

EL MATRIMONIO DE CONVENIENCIA O COMPLACENCIA COMO PROBLEMA JURÍDICO EN EL FENÓMENO MIGRATORIO¹

Ester Mocholi^(a)

MARRIAGE OF CONVENIENCE OR COMPLACENCY AS A
LEGAL PROBLEM OF THE MIGRATORY PHENOMENON

O CASAMENTO DE CONVENIÊNCIA OU COMPLACÊNCIA COMO
PROBLEMA JURÍDICO NO FENÔMENO MIGRATÓRIO

Fecha de recepción: 26 de mayo del 2020

Fecha de aprobación: 20 de agosto del 2020

Disponible en línea: 20 de octubre del 2020

Sugerencia de citación:

Mocholi, E. (2021). El matrimonio de conveniencia o complacencia como problema jurídico en el fenómeno migratorio. *Razón Crítica*, 10, 295-324. <https://doi.org/10.21789/25007807.1612>

(1)

Este artículo de reflexión es el resultado del trabajo de investigación expuesto como ponencia en las Jornadas sobre "Migración y Seguridad" organizadas por el grupo de investigación SEGERICode la Universidad Nebrija en el 2019.

(a) Ester Mocholi

Decana Facultad de Derecho, Universidad Antonio de Nebrija, España

<https://orcid.org/0000-0002-9558-7582>

emocholi@nebrija.es

ABSTRACT

Several social issues involved in the migratory phenomenon generate direct or indirect impacts over the law. Depending on the treatment given to such issues by internal and international regulations, there is a series of factual situations that entail risks due to the existing discrepancy of what is reflected in the Civil Registry and the legitimacy of a particular legal act. One of these situations is observed in the marriages of complacency. Therefore, based on the factual assumptions addressed in the most important judgments by the Spanish jurisdiction during the last 10 years, this article studies the recent legislative reform enacted in Spain and questions some of the problematic issues this has established.

KEYWORDS: crime against foreign nationals; marriage of complacency; migration; nullity; marital consent.

RESUMO

O fenômeno migratório traz vários problemas de caráter social que impactam de maneira direta e indireta no direito. Em função do tratamento dado a esses aspectos pela regulamentação nacional e internacional, são produzidas situações de fato que podem supor um risco pela discordância do que o Registro Civil reflete e, em consonância, para a legalidade da situação. Um desses pressupostos é o caso do casamento de complacência. Neste artigo, é analisada a última reforma legislativa e questionada sua problemática sobre a base dos pressupostos de fato analisados pelas sentenças mais importantes dos últimos 10 anos na jurisdição espanhola.

PALAVRAS-CHAVE: delito contra estrangeiros; casamento de complacência; migração; nulidade; consentimento matrimonial.

INTRODUCCIÓN

En el presente estudio se procederá a realizar un análisis comparativo de las causas de nulidad del matrimonio de complacencia, desde la perspectiva jurisprudencial y administrativa. En este último caso, mediante la doctrina derivada de las resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, tradicionalmente conocida como Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN).

El matrimonio de complacencia, también nombrado como matrimonio de conveniencia, es aquel que se celebra sin verdadera voluntad de contraer el compromiso, ni de convivencia entre los esposos. Las partes proceden a su celebración, con el propósito de adquirir un beneficio consistente en la obtención de las consecuencias legales que en cada estado se le atribuyen, y son derivadas de la institución del matrimonio. En particular, esta figura está íntimamente vinculada al extranjero y la migración. Dicho matrimonio se celebra con el objeto exclusivo de obtener la nacionalidad o la residencia legal de manera rápida, por parte del contrayente que no es nacional del estado del que desea obtener dicha nacionalidad o residencia legal. Esta concepción, excluye claramente del concepto de matrimonio de conveniencia a aquellos en los que la obtención de la nacionalidad se produce, pero en los que sí existe voluntad de contraer matrimonio, con las consecuencias y obligaciones que este conlleva. Es decir, la simulación, se convierte en un requisito indispensable para enfrentarse ante un matrimonio de complacencia, y poder debatir su nulidad.

Este tema se ha considerado de actualidad, puesto que en los últimos años han aumentado los supuestos de denegación de expedientes

matrimoniales, por entender que se trata de un matrimonio de complacencia. A ello se ha unido la proliferación de redes locales, que se enriquecen de manera ilícita al brindar parejas a extranjeros que optan por inmigrar a otro país, sin una vía legal para residir en el país de destino. De este modo, facilitan un medio de obtención de la residencia legal “proporcionando un esposo(a)” a cambio de una cantidad de dinero.

Para analizar los problemas legales y jurisdiccionales que surgen de esa figura, en primer lugar se ha recogido el marco legal, para más adelante profundizar, a través del análisis jurisprudencial, en las cuestiones que nos han parecido más destacadas y de recurrente aparición, a saber, la contraposición entre la presunción de simulación y el derecho al matrimonio; el estudio de la naturaleza de los hechos en un caso de matrimonio de complacencia y su tipicidad, por ejemplo, si se trata de un ilícito meramente civil y es necesaria su declaración judicial, o si cabe calificarse de ilícito penal o administrativo, así como otros tipos afines. Por último, se tratará el derecho al matrimonio vinculado a la reagrupación familiar.

Como punto de partida se debe recordar que, en todo acto simulado, se encuentra una emisión o declaración de voluntad llevada a cabo por las partes de común acuerdo, en la cual existe una disparidad entre la voluntad emitida y la voluntad interna.

Un matrimonio es simulado cuando los contrayentes de común acuerdo *consilium simulationis*, y según la apariencia de celebrar un matrimonio, excluyen deliberadamente los efectos propios del estado civil de casado. Lo cual significa que, dicho matrimonio es nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (López-López et al., 1997).

En estos casos, se analizará cómo la simulación en el ordenamiento español es motivo de nulidad, dada la relevancia que en el matrimonio se da a la causa matrimonial: “no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial” (Código Civil, art. 45.1; art. 73.1). Además, no solo nos encontramos con una causa de nulidad civil, sino que también, su caso constituye causa de nulidad eclesiástica (Peña-García, 1999), de acuerdo con lo que el legislador ha denominado “motivo para casarse totalmente extraño a la vida conyugal”, los contrayentes habrán realizado el rito matrimonial *pro forma*, sin tener intención de instaurar en ningún momento vida en común¹.

¹ Desde el 15 de agosto del 2015 se ha instaurado un proceso canónico totalmente novedoso y abreviado para alcanzar la nulidad matrimonial, el artículo 5 del M.P. Mitis Iudex Dominus Iesus, que dará nueva redacción a los artículos 1683-1687 del Código de Derecho Canónico. *Litterae*

Este es el fenómeno que ocurre cuando los futuros esposos no tienen ningún proyecto de vida en común y solo pretenden, mediante la institución del matrimonio, obtener logros o beneficios, en este caso, la nacionalidad o la residencia legal en un país. No se pone en duda que el arraigo con el territorio español, la voluntad del sujeto de ser español, y el favorecimiento de la “unidad jurídica de la familia”, sean argumentos suficientes para justificar la forma de adquisición de la nacionalidad española prevista en el mencionado artículo 22.2.d del Código Civil (Calvo-Caravaca & Carrascosa-González, 2004). Pero no basta con la pretensión de obtener otros logros distintos al matrimonio, sino que se requiere, se excluya por completo los efectos propios del matrimonio, los que realmente vienen unidos a la condición de cónyuge, como lo es la convivencia.

Desde principios del siglo XXI, los supuestos de matrimonio de complacencia se han incrementado de manera exponencial, lo cual ha dado lugar a una jurisprudencia prácticamente uniforme en cuanto a los requisitos que deben concurrir en ese matrimonio para ser calificado de matrimonio simulado, y en consecuencia, nulo de pleno de derecho. Este fenómeno es común en países con una fuerte inmigración, como lo ha sido España en la última década. Por ello, encontramos extensa doctrina sobre la prueba, o los requisitos del consentimiento en la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública².

Normativa

Expresamente no se regulan las consecuencias legales de la declaración de que un matrimonio haya sido matrimonio de complacencia, ni los requisitos a concurrir. Se trata de un acto simulado, y como se ha mencionado, será nulo por aplicación directa del Código Civil.

Apostolicae Motu proprio datae Mitis Index Dominus Iesus quibus canones Codicis Iuris Canonici de causis ad matrimonii nullitatem declarandam reformatur (Peña-García, 2018).

² Así mismo, se deniega la autorización de matrimonio, por carecer de datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial en: Resoluciones 24-2^a de julio del 2000; 4-2^a de diciembre del 2000; 20-1^a de octubre del 2000; 30-1^a y 2^a de enero del 2001; 19 de octubre del 2004; 1 de julio del 2005; 13-4^a, 14-2^a, 5^a y 6^a de noviembre del 2006; 25-1^a, 3^a y 4^a de enero, 30-5^a de abril, 30-4^a de mayo, 11-3^a y 4^a de septiembre, 29-4^a y 6^a de noviembre, 14-1^a y 4^a de diciembre del 2007; 2-1^a, 2^a, 3^a y 4^a de marzo, 1-1^a y 2, 8-1^a, 9-5^a, 6^a y 7^a, 10-1^a, 4^a, 5^a, 6^a, 12-2^a, 15-1^a, 16-1^a, 29-1^a, 4^a, 30-1^a, 2^a y 3^a de junio del 2009; 2-7^a, 3-8^a, 13-8^a, 15-3^a, 4^a y 5^a de diciembre del 2010; 25-47^a, 48^a, 49^a y 50^a de enero y 31-2^a, 3^a, 4^a, 8^a y 10 de enero del 2012; 5-2^a, 19^a, 20^a, 21^a, 22^a, 24^a, 28^a, 67^a, 68^a, 77^a, 83^a, 98^a, 100^a de agosto del 2013; 8-6^a, 7^a, 8^a, 9^a, 10^a, 13^a, 14^a, 22-1^a, 5^a, 6^a, 7^a, 14^a, 29, 38^a, 39^a de mayo del 2015; 11-6^a y 18-36^a, 40^a de septiembre del 2015.

Sin embargo, en otros casos no hay bastantes datos objetivos para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial: Resoluciones 2-2^a, 17-6^a y 7^a de junio del 2009; 23-2^a de junio del 2009; 18-7^a y 8^a de noviembre del 2010, 20-2^a y 3^a mayo del 2015.

En torno a dichos matrimonios de complacencia, deben destacarse las Instrucciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antes Dirección General de los Registros y del Notariado, DGRN) del 9 de enero de 1995, y especialmente, la del 31 de enero del 2006, pues son las que sientan las bases para su determinación, y de ahí su enorme utilidad.

La Instrucción de enero del 2006, define el matrimonio simulado en los siguientes términos:

Así, el matrimonio simulado, tal y como ha sido caracterizado por la doctrina científica más autorizada, es aquel cuyo consentimiento se emite, por una o ambas partes, en forma legal pero mediante simulación, esto es, sin correspondencia con un consentimiento interior, sin una voluntad real y efectiva de contraer matrimonio, excluyendo el matrimonio mismo en la finalidad y en los derechos y obligaciones prefijados por la Ley, o bien un elemento o propiedad esencial del mismo. En el matrimonio simulado se da, por tanto, una situación en que la declaración de voluntad emitida no se corresponde con la real voluntad interna. Cosa diferente es la dificultad de la prueba y la relevancia que en relación con la misma tiene el juego de las presunciones basadas en hechos objetivos. Así ocurre en el caso de los matrimonios de complacencia en los en que el verdadero objetivo pretendido por una o ambas partes es el de obtener determinados beneficios en materia de nacionalidad y de extranjería o el estipendio recibido o prometido a uno de los contrayentes (Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, 2006).

En definitiva, el matrimonio de complacencia se caracterizará, fundamentalmente, porque ambas partes³ mediante *acuerdo simulatorio* que, consiste en la creación de la apariencia de consentimiento, excluirán consciente y deliberadamente los efectos que se atribuyen al matrimonio en el ordenamiento jurídico, con el fin de obtener un beneficio, que en el problema que nos ocupa, será la obtención de la nacionalidad o residencia.

Como ha señalado reiteradamente la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública es “difícil controlar *a priori* el consentimiento sin arriesgar la presunción de buena fe y las garantías del *ius nubendi*, que es un derecho fundamental de la persona” (2006).

³ Se toman ambas partes, ya que si la simulación fuera de una sola de las partes, sería propiamente reserva mental.

El anterior, se convierte en el primer objetivo a analizar. Se debe señalar que hasta que dos personas no acuden a solicitar la apertura del expediente para contraer matrimonio, no se pone en marcha el sistema. Como se verá, el encargado del Registro Civil es quien debe autorizar el matrimonio, tener la convicción de que el compromiso es válido, comprobar el estado de circunstancias que rodea al futuro matrimonio que pretenderá celebrarse y, tener la convicción de que así sea.

Según la mencionada Instrucción del 31 de enero del 2006, es necesario que el Encargado del Registro Civil alcance una “certeza moral plena”, de hallarse en presencia de un matrimonio simulado para acordar la denegación del matrimonio o de su inscripción:

En efecto, si bien no puede exigirse que el Encargado adquiera una conciencia de verdad material absoluta o evidencia total –imposible en el ámbito de las presunciones, ya que con ellas el juez, en este caso el Encargado del Registro, no tiene un conocimiento directo ni indirecto del objeto de la prueba (hecho presunto), sino que deduce ese conocimiento de la prueba de otro hecho distinto (hecho base o indicio) con él unido de forma precisa y directa, según las reglas del criterio humano que no son otras que las del raciocinio lógico (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1986)–, sí es necesario que el Encargado del Registro alcance un convencimiento o convicción plena en el sentido de concluir la valoración del conjunto de la prueba y de las audiencias practicadas (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1986) con un juicio conclusivo de probabilidad cualificada en grado de certeza moral plena sobre la veracidad del hecho de haber mediado un consentimiento simulado, descartando los casos de mera verosimilitud y los de duda o simple probabilidad. Y todo ello con arreglo a los criterios de la sana crítica, esto es, con arreglo a criterios valorativos racionales y a las máximas de experiencia común. Por ello, si la convicción de la simulación no es plena, el matrimonio deberá autorizarse o, en su caso, inscribirse (Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, 2006).

Por consiguiente, se convierte en un trámite clave, la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, prevista en el

artículo 246 del Reglamento del Registro Civil, y minuciosamente diseñada en la Instrucción del 31 de enero del 2006^[4].

La regulación del expediente previo al matrimonio se encontraba en la Ley del Registro Civil del 8 de junio del 1957, que requería una reforma evidente. La Ley fue sustituida por la Ley 20 (2011), del 21 de julio, que establecía un plazo de *vacatio legis* de tres años, sin embargo, sucesivas normas han ido posponiendo la entrada en vigor de dicha Ley. En primer lugar, la Disposición Adicional (DA) 20ª de la Ley 18 (2014), del 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y eficiencia, que pospuso la entrada al 15 de julio del 2015; más tarde, la Ley 19 (2015), de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en la Administración de Justicia y Registro Civil, donde se pospone nuevamente la entrada en vigor al 20 de junio del 2017. Posteriormente, la Ley 4 (2017), del 28 de junio, de modificación de la Ley 15 (2015), del 2 de julio de jurisdicción voluntaria establece que la Ley 20 (2011), del 21 de julio del Registro Civil, entrará en vigor el 30 de junio del 2018, prorrogando otro año más su entrada.

Sin embargo, y por asombroso que parezca, la Comisión de Justicia del Congreso el 12 junio del 2018, acordó prorrogar la entrada en vigor hasta el 30 de junio del 2020, por lo que de facto aún no está vigente el nuevo proceso.

En el régimen aún vigente hasta el 30 junio del 2020, el encargado en el expediente previo y dentro del trámite de la audiencia, debe comprobar por medio de las declaraciones de los contrayentes, si el matrimonio cumple todos los requisitos legales exigidos por el Código Civil (CC) y entre ellos, la existencia de real consentimiento matrimonial. En caso de apreciar la falta de consentimiento debe denegar la celebración (Reglamento del Registro Civil [RRC], 1958, art. 247).

A partir del 30 junio de 2020, la tramitación del acta o expediente previo al matrimonio es competencia del Notario, Letrado de la Administración de Justicia o Encargado del Registro Civil.

4 Véase las Resoluciones en las que la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública insiste en la trascendencia de dicha audiencia: **Resolución de 18 de noviembre del 2005**. “En cuanto que por él puede en ocasiones descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para el extranjero”. **Resolución de 27 de junio del 2006** “Las Instrucciones citadas tratan de evitar que esos matrimonios fraudulentos lleguen a celebrarse dentro del territorio español, recordando la importancia que en el expediente previo a la celebración del matrimonio tiene el trámite de la audiencia personal, reservada y por separado, de cada contrayente”.

El artículo 58 de la Ley del Registro Civil (LRC) del 2011, modificado sucesivamente, regula en detalle el mencionado trámite de audiencia que podrá sustanciarse no solo ante el Encargado del Registro Civil, sino también ante el Letrado de la Administración de Justicia (Secretario Judicial) o el Notario, los cuales oirán por separado a ambos contrayentes para cerciorarse de la capacidad de las partes y de que no exista ningún impedimento (expediente previo al matrimonio civil)⁵.

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

Hasta el momento se ha analizado el concepto de matrimonio de conveniencia y su posible nulidad por carecer de causa, así como la legislación aplicable al proceso. A continuación, se analizan los problemas entendidos como los más relevantes asociados a la figura y su tratamiento jurisprudencial. Para la elaboración de este artículo, se analizó la jurisprudencia desde el 2010 seleccionando aquellas sentencias que recogen el posicionamiento del Tribunal Supremo (TS) y las Audiencias Provinciales en los diferentes problemas seleccionados.

El dilema de la simulación versus *ius connubii*

Como se señaló, ha sido numerosa la jurisprudencia destinada a determinar cuándo nos encontramos ante un consentimiento matrimonial

⁵ El artículo 58 de la LRC por el cual se regula el expediente matrimonial (última actualización publicada el 29 de junio del 2017, en vigor a partir del 30 junio del 2020):

“1. El matrimonio en forma civil se celebrará ante la jurisprudencia de Paz, Alcalde o Concejal en quien este delegue, Secretario judicial, Notario, o funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil.

2. La celebración del matrimonio requerirá la previa tramitación o instrucción de un acta o expediente a instancia de los contrayentes para acreditar el cumplimiento de los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier otro obstáculo, de acuerdo con lo previsto en el Código Civil. La tramitación del acta competirá al Notario del lugar del domicilio de cualquiera de los contrayentes. La instrucción del expediente corresponderá al Secretario judicial o Encargado del Registro Civil del domicilio de uno de los contrayentes.

3. El expediente finalizará con una resolución del Secretario del Ayuntamiento en la que se autorice o deniegue la celebración del matrimonio. La denegación deberá ser motivada y expresar, en su caso, con claridad la falta de capacidad o el impedimento en el que funda la denegación.

4. Contra esta resolución cabe recurso ante el Encargado del Registro Civil, cuya resolución se someterá al régimen de recursos ante la Dirección General de los Registros y del Notariado previsto por esta Ley.

5. El Letrado de la Administración de Justicia, Notario o Encargado del Registro Civil oirá a ambos contrayentes reservadamente y por separado para cerciorarse de su capacidad y de la inexistencia de cualquier impedimento. Asimismo, se podrán solicitar los informes y practicar las diligencias pertinentes, sean o no propuestas por los requirentes, para acreditar el estado, capacidad o domicilio de los contrayentes o cualesquiera otros extremos necesarios para apreciar la validez de su consentimiento y la veracidad del matrimonio [...]”.

simulado, qué prueba debe exigirse para llegar a destruir la presunción de buena fe, e interferir en el derecho a contraer libremente matrimonio.

En primer lugar, se destaca que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia del 19 de julio del 2017⁶, es en especial relevante porque por primera vez entra de lleno en esta dualidad y se pronunciará dejando un gran arbitrio al juzgador.

La Audiencia señala como mandato que, el ordenamiento ha de reaccionar ante lo que puede constituir un fraude de ley. También entronca aquí el conflicto con el marco de la política de migración que se siga. Sin embargo, sea más o menos flexible, la Audiencia prima por encima de todo, la necesidad de eliminar aquellas situaciones de apariencia jurídica, de ficciones que “deterioran el contenido de figuras básicas para la convivencia social, si bien veremos si al primar esta reacción no se vulnera el *ius connubii*” (Resolución de la Asamblea General, 1948, art. 16)⁷. La Audiencia analiza el problema de la simulación, entrando a valorar cuál será la consecuencia legal aplicable.

Al inicio no existía unanimidad absoluta en la jurisprudencia en referencia a si los supuestos de matrimonio de complacencia tienen su apoyo para declarar la nulidad en el artículo 73.1 del Código Civil. En principio, parecía dudarse si el citado precepto solo contempla lo propiamente dicho, los supuestos de nulidad para casos de alteraciones mentales, que llevan a inutilizar el consentimiento.

Sin embargo, hoy en día esa postura es minoritaria, bastará poner en conexión el citado artículo 73.1 con el artículo 45, para deducir que, para que haya matrimonio, se precisará el consentimiento propio de esa institución: “*No hay matrimonio sin consentimiento*”. Por lo tanto, la ausencia de este, es decir, de la voluntad de aceptar una relación con proyecto de

6 Sentencia Audiencia Provincial de Valencia del 19 de julio del 2017. En esta apelación, la APEstudia si el caso analizado se trataba o no de matrimonio de los denominados de “complacencia” o “conveniencia” (*mariage blanc*, en terminología francesa), celebrado entre un(a) nacional y un(a) extranjero, no con la finalidad de convivir y mantener una relación propia de dicha institución, sino con la de conseguir para el contrayente de otro país el visado de residencia o la legalización de su situación e incluso su nacionalización (Código Civil, 1989, art. 22). Este tipo de enlaces son relativamente frecuentes en países con un fuerte flujo migratorio, y contrarios al ordenamiento jurídico, pues utilizan la figura del matrimonio como instrumento formal y aparente para obtener fines diferentes de lo que constituye la esencia de aquel, recogida con claridad en el artículo 68 del Código Civil: “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente”.

7 Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General del 10 de diciembre de 1948, cuyo texto indica que “1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

permanencia, convivencia, fidelidad y ayuda mutua, supone la nulidad *in radice* de esa “*apariencia*” matrimonial.

La mayor dificultad se encuentra en la existencia y valoración de las pruebas (normalmente indiciarias y basadas en presunciones), relativas a hechos externos que revelen la voluntad interna de las partes al momento de prestar el consentimiento matrimonial⁸. En este caso, la Audiencia considera que hay un desconocimiento respectivo de lo más elemental de cada cónyuge, propio de personas que no han convivido, ni conviven y que claramente obtienen un beneficio con el matrimonio: obtener el esposo(a) de nacionalidad española.

En relación a la valoración de la prueba, la sentencia que este Tribunal ha venido señalando muestra cómo la doctrina general, en torno al alegato de error valorativo y como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23-5 del 2003:

La valoración probatoria es facultad de los tribunales sustraída a los litigantes, que sí pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza, principio dispositivo y de rogación, pero en forma alguna tratar de imponerlas a los Juzgadores (Sentencia Tribunal Supremo [STS], 23-9, 1996) pues no puede sustituirse la valoración que la Sala en este caso, el juzgador de instancia, hizo de toda la prueba practicada por la valoración que realiza cada parte recurrente, función que corresponde al juez, *a quo* y no a las partes (STS, 10-97, 1997) habida cuenta la abundante doctrina jurisprudencial elaborada sobre la prevalencia de la valoración de las pruebas que realizan los órganos judiciales, por ser más objetiva que la de las partes en defensa de sus particulares intereses (STS, 1-3, 1994).

De este modo, el Tribunal Supremo concluye que dicho desconocimiento mutuo, unido a la presunción del beneficio de obtención de la nacionalidad de uno de los cónyuges, permite valorar que fue correcta la decisión de no autorizar el matrimonio por falta de consentimiento.

⁸ La mayoría de sentencias rechazan la pretensión de nulidad por dos razones: (a) la interpretación necesariamente restrictiva del concepto nulidad y (b) la existencia de relaciones personales anteriores o posteriores entre los contrayentes. La primera parece evidente. No solo por las consecuencias que toda nulidad jurídica lleva consigo, sino porque se contradicen las conclusiones de un expediente judicial. La segunda también, pues esas relaciones presentan un indicio de relación personal propia de la cercanía física y sentimental que normalmente el matrimonio lleva consigo. Por ello, es fundamental la apreciación de las pruebas de cada caso concreto, incluso del comportamiento procesal de las partes.

En consecuencia, para la determinación de una posible simulación y sopesar el equilibrio entre la presunción de validez de la declaración, el derecho al matrimonio y la presunción de simulación, la Audiencia prima mediante indicios la búsqueda de coherencia entre registro y realidad, manteniendo siempre la presunción que ha determinado el juez encargado del registro. Sin embargo, a nuestro juicio no solo se conculca el derecho a contraer matrimonio, sino que se cuestiona la validez de una declaración de voluntad, aun en contra de la manifestación del declarante. El problema es mayor al ponerlo en relación con nuestro sistema de justicia y recursos, puesto que, al considerarse la valoración de dichas declaraciones como una valoración de prueba, según el sistema judicial español, esta competencia solo corresponde al juzgador de instancia. De forma que, se puede producir una conculcación del derecho a contraer matrimonio, sin que siquiera haya un recurso judicial.

A nuestro parecer, no basta un mero juicio del Encargado en contra de las manifestaciones de las partes, sino que se requiere una prueba clara y determinante de la simulación, sin ser suficiente un endurecimiento en juzgar, por el hecho de ser extranjero un contrayente.

¿Podemos encontrarnos ante un ilícito penal, o es meramente civil? ¿Se requiere declaración expresa?

En relación a si cabe hablar de ilícito penal, derivado de la posible simulación en un matrimonio de conveniencia, se destaca la STS del 6 de abril del 2017, número de recurso: 649 (2016), en la cual se anula la condena de dos años de cárcel a una pareja por considerar su matrimonio de conveniencia. Recuerda el Tribunal Supremo que el matrimonio de complacencia, de acuerdo al ordenamiento, “solo puede acarrear sanciones administrativas o derivar en un ilícito civil pero no penal, si no media ánimo de lucro”⁹.

9 . Es el caso de un matrimonio religioso celebrado en España por una ciudadana dominicana con dni español con un ciudadano dominicano. La Audiencia Provincial en la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida afirma “contraído de forma simulada, y por lo tanto inexistente”, con el único fin de legalizar la situación del acusado; la inscripción en el Registro Civil se califica de mendaz; afirmaciones que también se proyectarán sobre las declaraciones realizadas en el expediente para obtener las tarjetas de residente de familiar comunitario de las hijas del “novio”, que considera en la propia declaración de hechos probados como genuinas, pero inauténticas. En la fundamentación de la sentencia se califica el matrimonio celebrado de “falsedad” y se condena a ambos contrayentes “como autores de un delito continuado de falsedad documental ideológica y de un delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros” (Código Penal, art. 318 bis). Se casa la sentencia y se declara la absolución de ambos, contrayentes de ambos delitos. “Ni toda simulación integra nulidad en el ámbito civil; ni todo negocio nulo civilmente por simulación, es falso penalmente. Incluso, en el ámbito civil, no cuenta con una consideración

La citada sentencia indica que la jurisprudencia, de forma tajante, afirma que los matrimonios de complacencia, los matrimonios interesados o los matrimonios de conveniencia.

No pueden dar lugar a falsedad alguna, ni en el celebrante ni en los contrayentes, aunque uno y otro conozcan y consientan las particularidades del acuerdo, del interés o de la ventaja que se quiere obtener con tal unión. Podrá tratarse de un ilícito civil con consecuencias civiles y matrimoniales, más nunca llegar a la incriminación de tal conducta en el contexto del Código Penal (STS, 261, 2017).

La sentencia recoge varios de los centenares de matrimonios de complacencia de los que la fiscalía especializada en extranjería conoce anualmente, salvo casos de usurpación de estado civil o falsedad documental previa, ninguno origina diligencias penales por falsedad documental ideológica basada en el único sustento de ser el consentimiento otorgado por mera conveniencia o complacencia.

Sobre este aspecto, la sentencia también señala que la circular de la Fiscalía General del Estado 1 (2002), de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del fiscal en materia de extranjería,

solo contempla actuación del Ministerio Fiscal ante los matrimonios simulados en el ámbito civil, en forma preventiva y si ya se hubiese inscrito el matrimonio, a través del ejercicio de la acción de nulidad ante la jurisdicción civil. Solo cabría la deducción de testimonio a un juzgado penal una vez hubiese sido declarada previamente la nulidad del matrimonio por simulación en el ámbito civil.

El Tribunal Supremo tampoco entiende que en el país se esté ante un delito de migración. Desde la reforma operada por la Ley Orgánica 1 (2015), la acusación que impute el delito del artículo 318 bis 1 del Código Penal, deberá identificar no solamente la conducta probada,

doctrinal única, la prevalencia de la voluntad interna sobre la declaración emitida. Además, en materia matrimonial no devienen absolutamente equiparables ni todas las normas, ni todas las categorías que sobre la nulidad resultan previstos en el ámbito contractual. La inexistencia, debe entenderse como equivalente a nulidad absoluta, pues carecen de efecto diferenciado alguno” (STS del 6 de abril del 2017).

sino la “concreta infracción administrativa y la razón por la que esta adquiere relevancia penal más allá de una antijuridicidad meramente administrativa”. Circunstancias que no concurren en el caso de autos, dada la relación familiar directa, con finalidad exclusiva de reagrupación familiar, la hija de muy corta edad y el padre del coacusado. Por esta razón, infiere el Tribunal Supremo que concurre la excusa absolutoria de ayuda humanitaria, que excluye la punibilidad, sin que tampoco exista el ánimo de lucro que exige el artículo 318 bis 2, cuando se da ayuda para permanecer en España.

El Tribunal Supremo menciona que conforme al artículo 9.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial,

los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley. Según el apartado 3º del mismo artículo, los del orden jurisdiccional penal tendrán atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales, lo que significa en línea de principio que no corresponde a la Jurisdicción Penal la directa aplicación de las normas de derecho de familia que en el ámbito del derecho privado disciplinan en este caso la institución del matrimonio, y cuya aplicación compete a la Jurisdicción Civil, por los órganos integrados en ella a través de los procedimientos civiles correspondientes, lo que significa que los Juzgados y Tribunales ejercen su Jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por la Ley tal como dispone el artículo 9.1 referido.

La clara manifestación de esta diversidad jurisdiccional, se encuentra en el artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece el criterio excluyente y devolutivo de las cuestiones prejudiciales (por ende su remisión y resolución por juez o tribunal civil):

Cuando sean referentes a la validez de un matrimonio, o cuando traten sobre la supresión de estado civil. Donde la sentencia civil determina la penal, no como consecuencia de la cosa juzgada, que no trasciende al proceso penal, sino por los efectos jurídico-materiales que produce la sentencia civil ‘constitutiva’; por su eficacia como hecho jurídico, esto es, cuando la sentencia es tomada por la norma sustantiva como presupuesto de hecho de la norma jurídica, y la eficacia probatoria de la misma.

Por ello, concluye el más Alto Tribunal que la nulidad matrimonial supone la total ineficacia del matrimonio, declarada judicialmente, por causa que fuera coetánea a su celebración y con efecto retroactivo a dicho momento. De igual manera, conforme pacífica doctrina, exige tres presupuestos o requisitos:

- a) Un matrimonio, o una apariencia de tal, celebrado en cualquiera de las formas legalmente previstas.
- b) Una causa coetánea a la celebración, que consiste fundamentalmente en la ausencia o el defecto de alguno de los requisitos personales, materiales o formales que la ley exige como presupuesto de validez del negocio jurídico matrimonial.
- c) Una sentencia judicial que declare la nulidad. Un matrimonio, únicamente puede ser anulado por sentencia.

Lo anterior es una cuestión pacífica, que supone que “aunque el matrimonio adolezca de alguna o algunas causas que afectan a su validez, mientras no haya una declaración judicial que así lo declare, el matrimonio como tal es válido” y produce los efectos que le son propios.

A partir de esa sentencia, que pudiera recaer en un proceso judicial, el matrimonio deviene en “apariencia de matrimonio”, pues la declaración de su ineficacia se proyecta no solo hacia el futuro, sino también sobre el pasado, dado que sus efectos se retrotraen al momento de contraerlo.

En definitiva, la nulidad del matrimonio es la sanción civil por ausencia o imperfección de alguna de las condiciones legalmente requeridas para la formación del vínculo matrimonial, apareciendo la situación de inexistencia como concreción de esta, sin efecto diferencial alguno en el artículo 45.1 del Código Civil al proclamar que “no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”, y especificándose en el artículo 73.1 en absoluta equiparación que “es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración: el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial”.

Dado que, en el caso de autos no existió declaración previa por juez civil; y la abstracción hecha ahora sobre la consideración del orden jurisdiccional competente, no ha sido solicitada por el Ministerio Fiscal, tampoco lo será por los cónyuges.

La inscripción hace fe del *acto del matrimonio*, de su “celebración”, de la fecha, hora y lugar en que se contrae. Y otorga el título del estado civil correspondiente: casado. Por tanto, la celebración matrimonial fue ‘existente’, el matrimonio *in fieri* se celebró, se contrajo y en su curso se emitió la declaración de voluntad de adquirir estado matrimonial, que

efectivamente se deseaba y otorga la ceremonia en forma reconocida, al margen de la diferenciada voluntad de asumir las obligaciones del matrimonio *in facto esse*, cuya carencia eventualmente, al menos en la doctrina tradicional no excesivamente pacífica en la actualidad, ocasionaría su declaración de nulidad en el ámbito civil.

De igual modo que si se mediara en un inicio, en el momento de la celebración, la asunción de las obligaciones y derechos inherentes a una comunidad de vida, su desaparición ulterior y cese de esa comunidad sin solicitar su disolución, no convierte ese estado familiar matrimonial en inexistente o falso, ni la solicitud de un certificado de matrimonio o libro de familia tras esa crisis, convierte en falso el documento obtenido. En ambos casos, el vínculo, *mientras no medie declaración judicial*, a instancia de parte legitimada, ya de nulidad o de divorcio, persiste; y no existe específica obligación de instar la nulidad o el divorcio, tal omisión no es sancionable.

Incluso, dándose este segundo supuesto, es decir, cuando sin simulación en su celebración, haya cesado cualquier resquicio de consorcio y el matrimonio se mantenga, en apariencia con el fin exclusivo de facilitar la residencia al cónyuge, no debe calificarse de conveniencia conforme a los criterios de la Comisión Europea (Comisión Europea, 2014).

De otra parte, con la divulgación del artículo 2 del Real Decreto 240 (2007) del 16 de febrero, sobre “Entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo” y tras la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sección 5ª) del 1.º de junio del 2010, que suprime las alusiones que dicha norma hacía a la “separación legal”, es viable la solicitud y eventual aplicación de este régimen al cónyuge del ciudadano ‘comunitario’ separado legalmente, así como a los descendientes del cónyuge con el que se encuentre separado legalmente.

Además, las obligaciones y deberes que la ley impone a los cónyuges (convivencia, fidelidad, etcétera), hace tiempo que no son exigibles ni coercibles, no pueden denominarse deberes propiamente jurídicos, sino que serían deberes de naturaleza ética o social con algunas excepciones, como la obligación de socorro que en los matrimonios de complacencia en los cuales no se ha mediado precio, sino algún motivo de humanidad, amistad o solidaridad, resulta difícil predicar su carencia y en todo caso, es cuestión de mayor dificultad probatoria. Así que, siendo el concepto y objeto de matrimonio un elemento en continua evolución, resulta necesario el actualizado pronunciamiento del juez civil.

En definitiva, la declaración de nulidad matrimonial debe ser afirmada en sentencia, tras el proceso destinado a este fin, por lo que no resulta viable su invocación mientras tal sentencia, constitutiva, en cuanto afecta al estado civil y por tanto, acreditativa de tal hecho, no se pronuncie y devenga firme.

Con similar criterio, resulta pertinente la cita que realiza el recurrente de la Sentencia del 20 de septiembre de 1935, dictada por el Tribunal de Garantías Constitucionales, en la cual la recurrente, una ciudadana de origen alemán casada con un español, optando por la ciudadanía española al contraer matrimonio, y que actuaba como corresponsal de periódicos extranjeros, interesaba la revocación de la orden de expulsión del territorio nacional acordada¹⁰ y el Tribunal, en su fundamento quinto establece: “Aunque el matrimonio de Doña Consuelo hubiera sido celebrado en fraude de la ley, debe de surtir todos sus efectos legales hasta que sea invalidado por una vía jurisdiccional, que no es, desde luego, el del Tribunal de Garantías”.

Esta Sala Segunda, ya venía siguiendo ese criterio desde hace casi cincuenta años, así se observa en la Sentencia 60 (2005) del 17 de enero, en supuesto donde el Tribunal del Jurado, declaró probada la simulación y las amenazas de muerte del “novio” inmigrante a la “novia” para que esta emitiera la declaración de voluntad de contraer matrimonio, con el objeto de tener la nacionalidad española, o el permiso oficial de residencia, en el que además la Sentencia de la Audiencia de Córdoba declaró la nulidad del matrimonio, resolución confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, estima el recurso de casación y deja sin efecto la declaración de nulidad matrimonial, porque “el Tribunal penal se ha excedido en el ejercicio de su Jurisdicción cuando ha declarado la nulidad del matrimonio como consecuencia del delito, decisión que corresponde a la Jurisdicción Civil, a la que deberá acudir la parte legitimada para ello”.

La aplicación indebida de los artículos 392.1 y 390.1.2 en relación con el artículo 74 del Código Penal, por un lado lleva a la falta de declaración de nulidad del matrimonio fraudulento, y por el otro, a la inviabilidad en cualquier caso de predicar la omisión de falsedad ideológica documental en la celebración de un matrimonio de complacencia.

10 El Ministerio de la Gobernación “la reputaba indeseable por los borradores de los artículos que se le ocuparon, de carácter político informativo marcadamente extremistas [sic]”.

De igual manera, la sts 985 (1995) del 17 de noviembre, casa la sentencia que condenaba por falsedad documental al autorizante y a quien había contraído matrimonio de conveniencia para evitar una expulsión administrativa ya acordada, negando que mediara falsedad ideológica alguna.

Pero la conducta de autos, no resulta incardinable en ninguno de los tres supuestos, pues el acta matrimonial es genuina, su data correcta y recoge un acto objetivamente celebrado, el matrimonio *in fieri*, o ceremonia en forma reconocida. Su contenido tampoco trastoca ninguna de las funciones a las que el documento debe responder: perpetuación de las declaraciones emitidas, identificación de sus autores y la estrictamente probatoria de los extremos que son trasladados al Registro Civil.

En suma, el contenido del acta que autoriza el funcionario: hecho y circunstancias de la ceremonia, que es en definitiva sobre los extremos que despliega la prueba de inscripción registral, *no son falsos ni tampoco inauténticos*. La finalidad de los contrayentes, las reservas mentales que en el fuero interno existieran, no son objeto, fueren o no las propias de asumir un proyecto de vida en común, circunstancia que se pruebe con la inscripción registral¹¹.

Distan en cualquier caso de los supuestos contemplados, los actos constitutivos de estado civil, especialmente en su contenido desprovisto de cualquier narración, de los supuestos subsumidos por la jurisprudencia como falsedades documentales, generalmente con motivo de la confección de facturas falsas que simulan en el tráfico mercantil un negocio o prestaciones de servicios inexistentes, confección de certificaciones de juntas societarias que no se celebraron, apuntes contables que no corresponden a operación real alguna o partes de siniestro, de accidentes que no acaecieron, ejemplos más reiterados de subsunción.

Cuestión diferente sería la declaración, por ejemplo, en expediente de reconstrucción de asiento registral, de haber contraído matrimonio, a propósito de lograr un certificado de unas nupcias que nunca existieron.

11 Especialmente como destaca un cualificado sector de la doctrina civilista, ya no resultan nítidas las diferencias entre el matrimonio válido y el matrimonio de complacencia, a partir de las reformas legales del 2005 en la institución matrimonial, que permiten su disolución por causa de divorcio, a petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, sin causa alguna. Lo que necesariamente incide en el propio contenido del consentimiento matrimonial, por la dificultad de integrar deberes conyugales específicos, más allá de su emisión en la forma requerida por la ley.

Intervención de terceras personas que preparan un matrimonio de complacencia

Desde otra perspectiva, distando de los casos anteriores en los cuales se ha tratado el posible delito de la falsedad de los contrayentes, está presente la posible sanción en relación al delito de tráfico ilegal. Se trata de terceros, diferentes de los contrayentes, que propician un tráfico ilegal de personas, comprometiéndose a darles una vía para la obtención de la residencia en el país, a cambio de un beneficio económico.

Se ha escogido la sts 646 (2015) del 20 de octubre, en la que en primer lugar se describe la *evolución normativa*. El artículo 318 bis 1 hasta la Ley Orgánica 1 (2015), sancionaba los actos de favorecimiento o promoción de “tráfico ilegal o inmigración clandestina”, desde en tránsito, con destino a España o a países de la Unión Europea. Tras la citada reforma el comportamiento típico consiste en *ayudar intencionadamente* a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a “entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros”.

Por su parte, el artículo 313.1 del Código Penal tuvo variaciones en su contenido respecto a su redacción entonces vigente, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5 (2010). Esta circunscribió el tipo penal a los supuestos de favorecimiento de emigración, destipificando a los efectos de ese precepto y la determinación a la inmigración clandestina. Es decir, desde la vigencia de la reforma del 2010, además de tipificar separadamente la trata de personas, se eliminó la posible duplicidad típica de esa conducta (favorecer la inmigración) en los artículos 313.1 y 318 bis 1 del Código Penal.

Por lo que se refiere a la modificación del 2015, el tipo penal sustituye el concepto inmigración clandestina por el de entrada o tránsito, además de la permanencia o estancia a que se refiere el nuevo artículo 318 bis 2, en la que concurra contravención de las normas legales.

No debe olvidarse que el tipo penal se enmarca en una rúbrica que dice tipificar comportamientos “contra los derechos de los extranjeros”, y estos no coinciden necesariamente con los subyacentes a la regulación del flujo inmigratorio. De ahí, que se haya dicho con buen tino que el extranjero es en el tipo penal más que víctima, –como sugiere la citada rúbrica– objeto de la infracción.

En efecto, ante este tipo penal, que no es el objeto de este artículo, solo podemos añadir que sí hay una especial sensibilidad tanto en el legislador como en los órganos judiciales para no condenar al extranjero que es fundamentalmente la víctima, no el autor. Y de hecho, no se ha encontrado sentencia alguna del Tribunal Supremo en los últimos 10 años que condene a ninguno de los contrayentes por esta vía.

Tratamiento del derecho al matrimonio en relación al derecho a la agrupación familiar

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 5 de abril del 2017 se refiere al caso donde se recurre, la resolución de la Embajada de España en Nueva Delhi que justifica la denegación del visado por la concurrencia de las circunstancias trascritas en la sentencia, que integran la causa de denegación del visado prevista en el artículo 57.3.b y de la disposición adicional décima del Real Decreto 557 (2011) del 20 de abril, por el que se aprueba el reglamento de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

Por tanto, termina señalando el Tribunal Supremo que, se confirma que se trata de una resolución suficientemente motivada, con expresión de las razones en que la administración demandada sustenta su decisión, con la amplitud necesaria para que los interesados hubieran podido articular los medios de defensa de sus derechos e intereses que en su caso estimaran oportunos, por lo que no puede entrañar indefensión alguna para ninguna de las partes, como pone de manifiesto el contenido del escrito de demanda, que cuestiona la conformidad a Derecho de aquellos razonamientos y afirmaciones fácticas que integran la motivación de los actos recurridos.

La ausencia de cita en la resolución recurrida de los concretos preceptos reglamentarios que prevén la causa de denegación del visado apreciada, no ha generado indefensión a la parte demandante, tal y como revela el contenido del escrito de demanda, donde se refiere a estos para rechazar su aplicación al caso.

Es de destacar que como señala el Tribunal Supremo, la resolución del presente recurso contencioso-administrativo aconseja hacer algunas consideraciones generales acerca de la incidencia de resoluciones administrativas como la recurrida en los derechos fundamentales de los interesados, y la normativa que justifica la denegación de visado de residencia por reagrupación familiar que nos ocupa, interpretada a la luz de nuestra jurisprudencia.

Así pues, la sentencia entronca con lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha manifestado en relación a la de la familia,

el Tribunal de Justicia se ha guiado por la interpretación del artículo 8 del CEDH¹² que hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, “TEDH”). Sobre esa base el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 8 del CEDH no garantiza como tal ningún derecho en favor de un extranjero a entrar o residir en el territorio de un país determinado. Sin embargo, excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar protegido por el artículo 8, apartado 1, del CEDH. Tal injerencia infringe dicho Convenio si no cumple los requisitos del apartado 2 del mismo artículo, a saber, que esté “prevista por la ley” y motivada por una o más finalidades legítimas con arreglo a dicho apartado, y que, “en una sociedad democrática, sea necesaria”, es decir, que esté “justificada por una necesidad social imperiosa” y sea, en especial, proporcionada a la finalidad legítima perseguida (Sentencias del 11 de julio del 2002, *Carpenter*, C 60/00, apartado 42; Sentencia del 23 de septiembre del 2003, *Akrich*, C 109/01, apartado 59).

Según dichas sentencias, negarse a permitir la reagrupación familiar no es, en principio, una injerencia en el sentido del artículo 8 del CEDH que requiera una justificación. En materia de reagrupación familiar, no se interpreta el artículo 8 del CEDH como un derecho que resulte afectado, sino como un fundamento jurídico que eventualmente puede servir de base a una pretensión.

En concreto, el TEDH rechaza expresamente deducir del artículo 8 del CEDH una obligación general de permitir la reagrupación familiar con el único objeto de atender el deseo de las familias de residir en un país determinado. Considera que la reagrupación familiar afecta tanto a la vida familiar como a la inmigración. El alcance de la obligación de un Estado de permitir la entrada de familiares del inmigrante establecido en su territorio, depende de las circunstancias particulares de los afectados y del interés general. Conforme a las normas de Derecho Internacional y sin perjuicio a las obligaciones que se deriven de convenios internacionales,

12 Convención Europea de Derechos Humanos.

los Estados tienen derecho a controlar la entrada de extranjeros en su territorio. Al hacerlo disponen de una amplia facultad discrecional.

En este sentido, reconoce el más Alto Tribunal que, aunque el artículo 18.1 de la Constitución Española es de aplicación a los extranjeros, según lo establecido en el artículo 13.1 del propio texto constitucional, tal aplicación ha de hacerse “en los términos que establezcan los tratados y la ley”, lo que conduce a Ley Orgánica 4 (2000), del 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (LOE) y, más particularmente, a lo establecido en sus artículos 16 y 17. El primero de estos preceptos legales ciertamente reconoce a los extranjeros el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar, pero remite la reagrupación familiar a lo que determina el artículo 17, y este último precepto condiciona la reagrupación del cónyuge a que no se encuentre separado de hecho o de derecho y a que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley¹³. Por todo ello, si bien para obtener la reagrupación familiar no basta un matrimonio formalmente celebrado, al ser necesario que se haya justificado una situación de hecho de efectiva convivencia matrimonial y que no consten datos o circunstancias que permitan apreciar fundadamente que el matrimonio se celebró en fraude de ley (STS de 24 de junio del 2015, número de recurso: 1848 (2014)), lo cierto es que será necesario, a nuestro juicio, destruir la presunción de veracidad, y jamás partir de una presunción de fraude de ley, pues no solo sería contrario al Derecho, sino a la vez discriminatorio.

Según la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas 97/C 382/01, del 4 de diciembre de 1997, es “matrimonio fraudulento” el de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en un Estado miembro, con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y residencia de nacionales de terceros países y obtener para el nacional de un tercer país un permiso de residencia, o una autorización de residencia en un Estado miembro.

No está de más recordar que los datos personales básicos, según la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas, del 4 diciembre

¹³ Conforme al artículo 17 de la LOE, los extranjeros residentes pueden reagrupar con ellos en España a su cónyuge no separado de hecho o de derecho, siempre que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. La figura jurídica del fraude de ley, que nuestro derecho positivo plasma, entre otros, en el artículo 6.4 del Código Civil, supone un acto humano por el que, utilizando medios suficientes, se trata de conseguir un concreto fin, amparándose en la tutela de una norma jurídica que está dada para una finalidad distinta y contrapuesta a la perseguida.

de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (DOUE C, 382 del 16 de diciembre de 1997), son los relativos a la fecha, lugar de nacimiento, domicilio, profesión, aficiones relevantes, hábitos notorios, y nacionalidad del otro contrayente, anteriores matrimonios, número y datos básicos de identidad de los familiares más próximos de uno y otro (hijos no comunes, padres, hermanos), así como las circunstancias de hecho en que se conocieron los contrayentes.

La Comunicación del 25 de noviembre del 2013 de la Comisión al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo (CESE) y al Comité Europeo de las Regiones (CDR), en relación con las acciones necesarias para marcar la diferencia en relación con la libre circulación de los ciudadanos de la Unión Europea y de los miembros de su familia, fijó cinco acciones, entre las que se encontraba la elaboración de un manual relativo a las cuestiones de matrimonios de complacencia.

Dicho manual viene referido en la Comunicación del 26 de septiembre del 2014 de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, que recoge sus directrices principales. En este se detalla la notoria insuficiencia de una entrevista en la que no se acompañe de labores de investigación basadas en la existencia de indicios de posibles abusos, indicios de base obtenidos a través de entrevistas o cuestionarios simultáneos, comprobaciones de documentos y de antecedentes, inspecciones por parte de las autoridades policiales, de inmigración u otras autoridades competentes, y controles realizados en el entorno vecinal para comprobar si la pareja vive en común y administra conjuntamente su hogar, lo que conforma un *prius* sobre el que fundamentar una declaración de encontrarse con un matrimonio contraído en fraude de ley.

Dada la presunción general de buena fe y el carácter fundamental del *ius nubendi*, la existencia de fraude de ley solo podrá apreciarse cuando este conste de manera inequívoca por existir entre los hechos-base demostrados, y aquel que se trata de deducir un enlace preciso, directo y unívoco según las reglas del criterio humano, que excluya cualquier duda razonable.

La anterior deducción, habría de ser el resultado del análisis crítico de la información que proporcione el expediente administrativo y, en particular, del informe de investigación que se hubiera realizado y del resultado de la entrevista o comparecencia a que se refieren el artículo 27.3 de la LOE y la Disposición Adicional Décima, apartado cuarto, del Real Decreto 557 (2011), del 20 de abril, en su caso. Recuérdesse que a tenor de

lo dispuesto en el artículo 20.2 de la LOE, los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán, en todo caso, las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, disponiéndose en el artículo 27.6 que la denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de reagrupación familiar.

Así mismo, conviene destacar que, tal y como se ha declarado, para acreditar la existencia de auténticas y verdaderas relaciones entre los contrayentes, ha de aceptarse que estas puedan referirse a relaciones habidas antes o después de la celebración del matrimonio y puedan ser relaciones personales (visitas a España o al país extranjero del otro contrayente), o bien, relaciones epistolares, telefónicas o por otro medio de comunicación, como Internet (en este sentido, la Sentencia del 11 de julio del 2016, recurso contencioso-administrativo 1585 (2015)), por lo que la existencia de relaciones entre los cónyuges previas a la celebración del matrimonio no puede ser empleada como indicio de matrimonio de conveniencia.

En definitiva, el examen de los indicios en que se apoya la resolución denegatoria de visado recurrida, en atención a las consideraciones realizadas, conduce a su calificación como insuficientes para apreciar la existencia de mala fe en la reagrupante y el solicitante del visado, y de un supuesto matrimonio de conveniencia con fines migratorios, sin que existan otras circunstancias que pudieran calificarse de significativas del fraude atribuido al matrimonio celebrado entre ellos.

La simulación en uno o en los dos contrayentes

Para finalizar, el último de los problemas analizados en este estudio ha sido el tratamiento judicial al supuesto en el que solo se aprecia simulación en uno de los contrayentes. En tal sentido, aun cuando se trata de casos mucho más excepcionales, se destaca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza del 21 de abril del 2006, en la que se adentra en el valor de la reserva mental. Indica que en los términos con que aparece redactada la demanda, que han encauzado el desarrollo posterior del pleito, se atribuye a la demandada una reserva mental respecto del contenido propio del matrimonio, pues se alega que no pretendió realmente contraerlo sino conseguir otra finalidad oculta, cuyas características esenciales, conforme a una doctrina ya bien consolidada, son las siguientes: (a) la gestación consciente en el fuero interno de uno de los contrayentes de la divergencia entre lo internamente querido y lo

manifestado; (b) el secreto y desconocimiento para la otra parte, conlleva un engaño a esta, y normalmente para terceros, sobre la verdadera intención o propósito real de quien realiza la reserva mental; y (c) la existencia de una verdadera intención oculta, un fin realmente querido (*propositum in mente retentum*), que se pretende conseguir mediante la celebración de un matrimonio aparente, por lo que no coincide con la voluntad negocial declarada.

Sin embargo, los elementos integrantes del concepto de reserva mental, como causa concreta de nulidad matrimonial, a su vez están dentro de otra categoría genérica ya antes mencionada de la nulidad contractual, deben estar presentes en el momento de su celebración, –ya antes se decía que tienen que existir en el inicio mismo del negocio jurídico matrimonial–, y en este no han de comprenderse aquellas que sean posteriores, pero en el ámbito estricto procesal no ha de confundirse la necesidad de su concreta existencia en ese preciso momento con la dificultad posterior de su prueba, que ciertamente puede ser notoria al referirse al elemento volitivo interno, y que por eso, ha de autorizarse su presunción por ciertos datos extraídos de la relación posterior. Por otra parte,

la existencia de reserva mental es de difícil probanza, pues ciertamente, ni el juzgado, ni nadie, tiene la posibilidad de conocer con total exactitud la voluntad interna de una persona salvo ella misma. Sin embargo, es posible, como en tantas otras ocasiones en que se ejerce la función enjuiciadora, deducir la falta de consentimiento del análisis de los hechos previos, coetáneos, posteriores y del comportamiento del contrayente, a modo de indicios, que debidamente probados, sean susceptibles de conducir, a través de un razonamiento lógico, al resultado deductivo o hecho consecuencia (Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona del 9 de diciembre de 2016).

CONCLUSIONES

El matrimonio de conveniencia o complacencia, también llamado matrimonio blanco en el derecho francés, es un fenómeno de actualidad que está marcado por la política de migración del país en cada momento. Sin embargo, una vez más, nos encontramos con la necesidad de conciliar que las situaciones de hecho coincidan con las de derecho, es

decir, que el Registro Civil sea fiel reflejo de la realidad, y por tanto, de aquellos matrimonios ciertos, que no adolezcan de nulidad radical por falta de consentimiento.

Desde esta perspectiva, se debe indicar que la atención que el matrimonio de complacencia suscita en el legislador, por desgracia no suele ser la protección de los derechos humanos vinculados con el matrimonio (*ius connubii*, libertad individual, intimidad, libre desarrollo de la personalidad), ni tampoco la protección de la institución matrimonial, sino precisamente la elusión de la normativa de extranjería.

En apariencia es totalmente coherente con la defensa de que el matrimonio inscrito sea matrimonio real, con los requisitos inherentes a este, no obstante, a nuestro juicio, la verdadera crítica no está en la valoración que *a posteriori* pueda hacer un tribunal, ya sea a petición de una de las partes o del Ministerio Fiscal, sino en la posibilidad de que el Encargado del Registro Civil, simplemente con base en indicios, sea capaz de denegar la inscripción del matrimonio, con completa vulneración de la presunción de buena fe y del *ius connubii*.

De forma que, cuando no existe dificultad de extranjería, la finalidad del matrimonio o validez del consentimiento prestado no es cuestionada *a priori*. Esta desigualdad ante el posible elemento de extranjería, es discriminatoria, aun cuando con ello se pretenda que no accedan al Registro Civil matrimonios en fraude de ley. Entonces, se deja en manos del Encargado del Registro Civil, una valoración mediante elementos puramente indiciarios, que permitirán en su caso denegar la inscripción del matrimonio, aun a pesar de la voluntad de las partes. Pero, ¿realmente puede negarse esta inscripción si existe el ánimo de ayuda o auxilio mutuo?

La nulidad que se deriva de una voluntad manifestada distinta a la interna o real, solo puede declararse sobre la base del reconocimiento, cosa difícil de obtener, o de las pruebas indiciarias. Y aquí es donde deberá buscarse siempre la primacía del respeto a los derechos de las personas contrayentes, a la presunción de buena fe, y a la no discriminación por razón del elemento de extranjería, considerando al menos un avance, que antes de cualquier declaración en al ámbito penal, deba en su caso, enjuiciarse en el ámbito civil la nulidad de dicho matrimonio.

REFERENCIAS

- Audiencia Provincial de Zaragoza. (2006, 21 de abril). Audiencia Provincial 111/2006- 233/2006. [M. P. Javier Seoane Prado]. <https://audiencias.vlex.es/vid/-57744274>
- Calvo-Caravaca, A., & Carrascosa-González, J. (2004). Matrimonios de complacencia y Derecho internacional privado. En *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales* (pp. 158-119). Constitución y Leyes, COLEX.
- Comisión Europea. (2014, 26 de septiembre). *Manual para la detección de posibles matrimonios de conveniencia entre ciudadanos de la UE y nacionales de terceros países en el contexto de la legislación de la UE en materia de libre circulación*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0604&from=ES>
- Dirección General de los Registros y del Notariado. (2005, 18 de noviembre). *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra el auto dictado por el Juez encargado del Registro Civil de Las Palmas de Gran Canaria, en el expediente sobre autorización para contraer matrimonio civil dos extranjeros residentes en España*. BOE: núm. 276 A-2005-18979. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2005-18979
- Dirección General de los Registros y del Notariado. (2006, 27 de junio). *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Encargado del Registro Civil Central, en el expediente sobre actuaciones sobre inscripción matrimonio*. BOE: núm. 218 A-2006-15893. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-15893
- Dirección General de los Registros y del Notariado. (2006, 31 de enero). *Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia*. BOE: núm. 41. A-2006-2776 [https://www.boe.es/eli/es/ins/2006/01/31/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/ins/2006/01/31/(1)/con)
- López-López, A., Montés-Penadés, V., & Roca-Trías, E. (1997). *Derecho de Familia*. Tirant lo Blanch.
- Peña-García, C. (1999). La incidencia del error sobre cualidad y del «error redundans» en el consentimiento matrimonial. *Revista española de derecho canónico*, 56(147), 697-720. <https://doi.org/10.36576/summa.6028>
- Peña-García, C. (2018). ¿Ampliación de los “Motivos” de nulidad matrimonial en la nueva regulación del proceso canónico? *Anuario de Derecho Canónico (AC)*, IV, 121- 138.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. (2010, 1 de junio). Sentencia 266/2005-360/2010. [M. P. José Antonio Seijas Quintana]. <https://supremo.vlex.es/vid/215157599>
- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. (2015, 24 de junio). Sentencia 2392/2013-392/2015. [M. P. Francisco Javier Arroyo Fiestas]. <https://supremo.vlex.es/vid/577087358>

- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. (2017, 19 de julio). Audiencia Provincial 77/2017. [M. P. Francisco Marín Castán]. <https://supremo.vlex.es/vid/690749369>
- Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo. (2015, 20 de octubre). Sentencia 1344/2014. [M. P. Francisco José Navarro Sanchis]. <https://supremo.vlex.es/vid/586102758>
- Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo. (2016, 11 de julio). Sentencia 499/2015- 1709/2016 [M. P. Eduardo Calvo Rojas]. <https://supremo.vlex.es/vid/645934297>
- Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. (2002, 11 de julio). Sentencia 4008/2000-1319/2002. [M. P. Enrique Bacigalupo Zapater]. <https://supremo.vlex.es/vid/-17726563>
- Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. (2003, 23 de septiembre). Sentencia 377/2002-1183/2003. [M. P. José Antonio Martín Pallín]. <https://supremo.vlex.es/vid/delito-medio-ambiente-fa-16208080>
- Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. (2017, 5 de abril). Sentencia 10657/2016-240/2017. [M. P. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre]. <https://supremo.vlex.es/vid/677692869>
- Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. (2017, 6 de abril). Sentencia 649/2016-261/2017. [M. P. Andrés Palomo del Arco]. <https://supremo.vlex.es/vid/678191733>

