

**LA CAPACIDAD Y LA SIMULACIÓN EN EL MATRIMONIO**

**Carmen OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN\***

Publicado en

*Libro Homenaje a la memoria del Prof. Dr. Dn. Rafael Arroyo Montero; Derecho  
Registral Internacional.  
Iprolex. 2003, pp. 287-296*

\* Profesora Titular de Derecho internacional privado  
Facultad de Derecho  
Universidad Complutense  
E – 28040. Madrid  
[cocastri@der.ucm.es](mailto:cocastri@der.ucm.es)

Documento depositado en el archivo institucional E-Prints Complutense  
<http://www.ucm.es/eprints>

**LA CAPACIDAD Y LA SIMULACIÓN EN EL MATRIMONIO  
FRAUDE Y EXTRANJERÍA EN LA DOCTRINA DE LA DGRN**

**1. El matrimonio** es una institución que sirve de puente para obtener una situación jurídica privilegiada en diferentes entornos. Tan viejo como el mundo es recurrir al matrimonio para conseguir, desde unir territorios bajo una misma corona o ser beneficiario de una suculenta herencia, hasta un permiso de residencia/trabajo o una nacionalidad. Alcanzar cualquiera de estos objetivos a través del matrimonio es perfectamente lícito en tanto la institución no haya sido utilizada tan sólo con carácter instrumental; esto es, en tanto el matrimonio no haya sido simulado defraudando la *finalidad* del negocio jurídico que, por lo demás, no debe ser confundida con los *motivos* que llevan a las partes a celebrarlo. La vía para defraudar es la simulación del consentimiento<sup>1</sup>.

En la actualidad la celebración de matrimonios en un contexto de inmigración es un fenómeno que preocupa sobremanera a las administraciones nacionales, tanto en el marco internacional y comunitario como en el español. Así, la resolución del Consejo de la Comunidad Europea de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos<sup>2</sup> pretende que los Estados miembros realicen controles “cuando existan presunciones fundadas” de la utilización del matrimonio con el fin exclusivo de “eludir las normas relativas a la entrada y residencia de nacionales de terceros países”. Para ello señala una serie de “presunciones”, que más que como presunciones operan como indicios<sup>3</sup>, que permitan identificar los matrimonios

---

<sup>1</sup> La figura jurídica que cubre los casos de simulación matrimonial es el fraude y no el orden público, y ello con independencia de que la aplicación de la ley rectora del consentimiento matrimonial (ley personal) pudiera, eventualmente y por motivos distintos, resultar contraria al orden público, *vid. infra*. Sobre los problemas de orden público que puede plantear el matrimonio como supuesto de tráfico jurídico externo *vid.* M. Aguilar Benítez de Lugo, “*Ius nubendi* y orden público matrimonial”. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia (BIMJ)* núm. 1862, pp.5-27.

<sup>2</sup> DOCE (1997) C 382/1. En esta misma línea, el artículo 14 de la propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar, Doc. 599PC0638, reza: 1. Los Estados miembros podrán denegar la solicitud de entrada y de residencia a los efectos de reagrupación familiar, retirar o denegar la renovación del título de residencia de los miembros de la familia, si se demostrare que: (a) su entrada y/o residencia se obtuvo mediante falsificación de documentos o fraude, o (b) que el matrimonio o la adopción se llevaron a cabo únicamente para que la persona interesada pudiera entrar o residir en un Estado miembro. 2. Los Estados miembros procederán a controles puntuales cuando existieren presunciones fundadas.

<sup>3</sup> Las presunciones *iuris tantum* conllevan la asunción de una conclusión jurídica determinada; si bien

fraudulentos<sup>4</sup>. Con la misma finalidad, ya antes, en 1995, cuando el fenómeno de la inmigración era una realidad muy palpable en la sociedad española, la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN) dictó la Instrucción de 9 de enero de 1995 sobre normas relativas al expediente previo al *matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero*<sup>5</sup>. Su aplicación se ha extendido en la práctica a los matrimonios mixtos celebrados en España entre españoles y personas residentes en el territorio nacional, sobre todo cuando el contrayente extranjero está en situación ilegal o irregular, y no sorprendería su aplicación incluso a los matrimonios entre extranjeros, especialmente si uno de ellos se encuentra en situación de ilegalidad o irregularidad.

**2. Los matrimonios celebrados en España** por ciudadanos tanto españoles como extranjeros deben ser inscritos en nuestros registros para el pleno reconocimiento de sus efectos (artículos 61 CC y 70 LRC), siendo la inscripción posible sólo cuando se cumplen las exigencias del CC. Con el fin de verificar el cumplimiento de estas exigencias, los Registros Civiles españoles tienen competencia para la tramitación y resolución del llamado *expediente matrimonial antes* de la celebración del negocio jurídico<sup>6</sup>. Dicho expediente, que se exige con carácter general<sup>7</sup>, concluye con la concesión o rechazo de una *autorización* para celebrar el matrimonio<sup>8</sup>.

Para la determinación del expediente que se debe iniciar y antes de controlar el

---

admiten prueba en contrario. Sin embargo, en este caso la ausencia de consentimiento no puede presumirse a partir de una serie de circunstancias, sino que en todo caso debe ser probada. Por lo tanto, esa serie de circunstancias sólo pueden ser consideradas como indicios.

<sup>4</sup> La relación de indicios permite suponer, con independencia de diferencias normativas, la existencia de una comprensión común de la institución matrimonial en los distintos Estados miembros.

<sup>5</sup> *ADGRN*; 1995, pp.2071-2073.

<sup>6</sup> Para la determinación del registro competente *vid.* artículos 16 LRC y 238 RRC.

<sup>7</sup> El expediente matrimonial previo no es necesario en los casos de matrimonios canónicos, y, excepcionalmente, musulmanes. *Vid.* artículos 63 CC y 256.2 RRC, junto con los Acuerdos celebrados por el Estado español con la Comisión Islámica de España, de 10 de noviembre de 1992, cuyo artículo 7 señala: “las personas que deseen celebrar el matrimonio en la forma prevista deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial mediante certificación expedida por el Registro Civil”; y con la Santa Sede, de 3 de enero de 1979. Por el contrario, los Acuerdos firmados el 10 de noviembre de 1992 por el Estado español y las Entidades religiosas Evangélicas de España y la Federación de comunidades israelitas de España, no contemplan ningún tratamiento privilegiado.

<sup>8</sup> Los expedientes administrativos tramitados por la DGRN tienen una naturaleza *sui generis*, encontrándose en una zona intermedia entre lo jurisdiccional y lo administrativo que puede encuadrarse en lo que se ha dado en llamar la “función legitimadora del Derecho privado”. El expediente matrimonial está dirigido a constatar

cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento aplicable, el registrador debe calificar aquello que se pretende inscribir (artículos 27 LRC y 122 RRC), esto es, el matrimonio; calificación que, en todo caso, habrá de realizarse de conformidad con el Derecho español como Derecho del foro (artículo 8.2 y 12.1 CC).

En el Derecho español el matrimonio es un negocio jurídico para el que se requiere el concurso de las voluntades de los contrayentes manifestadas en forma solemne. El Código Civil no señala expresamente la finalidad de esta institución. Sin embargo, a partir de la determinación legal de los derechos y deberes de los esposos, bien puede decirse, como lo hace la Instrucción de la DGRN de 1995, que la finalidad del matrimonio es fundar una familia<sup>9</sup>.

Como ocurre en otros negocios jurídicos que parten del concurso de voluntades<sup>10</sup>, el consentimiento en su realización es la condición esencial para su validez, de modo que los vicios, errores o fraudes del consentimiento conducen a la declaración de la nulidad radical del matrimonio (artículo 73.1 CC). Así, y con independencia de las leyes aplicables a la capacidad matrimonial (artículo 9.1 CC); a la forma de la celebración del negocio jurídico (artículos 49 y 50 CC) y a sus efectos personales y patrimoniales (artículo 9.2 CC), si no existe consentimiento no hay matrimonio, y, consiguientemente, no procede realizar inscripción alguna en los registros españoles.

**3. El consentimiento matrimonial** no es otra cosa que la voluntad de celebrar el matrimonio como negocio jurídico<sup>11</sup>. Es de todos conocido que una manifestación de

---

la existencia y legalidad del matrimonio como acto inscribible.

<sup>9</sup> Los artículos 66-68 CC establecen la igualdad de derechos y deberes del marido y la mujer, y concretan como deberes el respeto, la ayuda y el socorro mutuos, la convivencia, la fidelidad, y *la actuación en interés de la familia*.

<sup>10</sup> Sin perjuicio de las diferencias que existen entre el negocio jurídico matrimonial y los contratos como negocios jurídicos esencialmente patrimoniales.

<sup>11</sup> La adjetivación matrimonial del consentimiento no supone que se trate de un consentimiento especial y distinto del que se requiere para el perfeccionamiento de otros negocios jurídicos. Si la ley hubiera querido introducir una nueva modalidad de consentimiento hubiera expresado sus características y requisitos. De ahí que las disquisiciones sobre la ley aplicable a la existencia, como “aspecto intrínseco” (que no a su exigencia ni a su forma de expresión, como “aspectos extrínsecos”) del consentimiento matrimonial carezcan de sentido práctico; *vid.* E. Artuch Iriberry, “La exigencia de consentimiento en las relaciones de familia en el Derecho internacional privado español”. *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp.185-191. Cosa distinta es que puedan existir normas

voluntad con consecuencias jurídicas requiere que el declarante esté capacitado para realizar el negocio jurídico de que se trate. La capacidad, premisa esencial para manifestar el consentimiento de forma válida, se rige en España con carácter general<sup>12</sup> por la ley personal (artículo 9.1 del CC)<sup>13</sup>. Se asume que quien es considerado capaz según su ley nacional, sin perjuicio de los requisitos que ésta pueda establecer, reúne las condiciones para prestar el consentimiento que requiere la institución matrimonial en el Derecho español<sup>14</sup>. La acreditación de la capacidad del contrayente extranjero habrá de realizarse a través de la prueba de su ley nacional (artículo 91 RRC), verificando que su situación satisface las exigencias que ésta prevé<sup>15</sup>, sin que ello impida señalar la falta de capacidad cuando la ley extranjera conduzca a situaciones contrarias al orden público español<sup>16</sup>.

---

referentes a la capacidad cuya aplicación sea impuesta con independencia de la ley personal del interesado, como prevé el artículo 2 del Convenio sobre consentimiento, edad mínima y registro de matrimonio de 10 de diciembre de 1962 respecto de la edad.

<sup>12</sup> Salvo casos excepcionales no relacionados con el derecho de personas y familia, como el recogido en el artículo 10.8 CC y el correlativo artículo 10 del Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales.

<sup>13</sup> A. Ortiz Arce de la Fuente, “Comentarios al artículo 9 CC”. *Comentarios al Código Civil*. Coordinado por J. Rams Albesa. Vol. I. Título Preliminar. Bosch, 2000, pp.281-282.

<sup>14</sup> De ahí que, a la ya mencionada falta de sentido práctico de las disquisiciones sobre si debería existir una norma específica para determinar la ley aplicable al consentimiento matrimonial, quepa añadir que, en todo caso la existencia de tal consentimiento habría de ser calificado de conformidad con el Derecho español como elemento esencial de la institución matrimonial que se pretende inscribir en nuestros registros. De ahí que no pueda compartir el razonamiento según el cual la práctica de la DGRN en materia de matrimonios simulados “ha establecido, de facto, la aplicación del Derecho material español a la fijación de si la simulación existe o no, cuando debiera quedar regido por la ley nacional de quien consintió”. E. Artuch Iriberry, *op. cit.* p.192; J. Carrascosa, *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho Internacional Privado*. Comares. 2000, p.115. Desde mi punto de vista, el consentimiento no deja de regirse por la ley personal, ni la DGRN prescinde de esta ley, por el hecho de que su calificación para ser inscrito en los registros españoles deba conformarse con el Derecho español. En esta línea, esto no supone que el Derecho español rijan también las cuestiones relativas a los errores o vicios del consentimiento, para las que hay que acudir a la ley personal. Otra cosa es que en el contexto de la inmigración y de sociedades pluriculturales se plantee la conveniencia de la admisión de un cierto margen de autonomía de la voluntad, que gire en torno a la ley personal o la de la residencia habitual, en las materias regidas por el estatuto personal; *vid.* J.Y. Carlier, “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad”. *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*. Ed. A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel. Colex. 2000, pp.27-37; o incluso la marginación de la ley personal a favor de la ley que regula la relación jurídica matrimonial; *vid.* J. Carrascosa, *op. cit.* pp.115-118.

<sup>15</sup> No obstante, la Instrucción de la DGRN de 22 de marzo de 1974, *BOE* núm. 90 de 15 de abril, con el fin de evitar, sin mengua de las garantías exigidas, dilaciones y amontonamientos de trámites que pudieran coartar, aún temporalmente, el derecho fundamental de la persona a contraer matrimonio, permite que se pruebe la aptitud matrimonial del contrayente extranjero por medio de una acreditación del Cónsul o funcionario competente del país de la nacionalidad del interesado. Así, aunque no se exijan, los certificados de capacidad matrimonial expedidos por autoridades extranjeras se aceptan como cualquier otro medio de prueba. Resolución de la DGRN de 4 de diciembre de 1991, *REDI* vol. XLIV, 1992, pp.229-230, con nota de M. Amores Conradi.

<sup>16</sup> Así ocurre, por ejemplo, en los casos en los que uno de los contrayentes es marroquí y contrajo matrimonio previo para el que obtuvo un divorcio revocable. En estos supuestos “no se puede permitir que un español

**4.** Por otra parte, las leyes de **otros países pueden exigir a los extranjeros que pretendan contraer matrimonio en sus territorios**, y entre ellos a los españoles, que acrediten su capacidad matrimonial; regida generalmente por su ley personal. Ante la falta de otro instrumento específico en nuestro ordenamiento, el expediente matrimonial es también utilizado para la comprobación y acreditación de la capacidad matrimonial de los ciudadanos españoles (artículo 252 RRC) y concluye con la autorización o rechazo de la expedición de un certificado de capacidad matrimonial<sup>17</sup>.

**5.** Dado que la autoridad registral es la competente para autorizar los matrimonios que hayan de celebrarse en España, así como para la certificación de la capacidad de los españoles que pretendan contraerlo en el extranjero, resulta involucrada en una “misión policial” en el ámbito de la extranjería generalmente criticada por la doctrina, que considera como única vía posible para controlar el fraude en el matrimonio las acciones judiciales de nulidad matrimonial *a posteriori*<sup>18</sup> y, en su caso, la consiguiente aplicación de la norma de extranjería que se hubiese tratado de eludir.

**5.1** Sin embargo, hay que tener presente la principal responsabilidad de los funcionarios del registro civil es el mantenimiento de la autenticidad de los registros (artículo 26 LRC); que hacen fe pública; responsabilidad que, desde luego y en lo que a los matrimonios respecta,

---

contraiga matrimonio con un extranjero casado ya que esto atentaría a la dignidad constitucional de la persona y a la concepción española del matrimonio”. Resolución de la DGRN de 4 de junio de 2001. *BIMJ* núm. 1898, pp.164-166.

<sup>17</sup> España, cuya legislación no exige a los ciudadanos extranjeros la presentación de un certificado de capacidad para contraer matrimonio, es parte en el Convenio relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, de 5 de septiembre de 1980. En virtud del artículo 1 de este Convenio se adquiere el compromiso de expedir, a solicitud del ciudadano nacional interesado, un certificado de capacidad para la celebración de un matrimonio en el extranjero cuando éste “*reúna*, con respecto a la ley del Estado que expida el certificado, las *condiciones necesarias para contraer dicho matrimonio*”. Sobre el régimen convencional y autónomo de expedición de certificados de capacidad matrimonial *vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Cooperación internacional en la celebración del matrimonio: certificados de capacidad matrimonial”. *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp.405-419.

<sup>18</sup> R. Arroyo Montero y S. Sánchez Lorenzo, “Nota a la Resolución de la DGRN de 7 de mayo de 1990”. *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*. Vol. XLIII (1991) 1, pp.234-236; V. San Julián Puig, “Inmigración y Derecho de familia. Estudio de la Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995”. *BIMJ* núm. 1814, pp.5-26; P. Domínguez Lozano, “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”. *REDI*, vol. XLVII (1995) 1, pp.317-318; y nota de P. Maestre Casas a la Resolución de la DGRN de 6 de mayo de 1998, en

debe asumirse en la inscripción de cualquier matrimonio y no sólo respecto de aquellos en los que al menos uno de los contrayentes está domiciliado o es extranjero.

Esta responsabilidad incluye un control sobre la realidad del acto inscribible; y, teniendo en cuenta la esencialidad del consentimiento para la validez del matrimonio según la calificación española, un *control razonable* sobre su “existencia”<sup>19</sup>, sobre la aceptación y asunción de los derechos y cargas que la institución conlleva, a través de las audiencias reservadas y por separado de los futuros cónyuges (artículo 246 RRC e Instrucción DGRN de 9 de enero de 1995)<sup>20</sup>, es no sólo lógico sino exigible. Esto no impide afirmar que resulta imposible valorar íntegramente la *convicción subjetiva profunda* de una persona, y que, desde luego, en la *indagación posible* sobre su voluntad no puede invadirse nunca el derecho fundamental a la intimidad (artículo 18 CE) ni perder de vista que el *ius nubendi* es un derecho fundamental reconocido tanto en nuestra Constitución (artículo 32) como en diversos instrumentos internacionales<sup>21</sup>. El *ius nubendi*, como cualquier derecho fundamental, no debe ser coartado salvo cuando exista un uso abusivo del mismo<sup>22</sup>. Aunque el contenido constitucional del *ius nubendi* no está determinado positivamente, parece evidente que en ningún caso contempla un ejercicio meramente instrumental, y así lo reconoce el CC al establecer los derechos y obligaciones de los cónyuges.

---

*Anuario Español de Derecho Internacional Privado (AEDIPr.)*, t. 0. 2000, pp.857-860.

<sup>19</sup> En realidad, se trata de acreditar su inexistencia. *Vid. supra*. Este control razonable no incluye la determinación de la existencia de vicios del consentimiento que, al incidir sobre la validez o nulidad del negocio jurídico, pero no sobre la propia celebración del negocio en sí mismo, constituyen errores en la formación de la voluntad del contrayente y se rigen por la ley aplicable al negocio jurídico en cuestión (artículo 9.2 CC). *Vid. infra*.

<sup>20</sup> Tan es así que en alguna resolución de la DGRN, de 15 de septiembre de 1999, *BIMJ* núm. 1859, pp.193-194, la omisión de las audiencias reservadas llevó a acordar la reposición del expediente para que, tras mantener las audiencias correspondientes, se dictase una nueva resolución

<sup>21</sup> Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966; artículo 12 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950; artículo 5 d) IV del Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 7 de marzo de 1966; artículo 16 del Convenio sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979; y artículo 9 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea.

<sup>22</sup> J.C. Bartolomé Cenzano, “Los límites de los derechos y libertades. Evolución jurisprudencial del límite de orden público en España”. *BIMJ* núm 1870, pp.5-32 y núm.1871, pp.5-38. Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución no son derechos ilimitados, sino que encuentran sus límites en el derecho de los demás y, en general, en otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos.

**5.2** Este planteamiento supone que cuando la intervención del registrador no está destinada a la inscripción, como es el caso de las solicitudes de certificados de capacidad<sup>23</sup>, por mucho que el expediente para tramitarlo sea el matrimonial, puesto que no existe otro instrumento específico, la responsabilidad en el mantenimiento de la veracidad de los registros no existe; y, desde mi punto de vista y en contra de lo que mantiene la Instrucción de 9 de enero de 1995, el registrador debiera limitarse a certificar la capacidad del ciudadano español para contraer matrimonio. Hay que tener capacidad para consentir, pero el consentimiento no aporta información alguna sobre la capacidad.

Cosa distinta es que, necesariamente en un momento posterior, se pretenda la inscripción en nuestros registros del matrimonio celebrado en el extranjero<sup>24</sup>. Este trámite requerirá en primer lugar, y con independencia de que se hubiera exigido o no el certificado de capacidad a los contrayentes en la celebración, la calificación de la situación. Teniendo en cuenta el carácter esencial del consentimiento en el matrimonio español, la calificación precisará “controlar la existencia” del consentimiento, en este caso a través de las declaraciones complementarias (artículo 256 RRC)<sup>25</sup>. De ahí que pueda decirse que el “control del consentimiento” para la expedición de los certificados de capacidad para contraer matrimonio por el mero hecho de que deba tramitarse a través del expediente matrimonial, constituye una utilización impropia y abusiva del mencionado expediente.

---

<sup>23</sup> Aunque se reconozca la “doble finalidad” del certificado de capacidad matrimonial; *vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, *op. cit.*, esto es, facilitar la acreditación de la capacidad de los ciudadanos españoles, y evitar que se celebren matrimonios nulos; hay que decir que esta segunda finalidad es absolutamente irrelevante en cuanto a la celebración del matrimonio para el Derecho español, que no exige a los españoles la obtención de este certificado para contraer matrimonio en el extranjero. En todo caso, podría tener alguna relevancia en el reconocimiento (la inscripción en los registros españoles) del matrimonio celebrado en el extranjero.

<sup>24</sup> En principio, los españoles están obligados a promover la inscripción del matrimonio que hayan contraído en el extranjero; *vid.* artículo 24 LRC.

<sup>25</sup> Desde que se dictó la Resolución de 30 de mayo de 1995, la DGRN ha reiterado que para la inscripción matrimonios celebrados en la forma extranjera permitida por la *lex loci*, el Encargado podrá calificar la ausencia de consentimiento con base en los artículos 65 CC, 73 LRC y 256-257 RRC. Aunque se ha dicho M. Aguilar Benítez de Lugo y H. Grieder, “El matrimonio de conveniencia”, *BIMJ* núm. 1879, pp.5-26, entre otros, que esto supone una aplicación extensiva de la Instrucción de 1995, referida tan sólo a los expedientes matrimoniales; creo que la actuación de los Registros en estos casos no tiene relación alguna con el expediente matrimonial ni, por lo tanto, con la mencionada Instrucción. Se trata, meramente, de la ordinaria calificación del acto para su inscripción. Por lo demás, frente a quienes señalan que este modo de proceder supone realizar un control sobre requisitos subjetivos que, en todo caso, hubieran correspondido ya a la autoridad extranjera ante la que se celebró el matrimonio, hay que insistir en que, con independencia de su carácter subjetivo, el consentimiento es un elemento esencial de la institución matrimonial según el Derecho español, conforme al cual debe calificarse cualquier acto o documento extranjero cuya inscripción se pretenda



6. Bajo ningún concepto el “control del consentimiento” puede consistir en la acreditación de su existencia pues, la buena fe, como la inocencia y el consentimiento, se presumen. El expediente matrimonial debe limitarse a **determinar**, apriorísticamente, **la inexistencia del consentimiento**, lo que plantea, como se ha señalado, importantes problemas pues se trata de acreditar la ausencia de una *convicción subjetiva* profunda: que existe una falta de voluntad, necesariamente subjetiva, de asumir los derechos y deberes del matrimonio; y que lo único que se pretende es la utilización instrumental de la institución.

Esto parece, en principio, bien una misión imposible, o bien una “investigación” que deja un potencialmente importante y peligroso margen de discreción en manos de la autoridad registral. Sin embargo, no cabe duda de que las situaciones y los comportamientos revelan las intenciones de los individuos y, por lo tanto, es razonable inferir de ellas indicios de la falta de consentimiento. Por lo demás, teniendo en cuenta que se manejan pruebas de las llamadas “de presunción”, su admisión requiere: a) que los indicios estén plenamente demostrados; b) que la relación causal entre hechos e indicios esté suficientemente razonada; y c) que si existen otras razones para explicar los indicios, se analicen y se expliquen las causas de su rechazo<sup>26</sup>. Expresado en los términos habituales de las resoluciones, que la DGRN toma del artículo 1.253 CC,: “deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo y según las reglas del criterio humano, *la ausencia de consentimiento* que se trata de *probar*”.

6.1 Como no podía ser de otro modo, y la Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995 reconoce, en caso de duda debe autorizarse el matrimonio. En la resolución de los recursos planteados contra los expedientes matrimoniales, ya sean de autorización o de certificados de capacidad, la DGRN, reforzando de este modo el carácter fundamental de la comparecencia reservada y por separado de los cónyuges, suele señalar que “por razones de inmediatez, las personas que han presenciado las manifestaciones de las partes son quienes están en mejores condiciones para apreciar la simulación”. Esto no ha impedido, sin

---

en los registros de nuestro país.

<sup>26</sup> STC 174 y 175/85 de 17 de diciembre.

embargo, que en la mayoría de los expedientes de autorización matrimonial, las resoluciones de la DGRN hayan estimado los recursos revocando los autos apelados y declarando la ausencia de obstáculos para la celebración del matrimonio. En estos los recursos, la DGRN acepta que las pruebas de la ausencia de consentimiento no son bastantes. Sin menospreciar el número de casos en los que los matrimonios no se autorizan; puede decirse que generalmente se trata de casos flagrantes de fraude. Cosa distinta son los menos frecuentes certificados de capacidad matrimonial, en los que, además, la proporción negativa dobla la positiva.

**6.2** Salvo error u omisión, en el período transcurrido entre los meses de enero de 2000 y junio de 2001, la DGRN ha dictado un total de 71 resoluciones sobre autorizaciones para contraer matrimonio y 8 sobre la expedición de certificados de capacidad matrimonial. La amplia mayoría de las resoluciones relativas a la *autorización de matrimonio* fueron *favorables* (51 casos); y su fundamentación recurrente (46 casos) ha sido la *falta de datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento*<sup>27</sup>. Entre las desfavorables (20 casos), la fundamentación dominante (18 casos) es precisamente la contraria; esto es la presencia de “datos bastantes para acreditar la ausencia de consentimiento”<sup>28</sup>. Por el contrario, las resoluciones sobre *certificados de capacidad matrimonial rechazan* casi unánimemente su expedición (7 casos), fundándose siempre en la existencia de suficientes datos objetivos para deducir la *ausencia de consentimiento*. Sólo en un supuesto se dictaminó la insuficiencia de los datos objetivos para deducir la ausencia de consentimiento. De estos datos puede deducirse que el consentimiento, más concretamente, la determinación de su existencia, cobra un protagonismo prácticamente exclusivo en la doctrina de la DGRN sobre autorización y capacidad matrimonial.

---

<sup>27</sup> Otras razones que han conducido en última instancia a la autorización de los matrimonios han sido: 1. la previa obtención de una sentencia judicial de cambio de sexo de uno de los contrayentes (1 caso); 2. el dictamen favorable del médico forense respecto de una incapacitada parcial en el ámbito patrimonial, pese a la oposición del padre titular de la patria potestad prorrogada (1 caso); 3. La existencia de una sentencia de divorcio de un extranjero que contrajo matrimonio en otro país, sin que en este caso se requiera el *exequatur* (1 caso); y 4. la previa celebración de un matrimonio canónico que por circunstancias particulares resultaría nulo (1 caso).

<sup>28</sup> Las otras razones son: 1. que el contrayente no acreditó la disolución de un matrimonio anterior (1 caso); 2. que un tío y una sobrina necesitan una dispensa previa para contraer matrimonio (1 caso); y 3. Que la inscripción del matrimonio de las mismas personas ya había sido rechazada y no existían nuevos datos que no hubieran sido tenidos en cuenta previamente.

**6.3** Los recursos que llegan a la DGRN en materia de autorización de matrimonio y de capacidad matrimonial se refieren de forma casi exclusiva a **matrimonios mixtos** en los que los contrayentes extranjeros suelen ostentar la nacionalidad de países de fuerte inmigración a nuestro territorio (marroquíes, colombianos y de otros países iberoamericanos, así como de países del centro y este europeos). No puede extrañar que se pretenda la celebración de matrimonios entre los españoles o los residentes en España y quienes se establecen en nuestro país, aun cuando este establecimiento se produzca ilegalmente. Así, y sin perjuicio de que pueda ser indiciaria, la DGRN tiene establecido que la situación irregular del extranjero no es *por si sola* un hecho determinante para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial<sup>29</sup>; como tampoco lo es que éste hubiera intentado previamente contraer matrimonio con otro español sin haber obtenido autorización para hacerlo por falta de consentimiento<sup>30</sup>.

En todo caso, la DGRN reconoce que para la determinación del consentimiento matrimonial debe prescindirse de los motivos particulares que llevan a las partes a celebrar el negocio jurídico pues la indagación invadiría la esfera de su intimidad personal constitucionalmente protegida. Además, las razones que llevan a las partes a contraer matrimonio son irrelevantes en tanto ambas acepten y asuman los derechos y obligaciones que la institución conlleva. Por lo tanto, aunque no es extraño que los motivos salgan a la luz durante la comparecencia personal; por ejemplo, el español pretende al casarse en Cuba con una nacional de este país mucho más joven que él, a quien ha conocido sólo por teléfono y durante 8 días para no estar sólo<sup>31</sup>; o quien pretende adquirir la nacionalidad española<sup>32</sup>, esto no es suficiente para determinar la ausencia de consentimiento.

**6.4** Con carácter general, la DGRN reconoce la falta de consentimiento matrimonial cuando se constata una **ausencia total de conocimiento de la vida personal y familiar** del futuro cónyuge o se producen importantes discrepancias en sus respectivas declaraciones. Unido

---

<sup>29</sup> Resolución de la DGRN de 19 de abril de 2001. *BIMJ* núm. 1895, pp.167-170.

<sup>30</sup> Resolución de la DGRN de 4 de junio de 2001. *BIMJ* núm. 1898, pp.161-163.

<sup>31</sup> Resolución de la DGRN de 14 de mayo de 2001. *BIMJ* núm.1897, pp.102-104.

<sup>32</sup> Resolución de la DGRN de 14 de abril de 2000. *BIMJ* núm. 1871 pp.108-111.

al desconocimiento, la falta de idioma común para comunicarse y/o el especial interés del contrayente extranjero por trasladarse a España, suelen constituirse en pruebas de la falta de consentimiento matrimonial. La “notable” diferencia de edad entre los contrayentes también ha sido esgrimida en este contexto excepcionalmente pero siempre relacionada con las importantes discrepancias en las declaraciones de las partes.

La **superficialidad del conocimiento no es de por sí suficiente** para acreditar la ausencia de consentimiento; en palabras de la DGRN “el mero desconocimiento de alguna circunstancia del otro cónyuge no es suficiente para la denegación, para apreciar la existencia de fraude hay que contar con más datos objetivos”<sup>33</sup>. En este sentido, no son pocos los casos en los que la DGRN “culpa” a los instructores de los expedientes de la falta de información por dar a la audiencia reservada un carácter “meramente formulario”; recordándoles incluso, a veces con tintes casi inquisitoriales, “la necesidad de una aplicación *más rigurosa* de la Instrucción de esta Dirección General de 9 de enero de 1995, evitando la celebración de audiencias reservadas meramente formularias”<sup>34</sup>, como la propia instrucción exige. No obstante, no puede dejarse de notar que la propia DGRN señaló en su día que “el temor al delito y la conveniente prudencia para evitar matrimonios ilegales no debe traducirse prácticamente en un exceso de cautelas impropias de la general presunción de buena fe”<sup>35</sup>. En esta línea insiste en que “la *investigación policial* sobre el consentimiento prematrimonial de los promotores es a todas luces una medida excesiva que podría atentar contra la intimidad personal y cuyo resultado poco aclararía sobre la voluntad interna de los contrayentes”<sup>36</sup>.

Por lo demás, la existencia de **hijos en común y los embarazos**; así como la **convivencia** son circunstancias que determinan la imposibilidad de acreditar la ausencia de consentimiento matrimonial puesto que suponen la existencia de comportamientos propios de la institución. A esta conclusión contribuye también la **duración de la relación** que se tendrá como la declarada por las partes salvo prueba en contrario. En algunos casos, la

---

<sup>33</sup> Resolución de la DGRN de 13 de junio de 2001. *BIMJ* núm. 1899, pp.115-118.

<sup>34</sup> Resolución de la DGRN de 3 de febrero de 2001. *BIMJ* núm. 1892, pp.94-96. La cursiva es mía.

<sup>35</sup> Instrucción de la DGRN de 22 de marzo de 1974, *loc. cit.*

<sup>36</sup> Resolución de la DGRN de 25 de septiembre de 1995. *BIMJ* núm. 1762, pp.61-64.

duración de la relación (1 año de comunicación telefónica y algún viaje) desvirtúa el peso indiciario de la falta de consentimiento por encima de una ostensible diferencia de edad (70 años él, español, y 21 ella, marroquí) y de la inexistencia de una lengua común de comunicación<sup>37</sup>. La mera ausencia de un idioma común de comunicación no puede implicar la existencia de simulación ya que la propia normativa española habla del matrimonio contraído con la intervención de un intérprete (artículo 258 RRC).

7. A modo de **conclusiones** puede decirse que:

A. Con carácter general, la DGRN sólo deja de autorizar la celebración de matrimonios cuando los datos revelan flagrantemente la intención fraudulenta de las partes. Desde luego que estos casos también podrían ser controlados *a posteriori*; pero si se pueden evitar, con todo lo que ello conlleva de retorno a la situación que existía antes de la celebración del matrimonio y la aplicación de las normas que se hubiesen tratado de eludir, mejor.

B. Lo que sí está claro, es que el celo en el control de la autenticidad de lo que consta en los registros españoles debiera ejercerse por igual respecto de los matrimonios celebrados entre nacionales, entre extranjeros y en los matrimonios mixtos, con independencia de sus respectivos lugares de residencia; y que los criterios que presidan este control deben ser los mismos en todo caso.

C. Por lo demás, desde mi punto de vista, el análisis del consentimiento no debiera realizarse en los certificados de capacidad matrimonial dada la finalidad del certificado y a pesar de que su obtención se tramite a través del expediente matrimonial. La expedición de un certificado matrimonial no es el momento ni el lugar para que el registrador controle la autenticidad de algo que no va a inscribirse en el registro español hasta un momento posterior; en el que, en todo caso, procederá el control a través de las correspondientes declaraciones complementarias.

---

<sup>37</sup> Resolución de la DGRN de 1 de marzo de 2001. *BIMJ* núm. 1892, pp.168-170.