

LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL «MATRIMONIO DE CONVENIENCIA»: DEL FRAUDE AL USO INDEBIDO DE LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL

Isabel GARCÍA RODRÍGUEZ*

Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad de Alcalá

SUMARIO

I. CONSIDERACIONES GENERALES.–II. LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL MATRIMONIO DENTRO DE SU DIMENSIÓN SOCIAL: DERECHO PRIVADO *VERSUS* DERECHO PÚBLICO. 1. *La autonomía privada y la intimidad personal y familiar*: A) La calificación con base en la CE y normas de DDHH. B) La calificación desde la práctica judicial española. 2. *La interconexión existente entre la calificación de la «familia» y del «matrimonio»*. A) Evolución del contenido regulatorio del matrimonio con la misma base constitucional. B) La independencia entre el matrimonio y la familia a raíz de la nueva calificación *ex lege fori*. 3. *La calificación flexible del matrimonio en el Derecho comunitario y en las normas de nacionalidad y extranjería*. 4. *La calificación jurídica del matrimonio en la reagrupación familiar*.–III. LA DETERMINACIÓN DE LA «CONVENIENCIA» EN LOS MATRIMONIOS BLANCOS. 1. *El fraude a la ley la simulación en el matrimonio*. A) El fraude a la ley los actos *contra legem*. B) De la simulación del consentimiento matrimonial.–IV. REFLEXIONES FINALES.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La heterogeneidad existente en las normas materiales sobre la familia y, más en concreto, el matrimonio ha favorecido el debate jurídico –en ocasiones apasionado– sobre el concepto de una y otro. Al mismo tiempo, ambos conceptos se han visto analizados desde perspectivas muy distintas que han venido a enriquecer a la par que a complicar la concreción del contenido del «matrimonio» y la «familia» y

* La profesora García Rodríguez falleció cuando este trabajo estaba en prensa. Su obra y su recuerdo permanecen con nosotros.

de las que, como decía Julio González Campos, no pueden ni deben sustraerse los juristas¹.

Ninguna perspectiva de análisis (sociológica, psicológica, económica, política, religiosa o estadística) es superflua para el Derecho Internacional Privado (DIPR) al igual que es indispensable el conocimiento de las diferentes instituciones jurídicas desde otras ramas del Derecho con el fin de aprehender los intereses en presencia. Pues bien, en el sector del «matrimonio» y de la «familia» existe una pluralidad de intereses que hacen difícil su regulación por parte del DIPR, porque además del interés de la persona existe el interés del Estado o, mejor dicho, de los Estados².

Desde la perspectiva del DIPR la calificación del «matrimonio» puede venir dada por la concepción material de cada ordenamiento jurídico estatal, del Derecho comparado o por el Derecho uniforme a través de un concepto *ad hoc*³. Dentro del Derecho comparado incluimos ese posible concepto propio de la Unión Europea ya que se forma a partir de aquellos elementos comunes de los ordenamientos de los Estados miembros matizados por los objetivos y principios comunitarios. Ahora bien, el concepto «comunitario» no es unívoco ni definitivo pues, por un lado el concepto de «matrimonio» y «familia» juega de un modo diferente en los objetivos y principios comunitarios y, por otro lado, porque todavía existen diferencias en las legislaciones de los Estados miembros.

De las distintas opciones que acabamos de plantear, para la realización de este trabajo cuyo objetivo no es otro que tratar de ceñir el marco de los términos «matrimonios de conveniencia», hemos optado por realizar una calificación desde la *lex fori* tanto del «matrimonio» como de la «conveniencia». Y nos preguntamos por las vías alternativas que evitan incidir negativamente en el derecho a contraer matrimonio pero que a la vez puedan facilitar el control, por un lado, de la inmigración a través de la reagrupación familiar y, por el otro, de la concesión de la nacionalidad española.

II. LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL MATRIMONIO DENTRO DE SU DIMENSIÓN SOCIAL: DERECHO PRIVADO *VERSUS* DERECHO PÚBLICO

1. La autonomía privada y la intimidad personal y familiar

Una de las características del Derecho privado es el amplio margen que se concede a la autonomía privada⁴, cuyo ámbito depende del marco legal en el que se haya

¹ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Lección 31: El matrimonio en el derecho civil internacional» en AGUILAR NAVARRO, M. (Dir.), *Derecho Civil Internacional*, vol. II de Derecho Internacional Privado, Madrid, 1975, 243 y ss., en concreto pp. 243-244 y 262-265, entre otras muchas.

² Sobre esto último GONZÁLEZ CAMPOS se refería en *loc. cit.*, p. 250, citando a GOODRICH, decía que: «Estados interesados son el del lugar de la celebración del matrimonio, el de la nacionalidad o el domicilio de los esposos, aquel en donde se producen los efectos e incidencias (personales o patrimoniales) del matrimonio, etc. Un catálogo de intereses a los que cabe agregar el del Estado donde se plantean las cuestiones de nulidad, separación o divorcio y el Estado donde surgen cuestiones relativas al régimen de la filiación o al cobro de la deuda alimenticia».

³ El profesor GONZÁLEZ CAMPOS se refería en *loc. cit.*, p. 262 a la definición que cada sistema jurídico nacional da al término «matrimonio» y a «la obtenida mediante la técnica que BATIFFOL, H., ha denominado “extensión de las categorías de calificación en función del Derecho comparado”».

⁴ Seguimos aquí los comentarios que sobre la autonomía privada frente al derecho fiscal hacen CORDECH, P. S. AZAGRA, A., y FERNÁNDEZ, A., «Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los

configurado ya que no todos los negocios jurídicos gozan del mismo grado de autonomía. Pero lo habitual es que dentro de dicha autonomía privada se encuentren dos tipos de factores. Unos, que podríamos denominar generales, y que consisten en decidir si celebran o no un negocio jurídico y qué tipo de negocio quieren celebrar. Y otros, que llamaríamos específicos, y que en atención al tipo de negocio jurídico podrían ser: la posibilidad de autorregular materialmente en todo o en parte el negocio de que se trate (autonomía material), la posibilidad de elegir la ley o leyes aplicables (autonomía conflictual) y la posibilidad de establecer la jurisdicción competente para dirimir los conflictos que puedan llegar a plantearse. Por consiguiente, las partes pueden configurar su negocio jurídico como quieran y sólo estarían limitadas por las normas imperativas del foro y, en su caso, las de cualquier otro Estado con el que entren en contacto así como por la excepción de orden público.

Dentro del Derecho privado siempre es el ámbito contractual el que se ha beneficiado de un mayor grado de autonomía privada, empezando por la propia creación de las distintas figuras contractuales que surgen de la práctica e imaginación de los particulares y que luego son positivadas por los legisladores. Y se acaba por decidir el contenido regulador de dicho negocio jurídico. En cambio, en las cuestiones de estatuto personal y, en concreto, en el ámbito de la familia y del matrimonio la autonomía privada no es tan amplia⁵, pues se encuentra limitada por el carácter imperativo de la mayoría de los preceptos que lo regulan y el carácter de orden público que se atribuye a las instituciones familiares.

Es decir, al confluir en las relaciones familiares el individuo y la sociedad, la capacidad normativa de las partes se encuentra algo más limitada, actuando el Estado tanto como regulador de los cambios que la sociedad reclama en virtud de su propia evolución, como estableciendo límites a la libertad individual en pro del interés público⁶. En la celebración del matrimonio la autonomía privada de los contrayentes y la manifestación de sus respectivos consentimientos es un aspecto fundamental en este negocio jurídico.

La autonomía privada, que tiene una dimensión individual en la autorregulación de los intereses perseguidos por los contrayentes, se manifiesta, fundamentalmente, en la elección del tipo de matrimonio que quieren celebrar: civil o religioso y en España o en el extranjero. Pero además dicho negocio jurídico produce, desde su inicio, una serie de efectos entre las partes y respecto de terceros que pueden tener alcance general y llegar a repercutir socialmente. De ahí que el Estado suela regular cómo puede ejercerse válidamente esa autonomía

negocios jurídicos» en *Indret* 3/2004, 1-24, disponible en www.indret.com.

⁵ En este sentido puede verse, FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I., «La condición, el término y el modo en el consentimiento matrimonial. Estudio del artículo 45 del Código Civil», en *Diario La Ley*, 1996, D-303, t. 5, 1-9, p. 2 y DíEZ-PICAZO, L. *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, pp. 77 y ss.

⁶ A pesar de la intervención del Estado y su afán por tipificarlo todo, las personas siempre han querido organizarse atendiendo a sus intereses y concepciones particulares de las relaciones personales con el fin de escapar de la reglamentación. Ahora bien, sólo en el ámbito patrimonial, por medio de las capitulaciones matrimoniales, los pactos entre los cónyuges tendrán efectos jurídicos. Es decir, nada impide que los cónyuges realicen pactos o celebren un acuerdo sobre sus relaciones personales y el tipo de vida que van a llevar en común, pero esta unión de voluntades no es constitutiva de un «contrato» que genere una acción en caso de incumplimiento. Recuérdese que el artículo 1.814 del CC dispone que «[n]o se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros».

privada y para ello establezca algunas condiciones de capacidad, de protección del interés general (social, económico), de protección de los terceros (publicidad) y de protección de la legalidad vigente (fraude de ley los actos *contra legem*).

No obstante, los particulares seguirán decidiendo qué tipo de organización personal quieren, unión estable, matrimonio, o solos pero juntos (*Alone, Living Together*)⁷. Y cuando deciden casarse lo hacen por distintas razones que a veces pueden ser caprichosas o por mero interés económico o personal. Toda esta libertad individual se enmarca en la esfera de la «intimidad personal y familiar» a que se refiere el artículo 18 de la CE, en el sentido del espacio de relaciones en el que se afloja el control social, excepto cuando en tales relaciones se vulneran los derechos fundamentales de las personas que integran ese grupo familiar, supuesto en el que volvemos a encontrarnos con la acción de los poderes públicos.

A) LA CALIFICACIÓN CON BASE EN LA CE Y LAS NORMAS DE DERECHO HUMANOS

En el proceso de calificación que estamos realizando debe partirse de que el Derecho a la vida privada, regulado en el artículo 18.1 de la CE, es un derecho de la personalidad difícil de definir porque es «indeterminado, relativo tanto en el tiempo como en el espacio, y su naturaleza jurídica discutida»⁸. Su desarrollado legislativo se ha llevado a cabo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, modificada en 1985, 1992 y 1995⁹. En esta ley se reconoce que el derecho a la vida privada y familiar es un derecho irrenunciable con dos únicas excepciones. La primera se enmarca en la autonomía privada de las partes a través de su renuncia expresa; y la segunda en el poder del Estado para defender el «interés público». Para ser efectivo este poder estatal deberá estar regulado «por ley [en la que] se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad»¹⁰, porque su ejercicio constituye un límite a los derechos individuales.

Para cubrir los objetivos marcados nos interesa conocer si los casos de intromisión amparados por razones de «interés público» (art. 2) se refieren, sólo y exclusivamente, a los que se citan en el artículo 8 de la citada Ley Orgánica, o es una referencia genérica. La interpretación conjunta de ambos artículos de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, nos permite entender que el «interés público» tiene alcance general y se requiere de una autorización legal previa, no absolutamente necesaria en los casos de interés «histórico,

⁷ Una vez tipificadas las uniones de hecho y el matrimonio entre homosexuales nos encontramos una nueva forma de organizarse la vida de «pareja» y de «familia» que es la denominada *Alone, Living Together* (ALT), que consiste en la relación estable de la pareja entre personas que mantienen su propios domicilios respectivos. Con relación a las distintas formas de vida en pareja y familia puede verse el artículo de HEUVELINE, P., y TIMBERLAKE, J. M., «The role of cohabitation in family formation: The United States in Comparative Perspective» en *Journal of Marriage and Family* vol. 66 (2004-5), 1214-1230.

⁸ ABARCA JUNCO, P. «El derecho a la intimidad en el Derecho internacional privado español», en *Boletín de la Facultad de Derecho* (UNED), (1993-2), 9-27, p. 9, citando a RIGAUX, F., «La liberté de la vie privée» en *Revue internationale de droit comparé*, (1991-3), p. 539; MEULDERS-KLEIN, «Vie privée, vie familiale et droits de l'homme», en *Revue internationale de droit comparé* (1992-4), pp. 767 y ss., entre otros.

⁹ BOE 14-5-1982. Esta Ley se modificó en 1985 con la Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo: BOE 30-5-1985 y con la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de reforma del Código Penal (BOE 24-11-1995). A través de la STC 9/1990, de 18 de enero, se declara inconstitucional y nula la modificación del artículo 2.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo.

¹⁰ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica.

científico o cultural relevante»¹¹. Este límite a la vida privada y familiar se enmarca perfectamente dentro del ámbito del artículo 8.1 del CEDH¹², que tras consagrar el derecho a la vida privada y familiar para todas las personas, añade que podrá restringirse su ejercicio siempre que se regule por ley. La Comisión Europea de Derechos Humanos interpreta que las sociedades democráticas deben proteger,

«la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás»¹³»

La tensión entre lo público y lo privado en sede matrimonial hace que nos preguntemos, por un lado, cuál es el contenido material concreto y cómo podemos definir el alcance del «derecho a la vida privada y familiar» de los individuos, y, por otro lado, hasta donde llega el derecho de los Estados para restringir o limitar el *ius nubendi*.

Pues bien, estos problemas, altamente delicados, se han planteado ante el TEDH en varios asuntos de los que se puede deducir lo siguiente: por un lado, y con relación al Derecho de Extranjería, que los Estados son soberanos para establecer normas que regulen y establezcan condiciones para controlar la entrada, residencia y expulsión de los extranjeros¹⁴. Y, por otro lado, que materialmente la vida privada y familiar necesita de dos condiciones para ser apreciada como tal por el artículo 8 del CEDH, que sea «real y efectiva» y «preexistente».

Por vínculos reales y efectivos se entiende que sean «verdaderos» y «no fraudulentos» y, por tanto, que no se dude de la autenticidad de los mismos recayendo la prueba de dicho vínculo familiar al demandante de protección¹⁵. Mientras que la «preexistencia» implica que la relación familiar exista en el momento en que interviene la autoridad pública o la administración del Estado para restringir el derecho a la

¹¹ El artículo 2.2 dispone: «No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso». Y, el artículo 8.1: «No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante». El enfatizado es nuestro.

¹² Este Convenio fue hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor para España en 1979. Interesa destacar de este Convenio que el propio TEDH ha declarado que se trata de un conjunto normativo constitutivo del «orden público» europeo: vide CARRILLO SALCEDO, J. A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2003, pp. 21-22. En el 2000, tras el Tratado de Niza, se adoptó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde se reconoce en el artículo 7 el derecho de toda persona a la «vida privada y familiar» en el mismo sentido que el artículo 8 de la CEDH. Debemos aclarar que este texto todavía no tiene fuerza jurídica vinculante pero que, no obstante, ha influido en algunas conclusiones de los Abogados Generales para ilustrar al TJCE el sentido que deben dar a su decisión si bien advirtiendo que todavía no está en vigor.

¹³ La Comisión Europea de Derechos Humanos calificó el artículo 8 de la Convención como derechos que pueden limitarse o restringirse por la acción del Estado pero no de forma absoluta, sino sólo a través de las causas expresamente establecidas en el propio Convenio y siempre que se hagan por ley, respondan a un fin social, no se haga de forma discriminatoria y exista proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido con la medida limitativa del derecho a la vida privada y familiar: De nuevo CARRILLO SALCEDO, *op. cit.*, pp. 27-30.

¹⁴ En este sentido puede consultarse el asunto *Jabari c. Turquía*, STEDH de 11 de junio de 2000.

¹⁵ El TEDH y la Comisión han desarrollado éstos en la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos sobre el asunto *Kamal c. Reino Unido*, de 13 de diciembre de 1979, así como en la Sentencia del TEDH de 18 de febrero de 1991 en el asunto *Moustaquim c. Bélgica*. El precedente de estos asuntos se encuentra en la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos del asunto *Alam, Khan y Singh c. Reino Unido*, de 15 de julio de 1967, en el que se exigía la convivencia y dependencia económica entre padres e hijos –mayores de edad– para establecer la relación familiar efectiva.

vida privada y familiar, con el fin de prevenir que se creen relaciones familiares y evitar tales medidas por el Estado¹⁶.

Pero el citado artículo 8 del CEDH también se ha utilizado por el TEDH para definir a «la familia». En este sentido, la Comisión ha protegido a las parejas de hecho en el seno de las familias¹⁷ y ha excluido a las parejas de homosexuales, que quedaron fuera del concepto de «vida familiar» aunque no del derecho a la vida privada¹⁸. Como decimos, para el TEDH los grados de parentesco y la «dependencia» entre los miembros son los factores determinantes a la hora de hablar de «vida familiar». Podemos resumir diciendo que de sus decisiones y sentencias se desprende que la «dependencia» no es sólo económica, sino emocional¹⁹.

¹⁶ El TEDH en su sentencia de 21 de junio de 1988, asunto *Berrehab c. Países Bajos* ha señalado que la relación familiar debe existir con anterioridad a la medida (de expulsión) atentatoria contra el derecho a la vida privada y familiar, incluso aun cuando ésta ya no existiera de hecho. En este sentido o parecido pueden consultarse las SSTEDH, de 24 de abril de 1996, asunto *Boughanemi c. Francia*; de 22 de enero de 1997, asunto *Bouchelkia c. Francia*; de 21 de octubre de 1997, asunto *Boujlifa c. Francia*; de 19 de febrero de 1998, asunto *Dalia c. Francia*; de 30 de noviembre de 1999, asunto *Bahgli c. Francia*; de 22 de abril de 2004, asunto *Radovanovic c. Austria* y de 31 de enero de 2006, asunto *Sezen c. Países Bajos*.

¹⁷ Asunto *X. Y. c. Suiza*, Decisión de 14-7-1977, demandas núms. 7289/1975 y 7349/1976, con relación a la situación familiar de un ciudadano alemán casado y residente en Alemania que mantiene una relación de pareja en Liechtenstein con la que tiene hijos comunes. La Comisión dijo lo siguiente: «the relationship between a father and his illegitimate children is always included in the concept of family life within the meaning of Article 8 of the Convention while this is not necessarily the case with extra-marital relationships even if they have led to the birth of children. The Commission does not deny that extra-marital relationships may constitute “family life” within the meaning of the above provision. In the present case, however, there is no common household of the applicants and they do not permanently live together, the first applicant being married and normally staying with his family in Munich. The Commission therefore considers that the relationship between the first and second applicants only amounts to «private life» within the meaning of Article 8 of the Convention» en <http://www.cmiskp.echr.coe.int/tpk197/portal>. Este asunto se encuentra comentado por CORTÉS MARTÍN, J. M., «Immigration et regroupement familial dans l'Union Européenne: un droit à géométrie variable?» en *Revue du droit de l'Union Européenne* (2005-4), 721-759.

¹⁸ Asunto *X. Y. c. Reino Unido*, Decisión de 3-5-83, demanda 9369/1981 y *W. J. y D. P. c. Reino Unido*, Decisión de 13-7-87, demanda 12513/86, disponibles en la web citada. En estos casos la Comisión considera que la pareja tiene una relación homosexual estable pero el extranjero ya conocía que su permiso de residencia tenía una validez de dos años por lo que a partir de esa fecha debía abandonar el país si no encontraba un nuevo trabajo que le habilitase para renovar el permiso de residencia. En estos términos la Comisión señala que «It is true that these Immigration Rules make no provision for the reunification of homosexual couples in the United Kingdom, whereas they do permit, inter alia, certain foreign spouses and fiancées to join their partner in the United Kingdom, where the alter have the right abode. The Commission has had occasions to consider such policy distinctions between homosexual and heterosexual couples... “The Commission accepts that the treatment accorded to the applicant was different from the treatment she would have received if the partners had been of different sexes. The Commission finds that the aim of the legislation in question was to Project the family, a goal similar to the protection of the right to respect for family life guaranteed by Article 8... The question remains, however, of whether it was justified to Project family but not to give similar protection to other stable relationships. The Commission considers that the family (to which the relationship of heterosexual unmarried couples living together as husband and wife can be assimilated) merits special protection in society and it sees no reason why a High Contracting Party should not afford particular assistance to families. The Commission therefore accepts that the difference in treatment between the applicant and somebody in the same position, whose partner had been of the opposite sex can be objectively and reasonably justified” (núm. 11716/85, Dec. 14.5.86 to be Publisher in D. R.)... The first applicant was refused leave to remain further in the United Kingdom, not because he was a homosexual, but because he was not in employment approved by the Department of Employmen... The Commission considers... the principle of proportionality... was respected».

¹⁹ Asunto *S. y S. c. Reino Unido*: Decisión de 10-12-84, demanda 10375/83; en el que la Comisión dispone que «the protection of family life under Article 8 involves cohabiting dependents, such as parents

B) LA CALIFICACIÓN DESDE LA PRÁCTICA JUDICIAL ESPAÑOLA

Si descendemos a la jurisprudencia española en desarrollo del artículo 18 de la CE y los límites que el Estado puede establecer al derecho a la vida privada y familiar, es importante destacar que existe una actividad continua de nuestro TC y TS en esta sede desde hace ya muchos años. Las decisiones del TC han perfilado el contenido del derecho a la intimidad y a la vida privada y familiar, mientras que la del TS se ha dirigido, sobre todo, al ámbito de la extranjería con el fin de limitar la discrecionalidad de la Administración Pública cuando considera que se vulneran principios constitucionales de alcance general, aplicables a todo el ordenamiento²⁰. Así, el TC ha señalado que el artículo 18.1 de la CE protege el derecho a que no se de publicidad de nuestra vida privada y a mantenerla en secreto tanto de los terceros como de la Administración Pública²¹. Es decir, el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar tiene un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás que es característico de nuestra cultura, y que se dirige al mantenimiento de un mínimo de calidad de vida.

El TC añade en sus decisiones que este derecho no es absoluto y que está delimitado por los demás derechos fundamentales y los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Así las cosas, para considerar constitucional la injerencia en la vida privada y familiar el TC dispone la necesidad de que se cumplan cuatro requisitos: *a*) que exista un fin constitucionalmente legítimo; *b*) que esté previsto por ley; *c*) que se acuerde mediante resolución judicial debidamente motivada, y *d*) que respeten los principios de proporcionalidad y ponderación²². La actuación del TS en esta materia, sobre todo en lo que afecta al sector de la extranjería, destaca que las medidas administrativas no lesionan el derecho a la intimidad familiar del artículo 18.1 de la CE cuando tienen el respaldo de una ley, como lo es la Ley de Extranjería, pues además no se revela ni divulga dato alguno relativo a la vida privada de los cónyuges²³. Esto es así si excluimos el contenido de la entrevista que someramente se publica en el *BIMJ* y en el *BOE*.

Pues bien, este derecho a la vida privada incide en el *ius nubendi* e indirectamente lo incluye porque responde, además, a un interés íntimo y privado. Es decir, pueden contraer matrimonio según las normas de Derechos Humanos todos aquellos a quienes las leyes no

and their dependent, minor children» y las relaciones con otros familiares deben analizarse caso por caso, que en el supuesto de la reclamante y su hijo de treinta y tres años de edad, en el que además no se demuestra la dependencia no cabe considerar la protección del artículo 8 del Convenio. Puede consultarse el texto en la página web citada.

²⁰ Vide VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., *La Reagrupación familiar de los extranjeros en España. Normas de extranjería y problemas relativos al Derecho aplicable*, Aranzadi, Pamplona 2006, pp. 107 y ss.

²¹ STC 134/1999, de 15 de julio, sobre todo FJ 5.º, entre otras.

²² En este sentido puede verse la STC 233/2005 (Sala Segunda) de 26 de septiembre, *RTC* 2005/23, con relación a materia relacionada con el derecho fiscal. Asimismo y sobre otras materias pueden consultarse las SSTC 14/2003 (Sala Segunda) de 28 de enero, *RTC* 2003/14; 156/2001, de 2 de julio, *RTC* 2001/14; 186/2000, de 10 de julio, *RTC* 2000/186; 98/2000, de 10 de abril, *RTC* 2000/98; 143/1994, de 9 de mayo, *RTC* 1994/13, entre otras. En el ATC 272/1998 (Sala Primera, Sección 1.ª), de 3 de diciembre, *RTC* 1998/272, se consideró que la entrevista psicológica realizada por AENA para la selección de becarios no vulnera el derecho a la vida privada y familiar –intimidad personal–.

²³ Entre otras, puede verse, la STS (Sala C-A, Sección 6.ª), de 21 de mayo de 2001, *RJ* 2001/7209. En sentido parecido están las SSTS 24 de abril de 1999 (*RJ* 1999/3787), de 1 de julio de 2000 (*RJ* 2000/6123) y de 24 de abril de 1999 (*RJ* 1999/3787).

se lo prohíben y lo asumen libremente, sin que nadie esté legitimado para inmiscuirse en esa decisión personal que pertenece a la vida privada de las personas. Esto significa que si un particular ejerce una presión u objeción sobre otro que va a contraer matrimonio, de modo que le dificulte o impida su celebración estaríamos, posiblemente, ante un delito de coacción. Pero si la negativa a contraer matrimonio, sin una causa legal (predeterminada por la ley) y sin estar debidamente motivada, proviniera de una autoridad pública (Encargado del Registro) es probable que dicha autoridad incurriera en un delito de prevaricación. Y como el matrimonio también tiene una trascendencia social que reclama el reconocimiento público (entre otras cosas para que los terceros les traten como cónyuges, pues no en vano se ha producido un cambio de estado civil que repercute en los demás), los convenios de Derechos Humanos permiten a los Estados disponer límites y controles²⁴. Aunque tales límites «no deben restringir o reducir el derecho de tal manera o hasta tal punto que perjudiquen la esencia del derecho». No obstante, ni el TC ni el TS en sus sentencias sobre extranjería se han posicionado a favor de considerar incluido en el derecho a la intimidad la reagrupación familiar. En este mismo sentido el CGPJ ha declarado que la reagrupación familiar no es un derecho fundamental de los extranjeros²⁵.

2. La interconexión existente en la calificación de la familia y del matrimonio

En el ámbito de los matrimonios celebrados en fraude a las normas de extranjería y nacionalidad se adopta como definición del matrimonio de conveniencia la recogida en la Resolución del Consejo de la UE, de 4 de diciembre de 1997, por ser la más amplia²⁶. La diferencia entre esta definición y la adoptada en España en las Instrucciones de la DRGN es que en éstas el control se dirige tanto al acceso al permiso de residencia como a la adquisición de la nacionalidad española. Y los problemas que surgen en el control del también llamado matrimonio «fraudulento» se sitúan tanto en el momento de la autorización como de la inscripción del matrimonio.

A) EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN LEGAL DEL MATRIMONIO CON LAS MISMAS BASES CONSTITUCIONALES

Ya apuntamos en la introducción que no es fácil aproximarse a esta cuestión desde una perspectiva exclusivamente de técnica jurídica o legislativa sin sustraerse al deba-

²⁴ Entre otras puede verse la STEDH 11 de junio de 2000, asunto *Jabari c. Turquía*, que además de establecer el derecho de los Estados señala la necesidad de una vida «real y efectiva» en una «familia preexistente» para que pueda entrar bajo el amparo del artículo 8 del CEDH. Asimismo, exige que no se trate de vínculos familiares adquiridos fraudulentamente, pues en tal caso los Estados pueden limitar el derecho a la vida privada y familiar: STEDH de 28 de noviembre de 1996, asunto *Nsona c. Países Bajos*. Puede verse, URBANO DE SOUSA, C., «Le regroupement familial au regard des standards internationaux» en JULIEN-LAFERRIERE, F., et al. *La politique européenne d'immigration et d'asile: bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruselas 2005, pp. 127 y ss.

²⁵ Vide, *infra* capítulo II, 2, B). El informe del Pleno del CGPJ sobre la LOEXIS puede verse en http://www.extranjeria.info/publico/revista/005/Op_Contraref_CGPJ.pdf.

²⁶ La Resolución dice exactamente: «se entenderá por matrimonio fraudulento el matrimonio de 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».

te ideológico que subyace en todo el Derecho de Familia y del que no escapa el Derecho de Extranjería. En un análisis histórico se observa que la concepción de la familia ha estado durante muchos años vinculada al matrimonio, quedando prohibidos o marginados otro tipo de uniones familiares que, sólo desde hace algunos años, se han ido aceptando y consolidando. Desde una perspectiva sociológica se aprecia un incremento progresivo de las uniones de hecho, entre homosexuales y entre heterosexuales, al margen de los ordenamientos jurídicos en la mayoría de los casos y, más recientemente, con el consentimiento de algunos Estados²⁷.

El matrimonio y la familia, en los que tradicionalmente no tenían cabida en España las uniones de hecho, han recibido una calificación interdependiente. El matrimonio se configuraba como el origen de la familia, y ésta no se concebía sin un matrimonio previo. El concepto de familia, que no es un negocio jurídico ni un sujeto del Derecho²⁸, ha estado ligado a la esfera matrimonial y se consideraba que por el mero hecho de contraer matrimonio ya se fundaba una familia independientemente de que hubiera hijos o no²⁹. Esta situación ha supuesto que se tomara el matrimonio como referente para analizar y estudiar a las uniones de hecho lo que, inevitablemente, crea una jerarquía entre ellas, que puede interpretarse como una vulneración evidente del principio de igualdad defendido por la Constitución, cuyo texto no distingue entre distintas clases de familia³⁰.

Señalar si el matrimonio se concibe como el medio a través del cual se forma la familia o como núcleo esencial de ésta, es complejo desde la perspectiva constitucional. De la lectura literal del artículo 32 de la CE lo primero que puede interpretarse es que el matrimonio es un derecho del hombre y la mujer³¹ que se ejerce «con plena igualdad jurídica». En apariencia, dicho artículo sólo especifica en sede matrimonial el principio de igualdad y no discriminación establecido en el artículo 14 de la CE³².

²⁷ DELGADO, M., «Cambios recientes en el proceso de formación de la familia» en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, oct./dic. 1993, núm. 4, *passim*.

²⁸ La familia en su formación es indeterminada y efímera a la vez que cambiante con el tiempo ya que da lugar a que, de cada individuo que la compone, surjan nuevas familias. No obstante, el TC en su sentencia de 31 de octubre de 1986 se refirió a la familia como «sujeto colectivo» o «titular comunitario».

²⁹ En general se señala que la familia como tal carece de derechos autónomos: LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Derecho de familia*, 4.ª ed., Barcelona, 1997, p. 10, ENTRENA KLETT, C. M., *Matrimonio, separación y divorcio*, 3.ª ed., Pamplona, 1990, p. 450 que cita la STS de 26 de marzo de 1967, en la que se considera que la familia no tiene personalidad jurídica ya que es una «unidad de hecho» legalizada por el matrimonio.

³⁰ En este sentido puede verse FERRERES COMELLA, V., «El principio de igualdad y el derecho a no casarse» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, sept./dic. 1994, 163-196 y ALONSO PÉREZ, M., «El Derecho de Familia, entre lo viejo y lo nuevo» en MARTÍNEZ GALLEGO, E. M. (Coord.) *Matrimonio y Uniones de Hecho*, Salamanca, 2001, 11-29, p. 22.

³¹ Sobre este punto SERRANO ALONSO, E., dice que el artículo 32 de la CE no establece un derecho subjetivo («en cuanto poder concedido al individuo para poder hacer o exigir algo a alguien»), pues el matrimonio requiere de dos voluntades, por lo que se trata de reconocer la «libertad del hombre y la mujer para contraer o no contraer el matrimonio»: *El nuevo matrimonio civil. Estudio de las Leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, de Reforma del Código Civil*, Madrid, 2005, pp. 18-19. Este autor considera que el constituyente debió concretar más el modelo matrimonial con el fin de evitar los vaivenes políticos de las distintas legislaturas que conducen a cierta inseguridad jurídica, pues según quien tenga la mayoría así serán las normas que regulen la institución familiar.

³² GAVIDIA SÁNCHEZ, V., considera que en el proceso de elaboración del artículo 32 de la C.E. se pensó sobre todo en eliminar las diferencias legislativas en la regulación de la capacidad del hombre y la mujer para contraer matrimonio (edad) y dentro del matrimonio (derechos y deberes), y no en la acepta-

Pero el artículo 32 de la CE también puede interpretarse en clave de igualdad «formal» y superar los matices del citado artículo 14. Es decir, de la interpretación conjunta de los artículos 14 y 9.2 de la CE podrían admitirse diferencias de trato formal entre los grupos sociales siempre que se dirijan hacia una mayor igualdad material³³. Si ya existía la igualdad y no discriminación en el artículo 14 de la CE, resulta reiterativa la incorporación de dicho principio en el artículo 32, pues incluso sin que se especificase en esta norma, el legislador sólo podía regular el matrimonio atendiendo al principio de igualdad entre el hombre y la mujer. Pero en la interpretación del artículo 32 de la CE la igualdad no es el problema más importante, sino determinar si tienen cabida los matrimonios entre homosexuales y los matrimonios poligámicos. Aceptar uno y otro implica, necesariamente, redefinir el concepto de matrimonio y, en cierto modo, de la familia³⁴.

Hasta hace poco los matrimonios entre homosexuales eran una cuestión de orden público, igual que –hoy por hoy– lo siguen siendo los matrimonios poligámicos. Ya dijimos en nuestro libro que el problema de la poligamia –su reconocimiento– se plantea sobre todo desde la perspectiva de la discriminación por razón de sexo, porque en los ordenamientos en los que se permite sólo se predica respecto del hombre y no respecto de la mujer. Por tanto, pensamos que, admitido en el artículo 32 de la CE el matrimonio entre personas del mismo sexo³⁵, nada obstaría a que, respetando el

ción del matrimonio entre personas del mismo sexo. Lo que no significa que dichas uniones no tengan cabida en el artículo 32 citado: «Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio» en *REDC* (2001), núm. 61, 11-58, pp. 16 y ss.

³³ De nuevo GAVIDIA SÁNCHEZ, «Uniones homosexuales...» *loc. cit.* (2001), pp. 16-17, y RODRÍGUEZ RUIZ, B., «Posición constitucional de las parejas de hecho» en CGPJ, *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, *Manuales de Formación Continuada* núm. 28, Madrid, 2005), 15-44, p. 19.

³⁴ RODRÍGUEZ RUIZ, considera que interpretar el artículo 32 de la CE que puede regularse por ley el matrimonio entre homosexuales, no significa que dicho artículo «garantice» el derecho a contraer este tipo de matrimonio, porque la Constitución no creó un nuevo concepto de matrimonio sino que asumió el existente en aquella época: *loc. cit.*, p. 22. Asimismo, vide MURILLO MUÑOZ, M., «El matrimonio y el derecho a fundar una familia» en FERNÁNDEZ-CORONADO, A. (Coord.), *El derecho de la libertad de conciencia en el marco de la Unión Europea: pluralismo y minorías*, Madrid, 2002, 299-325; MARTÍN SERRANO, J. M., «Los matrimonios homosexuales: una aproximación desde el Derecho internacional privado español» en *REDI*, vol. LV (2003-1), 291-305, p. 302; y GÓMEZ, Y., *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1990, p. 190, entre otras.

³⁵ Durante muchos años después de la constitución se pensaba que la heterosexualidad del matrimonio era un valor perpetuo en nuestro ordenamiento jurídico: «El contenido del matrimonio –junto a su descripción como unión heterosexual (art. 32 Const.) única, tendencialmente perpetua– es hoy un propósito familiar añadido al «status» civil descrito como lo acabamos de hacer»: ARECHEDERRA ARANZADI, L., *El consentimiento matrimonial (Comentario al artículo 45 del Código Civil)*, Pamplona, 1989, p. 19. Esta interpretación se plasmó en la legislación y la jurisprudencia la aplicó incluso interpretando el artículo 32 conforme a los criterios del TEDH. Este último ha señalado que el término matrimonio se refiere a la unión de dos personas de distinto sexo y que el artículo 12 del Convenio no impide que los Estados dispongan en su legislación la prohibición del matrimonio entre homosexuales. Así como conforme a los criterios del TC en su sentencia 75/1983 existe una constitucionalidad del principio «heterosexual como calificador del vínculo matrimonial». Por todos vid, Auto del Registro Civil de Madrid (Sala Única), de 5 de noviembre de 2003 (AC 2003/1522), en el que se citan otras sentencias. Un análisis somero pero completo de la evolución de las normas españolas sobre matrimonio puede verse en PÉREZ ÁLVAREZ, «La incidencia...», *loc. cit.* (2005), pp. 844-851, quien concluye que del análisis histórico puede apreciarse que el proceso de secularización del matrimonio implica, por un lado, que no se dirige a la procreación y, por otro, que excepto en la Ley de 1870, nunca se definió expresamente el matrimonio como una unión entre personas de «diferente sexo» (p. 851).

principio de igualdad entre el hombre y la mujer, se pudiera introducir la posibilidad de matrimonios poligámicos y poliándricos a través de la supresión de la prohibición del artículo 46.2 del CC y la correspondiente reforma del Código Penal en esta materia. Y si en el artículo 32 de la CE caben distintos tipos o formas de matrimonio³⁶ también podemos deducir la existencia de distintos modelos de familia³⁷.

Pues bien, uno de los cambios más trascendentes en el concepto de matrimonio es el que se ha producido con la Ley 13/2005, de 1 de julio. Se ha pasado del matrimonio entre un hombre y una mujer exclusivamente, al contraído entre «personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición»³⁸. Según la Exposición de Motivos de la Ley, esta reforma era necesaria por el cambio de mentalidad en la sociedad española que es mucho más «rica, plural y dinámica» que la de «1889»³⁹. Y porque hoy en día se admite el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad a través de diferentes formas de convivencia, que sirven de soporte al mutuo «apoyo emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en una estricta relación privada».

El legislador que podría haber elegido, como hemos manifestado en otras ocasiones, una denominación diferente a la de «matrimonio», ha realizado una opción de política legislativa que extiende el significado del término «matrimonio» (consolidado por muchos siglos de aceptación en el mundo civilizado, como la unión entre personas de distinto sexo), a las uniones entre homosexuales. Por tanto, la cuestión es determinar si a través de dicha Ley el legislador español ha cambiado el contenido del término «matrimonio» o socialmente éste seguirá utilizándose para el celebrado entre personas de distinto sexo que tienen como fin desarrollar un proyecto de vida común y como objetivo crear o formar una familia⁴⁰.

³⁶ En realidad, tal y como dijimos en nuestro libro *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Madrid 1999, sólo hay un matrimonio civil que puede celebrarse en distintas formas a las que se les reconoce efectos civiles. SERRANO ALONSO critica al legislador español en este punto, porque considera que el criterio más razonable en un Estado laico habría sido regular sólo y exclusivamente el matrimonio civil, y permitir que las partes celebrasen posteriormente el rito religioso que quisieran (*op. cit.* 2005, p. 21). El autor no se da cuenta que con ese tipo de regulación los particulares «no necesitan» de ninguna autorización del Estado para realizar los rituales religiosos que consideren oportunos de modo que no hay por qué especificar nada más. Además, la existencia de un matrimonio civil con distintas formas (civil y religiosas admitidas) atiende a otro tipo de interés de política legislativa.

³⁷ ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., *El consentimiento matrimonial (Comentarios al artículo 45 del Código Civil*, Pamplona, 1989, p. 20. Y añade que ésta es la realidad a que se refiere el artículo 45 del CC cuando dice que «no existe» el matrimonio sin consentimiento matrimonial. La relación entre matrimonio y familia es puesta de relieve por ARECHEDERRA ARANZADI al definir el matrimonio como «un tipo negocial –causa– que da lugar a un estado civil –livianamente definible– al que los contrayentes incorporan unos motivos, plenamente subjetivos, compatibles con un cauce común –la disciplina matrimonial– de carácter familiar, en el más amplio sentido de la expresión».

³⁸ Ver la Exposición de Motivos de la Ley en *BOE 2-7-2005*.

³⁹ Esta afirmación nos parece fuera de lugar porque, evidentemente, nadie en su sano juicio pretender comparar la sociedad del siglo XXI con la del siglo XIX, sobre todo teniendo en cuenta que entre ambas fechas se han sucedido numerosos cambios constitucionales y legislativos sobre el matrimonio. Los cambios sociales en este caso no habría que datarlos tan lejos.

⁴⁰ ENTRENA KLETT, *op. cit.*, dice que ni la legislación anterior a la Ley de 1981 ni ésta pusieron «de relieve que la comunidad de vida es el fin esencial del matrimonio» (p. 347). Y en p. 361: «Nada nos dice tampoco el Código de los fines del matrimonio, si viene destinada a la procreación y educación de los hijos, a la mutua ayuda, a la satisfacción de las necesidades sexuales o psíquicas de los cónyuges, etc., y también, es prudente tal posición porque el matrimonio es ante todo y sobre todo una unión vital que

Si analizamos nuestro entorno jurídico, sobre todo la esfera de la Unión Europea, observamos que son muy pocos los países que han realizado la plena equiparación de los matrimonios heterosexuales con los homosexuales⁴¹. Lo que han hecho la mayoría de los países que han regulado esta cuestión fue dar un tratamiento diferente del matrimonio y de las uniones estables (entre homosexuales o entre heterosexuales), de modo que no se produzca una equiparación absoluta de derechos⁴². Además, la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, recomienda a los Estados miembros que regulen las «uniones estables» entre personas del mismo sexo, pero no que incluyan en el concepto de matrimonio tradicional el de los homosexuales, aunque tampoco lo prohíbe⁴³. Ahora bien, la aceptación del matrimonio homosexual en sentido idéntico al heterosexual, nos obliga a plantearnos si con la vigencia de la Ley 13/2005 cambia el concepto y el objeto de la institución matrimonial y, por ende, su calificación *ex lege fori*. Para valorar esta situación correctamente debemos realizar el análisis en clave constitucional.

B) LA INDEPENDENCIA ENTRE EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA A RAÍZ DE LA NUEVA CALIFICACIÓN *EX LEGE FORI*

Con independencia de la constitucionalidad o no de la Ley 13/2005⁴⁴, es cierto que el constituyente –y así se desprende de la mayoría de los comentarios a la CE realizados con posterioridad⁴⁵– estaba más preocupado por el referente canónico, y no pensaba precisamente en el matrimonio homosexual⁴⁶. La esencia del problema que planteamos es que, si el matrimonio tiene como objeto tanto un proyecto de vida

engloba todos estos fines *aunque pueda darse la falta circunstancial o permanente de alguno de ellos sin merma de la institución*» (pp. 361-362). El enfatizado es nuestro.

⁴¹ Fuera de la UE sólo Canadá ha regulado el matrimonio entre homosexuales en el año 2005. Estos datos pueden verse en SERRANO ALONSO, *op. cit.*, (2005), pp. 25-26. Un estudio de Derecho comparado sobre las parejas de hecho y registradas puede verse en GONZÁLEZ BELFUS, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, 2004, pp. 27-57, 96-113, 149-165, 190-205.

⁴² En el entorno europeo –no sólo en la UE– éste es el caso de Francia (1999), Noruega (1993), Suecia (1996), Islandia (1996), Finlandia (2001) y Suiza (2005); de nuevo Serrano Alonso, *op. cit.* (2005), p. 26.

⁴³ En la STJCE sobre los asuntos *D. y Reino de Suecia c. Consejo* (C-122/1999 P y C-125/1999 P, de 31 de mayo de 2001) se define el matrimonio como una «unión entre dos personas de distinto sexo», diferente de las uniones entre homosexuales o las parejas de hecho de mismo o distinto sexo.

⁴⁴ Puede consultarse el Dictamen del CGPJ, de 26 de enero de 2005, realizado por propia iniciativa en <http://www.PoderJudicial.es> y el del Consejo de Estado, de 16 de diciembre de 2004, a petición del Gobierno, en <http://www.ConsejoEstado.es>.

⁴⁵ Los aspectos que preocupaban en estos comentarios se referían a la variedad de significados que tiene la expresión «formas de matrimonio» y la no referencia a la nulidad. Entre otros muchos, FUENMAYOR, A., «El marco del nuevo sistema matrimonial español» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1979-II), pp. 299y ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «El sistema matrimonial según la Constitución y los Acuerdos con la Santa Sede» en *Anuario de Derecho Civil* (1980), 575 y ss.; JORDANO BAREA, J., «El nuevo sistema matrimonial español» en *Anuario de Derecho Civil* (1981), 912 y ss.; GARCÍA CANTERO, G., «Familia y Constitución», en *El desarrollo de la Constitución española*, Zaragoza, 1982, p. 201 y LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *La reforma del sistema matrimonial español*, Madrid, 1983, pp. 42 y ss.

⁴⁶ En la conferencia que Jesús Díez del Corral Rivas pronunció, el 14 de enero de 1982, en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, dijo que, tanto del artículo 32.1 de la CE como del artículo 44 del CC se desprende que no se incluyen los matrimonios entre homosexuales y que podría decirse que el matrimonio era nulo por falta de consentimiento en el supuesto de igualdad de sexo entre los cónyuges. Aunque una situación diferente se produciría con la transexualidad, que «pued[e]n conducir, a juicio de ciertos sectores médicos, a verdaderos cambios de sexo originario»: «La nueva regulación del matrimonio en el

en común como la formación de una familia a través de la procreación⁴⁷, y ésta, en principio, no es posible entre las parejas del mismo sexo, no tendría cabida el matrimonio entre homosexuales. Sólo puede configurarse la familia como objeto del matrimonio homosexual a través de la adopción, lo que explica la modificación del artículo 175 del CC, salvo que con dicho cambio legislativo se quiera consolidar a la pareja como familia.

Por consiguiente, será indiferente la existencia o no de prole, ya biológica ya adoptiva. Además, la Ley 13/2005 debe ponerse en relación con la Ley 15/2005, de 8 de julio, sobre separación y divorcio, en la que no sólo se descausalizan los procesos de divorcio sino que se suprime el requisito de mutuo disenso (art. 81 del CC). En este sentido el consentimiento matrimonial dura lo que dure la vida en común sin acudir al divorcio, y adquiere más relevancia en el *matrimonio* su *durabilidad* que el asentimiento inicialmente dado por los contrayentes⁴⁸.

Ya señalamos que el artículo 39 de la CE regula la obligación de los poderes públicos de tutelar a la familia. Pero en ningún momento dicho artículo menciona que la familia debe haberse constituido o formado a través del matrimonio⁴⁹. Es más, en el artículo 27 del Anteproyecto de la CE se añadía al derecho a contraer matrimonio el de «crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia» que, tras el informe de la Ponencia, se le dio una nueva redacción («el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio para crear una relación estable de familia») que no fue la definitiva⁵⁰. Es decir, el constituyente decidió finalmente evitar cualquier relación entre «matrimonio» y «familia», al menos en el texto constitucional.

No obstante, desde una perspectiva histórica y sociológica, en el matrimonio se aprecian dos factores, uno interno de relaciones entre los cónyuges, del que cabría decir que se trata de un negocio jurídico⁵¹ que afecta y produce efectos sobre los que

Código Civil» en Ministerio de Justicia, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, *Las reformas del Código Civil por las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Madrid, 1983, 7-33, p. 12.

⁴⁷ Este objetivo del matrimonio, que surge sobre todo del Derecho canónico, no puede interpretarse como el fin básico del mismo pues si ello fuera así, habría que haber limitado la edad máxima para contraer matrimonio –igual que se hace con la mínima– a la edad en la que todavía es posible tener hijos lo que requeriría presentar un certificado médico en dicho sentido dada la variabilidad de tal circunstancia en las personas, lo mismo que se exige un certificado médico respecto de la aptitud mental para prestar el consentimiento (art. 56 CC).

⁴⁸ En esta misma línea vide, DÍAZ FRAILE, J. M., «Exégesis de la doctrina de la DGRN sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio introducida por la Ley 13/2005, de 1 de julio», en *La Ley* (2006), núm. 6449 y núm. 6450, de 27 y 28 de marzo de 2006, ref. D-79.

⁴⁹ Ambos artículos de la CE se encuentran en partes diferentes: el artículo 32 se sitúa en el capítulo II del título I (lo que eleva la igualdad entre hombre y mujer en sede matrimonial a un derecho fundamental); y el artículo 39 de la CE se ubica en el capítulo III del Título I, dentro del ámbito de las políticas de los poderes públicos (social y económica). Desde una perspectiva histórica y en cuanto a institución social la familia se crea con muy diversos vínculos que pueden ser, de parentesco a través del matrimonio o de otro tipo (como la adopción, la servidumbre, el vasallaje). En Alfonso X Rey de Castilla, *Las Siete Partidas*, se incluían dentro de la familia no sólo a la mujer e hijos sino a todos los que el señor «ha madamamiento: así como los hijos y los sirvientes e los otros criados», (7,33,6): ed. *BOE*, Madrid, 1974.

⁵⁰ *Boletín Oficial de las Cortes*, de 17 de junio de 1978.

⁵¹ Para Díez-Picazo el concepto de familia difiere según lo exprese un jurista o un sociólogo. El primero considera que es una realidad regulada y acotada por el ordenamiento jurídico, mientras que el segundo dirá que se trata de una realidad social natural. Por ello, señala que si la familia es una «institución» será en todo una «institución prejurídica, de la que sólo *a posteriori* el Derecho se ocupa» ni total ni

lo celebran; y otro externo, que es el punto de arranque de una institución social y pública, como es la familia, y que se ha considerado parte esencial en la organización política de los Estados⁵². Ahora bien, en palabras de Díez-Picazo, «la familia en el sentido del artículo 39 no es sólo la hasta ahora llamada familia legítima fundada en el matrimonio», porque desde 1889 lo que surge son relaciones «interpersonales» entre los miembros de la familia con carácter «bipolar»⁵³. Por tanto, queda claro que el concepto de familia y quiénes la forman depende de cada época y lugar⁵⁴, sin que las leyes dispongan su contenido.

La interpretación del TC ha pasado de una primera etapa⁵⁵, en la que tendió a vincular el «matrimonio» con la «familia», a la iniciada a principios de los 90 en la que consideró que iba más allá de las relaciones padres/madres e hijos⁵⁶. En esta segunda etapa el TC, sin llegar a plantearse el concepto «constitucionalmente adecuado de familia»⁵⁷, manifiesta que ésta tiene su origen en el matrimonio pero que existen otros modelos familiares a los que no cabe extenderles los mismos derechos y deberes⁵⁸. Y es a partir de la Sentencia 222/1992, de 11 de diciembre, que el TC aborda el concepto «constitucional» de familia desligándola del matrimonio y calificándola como el marco social en el que se convive a través de los principios de «solidaridad» y «dependencia»⁵⁹. Por tanto, forman familia los que conviven en base a esos principios, pero sin determinar qué relaciones son las que constituyen una familia desde la perspectiva de la CE. Esto hace que Rodríguez Ruiz considere que,

exhaustivamente: *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, p. 21. Asimismo, señala que el término «familia», como organización social, se conceptúa mejor a través de un lenguaje espontáneo y no codificado: Díez-Picazo, L., y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid, 1997, p. 31. Puede verse también Gómez, Y., *Familia y Matrimonio en la Constitución española de 1978*, Monografías del Congreso, núm. 18, Madrid, 1990, donde se plantea un análisis interdisciplinar de la familia en pp. 19 y ss.

⁵² En este sentido puede verse Serrano Alonso, *op. cit.* (2005), p. 15.

⁵³ Díez-Picazo, *op. cit.* (1984), pp. 38 y 73. Este autor entiende la bipolaridad desde las relaciones de la pareja, de cada uno de los padres con los hijos, entre los hermanos, y entre todos éstos con los parientes más lejanos.

⁵⁴ Lasarte Álvarez, C., *Principios de Derecho Civil*, t. VI, *Derecho de Familia*, Madrid, 1979, p. 32.

⁵⁵ Rodríguez Ruiz, en *loc. cit.* (2005), p. 26, cita dentro de la primera etapa los Autos del TC 308/1985, de 8 de mayo, 156/1987, de 11 de febrero y 788/1987, de 24 de junio. En estos Autos se considera que «la familia *stricto sensu*..., es la generada por el vínculo conyugal y la prole» y que «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes» lo que justifica un trato diferenciado.

⁵⁶ Esta segunda etapa surge a raíz de algunas sentencias del TEDH. Para éste la vida familiar de padres e hijos no depende de la existencia previa o futura del matrimonio ni del ejercicio de la patria potestad: SSTEDH de 25-5-94, asunto *Keegan c. Irlanda*; de 28-10-98, asunto *Söderbaäck c. Suecia*; de 13-7-00, asunto *Elsholz c. Alemania* y de 31-1-06 *Rodríguez da Silva c. Países Bajos*.

⁵⁷ FJ 4.º de la STC 45/1989, de 20 de febrero, recogida en el trabajo de Rodríguez Ruiz recién citado, p. 27.

⁵⁸ FFJJ 2-3 de la STC 184/1990, de 19 de noviembre, FJ 3 de la STC 77/1991, de 11 de abril, cit. por Rodríguez Ruiz, p. 27. Además señalan que el matrimonio ya no es una unión orientada a la procreación González Porrás, J. M., «El matrimonio y la familia en la sociedad actual» en *RDP* (2003), núm. 2, 147-165, p. 150; Gómez, *op. cit.* (1990) p. 193 y Valladares Rascón, E., «El derecho a contraer matrimonio y la Constitución» en *Aranzadi Civil* núm. 9 (2005), 1-8, p. 6, accesible a través de *Westlaw*.

⁵⁹ El Comité Ejecutivo del ACNUR ha postulado un enfoque pragmático y flexible del concepto de familia señalando que deben tenerse, preferentemente, en cuenta los aspectos de «dependencia física, financiera y psicológica del núcleo constituido por padres e hijos»: Conclusiones núm. 9 (XXVIII), núm. 24 (XXXII), núm. 84 (XLVIII), núm. 85 (XLIX) y Conclusiones de la 50.ª Sesión de 1999.

«el Tribunal parece estar afirmando la obligación de los poderes públicos de reconocer y tutelar como familia *aquellos tipos de convivencia con manifiestas necesidades* de tutela en nuestra sociedad»⁶⁰.

Si la afirmación de Rodríguez Ruiz fuera la más correcta, deberíamos concluir que cualquier grupo de personas que conviven y necesitan protección del Estado también son familia. La cuestión está en que la evolución del TC se ha construido a través de casos concretos en los que se matizan las diferencias de trato permitidas al amparo de los artículos 9.2 y 14 de la CE. Y, precisamente, son esas diferencias las que permiten otorgar, dentro de lo razonable, un trato de favor a la familia sustentada en el matrimonio frente a los otros modelos familiares⁶¹. Por ejemplo, como sucede en el caso de las pensiones de viudedad, que se vinculan específica y legalmente al matrimonio⁶². En cambio, la discriminación y el privilegio de las familias formadas por parejas no casadas frente a las matrimoniales la encontramos en el ámbito fiscal⁶³.

La cuestión está, pues, en determinar qué es lo relevante a la hora de formar una «familia» amparada por la CE. En principio, la diferencia entre el matrimonio y cualquier otro tipo de unión en el que se de la «solidaridad» y «dependencia» está en la existencia del «consentimiento» por las partes que, salvo en las registradas como «parejas de hecho», no existe⁶⁴. Todo esto nos lleva a afirmar que la CE acertó al no configurar ningún tipo o modelo de familia tutelable aunque tuviera en cuenta, en el artículo 39, de forma preferente o prioritaria, a la familia matrimonial. Hoy en día no existe un modelo uniforme de familia, ni siquiera desde la perspectiva de la «familia nuclear», formada exclusivamente por los padres y los hijos. Por consiguiente, en el artículo 39 de la CE tienen cabida la familia «pluriparental», «nuclear», «recompuesta», «monoparental», «de acogida» y «conviviente», entre otras muchas posible.

Lo importante, como dice Díez Picazo, es que se «destierre la unidad de modelo» y se permita a los individuos organizar sus relaciones privadas y ajustar su convivencia libremente, pues la familia «no es un cuerpo político o cuasi-político, sino un asunto estrictamente privado»⁶⁵. Aunque formalmente, añade este autor, todas las familias han necesitado del Derecho y de un operador jurídico en el momento básico

⁶⁰ El enfatizado es nuestro: *Ibídem*, p. 27, donde se refiere a los FFJJ 4.º y 5.º de la STC 222/1992, de 11 de diciembre. Esta sentencia se refería al derecho a subrogarse en el contrato de alquiler de la pareja de hecho que había fallecido, siendo relevante la convivencia y formar un nuevo modelo familiar basado en la solidaridad y la dependencia y no que se hubiera contraído matrimonio.

⁶¹ La distinción de trato entre matrimonio, unión de hecho y unión estable o registrada se justifica en todos los casos en los no hay impedimentos para contraer matrimonio, ya que si se quiere tener los efectos propios del matrimonio debieran casarse.

⁶² Excepto cuando no pudiera haberse contraído matrimonio: STC 180/2001, de 17 de septiembre.

⁶³ SSTC 209/1988, de 10 de noviembre, 45/1989, de 20 de febrero, 44/2001, de 15 de febrero; 47/2001, de 15 de febrero, 212/2001, de 29 de octubre y 21/2002, de 28 de enero.

⁶⁴ Nos referimos a un consentimiento expreso y exteriorizado, que es el único que se puede constatar y no al tácito o presunto.

⁶⁵ *Op. cit.* (1984), p. 40. Este autor, tras exponer algunos casos sacados de la realidad del momento a través de la prensa, argumenta que existen situaciones personales planteadas o creadas al margen de la normalidad del Derecho que, posteriormente, buscan la protección jurídica que, por otro lado, suele ser justa. Por ejemplo, el caso de Durruti, anarquista y héroe de la guerra civil en el bando republicano, que nunca quiso contraer matrimonio y que tras su fallecimiento la viuda solicita la pensión que correspondía a los que fallecieron en la Guerra Civil en dicho bando (p. 28).

de su constitución» y extinción con el fin de dotarla de cierta seguridad jurídica y certidumbre dentro de la función organizativa del Estado y del Derecho⁶⁶.

En resumen, podemos decir que el derecho a contraer matrimonio no implica la obligación de formar una familia porque hay familias cuyo origen no se encuentra en la institución matrimonial. Asimismo, cabe concluir que el matrimonio incluye una serie de derechos y deberes para los cónyuges que no son exclusivos de la heterosexualidad pero que no pueden, si el Estado así lo considera, aplicarse a las uniones de hecho o registradas cuando estas hubieran podido contraer matrimonio. Esta es, *grosso modo*, la panorámica general del Derecho español.

3. La calificación flexible del matrimonio en el Derecho comunitario y en las normas de nacionalidad y extranjería

El punto de partida en el ámbito de la UE es la declaración del artículo 6.2 del TUE, según el cual se respetarán «los derechos fundamentales tal y como se garantizan» en el CEDH y las tradiciones comunes de los Estados miembros⁶⁷. Aunque esta norma nos indica cierta línea conceptual de la UE no llega a definir ni delimitar el contenido del matrimonio ni de la familia, que aparentemente se deja en manos de los Estados miembros. Y digo «aparentemente» porque encontramos en la jurisprudencia del TJCE algunos elementos que perfilan aún más el contenido de los términos que analizamos, y que han seguido la misma evolución que el TEDH⁶⁸. El TJCE en una primera etapa, siguiendo

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 32-33. Para Díez PICAZO el Derecho es absolutamente imprescindible para la vida familiar como valor organizativo y de constatación de su creación y desaparición, pero no como instrumento de paz familiar y para dar justa satisfacción a los miembros de la familia en la coexistencia diaria.

⁶⁷ El Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, pendiente de ratificación por los Estados Miembros no modifica el sentido de este artículo.

⁶⁸ En una primera etapa la CEDH interpretaba el artículo 12 del Convenio en el sentido de que atañe al matrimonio en personas de «sexo biológico distinto» que es la que consta en el certificado de nacimiento: SSTEDH, de 25-09-86, *Rees c. Reino Unido*, 2/1985/88/135, en <http://www.pfc.org.uk/node/336>; de 29-8-90, *Cossey c. Reino Unido*, 16/1989/176/232, <http://www.pfc.org.uk/node/337>; y de 30-7-98, *Sheffield y Horsham c. Reino Unid.*, 31-32/1997/815-816/1018-1019, en <http://www.pfc.org.uk/node/343> (la página web de referencia es la de *Press for Change* dedicada a la defensa y demanda de apoyo para todos los «trans»). En una segunda etapa y con la Decisión de la Comisión en el asunto *Goodwin c. Reino Unido*, 28957/1995, STEDH de 11-7-2002, y la sentencia del caso *I. c. Reino Unido*, 25680/1994, STEDH de 11-7-2002 (ambos en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/>) la Corte cambia su doctrina y señala que fundar una familia no es condición para contraer matrimonio por lo que la incapacidad para engendrar no puede impedir el derecho a contraer matrimonio. Así, declaró que la legislación que impide a los transexuales inscribir su cambio en el Registro y contraer matrimonio vulnera los artículos 8, 12 y 14 de la CEDH. En el último caso citado el TEDH consolida su opinión diciendo que: «78. Reviewing the situation in 2002, the Court observes that Article 12 secures the fundamental right of a man and woman to marry and to found a family. The second aspect is not however a condition of the first and inability of any couple to conceive or parent a child cannot be regarded as per se removing their right to enjoy the first limb of this provision.» (el enfatizado es nuestro). A partir de este argumento el TEDH declara que el derecho a contraer matrimonio da lugar a consecuencias personales y sociales que son de la competencia legislativa de los Estados contratantes, pero esto no significa que puedan introducir limitaciones al derecho a contraer matrimonio. Es decir, el margen de apreciación de los Estados no puede ir tan lejos como para impedir el ejercicio del derecho a contraer matrimonio a una persona que ha cambiado de sexo y registralmente le ha sido admitido aunque la legislación sobre matrimonios no permita el matrimonio entre homosexuales ya que se trata de una persona que vive, actúa y siente como una mujer aunque su sexo biológico originario fuera el de hombre.

do al TEDH, indica que en el estado actual del Derecho comunitario las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se equiparan a las relaciones matrimoniales de personas casadas y no casadas de distinto sexo⁶⁹, y se termina señalando la competencia de los Estados miembros para definir el matrimonio. El TJCE, en la segunda etapa, que tiene como referente el asunto *Goodwin* resuelto en el TEDH, considera que las normas del Reino Unido que impiden que uno de los miembros de la pareja no casada disfrute del derecho a una retribución procedente del otro, es contraria al Derecho comunitario⁷⁰. Aunque también se añade que el Derecho comunitario no puede ser rehén de las concretas concepciones morales de los Estados miembros⁷¹.

Trasladado el análisis al sector de la reagrupación familiar, también encontramos decisiones parecidas, como la del caso *Reed* que dio lugar a que se estableciera que el concepto de *cónyuge* (de alcance comunitario) no pueda verse limitado por la definición que se le dé en el ordenamiento de un Estado miembro concreto⁷²; si bien, considera que el derecho a beneficiarse del R 1612/1968 sólo se mantiene «constante» el vínculo matrimonial⁷³. Esta interpretación es más restrictiva que la que el TJCE hace de los «cónyuges» en sede de seguridad social en aplicación del R 1408/1971 ya que no es lo mismo estar ante el derecho a la libre circulación que ante trabajadores que reclaman prestaciones sociales⁷⁴ y que implican un desembolso económico para el Estado.

⁶⁹ Asunto *Grant*, 246/1996, 17-2-98, en *Rec.* 1998, pp. I-621 y ss., y en sentido parecido el asunto *D. v Suecia*, 122/99P y 125/99P, 31-5-01 en *Rec.* 1999, pp. I-4319. En ambos casos el TJCE dispone que «la protección de la vida privada, garantizada por el artículo 8..., obliga a reconocer la existencia y los efectos de un estado civil legalmente adquirido, prohíbe la injerencia que constituye la transmisión de datos incorrectos a terceros.» Pero considera que la «denegación de la asignación familiar por la administración comunitaria a uno de sus funcionarios no afecta a su estado civil» por lo que no da lugar a injerencia en la vida privada» (párr. 58).

⁷⁰ Asunto *K. B.*, 117/01, 7-1-04, disponible en <http://curia.europa.eu>, en el que se establece que «El artículo 141 CE se opone, en principio, a una legislación contraria al Convenio Europeo... [de Derechos Humanos], que impide que una pareja como K. B. y R. cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro. Incumbe al juez nacional comprobar si, en un caso como el del litigio principal, una persona en la situación de K. B. puede invocar el artículo 141 CE para que se le reconozca el derecho a que su compañero pueda disfrutar de una pensión de supervivencia».

⁷¹ Asunto *Conegate*, 121-85, 11-3-86, en *Rec.* 1985, pp. 1019 y ss.

⁷² En este sentido puede verse el asunto *Holanda c. A. F. Reed*, 59/85, 17-4-86, en *Rec.* 1985, 1283 y ss., en el que se analizó si el término «esposa» incluido en el artículo 10 del R 1612/1968 se refería también a las compañeras de una relación de pareja estable. La Comisión estableció que no existe ninguna norma en Derecho comunitario que defina los términos «esposos» y «relaciones matrimoniales» y que tampoco puede hablarse de la existencia de un consenso entre los Estados miembros, pero esto no significa que el término, desde el momento en que genera derechos y obligaciones, no pueda tener una definición general para toda la comunidad y no sólo para un Estado miembro. En este asunto se consideró que Holanda había discriminado al otorgar derechos a parejas de las uniones de sus nacionales que negaba a las de los nacionales de otros Estados miembros.

⁷³ Asunto *Diatta*, 267/83, 13-2-85, en *Rec.* (1985) pp. 567 y ss. Excepcionalmente se ha interpretado que el vínculo matrimonial se ha mantenido constante, en aplicación del Acuerdo de Asociación CEE-Turquía, cuando el matrimonio tras divorciarse siguen conviviendo durante cinco años más hasta que deciden contraer nuevamente matrimonio ya que siguieron «viviendo de modo ininterrumpido con su antiguo esposo» por lo que «la nacional turca debe considerarse residente legal» en Austria: asunto C-65/1998, *Safet Eyüp*, STJCE de 22 de junio de 2000.

⁷⁴ Este aspecto puede verse en SÁNCHEZ-RODAS, C., *La aplicación del Derecho comunitario en las prestaciones especiales, no contributivas*, Granada, 1997, pp. 201-206.

En resumen, debemos señalar que estamos ante un concepto *flexible* de «familia» que funciona de forma diferente según el sector del ordenamiento y el marco legal en el que se desarrolle. Por ello, tampoco pueden analizarse del mismo modo las relaciones de familia en el sector de la Extranjería que en el de la Nacionalidad.

En el ámbito de la nacionalidad las uniones no matrimoniales y las familias así formadas no tienen cabida para la adquisición de la nacionalidad por residencia de un año (art. 22.2 del CC), que se refiere expresamente a los que estuvieran «casados» con español. Al utilizar dicho término, el legislador se refiere al matrimonio y no a las uniones o parejas estables, mientras que sí afecta a los matrimonios entre homosexuales. Y en el sector de la extranjería el artículo 17 de la LOEXIS, al establecer cuáles son los familiares reagrupables, se refiere al *cónyuge* que no estuviera separado de hecho o de derecho siempre que no se hubiera celebrado el matrimonio en fraude de ley. Por tanto, parece que sólo se aceptan como reagrupables los que mantienen un vínculo matrimonial y se excluyen los que mantienen una unión de hecho, por muy estable que sea.

En cambio, con la legislación anterior tenían cabida los convivientes de un extranjero residente en España a través de la reagrupación por «razones humanitarias» y excepcionales⁷⁵. En las decisiones dictadas en virtud de la LOE-1985 los tribunales españoles alegaron que «la reagrupación y la integración familiar deben considerarse como circunstancia suficiente o excepcional»; sobre todo cuando se interpretan dentro del interés por mantener una familia estable en virtud de una unión de hecho⁷⁶. En cambio, a partir de la LOEXIS, el TS en su Sentencia de 6 de junio de 2000 aclaró que la situación del conviviente de hecho estable no es asimilable a la del cónyuge según el actual artículo 17. Esta tensión provocada por los cambios legislativos aconseja que nos acerquemos, aunque sea someramente, a las normas de nacionalidad y extranjería para saber cuál es el concepto de familia y matrimonio utilizado.

Los matrimonios y las familias que venimos analizando son, mayoritariamente, situaciones jurídicamente heterogéneas que pueden requerir, en algún momento, la aplicación de las normas de DIPr. Ahora bien, desde la perspectiva de las normas reguladoras de la extranjería y la nacionalidad es difícil considerar que la calificación del «matrimonio» y la «familia» se sometan a un derecho distinto del foro. Es decir, cada fuente de producción normativa establecerá en atención a sus intereses de política legislativa el contenido y alcance de los mismos. Esta situación puede provocar, en ocasiones, la disconformidad o tensión entre el ordenamiento que regula la reagrupación familiar –desde las normas de extranjería– o el concepto de «matrimonio» –desde las normas de nacionalidad–, tanto para determinar su contenido como para establecer la validez y efectos que tiene esa institución familiar concreta (matrimonio, unión de hecho, adopción, hijos, ascendientes, etc.).

⁷⁵ Un caso distinto es el de aquellas persona que reúnen condiciones sociales y económicas suficientes y que alegan la unión de hecho como situación excepcional para obtener el visado y «reagrupación»: éste es el caso de la STS (Sala Contencioso-Administrativo) de 6 de junio de 2000, en aplicación de la ley de extranjería del 85 y su reglamento.

⁷⁶ Puede verse en este sentido CAMAS RODA, F., «Las parejas de hecho en el marco de la función pública, la legislación social y la de inmigración», en CGPJ, *Estudio comparado...*, op. cit. (2005), pp. 351-364.

En esta línea de análisis debemos señalar que hay que distinguir entre la legislación interna de los Estados y la legislación internacional, en particular, la comunitaria. Aunque en ambos casos se plasmen en las normas de extranjería o nacionalidad los principios y valores propios de dichos ordenamientos, no es menos cierto que es posible que sea necesario acudir a los ordenamientos de origen de los extranjeros para resolver o aclarar algunos actos constituidos bajo dicha legislación. Es decir, las normas sobre extranjería y nacionalidad elaboradas por los Estados, salvo que dispongan otra cosa, utilizan los términos atendiendo a los conceptos y categorías jurídicas propias a través de la técnica material y no conflictual.

En los últimos años se ha ido forjando un nuevo catálogo de familiares de los ciudadanos de la UE con derecho a ejercer la libre circulación y que se recogen en el nuevo artículo 10 del R 1612/1968. Este artículo se refiere a los cónyuges, con carácter general, y a las parejas o uniones registradas según lo dispuesto en la legislación de un Estado miembro, «si la legislación del Estado miembro de acogida» las reconoce. Es decir, debe cumplir los requisitos de legalidad del Estado miembro en el que se constituyó la pareja o unión registrada y debe aceptarse por el Estado de acogida en su propia legislación. Por tanto, dicho país mantiene sus competencias para disponer las condiciones o requisitos que estime oportunas. Este respeto a la soberanía nacional se establece también en el marco de la Directiva 2003/1986 sobre reagrupación familiar con el fin de ampliar (o no) su aplicación a otros miembros de la familia distintos de la familia nuclear («cónyuge» e «hijos menores de edad»)⁷⁷ y rechazar, o no aceptar, la ampliación que otro Estado miembro hubiera efectuado.

Este marco de máximos y mínimos se refleja en la redacción del artículo 4.1 de la Directiva 2003/1986 de un modo ciertamente tajante. Este artículo establece que, cuando se cumplan las condiciones, el Estado miembro «autorizará» la entrada y la residencia del «cónyuge del reagrupante». Excepto cuando se trate de un matrimonio poligámico y el reagrupante ya «tuviera un cónyuge viviendo con él»⁷⁸. Pero, en ningún momento se define en la Directiva qué se entiende por matrimonio ni cuándo un matrimonio está válidamente constituido.

Esta laguna, si es que puede considerarse así, debe interpretarse en el sentido de que cada Estado miembro podrá utilizar el criterio que considere más conveniente y la técnica legislativa que estime más adecuada. Ahora bien, no podemos olvidarnos en este punto que la Resolución del Consejo, de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos, establece algunas presunciones que los Estados miembros podrán utilizar para considerar la existencia de un matrimonio de conveniencia⁷⁹. Los indicios recogidos en

⁷⁷ En este sentido se manifiesta la Directiva 2003/1986 en su considerando noveno.

⁷⁸ Artículo 4.4 de la Directiva citada. Sobre este aspecto ABARCA JUNCO, P., y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA M. [«Capítulo II. Reagrupación Familiar» en ESPLUGUES, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Valencia, 2006, 417-520, p. 456] dicen que la Directiva «permite a los Estados» rechazar la reagrupación de familias poligámicas; cuando, en rigor, el artículo citado tiene una redacción imperativa y no dispositiva: «el Estado miembro en cuestión *no autorizará la reagrupación* de otro cónyuge». Los enfatizados son nuestros.

⁷⁹ Conviene aclarar que las Resoluciones adoptadas por el Consejo son actos que no implican ningún procedimiento de compromiso jurídico y que sólo manifiestan una voluntad política de los Estados. Por tanto tiene un valor orientativo que deja libertad a los Estados para asumir lo acordado en la Resolución o no. Sobre el valor de las declaraciones, resoluciones y tomas de posición puede verse, entre otros,

dicha Resolución permitirán denegar la reagrupación del cónyuge (nacional de un tercer Estado) de un ciudadano europeo o de otro extranjero con residencia legal en el Estado miembro.

La LOEXIS, tras la reforma, atribuyó el derecho a la reagrupación familiar sólo al extranjero residente en España⁸⁰ y concretó de forma tasada los familiares reagrupables limitándolos a la familia nuclear: cónyuge e hijos menores. No obstante, se alude a otros familiares siempre que reúnan una serie de requisitos, entre los que destaca que se encuentren «a su cargo», lo que no implica necesariamente la exclusiva dependencia económica, sino física o psicológica (casos de enfermedad o ancianidad). El interesado deberá alegar y la Administración pública valorar que existen «razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España»⁸¹.

Al analizar la familia nuclear y el cónyuge en la LOEXIS observamos que, al igual que hace la Directiva 2003/1986, excluye el reconocimiento de un matrimonio poligámico a los efectos de la reagrupación. En sentido contrario, para algunos autores el artículo 17 de la LOEXIS «admite (implícitamente) una interpretación más amplia [de matrimonio]... [al extender] tal concepto a las subsiguientes esposas del varón polígamo»⁸². Pero no podemos compartir esa opinión porque, si nos atenemos al texto de dicho artículo leemos expresamente que «en ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge», y tales palabras sólo pueden significar que, aunque se alegara la aplicación de la ley nacional del reagrupante para justificar y pretender la reagrupación de las subsiguientes esposas, sólo se le admitirá una de ellas⁸³.

Es decir, diga lo que diga la ley nacional del extranjero residente sólo se reagrupa una esposa. Por tanto no creemos que el artículo 17 disponga un reconocimiento implícito del matrimonio poligámico sino una manifestación material de la excepción de orden público. Para otros autores la exclusión del derecho a la reagrupación familiar a todas las esposas que componen un matrimonio poligámico es criticable porque consideran que el legislador no atiende a la realidad multicultural y rechaza lo que le es extraño, de modo que busca la homogeneidad social que facilite más la asimilación que la integración en España⁸⁴. No estamos de acuerdo con esta opinión, al menos en el sentido indicado, porque en rigor y desde una perspectiva psicológica y sociológica, siempre será más fácil la integración social (dato relevante en la nueva legislación) del extranjero que ya habla español y tiene un origen cultural similar al nuestro, que aquellos que no dominan ni conocen el idioma del Estado

ISAAC, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, 5.^a ed., trad. RAMOS RUANO, G. L., Barcelona, 2000, pp. 218 y ss.

⁸⁰ La redacción inicial del artículo 15.2 de la Ley 4/2000 atribuía una doble titularidad: al extranjero y a los familiares reagrupables, quedando tras la modificación por la Ley 8/2000 sólo al reagrupante: ABARCA JUNCO y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, «capítulo II...», *loc. cit.* p. 449.

⁸¹ Artículo 17.d) de la LOEXIS.

⁸² ABARCA JUNCO y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, «Capítulo II...», *loc. cit.*, p. 452.

⁸³ No creemos que cuando el legislador se refiere en el artículo 17 a la existencia de matrimonios poligámicos que son válidos para algunos ordenamientos jurídicos esté, implícitamente, extendiendo el concepto de familia del foro a dichos matrimonios. Se trata sólo de aceptar una realidad existente pero que no forma parte del concepto de matrimonio del foro, en el que, por otro lado, se encuentra castigada penalmente la bigamia.

⁸⁴ En este sentido, respecto de la legislación anterior, FORNER DELAYGUA, J. J., «La familia árabe ante la legislación española de nacionalidad y extranjería» en BORRÁS, A., y MERNISI, S. (eds.), *El Islam jurídico y Europa. Derecho, religión y política*, Barcelona, 1998, pp. 199-243.

de destino y cuya cultura es muy diferente. Por muy generosos que queramos ser hay ciertos aspectos que hacen difícil superar las barreras de las diferencias culturales, que actúan, por otro lado, como factor determinante para que tales inmigrantes tengan en mente, aunque no lo declaren así cuando se les entrevista, regresar a su Estado de origen⁸⁵.

La indefinición en torno al concepto de familia que hemos visto existe en nuestro ordenamiento jurídico no debe valorarse negativamente, ya que esto permite que, en cada momento, pueda adaptarse su contenido a los modelos de familia que la sociedad reclame. Aunque esto no significa que no existan ciertos criterios para su delimitación⁸⁶. Por tanto, como ha señalado Roca i Trias no existe «la familia» sino «las familias» a pesar de que todavía predomina la que se forma tras el matrimonio⁸⁷. Lo importante es que exista un parentesco (matrimonio, filiación, consanguinidad), una dependencia y cierta jerarquía que se manifiesta a través de la solidaridad. Desde esta perspectiva la LOEXIS plantea un modelo familiar que atiende a los criterios señalados, prestando una mayor importancia, dentro del grupo familiar, al cónyuge. En concreto, la LOEXIS en el artículo 17.1.a) otorga un trato preferente (dentro del grupo de familiares reagrupables), al cónyuge; sin atender a la autonomía que parece existe en la CE entre el matrimonio del artículo 32 y la familia del artículo 39. En la LOEXIS la inclusión del «cónyuge» parece que delimita a la pareja como generadores principales del grupo familiar.

4. La calificación jurídica del matrimonio en la reagrupación familiar

Ya hemos comentado nuestras dudas respecto de que el matrimonio constituya *per se* una familia, pues estamos ante relaciones igualitarias que, en sí mismas, no generan una familia porque no necesariamente se da la dependencia entre los cónyuges⁸⁸. Para Roca i Trías hay que distinguir las relaciones verticales (entre padres, hijos y abuelos), en las que no funciona la autonomía privada porque la ley establece obligaciones sin que quepa decidir si se asumen o no, y las relaciones horizontales (entre la pareja), que se rigen por la autonomía privada desde su constitución, no *a posteriori*⁸⁹.

⁸⁵ La falta de voluntad de integración y abandono de ciertas prácticas y costumbres se aprecia no sólo por los problemas sociales y de respeto de los derechos individuales en el seno de sus familias, sino con relación a los nacionales del Estado de acogida. Como anécdota me referiré a la época en que estaba realizando mi libro sobre la celebración del matrimonio, publicado en 1999, y que me llevó a la Biblioteca del Centro Cultural Islámico de Madrid (sito en la M-30) en varias ocasiones. Pues bien, en todas ellas y a pesar de ir vestida decorosamente y no tener que pasar por ninguna zona que tuviera carácter sagrado, me obligaron a ponerme encima una túnica larga con capucha y mantener mi cabeza cubierta todo el tiempo que estuviera en cualquier parte del edificio, incluida la biblioteca en la que, por cierto, no había nadie.

⁸⁶ Recordemos que debe tratarse de un grupo de personas (mínimo dos), con ciertos intereses comunes o relaciones de consanguinidad de distintos grados y una relativa relación jerarquizada entre ellos o de dependencia: CARBONIER, J., *Derecho flexible*, Madrid, 1974, pp. 165 y ss.

⁸⁷ ROCA I TRÍAS, E., «Familia, familias, derecho de familia» en *Anuario de Derecho Civil* (1990-4), 1065 y ss., pp. 1076-1077 y 1087.

⁸⁸ STC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 4.º que dice: «la familia es *siempre* un marco de *solidaridad y dependencia*». El enfatizado es nuestro.

⁸⁹ «Familia, familias...», *loc. cit.* (1990), pp. 1077-1079.

Para la CE (arts. 32 y 39) sólo la Ley podrá definir en cada momento el matrimonio y el grupo *familiar*. Desde esta perspectiva, en la LOEXIS el cónyuge (el matrimonio) forma parte de la familia, porque de haber sido de otro modo su denominación tendría que ser *reagrupación conyugal* y no *reagrupación familiar*⁹⁰. Es decir, dentro de la rúbrica «reagrupación familiar» se habla del cónyuge como un miembro más de la familia. Para que la reagrupación «conyugal» sea efectiva se requiere controlar el vínculo familiar y que el matrimonio no se celebrara en fraude a las normas de extranjería con el único fin de obtener el visado y el permiso de residencia. Pero, en ningún momento la LOEXIS requiere ni dispone de control alguno sobre la validez del consentimiento matrimonial y, mucho menos, sobre la posible nulidad del matrimonio⁹¹. Tan solo exige que el «matrimonio [no] se haya celebrado en fraude de ley».

Por consiguiente, las referencias al «cónyuge» y a la separación nos llevan, una vez más, a interpretar que el legislador de la LOEXIS optó por excluir del derecho a la reagrupación a las uniones de hecho. La exclusión de las parejas de hecho (registradas o no) ha sido intencionada e implica una opción política que se distancia de otras, como es el caso de la Ley de asilo y de ciertas normas autonómicas. Las dificultades para demostrar o probar la realidad de una pareja de hecho, sobre todo a la vista del aumento de los matrimonios que se celebran con el fin exclusivo de obtener el visado y el permiso de residencia, obligan al legislador que quiere controlar la inmigración por esta vía a excluir a tales parejas. Sólo en el caso de las parejas registradas podría ejercerse cierto control sobre su existencia y realidad, pero nunca sobre la voluntad interna de convivir como «pareja» en el sentido comúnmente entendido de matrimonio *more uxorio*.

En cualquier caso, no puede obviarse que las relaciones de pareja también pueden ser constitutivas de una familia protegida bajo el artículo 39 de la CE, cuyo derecho a la reagrupación quedaría limitado exclusivamente a los hijos menores pero no al padre/madre que permaneciera en el Estado de origen con ellos. Este problema es el mismo que se plantea respecto de la segunda o tercera esposa del inmigrante polígamo, quien podrá reagrupar a sus hijos, independientemente de cuál de las esposas fuera la madre; pero no a ésta si se tratara de la segunda, tercera o cuarta esposa⁹². Se podría argumentar, para aceptar las uniones de hecho en la reagrupación familiar, que existe cierta contradicción con la legislación autonómica y otras leyes estatales y que ello supone una discriminación del no casado frente al casado⁹³.

Pero no es menos cierto que situaciones desiguales requieren también un trato diferente, y que si alguien quiere beneficiarse de las ventajas o beneficios legales que le da el matrimonio y nada se lo impide, siempre puede contraer matrimonio. Por ello, sólo

⁹⁰ En este sentido vide MOLINER NAVARRO, R. M., «Reagrupación familiar y modelo de familia en la LO 8/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España» en *Actualidad Civil* (2001), núm. 14, 487 y ss., p. 515, que considera más oportuno que la LOEXIS hubiera hablado del derecho a una «vida afectiva y familiar».

⁹¹ JUNCO, A., y GÓMEZ-URRUTIA, V., «capítulo II...», *loc. cit.*, p. 450.

⁹² Artículo 43 de la LOEXIS.

⁹³ Las Comunidades Autónomas que tienen leyes sobre uniones estables de parejas no casadas, homosexuales y heterosexuales, son Cataluña (Ley 10/1998, de 15 de julio), Aragón (Ley 6/1999, de 26 de marzo), Navarra (Ley 6/2000, de 3 de julio), Valencia (Ley 1/2001, de 6 de abril), Madrid (Ley 1/2001, de 19 de diciembre), Baleares (Ley 18/2001, de 19 de diciembre), Asturias (Ley 4/2002, de 23 de mayo), Andalucía (Ley 5/2002, de 16 de diciembre), Canarias (Ley 5/2003, de 6 de marzo), Extremadura (Ley 5/2003, de 20 de marzo), País Vasco (Ley 2/2003, de 7 de mayo) y Cantabria (Ley 1/2005, de 16 de mayo).

cabría incluir en el derecho a la reagrupación conyugal a la pareja de hecho registrada cuándo no hubieran tenido la posibilidad de contraer matrimonio según la legislación que les fuera aplicable. Esta situación parece difícil que pudiera llegar a plantearse desde el momento en que los extranjeros pueden contraer matrimonio homosexual en España sin que influya negativamente su ley nacional⁹⁴. Por tanto, es el matrimonio el que otorga el derecho a reagrupar a la pareja, al cónyuge. A diferencia de lo que decimos, Moliner Navarro considera que la aceptación generalizada en Europa de las parejas de hecho debería influir en nuestro legislador para aceptar la reagrupación del «compañero», pues «con algo más de esfuerzo podría igualmente controlar la estabilidad, publicidad y notoriedad de una unión de hecho en estos países»⁹⁵.

Nuestra opinión, repetimos, es muy diferente porque ya nos parece suficientemente complicado y delicado el control de los matrimonios celebrados en fraude de ley como para entrar a verificar la validez de la existencia de una pareja estable. Piénsese que la regla general es que las uniones de hecho para ser consideradas como tales requieren de un período previo de convivencia y, además, es posible que el Estado de origen no reconozca a dicha pareja estable bien porque el período previo de residencia fuera insuficiente, bien porque no acepta dicha posibilidad. Y con respecto al matrimonio entre homosexuales, si aceptamos la celebración de matrimonios entre extranjeros o entre extranjeros y españoles cuyos Estados de origen no se lo permiten, ¿por qué razón no vamos a aceptar una unión de hecho iniciada en el extranjero y que quiere perdurar a través de la reagrupación familiar?

Es decir, el concepto de matrimonio –cónyuge– que se deriva de la LOEXIS es, precisamente, el del CC español, con independencia de que el vínculo se constituya en el extranjero y al amparo de la *lex loci*. En este caso, lo único que se exige es que tenga unas características tales que lo hagan homologable al contraído con arreglo a la ley española; y, en su caso, inscribible. Desde esta perspectiva y aunque el TS en algunas de sus sentencias haya equiparado la pareja de hecho al cónyuge, a los efectos de la reagrupación⁹⁶, no cabe interpretar que el Alto tribunal iguale las «parejas» a los «cónyuges»; sino que establece la doctrina de que también tienen derecho a la tutela del Estado los compañeros en las uniones de hecho, registradas o no, por constituir una *familia* (en el sentido del artículo 39 de la CE); ya que se da el requisito de la «afectividad duradera y estable» junto a la «dependencia»⁹⁷. Hasta en tanto subsista en el artículo 17.1. a) de la LOEXIS, la referencia al «cónyuge» del reagrupante y al matrimonio, no tendrán derecho las parejas de las uniones estables (de hecho o registradas) que hubieran podido contraer matrimonio⁹⁸. Ahora bien, como hemos apuntado, quizá las parejas homosexuales, cuyo país de origen no permita el matrimonio entre personas del mismo sexo, podrían beneficiarse de un orden público (positivo) y aceptarse su reagrupación, sobre todo si se admitiera la reagrupación de familiares por motivos humanitarios⁹⁹.

⁹⁴ Ver la Resolución-Circular de la DGRN, de 29 de julio de 2005 (BOE 8-8-05) y en *REDI* vol. LVII (2005-2), 994 y ss., con nota de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., en pp. 1007-1012.

⁹⁵ «Reagrupación familiar...», *loc. cit.* (2001), p. 517.

⁹⁶ ABARCA JUNCO y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA «Artículo 17...», *loc. cit.*, p. 453.

⁹⁷ Vide SSTS 28-12-98 (RJ 1999/375); 8-11-93 (RJ 1993/3757); 14-4-98 (RJ 1998/3825); 10-11-98 (RJ 1998/9527); 24-4-99 (RJ 1999/3787); 2-10-01 (RJ 2001/8927); 11-10-99 (RJ 1999/8669); 15-11-99 (2000/855); 6-5-00 (RJ 2000/5582) y 6-6-00 (RJ 2000/6119).

⁹⁸ Nos queda la duda de aquellas que no hubieran podido contraer matrimonio. Supuesto en el que se integrarían los homosexuales en su Estado de origen no existiera dicha posibilidad.

⁹⁹ Artículos 25.4 y 31.3 de la LOEXIS.

III. LA DETERMINACIÓN DE LA «CONVENIENCIA» EN LOS MATRIMONIOS BLANCOS

1. El fraude a la ley y la simulación en el matrimonio

A) EL FRAUDE A LA LEY Y LOS ACTOS *CONTRA LEGEM*

La doctrina española ha venido utilizando el concepto de fraude de ley elaborado por F. de Castro hace ya más de medio siglo. Según este autor, el fraude de ley consiste en «uno o varios actos que originan un resultado contrario a una norma jurídica y al o a los que se han amparado en otra norma dictada con esta finalidad»¹⁰⁰. Desde la perspectiva del Derecho privado, en los actos o negocios jurídicos realizados en fraude de ley, la autonomía privada se ejercita para alcanzar un resultado incompatible con lo establecido por las leyes o al que las leyes imponen consecuencias de las que las partes quieren escapar¹⁰¹. Por tanto, la autonomía de la voluntad de las partes no sólo opera para decidir si celebran o no un negocio jurídico, sino para decidir y acordar que con ese negocio jurídico sólo se pretenden obtener las ventajas que ofrece otra parte del mismo ordenamiento jurídico o de otro.

Es decir, en un matrimonio celebrado o que se quiere celebrar en España con aplicación de la ley española, contemplado desde nuestro foro, es un fraude interno, independientemente de que en el negocio jurídico intervengan uno o más extranjeros. En cambio, si el matrimonio se celebra en el extranjero o al amparo de un Derecho extranjero con el fin de obtener una ventaja dispuesta en el Derecho del foro (España), y lo contemplamos desde el foro, se trata de un fraude que podríamos calificar de «internacional» porque la norma de cobertura es la de un ordenamiento jurídico extranjero. La cuestión que se plantea es si este fraude entra dentro del sancionado en el artículo 6.4 del CC, con intervención o no del artículo 12.4 del CC, o se somete al artículo 6.3 del CC porque debe calificarse como un «acto» *contra legem*.

Por lo que se refiere al alcance del artículo 6.4 del CC el TC en su sentencia 37/1987, de 26 de marzo, ha declarado que es aplicable a todo el ordenamiento «como la mayor parte de los (preceptos) que integran el Título Preliminar», por lo que no es exclusivo ni del CC ni del Derecho privado¹⁰². Si bien esta sentencia, que se refiere a cuestiones fiscales, extiende la

¹⁰⁰ *Derecho Civil*, I (1949), p. 544.

¹⁰¹ El artículo 6.4 del CC habla de los actos o negocios realizados «al amparo de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él», estableciendo como sanción a esa actuación «la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir». Con relación a los errores de interpretación del fraude que cometen los legisladores RODRÍGUEZ ADRADOS, A., critica al legislador de 1974 por «aventurar una bien equivocada interpretación del nuevo artículo» en la Disposición final 2.ª del Decreto 3021/1974, de 31 de octubre, y dice que se trata de una interpretación «“auténtica” que no repara en que el artículo 6.º 4, no alude siguiera a una nulidad de pleno derecho pues se limita a disponer que los actos en fraude de ley “no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”». Esta Disposición decía: «De conformidad con lo establecido en los párrafos 3 y 4 del artículo 6 del título Preliminar del Código civil, serán nulos de pleno derecho los actos contrarios a esta ley los realizados en fraude de la misma». Todo ello en «El fraude a la ley (Ensayo de una dirección pluralista), en Academia Matritense del Notariado, Estudios. *El Título Preliminar del Código Civil*, vol. I. *Parte General*, Ed. Edersa, Madrid, 1977, 273-437, p. 278 y nota 11.

¹⁰² *BOE* núm. 89, de 14 de abril. En su FJ 8.ª dice que «el fraude de ley, como institución jurídica que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el ordenamien-

aplicación del artículo 6.4 del CC al Derecho público y por ello tiene cabida en el sector de la extranjería y la nacionalidad, nos falta determinar si también cubre el fraude realizado a través de un negocio jurídico válidamente celebrado al amparo de un Derecho extranjero.

Con este análisis, podríamos pensar que los cónyuges en el ejercicio de su autonomía privada buscan celebrar el matrimonio en el extranjero conforme a la *lex loci*, y evitar, de este modo, el control previo (vía expediente previo) por el que ni siquiera se les permitiría celebrar dicho matrimonio. Esta búsqueda del foro más conveniente nos sugiere la conveniencia de localizar temporalmente el fraude. Es decir, ¿dónde ubicamos o localizamos el fraude, en el momento de la elección de la ley aplicable o en el momento de celebrarse el matrimonio y emitir el consentimiento matrimonial?, o, ¿quizá en ninguno de ellos pues el fraude sólo surgirá en el momento en el que se solicite el visado y el permiso de residencia o la nacionalidad? En principio pensamos que el fraude como tal sólo puede materializarse en el momento de solicitar la reagrupación, la residencia o la nacionalidad.

Para los civilistas, el fraude de ley debe entenderse desde la interpretación de las normas de cobertura y la defraudada, lo que no es fácil, ya que suelen distinguir entre la interpretación literal y la legal¹⁰³. Para algunos civilistas, el fraude tiene su base en el concepto de «infracción» y no en el de «engaño», de modo que no es necesario demostrar que la persona que realiza el acto tenía intención de infringir la ley¹⁰⁴. No obstante e independientemente de la intencionalidad de las partes, de las dos teorías que se han construido entorno al fraude de ley, la de la interpretación y la del conflicto de leyes, ha sido más aceptada la primera. En la teoría del conflicto de leyes, la interpretación del fraude se deriva de la tensión entre dos leyes concretas en la que se utiliza una de ellas válidamente con el fin de vulnerar o contravenir y escapar de lo dispuesto en la otra. En cambio, la teoría de la interpretación estima que deben interpretarse las leyes y sus normas en su conjunto, de tal suerte que se considera el ordenamiento jurídico como un todo. En este caso, el fraude de ley surge cuando se utiliza una norma con el fin de obtener un resultado prohibido o contrario a todo el ordenamiento, incluidas las normas consuetudinarias y los principios generales del Derecho e «incluso –si se nos apura– una norma *vigente* de Derecho judicial (jurisprudencia válida en el momento en que se juzga)»¹⁰⁵.

to jurídico o contrarios al mismo, es una figura que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del Derecho y, sólo por tradición histórica, sin duda respetable, conserva en el artículo 6.4 del CC su encaje normativo, precepto que, como la mayor parte de los que integran el Título Preliminar, es aplicable a todo el ordenamiento y ni siquiera podría sostenerse hoy que sea una norma exclusiva de la legislación civil».

¹⁰³ Para CORDECH, AZAGRA y FERNÁNDEZ [«Autonomía privada...» (2004), p. 10], «[e]n derecho civil –a diferencia de la tesis que todavía sostiene un sector de la doctrina tributarista– la intención de engañar no forma parte del tipo del negocio en fraude. Además y de forma distinta al negocio simulado, el negocio en fraude es realmente querido por las partes, pues de otro modo no se conseguiría dar el rodeo previsto: éste es efectivo, sólo que no se consigue impedir la aplicación de la regulación de que se trata».

¹⁰⁴ En este sentido se manifiestan RODRÍGUEZ MORATA, F., «Comentario al artículo 6 CC» en BERCOVITZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Pamplona, 2001, p. 45 y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Comentarios a los artículos 4 y 6», en PAZ-ARES, C., y otros (coords.), *Comentario al Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 37. Este último autor cita algunas sentencias del TS de las que se desprende que la doctrina del fraude tiene como objetivo «la defensa del cumplimiento de las leyes, no la represión del concierto o intención maliciosa».

¹⁰⁵ En este sentido puede verse RODRÍGUEZ ADRADES, A., «El fraude...», *loc. cit.* (1977), pp. 405-410. El texto entrecomillado que citamos, según este autor, se debe a DE LA VEGA BENAYAS, C., que aclara que «donde la ley dice “ordenamiento jurídico” quiere decir normas de ese

Por tanto, no se trata de ampliar la esfera de actuación del fraude de ley, pues en la propia Exposición de Motivos se dice que se dirige a todo el ordenamiento, sino de ampliar el sentido que una parte de la doctrina dio a la ley de cobertura y a la ley defraudada que están en conflicto, considerando que el fraude viola en realidad ambas normas¹⁰⁶. Rodríguez Adrades cuando analiza los distintos casos que se pueden plantear en el fraude a la ley, incluye en el segundo grupo (que señala como el de «mayor frecuencia en nuestra jurisprudencia»), la utilización fraudulenta del supuesto de hecho de una norma al que se le atribuye una consecuencia jurídica concreta para conseguir ésta última¹⁰⁷. Y señala,

«Hay instituciones, sobre todo las del Derecho de Familia, que deben ser queridas por sí mismas, y que repugna sean utilizadas para la obtención de ciertos resultados, de ciertas consecuencias jurídicas que de manera accesoria originan con arreglo a las leyes; en esta utilización secundaria radica esta variante del fraude a la ley. Volvamos al ejemplo del matrimonio; puede ser el matrimonio realmente querido –no haber simulación–, pero ser querido a efectos tan accesorios como causar una pensión o prestación de viudedad o conseguir una subrogación arrendaticia; el recurso al fraude puede ser la terapéutica adecuada, y no la simulación como decía Beltrán Fustero, porque en realidad el matrimonio ha sido querido, y no hay simulación, sino fraude, y porque, prácticamente, no hay que llegar hasta la proclamación de la nulidad del matrimonio, declaración de excesiva entidad para los pequeños efectos que se pretenden que, con la mera invocación del fraude de ley, pueden ser eliminados»¹⁰⁸.

Es decir, podemos encontrar un fraude a la ley con una norma de cobertura (arts. 49 y 50 del CC) y una norma defraudada incluida en leyes concretas (LOEXIS y artículo 22 del CC). Estaríamos ante un conflicto de leyes, pero también nos situamos en un fraude en el que tanto la norma de cobertura (sobre matrimonio) como la defraudada (nacionalidad y extranjería) son vulneradas: fraude a la ley de cobertura o fraude intrínseco y fraude a la ley eludida o fraude extrínseco. A nuestro entender, lo que sucede en los casos de matrimonios de conveniencia es que se abusa de la institución del matrimonio¹⁰⁹, pues se consiente en éste y se utiliza como ley de cobertura

ordenamiento» (el enfatizado es nuestro): *Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código civil*, Madrid, 1976, pp. 237-238. En este mismo sentido cita a DE CASTRO, F., «No es bastante, para afirmar la eficacia de la situación condenada por una ley, señalar que se ha podido originar válidamente según otra disposición jurídica (aisladamente considerada). La unidad del ordenamiento jurídico impone su valoración conjunta; al aplicarse una regla hay que tener en cuenta las demás normas (según su *ratio*), que se refieran a la realidad social que en verdad resulte de dicha situación»: *Derecho Civil de España. Parte General. Tomo I*, 3.ª ed., Madrid, 1955, pp. 608-609.

¹⁰⁶ RODRÍGUEZ ADRADES, «El fraude...» (1977), p. 411, citando a MARTÍN OVIEDO, J. M., «El acto en fraude de ley como especie del acto contrario a ley» en *Revista de Derecho Privado*, abril de 1967, 304-315, p. 306.

¹⁰⁷ En concreto, RODRÍGUEZ ADRADES, escribe: «La ley contempla, objetivamente, unos determinados hechos, y cree de justicia conferir cierta facultad a los que se encuentran en ellos; pero así como, de una manera general, al unir a un supuesto de hecho una consecuencia jurídica la ley admite, de buen grado, que los particulares se acojan a esa situación, llenen los diversos requisitos que la integran, en los casos a que aquí nos estamos refiriendo la ley rechaza, terminantemente, toda manipulación subjetiva de su supuesto de hecho, negando la consecuencia jurídica cuando los particulares han llegado a esa situación, no objetivamente, por la fuerza de las circunstancias, sino precisamente por su propia y exclusiva voluntad». *Ibidem*.

¹⁰⁸ De nuevo RODRÍGUEZ ADRADES, *loc. cit.*, p. 413.

¹⁰⁹ Las personas abusan de la autonomía de la voluntad que tácitamente les otorgan los artículos 49 y 50 del CC que están pensando en un matrimonio con los objetivos marcados por los artículos 67 y 68 de

aquella por la que se celebra el matrimonio, sea ésta la española o una extranjera, con el fin de obtener unas ventajas contenidas en otras normas (la ley eludida) que de otro modo no se podrían conseguir o sería mucho más difícil.

No obstante existir en tales leyes de nacionalidad y extranjería –normas eludidas– la prohibición de conceder dichas ventajas cuando el matrimonio se contrajera a tales efectos. Pues bien, es de difícil prueba el elemento subjetivo a que se refiere el artículo 6.4 del CC, concretado en la intención o voluntad de los cónyuges o contratantes de saltarse la prohibición de las leyes de nacionalidad y extranjería. Por lo general, conduce a situaciones de dudas razonables que no pueden impedir que surta efectos el matrimonio celebrado para no vulnerar el *ius connubii*.

En cambio, el negocio simulado¹¹⁰, frente al negocio en fraude de ley, es distinto, ya que en el primero no se quieren los efectos que surgen del negocio jurídico realizado, mientras que en el segundo sí se quiere realizar dicho negocio jurídico pero se utilizan las leyes fraudulentamente; porque con su celebración se quiere conseguir un efecto distinto al propio del negocio jurídico que se celebra. Otra diferencia de relevancia es la relativa a la sanción, que en el negocio simulado suele ser la nulidad (en nuestro caso la del matrimonio); mientras que en el fraude se trata de aplicar las normas que se han querido evitar (en nuestro caso deberían aplicarse las normas de extranjería y de nacionalidad que rechazan o deniegan el visado y la nacionalidad). Ahora bien, es posible que para actuar en fraude de ley sea necesario simular que se quiere un negocio jurídico concreto cuando, en rigor, se consiente en dicho negocio porque es imprescindible para conseguir determinado objetivo.

Así pues, en el caso de los matrimonios de conveniencia no es la simulación del consentimiento la que provoca el fraude sino el propio matrimonio (que se quiere celebrar o que ya se ha celebrado), porque se utiliza indebidamente como medio de conseguir una ventaja política y social. De modo que nos encontramos ante dos problemas casi simultáneos: el negocio simulado (el matrimonio), del que puede instarse la nulidad; y el fraude que será sancionado con la aplicación de la norma defraudada (en nuestro caso, la no concesión de la nacionalidad y/o la no expedición del visado y correspondiente permiso de residencia). Pero para esto hay que esperar a que se soliciten el visado, la residencia o la nacionalidad. Por todo ello, nos parece importante atender a las normas de nacionalidad y extranjería que disponen la sanción cuando se actúa en fraude de ley, aunque no creemos que pueda deducirse de las mismas una injerencia en el ámbito del matrimonio y mucho menos en el *ius connubii*.

Pero si consideramos que las normas de nacionalidad y extranjería que rechazan conceder los beneficios de tales leyes, si el matrimonio se celebra con dicho objeto exclusivamente, son normas «imperativas» o «prohibitivas», podríamos pensar que

ese mismo Cuerpo legal y ellos tienen en mente –presuntamente– la obtención del visado, de la tarjeta de residencia o de la nacionalidad española.

¹¹⁰ La SAP de Madrid (Sección 1.ª), de 6 de abril de 2006 (JUR 2006/159587), con relación a un delito de estafa señaló que para apreciarse la existencia de un contrato simulado hay que partir de que éste existe «cuando varias personas se ponen de acuerdo para aparentar la realidad de un determinado contrato y no quieren celebrar ninguno (simulación absoluta) o desean cubrir otro distinto (simulación relativa) bien en su naturaleza (se quiere donar –negocio disimulado– y se exterioriza una compraventa –negocio simulado–), bien en su objeto (precio diferente) o en los sujetos (contratos con interposición de persona), bien en cualquiera de los demás elementos, incluso accidentales (simulación de condición o plazo)».

estamos ante un acto o negocio jurídico, simulado o no, que se realiza *contra legem*¹¹¹. También podría plantearse que las normas del CC relativas al consentimiento matrimonial, capacidad de los contrayentes y objetivo y fines del matrimonio no son normas dispositivas en absoluto sino imperativas, de modo que el matrimonio contraído en el extranjero que no reúna estos requisitos también es un acto realizado *contra legem*.

En ambos casos sería de aplicación no el apartado 4 del artículo 6, sino el apartado 3, según el cual «[l]os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». De aplicar el artículo 6.3 del CC tendríamos que buscar cuál sería el acto *contra legem*. ¿Esta actuación nos conducirá, irremediabilmente, al matrimonio o, por el contrario, el *contra legem* sería el propio acto de concesión del visado, el permiso de residencia y la nacionalidad cuando el matrimonio fuera de conveniencia, y estarían por ello afectados de nulidad «de pleno derecho»?

Nos parece que el matrimonio, incluso el celebrado con el único objeto de obtener un permiso de residencia, es perfectamente válido y no es un acto *contra legem* porque no hay ninguna norma que prohíba celebrar el matrimonio a esos u otros efectos, sino unas reglas que prohíben conceder la nacionalidad u otorgar el permiso de residencia si se apreciara que el matrimonio se contrajo únicamente con tal objeto y por eso se le califica de *fraudulento* o de conveniencia.

B) DE LA SIMULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

Pero veamos qué sucede si nos planteamos el tema desde la simulación del consentimiento o manifestación contraria de lo que realmente se quiere. En la simulación existe una voluntad interna distinta de la que se manifiesta externamente. Pero para que el negocio jurídico pueda tener lugar es necesario que las partes intervinientes en el mismo conozcan y estén al tanto de esa simulación¹¹². Si una de las partes no estuviera al tanto y emitiera su voluntad para ese negocio jurídico (porque realmente quiere) actuaría de «buena fe», mientras que el otro —el que disimula— emitiría su declaración de voluntad a través de una «reserva mental» o con «engaño», aspectos que deberán apreciarse de manera indubitada¹¹³.

Asimismo, en el caso de la simulación se producen efectos hacia la sociedad en general y hacia terceros, mientras que en la reserva mental, además y principalmente, lo que se pretende es engañar al «otro». Por tanto, en la simulación el «engaño» es general porque lo que se trata es de crear un negocio al que no se quiere realmente dar vida. En realidad, en la reserva mental también existe la simulación del negocio, si bien unilateralmente por lo que habrá

¹¹¹ La doctrina civilista se ha ocupado de la distinción entre «fraude» y las actuaciones «*contra legem*», señalando que es un problema de interpretación ya que el fraude no es más que un *contra legem*, por lo que es importante realizar una interpretación de las leyes para saber si se ha actuado o no en contra.

¹¹² Sobre la simulación en general puede verse CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., *La simulación de los negocios jurídicos*, Barcelona, 1986, pp. 26 y ss.

¹¹³ La AP de Málaga en su sentencia de 7 de octubre de 2003 (JUR 2003/17759) aprecia «reserva mental» en el demandado que desapreció tras la boda con la excusa de ir a cambiarse de ropa y que, diecisiete días después, solicita el permiso de residencia concediéndosele la tarjeta familiar de residente comunitario. En otro caso, la AP de Barcelona consideró que no había engaño ni reserva mental en el demandado porque primero contrajeron matrimonio civil y después religioso por lo que no se acepta el alegato de la esposa de que sólo buscaba obtener la residencia en España: SAP de 28-4-04 (JUR 2004/150435).

que proteger al que no disimuló¹¹⁴. La simulación en el matrimonio suele consistir en excluir algunos de los objetivos o fines y los derechos y obligaciones inherentes al mismo (simulación parcial)¹¹⁵ o excluirlos todos (simulación total). Esta última implica que el o los contrayentes no aceptan ninguna de las consecuencias y efectos del matrimonio.

Al estudiar el origen del problema hemos advertido que en la elaboración de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de matrimonio y divorcio, el tratamiento inicial de la «simulación» no tiene nada que ver con el resultado finalmente aprobado y esto quizá pudiera ayudarnos a replantear la regulación del control de los matrimonios de conveniencia. En el Proyecto de Ley que elaboró el Gobierno de la I Legislatura se incluyó una referencia expresa a la «simulación» como una de las causas de nulidad del matrimonio y se dejaba a los contrayentes la posibilidad de ejercitar la correspondiente acción legal dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio; mientras que para el caso de *fraude* «a un interés público» era competente el Ministerio Fiscal en ese mismo plazo¹¹⁶.

Por tanto, se hablaba por un lado de fraude a un «interés público» y, por otro, de la simulación del matrimonio. Esta referencia a la «simulación» desapareció durante el trámite parlamentario a partir de una enmienda presentada por el Grupo Socialista que defendía que el matrimonio es un contrato, por lo que incluir ahí una referencia a la simulación sólo podía crear confusión ya que debía aplicarse la regla general de los contratos a dicha simulación¹¹⁷.

En la Comisión de Justicia se rechazó el texto del Gobierno y se suprimió la referencia a la «simulación» como causa de nulidad del matrimonio que, según Entrena Klett, acogía tanto a los matrimonios de conveniencia como a los matrimonios fiduciarios¹¹⁸. Por consi-

¹¹⁴ La reserva mental también afecta al consentimiento pero sólo de una de las partes aunque pudiera ser conocida por la otra, en cuyo caso estaríamos ante una «reserva mental» consentida lo que, a nuestro entender, la bilateraliza y convierte en simulación. La reserva mental beneficia a quien la pone ya que es el único que puede alegar y probar su existencia, a efectos de nulidad del negocio jurídico, por lo que admitirla «sería concederle la posibilidad de dejar a su arbitrio la validez» del matrimonio, mientras que al otro sólo le queda la vía de la separación y el divorcio: SAP Tarragona, de 10 de diciembre de 1991. Además, cuando la reserva mental sólo es conocida por quien la pone, si fuere alegada para obtener la nulidad debería de exigirse que estuviera acompañada de elementos objetivos (falta de convivencia, desatención de las cargas comunes...), derivados de la conducta de dicha parte, que fueran concluyentes de la verdadera existencia de dicha reserva mental. En algunas sentencias de las Audiencias Provinciales se encuentran definidas tres características de la «reserva mental»: (a) la divergencia de voluntad interna y manifestada de uno de los contrayentes; (b) el absoluto desconocimiento de esa circunstancia por el otro; y (c) la existencia de una intención oculta que se persigue con la celebración de un negocio jurídico que no se acepta en su conjunto o totalidad. Entre otras, SSAP Barcelona, 8-11-99 (AC 1999/2588); 24-3-03 (JUR 2003/203197); 20-6-03 (JUR 2004/55076) y SAP Málaga, 4-3-04 (JUR 2004/126142).

¹¹⁵ Vid., en general, CARRIÓN OLMOS, S., «En torno a la simulación de matrimonio civil» en *Revisita de Derecho Privado* (1981), 35-64 y 128-152, pp. 39 y ss.; ARRECHEDERRA ARANZADI, L., «La simulación en el matrimonio civil» en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1980, 179-220.

¹¹⁶ En este aspecto, el artículo 77 del Proyecto de Ley decía: «En el caso de simulación sólo estarán legitimados los contrayentes y, para evitar el fraude a un interés público, el Ministerio Fiscal. Unos y otros carecerán de acción si los cónyuges hubieran vivido juntos durante más de seis meses»: en *Boletín Oficial del Congreso*, Serie A, A-123-I, de 13 de marzo de 1980, pp. 855 y ss., disponible en la página web del Congreso: <http://www.congreso.es>, donde también se puede localizar en formato PDF todos los documentos relativos a los debates, enmiendas, Dictamen de la Comisión e informes varios.

¹¹⁷ No obstante, estos argumentos se dirigían, también, a impedir que las nulidades eclesíásticas por simulación como vicio del consentimiento siguieran siendo «un coladero» (palabras del Sr. Zapatero Gómez), por lo que se quejó de que se mantuvieran «subrepticamente» en el artículo 73.1.º

¹¹⁸ ENTRENA KLETT, C. M., *Matrimonio, separación y divorcio*, Pamplona, 1984, p. 380.

guiente, la inclusión del consentimiento significa que, una vez dado libremente y por persona capaz, se causa estado y resulta vinculante «sean cuales fueren los «*arriere pensée*»¹¹⁹.

Es decir, al desaparecer del artículo relativo a la nulidad podría considerarse que la simulación como tal dejaba de ser causa de «nulidad» del matrimonio¹²⁰, pues en su lugar se incluyó una nueva referencia al consentimiento, que resultaba reiterativa por estar enunciada en el artículo 45 del CC de forma prácticamente idéntica¹²¹. A este artículo se le añadió un segundo párrafo que vino a complicar más la interpretación por reiterativo, pero que salvó de la nulidad al consentimiento sujeto a «condición, término o modo», ya que éstas «se tendrán por no puestas»¹²². De este modo, el consentimiento prestado se revaloriza en la regulación del CC, que dispone que siga produciendo efectos independientemente de la intención de las partes con el fin de evitar que, por su propia voluntad, dispusieran del control sobre la nulidad matrimonial¹²³. Así las cosas y dado que en tales circunstancias el matrimonio sigue existiendo, parece adecuado plantearse cuál es el contenido del consentimiento y su naturaleza jurídica para observar cuándo se puede predicar su nulidad.

En principio, la utilización del artículo 1.265 del CC plantea algunas dudas porque, en primer lugar está pensado para el ámbito contractual donde la autonomía privada de las partes funciona al máximo nivel (lo que no sucede en el matrimonio¹²⁴). Y en segundo lugar porque este artículo refiere la nulidad del consentimiento prestado por «error, violencia, intimidación o dolo», causas que ya existen de forma específica en los apartados 4.º y 5.º del

¹¹⁹ *Ibídem*, p. 381.

¹²⁰ Ésta es la opinión, entre otros, de ENTRENA KLETT, *op. cit.*, quien en p. 381 dice: «Como dice la Exposición de Motivos del Código alemán “admitir la posibilidad de matrimonio simulado haría completamente inútiles los principios y limitaciones establecidos para la disolución y crearía situaciones muy parecidas a la de un matrimonio por tiempo determinado”, KIPP y WOLF sostienen rotundamente que “es válido el matrimonio contraído en apariencia. Así ocurre aun cuando el funcionario del estado civil conociera la simulación”. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER comentan que: “los fines del matrimonio y la necesidad de que las actuaciones del estado civil sean seguras, junto a la circunstancia de no estar prevista la simulación como causa de nulidad, llevan a igual conclusión que el texto. Por las mismas razones, tampoco producen la nulidad del matrimonio los vicios de falta de seriedad y reserva mental”.

¹²¹ En dicho párrafo se decía que «No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial»: Serie A, A-123-II, de 30 de diciembre de 1980, pp. 868/23 y ss. Para la AP de Barcelona en su sentencia de 1-12-05 (JUR 2006/48778) la desaparición de la simulación e inclusión del consentimiento matrimonial que es una «fórmula más amplia» implica la intención del legislador de «insertar, precisamente la reserva mental en la causa amplia y abierta que se prevé en el vigente artículo 73.1.º del Código Civil» tal y como se desprende del Informe de la Ponencia por lo que deduce que en dicho artículo se incluyen «tanto la simulación como la reserva mental».

¹²² Díez DEL CORRAL califica de perturbadora la inclusión del segundo párrafo que «la doctrina, con cierta impropiedad, viene denominando de simulación parcial, en cuanto que, a través de la condición o del plazo, se quieren excluir sólo alguno o algunos de los efectos esenciales del matrimonio» por lo que habrá que considerar el alcance de tales condiciones, términos y modos. Es decir, considera que si éstos afectaran a aspectos esenciales del matrimonio debe resolverse a través de la nulidad por falta del consentimiento matrimonial. Y califica de simulación absoluta los casos en que las partes aparentan otorgar un consentimiento para obtener o «facilitar la obtención de la nacionalidad del otro cónyuge»: «La nueva regulación...», *loc. cit.* (1983), pp. 13-14.

¹²³ En este sentido FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I., señala que «El Estado no puede tolerar que por los particulares se introduzcan derogaciones, modalizaciones o condicionamientos en un estatuto jurídico que, en atención a su relevancia pública, ha de ser querido como un *totum*, es decir, plena e íntegramente»: «La condición, el término y el modo en el consentimiento matrimonial. Estudio del artículo 45 del Código Civil» en *Diario La Ley* (1996), D-303. t. 5, 1-9, p. 1, quien cita en el mismo sentido a ROCA, E., *Derecho de Familia*, Valencia, 1991, p. 57.

¹²⁴ Ya dijimos en nuestro trabajo «La celebración...», *op. cit.* (1999), p. 212 que el matrimonio escapa a la consideración de contrato porque la propia Constitución limita la autonomía de la voluntad de las partes al disponer que su contenido se regulará por «ley» (art. 32).

artículo 73 relativo a la nulidad matrimonial. Es decir, fueron consideraciones políticas de recelo y temor hacia las nulidades eclesiásticas las que llevaron al Grupo Socialista a suprimir la «simulación» como causa de nulidad del matrimonio del Proyecto de Ley.

La reiteración en los artículos 45 y 73 del CC según la cual sin consentimiento matrimonial no hay matrimonio (o éste es nulo), sólo cabe interpretarla en el sentido de que, en principio, no necesita ningún tipo de acción de nulidad para que el matrimonio no exista si no se prestó el consentimiento¹²⁵. Pero, qué sucede si se manifestó y los contrayentes no querían realmente asumir los objetivos y fines del matrimonio, ¿estamos ante un vicio del consentimiento por *simulación* del mismo en cuyo caso sí haría falta plantear la acción de nulidad correspondiente? ¿Habría que interpretar, en este caso, que el artículo 73.1.º mantiene la «simulación» dentro del término «consentimiento matrimonial»¹²⁶?

Lo cierto es que, existiendo la posibilidad de disolver el vínculo a través del divorcio, el legislador no tenía necesidad de acudir a la «simulación» con las dificultades que esto plantea, sobre todo si consideramos que la función social del matrimonio es muy relevante y quedaría cuestionada su existencia si se acepta la «simulación» como causa de nulidad¹²⁷. De ahí que nos planteemos en estos momentos cuál es el contenido del «consentimiento matrimonial».

Si atendemos al consentimiento como eje central del matrimonio civil, y lo analizamos en una perspectiva histórica, hay que señalar que en Derecho romano el matrimonio era un hecho social que estaba integrado por la convivencia como elemento objetivo o material y la *affectio maritalis* o *consensus*¹²⁸, entendidos como el elemento subjetivo o intencional, es decir la intención o voluntad de vivir juntos y que si cesa provoca la ruptura de la unión. A partir de ahí se consolida el consentimiento en el matrimonio en la Alta Edad Media y se inicia toda una construcción teórica, sobre todo canónica, de la función y caracteres del consentimiento matrimonial que con matices ha llegado hasta nuestros días. De una forma sim-

¹²⁵ Cuando se debatió en el Congreso la supresión de la «simulación» como causa de nulidad y se incluyó en su lugar la falta de «consentimiento matrimonial», reiterándose así lo ya dicho en el artículo 45 del CC, el señor MOSCOSO DEL PRADO argumentó lo siguiente: «... en el artículo 45 hemos dicho antes que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial, y ocurre igualmente que en toda la teoría general del negocio jurídico, es aplicable lo mismo al ámbito del Derecho canónico, que a lo que podríamos llamar el Derecho civil. En el artículo 45 estamos diciendo que no hay matrimonio sin consentimiento, y si se tiene en cuenta que la inexistencia que es lo mismo que la nulidad, habremos de concluir que la causa de nulidad que en estos momentos se está citando es absolutamente correcta... éste es un negocio jurídico entendido como tal y, en consecuencia si no se produce el consentimiento, no existe negocio jurídico».

¹²⁶ VALLADARES, E., «Nulidad, Separación y Divorcio» en *Comentarios a la Ley de Reforma del Matrimonio*, ed. Civitas, Madrid, 1982, comenta sobre este punto que «[p]arece claro que en el Congreso se votó este artículo con la conciencia de que incluía, al menos, la simulación entre las causas de nulidad del matrimonio» (p. 146). De forma parecida se manifiesta Díez del Corral en «La nueva regulación...», *loc. cit.* (1983), p. 28. Pero, del mismo modo, cuando se votó y se refrendó la Constitución del 78 no se pensaba que el artículo 32 incluía los matrimonios entre homosexuales. Este argumento de VALLADARES que se remite a «la conciencia» de los parlamentarios (difícilmente cognoscible) no nos parece riguroso desde la ciencia jurídica, pues si hubieran querido realmente señalar que se trataba de la «simulación» del consentimiento matrimonial nada les impedía haberlo expresado de ese modo.

¹²⁷ En este sentido se manifiesta ENTRENA KLETT que sigue a la doctrina italiana mayoritaria: *op. cit.*, p. 382.

¹²⁸ El término *affectio* significa «actitud mental, intención» por lo que *affectio maritalis* es la intención o voluntad de contraer matrimonio, lo mismo que *affectio societatis* expresa la voluntad o intención de ser socios: NÚÑEZ PAZ, I., «Evolución histórico-jurídica del consentimiento matrimonial en Derecho Romano» en MARTÍNEZ GALLEGO, E. M. (Coord.), *Matrimonio y Uniones de Hecho*, Salamanca, 2001, 31-38, p. 33.

ple, podría considerarse que el consentimiento matrimonial es el acto de voluntad de las partes para vivir juntos como marido y mujer (esposos)¹²⁹.

El consentimiento, por tanto, necesita ser manifestado y expresado externamente, pudiendo existir diferencias con lo que internamente las partes quieren. En este sentido Souto señala que la doctrina ha sistematizado varias hipótesis de discordancia entre uno y otro consentimiento. La que constituye el «error obstativo» (la contradicción entre la voluntad interna y la declarada no es conocida ni querida), la que da lugar a la «violencia» (la contradicción es conocida pero no se quería) y la que supone la «simulación» (la contradicción entre la voluntad interna y la declarada no sólo es conocida sino pretendida por las partes)¹³⁰.

Todas estas contradicciones darían lugar a la «ausencia total del consentimiento matrimonial», mientras que constituyen un «vicio» del consentimiento el error en la identidad, en las cualidades personales, la coacción o el miedo. Pero para estos casos el artículo 73 del CC señala la nulidad del matrimonio que sólo puede plantearse a instancia de parte (por el cónyuge que hubiera sufrido el «vicio») dentro del plazo de un año tras haberse «desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo» (art. 76 del CC).

Por otro lado, algunos autores consideran que la importancia del consentimiento se encuentra en la idea de perdurabilidad del matrimonio, que no finaliza salvo que las partes lo quieran o fallezcan, pues la falta de convivencia no es suficiente por sí misma para extinguir la relación matrimonial¹³¹. Es decir, se requiere de una nueva declaración de voluntad –al menos de uno de ellos– que deberá ser apreciada por el órgano judicial competente. En cambio, la familia no requiere de ningún tipo de acto jurídico para su constitución ni para su finalización. De ahí que sea importante controlar el consentimiento matrimonial y evitar que pueda ser declarado nulo, y para ello las partes deben saber exactamente para qué están dando –o van a dar– su asentimiento. El consentimiento matrimonial a que se refieren tanto el artículo 45 como el 73 del CC no puede ser otro que el que se pide a los contrayentes tras la lectura de los artículos 66, 67 y 68 del mismo Cuerpo legal.

Esto nos conduce a considerar que, siendo el consentimiento un elemento esencial del matrimonio y cuya ausencia da lugar a la inexistencia y a la declaración de nulidad, el problema está en decidir cuándo no existe dicho consentimiento, ¿sólo cuando no se explicita o también cuando se explicita pero en el fondo se busca otra cosa? Y, ¿no es esto último la «reserva mental»? Si fuera así, volveríamos a dejar el control de la nulidad en manos de uno de los contrayentes, o de ambos, por lo que no nos parece que la simulación del consentimiento sea una causa de nulidad del mismo sino sólo y exclusivamente la ausencia de dicho consentimiento que conduce al mismo resultado por la vía de una acción judicial.

Porque, ¿quién controla lo que cada cual está pensando cuando dice que sí quiere casarse y que acepta los contenidos de los artículos 66, 67 y 68 del CC? ¿Se aceptaría la simulación del consentimiento y por ello la nulidad del matrimonio si uno de los

¹²⁹ Desde el Derecho Canónico este pacto o consentimiento constituye el matrimonio *in fieri* frente a la vida matrimonial que constituye el matrimonio *in facto esse*.

¹³⁰ Para SOUTO PAZ, *Derecho Matrimonial*, 2.ª ed., Madrid, 2002, p. 174, todos estos que son causa específica de nulidad en Derecho canónico, para la legislación civil constituyen un «defecto del consentimiento», ya que fue suprimida la «simulación» del Proyecto de Ley. Esta interpretación se defiende por algunos, según señala este autor, porque entienden que el matrimonio atiende a un interés superior que no puede invalidarse unilateralmente con la simulación del consentimiento y porque la presencia de una autoridad civil en el momento de manifestarse el consentimiento no puede permitir que se otorgue un consentimiento simulado que provocaría la nulidad del matrimonio.

¹³¹ En este sentido ARECHEDERRA ARANZADI, *op. cit.* (1989), p. 24.

cónyuges declarase que cuando contrajo matrimonio no tenía intención realmente de mantener una convivencia continua y estable con esa persona? ¿Sería posible pretender dicha nulidad tras diez, cinco o un año de matrimonio? ¿Cuál sería el tiempo mínimo de convivencia para poder solicitar la nulidad por haber disimulado que se quería convivir con esa persona? Lo mismo podríamos plantear del matrimonio que se contrae y, al cabo del tiempo, se solicita la nulidad alegándose que cuando se contrajo se excluyó la fidelidad a la otra persona. [Por otro lado, podría entenderse que el artículo 45 del CC implica que sin la concurrencia de las dos voluntades –consentimiento– de los contrayentes el matrimonio no es que sea nulo sino que no existe por carecer de su presupuesto esencial, y dicho consentimiento debe ser «puro» en el sentido jurídico del término, es decir sin condición, término o modo.] Sobre este punto concreto Díez del Corral advierte que

«Por razones teóricas de seguridad jurídica y por razones prácticas derivadas de la dificultad de probar la propia simulación, hubiera debido mantenerse la norma propuesta de que el matrimonio se convalidase en estos casos por la convivencia conyugal durante más de seis meses. Hoy no hay salvedad alguna, de modo que entrará siempre en juego la regla general sobre legitimación del artículo 74»¹³².

Pues bien, el consentimiento, sin adjetivos es sólo un acto, un hecho, que sirve para acordar un negocio jurídico; el que se le adjetive de matrimonial sólo significa que se acuerda consentir en los derechos y obligaciones legalmente establecidos para el matrimonio. Por tanto, como acto de manifestación de la voluntad de las personas no tiene una naturaleza jurídica diferente al consentimiento contractual (necesario para cualquier negocio jurídico). Según esto, las características para que podamos hablar de consentimiento válido son la libertad y la capacidad de quien lo emite.

Y como, hoy por hoy, el matrimonio sigue siendo cosa de dos, deberá exigirse que sea mutuo y recíproco además de, lógicamente, coincidir en el objetivo: contraer matrimonio con independencia de las causas que les lleven a ello y del objetivo pretendido por las partes, lo que no impide declarar que podemos estar ante un matrimonio simulado en ausencia de un «consentimiento matrimonial real». Pues bien, a la vista de algunas sentencias el consentimiento matrimonial no es

«la mera manifestación de voluntad, externa y formal, de contraer matrimonio, sino que debe tener un contenido matrimonial, recayendo sobre el conjunto de derechos y deberes establecidos en los artículos 67 y 68 del Código Civil, como son los derechos de respeto, ayuda mutua, actuar en interés de la familia, convivencia, colaboración familiar, fidelidad y socorro mutuo. La simulación constituye así la manifestación de una voluntad que no es real y que es emitida de forma consciente y por ambas partes, para obtener una apariencia de contrato con finalidad distinta a la prevista en la Ley por tanto con la finalidad de engaño o de conseguir un resultado ajeno a la naturaleza del propio contrato o institución. Se utiliza de forma consciente y pactada la institución del matrimonio con finalidades distintas, como en este caso, la regulación de la situación *ilegal* de la residencia de la esposa en España»¹³³.

¹³² «La nueva regulación...», *loc. cit.* (1983), p. 28.

¹³³ SAP Barcelona, 1-12-05 (*JUR* 2006/48778), y en el mismo sentido la de 30-6-04 (*JUR* 2004/207741).

Todo lo que acabamos de señalar tiene una lectura diferente cuando se trata de la celebración del matrimonio y el control previo sobre el consentimiento matrimonial (pues no es posible conocer, sin arriesgar la presunción general de buena fe y sin respetar el *ius nubendi*), que si se trata de un matrimonio celebrado en el extranjero del que se solicita la inscripción registral¹³⁴. Ya dijimos que el control *a priori* coarta el derecho fundamental a contraer matrimonio y que, por ello, aplaudíamos las Resoluciones de la DGRN que mantenían la defensa del *ius connubii* ante la duda de que realmente pudiera no existir el verdadero consentimiento matrimonial en el matrimonio que se pretende realizar¹³⁵. En cambio, cuando se rechaza la inscripción no se impide el ejercicio del *ius nubendi*, sino que produzca plenos efectos en el foro, del mismo modo que cualquier matrimonio celebrado en España que no hubiera sido inscrito.

IV. REFLEXIONES FINALES

Como primera reflexión de alcance general es importante poner de relieve que las relaciones privadas de las personas no pueden desarrollarse al margen de ciertos intereses de Derecho público de suerte que en el proceso de calificación de las instituciones tienen cabida ambos. Esta circunstancia hace que la calificación del matrimonio y del matrimonio de conveniencia no sea precisamente fácil, sobre todo si, además, tenemos en cuenta que los intereses privados son heterogéneos pues existen diferencias jurídicas y culturales entre los Estados. Todo ello, es fiel reflejo de un conflicto de intereses, que se establece en dos niveles de relaciones, entre los particulares entre sí y entre el Estado de acogida y los individuos (nacionales y extranjeros). Esta tensión, que afecta al DIPr, puede resolverse tanto a través de normas de conflicto como por vía material. La elección de una u otra dependerá de cuáles sean los objetivos que se pretendan, y sobre todo de la mayor o menor interdependencia que dicha relación tenga con el interés general defendido por el Estado. Pero en cualquier caso e independientemente de la opción de política legislativa que se adopte, en un Estado laico y aconfesional debe jugar un papel fundamental la defensa coherente de los Derechos Humanos y atender a los criterios que el TEDH ha desarrollado.

En segundo lugar, no pueden obviarse los cambios legislativos tanto en el sector de la familia (matrimonio) como en el de la extranjería. Todo ello sugiere la necesidad de acometer un nuevo acercamiento a la calificación del matrimonio y, por ello, a la del matrimonio de conveniencia. Y aunque la calificación del matrimonio se haya visto modificada por los cambios legales que se han producido en nuestro país, pensamos que dicho cambio no afecta al concepto de matrimonio de conveniencia ya que lo esencial para ello es la figura del consentimiento matrimonial. Es decir, que los cónyuges sean de igual o distinto sexo no afecta a la consideración de un matrimonio como de «conveniencia».

¹³⁴ Las normas del CC relativas a la inscripción registral del matrimonio tienen su base en la regulación anterior establecida para el matrimonio canónico (antiguo art. 76 del CC) que se concretó en la LRC también para el matrimonio civil (art. 70).

¹³⁵ Ver nuestro trabajo «La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios» en *Actualidad Civil* (1999), núm. 18, 447-463, pp. 454-455.

Ahora bien, cuestión distinta es la intervención sobre el consentimiento matrimonial a efectos de evitar el «fraude» a las normas de nacionalidad y extranjería. Sobre esta cuestión debemos señalar que la doctrina española se ha centrado en el problema de la determinación de la ley aplicable al consentimiento, interpretando unos que debe ser la ley personal y otros que la *lex loci*. Así como sugerir que debe tenerse en cuenta la ley aplicable al «fraude» y que en la inscripción de los matrimonios celebrados en el extranjero conforme a la *lex loci* deben aplicarse los artículos 49 y 50 del CC como normas de reconocimiento que nos reenvían al Derecho extranjero.

Asimismo, a partir de la distinción entre los matrimonios que se celebran ante autoridad española –en España o en el extranjero– y ante autoridad extranjera –en el extranjero o en España–, la doctrina¹³⁶ bucea en el «consentimiento» matrimonial al considerarlo la clave del matrimonio de conveniencia. En este sentido, se producen diferencias a la hora de analizar la actuación de la DGRN ya que para unos el control de los matrimonios de conveniencia debe realizarse en clave conflictual y para otros en clave material.

Los defensores de regular el problema con normas de conflicto consideran que el consentimiento forma parte de la capacidad y por tanto debe aplicarse el artículo 9.1 del CC; mientras que los segundos señalan que se trata de un problema formal y material que debe regirse con la aplicación de la *lex auctoritatis* a la que se refieren los artículos 49 y 50 del CC sin olvidarnos de aquellos que realizan una lectura en clave registral y por tanto defienden la utilización de la *lex fori* como la ley por la que se rige el Registro Civil. Ahora bien, este último caso sólo tiene validez si estamos ante la inscripción de un matrimonio celebrado conforme a la *lex loci*. Pues bien, en una mayoría de casos los iusinternacionalprivatistas consideran que las Instrucciones de la DGRN pueden vulnerar el *ius connubii* y que producen una especie de contaminación del Derecho privado con normas de Derecho público.

¹³⁶ La doctrina española en la materia está formada por los siguientes trabajos: AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., y GRIEDER MACHADO, H., «Matrimonios de conveniencia» en *BIMJ* (2000), núm. 1879, 3213-3234; ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., «Matrimonios mixtos simulados: mecanismos de sanción» en *Boletín de los Abogados de Aragón* (1995), núm. 136, 41-48; CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Matrimonios de complacencia en Derecho internacional privado» en AA.VV. *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, 2004, 119-158; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Matrimonios de conveniencia y nacionalidad española» en *Anales de Derecho. Universidad de Murcia* (2002), núm. 20, 7-34; DIAGO DIAGO, P., «Matrimonios por conveniencia» en *Actualidad Civil* (1996), núm. 14/1, 326-347; DOMÍNGUEZ LOZANO, P., «Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero» nota en la sección de Documentación de la *REDI*, vol. XLVII (1995-i), 317-318; FERNÁNDEZ MASÍÁ, F., «De la ficción a la realidad: la creciente problemática de los matrimonios de conveniencia en España» en *RDP* (1998) 628-645; GARCÍA RODRÍGUEZ, I., «Resolución del Consejo, de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos» nota en la sección de Documentación de la *REDI* (1998-I), vol. L, 378-384 y «La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios» en *Actualidad Civil* (1999), núm. 18, 447-463; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Tratamiento registral de los matrimonios de complacencia: lectura crítica de la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006» en *Diario La Ley*, núm. 6542, 5-9-2006; «Doctrina registral en torno a los matrimonios de conveniencia para regularizar la situación de los extranjeros en España» en *AEDIPr* (2001-I), 1041-1048; OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., «La capacidad y la simulación en el matrimonio: fraude y extranjería en la doctrina de la DGRN» en *Derecho Registral Internacional* (2003), 287-296; VILLAFRUELA CHAVES, P., «Los llamados matrimonios de conveniencia» en *Derecho Registral Internacional*, Madrid, 2003; y con carácter recopilatorio de algunos de los trabajos citados SÁNCHEZ LORENZO, S., «La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia» en *Derecho Registral Internacional*, Madrid, 2003, 247-273.

En tercer lugar, pensamos que la celebración de un matrimonio de conveniencia no es una actuación en «fraude» de ley, ni consideramos que el consentimiento no tenga validez, sino que se trata de un *uso indebido* o espurio *del matrimonio*. Piénsese que el consentimiento –como acto que manifiesta la voluntad de las partes– existe y se da en plena libertad y sin coacción dentro del marco de la capacidad personal de cada contrayente o cónyuge, independientemente de cuál sea el verdadero interés por el que se presta dicho consentimiento. Este *uso indebido del matrimonio* es compatible con la constante interrelación –que no contaminación– entre la política dirigida a la regulación del matrimonio (como núcleo social básico) y la política de inmigración y extranjería, porque tales políticas se suelen dirigir a la búsqueda de unos resultados (sociales, económicos, culturales, etc.) en el seno de la sociedad en la que se integran, las personas, los matrimonios y las familias.

ABSTRACT

THE JURIDICAL QUALIFICATION OF THE «MARRIAGE OF CONVENIENCE»: FROM THE FRAUD TO THE UNDUE USE OF THE MATRIMONIAL INSTITUTION

The qualification of the «marriage of convenience» must be realized according to *lex fori*, looking not only into the matrimonial institution but into the elements that converts it into a convenience's marriage. To reach that concept the sole Private Law elements are not enough since the marriage is an institution in which the intervention of the State is left to feel. In this sense, the laws that control immigration (by family regrouping) as well as those that control Spanish nationality acquisition are Public Law. Both, Private and Public laws are projected on the conditions of validity of the marriage: the first ones by establishing the conditions of validity and the second ones by stating when those conditions are in default. This work, with Spanish Constitution and human rights rules as reference of the Spanish new marriage Act, analyses the marriage of convenience characters. It is to say that the above mentioned changes do not concern the possible qualification of «sham marriage». From the perspective of the validity of the matrimonial consent, it is possible to say that the «marriage of convenience» is not a question of a fraud to the law, nor a simulation or *contra legem* act, but an «undue use» of a juridical institution.

RÉSUMÉ

LA QUALIFICATION JURIDIQUE DU «MARIAGE DE CONVENANCE» : DE LA FRAUDE A L'UTILISATION INDUE DE L'INSTITUTION MATRIMONIALE

Pour réaliser la qualification du «mariage de convenance», qui ne doit être réalisé que selon *lex fori*, il faut analyser l'institution matrimoniale et l'institution juridique qui fait qu'il soit un «mariage blanc». Cette qualification ne peut pas être faite uniquement depuis le Droit Privé puisque le mariage est une institution juridique dans laquelle on ressent l'intervention de l'État. De plus, des normes de Droit Public qui atteignent les conditions de validité d'un mariage, intervienne dans le contrôle de l'immigration par un regroupement familial de la même façon que dans l'acquisition de la nationalité. Nous aborderons la qualification *ex lege fori* du mariage à la suite des changements législatifs en Espagne, avec les références de normes constitutionnelles et des Droits de l'Homme. On considère que ces changements ne font pas varier la possible qualification de «mariage blanc». On établit ainsi la condition de convenance du point de vue de la validité du consentement matrimonial, pour considérer qu'il ne s'agit d'un fraude à la loi, ni d'une simulation, ni d'un acte *contra legem*, mais d'une utilisation indue d'une institution juridique.