

## ESTUDIOS

---

### EL MATRIMONIO CONSULAR (\*)

MARIANO AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO

*Catedrático de Derecho Internacional Privado  
de la Universidad de Sevilla*

**SUMARIO:** *I. Derecho convencional.-II. Derecho internacional privado comparado.-III. Derecho internacional privado español.-IV. Delegación para la autorización del matrimonio civil del Encargado del Registro Consular a un Encargado de un Registro municipal.-V. Matrimonio de conveniencia.*

#### I. DERECHO CONVENCIONAL

La importancia del matrimonio consular ha determinado su estudio por diversas organizaciones internacionales, de ámbito universal o regional, europeo o americano (Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Comisión Internacional del Estado Civil, Consejo de Europa, Conferencia Internacional Americana...), labor que se ha traducido en la elaboración de diversos convenios multilaterales. En el marco de nuestras relaciones bilaterales, algunos Convenios consulares concluidos por España (Convenio de 30 de mayo de 1961 con el Reino Unido y Convenio de 24 de febrero de 1982 con la República Popular de Hungría) también abordan la institución del matrimonio consular.

En el ámbito de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la cuestión del matrimonio consular, que mereció su atención desde la primera reunión, celebrada en 1893, fue sucesivamente regulada en dos Convenios, elaborados en momentos muy alejados en el tiempo: el Convenio de 12 de junio de 1902, sobre los conflictos de leyes en materia de matrimonio, y el Convenio de 14 de marzo de 1978, sobre celebración y reconocimiento de validez de los matrimonios.

---

(\*) Abreviaturas utilizadas: ADC: Anuario de Derecho Civil.-ADGRN: Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado.-BIMJ: Boletín de Información del Ministerio de Justicia.-CLJC: Colección Legislativa Jurisprudencia Civil.-DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.-DIP: Derecho Internacional Público.-DIPr: Derecho Internacional Privado.-RAJ: Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia.-RDGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.-REDI: Revista Española de Derecho Internacional.-RGD: Revista General de Derecho.-RGLJ: Revista General de Legislación y Jurisprudencia.-RRC: Reglamento del Registro Civil.-SAT: Sentencia de la Audiencia Territorial.-STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

El Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902, sobre los conflictos de leyes en materia de matrimonio, señala en su artículo 6 que será reconocido en todas partes como válido, en cuanto a la forma, el matrimonio celebrado ante un agente diplomático o consular, conforme a su legislación, si ninguna de las partes contrayentes es nacional del Estado en que el matrimonio ha sido celebrado y si este Estado no se opone, no pudiendo oponerse cuando se trate de un matrimonio que en razón de un matrimonio anterior o de un obstáculo de orden religioso sea contrario a sus leyes. Así, pues, la condición relativa a la ausencia de oposición del Estado local no operaría en los casos de matrimonio de divorciados y de imposición del matrimonio religioso. El mencionado precepto afirma en su segundo párrafo que la reserva del segundo párrafo del artículo 5, es aplicable a los matrimonios diplomáticos o consulares. En virtud de la aludida reserva, el artículo 5, después de señalar que será reconocido en todas partes como válido, en cuanto a la forma, el matrimonio celebrado según la ley del país en que tiene lugar, puntualiza que se entiende, no obstante, que los países cuya legislación exige una celebración religiosa, podrán no reconocer como válidos los matrimonios contraídos por sus nacionales en el extranjero sin que esta prescripción haya sido observada. Por otro lado, la justificación de las condiciones necesarias para contraer matrimonio se hará, ya por un certificado de los agentes diplomáticos o consulares acreditados por el Estado del que son nacionales los contrayentes, ya por cualquier otro medio de prueba, según preceptúa el artículo 4. Algunos países (España, Rusia, Austria y Dinamarca), pese a haber trabajado activamente en la negociación del Convenio, no llegaron a ser Parte del mismo, por razones ajenas a la celebración del matrimonio consular<sup>(1)</sup>. El Convenio fue denunciado por Francia en 1913 y por Bélgica en 1918, siendo progresivamente abandonado por otros Estados.

Hay que señalar la influencia que en la gestación del mencionado Convenio de La Haya de 1902 habían tenido los trabajos del Instituto de Derecho Internacional. El Reglamento internacional de los conflictos de leyes en materia de matrimonio y divorcio, aprobado en la sesión de Lausana en 1888<sup>(2)</sup>, estableció en su artículo 2,2.º que serían reconocidos en todas partes como válidos en cuanto a la forma los matrimonios diplomáticos o consulares celebrados en las formas prescritas por la ley del país del que depende la legación o el consulado, si las dos partes contratantes pertenecen a este país. A su vez, el artículo 3 señalaba que si en un país la forma de celebración es puramente religiosa, los extranjeros deben ser autorizados a celebrar su matrimonio en las formas legales de su país de origen, o ante las autoridades diplomáticas y consulares del marido, incluso si en el país en el que están acreditados su condición de oficial del estado civil no es reconocida. Se trataba de posibilitar la celebración del matrimonio civil en los países que imponen el matrimonio religioso.

El Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978, sobre la celebración y el reconocimiento de la validez de los matrimonios, que reemplaza, en las relaciones entre los Estados que son Parte, al Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de matrimonio, de 12 de junio de 1902, en su artículo 9, después de señalar que el matrimonio que ha sido válidamente concluido según el derecho del Estado de la celebración o que llega a ser ulteriormente válido según este derecho, se considera como tal en todo Estado contratante bajo reserva de las disposiciones de este capítulo, afirma que se considera igualmente válido el matrimonio celebrado por un agente diplomático o un funcionario consular conforme a su derecho, a condición de que esta celebración no esté prohibida por el Estado de la celebración. Por tanto, el reconocimiento de la validez de los matrimonios consulares se somete a dos condiciones, una, que el matrimonio haya sido ce-

(1) R. ARROYO MONTERO, *El matrimonio consular*, La Ley, Madrid, 1991, p.41.

(2) *Annuaire de l'Institut de Droit International*, t. II, p.801; R. ARROYO MONTERO, *El matrimonio consular*, ob. cit., p.37.

lebrado conforme al derecho del agente o del funcionario, y otra, la ausencia de prohibición por el Estado de la celebración. Defiende el Convenio, como se ve, una equiparación, a efectos de validez, entre la forma correspondiente al lugar de celebración del matrimonio y la forma consular. Desde el punto de vista sistemático, la regulación de la forma consular aparece ubicada, no en el capítulo I (Celebración del matrimonio), sino en el capítulo II (Reconocimiento de la validez del matrimonio). La cuestión de la conveniencia o no de regular el matrimonio consular dio lugar a largas discusiones en el seno de la Tercera comisión. En favor de su regulación se invocó el número considerable de matrimonios consulares y la importancia práctica que esta forma de matrimonio podía presentar, así como el principio del *favor matrimonii* <sup>(3)</sup>. Por ello, en contra de la exclusión del matrimonio consular del Anteproyecto adoptado por la Comisión especial en 1975 (art. 5, a) <sup>(4)</sup>, se decidió en la Tercera comisión no excluir del Convenio los matrimonios celebrados por un agente diplomático o un funcionario consular, considerando necesario consagrarle una disposición particular. En el seno de la Tercera comisión, el delegado español en la Conferencia, J. D. González Campos <sup>(5)</sup>, destacó la importancia del matrimonio consular para España y la gran complejidad de la institución, manteniendo las legislaciones nacionales posiciones divergentes. En la última discusión, el delegado español reintrodujo la expresión «agentes diplomáticos y funcionarios consulares», procedente del Convenio de Viena sobre relaciones consulares. A diferencia del Convenio de La Haya de 1902, que expresamente se había referido a la nacionalidad de los contrayentes, exigiendo que ninguna de las partes fuese nacional del Estado correspondiente al lugar de celebración del matrimonio, el Convenio de 1978 guarda silencio sobre este punto, aunque la referencia a la celebración del matrimonio por un agente diplomático o un funcionario consular conforme a su derecho y a la ausencia de oposición por el Estado de la celebración, permite resolver el problema en cuestión, haciendo innecesaria una mayor concreción al respecto. Por otra parte, la referencia del Convenio de La Haya de 1902 a la imposibilidad de oposición del Estado local en el caso de matrimonio de divorciados o en el de imposición del matrimonio religioso, no se mantiene en el Convenio de 1978, con lo que la condición relativa a la ausencia de oposición del Estado local deja de estar sometida a esa limitación. Es de señalar que el Convenio de 1978 no ha sido ratificado por España.

En el ámbito de la Comisión Internacional del Estado Civil, el Convenio tendente a facilitar la celebración de los matrimonios en el extranjero, hecho en París el 10 de septiembre de 1964 <sup>(6)</sup>, establece en su artículo 5 que: «Cuando la ley de uno de los Estados contratantes impusiera la celebración religiosa del matrimonio, los Agentes diplomáticos o consulares de los demás Estados contratantes podrán, si su ley les autorizare a ello, celebrar el matrimonio en tal Estado, a condición de que al menos uno de los esposos fuere súbdito del Estado que hubiera designado al Agente diplomático o consular y que ninguno de los esposos poseyere la nacionalidad del país de celebración», agregando que: «Las publicaciones previas al matrimonio se regirán entonces exclusivamente por la ley interna del país que hubiera designado al Agente diplomático o consular». Así, pues, se recoge la condición referida a la nacionalidad de los contrayentes, pero no la concerniente a la ausencia de oposición del Estado local.

<sup>(3)</sup> *Rapport explicatif de M. AKE MALMSTRÖM, Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la treizième session* (1976), t. III, *Mariage*, La Haya, 1978, pp. 301-302.

<sup>(4)</sup> En el Informe de la Comisión especial elaborado por Ch. BÖHMER y A. DYER (*Conférence de La Haye de Droit international privé, Actes et documents de la treizième session* (1976), t. III, *Mariage*, La Haya, 1978, p. 136) se señaló que los matrimonios consulares constituían una cantidad no despreciable, hecho que por sí sólo debería ser motivo suficiente para volver sobre la cuestión de su supuesta problemática, afirmando que el artículo 6 del Convenio de 1902, relativo a los matrimonios consulares, en los 72 años transcurridos desde su entrada en vigor, no había generado problemas.

<sup>(5)</sup> *Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la treizième session* (1976), t. III, *Mariage*, La Haya, 1978, pp. 166-170.

<sup>(6)</sup> BOE núm. 16, de 19 de enero de 1977.

En el ámbito del Consejo de Europa, el Convenio europeo sobre funciones consulares, hecho en París el 11 de diciembre de 1967<sup>(7)</sup>, establece, en su artículo 13,1,b), que los funcionarios consulares tienen el derecho de celebrar un matrimonio a condición de que uno al menos de los futuros cónyuges sea nacional del Estado de envío, que ninguno de ellos sea nacional del Estado de residencia y que las leyes y reglamentos del Estado de residencia no se opongan a la celebración del matrimonio por el funcionario consular. Se trata de una disposición *erga omnes*, en la que se regula el matrimonio consular con independencia de que el Estado local sea o no parte del Convenio<sup>(8)</sup>.

En el ámbito interamericano, el Convenio de Derecho internacional privado, firmado en La Habana el 20 de febrero de 1928 (Código de Bustamante), con ocasión de la Sexta Conferencia Panamericana, establece en su artículo 41 que: «Los matrimonios contraídos por extranjeros ante los funcionarios diplomáticos o agentes consulares de ambos contrayentes se ajustarán a su ley personal sin perjuicio de que le sean aplicables las disposiciones del artículo 39». Por su parte, la Convención sobre agentes consulares de La Habana de 20 de febrero de 1928, igualmente adoptada por la Sexta Conferencia Panamericana, dispone en su artículo 10 que: «Los cónsules ejercerán las atribuciones que les confiere la ley de su Estado sin perjuicio de la legislación del Estado donde desempeñan su cargo». Esta disposición, de carácter general, lejos de enumerar las funciones consulares, opera una doble remisión a la legislación del Estado acreditante y del Estado receptor.

En un plano más general, el Convenio de Viena de 24 de abril de 1963 sobre relaciones consulares, en su artículo 5, letras f) y m), incluye, entre las funciones consulares, las consistentes en: «actuar en calidad de Notario, en la de funcionario de registro civil y en funciones similares y ejercer otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor» y «ejercer las demás funciones confiadas por el Estado que envía a la oficina consular que no estén prohibidas por las leyes y reglamentos del Estado receptor o a las que éste no se oponga, o las que le sean atribuidas por los acuerdos internacionales en vigor entre el Estado que envía y el receptor». Este Convenio, que procede a enumerar las funciones consulares con un cierto grado de concreción, ante la imposibilidad de una enumeración exhaustiva y completa, mantiene una referencia genérica a las legislaciones del Estado que envía y del Estado receptor.

En el plano bilateral, el Convenio consular hispano-británico de 30 de mayo de 1961 dispone en su artículo 29,2.º que: «Los Cónsules podrán autorizar matrimonios cuando uno, al menos, de los futuros contrayentes sea nacional del Estado mandante, ninguno de ellos posea la nacionalidad del Estado de residencia y la legislación de este Estado no se oponga a tal forma de celebración»<sup>(9)</sup>. El Reino Unido comunicó en Nota Circular de 25 de junio de 1973 su oposición a la celebración de tales matrimonios en su territorio. Consiguientemente, la RDGRN de 26 de abril de 1974<sup>(10)</sup> consideró que: «Nuestros Cónsules en Inglaterra están excusados del deber de prestar su ministerio en la autorización de matrimonios civiles de españoles». A su vez, el Convenio consular con Hungría de 24 de febrero de 1982 establece en su artícu-

---

<sup>(7)</sup> Dicho Convenio fue firmado por España el 15 de octubre de 1982 y ratificado el 16 de julio de 1989, si bien no llegó a entrar en vigor.

<sup>(8)</sup> S. ADROHER BIOSCA, *Forma del matrimonio y Derecho internacional privado*, Bosch, Universidad Pontificia Comillas, 1993, p. 126.

<sup>(9)</sup> Como señala R. ARROYO MONTERO, *El matrimonio consular*, ob. cit., pp. 52-53, el último inciso, relativo a la ausencia de oposición de la legislación del Estado receptor, considerado como inevitable cláusula en los convenios multilaterales, con objeto de facilitar las ratificaciones, carece de sentido en un convenio bilateral. En el mismo sentido se manifiesta S. ADROHER BIOSCA, *Forma del matrimonio y Derecho internacional privado*, ob. cit., p. 133.

<sup>(10)</sup> ADGRN, 1974, p. 375.

lo 9,1,b) que el funcionario consular tendrá derecho, dentro de su circunscripción, a: «Autorizar matrimonios de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado que envía, siempre que ambas partes sean nacionales de ese Estado. De estos matrimonios dicho funcionario informará inmediatamente a las autoridades competentes del Estado receptor», añadiendo en el segundo apartado que: «Las disposiciones de este artículo no eximirán a los nacionales interesados del Estado que envía de la obligación que les impongan las leyes y reglamentos del Estado receptor en cuanto a la notificación de nacimientos, defunciones o matrimonios». Comparando el Convenio hispano-británico con el hispano-húngaro, observamos que este último es más restrictivo en cuanto a la nacionalidad de los contrayentes, exigiendo que ambos sean nacionales del Estado que envía (el Convenio hispano-británico permite que sólo uno de ellos tenga la nacionalidad del Estado mandante, a condición de que el otro no posea la nacionalidad del Estado de residencia), si bien es más liberal al no hacer referencia a la ausencia de oposición de la legislación del Estado receptor, generadora de incertidumbre.

De la referida exposición de textos convencionales se desprende que la admisión del matrimonio consular está subordinada al cumplimiento de ciertas condiciones. Por un lado, una condición relativa a la nacionalidad de los contrayentes, requiriéndose que ninguno de los contrayentes sea nacional del Estado correspondiente al lugar de celebración del matrimonio (Convenio de La Haya de 1902, Convenio de la Comisión Internacional de Estado Civil de 1964, Convenio europeo de 1967 y Convenio hispano-británico de 1961) y que al menos uno de los esposos sea súbdito del Estado mandante (Convenio de la CIEC de 1964, Convenio europeo de 1967 y Convenio hispano-británico de 1961), llegando el Convenio hispano-húngaro de 1982 a exigir que ambos contrayentes sean nacionales del Estado que envía. Por otro lado, una condición relativa a la ausencia de oposición del Estado receptor (Convenios de La Haya de 1902 y 1978, Convenio de Viena de 1963, Convenio europeo de 1967, Convenio hispano-británico de 1961 y Convenio hispano-húngaro de 1982).

## II. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMPARADO

El matrimonio consular nació a finales del siglo XVIII y principios del XIX, coincidiendo con el renacimiento de la función consular y la secularización del matrimonio<sup>(11)</sup>. Los motivos de aparición del matrimonio consular fueron, como señala S. Adroher Biosca<sup>(12)</sup>, la imposibilidad para los extranjeros de casarse según las formas locales, bien por ser inexistentes, bien por corresponder a una religión no profesada por los contrayentes, bien por estar reservadas a los naturales del Estado local; la inexistencia de un sistema satisfactorio y seguro de Registro civil, que hacía difícil a veces la prueba del matrimonio, y el deseo de casarse según las formas nacionales, que les resultan más conocidas y familiares. Entre los primeros textos legales que recogieron la institución del matrimonio consular, cabe citar el Código Civil francés de 1804 (art. 48), la *Consular Marriage Act* de 1849 y la *Foreign Marriage Act* de 1892, el Código Civil italiano de 1865 (art. 368) y la Ley de la Confederación de Alemania del Norte de 4 de mayo de 1870 (art. 1).

Unos sistemas se refieren al matrimonio consular en general, prescindiendo de toda consideración en torno a la nacionalidad de los contrayentes y al lugar de celebración del matrimonio, en tanto que otros proceden a distinguir las situaciones relativas al matrimonio consular de los nacionales en el extranjero y de los extranjeros en el foro.

(11) S. ADROHER BIOSCA, *Forma del matrimonio y Derecho Internacional Privado*, ob. cit., pp. 58-65.

(12) S. ADROHER BIOSCA, *Forma del matrimonio...*, ob. cit., pp. 56-57.

## 1. Matrimonio consular de nacionales en el extranjero

Se tiende a admitir el matrimonio consular no sólo entre dos nacionales del Estado que acredita al Agente consular, sino también entre un nacional y un extranjero<sup>(13)</sup>. Por el contrario, algunas legislaciones exigen que ambos contrayentes tengan la nacionalidad del Agente consular<sup>(14)</sup>. Algún ordenamiento se refiere expresamente a la posibilidad de contraer matrimonio consular los nacionales con extranjeros ante el Agente diplomático o funcionario consular del Estado del otro futuro esposo<sup>(15)</sup>.

En ocasiones la admisión del matrimonio consular contraído por nacionales en el extranjero aparece subordinada a la ausencia de oposición de la legislación del Estado receptor, es decir de la ley del lugar de celebración del matrimonio<sup>(16)</sup>. Es de señalar que el Código de la familia búlgaro de 1985 se refiere no sólo a la ausencia de oposición de la ley local, sino también a la ausencia de oposición de la ley nacional del ciudadano extranjero, en el supuesto de matrimonios entre ciudadanos búlgaros y extranjeros.

Algunos países, como Argentina, Austria, Chile, Uruguay, Venezuela..., no atribuyen a los Cónsules competencia para la celebración de los matrimonios de sus nacionales en el extranjero.

## 2. Matrimonio consular de extranjeros en el foro

La admisión del matrimonio consular de extranjeros en el foro se subordina a una condición relativa a la nacionalidad de los contrayentes. Se exige que ninguno de ellos tenga la nacionalidad del país correspondiente al lugar de celebración del matrimonio y que al menos uno tenga la nacionalidad del Agente consular<sup>(17)</sup>. Algunos sistemas exigen que ambos contrayentes sean nacionales del Estado que acredita a la autoridad diplomática o consular<sup>(18)</sup>.

---

(13) Bélgica: CC, artículo 170, según Ley de 12 de julio de 1931; Bulgaria: Código de la familia de 28 de mayo de 1985, artículo 129; Ecuador: CC, artículo 103; Finlandia: Ley de 5 de diciembre de 1929, relativa a determinadas relaciones del Derecho de familia de naturaleza internacional, artículo 3; Francia: CC de 1804, modificado por Ley de 29 de noviembre de 1901, artículo 170, y Tercer Proyecto de Ley completando el CC en materia de DIPr, de 1967, artículo 2293; Grecia: CC de 1940, modificado por Ley 1250/1982, de 5 de abril, sobre la consagración del matrimonio civil, artículo 13; Italia: Decreto del Presidente de la República de 5 de enero de 1967 sobre funciones y poderes consulares, artículo 10; Nicaragua: CC, artículo 104; Portugal: CC de 25 de noviembre de 1966, modificado por Decreto-Ley núm. 496/77, de 25 de noviembre de 1977, artículo 51,2.º; Reino Unido: *Foreign Marriage Act* de 1892, modificada en 1947, cap. 23, núm. 1; Rumanía: Ley núm. 105, de 22 de septiembre de 1992, sobre la reglamentación de las relaciones de DIPr, artículo 19; Túnez: Ley de 31 de agosto de 1957 sobre el estado civil, artículo 31.

(14) Bolivia: Código de familia de 1972, artículo 72; Filipinas: CC, artículo 75; Hungría: Decreto-Ley núm. 13/1979 sobre el DIPr, artículo 37,3.º; Uruguay: CC de la República Oriental de Uruguay, artículo 101.

(15) Rumanía: Ley núm. 105, de 22 de septiembre de 1922, sobre la reglamentación de las relaciones de DIPr, artículo 19.

(16) Bulgaria: Código de la familia de 28 de mayo de 1985, artículo 129; Burkina Faso: Código de las personas y de la familia de 16 de noviembre de 1989, artículo 1023; Italia: Decreto del Presidente de la República de 5 de enero de 1967, sobre funciones y poderes consulares, artículo 10; Yugoslavia: Ley de 15 de julio de 1982, sobre las soluciones de los conflictos con las disposiciones de los demás Estados en el ámbito de ciertas relaciones, artículo 102,1.º

(17) Alemania: Ley de 25 de julio de 1986, para la nueva regulación de DIPr, artículo 13,3; Australia: Ley matrimonial de 6 de mayo de 1961: artículo 55; Colombia: Ley de 21 de diciembre de 1938, artículo 1; Finlandia: Ley de 5 de diciembre de 1929, relativa a determinadas relaciones del Derecho de familia de naturaleza internacional, artículo 6; Noruega: Ley de 30 de junio de 1955 acerca de la autoridad de oficiales públicos noruegos para autorizar matrimonios en el extranjero y de oficiales públicos extranjeros para autorizar matrimonios en Noruega, artículo 5; Portugal: CC de 25 de noviembre de 1966, modificado por Decreto-Ley n.º 496/77, de 25 de noviembre, artículo 51,1.º

(18) Brasil: Ley de Introducción al CC de 4 de septiembre de 1942, artículo 7; Proyecto de Código de aplicación de las normas jurídicas de 1970, artículo 33; antigua URSS: Ley de 27 de junio de 1968, sobre las bases para la legislación sobre matrimonio y familia, artículo 31; Túnez: Ley de 31 de agosto de 1957 sobre el estado civil: artículo 38.

La exigencia de que la ley del agente consular, que al propio tiempo es la ley nacional de uno al menos de los contrayentes, le atribuya competencia en orden a la celebración de matrimonios viene establecida en diferentes ordenamientos jurídicos <sup>(19)</sup>.

Asimismo, la admisión del matrimonio consular de extranjeros puede subordinarse a una condición de reciprocidad, es decir, al reconocimiento de los matrimonios consulares de nacionales en el extranjero por la ley extranjera correspondiente al lugar de su celebración <sup>(20)</sup>.

También la inscripción registral del matrimonio consular en el Estado local es en algunas legislaciones condición de su validez <sup>(21)</sup>.

Por último, la exigencia de una autorización especial es un requisito establecido en algunas legislaciones <sup>(22)</sup>.

Algunos países, como Austria, Dinamarca, Reino Unido, Suiza, Uruguay..., son contrarios al matrimonio consular de extranjeros en su territorio.

### III. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

Atendiendo a la nacionalidad de los contrayentes y al lugar de celebración del matrimonio, distinguiremos dos situaciones, relativas, respectivamente, al matrimonio consular de los españoles en el extranjero y al matrimonio consular de los extranjeros en España.

#### 1. Matrimonio consular de españoles en el extranjero

##### 1.1 ADMISIÓN DEL MATRIMONIO CONSULAR

El orden público ha estado históricamente presente en el DIPr español en torno a la institución matrimonial, al servicio de dos rasgos que tradicionalmente han caracterizado nuestro sistema: la nota de «confesionalidad», consecuencia de ser la religión católica la oficial del Estado, y la nota de «indisolubilidad», que, aunque independiente, ha estado íntimamente vinculada a la anterior.

El orden público estuvo durante largo tiempo presente en cuanto a la exigencia de la intervención consular en los matrimonios civiles de españoles en el extranjero, con objeto de salvaguardar el cumplimiento de un requisito de fondo, la consideración de la acatolicidad como condición determinante de la capacidad para contraer matrimonio civil.

La determinación de la ley aplicable a la forma del matrimonio civil de españoles en el extranjero (la ley del lugar de celebración del matrimonio o la ley nacional de los contrayentes) estuvo condicionada, en primer término, por la calificación adoptada en cuanto a la celebración religiosa o civil del matrimonio, y, en segundo lugar, por el sistema matrimonial imperante.

---

<sup>(19)</sup> Alemania: Ley de 25 de julio de 1986, artículo 13; Colombia: Ley de 21 de diciembre de 1938, artículo 1; Ecuador: CC, artículo 103; Noruega: Ley de 30 de junio de 1955, artículo 5.

<sup>(20)</sup> Brasil: Proyecto de Código de aplicación de las normas jurídicas de 1970, artículo 33; Noruega: Ley de 30 de junio de 1955, artículo 5; Portugal: CC de 1966, modificado en 1977, artículo 51,1.º; antigua URSS: Ley de 27 de junio de 1968, artículo 31.

<sup>(21)</sup> Australia: Ley de 6 de mayo de 1961, artículo 56; Colombia: Ley de 21 de diciembre de 1938, artículo 1.

<sup>(22)</sup> Australia: Ley de 6 de mayo de 1961, artículo 55; Finlandia: Ley de 5 de diciembre de 1929, artículo 6; Noruega: Ley de 30 de junio de 1955, artículo 5.

El primer condicionamiento ha sido el ejercido por la calificación, formal o de fondo, del matrimonio civil. La calificación formal de la celebración civil del matrimonio conducía a aplicar la ley reguladora de las formas, la ley local, la ley extranjera, en tanto que la calificación sustantiva o de fondo conducía a aplicar la ley nacional de los contrayentes, la ley española.

El segundo condicionamiento ha sido el ejercido por el sistema matrimonial imperante (sistema de matrimonio civil obligatorio, electivo o subsidiario). Un sistema de matrimonio civil obligatorio o electivo conducía a defender la libertad de formas de celebración del matrimonio civil y, consiguientemente, a aplicar la ley local, en tanto que un sistema de matrimonio civil subsidiario conducía a negar esa libertad de formas y, en definitiva, a aplicar la ley nacional de los contrayentes.

El matrimonio consular se introdujo en el ordenamiento español tardíamente, en virtud de un acuerdo del Consejo de Ministros en su reunión de 23 de julio de 1893, en respuesta a una consulta formulada por la Embajada de España en París, a requerimiento de la duquesa de Medinaceli<sup>(23)</sup><sup>(24)</sup>. No fue posible el matrimonio consular antes de 1870, período de vigencia exclusiva del matrimonio canónico y de hostilidad frente al matrimonio civil, ni tampoco lo fue inmediatamente después cuando, tras la Gloriosa Revolución de 1868 y la Constitución liberal del año siguiente, las Leyes de Matrimonio civil y del Registro civil de 1870 establecieron un sistema de matrimonio civil obligatorio y la celebración civil del matrimonio se conceptuó como cuestión formal sometida a la regla *locus regit actum*, pues tuvo ésta carácter imperativo y no facultativo como tendría después durante la II República<sup>(25)</sup>.

En el Código Civil de 1889, carente de una norma sobre la forma del matrimonio en el tráfico jurídico externo, se recoge la forma consular en el artículo 100, párrafo tercero, según el cual «los Cónsules y Vicecónsules ejercerán las funciones de Jueces municipales en los matrimonios de españoles celebrados en el extranjero», sancionando el artículo 101, párrafo cuarto, con la nulidad el matrimonio contraído sin intervención de quien debiera autorizarlo en defecto del Juez.

Con posterioridad a la publicación del Código Civil, la jurisprudencia se orientó en dos direcciones. Por un lado, el Tribunal Supremo, apoyándose en una serie de preceptos de dicho Cuerpo legal (los arts. 9, sobre estatuto personal, 11, párrafo tercero, sobre orden público, y 100, párrafo tercero, y 101, párrafo cuarto, relativos al matrimonio consular), mantuvo una interpretación restrictiva, declarando nulos los matrimonios civiles celebrados por españoles en el extranjero sin intervención de la autoridad consular. En este sentido, las Sents. TS de 1 de mayo

---

<sup>(23)</sup> El ejecutivo estimó que en el caso de que los españoles no católicos deseen celebrar matrimonio civil en el extranjero, «el cónsul celebrará el matrimonio civil como en España lo celebra el juez municipal en este caso especialmente previsto por la ley».

<sup>(24)</sup> J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «El matrimonio en el Derecho Civil Internacional», en M. AGUILAR NAVARRO y otros, *Derecho Civil Internacional*, Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Univ. Complutense, Madrid, 1975, pp. 308 ss.; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Sobre los orígenes del matrimonio consular de los españoles en el extranjero», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, t. I, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 723-757; *ID.*: «La celebración del matrimonio ante funcionarios consulares en España: algunos casos de la práctica en el siglo XIX», *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, t. II, Tecnos, Madrid, 1979, pp. 1083-1102.

<sup>(25)</sup> La Ley provisional de matrimonio civil de 18 de junio de 1870 estableció en su artículo 41 que: «El matrimonio contraído en el extranjero por dos españoles, o por un español y un extranjero, será válido en España, siempre que se hayan observado en su celebración las leyes establecidas en el país en que tuvo efecto para regular la forma externa de aquel contrato, y los contrayentes tuvieran aptitud para celebrarlo con arreglo a las leyes españolas». A su vez, el Reglamento para la ejecución de las leyes de matrimonio y Registro civil de 13 de diciembre de 1870 dispuso que: «Los matrimonios que en el extranjero intenten contraer dos españoles, o un español y un extranjero, conforme a los artículos 41 y 42 de la ley de matrimonio, deberán celebrarse ante quien corresponda, conforme a las leyes del país respectivo, y con los requisitos y solemnidades que las mismas prescriban; debiendo limitarse los agentes diplomáticos y consulares de España en el punto en que se celebren o el que lo sea en el más próximo, cuando en aquél no lo haya, a inscribirlos en el Registro... y a remitir certificación del acta...».



de 1919<sup>(26)</sup> y de 26 de abril de 1929<sup>(27)</sup> consideraron nulos los matrimonios celebrados civilmente por españoles en el extranjero (en Buenos Aires, en el primer supuesto, y en La Habana, en el segundo) conforme a la ley local, estimando necesaria y como de orden público la asistencia consular. Frente a la postura tan rigurosa encarnada por el Tribunal Supremo, la Dirección General de los Registros y del Notariado, apoyándose en el artículo 11 del Código Civil, sobre las formas, mantuvo una interpretación más liberal y flexible, considerando válidos los matrimonios civiles celebrados por españoles en el extranjero ante la autoridad territorial y en la forma local [RDGRN de 18 de enero de 1923<sup>(28)</sup>, RO de 1 de octubre de 1923<sup>(29)</sup> y RDGRN de 9 de marzo de 1927<sup>(30)</sup>].

La Ley de matrimonio civil de 28 de junio de 1932 estableció un sistema de matrimonio civil obligatorio. La celebración civil del matrimonio fue calificada como cuestión formal, y por tanto sometida a la ley local. La regla *locus regit actum* tenía un carácter facultativo, opcional, pudiendo los contrayentes celebrar matrimonio con arreglo a la ley del lugar, ante la autoridad territorial, o de acuerdo a su ley nacional, ante la autoridad consular<sup>(31)</sup>.

Derogada la Ley de matrimonio civil de 28 de junio de 1932, establecedora de un sistema de matrimonio civil obligatorio, por la Ley de 12 de marzo de 1938, se produce un retorno a la concepción tradicional del matrimonio civil como subsidiario, lo que implica negar la libertad formal y aplicar nuevamente la ley nacional española. Las Ress. DGRN de 19 de febrero de 1941<sup>(32)</sup> y 13 de enero de 1945<sup>(33)</sup> mantienen la exclusiva competencia de los Cónsules con relación a los matrimonios civiles celebrados por españoles en el extranjero. Un dictamen emitido el 18 de junio de 1945 por la Sección de Legislación extranjera del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos<sup>(34)</sup>, haciendo suyos los informes redactados por don Eloy Montero y don Pedro Cortina, estimó nulo un matrimonio civil celebrado por súbditos españoles ante las autoridades territoriales argentinas, por no haberlo sido ante el Cónsul español.

Por su parte, la STS de 12 de mayo de 1944<sup>(35)</sup>, por la que se declaró la nulidad de un matrimonio civil celebrado en Londres entre un español soltero y una francesa divorciada de anterior matrimonio canónico, consideró, frente a la estimación de la sentencia recurrida, en virtud de la cual dicho matrimonio se regía por la ley del lugar de su celebración, que: «el artículo 11-1.º del CC se refiere nada más que a los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos entre los que no cabe incluir el matrimonio; aparte de que el párrafo 2.º dispone las formas y solemnidades establecidas por nuestras leyes, cuando aquellos actos sean autorizados por las autoridades diplomáticas o consulares españolas... y es preciso tener presente... el valor relativo del principio *lex loci regit actum* y del Derecho Internacional todo, pues éste forzosamente debe claudicar ante el interés nacional español...».

Poco después, la RDGRN de 15 de febrero de 1946<sup>(36)</sup>, en respuesta a la Legación de Turquía en España, considera que: «Los Cónsules pueden autorizar los matrimonios civiles de es-

(26) *CLJC*, 1919, núm. 31, pp. 176 ss.

(27) *CLJC*, 1929, núm. 254, pp. 1286 ss.

(28) *ADGRN*, 1923, p. 414.

(29) *ADGRN*, 1923, pp. 465-467.

(30) *ADGRN*, 1927, pp. 550-551.

(31) Ress. DGRN de 5 de diciembre de 1931, *ADGRN*, 1932, pp. 515-516, 18 de agosto de 1932, *ADGRN*, 1932, pp. 493-494, y 23 de mayo de 1934, *ADGRN*, 1934, pp. 400-402.

(32) *ADGRN*, 1948, pp. 421-422.

(33) *ADGRN*, 1945-1946, pp. 685-686.

(34) *ADGRN*, 1945-1946, pp. 690-692.

(35) *RGLJ, Jur.Civ.*, 2.ª serie, t. 6, pp. 696 ss.

(36) *ADGRN*, 1945-1946, pp. 697-698.

pañoles en el extranjero en virtud de las funciones de jueces municipales que les concede el último párrafo del artículo 100 CC».

La mayor parte de nuestra doctrina<sup>(37)</sup>, apoyándose en los artículos 9, 11, párrafo tercero, 100, párrafo tercero, y 101, párrafo cuarto, del Código Civil, y considerando derogado el artículo 70 de la Ley de Registro Civil, se pronunció por la necesaria intervención de la autoridad consular como exclusivamente competente en los matrimonios civiles de españoles en el extranjero, condicionando al cumplimiento de este sustancial requisito su validez.

Existe en general en la jurisprudencia de esta época una tendencia a confundir los requisitos de fondo, que habilitan para contraer matrimonio civil, y los de forma de celebración de dicho matrimonio, por los que han acreditado el cumplimiento de los requisitos de fondo, su acatolicidad. El orden público interviene exigiendo la forma consular para el matrimonio civil de los españoles en el extranjero por una razón de fondo: asegurar la aplicación del Derecho español en lo relativo a la distinción entre católicos y acatólicos<sup>(38)</sup>, requiriéndose la prueba de la acatolicidad como determinante de la capacidad para contraer matrimonio civil.

En un sentido más liberal, la RDGRN de 27 de noviembre de 1948<sup>(39)</sup>, en respuesta a una consulta formulada por el Cónsul de España en Burdeos, considera procedente la transcripción en el Registro consular de los matrimonios celebrados por españoles con francesas ante autoridades extranjeras y con arreglo a las solemnidades de la ley local, «pues sentar la doctrina contraria, concediendo exclusivamente facultades a los cónsules para celebrar matrimonios civiles en que alguno de los contrayentes es súbdito del país, produciría en muchos casos la antinomia de que dichos matrimonios no serían reconocidos por la Ley local, en donde acaso se propongan residir los contrayentes, y por otra parte el artículo 100, párrafo 3.º, del Código civil, se refiere a los matrimonios «de españoles» en el extranjero y no a los matrimonios mixtos de español y extranjera. Tampoco el artículo 42 del Código civil resulta vulnerado si acompañan documentos acreditativos de su condición acatólica».

En la misma línea, la RDGRN de 17 de abril de 1950<sup>(40)</sup> considera que «el matrimonio de españoles acatólicos celebrado en la forma civil admitida por las leyes extranjeras es transcribible en nuestro Registro Civil siempre que se de cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil».

A partir de la reforma de la legislación registral de 1957-1958 (art. 73 de la LRC de 8 de junio de 1957 y art. 249 del RRC de 14 de noviembre de 1958) se produjo una evolución tendente a desdoblarse los requisitos de fondo y de forma, admitiéndose la validez de los matrimonios civiles celebrados por españoles en el extranjero de acuerdo a la ley local, habiéndose acreditado el cumplimiento del requisito de la acatolicidad<sup>(41)</sup>.

La doctrina se planteó el problema de la relación entre los artículos 100 y 101 del Código Civil, por una parte, conforme a los cuales se exigía la intervención consular para la vali-

---

<sup>(37)</sup> J. de CUADRA Y ECHAIDE, «Intervención consular en el matrimonio de españoles en el extranjero», *Rev. Esp. D. Canónico*, vol. VII, 1952, p. 958; S. de ERICE y O' SHEA, *Derecho Diplomático*, II, Madrid, 1954, p. 231; F. A. SANCHO REBULLIDA, «El sistema matrimonial en la reforma del Código civil», *Temis*, vol. IV, 1958, p. 225; A. MARÍN LÓPEZ, «La conclusión del matrimonio en Derecho Internacional», *REDI*, 1959, p. 61; A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado*, II, 3.ª ed., 1963, p. 268.

<sup>(38)</sup> W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, II, 2.ª ed., Buenos Aires, 1954, p. 286; P. GARCÍA BARRIUSO, *Matrimonio civil de españoles dentro y fuera de España*, Tánger, 1948, p. 71.

<sup>(39)</sup> ADGRN, 1948, p. 387.

<sup>(40)</sup> ADGRN, 1950, pp. 406-407.

<sup>(41)</sup> Ress. DGRN de 13 de octubre de 1959, ADGRN, 1959, pp. 149-150; 4 de junio de 1962, ADGRN, 1962, pp. 242-243, nota de E. Pecourt García en REDI, 1964, pp. 428-435; 23 de marzo de 1966, ADGRN, 1966, p. 241; 20 de enero de 1967, ADGRN, 1967, pp. 253-254; 14 de marzo de 1967, ADGRN, 1967, pp. 171-177, y STS de 2 de noviembre de 1965, RAJ, 1965, núm. 4847.

dez de los matrimonios celebrados por españoles en el extranjero, y la legislación registral vigente, por otra parte, que admitía la validez de los matrimonios celebrados en la forma local. Entre los autores que defendieron su carácter antinómico un sector consideró vigentes los preceptos contenidos en el Código Civil <sup>(42)</sup>, estimando el otro que habían sido reformados <sup>(43)</sup>. Para un segundo grupo de autores no cabía hablar propiamente de incompatibilidad entre unos y otros textos <sup>(44)</sup>. En cuanto a la jurisprudencia, la STS de 4 de octubre de 1974 <sup>(45)</sup> considera que «debe entenderse modificada la dicción del número 4.º del artículo 101 del CC», añadiendo que la nueva solución «en el caso presente resultaría reforzada por la situación especial del territorio de Gibraltar, carente de representación consular española». Con anterioridad, la RDGRN de 14 de marzo de 1967 <sup>(46)</sup>, referente a un matrimonio civil de españoles en Gibraltar, había considerado «superada la interpretación contraria que arrancaba del último párrafo del artículo 100 del CC», admitiendo, con relación al matrimonio civil, el criterio general *locus regit actum* en materia de forma proclamado por el artículo 11 de dicho Cuerpo legal.

Hay que señalar, no obstante, que la STS de 14 de noviembre de 1963 <sup>(47)</sup> declaró nulo un matrimonio civil celebrado por españoles en Uruguay ante la autoridad territorial y según la forma del lugar «por contravenir lo dispuesto en el artículo 100 del Código Civil que estatuye que el casamiento se celebrará ante el Juez Municipal de los contrayentes o uno de ellos y que los cónsules y vicecónsules ejercerán las funciones de jueces municipales en los otorgados en el extranjero, requisito esencial que afecta a la validez porque implica la competencia o atributo del funcionario para autorizarlo y su incumplimiento lleva consigo su nulidad a virtud de lo dispuesto en el número cuarto del artículo 101 que previene que será nulo el matrimonio que se celebre sin la intervención del Juez Municipal o del que en su lugar deba autorizarlo, textos claros y evidentes que no requieren interpretación por lo que se ha de estar a su sentido literal y sin que lo expuesto esté en contradicción con el artículo 11 del propio Código sustantivo al establecer que las formas y solemnidades de los contratos se rigen por las Leyes del país donde se otorguen, pues el último párrafo a modo de salvedad o limitación de los anteriores exceptúa de esta regla las Leyes o actos concernientes a las personas y los que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres que por afectar a la comunidad y por consecuencia al orden social tienden a salvaguardar el interés general muy por encima y superior al privado de las partes que entra en juego en todo negocio jurídico, todo lo cual es derivación de la norma general que sienta el artículo 9 conforme al cual el estatuto personal es de obligatoria observancia para los españoles, aunque residan en el extranjero en lo relativo al estado, condición y capacidad de las personas entre las que figura por naturaleza los preceptos atinentes al matrimonio» <sup>(48)</sup>.

<sup>(42)</sup> G. GARCÍA CANTERO, *El vínculo del matrimonio civil en el Derecho español*, Madrid-Roma, 1959, p. 220.

<sup>(43)</sup> L. PORTERO SÁNCHEZ, «Matrimonios de españoles en el extranjero y de extranjeros en España», *Anuario de Derecho Civil*, 1960, p. 513.

<sup>(44)</sup> E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «Matrimonio de españoles celebrado en el extranjero en la forma de la *lex loci*», en *Estudios de Derecho matrimonial*, Madrid, 1962, p. 112; A. F. MARTÍNEZ MORCILLO, «Validez de la forma local extranjera en los matrimonios civiles de españoles acatólicos», *REDI*, 1963, p. 89.

<sup>(45)</sup> *RAJ*, 1974, núm. 3720; nota de M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, en *REDI*, 1977-1, pp. 161-164.

<sup>(46)</sup> *ADGRN*, 1967, pp. 171-177.

<sup>(47)</sup> *RAJ*, 1963, núm. 4572; M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «Matrimonio civil de españoles en el extranjero», *ADC*, 1966, pp. 709-713.

<sup>(48)</sup> Comentando la citada decisión, observa J. PUENTE EGIDO (*Derecho Internacional Privado español: doctrina legal del Tribunal Supremo*, Eunibar, Barcelona, 1981, pp. 676-678) que «como única explicación, ya que no justificación, al notable grado de inquilidad que comporta el presente fallo, puede bastar la referencia a la visión clericalizante que del matrimonio y de sus clases imperaba en la época de la sentencia», añadiendo que «el radicalismo al que se llega en el caso presente con la declaración de nulidad, produce un efecto justamente contrario al que se pretende. Otorga un plus al cónyuge que (cualquiera que haya sido su voluntad antecedente a efectos de la estimación de la buena fe) con su conducta posterior ha probado hasta la saciedad su malevolencia consecutiva».

Las Sents. TS de 20 de abril de 1974<sup>(49)</sup> y de 11 de marzo de 1975<sup>(50)</sup> consideraron válidos los matrimonios contraídos en Rusia en 1952 y 1954 respectivamente, ante el Encargado del Registro Civil del lugar, entre españoles bautizados que no profesaban la religión católica y nacionales rusas, invocando la imposibilidad de hacer declaración de apostasía por no haber en Rusia representantes de la Iglesia católica, así como la de contraerlo ante las autoridades españolas por la carencia de representación diplomática en aquel país, en donde por otra parte no existían facilidades para contraer matrimonio canónico, en el supuesto de que esta hubiera sido la voluntad de los contrayentes. En parecidos términos, la RDGRN de 13 de junio de 1978<sup>(51)</sup> estimó válido el matrimonio civil celebrado en Rusia en 1941, según la forma local, entre nacionales españoles, ninguno de los cuales profesaba la religión católica, en la cual la mujer había sido bautizada, considerando que en esa fecha «se sostenía incluso por parte de la doctrina oficial, la tesis según la cual el artículo 100 del Código Civil imponía en su último párrafo la competencia exclusiva de los Cónsules y Vicecónsules para autorizar los matrimonios civiles de españoles en el extranjero, pero se apoyaba en más fuertes razones la tesis contraria —la única que vino a suponer vigente el artículo 73 de la actual Ley del Registro Civil— conforme a la cual el matrimonio civil podía contraerse con arreglo a la forma local en vigor en el país extranjero y sin intervención de Cónsul español, de acuerdo con lo establecido en los artículos 70 de la Ley del Registro Civil y 11 del Código Civil, entonces vigentes, y con las exigencias del *ius nubendi* que, de haber prevalecido la tesis contraria, habría quedado de hecho negado a los españoles que, como los del caso, residieran en país en que no hubiera a la sazón representación española». Tal solución fue comentada favorablemente por la doctrina<sup>(52)</sup>.

La STS de 4 de octubre de 1974<sup>(53)</sup> estima nulo un matrimonio civil contraído en Gibraltar, con arreglo a la forma establecida por la ley local (ley inglesa), entre un español y una inglesa, no habiéndose acreditado la acatolicidad, considerando que: «si bien la legislación vigente del Registro Civil y concretamente el artículo 73 de la Ley, viene a reconocer la posibilidad de la validez de los matrimonios civiles celebrados por españoles en el extranjero conforme a la legislación del lugar, sentido en que debe entenderse modificada la dicción del número 4.º del artículo 101 del Código civil, que en el caso presente resultaría reforzada por la situación especial del territorio de Gibraltar, carente de representación consular española, sin embargo para el reconocimiento de la validez de aquél y eficacia en España, se exige la prueba de la acatolicidad de los contrayentes...».

Por su parte, la RDGRN de 15 de octubre de 1974<sup>(54)</sup> considera que «es práctica admitida, al amparo de los artículos 11 y 100 CC, que los Cónsules españoles autoricen matrimonios civiles cuando uno solo de los contrayentes sea español, si no se oponen las autoridades del Estado en el que desempeñan su misión».

A su vez, la RDGRN de 7 de marzo de 1978<sup>(55)</sup> considera que «el matrimonio celebrado por españoles en el extranjero puede contraerse, no sólo ante los Cónsules y Vicecónsules españoles (art. 100 del CC), sino también ante la autoridad local y en la forma determinada por

(49) *RAJ*, 1974, núm. 1670; nota de A. ORTÍZ ARCE DE LA FUENTE, en *REDI*, 1976, pp. 530-531.

(50) *RAJ*, 1975, núm. 1190.

(51) *ADGRN*, 1978, pp. 347-355.

(52) J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, «Matrimonio civil en el extranjero de español bautizado y fraude de ley», en *Rev. de la Fac. de Derecho de la Univ. Compl. de Madrid*, vol. XVI, núm. 44, pp. 447-467, *Vid.* nota de M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, en *REDI*, 1980, pp. 221 ss.

(53) *RAJ*, 1974, núm. 3720; nota de M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, en *REDI*, 1977-1, pp. 161-164.

(54) *ADGRN*, 1974, pp. 379-383.

(55) *ADGRN*, 1978, p. 524.

la *lex loci*, según reconoció explícitamente, acabando con las dudas anteriores, el artículo 73 de la LRC de 8 de junio de 1957». En la misma línea, la RDGRN de 25 de noviembre de 1978<sup>(56)</sup>, sobre inscripción del matrimonio de españoles celebrado en el extranjero en forma religiosa reconocida por la ley local, señaló que «ya no puede afirmarse que la Ley española imponga determinada solemnidad para el matrimonio de españoles en el extranjero».

La vigente Constitución ha venido a alterar los presupuestos de nuestro sistema matrimonial. La Instrucción de la DGRN sobre matrimonio civil de 26 de diciembre de 1978<sup>(57)</sup>, apoyándose en los principios constitucionales de igualdad ante la ley (arts. 14 y 32) y de libertad religiosa y de cultos y no confesionalidad del Estado (art. 16), considera que «todos pueden acudir a la celebración del matrimonio civil con plena libertad de elección y sin necesidad de hacer declaración alguna sobre su religión» y que «los Jueces y Cónsules Encargados de los Registros Civiles deben autorizar los matrimonios civiles de las personas que lo deseen sin indagación ni declaración alguna sobre las ideas religiosas de los contrayentes». Suponía dicha Instrucción el tránsito de un sistema de matrimonio civil subsidiario, en el que la acatolicidad era requisito de fondo determinante de la capacidad para contraer matrimonio civil, a un sistema de matrimonio civil electivo o facultativo.

En virtud de la reforma operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, el artículo 49, 1.º, del Código Civil dispone que cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: «Ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código». Es de señalar que el mencionado precepto se refiere a los matrimonios contraídos por españoles o entre españoles en España o en el extranjero. La referencia genérica a «cualquier español» supone la admisión del matrimonio consular contraído no sólo entre españoles sino también por un español con un extranjero, siempre que no tenga la nacionalidad del Estado local. Según el artículo 51,3.º del referido Cuerpo legal, será competente para autorizar el matrimonio: «El funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero». La atribución genérica de competencia efectuada por el citado artículo 51,3 del Código Civil se concreta en el artículo 51 del RRC, a tenor del cual los Registros Consulares estarán a cargo de los Cónsules de España o, en su caso, de los funcionarios diplomáticos encargados de las Secciones consulares de la Misión Diplomática, siendo sustituidos por el funcionario de carrera que corresponda y, en su defecto, por el Canciller o persona que le sustituya, según su Reglamento. Y, con arreglo al artículo 11,3.º del Código Civil: «Será de aplicación la ley española a los contratos, testamentos y demás actos jurídicos autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero».

Después de la Constitución, con relación a supuestos de matrimonios civiles celebrados con anterioridad por españoles en el extranjero, según la forma local, la DGRN estimó su validez. Así lo hizo la RDGRN de 30 de junio de 1981<sup>(58)</sup>, con relación a un matrimonio civil celebrado en Francia, según la forma local, por un español en 1971. En el mismo sentido se

<sup>(56)</sup> ADGRN, 1978, p. 529.

<sup>(57)</sup> BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1978.

<sup>(58)</sup> La RDGRN de 30 de junio de 1981 (ADGRN, 1981, pp. 594-602; nota de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS en REDI, 1982, núm.2-3, pp. 514-519) consideró que «carece de toda consistencia la apreciación del recurrente de que un matrimonio civil celebrado en Francia, según la forma local, por un español en 1971 es nulo por defecto de forma, por aplicación del artículo 101-4.º del Código Civil en relación con el artículo 100 del propio Cuerpo legal, pues esta interpretación –en modo alguno segura antes de la nueva Ley del Registro Civil, a la vista de lo que entonces establecían los artículos 70 de la antigua Ley del Registro Civil y 11 del Código Civil– ha sido paladinamente desechada por el artículo 73 de la actual Ley del Registro Civil...».

manifestaron la RDGRN de 11 de abril de 1985<sup>(59)</sup>, a propósito de un matrimonio civil celebrado en 1948 por un español en el extranjero; la RDGRN de 27 de junio de 1992<sup>(60)</sup>, a propósito de un matrimonio civil celebrado por españoles en Francia en 1963 según la forma local; la RDGRN de 12 de febrero de 1994<sup>(61)</sup>, con relación a un matrimonio civil celebrado en Cuba en 1970 por un español con una cubana, y la RDGRN de 11 de noviembre de 1995<sup>(62)</sup>, respecto de un matrimonio civil celebrado por una española en Venezuela en 1952 en la forma local.

## 1.2 NACIONALIDAD DE LOS CONTRAYENTES

La jurisprudencia ha considerado nulos los matrimonios de españoles ante el Agente consular español con nacionales del Estado receptor cuando lo prohíbe la ley de ese Estado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5, f), del Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963. En este sentido se ha manifestado la RDGRN de 13 de noviembre de 1974<sup>(63)</sup>, con relación a Argelia, en un caso en que el cónyuge no podía, por motivos religiosos, contraer matrimonio tampoco en la forma local argelina, por no ser musulmán, por lo que se contrajo ante el Encargado del Registro Civil de Algeciras, donde la pareja tenía sólo la simple residencia; la Orden Circular de la Dirección General de Asuntos Consulares núm. 2998 de 11 de agosto de 1982<sup>(64)</sup>, ordenando abstenerse de celebrar el matrimonio de español en el extranjero cuando el otro contrayente ostenta la nacionalidad del Estado de recepción; la RDGRN de 2 de septiembre de 1983<sup>(65)</sup>, con relación a una consulta formulada por el Cónsul español en Basilea, en la que se indica que «la legislación suiza impide a los Cónsules españoles autorizar matrimonios en esta nación y obliga a que el matrimonio se contraiga ante las autoridades locales, de modo que el enlace no llega a celebrarse mientras los Cónsules no les hagan llegar un certificado de capacidad matrimonial...»; la Comunicación de la DGRN a la Dirección General de Asuntos Consulares de 26 de junio de 1990<sup>(66)</sup>, a propósito de una consulta del Cónsul General de España en Orán sobre la validez o no de un matrimonio civil celebrado en el Registro Civil Consular entre un español y una argelina, considerando que «no es posible, en cuanto no lo permite la legislación argelina, realizar autorización de matrimonio civil en la forma que se consulta»; la RDGRN de 15 de septiembre de 1995<sup>(67)</sup>, con relación al matrimonio a contraer en-

<sup>(59)</sup> La RDGRN de 11 de abril de 1985, *ADGRN*, 1985, pp. 471-478, consideró que «el matrimonio civil celebrado en 1948 por un español en el extranjero con arreglo a la *lex loci* era formalmente válido, no obstante las vacilaciones de la jurisprudencia, por aplicación del criterio general *locus regit actum* que proclamaba el artículo 11 del Código Civil en su redacción originaria, conforme reconoció en 1957 el artículo 73 de la Ley del Registro Civil (cfr. Resolución de 14 de marzo de 1967 y de 13 de junio de 1978) y establece hoy expresamente el último párrafo del vigente artículo 49 del Código Civil».

<sup>(60)</sup> *ADGRN*, 1992, pp. 1452-1456; nota de A. MARÍN LÓPEZ en *REDI*, 1992-2, pp. 657-661.

<sup>(61)</sup> *ADGRN*, 1994, pp. 1128-1130.

<sup>(62)</sup> La RDGRN de 11 de noviembre de 1995, *ADGRN*, 1995, pp. 1924-1927, considera que: «Aunque entonces se sostuvo, incluso por parte de la doctrina oficial, que el último párrafo del artículo 100 del Código Civil imponía la competencia exclusiva de los Cónsules y Vicecónsules para autorizar los matrimonios civiles de españoles en el extranjero, se apoyaba en más sólidas razones la tesis contraria, conforme a la cual el matrimonio civil podía contraerse con arreglo a la forma local en vigor en el país extranjero y sin intervención del Cónsul español», añadiendo que: «Esta tesis, que tenía su apoyo en los artículos 70 de la Ley del Registro Civil de 1870 y en el artículo 11 originario del Código Civil, así como en las exigencias del *ius nubendi*, es la única que vino a suponer vigente el artículo 73 de la Ley del Registro Civil de 1957».

<sup>(63)</sup> *ADGRN*, 1974, pp. 385-386.

<sup>(64)</sup> R. Arroyo Montero: *El matrimonio consular*, ob. cit., p.113; S. ADROHER BIOSCA, *Forma del matrimonio y Derecho Internacional Privado*, ob. cit., pp. 291-292.

<sup>(65)</sup> *ADGRN*, 1983, pp. 550-551.

<sup>(66)</sup> R. ARROYO MONTERO, *El matrimonio consular*, ob. cit., pp. 65-66.

<sup>(67)</sup> *ADGRN*, 1995, pp. 1661-1664; nota de R. ARROYO MONTERO en *REDI*, 1996-1, pp. 356-358.

tre un español y una alemana ante el Cónsul español en Francfort (Alemania); la RDGRN de 8 de enero de 1997<sup>(68)</sup>, respecto al matrimonio a celebrar entre un español y una marroquí ante el Cónsul español en Casablanca (Marruecos), y la RDGRN (2.ª) de 8 de junio de 1998<sup>(69)</sup>, en un supuesto semejante al anterior, es decir en cuanto al matrimonio a celebrar entre un español y una marroquí ante el Encargado del Registro Consular en Casablanca.

Se ha admitido, por otra parte, la validez del matrimonio contraído por un español en el extranjero ante el Cónsul de un tercer Estado, con nacional de éste. Así, la RDGRN de 13 de julio de 1982<sup>(70)</sup> considera que «si la forma consular en cuestión es una de las admitidas por la Ley del lugar de celebración, el enlace hay que estimarlo válido e inscribible, por aplicación del último párrafo del artículo 49 del Código, sin que quepa oponer la doctrina de que no cabe el reenvío de las normas extranjeras de conflicto a otra ley que no sea la española, pues la ley territorial, al admitir la forma consular –o una forma religiosa– no es que remita la cuestión de la forma a una ley extranjera, sino que determina que en su territorio órganos extraestatales puedan autorizar el matrimonio con la misma fuerza, a efectos formales, que los propios órganos estatales...»<sup>(71)</sup>. Consiguientemente declara inscribible el matrimonio celebrado por español en el extranjero ante una autoridad consular distinta de la española, siempre que esta forma sea una de las admitidas por la ley del lugar de celebración.

Por su parte, la Orden Circular de la Dirección General de Asuntos Consulares núm. 2998 de 11 de agosto de 1982<sup>(72)</sup> recomienda a los Cónsules españoles, en el caso de que uno de los futuros contrayentes ostente la nacionalidad de un tercer país, comprobar si el matrimonio resultaría válido para la ley local, así como para la ley personal del contrayente extranjero.

A su vez, la RDGRN de 24 de febrero de 2001<sup>(73)</sup>, a propósito de la inscripción registral de un matrimonio contraído entre español y cubana ante el Cónsul de Cuba en Bonn, después

<sup>(68)</sup> *BIMJ*, núm. 1812-1813, pp. 118-122.

<sup>(69)</sup> *BIMJ*, 1999, núm. 1840, pp. 503-507; *REDI*, 1999-2, pp. 741-742.

<sup>(70)</sup> *ADGRN*, 1982, pp. 620-621.

<sup>(71)</sup> Dicha resolución ha generado cierta controversia doctrinal, especialmente a propósito del argumento del reenvío. Así, M. Fernández Fernández (nota en *REDI*, 1985-1, pp. 227-228) considera que: «Se trataría de un reenvío de la ley española a otra extranjera (la del lugar de celebración), que podrá ser de primer grado cuando la norma reclamada por ésta sea la ley personal y el matrimonio se celebre conforme al Derecho español, y de segundo grado si –como en el presente supuesto– el enlace sigue la forma prevista en el Ordenamiento personal del otro contrayente...», agregando que la solución defendida por la DGRN «podría aceptarse cuando el derecho del lugar de celebración poseyese una norma que sancionara la posibilidad de que los extranjeros se casen en su territorio ante sus Autoridades consulares. Pero es mucho más cuestionable siempre que la fórmula utilizada por esa ley sea similar a la de nuestro artículo 50, que no señala la Autoridad quien, consecuentemente, aplica su ley, sino la ley que, lógicamente deberá ser aplicada por una Autoridad perteneciente al mismo Ordenamiento». Puntualiza la citada autora que: «Sin embargo, y pese a estas dificultades, no queremos concluir un rechazo al matrimonio de españoles en el extranjero ante Cónsul de un tercer país. De un lado, esa afirmación llevaría a eliminar el propio matrimonio consular, porque, si es práctica uniforme vedar a los Cónsules extranjeros la celebración de matrimonios en que uno de los contrayentes es nacional, postular la ineficacia de esas uniones para el país de cada esposo cuando el enlace hubiese sido autorizado por Cónsul de un tercer Estado, implicaría rechazar cualquier supuesto de matrimonio consular. Por otro, ésta es la única forma de casarse en el extranjero con los nacionales de países que sólo reconocen efectos a los matrimonios celebrados conforme a sus leyes, y prohibirla equivaldría a negarles el Derecho Humano a contraer matrimonio y formar una familia». Por su parte, P. Orejudo Prieto de los Mozos (*La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, Aranzadi, 2002, pp. 279-280), tras aludir a la interpretación del artículo 49.2 del Código Civil en el sentido de operar una remisión integral al ordenamiento jurídico competente, señala que: «reconocer un matrimonio celebrado por un español ante un Cónsul extranjero no supone, conforme a tal interpretación, admitir el reenvío de las normas de conflicto extranjeras (las de la *lex loci celebrationis*) a otra ley que no sea la española (la ley de la autoridad consular, coincidente con la ley nacional del contrayente extranjero). El reenvío es un mecanismo cuyo funcionamiento tiene lugar, en su caso, en el sector del Derecho aplicable, y que ha de excluirse en materia de reconocimiento...La remisión contenida en el artículo 49.2 CC puede entenderse efectuada al ordenamiento en su conjunto...».

<sup>(72)</sup> *Recopilación de Ordenes Circulares*, 1902-1983, Madrid, Imprenta de la Oficina de Información Diplomática, 1983, pp. 403-411; R. ARROYO MONTERO, *El matrimonio consular*, ob. cit., pp. 105-106, 121 y 135; S. ADROHER BIOSCA, *Forma del matrimonio y Derecho Internacional Privado*, ob. cit., pp. 291-292.

<sup>(73)</sup> *RAJ*, 2001, núm. 3861.

de afirmar que «un español ha de contraer matrimonio en España, bien ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por el Código Civil, bien en la forma religiosa legalmente prevista (cfr. art. 49 CC), de modo que no es una forma válida el matrimonio consular», puntualiza que: «la cuestión difiere totalmente cuando ese matrimonio consular lo ha celebrado el español en el extranjero ante el Cónsul de un tercer país acreditado en el lugar de celebración. En efecto, conforme al último párrafo del artículo 49 del Código Civil, cualquier español puede contraer matrimonio fuera de España «con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración», de modo que si la *lex loci* considera formas válidas, además de la forma civil local, las formas religiosas no canónicas o la forma consular ante un Cónsul acreditado en el país, estas formas son también válidas para el ordenamiento español». Añade la citada Resolución que: «Acreditado en este caso que la ley alemana reconoce la validez formal del matrimonio consular si ninguno de los contrayentes tiene la nacionalidad alemana, en principio no hay obstáculo formal que impida la inscripción del matrimonio contraído entre un español y una cubana ante el Cónsul de Cuba en Bonn».

## 2. Matrimonio consular de extranjeros en España

### 2.1 ADMISIÓN DEL MATRIMONIO CONSULAR

La forma del matrimonio civil contraído por extranjeros en España se ha regido tradicionalmente por la ley española, en virtud de la regla *locus regit actum*, contenida en el artículo 11 del Código Civil, pudiendo los contrayentes facultativamente celebrarlo ante las autoridades consulares de su país acreditadas en el nuestro, siempre que se cumplan las condiciones de dicho matrimonio consular.

Durante el período republicano, la RDGRN de 5 de diciembre de 1932<sup>(74)</sup>, sobre validez de los matrimonios consulares, concede valor general al principio *locus regit actum* en cuanto a las formas y solemnidades del matrimonio, pero deja a salvo la posibilidad de celebrarlo ante el Cónsul. La aplicación de la regla *locus* deviene facultativa, no rigurosa como decía la Real Orden de 23 de noviembre de 1923.

Pocos días después, la RDGRN de 15 de diciembre de 1932<sup>(75)</sup>, que estima nulos los matrimonios celebrados entre súbditos noruegos ante un Pastor noruego autorizado por su ley nacional para celebrarlo, considera que «no hay precepto alguno que autorice en España la validez y eficacia de matrimonios celebrados dentro del territorio nacional por extranjeros ante funcionarios distintos de los investidos de esa facultad por las leyes españolas o los Agentes diplomáticos o consulares de los países extranjeros, respecto de sus nacionales...». Admite, pues, la opción entre la ley española, como ley del lugar, y la ley nacional, mediante la celebración del matrimonio ante el Cónsul.

Por su parte, la STS de 21 de febrero de 1935<sup>(76)</sup> implícitamente reconoce la validez y eficacia de los matrimonios celebrados ante Cónsules acreditados en nuestro país, al considerar «que se trata de un matrimonio celebrado por súbditos ingleses, según la ley del país de origen y ante el Consulado de su Majestad británica en Santa Cruz de Tenerife».

---

<sup>(74)</sup> ADGRN, 1932, pp. 515-516.

<sup>(75)</sup> ADGRN, 1932, pp. 516-517.

<sup>(76)</sup> RGLJ, *Jur.Civ.*, t. 217, p. 568.



Tras la Guerra Civil, la RDGRN de 15 de febrero de 1946<sup>(77)</sup>, en respuesta a una pregunta formulada por la Legación de Turquía en España acerca de si se reconocería en España el matrimonio aquí celebrado entre dos extranjeros ante el Cónsul de su país, considera que: «En la única Resolución recaída en el caso de la consulta, de fecha 21 de abril de 1921, se dispone que no procede inscribir en los Registros esa clase de matrimonio en atención a que los Cónsules extranjeros en España no están comprendidos entre los autorizantes de estas actas, que señalan los artículos 42, 75 y 86 CC, sin pronunciarse sobre la eficacia y validez de los mismos en España, la cual, por tanto, queda sometida a la resolución de los Tribunales españoles».

Sin embargo, pocos años después, la RDGRN de 7 de julio de 1949<sup>(78)</sup> admite la validez en España de un matrimonio contraído en el Consulado británico entre un súbdito británico y una francesa, considerando: «que nuestra legislación tampoco excluye que el matrimonio objeto de la consulta puede ser sometido al principio *locus regit actum*, en cuyo caso se regiría por la ley española y su eficacia quedaría supeditada a que en el mismo se hubieren cumplido los requisitos anteriores, coetáneos y posteriores que fijan nuestras leyes, pero bien entendido que la *lex loci actum* se aplica con carácter facultativo...». Así, pues, la citada resolución admite la facultad de optar por la forma consular o por la ley del lugar.

Posteriormente, la RDGRN de 6 de mayo de 1961<sup>(79)</sup>, respondiendo a una consulta sobre si existe impedimento para reconocer plenos derechos a los matrimonios celebrados ante las autoridades noruegas acreditadas en la Embajada de Madrid, cuando ambos contrayentes fuesen súbditos noruegos o uno de ellos noruego y el otro súbdito de un tercer país, considera: «que la cuestión consultada fue efectivamente estudiada por la resolución de 7 de julio de 1949 y en ella se acuerda que el matrimonio contraído por dos extranjeros y ante autoridades extranjeras en España –esto es, funcionarios consulares– debe valorarse, en cuanto a su eficacia, por la legislación nacional de las partes;...serán también los cónsules extranjeros en España los que podrán autorizar los matrimonios que sus súbditos contraigan en nuestro país, siempre que su ley nacional les conceda facultades para ello, y sin perjuicio de que las partes puedan ajustarse a la ley local;...se atiende a reconocer la competencia de la ley extranjera y el carácter facultativo de la *lex loci actus*...». Esta resolución, como las anteriores, admite la celebración del matrimonio ante las autoridades locales y conforme a la ley del lugar o ante las autoridades consulares y de acuerdo a la ley nacional.

La RDGRN de 22 de mayo de 1969<sup>(80)</sup> admitió el matrimonio de alemanes en la Embajada de Alemania en Madrid, considerando que «los matrimonios de extranjeros ante representantes diplomáticos acreditados en España, cuando la legislación competente admita esta forma, deben estimarse, en principio, válidos y eficaces en nuestra Patria, como ha reconocido reiteradamente este Centro Directivo, pues aun no existiendo precepto específico que los admita, así se deduce de la interpretación conjunta de los artículos 9, 11 y 100 del Código Civil».

Por último, la RDGRN de 15 de octubre de 1974<sup>(81)</sup> señala que: «El matrimonio civil a celebrar en España por súbditos belgas puede ser autorizado por el Cónsul de su país».

En conclusión, del análisis jurisprudencial apuntado, podemos estimar aplicable a la forma civil del matrimonio de extranjeros en España la ley española, en cuanto ley del lugar de

(77) ADGRN, 1945-1946, pp. 697-698.

(78) ADGRN, 1949, pp. 303-304.

(79) ADGRN, 1961, pp. 126-127.

(80) ADGRN, 1969, pp. 245-250.

(81) ADGRN, 1974, pp. 379-383.

la celebración, permitiendo su carácter facultativo optar por contraerlo ante las autoridades consulares de su país acreditadas en el nuestro y conforme a su ley nacional.

Con posterioridad a la Constitución de 1978, en virtud de la reforma operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, el ya citado artículo 49 del Código Civil, relativo a los matrimonios entre españoles en el extranjero y a los matrimonios mixtos en España o en el extranjero, establece que cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: «1.º Ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código». Por su parte, el artículo 50 del Código Civil, concerniente a los matrimonios entre extranjeros en España, dispone que: «Si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos»<sup>(82)</sup>.

Después de la citada reforma del Código Civil de 1981, la RDGRN de 20 de febrero de 1987<sup>(83)</sup>, a propósito de un matrimonio contraído por dos nacionales chinos en la Embajada de la RP China en Madrid en 1983, según costumbre china, considera que «el matrimonio celebrado en España por dos extranjeros, cumpliendo la forma prescrita por la ley personal de cualquiera de ellos, es válido formalmente, según establece hoy el artículo 50 del Código civil...».

## 2.2 FUNDAMENTO DE LA ADMISIÓN DEL MATRIMONIO CONSULAR

Por lo que respecta al fundamento de la admisión de los matrimonios consulares de extranjeros en España, podemos distinguir dos momentos en la jurisprudencia, invocándose sucesivamente razones de extraterritorialidad y de reciprocidad. Inicialmente, la jurisprudencia fundamentó la admisión de la validez de los matrimonios consulares de extranjeros en nuestro país en el principio de extraterritorialidad de las Embajadas y Consulados (RDGRN de 5 de diciembre de 1932)<sup>(84)</sup>, y de los funcionarios diplomáticos y consulares (RDGRN de 15 de diciembre de 1932)<sup>(85)</sup>. A la extraterritorialidad se referiría también, al cabo de los años, la SAT de Palma de Mallorca de 24 de octubre de 1984<sup>(86)</sup>, que consideró válido el matrimonio contraído en el Consulado panameño en Palma de Mallorca entre panameño y española, invocando el carácter extraterritorial de las Embajadas «el cual presupone el carácter de territorio nacional de tales edificios por lo que las formas y solemnidades de los Actos autorizados por los funcionarios diplomáticos o consulares se han de regir por la ley de su país». Ese argumento fue criticado y abandonado. Así, la ya citada RDGRN de 22 de mayo de 1969<sup>(87)</sup>, acerca de la inscripción de un matrimonio celebrado por alemanes en la Embajada alemana en Madrid, consideró que «la idea de extraterritorialidad de los locales de misión se corresponde, según la doctrina internacionalista, con la de inmunidad (cfr. art. 22 del citado Convenio de Viena), la cual no niega —antes bien, presupone— el carácter de territorio nacional de tales

---

<sup>(82)</sup> En las enmiendas núms.13 y 78 del Grupo Parlamentario Comunista en el Congreso de los Diputados se proponía la siguiente redacción: «Si ambos contrayentes son extranjeros, podrán celebrar matrimonio en España ante agente diplomático o funcionario consular, de conformidad con la ley del Estado de envío de dicha autoridad». La enmienda no fue aceptada porque según la diputada del Grupo Centrista «entra en las competencias y en las facultades de las autoridades consulares», conclusión equivocada, como señala R. ARROYO MONTERO, *El matrimonio consular, ob. cit.*, p.6.

<sup>(83)</sup> ADGRN, 1987, pp. 719-723; nota de P. Domínguez Lozano en *REDI*, 1988-1, pp. 230-231.

<sup>(84)</sup> ADGRN, 1932, pp. 515-516.

<sup>(85)</sup> ADGRN, 1932, pp. 516-517.

<sup>(86)</sup> RGD, 1985, pp. 1182-1184; nota de P. Abarca Junco en *REDI*, 1986-1, pp. 291-293.

<sup>(87)</sup> ADGRN, 1969, pp. 245-250.

edificios, y tiene como exclusiva finalidad la protección de la representación extranjera, por lo que no cabe en materias ajenas a las exigencias de tal finalidad, dejar de aplicar las normas relativas al territorio español...». Posteriormente, la RDGRN de 20 de febrero de 1987<sup>(88)</sup>, que considera válido el matrimonio contraído por dos extranjeros en la Embajada de su país en España, afirma que «su sede es territorio español y que el antiguo criterio de la extraterritorialidad de las representaciones diplomáticas extranjeras está hoy sustituido por el privilegio de la inmunidad (cfr. el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961 y la Resolución de 22 de mayo de 1969)». A su vez, la RDGRN de 23 de enero de 1999 (4.ª)<sup>(89)</sup>, que considera nulo el matrimonio contraído por un español y una rusa en la Embajada de la Federación Rusa en Madrid, afirma que «su matrimonio no se ha celebrado en el extranjero, sino en España, porque las Embajadas y Consulados extranjeros en España forman parte del territorio nacional, una vez que el antiguo concepto de extraterritorialidad ha sido sustituido en la doctrina internacionalista por el actual de inmunidad». Asimismo, las Res. DGRN de 12 de mayo de 1999 (2.ª)<sup>(90)</sup> y de 23 de octubre de 2001 (3.ª)<sup>(91)</sup>, declarando nulo el matrimonio de un español y una marroquí en el Consulado de Marruecos en Madrid, consideran que «esa antigua ficción de la extraterritorialidad ha sido sustituida en el Derecho Internacional Público por los conceptos de inviolabilidad e inmunidad».

Superada la ficción de la extraterritorialidad, se acudió al principio de la reciprocidad para justificar la autorización de los matrimonios de los extranjeros ante los Agentes consulares de su país acreditados en el nuestro. En este sentido, la RDGRN de 7 de julio de 1949<sup>(92)</sup> estima válido el matrimonio contraído en el Consulado británico entre un súbdito británico y una francesa, considerando: «que el Código civil, en su artículo 100, autoriza a los Cónsules españoles para que en su presencia se celebren los matrimonios de los españoles en el extranjero, por lo que, en virtud del principio de reciprocidad, serán también los Cónsules extranjeros en España los que podrán autorizar los matrimonios que sus súbditos contraigan en nuestro país...». En parecidos términos se manifiestan las Res. DGRN de 1 de marzo de 1951<sup>(93)</sup> y 6 de mayo de 1961<sup>(94)</sup>. Posteriormente, la reciprocidad sería invocada por la RDGRN de 20 de enero de 1982<sup>(95)</sup>, la SAT de Palma de Mallorca de 24 de octubre de 1984<sup>(96)</sup> y la RDGRN de 4 de mayo de 1988<sup>(97)</sup>.

La doctrina española apoyó en una regla de Derecho consuetudinario internacional la autorización de estos matrimonios en el caso de ser extranjeros ambos contrayentes. Pero la práctica no es uniforme en lo relativo a la intervención consular en los matrimonios que sus conacionales celebran en el extranjero. La incertidumbre consuetudinaria aconseja la conveniencia de su concreción convencional. Ambos procedimientos, lejos de excluirse, se complementan. En este sentido, el Convenio de Viena de 24 de abril de 1963 sobre relaciones consulares parte de la estimación de que «una convención internacional sobre relaciones, privilegios e inmunidades consulares contribuirá también al desarrollo de las relaciones amistosas entre las naciones, prescindiendo de sus diferencias de régimen constitucional y social» y afirma que «las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las materias que

<sup>(88)</sup> ADGRN, 1987, pp. 719-723.

<sup>(89)</sup> ADGRN, 1999, pp. 2766-2768.

<sup>(90)</sup> ADGRN, 1999, pp. 3253-3255.

<sup>(91)</sup> BIMJ, núm.1907, pp. 4221-4223.

<sup>(92)</sup> ADGRN, 1949, pp. 303-304.

<sup>(93)</sup> ADGRN, 1951, pp. 333-334.

<sup>(94)</sup> ADGRN, 1961, pp. 126-127.

<sup>(95)</sup> ADGRN, 1982, pp. 393-402.

<sup>(96)</sup> RGD, 1985, pp. 1182-1184; nota de P. ABARCA JUNCO en REDJ, 1986-1, pp. 291-293.

<sup>(97)</sup> RAJ, 1988, núm. 4356.

no hayan sido expresamente reguladas por las disposiciones de la presente Convención». El Derecho consuetudinario juega, pues, como suplemento del convencional.

Además de las funciones reconocidas por el Derecho internacional consuetudinario y los tratados internacionales, los Cónsules pueden, según J. Zourek<sup>(98)</sup>, ejercer todas las funciones confiadas por el Estado de envío, a condición de que el ejercicio de estas funciones no se encuentre prohibido por la legislación o las autoridades del Estado que recibe. Así, pues, para determinar las funciones consulares, hay que atender no sólo al Derecho internacional, sino también al Derecho interno del Estado que envía y del de residencia.

### 2.3 NACIONALIDAD DE LOS CONTRAYENTES

La admisión del matrimonio consular está subordinada a una condición relativa a la nacionalidad de los contrayentes, que supone, positivamente, que al menos uno de ellos sea nacional del Estado que envía la autoridad consular, y, negativamente, que ninguno sea nacional del Estado receptor.

La exigencia de que al menos uno de los contrayentes sea nacional del Estado mandante viene impuesta en el Derecho convencional<sup>(99)</sup> y en el DIPr comparado. La exigencia de que ninguno de los contrayentes sea nacional del Estado receptor, del Estado en cuyo territorio el Cónsul desarrolla su actividad, viene asimismo impuesta en el Derecho convencional<sup>(100)</sup> y en el DIP comparado.

En el sistema español se consideran nulos los matrimonios consulares de españoles en España. Así se desprende de lo dispuesto en los artículos 49 y 50 del Código Civil (redactados según Ley 30/1981, de 7 de julio).

En cuanto a la práctica registral, la DGRN ha considerado tradicionalmente nulos los matrimonios consulares celebrados por españoles en España. Así, la Orden DGRN de 12 de abril de 1921<sup>(101)</sup>, respecto de una comunicación del Cónsul de Alemania en Madrid, dando cuenta del matrimonio contraído ante él por un súbdito alemán y una española, declaró que: «No procede inscribir en los Registros españoles el citado matrimonio, en atención a que los Cónsules extranjeros en España no están comprendidos entre los autorizantes de estos actos, que señalan los artículos 42, 75 y 76...». No obstante, años después, en la época hitleriana, España toleraría tales uniones ante los Cónsules alemanes acreditados en España. Posteriormente, la RDGRN de 1 de marzo de 1951<sup>(102)</sup>, en cuanto a la eficacia del matrimonio contraído por una española con un portugués en el Consulado General de Portugal en Madrid, considera que: «el matrimonio de los españoles en España se rige en cuanto a sus formalidades por nuestra legislación, sin que exista en la misma ningún precepto que autorice a reconocer eficacia a la unión matrimonial contraída ante autoridades extranjeras notoriamente incompetentes». En la misma línea, la RDGRN de 27 de noviembre de 1974<sup>(103)</sup> estimó nulo el matrimonio entre un

<sup>(98)</sup> J. Zourek: «Le statut et les fonctions des consuls», *Rec. des Cours*, t. 106, 1962-II, p. 387.

<sup>(99)</sup> Convenio de la CIEC tendente a facilitar la celebración de los matrimonios en el extranjero, hecho en París el 10 de septiembre de 1964: artículo 5; Convenio europeo sobre funciones consulares de 11 de diciembre de 1967: artículo 13; Convenio consular hispano-británico de 1961: artículo 29,2.º

<sup>(100)</sup> Convenio de La Haya de 1902 sobre los conflictos de leyes en materia de matrimonio: artículo 6; Convenio de la CIEC de 1964 tendente a facilitar la celebración de los matrimonios en el extranjero: artículo 5; Convenio europeo sobre funciones consulares de 11 de diciembre de 1967: artículo 13; Convenio consular hispano-británico de 1961: artículo 29,2.º

<sup>(101)</sup> ADGRN, 1921, pp. 390-391.

<sup>(102)</sup> ADGRN, 1951, pp. 333-334.

<sup>(103)</sup> ADGRN, 1974, pp. 405-406.

italiano y una española ante el Cónsul General de Italia en Barcelona. A su vez, la RDGRN de 5 de agosto de 1981 (oficio dirigido a la Dirección General de Asuntos Consulares)<sup>(104)</sup>, establece, en virtud de lo que disponen los artículos 49 y 50 del Código Civil, en relación con los artículos 73-3.º y 78 del mismo Cuerpo legal, que los Cónsules extranjeros en España «en lo sucesivo deben abstenerse de autorizar matrimonios, cuando uno de los contrayentes tenga la nacionalidad española».

También se ha considerado nulo el matrimonio consular celebrado entre un español y una nacional de Costa de Marfil en la Embajada de dicho país en Madrid [RDGRN de 13 de enero de 1996] (2.ª)<sup>(105)</sup>; los celebrados entre un español y una rusa en la Embajada de la Federación de Rusia en Madrid (Res.DGRN de 21 de septiembre de 1998<sup>(106)</sup> y de 23 de enero de 1999(4.ª)<sup>(107)</sup>]; el de un español y una marroquí en el Consulado de Marruecos en Madrid (RDGRN de 12 de mayo de 1999) (2.ª)<sup>(108)</sup>; el celebrado entre un italiano y una española en el Consulado de Italia en Madrid (RDGRN de 18 de octubre de 1999) (2.º)<sup>(109)</sup>; el celebrado entre una española y un marroquí en el Consulado de Marruecos en Algeciras [Res. DGRN de 28 de mayo de 2001 (1.ª)<sup>(110)</sup> y de 23 de octubre de 2001 (3.ª)<sup>(111)</sup>]. Señala la DGRN<sup>(112)</sup> que «cualesquiera que fueran las dudas sobre el caso en la regulación anterior a la Ley 30/1981, de 7 de julio (cfr., por ejemplo, la Resolución de 20 de enero de 1982), después de esta Ley, y el régimen no ha variado por la Ley 35/1994, de 23 de diciembre, un español ha de contraer matrimonio en España, bien ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por el Código Civil, bien en la forma religiosa legalmente prevista (cfr. art. 49 del Código Civil)». Añade la DGRN<sup>(113)</sup> que «el matrimonio consular que pueden contraer válidamente dos extranjeros en España, si así lo permite la ley personal de cualquiera de ellos (cfr. art. 50 del Código Civil), no es, en cambio, una forma válida si uno de los contrayentes es español, de suerte que en este segundo caso el matrimonio es nulo por aplicación del artículo 73-3.º del Código Civil».

Excepcionalmente, la jurisprudencia ha considerado válidos los matrimonios consulares contraídos por españoles en España. Algunas resoluciones sobre matrimonios celebrados antes de la Ley 30/1981, de 7 de julio, con base en la ausencia de una norma expresa en el Código Civil que declarase su nulidad, olvidaron los límites impuestos por las normas internacionales. Así, la RDGRN de 20 de enero de 1982<sup>(114)</sup> consideró válido un matrimonio contraído entre cubano y española ante el Cónsul cubano en España en 1977, invocando el principio del *favor matrimonii*, la prevalencia del requisito del consentimiento sobre el de forma, una razón de reciprocidad respecto de las facultades reconocidas a los Cónsules españoles en el extranjero y que la intervención del funcionario autorizante no entra dentro del concepto de jurisdicción. A su vez, la SAT de Palma de Mallorca de 24 de octubre de 1984<sup>(115)</sup> estimó válido el matrimonio entre española y extranjero celebrado en el Consulado de Panamá en Palma de Mallorca en 1979.

(104) ADGRN, 1981, p.731; nota de I. MILANS DEL BOSCH PORTOLÉS en *REDI*, 1984, pp. 667-670.

(105) ADGRN, 1996, pp. 1442-1444.

(106) BIMJ, 1999, núm. 1846, pp. 1658-1659; nota de R. ARROYO MONTERO en *REDI*, 1999-2, pp. 750-751.

(107) ADGRN, 1999, pp. 2766-2768.

(108) ADGRN, 1999, pp. 3253-3255.

(109) ADGRN, 1999, pp. 3910-3911.

(110) BIMJ, núm. 1897, pp. 2465-2466.

(111) BIMJ, núm. 1907, pp. 4221-4223.

(112) Resoluciones de 13 de enero de 1996 (2.ª), 21 de septiembre de 1998, 23 de enero de 1999 (4.ª), 18 de octubre de 1999 (2.ª).

(113) Resoluciones de 13 de enero de 1996 (2.ª), 21 de septiembre de 1998, 23 de enero de 1999 (4.ª), 12 de mayo de 1999 (2.ª), 18 de octubre de 1999 (2.ª), 28 de mayo de 2001 (1.ª).

(114) ADGRN, 1982, pp. 393-402; nota de I. MILANS DEL BOSCH PORTOLÉS en *REDI*, 1984-2, pp. 667-670; nota de J. L. GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE en *ADI*, vol. VI, 1982, pp. 478-485.

(115) RGD, 1985, pp. 1182-1184; nota de P. ABARCA JUNCO en *REDI*, 1986-1, pp. 291-293.

Señala al respecto J.D. González Campos<sup>(116)</sup> que dicha sentencia parte de una fundamentación doblemente errónea: la supuesta «extraterritorialidad» de los locales de las misiones diplomáticas o consulares y la aplicación al caso del artículo 11 del Código Civil. En esta línea, la RDGRN (1.ª) de 4 de junio de 1998<sup>(117)</sup>, a propósito de un matrimonio contraído en 1972 por una española con un cubano en el Consulado de Cuba en Madrid, consideró que: «cualquiera que sea la solución actual después de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, no puede sostenerse que en el ordenamiento español vigente en 1972 fuera indubitadamente nulo el matrimonio consular celebrado en España por un español y un extranjero», añadiendo que, como indicó la Resolución de 20 de enero de 1982, «la interpretación del entonces en vigor último párrafo del artículo 100 del Código Civil llevaba a la conclusión de que tales matrimonios consulares eran válidos e inscribibles en el Registro español».

#### 2.4 ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA AL CÓNSUL PARA LA AUTORIZACIÓN DEL MATRIMONIO

Es necesario, para la validez del matrimonio consular que los extranjeros contraigan en España, que la ley nacional del Cónsul, que al propio tiempo es al menos la ley nacional de uno de los contrayentes, les atribuya competencia, les conceda facultades para la autorización del matrimonio (Ress.DGRN de 7 de julio de 1949 y 6 de mayo de 1961).

Asimismo se requiere que el matrimonio consular sea estimado válido por la ley extranjera competente. Es manifestación de dicha exigencia la RDGRN de 1 de marzo de 1951<sup>(118)</sup>, al considerar que: «los matrimonios que los españoles contraigan ante sus consulados son reconocidos en España, en cuanto lo sean por las leyes competentes extranjeras, con arreglo al sistema de Derecho Internacional Privado español...».

#### 2.5 AUSENCIA DE CONTRAVENCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO LOCAL

Otra condición de la admisión del matrimonio consular es la no contravención de los principios de orden público del país correspondiente al lugar de celebración del matrimonio. Así, la RDGRN de 15 de diciembre de 1932<sup>(119)</sup> responde a tal exigencia, admitiendo la validez y eficacia en España de los matrimonios celebrados ante los agentes diplomáticos o consulares de los países extranjeros respecto de sus propios nacionales «siempre que se observen los preceptos prohibitivos de orden público establecidos por las leyes de España...».

### IV. DELEGACIÓN PARA LA AUTORIZACIÓN DEL MATRIMONIO CIVIL DEL ENCARGADO DEL REGISTRO CONSULAR A UN ENCARGADO DE UN REGISTRO MUNICIPAL

La admisión o no de la delegación para la autorización del matrimonio civil por el Encargado del Registro Consular a un Encargado de un Registro municipal, ha sido una cuestión profundamente controvertida. La solución ha estado condicionada por la respuesta que se dé

<sup>(116)</sup> J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros: *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, 6.ª ed. revisada, Eurolex, Madrid, 1995, pp. 305-307.

<sup>(117)</sup> *BIMJ*, núm. 1840, pp. 490-492.

<sup>(118)</sup> *ADGRN*, 1951, pp. 333-334.

<sup>(119)</sup> *ADGRN*, 1932, pp. 316-317.

a los problemas relativos a la determinación de la autoridad competente para la autorización del matrimonio civil, a la determinación de la autoridad competente para la instrucción del expediente previo a la celebración del matrimonio y a la determinación de la autoridad competente para la delegación de su autorización en la prestación del consentimiento matrimonial. Plantea especiales dificultades el determinar si puede instruir el expediente previo a la celebración del matrimonio y delegar la autorización del mismo la autoridad que no tiene competencia para autorizarlo.

La competencia de los Cónsules españoles para autorizar el matrimonio civil de sus connacionales en el extranjero, reconocida con carácter general (arts. 49, 51 y 57 del Código Civil), cesa cuando a ello se oponen las leyes y reglamentos del Estado receptor [art. 5, f), del Convenio de Viena de 1963 de relaciones consulares].

En cuanto a la competencia para tramitar el expediente previo para la celebración del matrimonio, el artículo 56 del Código Civil se remite a la legislación del Registro Civil. Por su parte, el artículo 238 del RRC establece que «es competente para la instrucción del expediente previo a la celebración del matrimonio el Juez encargado o de Paz, o el Encargado del Registro Civil consular, correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes».

En cuanto a la competencia para delegar la autorización de la celebración del matrimonio, el artículo 57, párrafo segundo, del Código Civil (redactado conforme a la Ley 30/1981, de 7 de julio), establecía que «la prestación del consentimiento podrá también realizarse, por delegación del Juez o funcionario encargado del Registro Civil competente... ante un Juez o encargado de otro Registro Civil»<sup>(120)</sup>. Actualmente, el mencionado artículo 57, párrafo segundo, del Código Civil (redactado conforme a la Ley 35/1994, de 23 de diciembre), dispone que «la prestación del consentimiento podrá también realizarse, por delegación del instructor del expediente... ante Juez, Alcalde o funcionario de otra población distinta». Así, pues, se ha sustituido, a efectos de la determinación de la autoridad facultada para delegar la autorización de la prestación del consentimiento matrimonial, la anterior referencia al «Juez o funcionario encargado del Registro Civil competente» por la que ahora se hace al «instructor del expediente».

La RDGRN de 4 de mayo de 1988<sup>(121)</sup> responde a la cuestión relativa a la determinación de la autoridad competente para instruir el expediente previo al matrimonio civil de ciudadanos alemanes que desean casarse en España. Tras señalar que, en virtud de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 57 del Código Civil, ningún Juez en España tiene competencia propia para autorizar el matrimonio cuando ninguno de los ciudadanos extranjeros está domiciliado en territorio español, se enfrenta con el interrogante de si el Juez español tiene facultades para autorizar el matrimonio por delegación del Cónsul de España correspondiente al domicilio de uno al menos de los contrayentes extranjeros. Estima que, aunque el artículo 250 del RRC parece admitir tal delegación, según la letra del segundo párrafo del artículo 57 del Código Civil, la delegación en otro Encargado del Registro Civil sólo puede hacerla el Juez o funcionario «competente», es decir, el Juez o funcionario que está facultado para autorizar el matrimonio, el correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes. Concluye afirmando que «no existe autoridad española competente para instruir el expediente previo al matrimonio en forma civil de dos extranjeros domiciliados fuera de España, porque tampoco exis-

<sup>(120)</sup> La doctrina civilista admitió la delegación en cuanto a la prestación del consentimiento matrimonial, pero no en cuanto a la tramitación del expediente: L. Díez PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. VI, 6.ª ed., Madrid, 1992, p. 87; L. PUIG FERRIOL, «Art. 57», en *Comentario del Código Civil*, t. 1, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 294.

<sup>(121)</sup> ADGRN, 1988, pp. 1160-1162.

te funcionario español competente para autorizar tal matrimonio en territorio español». Así, pues, la competencia para instruir el expediente previo al matrimonio civil se conecta a la competencia para autorizarlo.

Años más tarde, la Comunicación de la DGRN a la Dirección General de Asuntos Consulares de 26 de julio de 1990<sup>(122)</sup>, a propósito de una consulta relativa a la celebración de matrimonio de español y argelina ante el Cónsul español en Orán (Argelia), tras señalar la imposibilidad de celebrarlo dada la nacionalidad de la contrayente, considera que «los inconvenientes derivados de lo expuesto anteriormente pueden obviarse mediante el mecanismo de la delegación que permite el artículo 57,2 CC. La delegación se hará después de tramitado el expediente, ante el juez Encargado del Registro Civil en España, bien ante la autoridad consular que se encuentre en un lugar próximo en un tercer país».

Una Comunicación de la DGRN a los Registros Civiles de 6 de febrero de 1995 informó del deber de los Jueces Encargados de los Registros Civiles Municipales de abstenerse de delegar la autorización del matrimonio en las representaciones consulares acreditadas en Austria, Dinamarca, Reino Unido, Suiza, Uruguay y Venezuela, porque en estos Estados no está permitida la autorización de matrimonios civiles por autoridades consulares<sup>(123)</sup>.

Posteriormente, la RDGRN de 15 de septiembre de 1995<sup>(124)</sup> aborda la cuestión de la posible celebración de un matrimonio civil entre un español y una alemana, por delegación del Cónsul Encargado del Registro Civil correspondiente al domicilio de los interesados en Alemania, ante el Encargado de un Registro Civil municipal en España. Partiendo de que las leyes alemanas no reconocen facultades a los Cónsules extranjeros acreditados en Alemania para autorizar matrimonios cuando uno de los contrayentes es de nacionalidad alemana, considera que el Cónsul debe abstenerse de autorizar tales matrimonios aunque el otro contrayente sea español, quedando por determinar si la intervención en el matrimonio del Cónsul español en Alemania puede quedar limitada a una función distinta, como es la de tramitar y aprobar el expediente previo para la celebración del matrimonio y delegar la autorización, a petición de los contrayentes, en un Juez, Alcalde o funcionario en España. Estima que esta preparación del matrimonio no está en oposición con la legislación alemana y resulta hoy permitida por el Código Civil, en su nueva redacción por la Ley 35/1994, de 23 de diciembre. Argumenta para ello la competencia del Encargado del Registro Civil consular, correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes, para la instrucción del expediente previo a la celebración del matrimonio, en base a lo dispuesto en el artículo 238 del RRC, y la legitimidad del instructor del expediente para delegar su autorización en la prestación del consentimiento, en virtud del actual artículo 57, párrafo segundo, del Código Civil, concluyendo que la delegación no la hace, pues, como anteriormente, el Juez o funcionario competente para autorizar el matrimonio, conforme al primer párrafo del artículo 57, sino el instructor del expediente previo, para tramitar el cual está facultado el Cónsul de España en Francfort, pese a que, por oponerse a ello las leyes alemanas, sus facultades no lleguen a permitirle autorizar el matrimonio entre un español y una alemana. Así, pues, la competencia para delegar la autorización del matrimonio se vincula a la competencia para instruir el expediente previo a su celebración y no a la competencia para autorizarlo. Dicha resolución ha generado una controversia doctrinal<sup>(125)</sup>.

(122) R. ARROYO MONTERO, *El matrimonio consular*, ob. cit., p.98.

(123) R. GARCÍA VARELA, «Artículo 49», en *Comentario del Código Civil*, t. 1, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 657-658.

(124) *ADGRN*, 1995, pp. 1661-1664; nota de R. ARROYO MONTERO en *REDI*, 1996-1, pp. 657-658.

(125) Señala J. M. ESPINAR VICENTE (*El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 97-98) que: «Cuando lo que se pide al Cónsul es la mera tramitación del expediente, carece de relevancia..., el que la nacionalidad del otro cónyuge coincida con la del país donde realiza sus funciones. El Cónsul no podrá constituir una relación



La RDGRN de 8 de junio de 1998(2.<sup>a</sup>)<sup>(126)</sup>, tras considerar que el Cónsul español en Casablanca era incompetente para autorizar el matrimonio entre un español y una marroquí, precisó que: «No obstante, siempre cabría que el expediente previo español terminara con la expedición del certificado de capacidad matrimonial (cfr. art. 252 RRC) y que luego se autorizara el matrimonio en Marruecos según la forma establecida por la *lex loci*, y también cabría que, finalizado ese expediente con Auto firme favorable, el matrimonio se autorizara en España ante órgano competente, incluso por medio de poder especial otorgado por la contrayente domiciliada en el extranjero (cfr. art. 55 CC)».

Recientemente, la RDGRN (4.<sup>a</sup>) de 10 de julio de 2002<sup>(127)</sup> considera que «El Encargado del Registro Consular de Tetuán no está facultado, por oponerse a ello las leyes marroquíes, para autorizar un matrimonio entre un marroquí y una española (cfr. art. 5 del Convenio de Viena de relaciones consulares), pero sí tiene competencia para instruir, como Encargado del Registro civil del domicilio de la promotora (cfr. art. 238 RRC), el expediente previo para la celebración del matrimonio, de tal modo que la prestación del consentimiento, por delegación del instructor, se realice, tal como se ha solicitado, ante el Encargado en España de otro Registro Civil –el de Ceuta en este caso–, aplicando las previsiones de los artículos 57, II, CC y 250 RRC)».

## V. MATRIMONIO DE CONVENIENCIA

En el ámbito comunitario, la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos<sup>(128)</sup>, en el punto 1 establece que «se entenderá por «matrimonio fraudulento» el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y la residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro».

En el Derecho español, la Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995, sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero<sup>(129)</sup>, señala que «son cada vez más frecuentes los casos en los que un español domiciliado en España pretende contraer matrimonio con extranjero domiciliado fuera de España y hay muchos motivos para sospechar que por medio de estos enlaces lo que se pretende exclusivamente es facilitar la entrada y estancia en territorio español de súbditos extranjeros».

En definitiva, el matrimonio de conveniencia es un medio, un instrumento al servicio de unos fines distintos de los característicos e inherentes a la institución matrimonial. Se persi-

---

jurídica de esta índole cuando afecte a un nacional del país de sede, pero nada obsta a la tramitación de este tipo de expedientes si se instruyen para que las partes presten el consentimiento ante otra autoridad española o extranjera no afectada por esta limitación». Añade que en tal caso existe competencia consular para tramitar el expediente previo, así como para inscribirlo, una vez celebrado el matrimonio ante la autoridad local competente o ante cualquier otra no afectada por esta limitación, no existiendo competencia funcional para constituir directamente el matrimonio como relación jurídica. Por su parte, opina R. ARROYO MONTERO (nota en *REDI*, 1996-1, p. 358) que la distinción entre tramitación del expediente y prestación del consentimiento, que opera a efectos de delegación exclusivamente, ha sido distorsionada por la resolución de 15 de septiembre de 1995, para convertirla en una distinción a efectos de competencia. Estima que el Cónsul de España en Alemania no es una autoridad competente para celebrar un matrimonio de un español con una alemana, y por tanto, ni para instruir el expediente, ni para recibir el consentimiento matrimonial, siendo la competencia única.

<sup>(126)</sup> *ADGRN*, 1998, pp. 2730-2735.

<sup>(127)</sup> *BIMJ*, núm. 1926, pp. 3063-3065.

<sup>(128)</sup> COM/99/0638 final-CNS 99/0258.

<sup>(129)</sup> *BOE* de 25 de enero de 1995; *ADGRN*, 1995, pp. 2071-2073.

guen, pues, ciertos efectos secundarios, accesorios o indirectos del matrimonio (en materia de extranjería y de nacionalidad), prescindiendo del efecto central o esencial del mismo, que no es otro que la comunidad de vida de los esposos, la convivencia matrimonial. Existe, por tanto, una contradicción entre la voluntad real, encubierta, y la voluntad declarada, aparente o simulada. El elemento relevante es el móvil que guía la conducta de los contrayentes, la finalidad que se persigue, el propósito de eludir ciertas normas, acogiéndose a otras más favorables<sup>(130)</sup>.

La lucha contra el matrimonio de conveniencia puede tener un carácter preventivo, *a priori*, dirigido a evitar su celebración, y represivo, sancionador, *a posteriori*, encaminado a impedir su inscripción cuando el matrimonio ya se ha celebrado. Se considera por la DGRN que el principio de legalidad ha de impedir tanto que los órganos españoles competentes autoricen matrimonios nulos como que se inscriban matrimonios ya autorizados por órganos extranjeros.

En la controversia en torno a la validez o nulidad del matrimonio, en virtud de la existencia o ausencia de libre y pleno consentimiento, se han invocado argumentos relativos a la presunción de buena fe, al *ius connubii* y sus limitaciones, y a la existencia o no de datos objetivos claros de los que pueda lógicamente deducirse la simulación.

A efectos de dilucidar si cabe o no presumir la simulación del consentimiento matrimonial, los Cónsules, los Jueces Encargados del Registro Civil y la DGRN han evaluado una serie de hechos objetivos, relativos al conocimiento mutuo de los contrayentes, a la convivencia entre los mismos, a la posesión de un idioma de comunicación, a la diferencia de edad, a la situación irregular del contrayente extranjero en España, a la contribución económica al sostenimiento del otro contrayente, a la identidad cultural de los contrayentes, a sus creencias religiosas, a la celebración del matrimonio por poderes, a la intención de no residir permanentemente en España, a la incoación de anteriores expedientes matrimoniales, a la ausencia de trámites destinados a la inscripción del matrimonio, a los motivos particulares que inducen a fundar una familia...

La DGRN ha señalado reiteradamente que la consideración de que el matrimonio es de conveniencia es la conclusión, en modo alguno arbitraria, a la que han llegado el Cónsul (Encargado del Registro Consular), el Canciller del Consulado en funciones de Ministerio Fiscal, el Juez Encargado del Registro Civil o el Ministerio Fiscal, los cuales «por su intermediación a los hechos, son quienes más fácilmente pueden apreciarlos y formar su convicción al respecto». Se estima que las personas que han presenciado las manifestaciones de los interesados son las que están en mejores condiciones para apreciar una posible simulación. Considera la DGRN que dicha conclusión, obtenida en momentos cronológicamente más próximos a la celebración del matrimonio, no quedaría desvirtuada por un expediente posterior, el del artículo 257 del RRC, del cual debe prescindirse por razones de economía procesal (cfr. art. 354 RRC), si es que se estima que, además de la vía judicial, quedara abierto este camino ante la denegación adoptada en la calificación efectuada por la vía del artículo 256 del Reglamento.

---

<sup>(130)</sup> M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO e H. GRIEDER MACHADO, «El matrimonio de conveniencia», *BIMI*, núm.1879, 15 de octubre de 2000, pp. 3213-3234.