

MATRIMONIO CELEBRADO POR EL RITO ISLÁMICO, CERTIFICADO DE CAPACIDAD MATRIMONIAL Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

MARRIAGE CELEBRATED BY THE MUSLIM RITE, CERTIFICATE OF LEGAL CAPACITY TO MARRY AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW

IRENE BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Córdoba*

Recibido: 14.07.2015 / Aceptado: 20.07.2015

Resumen: El expediente previo matrimonial es un elemento esencial de validez del matrimonio celebrado en forma civil o religiosa. La Sentencia del Tribunal Constitucional 194/2014, de 1 de diciembre de 2014, resuelve sobre la reclamación de una pensión de viudedad en el marco de un matrimonio contraído por el rito islámico sin haberse practicado su inscripción, ni tramitado el pertinente certificado de capacidad matrimonial. Por un lado, es precisa una reflexión crítica sobre los requisitos que ha de cumplir en aras a su eficacia el matrimonio celebrado al amparo del art. 7 de la Ley 26/92 del Acuerdo de Cooperación entre el Estado español y la Comisión Islámica de España, así como del resto de confesiones religiosas. Por otra, en nuestros días, la cuestión del certificado de capacidad matrimonial aflora asimismo en multitud de matrimonios donde existe un elemento de extranjería.

Palabras clave: celebración del matrimonio, rito islámico, expediente previo matrimonial, certificado de capacidad matrimonial, Derecho internacional privado.

Abstract: Legal marriages preliminaries are essential elements in order to de the validity of the marriage celebrated according to the civil or religious ceremony. The Judgement of the Constitutional Court 194/2014, 1th December 2014, resolves an application for a survivor's pension under a marriage celebrated by the Muslim rite, lacking civil registration and the relevant certificate of legal capacity to marry. On the one hand, there is a need for a critical discussion about the necessary requirements to meet for a valid marriage celebrated under article 7 of the Law 26/92 Agreement of Cooperation between the Spanish State and the Islamic Commission of Spain, as well as the rest of religious faith. On the other hand, today the question of certificate of legal capacity to marry have also emerged in many marriages involving a foreign element.

Key words: marriage celebration, Muslim rite, legal marries preliminaries, certificate of legal capacity to marry, Private international law.

Sumario: I. Consideraciones previas. II. Marco jurídico actual. Aproximación a la regulación del matrimonio en el Acuerdo de Cooperación entre el Estado español y la Comisión Islámica de España. III. Expediente previo y verificación de la capacidad nupcial: su análisis a la luz de la STC 194/2014, de 1 de diciembre de 2014. IV. Certificado de capacidad matrimonial en uniones con elemento extranjero. V. Conclusiones.

I. Consideraciones previas

1. Mediante la Sentencia 194/2014, de 1 de diciembre de 2014, el Tribunal Constitucional (TC) acordó desestimar el recurso de amparo presentado por don Bassirou Sena Sena contra la sentencia de la Audiencia Nacional denegándole la pensión de viudedad, tras el fallecimiento en diciembre de 2007 de doña Elena Arnaiz Moreno con la que se había casado por el rito islámico el 15 de julio de 1999¹. Más allá de otras cuestiones que se plantean al hilo de esta STC como la vulneración del principio de igualdad del art. 14 CE o la atribución de efectos civiles a los matrimonios en forma religiosa, considero de relevancia lo que a mi entender es el fondo de la resolución: la tramitación del certificado de capacidad matrimonial como elemento esencial de validez del matrimonio. En efecto, y tal como será objeto de análisis, el matrimonio ya sea celebrado por el rito islámico, judío o evangélico debe de cumplir los requisitos fijados respectivamente por las leyes 24/92, 25/92 y 26/92 fruto de los acuerdos entre el Estado español y la confesiones religiosas minoritarias². Esta sentencia nos brinda asimismo la posibilidad de realizar una reflexión más amplia sobre el requisito del “expediente previo matrimonial” en otros supuestos de uniones con elemento de extranjería, distinguiendo según el matrimonio sea celebrado en España o en el extranjero.

2. La institución matrimonial es una noción jurídica compleja por su doble cualidad de ser un estado del que derivan efectos legales, tanto personales como económicos entre los cónyuges y frente a terceros, así como una institución estrechamente apegada al individuo y que, por consiguiente, se ve afectada por los cambios sociales así como por las creencias religiosas³. Dicha evolución, pluralidad y, por tanto, complejidad se constata tanto en el acto inicial de unión, es decir en la celebración, como en el estado resultante del mismo⁴. De hecho, se está ante una de aquellas nociones que, dada su riqueza humana y sociológica, parece percibirse mejor por el profano que por el especialista⁵. El matrimonio, en tanto que negocio jurídico formal y solemne del Derecho de Familia⁶, no cuenta con un concepto autónomo ni si quiera en el ámbito de la Unión Europea. Así, los supuestos de tráfico jurídico externo, y en concreto la determinación de lo que es matrimonio cuando se trata de resolver una cuestión previa en cuanto a su existencia, se dejan en manos del Derecho internacional privado de cada Estado miembro⁷. Con independencia de las distintas concepciones que puedan esgrimirse, desde el punto de vista jurídico se observa que existen tres elementos esenciales en la formación del matrimonio: *primo*, el concurso de voluntades entre dos personas a través de la prestación del consentimiento, *secondo*, la constatación de la capacidad nupcial para cada uno de los contrayentes y *tertio*, la existencia de un acto solemne de acuerdo con las condiciones legalmente establecidas⁸.

¹ Sala Segunda. Sentencia 194/2014, de 1 de diciembre de 2014. Recurso de amparo 6654-2012. Promovido por don Bassirou Sena Sena en relación con la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y las resoluciones administrativas que desestimaron su petición de pensión de viudedad de clases pasivas. Supuesta vulneración del derecho a la igualdad: matrimonio contraído por el rito islámico carente de validez y eficacia para el ordenamiento jurídico español. BOE nº 11, de 13 de enero de 2015, pp. 1-15.

² Se aprobaron mediante la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), a través de la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España (FCIE), y mediante la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, el Acuerdo de Cooperación con la Comisión Islámica de España (CIE), todos ellos se publicaron en el BOE, nº 272, de 12 de noviembre de 1992, pp. 30208 ss., entrando en vigor el día siguiente al de su publicación.

³ Sobre la complejidad de una noción jurídica de “matrimonio” atendiendo a sus diversos significados, a su controvertida naturaleza, a los diferentes sistemas matrimoniales en el mundo y a su significado variable en el tiempo, nos advierte J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (“Matrimonio y Parejas de hecho”, en A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2014, p. 85).

⁴ P. HAYOIT, “La conception existentielle du mariage et ses répercussions en matière d’erreur”, *Revue Droit Canonique*, nº 1, 1983, pp. 9 ss.

⁵ En palabras de F. BOULANGER, *Droit Civil de la Famille. Aspects Internes et Internationaux*, Tomo I, Economica (Collection Droit Civil), Paris, 1990, p. 125.

⁶ X. O’CLLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil. Tomo IV, Derecho de familia*, Madrid, 1991, p. 21; M. ALBADALEJO, *Curso de Derecho civil, Vol. IV, Derecho de familia*, 4ª Ed. Barcelona, 1997, p. 31.

⁷ Art. 13 del Reglamento 1259/2010, véase sobre esta cuestión L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “La cuestión previa de la “existencia de matrimonio” en el proceso de divorcio”, *CDT* (octubre 2013), vol. 5, nº 2, pp. 141 ss.

⁸ En el Código Civil español tales requisitos se derivan de los arts. 44, 45 y 49.

3. De entre los caracteres que podemos esbozar hoy en torno a la unión matrimonial, en el supuesto que nos ocupa, han de destacarse fundamentalmente dos. En primer lugar, estamos ante un matrimonio de naturaleza constitucional. El art. 32 CE garantiza el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, incluido éste entre los derechos y libertades de los que gozan tanto españoles como extranjeros. Dicha tutela tanto del *ius connubis* como del *status maritalis* viene garantizada asimismo a nivel internacional considerándose como un derecho fundamental de todo ser humano⁹. Además, junto a esta protección del derecho a contraer matrimonio, los arts. 14 y 16 de la CE inspiran la nueva concepción del matrimonio en España al instituir respectivamente la no discriminación por razón de religión y garantizar la libertad religiosa y de culto de los individuos y las comunidades. Tales valores afectan tanto a la forma de celebración como a la capacidad y al consentimiento matrimonial. En este contexto, vieron la luz los mencionados Acuerdos del 1992 entre el Estado y las confesiones minoritarias de reconocido arraigo en España¹⁰.

4. Y en segundo lugar, el matrimonio se ha internacionalizado. Fruto de los flujos migratorios, hay un aumento significativo de matrimonios en los que al menos uno de los cónyuges es extranjero, aproximadamente uno de cada cinco uniones celebradas en España. A ello, hay que unir que dado el importante colectivo procedente de países musulmanes, fundamentalmente del Magreb, asistimos igualmente a una multiculturalidad de la familia. Emerge, pues, la necesidad de establecer muchas veces un difícil equilibrio entre el ordenamiento jurídico de origen del contrayente o contrayentes y el del nuevo Estado de acogida. Conocida es la problemática a la que se enfrenta el Derecho internacional privado a la hora de resolver la tensión entre la pervivencia de la ley nacional de la persona, en cuanto respetuosa con su diversidad cultural, y la aplicación del orden público internacional cuando aquélla resulta contraria a nuestros principios y valores constitucionales¹¹. Nos referimos a cuestiones que con un basamento en la distinta reglamentación dada al matrimonio por la *Sharia* o ley islámica prohíben, mediante un impedimento de disparidad de culto, a la mujer musulmana celebrar matrimonio con un no musulmán, o al varón, mediante la no existencia de un impedimento de ligamen, la posibilidad de contraer una unión poligámica¹².

5. Ante el amplio elenco de cuestiones que pueden plantearse en torno al matrimonio celebrado según el rito islámico y sus consiguientes efectos en el orden jurídico español, nos centraremos en aquéllas cuestiones que han aflorado en torno a la STC 194/2014, de 1 de diciembre de 2014. Dejaremos, pues, aquéllas relativas al derecho material musulmán en cuanto a la celebración del matrimonio, para centrarnos en los requisitos que ha de cumplir dicha unión en el marco de la mencionada Ley 26/92 por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (CIE).

⁹ A nivel internacional, el art. 16 la Declaración Universal de Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948; el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 y el art. 12 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. Pese a ser considerado como un derecho fundamental por tales convenios internacionales, la Constitución Española parece haberlo privado de tal naturaleza al incluirlo en el art. 32 que se sitúa fuera del Capítulo II de la Sección primera.

¹⁰ *Cit. supra*.

¹¹ Sobre esto, J. DÉPREZ, "Droit international privé et conflicts de civilisations", *R. Des C.*, 2008, pp. 36 ss.; J.M. ESPINAR VICENTE, "Sociedad multicultural y Derecho internacional privado", en I. GARCÍA RODRÍGUEZ, (ED.): *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural (Melilla 6-9 de abril de 1999)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 1999, pp. 187; E. JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *R. des C.*, 1993, pp. 167 ss.

¹² Sobre estas cuestiones nos remitimos a la numerosa bibliografía en la materia. *Inter alia*, A. RODRÍGUEZ Y S. MERNISSI (Eds.), *El Islám jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, Editorial Icara, Barcelona, 1998; I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ Y M.D. ADAM MUÑOZ, *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Junta de Andalucía (Ed.), Sevilla, 2005. A. L. CALVO CARAVACA Y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Dir.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000; M. MOYA ESCUDERO (Dir.), *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; A. RODRÍGUEZ BENOT (Dir.), *La multiculturalidad especial referencia al Islám*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.

II. Marco jurídico actual. Aproximación a la regulación del matrimonio en el Acuerdo de Cooperación entre el Estado español y la Comisión islámica de España

6. En el sector matrimonial, uno de los mayores logros constitucionales ha sido la instauración de un matrimonio civil único con pluralidad de formas de celebración¹³, que acaba así con el largo periodo de confesionalidad preconstitucional incompatible con las manifestaciones básicas de una libertad religiosa y tolerancia de culto. Aunque desde el año 1981¹⁴, la nueva redacción del Código Civil admite la posibilidad de celebrar matrimonio religioso en forma no canónica, tal reconocimiento era puramente abstracto y ha necesitado para su efectividad de desarrollo legal posterior. En concreto, fue sobre la base de los mencionados arts. 14 y 16 de la CE y de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, de 5 de julio de 1980, que en el año 1992 se firmaron los Acuerdos de Cooperación con las mencionadas confesiones no católicas, - a saber, la evangélica, la hebrea y la musulmana¹⁵-. En tales Acuerdos, junto con cuestiones como la naturaleza de las confesiones o la educación religiosa en los colegios, se desarrolló un amplio art. 7 con el objetivo de reconocer los efectos civiles del matrimonio celebrado ante los ministros de culto o representantes de tales comunidades o confesiones religiosas siempre que se cumpliesen un conjunto de requisitos que la misma disposición enumera¹⁶.

7. La mencionada pluralidad de formas no significa admisión de cualquier forma o de matrimonios informales, *a sensu contrario* en el sistema español para la existencia del matrimonio continúa siendo imprescindible que el consentimiento se manifieste en una manera determinada legalmente establecida¹⁷. Una forma solemne y concreta constituye un elemento esencial del negocio jurídico matrimonial, a diferencia de otras cuestiones civiles basadas en el acuerdo de voluntades entre las partes donde el principio general es la libertad de forma¹⁸. En efecto, la noción de “forma de prestación del consentimiento matrimonial” implica que éste ha de otorgarse cumpliendo unos requisitos de capacidad y consentimiento ante una determinada autoridad, civil o religiosa, que será la que declare constituida la unión (ex. arts. 56-58 CC).

8. El art. 59 CC establece que “el consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado (...)”. El art. 7 de la

¹³ Si bien no es éste el momento de detenernos en la polémica sobre la naturaleza exacta de nuestro sistema matrimonial, sólo mencionar que la mayor parte de la doctrina considera que el ordenamiento jurídico español instituye el sistema anglosajón, es decir, un sistema de matrimonio civil único con pluralidad de formas de celebración. No obstante, existe un sector minoritario que considera que se está ante un sistema latino donde existen varias clases de matrimonio que se rigen por su concreto Derecho confesional. Entre los representantes de la primera tesis hemos de destacar: L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, “Notas sobre el denominado sistema matrimonial español”, en *Centenario del Código Civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Tomo I, Madrid, 1990, pp. 501 ss.; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Comentario al artículo 49 del Código. Aspectos de Derecho internacional privado”, en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1991, pp. 276 ss. Entre los representantes de la tesis minoritaria, hemos de destacar, J. DIEZ DEL CORRAL RIVAS, “Comentario al artículo 63 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, cit., pp. 306 ss. Acertadamente, I. GALLEGO DOMÍNGUEZ Y L. GALÁN SOLDEVILLA (“El matrimonio religioso no canónico celebrado en España, aproximación a las leyes nº 24, 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992, *Actualidad Civil*, nº 13, 1993, pp. 221-222), han señalado que con respecto al matrimonio canónico es donde surgen las mayores dificultades de encuadre sobre si se trata de una simple forma de celebrar matrimonio o, por el contrario, de una clase en sí; cuando se trata del matrimonio religioso no canónico, la cuestión parece clara, rigiendo un sistema facultativo anglosajón.

¹⁴ 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, *BOE*, nº 172, de 20 de julio de 1981.

¹⁵ *Cit. supra*.

¹⁶ Ha de llamarse la atención que los Acuerdos se refieren a ministros de culto en el caso de las Confesiones evangélicas y las Comunidades israelitas en España, mientras que hablan de representantes en relación a las Comunidades musulmanas. La palabra culto es de tradición protestante y denota una diferenciación con la misa católica. Dado que el trasfondo de la palabra culto es plenamente cristiano no entendemos la razón de su alusión a los rabinos como “ministros de culto”. Por otra parte, el término confesión o iglesia se utiliza para las comunidades de base cristiana tanto evangélicas como católicas romanas, mientras que el término comunidad es utilizado para las israelitas o musulmanas.

¹⁷ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS (“Derecho de familia. El matrimonio”, en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Eurolex, Madrid, 1995, p. 302) precisa que mediante una aplicación analógica del art. 49 Cc. *in fine* inspirada en el principio *favor matrimonii*, un matrimonio no ceremonial o informal sería válido en España en el caso de que fuese admitido como matrimonio por el ordenamiento del Estado donde se ha constituido y donde los contrayentes son considerados como cónyuges.

¹⁸ M.L. LABACA ZABALA, “Eficacia civil del matrimonio celebrado en forma religiosa”, *Saberes*, vol. 5, 2007, p. 2.

referida Ley 26/92 por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con CIE, en sus cinco apartados describe cómo ha de ser, qué requisitos deben concurrir y quiénes han de participar a efectos de que el matrimonio celebrado según este rito sea válido civilmente en España. El apartado primero del mencionado art. 7 especifica que “se atribuyen efectos civiles al matrimonio celebrado según *la forma establecida en la Ley Islámica...*”, no existiendo la más mínima recepción a efectos civiles de normativas confesionales sustantivas. Con ello, si bien el Islam contiene normas sobre el matrimonio que reglamentan también aspectos sustantivos del mismo como la capacidad, el consentimiento, el contenido o la extinción del vínculo, al amparo del ordenamiento jurídico español, al no pasar tales uniones de ser matrimonios civiles en forma religiosa para los aspectos mencionados, la única legislación operativa será la civil a través de la jurisdicción estatal¹⁹. Diferente sería el supuesto de matrimonios celebrados según el rito musulmán cuando ninguno de los contrayentes ostenta la nacionalidad española y la ley nacional de alguno de ellos valida tal unión²⁰.

9. A lo largo de los apartados que conforman el mencionado art. 7 se confirma aquello que es la regla general en cuanto a la celebración del matrimonio en el ordenamiento español, su articulación en torno a tres momentos: a) *la comprobación de la capacidad nupcial* de los cónyuges a través del expediente previo matrimonial²¹; b) *la prestación del consentimiento* ante dos testigos y una autoridad civil o religiosa; y, c) *la inscripción del matrimonio en el Registro Civil* competente para que produzca plenos efectos. De acuerdo a estas pautas se articula el matrimonio tanto civil como religioso según la forma evangélica, israelita y musulmana, si bien en el caso de ésta última con determinadas especificidades. Ciertamente, la cuestión es algo diversa cuando nos adentramos en el matrimonio coránico tal cual es admitido por el Acuerdo de Cooperación entre el Estado y la CIE. El acercamiento a tal reglamentación no siempre es sencilla debido, por una parte, a que tales diferencias apuntadas se encuentran en la propia naturaleza del matrimonio musulmán tal cual es concebido por su derecho material y, por otra, por la constatación de una falta de claridad en cuanto a la redacción del propio art. 7.

10. No resulta baladí, que el art. 7 insista tanto en su párrafo primero como segundo en la necesidad de que los contrayentes reúnan los *requisitos de capacidad* exigidos por el Código Civil, y que ésta sea acreditada previamente a su inscripción. La verificación de la capacidad nupcial se realiza, con carácter general, a través del expediente previo matrimonial y en el caso de los matrimonios celebrados por el rito coránico se atiende con especial celo al cumplimiento de una edad mínima y a la ausencia de impedimentos por parte de ambos contrayentes. Si bien la *Sharia* fija el límite de edad para contraer matrimonio en 15 años para el varón y en 12 años para la mujer, la mayoría de las actuales legislaciones modernas de los países musulmanes han establecido como edades mínimas 18 años para el varón y 17 para la mujer²²; con ello, se evita la contradicción con nuestro ordenamiento jurídico que fija dicha edad en 16 años para menores no emancipados (art. 46.1 CC) y en 14 años obtenida la dispensa judicial (art. 48.1 CC)²³. En cuanto al impedimento de ligamen la situación es completamente diversa. Si bien

¹⁹ En esta cuestión, se manifiesta una clara distinción en cuanto al tratamiento ofrecido al matrimonio religioso, según éste sea canónico o no. El matrimonio canónico, según lo configuran los Acuerdos Iglesia-Estado, tiene reconocida una cierta identidad propia, aludiéndose en su texto que este matrimonio debe “celebrarse según las normas del Derecho canónico”, por tanto no sólo en cuanto a la forma, sino también incluyéndose ciertos requisitos sustantivos. Siguiendo la opinión de I. GALLEGO DOMÍNGUEZ Y L. GALÁN SOLDEVILLA, “El matrimonio religioso no canónico celebrado en España...”, *cit.*, p. 224.

²⁰ Así se consideró válidamente celebrado un matrimonio por el rito islámico en el Consulado de Marruecos en España aunque no cumplierse los requisitos del art. 7 de la Ley 26/92 (RDGRN 31 de mayo de 2007), situación a la que haremos referencia en el epígrafe III de este estudio.

²¹ En la celebración del matrimonio según el rito canónico no se exige ningún expediente previo ante el encargado del Registro Civil que autorice tal matrimonio o que certifique sobre la capacidad de los contrayentes. De hecho el propio Código de Derecho canónico, regula en sus cánones 1063 y ss., un conjunto de medidas preparatorias del matrimonio que viene a cumplir la finalidad de acreditar la posibilidad de contraer matrimonio.

²² Establece el art. 19 del Código marroquí del Estatuto Personal (*Mudawana*), aprobado por el *Dahir* de 3 de febrero de 2004, que la capacidad para el matrimonio la adquiere el hombre y la mujer a los “dieciocho años solares”, siempre que “goce de facultades mentales”. *Vid.* G. ESTEBAN DE LA ROSA (Dir.), *Código marroquí de la familia*, Ediciones Blanca, Jaén, 2009, p.61.

²³ Puede ser objeto de dispensa por el Juez de primera instancia, ex. art. 46 CC en relación con el art. 48 CC. En este sentido, RDGRN de 25 de enero de 1985 y de 7 de abril de 1995. Dada la posibilidad de dispensa judicial para menores hasta 14 años en el ordenamiento jurídico español no se consideró contrario al orden público el matrimonio celebrado entre un ciudada-

la *Sharia* y algunos ordenamientos musulmanes admiten la poligamia, la excepción de orden público internacional impedirá la celebración y/o inscripción de cualquier matrimonio en el que exista otro ligamen previo no disuelto legalmente. Cuando, en cambio, nos encontramos ante el impedimento de disparidad de culto que impide según la Ley islámica celebrar matrimonio a un hombre musulmán con una mujer que no sea monoteísta -o de las llamadas religiones del Libro-, o a una mujer musulmana con cualquier hombre que no sea musulmán, en el caso poco probable de que se celebrase un matrimonio ante las autoridades islámicas, lógicamente no existiría obstáculo alguno para producir efectos civiles en España²⁴.

11. Para que el matrimonio despliegue sus efectos legales, junto con los requisitos de capacidad, el art. 7.1 establece que los contrayentes deberán expresar su *consentimiento* ante alguna de las personas enumeradas en el número 1 del art. 3 del Acuerdo de Cooperación con la CIE y al menos dos testigos mayores de edad. Con independencia de que el Derecho matrimonial islámico admita uniones en las que baste la presencia de los esposos, el tutor matrimonial o *wali* y los dos testigos, las uniones celebradas al amparo de la mencionada Ley 26/92 deben necesariamente contar con la presencia de una autoridad religiosa. El consentimiento, pues, para que sea válido debe prestarse ante un dirigente religioso –ya se trate de un cadí, mullah o imam- que ha de estar acreditado tanto por la comunidad particular que regenta como por la propia Comisión Islámica de España²⁵. Por supuesto, las exigencias de la *Sharia* en cuanto a que los dos testigos además de mayores de edad sean varones y musulmanes, así como la existencia del *wali*, en tanto la figura encargada de verbalizar la voluntad de la mujer en la unión matrimonial, se quedan en el ámbito estrictamente interno de la comunidad religiosa sin trascendencia alguna a efectos civiles. Es más, en este sentido, sería contrario a nuestro orden público y no desplegaría efectos civiles si el consentimiento no se emitiera por parte de la esposa de una manera personal y libre; todo ello, pese a la existencia del *wali* o tutor matrimonial a efectos meramente ceremoniales.

12. Según especifica el art. 7.1 del Acuerdo con la CIE “Para el pleno reconocimiento de tales efectos, será necesaria la inscripción del matrimonio en el Registro Civil”. Hasta aquí, el mencionado Acuerdo mantiene el mismo tenor que sus homónimos previstos para los ritos evangélicos y judíos, en concordancia además con el art. 60 CC. La diferencia estriba en el art. 7.2 del mencionado Acuerdo cuando alude que “las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en forma islámica, deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante certificación expedida por el Registro Civil correspondiente”, como si dicha inscripción fuese potestativa y la tramitación del certificado de capacidad nupcial pudiese posponerse a dicho momento. De este modo, atendiendo al tenor literal de este precepto, podría parecer que desde el punto de vista del Derecho Registral, la forma de celebración del matrimonio modula el momento en que se verifican los requisitos, así como si es exclusivamente a nivel formal de la propia certificación del matrimonio o también a nivel sustantivo.

13. Junto a las cuestiones aludidas que emanan fundamentalmente de una concepción distinta desde el punto de vista sustantivo del matrimonio en la Ley islámica o *Sharia*, afloran otras igualmente cruciales de naturaleza eminentemente formal que pueden llegar a cuestionar la validez del matrimonio celebrado según la forma islámica. Esta tesis tiene su razón de ser, como hemos advertido, en una redacción imprecisa y ambigua de determinados apartados del art. 7 del Acuerdo de Cooperación con la CIE, a los que hay que unir el tenor de la Instrucción de la DGRN de 10 de febrero de 1993²⁶ que más que “orientar”, parece causar el efecto contrario. Se trata de cuestiones básicas

no español y una ciudadana marroquí de 15 años al contar ésta con dispensa paterna, tal como establece el Código de Familia marroquí (RDGR de 27 de mayo de 1994).

²⁴ *A sensu contrario*, las autoridades españolas permiten la celebración civil del matrimonio de ciudadanas musulmanas con varón no musulmán con independencia de que la ley nacional de éstas no lo admita al considerarse dicho impedimento de disparidad de culto contrario a nuestro orden público. Sobre esta cuestión, *vid.* RDGRN de 10 de junio de 1999 en relación a un matrimonio entre ciudadana marroquí musulmana y ciudadano alemán ante las autoridades civiles en Palma de Mallorca.

²⁵ Art. 30 de la Ley 26/92, *cit. supra*.

²⁶ Instrucción de 10 de febrero de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa, *BOE*, nº 47, de 24 de febrero de 1993.

tales como si es posible celebrar un matrimonio válido sin expediente de capacidad previo al mismo, o la determinación de si la inscripción del matrimonio en el Registro civil es realmente de carácter testamentaria en este tipo de uniones. Mediante la Sentencia 194/2014, de 1 de diciembre de 2014, la Sala Segunda del TC dará una respuesta contundente sobre la validez del matrimonio islámico en estos casos, cuestiones que nos permiten ir más allá y reflexionar sobre nuestro actual sistema matrimonial o los límites del pluralismo religioso.

III. Expediente previo y verificación de la capacidad nupcial: su análisis a la luz de la STC 194/2014 de 1 de diciembre de 2014

14. Mediante la Sentencia 194/2014, la Sala Segunda del TC ha desestimado el recurso de amparo interpuesto por don Bassirou Sene Sene en noviembre de 2012, ante su petición de una pensión de viudedad de clases pasivas. El recurrente contrajo matrimonio por el rito islámico con doña Elena Arnaiz Moreno el 15 de julio de 1999, aportando certificado emitido por el presidente de la Comunidad Islámica de Galicia. La ceremonia se celebró sin que existiera el pertinente certificado de capacidad matrimonial emitido por el encargado del Registro civil, ni posterior inscripción en el mismo. Cuando la Sra. Arnaiz Moreno fallece, el 26 de diciembre de 2007, ésta figuraba afiliada a MUFACE. Después de resultar fallidas diversas reclamaciones en solicitud de una pensión de viudedad por parte del Sr. Sene Sene en los órdenes tanto administrativo como judicial, se presenta recurso de amparo ante el TC alegando una vulneración del derecho a la igualdad ex art. 14 CE.

15. Si bien diversas cuestiones afloran al hilo de esta sentencia del TC, considero que el tema clave que subyace no es otro que la validez o no de un matrimonio celebrado por el rito islámico sin cumplir con el requisito de la tramitación previa del expediente en aras a verificar la capacidad nupcial de los contrayentes ante el encargado del Registro Civil. Tal disyuntiva nos sumerge en el debate sobre la existencia o no de dos modalidades de celebración de matrimonio musulmán con o sin expediente matrimonial previo. Sobre esta cuestión hemos de partir de dos premisas que nos ayudarán a poner luz en el asunto. En primer lugar, si bien la Constitución española (art. 32), así como diversos Convenios internacionales antes citados reconocen el derecho a contraer matrimonio, dado que este estado civil produce una serie de efectos en diversos ámbitos tanto en la esfera privada como pública, la normativa estatal se encargará de regular los requisitos y la forma para que éstos sean válidos y tengan plena eficacia. En este sentido, y en relación a este caso, el TC en su sentencia estimó que “no todo matrimonio contraído por el rito islámico, es decir cumpliendo los requisitos de la ley islámica, tiene validez en España, sino sólo aquéllos que cumplan las exigencias que fueron acordadas por el Estado español y la Comunidad islámica, reguladas en la citada Ley 26/1992, de 10 de noviembre” (FJ5). El art. 7.2. especifica claramente que se atribuirán efectos civiles a aquellos matrimonios celebrados según la forma religiosa establecida en la Ley islámica, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil. Y, en segundo lugar, la relevancia dada en el marco del Acuerdo de Cooperación con la CIE a la comprobación de los requisitos de capacidad de los contrayentes. Así, junto con la mención aludida en el apartado primero del art. 7, su apartado segundo insiste que si las personas desean inscribir matrimonio según la forma islámica, deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante certificación expedida en el Registro Civil correspondiente. En el caso que nos ocupa, el TC menciona como base de su desestimación más de una veintena de veces que el matrimonio se celebró sin el pertinente certificado de capacidad matrimonial, instrumento básico al “servir para acreditar la concurrencia de los requisitos de fondo de la validez del matrimonio, por lo que en ausencia de la misma no puede hablarse de un matrimonio existente para la legislación del Estado”.

16. De la lectura del art. 7 del Acuerdo con la CIE parecen admitirse dos modalidades de celebración de matrimonio musulmán *con o sin expediente matrimonial previo*, con lo que éste comporta de instrumento clave a efecto de comprobar si los contrayentes tienen la capacidad nupcial requerida. La primera vía se corresponde a las etapas previstas para el matrimonio civil y los matrimonios religiosos

según los ritos evangélico y judío²⁷. En este caso, los contrayentes tras promover el expediente previo de capacidad nupcial, prestarán su consentimiento en el plazo de seis meses ante la presencia de dos testigos mayores de edad y un dirigente religioso islámico o imán. Tras dicha celebración, el representante de dicha comunidad religiosa enviará al Registro Civil competente, para su inscripción, certificación acreditativa de la celebración del matrimonio²⁸.

17. De igual modo, tal como se extrae del art. 7 del Acuerdo con la CIE, se entiende poder contraerse matrimonio sin necesidad de promover previamente el referido expediente. En este caso, el matrimonio comienza con la celebración misma de igual modo ante dos testigos y un dirigente religioso. Ahora bien, tal como especifica el apartado segundo del art. 7 del Acuerdo, “las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma prevista en el número anterior, deberán acreditar previamente su capacidad nupcial, mediante la certificación expedida por el Registro Civil correspondiente”. De este modo, si bien parecen atribuirse efectos civiles a esta unión desde su celebración, ello se condiciona a que los contrayentes reúnan los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil, circunstancia que hasta la inscripción no podrá comprobarse por los funcionarios del Registro. Con ello, el encargado del Registro Civil no se limitará, como sucedía en el anterior caso, a verificar que el matrimonio se celebró dentro de los seis meses siguientes a la emisión del certificado de capacidad nupcial, sino que además deberá comprobar que los contrayentes cumplen los requisitos legales exigidos en cuanto a capacidad nupcial. Tal como especifica la DGRN, en el apdo. IV de la Instrucción de 10 de febrero de 1993, cuando el matrimonio se ha efectuado sin la previa tramitación del expediente matrimonial, la inscripción en el Registro será más dificultosa, ya que el encargado del mismo habrá de comprobar *a posteriori* si los esposos han reunido los requisitos de capacidad exigidos por la ley española y muy especialmente la ausencia de impedimento de ligamen.

18. Según un sector doctrinal, esta falta de exigencia en la tramitación de este expediente con carácter previo no puede extrañarnos, alegando que ésta era la intención del legislador civil de 7 de julio de 1981 para los matrimonios religiosos en general. Justamente, el art. 63 CC regula la inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa, sin distinguir entre matrimonio canónico y no canónico, estableciendo la inscripción con la simple presentación de la certificación de la iglesia o confesión respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil. Previéndose, en efecto, un cierto control estatal *a posteriori*, en el párrafo segundo de este precepto, al establecerse que “se denegará la práctica cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este título”²⁹.

19. No obstante, hemos de advertir que la admisión de dos modalidades distintas de contraer matrimonio mediante el rito islámico no ha sido pacífica en la doctrina civilista e internacional privatista³⁰. Desde mi parecer, si bien la redacción del art. 7 del Acuerdo con la CIE es algo confusa en este

²⁷ Vid. art. 7.2 del Acuerdo de Cooperación entre el Estado y la FEREDE, por una parte, y el Acuerdo de Cooperación con la CIE, por otra, y el art. 56 CC.

²⁸ Ha de destacarse que mientras el art. 7.1 se refiere al dirigente religioso o imán como la autoridad ante la cual ha de prestarse el consentimiento, el art. 7.3 se refiere al representante de la Comunidad Islámica como la persona que ha de enviar al Registro Civil para su inscripción la correspondiente certificación. De modo que, el representante de la Comunidad Islámica en que se hubiera contraído el matrimonio, podrá o no coincidir con el dirigente religioso o imán ante quien se haya celebrado el matrimonio.

²⁹ Según I. GALLEGO DOMÍNGUEZ y L. GALÁN SOLDEVILLA (“El matrimonio religioso no canónico celebrado en España...”, *cit.*, p. 231) esta interpretación se ve confirmada con el art. 65 CC al establecerse que “salvo lo dispuesto en el art. 63, en todos los demás casos en que el matrimonio se hubiere celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente...”. Por tanto, alegan estos autores que “el art. 65 está dictado teniendo *in mente* que los matrimonios del art. 63 para su celebración no requieren expediente previo ante el Registro Civil, que autorice el matrimonio que declare la capacidad de los contrayentes”. En contra de este planteamiento, *vid.* R. DURÁN RIVACOPA, *La inscripción en el Registro Civil del matrimonio canónico*, Montecorvo Editorial, Madrid, 1988, pp. 98 y 105. La redacción tanto del art. 63 y 65 es objeto de reforma por la Disposición final primera que modifica determinados artículos del Código Civil en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, así la nueva redacción dada al art. 65 CC omite la mencionada salvedad con la que se iniciaba el artículo (*BOE* núm. 158, viernes 3 de julio de 2015, pp. 54065 ss.).

³⁰ A favor de esta dualidad de prácticas, I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *La celebración del matrimonio religioso no católico*, *cit.*, pp. 226-228 y M. L. JORDÁN VILLACAMPA, “Reflexiones en torno a la justicia islámica y al Acuerdo de cooperación del Estado espa-

sentido, la DGRN en su Instrucción de 10 de febrero de 1993 optó por reconocer las dos modalidades a diferencia de lo establecido para los ritos evangélicos y judíos, al admitir que quienes quieran contraer matrimonio islámico pueden proceder asimismo a celebrar directamente éste sin acudir previamente al Registro Civil a tramitar el expediente previo³¹. Con la STC 194/2014, la cuestión parece zanjarse no admitiéndose dos modalidades sino *maximum* “dos vías”, tal como lo califica la Sala Segunda del TC, entendiéndose que ambas deben cubrir las mismas etapas para la conformación de un matrimonio válido, variando exclusivamente los tiempos. En concreto, el TC prevé la existencia de una primera vía, a la que califica como “regla general” en la que la celebración del matrimonio se llevaría a cabo tras la instrucción del expediente previo, mediante el que el instructor del mismo se cerciora de que se cumplen por las partes los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil, y como prueba de ello emite el consiguiente certificado de capacidad matrimonial. La segunda vía, se instituye como una “regla especial” al consistir que se permita *excepcionalmente* a los contrayentes celebrar la ceremonia religiosa sin la previa instrucción del expediente y, por tanto, sin que se haya comprobado la concurrencia de los requisitos de capacidad. En este caso, sigue insistiendo el TC en su resolución, que dado el carácter excepcional en que se contrae matrimonio islámico sin la previa instrucción del expediente, la inscripción registral adquiere necesariamente una especial importancia al venir a comprobar asimismo el cumplimiento de los requisitos de capacidad exigidos por nuestro Código civil. Sobre la base de tal razonamiento, el TC considera que para la validez de un matrimonio islámico es indispensable la verificación de los requisitos de capacidad de los contrayentes. En el caso que nos ocupa, dado que en el matrimonio celebrado mediante el rito islámico del Sr. Sene Sene con la Sra. Arnaiz Moreno en ningún momento, ni con carácter previo, ni con posterioridad a la celebración del mismo, se comprobaron por parte del encargado del Registro Civil los requisitos de capacidad, el TC concluye que éste carece de validez y eficacia para el ordenamiento jurídico español.

20. Y llegados a este punto, hemos de cuestionarnos, cuál es el sentido de dicha dualidad si para su eficacia civil y pleno reconocimiento los requisitos y condiciones a cumplir son exactamente los mismos variando exclusivamente el momento de su constatación. Dada la resolución dada por el TC del 1 de diciembre de 2014, la existencia de la segunda opción esbozada sólo tendría razón de ser cuando los contrayentes desearan que su unión se quedara exclusivamente en el ámbito religioso sin que fuese inscrito ni reconocido civilmente³². Conectaría con esta idea el hecho de que el art. 7.2 del Acuerdo

ñol con la Comisión Islámica de España”, en V. REYNA Y M. A. FELIX BALLESTA, *Acuerdos del Estado Español con confesiones religiosas minoritarias*, cit., pp. 704-705; E. ROCA, “Las consecuencias del acuerdo con las comunidades islámicas en materia de matrimonio”, en A. BORRÁS RODRÍGUEZ Y S. MEINISSI, cit., pp. 257 ss. No obstante, hay autores como I. GALLEGU DOMÍNGUEZ Y L. GALÁN SOLDEVILLA (“El matrimonio religioso no canónico celebrado en España...”, cit., p. 232) que no comparten tal dualidad opinando que, a pesar del tenor de la Ley, ha de interpretarse que tal certificación de capacidad se exige no sólo para inscribir el matrimonio sino también deberá presentarse al imán o dirigente religioso ante el que se pretenda contraer tal matrimonio para poder celebrarlo efectivamente. En este mismo sentido, J. M. MARTINELL GISPÉRT-SAÚCH (“Derecho a celebrar ritos matrimoniales y Acuerdos de cooperación”, en V. REYNA Y M. A. FELIX BALLESTA, *Acuerdos del Estado Español con confesiones religiosas minoritarias*, cit., pp.682-683) considera que la declaración interpretativa de la instrucción es contraria a la ley dado que, por una parte, no se atiene a lo que dice verdaderamente tanto la letra como el espíritu del precepto y, por otra, aludiendo a razones de coherencia jurídica del propio sistema. Otros autores, como J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (“Matrimonio y parejas de hecho”, cit., p. 87) distinguen en cuanto al “expediente previo” los casos en los que necesariamente ha de instruirse (matrimonio civil, evangélico y judío) y en los que no al instruirse “en su caso, un expediente por parte de las autoridades islámicas o canónicas”, añadiendo que “la instrucción de dicho expediente se rige por las reglas propias de dichas confesiones religiosas”.

³¹ Se expresa dicha Instrucción de la DGRN, en su artículo IV del siguiente modo “aunque la letra del art. 7 del Acuerdo con la Comisión Islámica de España puede inducir a confusión, de la comparación de su texto con el de los dos restantes Acuerdos y de los antecedentes en la negociación, se desprende que quienes quieran contraer matrimonio islámico pueden acudir al mecanismo expuesto en el apartado anterior (se refiere con expediente matrimonial previo), pero también pueden, sin acudir previamente al Registro Civil proceder a celebrar directamente el matrimonio religioso (cfr. Apartados 1 y 3 del indicado art. 7).

³² Si bien, en ninguno de los Acuerdos consta expresamente la opción de contraer matrimonio con la exclusión voluntaria de los efectos civiles, no es ésta una práctica desconocida en otros países de nuestro entorno, así Italia. En concreto, en el art. 14.9 de la *intensa* del Estado italiano con la comunidad judía, especifica que “se mantiene la facultad de celebrar y disolver matrimonios religiosos, sin ningún efecto o relevancia civil, según la ley y la tradición hebrea” (la traducción es mía). *Vid.* Legge 101/1989. Norme per la regolarizzazione dei rapporti tra lo Stato e l’Unione delle Comunità ebraiche italiane, *GU* n.69, del 23.03.1983, Suppl. Ordinario n.21. Sobre esta cuestión, me remito a P. LILLO, “Brevi note sul regime dei matrimoni ebraico e islamico in Italia”, en AAVV, *Il diritto ecclesiastico*, Editrice Giuffrè, Milano, 1994, p. 528 ss.

con la CIE condicione la inscripción a que sean precisamente los contrayentes que *deseen inscribir* el matrimonio quienes hayan de iniciar el expediente acreditativo de capacidad nupcial. Ahora bien, esta argumentación tiene un punto débil al tener un sentido contrario al resto de matrimonios en forma religiosa y, más en concreto, al celebrado mediante el rito católico, en el que la inscripción posterior es una exigencia que necesariamente han de iniciar los contrayentes y/o el párroco³³. Así las cosas, existiría una importante diferencia con el matrimonio canónico en este sentido ya que “el que surtan o no efectos civiles en estos matrimonios regulados en los Acuerdos depende de la voluntad de quienes los contraigan”³⁴. Esta interpretación que aboga por la posibilidad de matrimonios religiosos que tengan efectos en el ámbito estrictamente confesional, se basaría en la peculiar redacción que hemos analizado del art. 7 del Acuerdo con la CIE; redacción cuyo tenor literal no es casual sino consecuencia de los planteamientos que durante la negociación de los Acuerdos mantuvieron los representantes de la CIE. En efecto, entre sus propósitos estaba preservar el derecho de los contrayentes a optar o no, por la eficacia jurídica de su matrimonio religioso, y que dicha opción pudiera ser ejercida, incluso después de celebrarse el matrimonio. Hay autores que opinan que, tal autonomía de la voluntad que limita los efectos del matrimonio al ámbito exclusivamente intraconfesional, está presente tanto en el matrimonio evangélico, judío como islámico. No obstante, con el matiz diferencial de que el islámico cuenta con la posibilidad adicional de lograr *ex post* la eficacia civil de una unión que inicialmente hubieran deseado como sólo religiosa, posibilidad que al ser obligatorio el expediente matrimonial previo no gozan los matrimonios celebrados según las otras dos confesiones religiosas³⁵.

21. En mi opinión, la situación ante la que ha debido enfrentarse el TC dirimiéndose en cuanto a la validez de un matrimonio islámico sin la tramitación de un expediente previo matrimonial y sin su inscripción posterior, es consecuencia directa de la ambigua redacción del Acuerdo de Cooperación con la CIE si atendemos a su literalidad y de una Instrucción de la DGRN que no vino a clarificar en absoluto el asunto. Se trata de dar respuesta a dos cuestiones aparentemente sencillas, si bien cuya solución no es en absoluto pacífica al tener como sustrato el debate sobre el modelo del propio sistema matrimonial español. La primera cuestión: ¿el expediente de capacidad matrimonial debe necesariamente tramitarse antes de celebrar matrimonio o también es posible realizar dicho control a posteriori? Y, en segundo lugar, ¿cuáles son las consecuencias de la falta de dicha tramitación? ¿Un matrimonio válido y no inscribible? ¿Sería subsanable? Para la resolución de tales cuestiones, considero básico atender a lo establecido en el Código Civil. Si tenemos en cuenta la redacción del art. 56 CC, no hay duda, “Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código”. Ahora bien, si ponemos en relación dicho precepto con el art. 65 CC que se refiere a aquellos matrimonios que se hubiesen celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente, parece desprenderse que la ausencia del mismo no es por sí suficiente para considerar al mismo nulo o sin validez alguna.

22. De este modo, coincidimos con el TC en el sentido de que el expediente de capacidad previo a la celebración del matrimonio en forma islámica es preceptivo antes de proceder a la celebración del mismo (ex. art. 56 CC), aunque discrepamos al considerar que éste matrimonio carezca de validez alguna. Insistimos, dados los distintos criterios de capacidad para contraer matrimonio según el derecho material musulmán, -así el caso de la poligamia en cuanto el más extremo a nuestros principios básicos constitucionales-, la certificación de capacidad nupcial debe ser tramitada con anterioridad ante el Encargado

³³ Dice así el Protocolo Final en relación con el art. VI, 1) del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede: “Inmediatamente de celebrado el matrimonio canónico, el sacerdote ante el cual se celebró entregará a, los esposos la certificación eclesialística con los datos exigidos para su inscripción en el Registro Civil. Y, en todo caso, el párroco en cuyo territorio parroquial se celebró el matrimonio, en el plazo de cinco días, transmitirá al encargado del Registro Civil que corresponda el Acta de matrimonio canónico para su oportuna inscripción, en el supuesto de que ésta no se haya efectuado ya a instancia de las partes interesadas”.

³⁴ V. REINA y J.M. MARTINEL GISPert-SAÚCH, *Curso de Derecho matrimonial*, Marcial Pons, 1995, p. 252.

³⁵ R. RODRÍGUEZ CHACÓN, “La autonomía de la voluntad en la eficacia civil del matrimonio celebrado según los acuerdos españoles con las confesiones religiosas minoritarias”, en V. REINA y M. A. FELIX BALLESTA, *Acuerdos del Estado Español con confesiones religiosas minoritarias*, cit., p. 713.

del Registro Civil, tal como sucede con el resto de uniones con Confesiones religiosas minoritarias o el propio matrimonio civil. Ahora bien, su falta de tramitación no conlleva *per se* la nulidad del matrimonio sino que entendemos que sería subsanable ex. art. 65 CC y la Declaración VI de la Instrucción de la DGRN, de 10 de febrero de 1991³⁶. El legislador civil mediante el art. 78 CC consideró básico preservar la validez y eficacia de los matrimonios, de tal modo que “El Juez no acordará la nulidad de un matrimonio por defecto de forma, si al menos uno de los cónyuges lo contrajo de buena fe, salvo lo dispuesto en el art. 73.3º del Código Civil”. Dado que en el caso que nos ocupa, no consta ni la falta de consentimiento por parte del Sr. Sene Sene y la Sra. Arnaiz Moreno, ni hay indicio alguno de coacción para la celebración del mismo, ni de error en cuanto a la identidad de la persona, ni la existencia de parentesco entre ellos, ni de ligamen previo de alguno de ellos, estimamos que la ausencia de dicho expediente matrimonial podría haberse subsanado incluso tras el fallecimiento de la esposa. En efecto, el Sr. Sene Sene intentó sin éxito inscribir el matrimonio tras el fallecimiento de la esposa, creemos que aquí podría por analogía invocarse el art. 71 LRC al declarar que “la inscripción podrá hacerse en cualquier momento, aun fallecidos los contrayentes, a petición de cualquier interesado, mediante la simple presentación de copia auténtica del acta sacramental o de certificación eclesiástica acreditativa del matrimonio”³⁷.

23. Es preciso asimismo detenernos en la alegación que realiza el recurrente para fundamentar su pretensión con base al derecho de igualdad del art. 14 CE. El Sr. Sene Sene sostiene no ser precisa la inscripción matrimonial para la plena validez del matrimonio celebrado por el rito islámico, atendiendo a la doctrina de la Sentencia del TC 199/2004, de 15 de noviembre de 2004. Se alega por parte del recurrente que se ha conculcado el principio de igualdad ante la ley del art. 14 CE al tener un trato discriminatorio frente a otras personas que hubiesen contraído matrimonio religioso inscrito en el Registro sobre la base de que el R.D. 670/1987³⁸ que reconoce el derecho de pensión de viudedad al cónyuge legítimo sin distinguir entre matrimonios inscritos y no inscritos. Recordemos que en el caso que se alega, la STC 199/2004, se plantea un recurso de amparo al haberse desestimado igualmente una pensión de viudedad atendiendo al matrimonio canónico que se había celebrado en el seno de una Comunidad Cristiana sin haber sido a posteriori inscrito, por la voluntad expresa de los contrayentes, en el Registro Civil correspondiente. En este caso, el TC entiende que con el no reconocimiento de la pensión de viudedad se está vulnerando el derecho fundamental a la igualdad consagrado en el art. 14 CE³⁹. Pese a la evidente semejanza de los hechos, el TC en el asunto que nos ocupa insiste en la falta de similitud entre ambos recursos. Aduce el Alto tribunal que en la STC del 2004 no se discute “la existencia de un matrimonio válidamente celebrado de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico”, y, por tanto, no siendo la causa determinante de denegación la falta de inscripción del matrimonio, sino que la ceremonia religiosa por el rito islámico se celebró sin el certificado de capacidad matrimonial expedido por el encargado del Registro Civil. Sigue insistiendo la Sala segunda del TC en su sentencia 194/2014 que “la certificación de la capacidad matrimonial sirve para acreditar la concurrencia de los requisitos de fondo de la validez del matrimonio, por lo que en ausencia de la misma no puede hablarse de un matrimonio existente para la legislación del Estado”. Ahora bien, en el referido matrimonio canónico no inscrito del que es objeto la STC 199/2004 no consta la tramitación de la certificación de capacidad matrimonial ante las autoridades civiles; en efecto, ésta no es precisa al ser sustituida por el “expediente matrimonial canónico” que hace sus veces, delegándose así en el párroco la responsabilidad en cuanto a la verificación de los requisitos de capacidad de los contrayentes.

24. De nuevo, esta sentencia nos enfrenta ante cuestiones cruciales en cuanto a la validez del matrimonio: ¿es obligatoria la inscripción? ¿Qué naturaleza tiene ésta simplemente declarativa o también constitutiva? Del tenor literal del art. 7 del Acuerdo con la CIE podría sustentarse su carácter facultativo;

³⁶ M. L. LABACA ZABALA, “Eficacia Civil del matrimonio celebrado en forma religiosa”, *cit*, p. 34.

³⁷ *Idem*, p. 36.

³⁸ Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, *BOE* nº 126, de 27 de mayo de 1987, pp. 15598 ss.

³⁹ Dice así expresamente la STC 199/2004 “el matrimonio del recurrente, comparado con otro matrimonio canónico no inscrito, es plenamente equiparable en su existencia, pues ambos existen como tal desde el momento de su válida celebración” (FJ 6), *BOE* de 21 de diciembre de 2004, núm. 306 suplemento, pp. 34 ss.

en efecto, así reza su apartado segundo “Las personas que *deseen inscribir* el matrimonio celebrado en la forma prevista en el número anterior (...)”. Si bien de los arts. 60 y 61 CC no hay duda alguna que para el pleno reconocimiento de los efectos es necesaria su inscripción, en el marco de este Acuerdo ésta podría considerarse potestativa⁴⁰. Así en el caso que nos ocupa, el Sr. Sene Sene alegó que no es precisa la inscripción matrimonial para la plena validez del matrimonio celebrado por el rito islámico. Si bien hay autores que interpretan una cierta autonomía de la voluntad de las confesiones y de los propios contrayentes en cuanto a la previsión de eficacia civil de los matrimonios celebrados en forma religiosa por las confesiones minoritarias⁴¹, también hay otros, a los que me sumo, que advierten sobre los peligros que ello puede conllevar ante “estados civiles en suspenso”⁴². Cuando se trata del matrimonio celebrado por el rito canónico, el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos (AAJ)⁴³ es más contundente en este sentido al no quedar la decisión o no de su inscripción, en ningún momento, en manos de los propios contrayentes. Así, el Protocolo Final del AAJ establece que “inmediatamente celebrado el matrimonio canónico, el sacerdote ante el cual se celebró entregará a los esposos, la certificación eclesiástica con los datos exigidos para su inscripción en el Registro civil. Y en todo caso, el párroco en cuyo territorio parroquial se celebró el matrimonio, en el plazo de cinco días, transmitirá al encargado del Registro Civil correspondiente el acta para su oportuna inscripción, en el caso de que éste no se haya efectuado ya a instancia de las partes interesadas”. De este modo, la inscripción aquí tiene un marcado carácter obligatorio, fuera de cualquier decisión de las partes.

25. ¿Y cuál es la razón de ser de tal diferencia con los matrimonios celebrados en el marco de los Acuerdos de Cooperación con las confesiones minoritarias del año 92? La respuesta es sencilla y a la vez anacrónica, y desde mi parecer, rozando la inconstitucionalidad: la propia naturaleza otorgada por nuestro orden civil al matrimonio canónico. En efecto, y Sentencias como la que nos ocupan lo confirman, éste se considera válido desde su celebración, y “la inscripción registral se presenta, no como un mecanismo mediante el cual el matrimonio canónico adquiere eficacia civil, sino como una obligación consecuencia de dicha eficacia”⁴⁴. Es cierto, que hay autores que desde un prisma constitucional mantienen la función calificadora de la inscripción, siendo asimismo para el matrimonio canónico *conditio iuris* del reconocimiento de eficacia civil del mismo⁴⁵. Es evidente que el TC ante la negativa, como hemos visto, de aplicar la jurisprudencia de la STC del año 2004 en el caso de un matrimonio celebrado por el rito católico no inscrito, alegando que la situación del Sr. Sene Sene no es equiparable, se posiciona y confirma que la naturaleza dada al matrimonio canónico es otra a la de los celebrados según las formas de confesiones minoritarias. En palabras del TC “ésta (la causa) no es idéntica a la analizada en la STC 199/2004, de 15 de noviembre, porque partió de la existencia de un «matrimonio válidamente celebrado de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico» (FJ 6), mientras que en el caso del recurrente la causa determinante de denegar el derecho a una pensión no fue la falta de inscripción del matrimonio, sino que la ceremonia religiosa de casamiento por el rito islámico se celebró sin el certificado de capacidad matrimonial”.

26. Así las cosas, hemos de enlazar de nuevo con la cuestión de la capacidad matrimonial y la tramitación del expediente previo. En efecto, el origen de la consideración de una naturaleza distinta del matrimonio canónico, estriba precisamente ahí, en la no exigencia de la tramitación del expediente prematrimonial ante el encargado del Registro Civil como requisito de validez *sine qua non* del matri-

⁴⁰ En este sentido se expresan V. REINA Y J.M. MARTINELL GISPERSAÚCH al declarar que “la inscripción no es una cuestión de deseos, sino consecuencia de la eficacia civil, aunque ésta en nuestros Acuerdos sí puede depender de la voluntad de las partes”, *Curso de Derecho matrimonial*, en J. L. LACRUZ BERDEJO (Coord.), *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del Código Civil*, Civitas, Madrid, 1982, p. 251.

⁴¹ J.M. MARTINELL GISPERSAÚCH, “Derecho a celebrar ritos matrimoniales y Acuerdos de Cooperación”, en *Revista jurídica de Cataluña*, 1995, n° 1, pp. 81 ss.

⁴² Vid. M. L. LABACA ZABALA (“Eficacia Civil del matrimonio celebrado en forma religiosa”, *cit*, p. 25) refiriéndose a la inseguridad jurídica que la posibilidad de dicha inscripción posterior a voluntad de las partes podría conllevar.

⁴³ Instrumento de ratificación del Acuerdo firmado entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, *BOE* n° 300, de 15 de diciembre de 1979.

⁴⁴ *Idem*, p. 84.

⁴⁵ R. BARBER CARCAMO, “Comentarios al art. 63 Cc.”, en J. L. LACRUZ BERDEJO (Coord.), *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del Código Civil*, Civitas, Madrid, 1982, p. 596.

monio. En el matrimonio celebrado en forma canónica, el expediente se tramita ante el párroco u Ordinario, quien constatará si concurren en los contrayentes, los requisitos de capacidad y demás aspectos que exige el ordenamiento canónico (Can. 1070 del Código Canónico). Con ello, se produce un traspaso de funciones estatales al párroco. En mi opinión, el art. 56 CC no deja duda alguna sobre la necesidad de tramitar con carácter previo un expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, de modo que me uno a los autores que defienden que la ausencia de la tramitación ante el encargado del Registro Civil, al ser sustituida por la labor realizada por el párroco, traslada la función de control de validez a un momento posterior al de la celebración, necesariamente al momento de la inscripción del matrimonio canónico⁴⁶. No debemos olvidar que nos encontramos ante un sistema de matrimonio civil único con pluralidad de formas de celebración, dónde en aras a respetar el principio de igualdad y no discriminación, no debería de hacerse distinción alguna en cuanto al momento y modo en que los matrimonios celebrados por los distintos ritos confesionales alcanzan la validez y con ella el despliegue de los efectos civiles.

27. Desde mi parecer, la STC 194/2014 al no admitir la jurisprudencia invocada del TC en su sentencia 199/2004 no acoge aquéllas interpretaciones que basadas en el sentido literal del Acuerdo de Cooperación con la CIE admitirían un matrimonio musulmán sin expediente previo matrimonial, lo que conlleva paralelamente el reforzamiento de la naturaleza distinta del matrimonio canónico desde el punto de vista de nuestro sistema legal. Sin duda, además, el enfoque mantenido en una resolución y otra por parte del TC es distinto, cuando los hechos y argumentos jurídicos que se invocan en ambas resoluciones guardan una gran similitud. En la STC 199/2004 no se cuestiona la “existencia misma del matrimonio”, ésta se da por hecho, sólo se pone el foco en la falta de inscripción a efectos de reconocimiento de la pensión; mientras que en la STC 194/2014 se insiste, no en la ausencia de inscripción, sino en la existencia y validez del propio matrimonio. El enfoque sino erróneo, sí con una importante desviación en cuanto al objeto sustancial del asunto ya fue puesto de manifiesto en los dos votos particulares emitidos por los dos jueces del TC en la Sentencia 194/2004, magistrados V. Conde Martín de Hijas y E. Pérez Vera⁴⁷.

28. Por último, estimo que con la última reforma del CC realizada por la nueva Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, en vigor desde el 23 de julio de 2015⁴⁸, el legislador español ha perdido la oportunidad de uniformar el sistema matrimonial español dotándolo al mismo tiempo de mayor claridad e igualdad. La reforma acaecida con la mencionada Ley ha incluido un nuevo apartado segundo al art. 60 CC mediante el que reconoce efectos civiles a los matrimonios celebrados en la forma religiosa prevista por otras confesiones o comunidades religiosas que hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España, con los que el Estado español no tiene Acuerdo. En este sentido, estipula que se requerirá para el reconocimiento de efectos civiles los siguientes requisitos: a) la tramitación de un acta o expediente previo de capacidad matrimonial con arreglo a la normativa del Registro Civil; b) La libre manifestación del consentimiento ante un ministro de culto debidamente acreditado y dos testigos mayores de edad. No obstante, la reforma no aporta la necesaria uniformidad, al mantener el art. 60.1 CC prácticamente con su actual enunciado, dejando al margen del art. 60.2 CC la celebración del matrimonio según el Derecho canónico así como en la forma prevista para las otras confesiones con los que ha suscrito Acuerdos en

⁴⁶ R. BARBER CARCAMO, “Comentarios al art. 63 del Código civil”, *cit.*, p. 596. En este sentido, V. REINA y J.M. MARTINELL GISPERT-SAÚCH (*Curso de Derecho matrimonial*, *cit.* p. 210) señalan que la inscripción en el Registro civil será para los matrimonios canónicos el mecanismo a través del que es posible realizar “el control de concurrencia de los requisitos establecidos por la legislación estatal, y de concesión o no de plenos efectos civiles, que realiza el ordenamiento estatal”.

⁴⁷ Argumenta en su voto la Magistrada doña E. PÉREZ VERA que la mayoría de la Sala se sitúa en la óptica del demandante que invoca el principio de igualdad del art. 14 CE, aduciendo la desestimación de su pretensión no en la falta de vínculo matrimonial, sino en la falta de inscripción. Añade esta Magistrada, “Así, el tema se reconduce a un artificioso —en mi opinión— juicio de igualdad entre matrimonios canónicos inscritos y no inscritos, en el que el Tribunal afirmará que, reconocida “la existencia de un vínculo matrimonial”, no cabe “exigir para el otorgamiento de la pensión un requisito adicional que se encuentra extramuros de la capacidad interpretativa de que disfruta la Administración y el órgano judicial por estar claramente vedado por el principio de igualdad” (FJ 6). Planteamiento que considero artificioso por cuanto que lo que realmente cuestionan, tanto las resoluciones de la Administración, como la Sentencia impugnada, es la existencia misma del dicho matrimonio” (Argumento 3).

⁴⁸ Disposición final primera por la que se modifican determinados artículos del Código Civil de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, *cit. supra*.

el año 1992. Y, en mi opinión, ha perdido también la ocasión de “constitucionalizar” nuestro sistema al seguir dejando al margen de cualquier nueva regulación al matrimonio canónico. En efecto, mediante las Disposiciones finales quinta, sexta y séptima de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, se produce una modificación en el tenor de los respectivos artículos 7 de los Acuerdos de Cooperación en las que se disipa cualquier duda que pudiera existir en cuanto a los trámites requeridos para que éstos tengan efectos civiles⁴⁹. Se prevé que en la celebración misma del matrimonio, el ministro de culto o el representante de la comunidad incluya las circunstancias del *expediente previo ya tramitado*, dándole un plazo de 5 días para la remisión de la certificación de la celebración del mismo al Encargado del Registro Civil competente.

IV. Certificado de capacidad matrimonial en uniones con elemento extranjero

29. La cuestión del “certificado de capacidad matrimonial” aflora asimismo, con una frecuencia inusitada, en multitud de matrimonios donde existe un elemento de extranjería y donde por falta o defecto en cuanto a la tramitación en el mismo se le niega su acceso al Registro Civil alegando falta de validez de la unión celebrada. La mayoría de los supuestos se han planteado desde una época relativamente reciente afectando fundamentalmente a ciudadanos de nacionalidad marroquí, de ahí que nos encontremos ante la validez de uniones celebradas en la mayoría de los casos según el rito islámico. Desde mi parecer, si bien el apartado anterior nos enfrentaba con un debate sobre el actual sistema de Derecho matrimonial en España, éste nos invita a una reflexión sobre si la respuesta dada desde el Derecho internacional privado se adapta a las demandas propias de una sociedad multicultural, más cuando se trata como veremos de validar uniones cuya única contrariedad o defecto es de tipo formal.

30. La verificación de la capacidad para contraer matrimonio es una cuestión que adquiere, si cabe, mayor relevancia cuando estamos ante una unión con un elemento de extranjería, ya venga dada por la nacionalidad de sus contrayentes o por su celebración fuera de España. La capacidad nupcial de cada contrayente se hará conforme a la ley de su nacionalidad. Si bien no existe una norma concreta en Derecho internacional privado a este respecto, tanto la jurisprudencia como las resoluciones de la DGRN la han considerado parte de la capacidad de la persona⁵⁰, aplicando *in extenso* el art. 9.1 CC. Dicha comprobación de los requisitos de capacidad y la correlativa ausencia de impedimentos es objeto de control por parte de las autoridades españolas en distinto momento según la forma en que se preste el consentimiento. Tal como hemos visto en el epígrafe anterior, cuando el matrimonio se celebra en España y se oficia ante autoridades civiles o religiosas de confesiones minoritarias se tramita a través del expediente matrimonial, con las matizaciones y ambigüedades que plantea la forma islámica. En el caso del matrimonio canónico, el expediente matrimonial canónico se tramita ante el párroco y la verificación de la capacidad por la autoridad civil se pospone al momento de la inscripción en el Registro. ¿Qué sucede cuando el matrimonio se celebra en el extranjero y sus contrayentes desean que dicha unión acceda al Registro Civil? En principio, cuando el matrimonio va a celebrarse en el extranjero no es necesario instruir el expediente matrimonial en España y la verificación de la capacidad nupcial se realiza a posteriori en el momento de la inscripción en el Registro Civil.

31. Cuando existe un elemento de extranjería, las posibilidades de contraer matrimonio islámico con efectos civiles en España se amplían; así, a parte de la vía del art. 7 del Acuerdo de Cooperación entre el Estado y la CIE, esta unión podrá celebrarse según la forma legal fijada por el ordenamiento jurídico español en los arts. 49 y 50 CC. En estos casos, pueden surgir con toda su virulencia las diferencias entre el derecho matrimonial islámico basado en la *Sharia* y los principios básicos de nuestro sistema matrimonial, tales como la no discriminación entre los cónyuges por razón de sexo o profesión de fe, etc. Así, cuando

⁴⁹ En virtud de la Disposición final vigésima primera de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, las Disposiciones finales quinta, sexta y séptima entrarán en vigor el 17 de julio de 2017.

⁵⁰ *Ad exemplum* RDGRN de 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, RDGRN de 27 de marzo de 2007, sobre ciudadana marroquí menor de edad, RDGRN de 7 de octubre de 2008, sobre matrimonio en Marrueco con vínculo matrimonial previo no disuelto, RDGRN de 3 de febrero de 2009, sobre matrimonio de ciudadana colombiana.

ambos contrayentes son extranjeros, podrán celebrar matrimonio islámico en España, además de conforme a las formas fijadas para los españoles, según la ley personal o religiosa de cualquiera de los contrayentes. Con ello, en este caso el matrimonio islámico sería válido en España aunque no se cumpliesen los requisitos fijados en el art. 7, siempre que la ley personal de alguno de los contrayentes valide civilmente esta práctica⁵¹. De este modo, la DGRN en su Resolución de 31 de mayo de 2007, estimó la validez de un matrimonio consular entre dos ciudadanos marroquíes según el rito islámico aunque no se hubiese celebrado ante la presencia de dirigente religioso alguno, no siendo óbice para su validez al cumplirse las exigencias fijadas por la legislación marroquí para el rito coránico, a saber la presencia de dos “adules”, en calidad de testigos legalmente habilitados, la intervención preceptiva del *wali* o tutor matrimonial de la esposa y el pago de la dote. En estos casos, el matrimonio ha sido celebrado sin expediente previo promovido ante las autoridades españolas, si bien debe acceder al Registro Civil al haber sido oficiado en territorio español (arts. 1.9 y 15 LRC). Así, ex art. 256 RRC, los cónyuges aportarán el certificado expedido por la autoridad o funcionario del país de celebración y el encargado del Registro Civil comprobará que concurren los requisitos legales para ser considerado como un matrimonio válido en España.

32. Cuando el elemento de extranjería viene dado por el lugar de celebración, es decir cuando éste se celebra fuera del territorio español, el art. 49 CC atiende a tal supuesto cuando al menos uno de los contrayentes es español. En este caso, junto con las formas civil y religiosas legalmente previstas, se podrá contraer matrimonio válido según la *lex loci celebrationis*, sea en su forma civil o religiosa. Según el sentido literal de este precepto, el matrimonio celebrado en el extranjero de acuerdo con el rito coránico, en principio, sería válido en España mediante dos vías, bien si esta forma religiosa es admitida por el país de celebración, o en el caso de que no lo fuese, cumple los requisitos del art. 7 del Acuerdo de Cooperación entre el Estado y la CIE. Y, digo en principio, porque pese al tenor del art. 49 CC y la opinión mayoritaria de la doctrina⁵², la Instrucción de la DGRN de 10 de febrero de 1993 veda la inscripción en el Registro Civil de los matrimonios celebrados en el extranjero por españoles según la forma religiosa en el marco de los Acuerdos de Cooperación del 92 con las confesiones minoritarias, sin que éstas sean al mismo tiempo forma religiosa válida según el lugar de celebración. Ello, sobre la base de un ámbito de aplicación territorial limitado al territorio español de los mencionados Acuerdos⁵³, que choca de nuevo ampliamente con el matrimonio celebrado mediante el rito canónico, en cuyo caso su naturaleza -cada vez más discutida-⁵⁴, de “tratado internacional” del AAE con la Santa Sede valida civilmente los matrimonios celebrados fuera de España.

33. Cuando el matrimonio es celebrado en el extranjero entre dos contrayentes de nacionalidad extranjera, ante el silencio de nuestro Código civil en cuanto a la forma válida admitida, se aplica analógicamente el art. 50 CC. En efecto, fruto del importante colectivo inmigrante existente en nuestro país, cada vez son más las uniones que habiéndose celebrado en el extranjero aspiran a ser reconocidas por

⁵¹ Ex. art. 49 CC cuando se trata de matrimonios mixtos siendo uno de los contrayentes español, las posibilidades se limitan a las permitidas en el caso de que ambos cónyuges fueran españoles, así no se permite el matrimonio ante autoridad consular y es preceptivo para que el matrimonio coránico goce de efectos civiles que éste sea conforme a los requisitos esbozados en el art. 7 de la mencionada Ley 26/1992.

⁵² E. PÉREZ VERA Y OTROS, *Derecho internacional privado. Vol. II*, UNED, 2001, p. 114, nota nº 5. En particular, J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ (M. PASQUAU LIAÑO (DIR.), *Jurisprudencia civil comentada*, Tomo I, Comares, 2000, p. 531) considera que “Este criterio, opuesto al sistema del art. 49 CC, resulta discriminatorio y carente de fundamento legal, pues el carácter territorial de los Acuerdos celebrados con otras confesiones, -que alude la DGRN-, no priva de contenido al art. 49 CC, que sitúa a todas las formas religiosas en pie de igualdad”.

⁵³ En este sentido, menciona expresamente la Instrucción de la Dirección General de 10 de febrero de 1993 “...es evidente que los respectivos artículos séptimos de estos Acuerdos tienen limitado su campo de aplicación a los matrimonios en esas formas religiosas que se celebren en España a partir de la entrada en vigor de las leyes mencionadas. Queda, pues fuera de las previsiones legales la inscripción de los matrimonios según los ritos evangélicos, israelitas o islámicos que se celebren fuera del territorio español”. Asimismo añade la DGRN en esta Instrucción “...que estos matrimonios, si afectasen a algún ciudadano español... podrán inscribirse en el Registro competente si, antes como ahora, esas formas religiosas están admitidas por la ley del lugar de celebración...”.

⁵⁴ Vid. S. CASTELLÀ SURRIBAS, “Del Concordato de España con la Santa Sede. Luces y Tinieblas”, *Éxodo*, nº 93, 2008, pp. 16 ss.; D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, “Los Acuerdos del Estado español con la Santa Sede”, *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, noviembre 2005, p. 7.

nuestro ordenamiento jurídico y a inscribirse en el Registro Civil. Inscripción registral que, en virtud del art. 15 LRC, ha de practicarse necesariamente cuando uno o ambos contrayentes adquieren la nacionalidad española. ¿Y cuándo es en estos casos válido el matrimonio? Siempre que el consentimiento se haya prestado según la forma fijada por la *lex loci celebrationis* o bien de acuerdo con la ley personal de cualquiera de los contrayentes. Dado el ingente número de ciudadanos marroquíes presentes en España, son frecuentes los casos en los que matrimonios celebrados según el rito islámico en su país de origen, aspiran a producir plenos efectos legales en España. De nuevo, y en virtud, del art. 256 RRC, los contrayentes a efecto de su validez y consiguiente inscripción en el Registro Civil deberán aportar una “certificación extranjera” emitida por la autoridad de origen que autoriza y celebra dicha unión.

34. En los supuestos descritos en que, atendiendo al elemento de extranjería en presencia, se pueda celebrar matrimonio ante autoridad extranjera, los contrayentes deberán de presentar en aras a su inscripción en el Registro Civil español “certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración”, en el caso de unión civil, o “certificación expedida por la Iglesia o confesión, cuya forma de celebración esté legalmente prevista como suficiente por la Ley española”, en el caso de matrimonio religioso (art. 256 LRC). Inicia este precepto 256 LRC “se inscribirán, siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la Ley española”. No olvidemos que estamos ante un supuesto en que si bien se parte de que la legalidad de dicha unión ha sido controlada por las autoridades del país de celebración, ésta debe verificarse a efecto de comprobar si cumple asimismo los requisitos fijados por el ordenamiento jurídico español para considerar válido un matrimonio. En este sentido, las autoridades españolas no sólo comprobarán la regularidad y autenticidad de la certificación extranjera que debe cumplir los requisitos del art. 85 RRC dejando constancia clara de la “realidad del hecho”, sino también la capacidad matrimonial de los contrayentes que han emitido un consentimiento válido para contraer matrimonio según la forma legalmente admitida (ex. arts. 49 y 50 Cc.). De este modo, se produce lo que califican acertadamente algunos autores un “*Flashback legal*”, ya que el Encargado del Registro verificará que en el momento de celebración de dicho matrimonio se cumplían los mencionados requisitos legales⁵⁵.

35. Como la práctica nos demuestra y las resoluciones nos confirman, estamos ante un procedimiento complejo y laborioso, y todo ello pese al tenor del art. 256 RRC que podría hacernos pensar que con la simple presentación de la certificación extranjera, la inscripción en el Registro español fuese cuasi automática. Dado que el expediente matrimonial previo ante las autoridades españolas no se ha tramitado, la verificación del cumplimiento de los requisitos legales⁵⁶ pasa a controlarse a posteriori en el momento de la inscripción. Situación que contrasta ampliamente, de nuevo, cuando se trata de reconocer la validez y de proceder a la inscripción de un matrimonio celebrado según el rito canónico en el extranjero. En efecto, si bien durante años la inscripción sí ha sido automática mediante la presentación de la certificación eclesiástica en el Registro Civil Consular español competente, existe, desde época relativamente reciente, un cierto control al haberse detectado un número significativo de matrimonios de conveniencia así celebrados. En concreto, el encargado del Registro, amparándose en la posibilidad de realizar “declaraciones complementarias oportunas” ex. art. 256.3º RRC, verifica la legalidad del consentimiento prestado por los contrayentes católicos ante el párroco mediante “audiencias reservadas y separadas” a los mismos⁵⁷.

36. En los supuestos analizados hasta ahora de matrimonios celebrados en el extranjero, hemos partido de la premisa que las autoridades del país de celebración no exigían control previo de capacidad emitido por el país de su nacionalidad a través de la tramitación del “certificado de capacidad matrimonial”. Hoy en día nos enfrentamos con dicha exigencia principalmente en el caso de los españoles con

⁵⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y Parejas de hecho”, en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *cit.*, p. 141.

⁵⁶ De manera taxativa nos advierte este autor que “nunca” se procede a una inscripción inmediata de la certificación, *Idem*, p. 139.

⁵⁷ Entre las primeras Resoluciones de DGRN las del 19 de abril de 2008, a la que han seguido a lo largo de estos años otras como RDGRN de 7 de noviembre de 2011, RDGRN de 6 de mayo de 2013 o la RDGRN de 5 de agosto de 2013. Se trata en todos los casos de matrimonios celebrados en Colombia por el rito canónico.

doble nacionalidad *de facto* que celebran matrimonio en país extranjero en el que nacieron y del que conservan aún su nacionalidad para efectos de aquél. Nos estamos refiriendo al caso de los ciudadanos marroquíes que tras su residencia en España adquieren la nacionalidad española, sin, a efectos del Derecho marroquí, perder su nacionalidad de origen al no contemplarse por dicho ordenamiento la pérdida de ésta. De este modo, según el Derecho internacional privado español, y en virtud del art. 9.9 CC, éstos son exclusivamente españoles, mientras que, a efecto del Derecho marroquí, éstos conservan intacta su nacionalidad de nacimiento, la única que consideran. En definitiva, en el país de celebración, Marruecos, su Derecho internacional privado exige el “certificado de capacidad matrimonial” a los contrayentes extranjeros, si bien lógicamente a estos sujetos no se les insta a su tenencia al no considerarles extranjeros sino nacionales. Lógicamente, el conflicto está servido. En torno a esta problemática, afloran de nuevo varias cuestiones en cuanto a la posible salvaguardia de la eficacia de tales uniones para el ordenamiento jurídico español: ¿Es válida la celebración de matrimonio según el rito musulmán fuera del territorio español? ¿Qué autoridad en estos casos está llamada a controlar la capacidad de éstos dobles nacionales *de facto*? ¿Se precisa el “certificado de capacidad matrimonial”?

37. En principio, es factible celebrar matrimonio coránico en tanto que *lex loci celebrationis*, en la que los contrayentes verán reconocida dicha unión en España siempre que ésta se formalice según el derecho extranjero del país de celebración. Si atendemos, al art. 252 RRC “Si los contrayentes han manifestado su propósito de contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración y esta Ley exige la presentación de un certificado de capacidad matrimonial, una vez concluido el expediente con auto firme favorable, el instructor entregará a aquéllos tal certificado”. De este modo, si bien este “certificado de capacidad matrimonial” no es obligatorio con carácter general en Derecho internacional privado, sí es exigible cuando la *lex loci celebrationis* así lo prevé. Así las cosas, y dada la exigencia de dicho certificado por parte del Derecho internacional privado marroquí para aquéllos extranjeros que deseen celebrar matrimonio en su país, nuestras autoridades en base al mencionado art. 252 RRC rechazan la validez y la consiguiente inscripción de tales uniones al carecer de la tramitación previa del certificado de capacidad matrimonial. Según especifica la DGRN, esta solución ha de “mantenerse tanto si se considera que el citado artículo 252 del Reglamento constituye una norma material de extensión inversa o *ad intra* para los supuestos internacionales en ella previstos, por efecto de la cual se “interiorizan” las normas de los ordenamientos jurídicos extranjeros que exigen el certificado de capacidad matrimonial, como si se entiende que, partiendo de la condición de español del contrayente, no se han observado las exigencias para la celebración del matrimonio de la forma prevista por la *lex loci*”⁵⁸. Desde mi parecer, nos enfrentamos ante situaciones que si no se busca la flexibilidad del sistema, dotándolo de respuestas adecuadas ante una sociedad multicultural, tienen difícil solución⁵⁹. Ciudadanos que se consideran exclusivamente marroquíes para Marruecos, al tiempo que exclusivamente españoles para España, con normas lógicamente que prevén el cumplimiento de distintos requisitos para nacionales y extranjeros. En definitiva, estamos ante una problemática fruto de una falta de reconocimiento de la realidad, de situaciones *de facto* para las que el legislador no ha previsto puentes legales de reconocimiento, pero que existen fruto de la diversidad consecuencia de la migración.

V. Conclusiones

38. El estudio que hemos realizado al hilo de la STC 194/2014, de 1 de diciembre de 2014, nos ha permitido no sólo detenernos en la tramitación del expediente previo matrimonial en tanto que

⁵⁸ Resoluciones de la DGRN de 3 de noviembre de 2011 (2ª), de 10 de octubre de 2012 (21ª), de 16 de octubre de 2012 (2ª), de 22 de noviembre de 2012 (1ª, 2ª y 3ª), de 31 de enero de 2012 (5ª, 6ª y 7ª), de 1 de marzo de 2013 (3ª), de 22 de abril de 2013 (7ª), de 14 de mayo de 2013 (8ª), de 23 de mayo de 2013 (3ª), de 5 de junio de 2013 (31ª), de 21 de junio de 2013 (58ª, 71ª y 72ª).

⁵⁹ Asimismo J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (“Matrimonio y parejas de hecho”, *cit.* p. 101) en un exhaustivo análisis de esta problemática señala que en muchos supuestos las autoridades españolas consideran nulo estos matrimonios celebrados en Marruecos alegando que no se respeta la Ley del lugar de celebración (Ley marroquí); no obstante, advierte este autor que “esta argumentación es débil porque la exigencia del certificado de capacidad matrimonial afecta a los requisitos de “capacidad” y no de “forma” del matrimonios, razón por la que el art. 49.1 CC no es aplicable”.

elemento esencial del matrimonio por el rito islámico, sino también reflexionar hasta qué punto nuestro sistema matrimonial español responde a las necesidades de un Estado laico y plural desde el punto de vista religioso y cultural. En efecto, el referido sistema es fruto de la concurrencia de normas de distinta naturaleza que vieron la luz en diversos momentos históricos: por un lado, la Constitución Española del 78 y el Código Civil, y, por otro, el Acuerdo sobre Asuntos jurídicos con la Santa Sede del año 79 y los Acuerdos de Cooperación con las confesiones minoritarias del año 1992, cuyo basamento directo fue la LO de Libertad religiosa, de 5 de julio de 1980. El análisis realizado de la mencionada STC 194/2014, así como de recientes RDGRN en torno a la validez del matrimonio con un elemento de extranjería, ponen de relieve que el contexto legal, cuenta con ciertos desajustes y ambigüedades que deberían corregirse.

39. En primer lugar, la STC 194/2014, desde mi parecer, tiene una doble virtualidad al poner de relieve, por una parte, los elementos esenciales que necesariamente ha de cumplir todo matrimonio para que tenga plenos efectos civiles, y por otra, la diferente concepción que nuestro ordenamiento mantiene entre el matrimonio canónico y aquél celebrado por los ritos acatólicos. Tales diferencias se evidencian en la comprobación de la capacidad matrimonial por parte del Encargado del Registro Civil o por el párroco, en la propia validez de la unión en el caso de no estar inscrita, así como desde el Derecho internacional privado dada la validez de los matrimonios celebrados en el extranjero según el rito canónico -con independencia de que sea forma admitida por la *lex loci celebrationis*- o la facilidad para la inscripción de tales matrimonios celebrados en el extranjero.

40. Ante estas disfunciones del sistema presentes aún como consecuencia de la confesionalidad del Estado español en épocas anteriores, a lo que hay que unir una redacción del Acuerdo de Cooperación con la CIE diverso al de las confesiones judía y evangélica creo que es básico la búsqueda de una mayor homogeneidad en aras a un auténtico sistema matrimonial civil único con pluralidad de formas de celebración. De modo que todos los matrimonios celebrados en forma religiosa, con independencia de cuál sea la confesión, deberían cumplir idénticos requisitos legales fijándose en una coincidencia temporal en cuanto a su verificación por la autoridad civil con el fin de que éstos puedan desplegar plenos efectos civiles en España. Además, los cambios introducidos al CC por la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria de 3 de julio de 2015 no han permitido dotar al sistema de la uniformidad necesaria, lo que hubiese conllevado asimismo una reducción de la ambigüedad existente y una mayor igualdad entre las distintas formas religiosas de celebrar matrimonio.

41. Por otra parte, nuestro sistema matrimonial adolece de una mayor flexibilidad pareciendo obviar, -en muchos casos donde existe una unión con elemento extranjero-, el *favor matrimonii* en tanto que principio informador del ordenamiento. Sin menoscabar el respeto absoluto a nuestros valores constitucionales a través de la excepción de orden público internacional en los casos en que sea preciso, considero que otras cuestiones meramente de “forma” debían de encontrar vías para solventarse sin que necesariamente desembocaran en la falta de toda validez de la unión celebrada. Las denegaciones de reconocimiento en cuanto a los matrimonios celebrados en Marruecos son cada vez más frecuentes, evidenciándonos que la respuesta dada por el ordenamiento jurídico español no es la idónea ante los caracteres de la actual sociedad multicultural y, en concreto, ante la demanda de un número de sus ciudadanos que ostentan *de facto* otra nacionalidad junto con la española. En efecto, es preciso articular vías que permitan que la capacidad nupcial sea controlada *ad initio* por la autoridad extranjera, evitando así que en los casos en que haya faltado ésta se realice por la autoridad española a posteriori en el momento de la inscripción, evitando de este modo la única salida para los contrayentes sea celebrar de nuevo el matrimonio.