha elegido. Ni conocimiento previo, ni relaciones previas. Pero con la idea de “formar una familia” y “asumir los derechos y deberes del matrimonio”. Justo es reconocer, no obstante, que esto sólo tiene que ver con la eficiencia de las presunciones; puesto que probablemente, en ausencia de ellas, no hubiera problema alguno en dar por bueno este matrimonio³³. O, simplemente, es posible que este tipo

³² Al nuestro de hoy claro; porque mi abuela Isabel fue un día de la década de los treinta a conocer a su futuro marido, al que no había visto nunca, cuyo nombre completo desconocía, y con el que habría de casarse por convenio de sus respectivas familias: un matrimonio convenido, como tantos otros en nuestra pasada (aunque ni siquiera remota) historia. ¿Hubiera sido una burla a la institución matrimonial? Y digo “hubiera” porque para ser justo con la licencia familiar, he de decir que el día del encuentro, un día de San Ramón, fiesta patronal de la localidad, llegó Isabel a la plaza del pueblo y preguntó a un buen mozo que leía el periódico, ya entrado en años (34 para entonces), por la casa de su futuro marido. La comparación entre el candidato elegido por las familias y aquél a quien había preguntado, un tal Santiago González Rozas, desbarató el proyectado matrimonio y fue el origen de otro, basado, como diría la DGRN, “en el conocimiento de los datos personales básicos” y en la “existencia de relaciones previas”.

³³ R. Arenas García, pone el énfasis en la distinción entre “matrimonios convenidos” y “matrimonios de conveniencia” como expresión de la diferencia fundamental entre causa matrimonial y motivos para casarse [“Algunos problemas relativos al consentimiento matrimonial en los supuestos internacionales (Matrimonios blancos y matrimonios convenidos en DIPr)”, al que he tenido acceso por gentileza del autor]. En los matrimonios *convenidos* el consentimiento matrimonial puede ser aceptable; tanto la ausencia de

de matrimonios entre dentro de los que serían válidos, también para la DGRN, por no poder aplicarse la ley española al no existir simulación, ni ser contrarios al orden público. ¿Será posible?

V. Las presunciones de simulación

13. Dije que no entraría en la valoración de esas presunciones que, en el mejor de los casos, exportan la esencia de nuestro concepto de matrimonio a los matrimonios internacionales cuya simulación está en tela de juicio; en el peor, se dice, podrían atentar contra el *ius connubi*³⁴. Sí quiero, no obstante, señalar que se percibe una clara tendencia a la relajación de los mismos o, dicho de otra forma, a una progresiva flexibilización en aras a un mayor respeto por el matrimonio celebrado o por celebrar. Un análisis comparado de los criterios utilizados por la citada Resolución del Consejo y los utilizados por la Instrucción de la DGRN pone de manifiesto cómo de los siete factores que la primera utiliza como presunciones de que un “matrimonio es fraudulento” tres subsisten claramente en la Instrucción (los antecedentes de otros matrimonios simulados en uno de los cónyuges, el pago de dinero para la celebración del matrimonio y la ausencia de conocimiento sobre datos personales y familiares básicos); otros tres (el no mantenimiento de la vida en común, la ausencia de una contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio y el hecho de que los cónyuges no hablen una lengua comprensible para ambos) están presentes en la Instrucción, precisamente para ser matizados como criterios no definitivos; el séptimo, el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio, tiene una presencia un tanto ambigua en la Instrucción, pues aunque se habla expresamente de relaciones antes de la celebración del matrimonio, inmediatamente después

consentimiento como los vicios del consentimiento no tienen especialidad respecto a cualquier otro matrimonio (salvo el hecho de que en este tipo de matrimonios en los que la iniciativa de los cónyuges es menor, vicios y falta de consentimiento pueden ser más frecuentes). Creo que tanto para su autorización cuando para su reconocimiento, el autor plantea la proyección de parámetros de Derecho español (no necesariamente aplicación pura y simple de la ley) e incluso, como en los matrimonios por conveniencia, la idoneidad de un interrogatorio hábil por parte del Encargado del Registro (que, en muchos casos, no se podrá dar por ausencia de competencia: por ejemplo, matrimonio convenido celebrado en el extranjero entre extranjeros).

³⁴ P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Tratamiento registral...”, *loc. cit.*, punto IV.

se señala que estas relaciones puede referirse a las habidas antes o después de la celebración del matrimonio³⁵.

En cualquier caso, no veo graves problemas en las presunciones que, cómo no, serán un *elemento más* en la valoración del encargado del Registro civil. Si es verdad que su articulación minuciosa puede alertar a los contrayentes de cómo se ha de preparar su entrevista y cuál va a ser el “temario” de la prueba³⁶; mas ello, sin temario, ya fue el trabajo de George Faurè y, a buen seguro, lo es de todos los que pretendan superarla. Es una cuestión, si se me permite un argumento tan antijurídico, de sentido común. Y otro tanto cabe señalar del peligro de automatización de la prueba, con el consiguiente riesgo de obstaculizar indebidamente el *ius nubendi*³⁷. Mas también en este caso el problema estará en la práctica, en el cómo se utilicen, y no en su propia existencia³⁸.

VI. Conclusión

Las conclusiones de cuando he señalado son necesariamente descripciones más que prescripciones. Inocuas para la práctica, como avanza el título de esta contribución en memoria del Profesor José Manuel Lete del Río, con quien compartí estrechamente ocho años de gestión común, y dieciocho de vida universitaria. Simples como él hubiera preferido. Alejadas del esoterismo internacionalprivatístico, al que él se refería en ocasiones, para poder ser patrimonio de más.

Desde una perspectiva práctica, la idea de matrimonio de conveniencia afecta generalmente a españoles que desean contraer o han contraído matrimonio con extranjeros. A pesar de la presentación formal del problema, el interés subyacente no suele ser ni la protección de los derechos humanos vinculados con el matrimonio (*ius connubii*, libertad individual, intimidad, libre desarrollo de la personalidad...), ni la de protección de una institución matrimonial para la que el consentimiento suele ser irrelevante cuando no

³⁵ Punto IX. I. b) 1º.

³⁶ P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Tratamiento registral...”, *loc. cit.*, punto IV.

³⁷ Id.

³⁸ Me permitiré señalar que especialmente en este caso no creo que haya proporción entre las discretas observaciones que se hacen a la Instrucción, que ni siquiera pueden considerarse críticas (P. Orejudo Prieto de los Mozos) y la respuesta que se da a las mismas (A. L. Calvo Caravaca y J., Carrascosa González, “Los matrimonios de complacencia...”, *cit.*).

hay materia de extranjería por el medio: es precisamente la dimensión de los beneficios derivados de la normativa de extranjería o nacionalidad la prioritaria.

En el tratamiento del matrimonio simulado (en nuestro ámbito) la presencia del propio modelo de matrimonio, del matrimonio español, es casi total, con independencia de que nos encontramos ante “matrimonios internacionales”. Ello tiene alguna explicación lógica: la presencia de contrayentes españoles facilita la omnipresencia de la ley española, del modelo matrimonial español, como criterio de medida. Cuando se trata de autorizar un matrimonio en España, ya se admita que la ley aplicable al consentimiento es la ley nacional de los contrayentes (tesis tradicional), ya que es la ley de la autoridad celebrante (recientes propuestas doctrinales), el modelo español está presente. Cuando se trata de reconocer un matrimonio celebrado en el extranjero, de nuevo la ley española está presente, ya por imperativo de la citada ley nacional del cónyuge español (si hablamos de validez en términos de ley aplicable), ya por la presencia de, en su caso, el orden público (si aceptamos la propuesta de tratar el tema como un tema de reconocimiento); solo que en este segundo caso, la actividad del orden público puede resultar más permisiva para la importación de modelos diferentes pero no atentatorios contra los principios superiores del ordenamiento jurídico español. La práctica de la DGRN condensada en la Instrucción acredita esta omnipresencia del modelo español, y una aplicación, al menos en el último año, respetuosa, en términos generales, con el (nuestro) *ius connubii* (al menos eso es lo que a mí me suscita la lectura de las resoluciones).

En los casos en los que ambos contrayentes sean extranjeros (escasísimos en la práctica de la simulación), la tesis tradicional aleja la presencia de la ley española. En principio, las respectivas leyes nacionales se ocuparían del tema de la simulación (a salvo el orden público español). Para las tesis que contemplan el tema en términos de reconocimiento, las consecuencias serían no idénticas, pero parecidas. Cabe preguntarse en cualquier caso, qué papel jugarían las “presunciones de simulación” formalmente solo operativas (según la DGRN) cuando la ley aplicable fuese la española y que a mi juicio poseen una operatividad real mayor; y dónde se situaría el orden público.

Y para concluir dos preguntas que no me he atrevido a hacer antes, ¿cuál es hoy el contenido esencial del “*ius connubii*” en el contexto inter-

nacional?³⁹. Aunque si mi descripción de la realidad es fidedigna, la respuesta, a los efectos de los matrimonios de conveniencia, también sería inocua; ¿y cuál es el contenido institucional de este “nuestro” matrimonio que –afortunadamente– se celebra porque sí, se disuelve a voluntad y el incumplimiento de las obligaciones estrictamente personales asumidas carece de sanción?

³⁹ Cuando E. Roca aborda el tema desde la perspectiva del derecho a contraer matrimonio, se plantea un presupuesto que luego no lleva a sus últimas consecuencias: “la necesidad de definir el matrimonio” (*Familia y cambio social, op. cit.*, p. 96). Y la tarea no habría de ser muy ardua en el cómodo escenario de un ordenamiento jurídico. El alcance de la respuesta sería no obstante, el *ius connubii* es para el ordenamiento español esto o aquello otro y el legislador tiene estos límites o aquellos otros. Pero ¿podríamos definir un *ius connubii* con un contenido supranacional lo suficientemente concreto e independiente de tal modelo matrimonial o tal otro?