

MATRIMONIO, IGUALDAD CONYUGAL Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Mariano Aguilar Benítez de Lugo
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de Sevilla

RESUMEN

Este estudio se ocupa de los significados del matrimonio en una amplia gama de materias, tales como la ley española de la nacionalidad, inmigración, el nuevo derecho sobre el estatus de extranjeros y los conflictos de leyes.

PALABRAS CLAVE: matrimonio, igualdad conyugal, derecho de la nacionalidad, derecho de extranjería, conflicto de leyes.

ABSTRACT

This study deals with the meanings of marriage in a wide range of matters, such as spanish nationality law, immigration, the new Act on the status of aliens and conflict of laws.

KEY WORDS: marriage, conjugal equality, nationality law, alien law, conflict of laws.

I. INTRODUCCIÓN

El matrimonio ha incidido en materia de nacionalidad a través del establecimiento de un plazo abreviado, privilegiado, de residencia en España por el contrayente extranjero a efectos de la adquisición de la nacionalidad española, y en materia de extranjería, mediante la reagrupación familiar del cónyuge del extranjero residente en España.

El principio de igualdad entre los cónyuges se ha proyectado en materia de nacionalidad a través de la equiparación entre los progenitores (el padre y la madre), a efectos de la transmisión de su respectiva nacionalidad a los hijos, y la independencia de la nacionalidad de la mujer respecto de la del marido, con el abandono del principio de unidad de la familia; en materia de extranjería, por cuanto que el derecho a la reagrupación familiar opera independientemente de que el beneficiario, el cónyuge extranjero, sea el marido o la mujer; en materia de conflicto de leyes, con el abandono de la competencia de la ley del marido y del padre, obediente a una concepción jerárquica y patriarcal de la familia y del matrimonio, en contradicción



con el principio de igualdad conyugal; y en materia de orden público, puesto ahora al servicio de la equiparación entre los cónyuges y la dignidad de la mujer casada.

II. NACIONALIDAD

La incidencia del matrimonio en materia de nacionalidad se ha manifestado históricamente a través de la dependencia o condicionamiento de la nacionalidad de la mujer casada por la del marido, en virtud del principio de unidad de la familia, y la reducción del plazo de residencia en España exigido para la adquisición por el contrayente extranjero de la nacionalidad española.

El reconocimiento del principio de igualdad entre los cónyuges se ha traducido en la desvinculación o independencia de la nacionalidad de la mujer respecto de la del marido y en la equiparación entre los progenitores a efectos de la transmisión de su respectiva nacionalidad a los hijos.

1. DE LA UNIDAD FAMILIAR A LA INDEPENDENCIA CONYUGAL EN MATERIA DE NACIONALIDAD

Con anterioridad a la reforma introducida en la regulación de la nacionalidad por la Ley de 15 de julio de 1954, disponía el Código Civil en su artículo 22 que «la mujer casada sigue la condición y nacionalidad de su marido».

La DGRN procedió a atenuar el rigor de dicho texto, considerando que la española que casa con apátrida no pierde su nacionalidad de origen (Resolución de 13 de agosto de 1931)¹ y que la española que casa con extranjero conserva su nacionalidad si no adquirió la del marido, incluso voluntariamente (Resolución de 26 de enero de 1948)². En suma, la mujer española conservaba su nacionalidad si no le correspondía adquirir la del marido, bien por ser éste apátrida, bien por no concederle sus leyes la nacionalidad. Dichas soluciones inspiraron la reforma de 1954.

En virtud de la reforma operada por la Ley de 15 de julio de 1954³, el artículo 19, párrafo tercero, del Código Civil señaló que la nacionalidad obtenida por el marido, mediante carta de naturaleza o por la residencia en territorio español, «se extiende a la mujer no separada legalmente y a los hijos que se encuentren bajo la patria potestad». Por otra parte, el artículo 23 establecía en sus apartados 3º y 4º que perderán la nacionalidad española: «La española que contraiga matrimonio con extranjero, si adquiere la nacionalidad de su marido» y «la mujer no separada legalmente, cuando el marido pierda la nacionalidad española y a ella le corresponda

¹ ADGRN, 1931, p. 427.

² ADGRN, 1948, p. 323.

³ BOE de 16 de julio de 1954.

adquirir la del marido». Considera la mencionada Ley de 1954 en su Preámbulo que: «Tanto en el régimen de la adquisición como en el de la pérdida de la nacionalidad, se mantiene el principio de la unidad de la familia como el más identificado con la tradición y los sentimientos de la Nación española y con el conjunto de nuestro sistema jurídico». Pero puntualiza que «se ha rectificado el exagerado automatismo del Código civil, tan propenso a facilitar la situación de apatridia...».

La Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges⁴, tras señalar en su Preámbulo (punto II) que «en materia de nacionalidad de la mujer casada, el Código civil aplica en forma rigurosa el llamado principio de unidad de la familia» y que «la regla de una rigurosa unidad de la familia pudo tener un fundamento social en los momentos históricos en que las comunidades nacionales eran compartimientos muy replegados sobre sí y poco comunicadas», considera que «no se ve ya razón suficiente para que una misma familia no pueda estar compuesta por personas de diferentes nacionalidades». En virtud de dicha reforma, el artículo 21 del Código Civil dispone que: «El matrimonio por sí sólo no modifica la nacionalidad de los cónyuges ni limita o condiciona su adquisición, pérdida o recuperación, por cualquiera de ellos con independencia del otro. El cónyuge español sólo perderá su nacionalidad por razones de matrimonio con persona extranjera si adquiere voluntariamente la de ésta. El cónyuge extranjero podrá adquirir la nacionalidad española por razón de matrimonio si expresamente optare por ella».

España ha ratificado el 5 de enero de 1984 el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobado en Nueva York el 18 de diciembre de 1979⁵, cuyo artículo 9.1º dispone que: «Los Estados Partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la convierta en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge».

2. EQUIPARACIÓN ENTRE LOS PROGENITORES A EFECTOS DE LA TRANSMISIÓN DE SU NACIONALIDAD A LOS HIJOS

Con anterioridad a la Ley de 15 de julio de 1954, el artículo 17.2º del Código Civil consideraba españoles «los hijos de padre o madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España». Así pues, la nacionalidad española podía venir indistintamente atribuida por la nacionalidad de cualquiera de los progenitores.

⁴ BOE núm. 107, de 5 de mayo.

⁵ BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984.



Tras la Ley de 15 de julio de 1954, el artículo 17 del Código Civil consideró españoles: «1º. Los hijos de padre español. 2º. Los hijos de madre española, aunque el padre sea extranjero, cuando no sigan la nacionalidad del padre». Así pues, existía una situación de desigualdad entre el padre y la madre en cuanto a la transmisión de su respectiva nacionalidad a los hijos. El criterio del *ius sanguinis* operaba normalmente respecto del padre (*a patre*) y sólo de un modo excepcional y subordinado respecto de la madre (*a matre*), con objeto de evitar la apatridia del hijo.

En virtud de la Ley 51/1982, de 13 de julio⁶, el artículo 17.1º del Código Civil considera españoles de origen «los hijos de padre o madre españoles». Consiguientemente, se produce una equiparación entre los progenitores a efectos de la transmisión de su nacionalidad a los hijos.

La Instrucción de la DGRN de 16 de mayo de 1983 sobre nacionalidad española⁷, refiriéndose a la nacionalidad de los hijos de madre española por aplicación del artículo 17.1º del Código Civil, aborda la problemática de Derecho transitorio en los siguientes términos: «Puesto que no existe disposición transitoria en la nueva Ley relacionada con este punto, es preciso entender que esta novedad no puede tener efecto retroactivo, y por lo tanto, que únicamente podrán ser considerados, por ese solo título, españoles de origen los hijos de madre española nacidos después de la entrada en vigor de la Ley de 13 de julio de 1982... Consiguientemente para los nacidos de madre española antes de la entrada en vigor de la nueva Ley, les será de aplicación lo que disponía el artículo 17.2º del Código en su anterior redacción, de modo que solamente serán españoles cuando no les corresponda seguir la nacionalidad extranjera de su padre...». Así pues, la Instrucción, tras constatar la existencia de una laguna al respecto, se pronuncia en contra de la aplicación retroactiva del nuevo artículo 17.1º del Código Civil. En su deseo de paliar el perjuicio que para el hijo supone la irretroactividad del nuevo texto, la Instrucción puntualiza que: «Ahora bien, estos extranjeros hijos de madre española, si son menores de edad, pueden estar sometidos a la patria potestad de su madre española y ello significa, por aplicación de lo hoy dispuesto por los artículos 19 y 20 del Código, que tienen derecho a optar por la nacionalidad española a partir de los catorce años y en las demás condiciones que detallan los artículos citados, y será a partir de la opción y no antes, cuando adquieran la nacionalidad española...».

La tesis oficial de la irretroactividad del nuevo artículo 17.1º fue compartida por parte de la doctrina⁸, pero combatida por otro sector⁹. En contra de la

⁶ BOE núm. 181, de 30 de julio.

⁷ BOE núm. 120, de 20 de mayo.

⁸ Díez del Corral Rivas, J.: «Principios de la reforma en materia de nacionalidad», *Revista de Derecho Privado*, 1983, pp. 794-797; Paz Agüeras, J.M.: *Comentarios a la nueva Ley de nacionalidad*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1984, pp. 9-10; Lete del Río, J.M.: *La nueva regulación de la nacionalidad*, Cuadernos Civitas, 2ª ed., 1987, p. 48.

⁹ Fernández Rozas, J.C.: «Anotaciones a la Instrucción de 16 de mayo de 1983, de la DGRN, sobre nacionalidad española», *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pp. 1.299-1.319; Santos

retroactividad del nuevo texto se adujo la ausencia de disposiciones transitorias en la Ley 51/1982, el principio general de irretroactividad de las leyes proclamado por el artículo 2.3º del Código Civil, la inaplicación de la disposición transitoria primera de dicho Cuerpo legal, la estabilidad inherente al estado civil de la persona... Por el contrario, en favor de la retroactividad se argumentó, sobre todo, el valor normativo inmediato de los principios reconocidos por la Constitución, y concretamente del principio de igualdad (artículos 14 y 32.1º).

Es de señalar que el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, en su artículo 9.2º establece que «Los Estados Partes otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos».

3. ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA EN EL SUPUESTO DE MATRIMONIO

La adquisición de la nacionalidad española por residencia se somete al plazo abreviado de un año en el supuesto de matrimonio con español o española.

El artículo 22.4º del Código Civil, redactado conforme a la Ley 51/1982, de 13 de julio, estableció que bastará el tiempo de residencia de un año para «quien se haya casado con español o española, aunque el matrimonio se hubiere disuelto». Dicha redacción, que admitía la operatividad del plazo privilegiado de residencia de un año, «aunque el matrimonio se hubiere disuelto», es decir, independientemente de la subsistencia del vínculo al tiempo de la solicitud, fue justamente criticada por la doctrina, por estimar que favorecía el fraude y la celebración de matrimonios de conveniencia¹⁰.

La Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad¹¹, alude en su Preámbulo a «la exigencia de que el matrimonio responda o haya respondido a una situación normal de convivencia entre los cónyuges, para que el extranjero se beneficie con un plazo breve de residencia, de la nacionalidad española de su consorte». Así, el artículo 22.2.d) y e) del Código Civil establece que bastará el tiempo de residencia de un año para «el que al tiempo de la solicitud llevara un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho» y «el viudo o viuda de española o español, si a la muerte del

ARNAU, L. y VILÁ COSTA, B.: «Comentario a la Ley 51/1982 de 13 de julio de modificación de los artículos 17 a 26 del Código Civil en materia de nacionalidad», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1983-1984, pp. 852-853; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: «Artículo 17», *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, 1986, pp. 37-40.

¹⁰ DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J.: *Lecciones prácticas sobre Registro civil*, Madrid, 1983, p. 62; PAZ AGÜERAS, J.M.: *Comentarios a la nueva Ley de nacionalidad*, ob. cit., pp. 35-36; PANTALEÓN, A.F.: «Artículo 22», *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, 1986, pp. 117-119.

¹¹ BOE núm. 302, de 18 de diciembre.



cónyuge no existiera separación legal o de hecho». La exigencia de un año de convivencia conyugal y la ausencia de separación legal o de hecho tiene por finalidad evitar los matrimonios de conveniencia.

La Instrucción de la DGRN de 20 de marzo de 1991¹² señala que «estas nuevas normas parten de la idea de que el matrimonio con español o española, para que pueda dar lugar a un tratamiento de favor en cuanto a la adquisición de la nacionalidad española, debe corresponderse, al tiempo que la Ley se refiere, con una situación normal de convivencia entre los cónyuges». Añade que «sobre el solicitante recaerá la carga de probar tal convivencia, y como se exige ésta, como un presupuesto más de la concesión, agregado al del matrimonio, no bastará para justificar la convivencia con acreditar el matrimonio y con invocar la presunción legal contenida en el artículo 69 del Código civil». Indica que a este efecto cobra especial importancia el trámite previsto en el último párrafo del artículo 221 del Reglamento, cuando señala que el Encargado «procurará también oír al cónyuge por separado y reservadamente sobre el cambio de nacionalidad y circunstancias que en ello concurren». En su virtud, la DGRN, en su declaración 7^a, manifiesta que «en el mismo expediente habrá de cerciorarse el Encargado de si el matrimonio del casado o viudo de español corresponde o ha correspondido a una situación de convivencia en el tiempo a que la Ley se refiere».

Recientemente, la Proposición de Ley sobre modificación del Código Civil en materia de nacionalidad presentada por el GP Socialista¹³ prevé una nueva redacción para el artículo 22.2 del Código Civil, a tenor de la cual bastará el tiempo de residencia de un año para: «d) El que, al tiempo de la solicitud, llevare un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho o llevare conviviendo en pareja de forma estable, libre, pública y notoria, en una relación de afectividad similar a la conyugal, independientemente de su orientación sexual, sin que ninguno de los convivientes esté unido por vínculo matrimonial en vigor, ni relación de parentesco en primer o segundo grado de consanguinidad entre sí, mayores de edad o menores emancipados, siempre que acrediten la convivencia a través de la inscripción en los registros específicos existentes en su lugar de residencia o mediante documento público y que se mantenga dicha convivencia al tiempo de la solicitud. e) El viudo, viuda o conviviente de española o español, si a la muerte del cónyuge o conviviente no existiera separación legal o de hecho». En el apartado 3º del artículo 22 se señala que: «A los efectos de lo previsto en la letra d) del número anterior, se entenderá que tiene residencia legal en España el cónyuge o persona que conviva con funcionario diplomático o consular español acreditado en el extranjero».

¹² BOE núm. 73, de 26 de marzo; corrección de erratas en BOE núm. 74, de 27 de marzo.

¹³ BOCG, Congreso de los Diputados, VII legislatura, serie B, 9 de marzo de 2001, núms. 115-1.

III. EXTRANJERÍA

1. MATRIMONIO Y UNIONES DE HECHO

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹⁴, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre¹⁵, en su artículo 17.1.a) incluye, entre los familiares reagrupables, al cónyuge del extranjero residente, en los siguientes términos: «El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes».

La referencia estricta al cónyuge suscita la cuestión de la posible equiparación de las uniones de hecho con el matrimonio¹⁶. La inclusión, junto al cónyuge, de la pareja de hecho o conviviente habitual ha sido defendida en diversas enmiendas presentadas en la actual legislatura, así como por el Informe del Consejo General de la Abogacía Española a propósito de la Ley de Extranjería, pero no ha prevalecido.

Generalmente, los textos se refieren a los cónyuges, prescindiendo de toda alusión a las uniones de hecho. En un sentido favorable a la equiparación, sin embargo, cabe citar la Propuesta de Reglamento (CE) del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, presentada por la Comisión el 14 de octubre de 1998¹⁷, cuyo artículo 10.1.a) incluye al «cónyuge o toda persona asimilada al cónyuge por la legislación del Estado miembro de acogida...».

En la misma dirección, la Propuesta modificada de Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar, de 10 de octubre de 2000¹⁸, incluye, entre los miem-

¹⁴ BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000.

¹⁵ BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000.

¹⁶ Vide LÁZARO GONZÁLEZ, I.: *Las uniones de hecho en el Derecho internacional privado español*, Tecnos, Madrid, 1999; SÁNCHEZ LORENZO, S.: «Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado», *REDI*, 1989, pp. 487-531; MOLINER NAVARRO, R.M.: «El problema jurídico de las parejas de hecho», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Vidal Guitarte*, vol. II, Valencia, 1999, pp. 629-640; id., «Tratamiento jurídico de las uniones de hecho», en *Curso de Derecho Privado Valenciano*, Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pp. 1.251-1.300.,

¹⁷ DOCE C 344/9, de 12 de noviembre de 1998.

¹⁸ COM (2000) 624 final - 1999/0258 CNS.





bros de la familia, al «cónyuge del reagrupante o la pareja de hecho que tenga una relación duradera con el reagrupante, si la legislación del Estado miembro en cuestión asimila la situación de las parejas no casadas a la de las casadas» (artículo 5.1.a). El Consejo de la Unión Europea, en dicha Propuesta de Directiva, después de señalar que la reagrupación familiar se refiere a los miembros de la familia nuclear, es decir, al cónyuge y a los hijos menores de edad, añade que: «No obstante, si en un Estado miembro la situación de las parejas de hecho se asimila a la de las parejas casadas, es importante respetar el principio de la igualdad de trato y prever que la pareja de hecho pueda beneficiarse de la reagrupación» (considerando 13).

Por lo que respecta a la jurisprudencia comunitaria, la STJCE de 17 de abril de 1986, en el asunto 59/85, *Estado neerlandés/Ann Florence Reed*¹⁹, ha reconocido que un Estado miembro que permite a sus propios nacionales obtener que su pareja de hecho, nacional de otro Estado miembro, resida en su territorio, no puede rechazar estas ventajas a los trabajadores migrantes, nacionales de otros Estados miembros.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la noción de vida familiar del artículo 8 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, sobre protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, comprende las relaciones que resulten de una unión no matrimonial²⁰.

En el ámbito del Derecho español, la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo²¹, establece en su artículo 10.1 que el asilo se concederá «al cónyuge del refugiado, o a la persona con la que se halle ligado por análoga relación de efectividad y convivencia...».

En cuanto a la jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha afirmado que nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra, sino también por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que considera siempre a la familia²².

Es de señalar que la STSJ de Cataluña de 4 de julio de 1996²³ anula la resolución administrativa que deniega, por falta de parentesco según la normativa vigente, la concesión de un visado de residencia por reagrupación familiar a un colombiano en virtud de su unión libre con un español. Considera dicha sentencia, con base en los parámetros de enjuiciamiento proporcionados por el TC, que «la resolución administrativa impugnada, al fundamentar la denegación de la conce-

¹⁹ Rec.1986, p. 1.283.

²⁰ STEDH de 13 de junio de 1979, asunto *Marckx*, serie A, núm. 31, p. 15.

²¹ BOE de 27 de febrero de 1984 y 23 de mayo de 1994.

²² STC 222/1992, de 11 de diciembre, BOE de 19 de enero.

²³ *Revista General de Derecho*, 1997, pp. 10.533-10.538; Nota de QUIÑONES ESCÁMEZ A.: en *REDI*, 1997, 2, pp. 221-227.

sión del visado de residencia en la exclusiva mención de no darse la relación de parentesco exigida por la legislación vigente con familiar español, incurre en una motivación contraria al orden público de las libertades, al desconocer que el artículo 14 CE garantiza el derecho a la no discriminación por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social...». Más adelante agrega que: «El silencio del legislador en regular de modo general el régimen jurídico de las uniones civiles y de las uniones sociales de hecho no autoriza a la Administración a desconocer, en el ejercicio de sus potestades discrecionales actuables en la concesión de visados el derecho de los ciudadanos españoles y extranjeros a no ser discriminados sin justificación objetiva y razonable por razón de vínculos de convivencia estable acreditados que les ligue, al encontrarse vinculadas directa e inmediatamente las autoridades administrativas a garantizar los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la CE, entre las que cabe mencionar el derecho a la igualdad y el derecho a la intimidad...».

A su vez, la STS (Sala 3ª) de 15 de diciembre de 1998²⁴ confirma la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 15 de enero de 1994, que exime de la obligación de visado de residencia a la demandante, que mantiene convivencia matrimonial estable con ciudadano español de forma continuada en España, «en cuanto la dispensa contribuirá a estabilizar o por mejor decir a reforzar la estabilidad de la pareja cuasifamiliar constituida hace ya varios años, aunque lo sea de hecho, habida cuenta la realidad social actual».

Recientemente, una sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 8 de la Comunidad Valenciana de 1 de marzo de 2000²⁵ ha reconocido el derecho de un ciudadano peruano, que convive como pareja de hecho con un español, a obtener la exención de visado y el permiso de residencia solicitados, al considerar que se amplía a las relaciones homosexuales «el derecho a la protección social, económica y jurídica de la familia». El fallo señala que la pareja convive desde diciembre de 1997 y está inscrita en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana, por lo que, aunque la Orden Ministerial de 11 de abril de 1996 «habla expresamente de cónyuges, y en este caso no existe matrimonio, ello no obsta para que se aplique una interpretación analógica para ampliar a las uniones no matrimoniales el derecho a la protección social, económica y jurídica de la familia».

Asimismo, la STS de 6 de mayo de 2000²⁶ declara el derecho del recurrente, un ciudadano iberoamericano, a obtener la exención del visado de residencia, considerando que «concorre una situación de unión de hecho similar a la conyugal estable y continuada como circunstancia excepcional suficiente para justificar, a

²⁴ *RAJ*, 1998, núm. 10.372.

²⁵ *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 433, 6 de abril de 2000.

²⁶ *Revista General de Derecho*, diciembre 2000, pp. 14.861-14.865.

tenor de la doctrina reiterada de esta Sala sobre reagrupación familiar, la exención del visado».

La admisión de la reagrupación familiar del cónyuge del residente, a tenor del artículo 17.1.a) de la Ley, está condicionada por diversos factores: en primer término, la ausencia de separación de hecho o de derecho; en segundo lugar, la ausencia de fraude de ley en la celebración del matrimonio; en tercer lugar, la imposibilidad de reagrupar a más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial; y, finalmente, en el supuesto de encontrarse el extranjero residente separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias, la necesidad de acreditar que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes.

2. AUSENCIA DE SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES

La primera condición para la reagrupación familiar de los cónyuges, como ya se ha indicado, es la relativa a la ausencia de separación de hecho o de derecho de los mismos²⁷.

La prueba de la separación de hecho tropieza con dificultades cuando no es acreditada por los propios cónyuges. Una presunción legal de convivencia se contiene en el artículo 69 del Código Civil, que dispone que «se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos».

La separación de hecho puede obedecer a circunstancias ajenas a la voluntad de los esposos. Así, la convivencia de hecho no será posible durante el tiempo transcurrido desde la entrada del reagrupante extranjero en España hasta el momento en que se produzca la efectiva reagrupación familiar con su cónyuge²⁸. Tampoco será posible la convivencia de hecho cuando, por ejemplo, uno de los esposos

²⁷ En el curso de los trabajos parlamentarios de elaboración de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el GP Popular (Enmienda núm. 27 a la Proposición de LO presentada por el GP Federal de Izquierda Unida; enmienda núm. 51 a la Proposición de LO presentada por el GP de Convergència i Unió; enmienda núm. 50 a la Propuesta de LO presentada por el GP Mixto) enunció la referida condición en los siguientes términos: «siempre que no esté separado de hecho o de derecho». Asimismo, el GP Socialista (Enmienda núm. 58 a la Proposición de LO presentada por el GP Federal de Izquierda Unida; enmiendas núms. 113 y 141 a la Proposición de LO presentada por el GP de Convergència i Unió; enmiendas núms. 5 y 6 a la Proposición de LO presentada por el GP Mixto) estableció la siguiente puntualización: «siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho».

²⁸ MOYA ESCUDERO, M.: «El derecho a la reagrupación familiar en la Ley de Extranjería», *La Ley*, 1 de febrero de 2000, p. 4; A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «Régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros: Comentario al Título II de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero (artículos 23 a 45)», *Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, marzo 2000, p. 121.



se halle cumpliendo pena privativa de libertad. A este respecto, la STSJ de Extremadura de 20 de junio de 1997²⁹ acuerda la concesión a la recurrente, de nacionalidad marroquí, de la tarjeta de familiar de residente comunitario, considerando que «la separación de hecho que pueda existir entre los esposos, puede válidamente deberse a causas ajenas a su voluntad, lo cual no coincide con el supuesto contemplado en el artículo 2 del Real Decreto 722/1992, de 26 de junio, que sin dudas al referirse a separación de hecho, se refiere a la mutuamente consentida y basada en una ruptura matrimonial». A su vez, la STS de 23 de enero de 1999³⁰ considera que debe eximirse de la obligación de visado de residencia por reagrupación familiar a la extranjera casada con español que cumple en prisión pena privativa de libertad, ya que «la privación de libertad del marido de la solicitante de la dispensa de visado no puede considerarse, salvo prueba en contrario, como determinante de la ruptura de la «*affectio maritalis*», la cual se presume por la subsistencia del vínculo jurídico y por la convivencia, que se manifiesta no sólo cuando los cónyuges viven juntos compartiendo, en expresión clásica, mesa, lecho y habitación, sino cuando se respetan, se socorren mutuamente y actúan en interés de la familia...».

Con anterioridad, el RD 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985³¹, en su artículo 54.2.a), al incluir dentro de los familiares reagrupables al cónyuge, exigió, entre otras condiciones, «que no se encuentre separado de hecho o de derecho». A su vez, el artículo 60.2.c) consideraba circunstancia determinante de la extinción del permiso de residencia, entre otras, la relativa a que «se acredite la existencia de separación de hecho o de derecho del cónyuge del residente extranjero, cuando el permiso de residencia haya sido concedido por motivo de reagrupación familiar, salvo lo dispuesto en el artículo 54.5», que hace referencia a la posible obtención por el cónyuge de un permiso de residencia independiente.

Por otra parte, el RD 766/1992, de 28 de junio, sobre entrada, permanencia y trabajo en España de los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, modificado por los Reales Decretos 737/1995, de 5 de mayo, y 1710/1997, de 14 de noviembre³², en su artículo 2.a), incluye en su ámbito de aplicación al cónyuge «siempre que no estén separados de derecho».

A su vez, la Orden de 11 de abril de 1996, del Ministerio de Justicia e Interior, por la que se regulan las exenciones de visado³³, en el punto 2, letras f) y g), incluye, entre aquellos a quienes podrá concederse excepcionalmente la exención,

²⁹ *Aranzadi, Sentencias de TSJ y AP y otros tribunales*, 1997, núm. 1.250.

³⁰ *RAJ*, 1999, núm. 1330.

³¹ *BOE* de 23 de febrero de 1996; corrección de errores en *BOE* de 2 de abril de 1996.

³² *BOE* de 30 de junio de 1992; corrección de errores en *BOE* de 18 de noviembre de 1992, 5 de junio de 1995 y 15 de noviembre de 1997.

³³ *BOE* de 17 de abril de 1996.

respectivamente, a los «extranjeros que sean cónyuges de español o de extranjero residente legal, nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de derecho y que acrediten un período previo de matrimonio de tres años a la fecha de la solicitud» y a los «extranjeros que sean cónyuges de extranjero residente legal, no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de hecho o de derecho y que acrediten un período previo de matrimonio de tres años a la fecha de la solicitud».

Es de señalar que la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, establece en su artículo 10.1 que el asilo se concederá «al cónyuge del refugiado, o a la persona con la que se halle ligado por análoga relación de efectividad y convivencia, salvo los casos de separación legal, separación de hecho, divorcio... en los que se valorará, por separado, la situación de cada miembro de la familia».

Como puede apreciarse, a la vista de las mencionadas disposiciones, en unos casos es suficiente la ausencia de separación de derecho de los cónyuges y en otros es preciso la ausencia de separación de hecho o de derecho, dependiendo ese distinto grado de rigor de la nacionalidad del cónyuge reagrupante: española, de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, o de un tercer Estado.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, ofrece interés la STS (Sala 3ª, Sección 6ª) de 16 de enero de 1996³⁴, que exime del visado de residencia a una ciudadana portuguesa divorciada de español, existiendo un convenio regulador en el que aparece una vivienda sita en Avilés, cuyo uso corresponde a ambos esposos hasta que se produzca la venta de la misma, al objeto de liquidar los bienes gananciales, habiéndose pactado una pensión compensatoria a cargo del marido que, al parecer, éste no había satisfecho. Afirma la sentencia que tales hechos «han de ser considerados en orden a la pretensión deducida, con objeto de no dejar desamparados o desprotegidos intereses legítimos, que en este caso ostenta la solicitante, quien además ha contraído matrimonio con otro súbdito español... por lo que existen además razones de arraigo familiar».

Por otra parte, la STS (Sala 3ª, Sección 7ª) de 24 de febrero de 1996³⁵ deniega la exención del visado de residencia a una ciudadana chilena que invoca su condición de madre y esposa de españoles, considerando que se hallaba desde hace años separada de su marido, sin que existiera constancia de que viviera a expensas de su hijo.

En el ámbito comunitario, la Propuesta modificada de Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar exige que el cónyuge del reagrupante o la pareja

³⁴ *RAJ*, 1996, núm. 256.

³⁵ *RAJ*, 1996, núm. 2.273.

de hecho tenga «una relación duradera con el reagrupante» (artículo 5.1.a), sin efectuar referencia alguna a la ausencia de separación de los cónyuges, lo que es coherente con la flexibilización inherente a la posible equiparación entre las parejas casadas y las no casadas.

3. AUSENCIA DE FRAUDE EN LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

La segunda condición para la admisión de la reagrupación familiar del cónyuge del residente hace referencia a la ausencia de fraude de ley en la celebración del matrimonio.

Con anterioridad, el RD 155/1996, en su artículo 54.2.a), al incluir, entre los familiares reagrupables, al cónyuge, exigió que «el matrimonio no se haya concertado en fraude de ley».

Por lo que respecta a la jurisprudencia, una STS (Sala 3ª, Sección 6ª) de 17 de marzo de 1998³⁶ concede exención de la obligación de visado de residencia a un extranjero casado con española «sin que haya prueba de haberse producido en fraude de ley».

En la misma dirección, una STS (Sala 3ª, Sección 6ª) de 24 de abril de 1999³⁷, sobre suspensión de la expulsión de una extranjera casada con español, no habiéndose acreditado en expediente administrativo el haber podido ejercer la preferencia para la obtención de permiso de trabajo, hace referencia al tratamiento especial que nuestro ordenamiento otorga al cónyuge extranjero de un ciudadano español, «mientras subsista el vínculo y siempre que el matrimonio no se hubiese contraído de forma fraudulenta, a fin de obtener permiso de trabajo o renovarlo...».

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 fraudulentos³⁸, parte de la observación de que «los matrimonios fraudulentos constituyen un medio para eludir las normas relativas a la entrada y a la residencia de nacionales de terceros países» y del convencimiento de que «los Estados miembros deben adoptar o seguir adoptando medidas equivalentes para luchar contra este fenómeno». Se dispone (punto 3º) que «cuando existan factores que hagan presuponer que se trata de un matrimonio fraudulento, los Estados miembros sólo expedirán un permiso de residencia o una autorización de residencia por causa de matrimonio al nacional del país tercero tras haber mandado comprobar a las autoridades competentes según el Derecho nacional que el matri-

³⁶ *RAJ*, 1998, núm. 2.717.

³⁷ *RAJ*, 1999, núm. 3.787.

³⁸ *DOCE*, núm. C 382/1, de 16 de diciembre de 1997.

monio no es un matrimonio fraudulento y que se cumplen las demás condiciones de entrada y residencia...». Asimismo se establece (punto 4º) que «cuando las autoridades competentes según el Derecho nacional establezcan que el matrimonio es un matrimonio fraudulento, se retirará, revocará o no se renovará el permiso de residencia o la autorización de residencia por causa de matrimonio del nacional del país tercero».

A su vez, la Propuesta modificada de Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar establece en su artículo 14.1.b) que los Estados miembros podrán denegar la solicitud de entrada y de residencia a los efectos de reagrupación familiar, retirar o denegar la renovación del título de residencia de los miembros de la familia, si se demostrare «que el matrimonio o la adopción se llevaron a cabo únicamente para que la persona interesada pudiera entrar o residir en un Estado miembro», señalándose en el punto 2º del referido precepto que «los Estados miembros procederán a controles puntuales cuando existieren presunciones fundadas».

En cuanto a la práctica, la DGRN se ha enfrentado reiteradamente en los últimos años con la cuestión relativa a la determinación de si el matrimonio entre españoles y extranjeros, de cuya celebración o inscripción se trata, es o no un matrimonio de conveniencia. En la controversia en torno a la validez o nulidad del matrimonio en virtud de la existencia o ausencia de libre y pleno consentimiento conyugal, se han invocado argumentos relativos a la presunción de buena fe, al *ius connubii* y sus limitaciones, y a la presencia o no de datos objetivos claros de los que pueda lógicamente deducirse la simulación.

4. IMPOSIBILIDAD DE REAGRUPAR A MÁS DE UN CÓNYUGE

La tercera condición para admitir la reagrupación familiar del cónyuge del residente concierne a la imposibilidad de reagrupar a más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial³⁹.

Desde una perspectiva crítica, se ha hablado por M. Moya Escudero⁴⁰ de un planteamiento hipócrita del problema en la Ley de Extranjería, denunciando que «es simplemente una cuestión de número, no de valores fundamentales».

Con anterioridad, el RD 155/1996, en su artículo 54.2.a), incluyó, entre los familiares reagrupables, al cónyuge, siempre que «no resida con el extranjero otro

³⁹ Esta limitación fue admitida, en el curso de los trabajos parlamentarios de elaboración de la Ley 4/2000, de 11 de enero, por el GP Popular, en las enmiendas ya citadas en anterior nota, que exigía «que no resida con el extranjero otro cónyuge». A su vez, el GP Socialista propuso que «en ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita esa modalidad matrimonial».

⁴⁰ «Derecho a la reagrupación familiar (artículos 16, 17, 18 y 19)», *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, 2001, p. 687.

cónyuge». A su vez, el apartado 6º del referido precepto establecía que «no se podrá conceder un permiso de residencia a un extranjero como cónyuge de un residente extranjero cuando otro cónyuge de éste ya resida con anterioridad en España».

Es de señalar que el orden público español mantiene su oposición a los matrimonios poligámicos. La DGRN ha señalado reiteradamente⁴¹ que el orden público «no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico, que atentaría contra la dignidad constitucional de la mujer y contra la concepción española del matrimonio».

En el ámbito comunitario, la Propuesta modificada de Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar establece que: «En caso de matrimonio polígamo, si el reagrupante ya tuviere una esposa viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la entrada ni la residencia de otra esposa, ni de los hijos de esta última; sólo se autorizarán la entrada y la residencia de los hijos de otra esposa si el interés superior del hijo así lo exigiere» (artículo 5.2).

5. SUPUESTO DEL EXTRANJERO RESIDENTE SEPARADO Y CASADO EN ULTERIORES NUPCIAS

La cuarta condición para la admisión de la reagrupación familiar del cónyuge del residente hace referencia a la necesidad de que el extranjero residente, que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias, acredite que «la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes». Esta condición, que no figuraba en las Proposiciones de Ley ni en las enmiendas de los distintos Grupos Parlamentarios, fue recogida en el Informe de la Ponencia en el proceso de elaboración de la anterior Ley⁴².

La formulación de esa condición ha suscitado críticas. Así, M. Moya Escudero⁴³ se pregunta: ¿por qué no deben presentar una resolución al respecto todos los extranjeros separados que pretenden residir en España? A su vez, Y. Martínez Cano-Cortés⁴⁴ considera excesivo suponer que el legislador haya querido imponer a la Administración una labor de averiguación del historial del estado civil y formas de

⁴¹ Resolución de 14 de septiembre de 1994 (1ª), *ADGRN*, 1994, pp. 1.667-1.668; Resolución de 5 de noviembre de 1996, *ADGRN*, 1996, pp. 2.417-2.419; Resolución de 3 de diciembre de 1996, *ADGRN*, 1996, pp. 2.518-2.521; Resolución de 20 de febrero de 1997 (3ª), *ADGRN*, 1997, pp. 1.363-1.365; Resolución de 31 de marzo de 1998 (1ª), *BIMJ*, núm. 1831, pp. 2.620-2.621; Resolución de 18 de mayo de 1998 (1ª), *BIMJ*, núms. 1.836-1.837, pp. 132-134.

⁴² *BOCG*, Congreso de los Diputados, VI legislatura, serie B, núm. 330-1, p. 1 y ss.

⁴³ MOYA ESCUDERO, M.: «El derecho a la reagrupación familiar en la Ley de Extranjería», *ob. cit.*, p. 6.

⁴⁴ MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, Y.: «Comentario al artículo 17», *ob. cit.*, p. 121.



resolución del matrimonio de toda persona que solicite la reagrupación familiar con su cónyuge. Es de observar, por otra parte, que no es la separación sino el divorcio lo que en el Derecho español disuelve el vínculo matrimonial (artículo 85 del Código Civil) y habilita para la celebración de ulteriores nupcias.

IV. CONFLICTOS DE LEYES

La reforma del Título Preliminar del Código Civil llevada a cabo en 1974 otorgó prioridad a la conexión constituida por la nacionalidad del marido o del padre (el llamado cabeza de familia), en los casos de ausencia de nacionalidad común, en el ámbito de las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges (artículo 9.2º y 3º), relaciones paterno-filiales (artículo 9.4º) y adopción por marido y mujer (artículo 9.5º). La mencionada concreción de la conexión nacional obedecía a su consideración, dentro de una concepción jerárquica y patriarcal de la familia, como jefe, centro de decisiones, persona que encarnaba la potestad marital y paterna.

La competencia de la ley nacional del marido o del padre fue criticada por su carácter discriminatorio. Entrañaba una discriminación por razón del sexo, que entraba en contradicción con el principio de «plena igualdad jurídica» entre los esposos (artículos 14 y 32.1º de la Constitución) y con el principio de «protección integral de los hijos» por los poderes públicos (artículo 39.2º de la Constitución). También entraba en contradicción nuestro sistema de normas de conflicto con el Derecho material interno, adaptado a la Constitución por las Leyes 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y 21/1987, de 11 de noviembre, sobre modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. La elección de la ley del marido y del padre chocaba con la atribución conjunta a ambos progenitores de la patria potestad (artículo 156 del Código Civil), representación legal de los hijos (artículo 162) y administración de sus bienes (artículo 164) y con la consideración del «beneficio de los hijos» como criterio orientador para el ejercicio de la patria potestad (artículo 154).

El valor normativo inmediato, la eficacia directa de los referidos preceptos constitucionales, que el Tribunal Constitucional (STC (Sala 2ª) 80/1982, de 20 de diciembre)⁴⁵ y el Tribunal Supremo (STS de 6 de octubre de 1986)⁴⁶ habían defendido, contribuyó a que la doctrina considerase derogadas las normas de conflicto de carácter discriminatorio⁴⁷.

⁴⁵ BOE de 15 de enero de 1983.

⁴⁶ RAJ, 1986, núm. 5.327; Nota de AMORES CONRADI, M.A.: en *REDI*, 1987, pp. 239-248.

⁴⁷ BOUZA VIDAL, N.: en la revisión a la 9ª ed. de MIAJA DE LA MUELA, A.: *Derecho Internacional Privado*, II, *Parte Especial*, Madrid, 1982, pp. 361-362; ABARCA JUNCO, P.: «Sobre los efectos o



Con objeto de evitar la discriminación que la conexión marital o paterna comportaba, se produjo su abandono y sustitución en diferentes direcciones.

En el ámbito de las relaciones paterno-filiales se ha operado una distinta concreción personal de la conexión elegida, en virtud de la cual la referencia a la persona del padre, es decir, del que ostenta la autoridad, ha sido desplazada por la ley del hijo, el necesitado de protección, lo que, en definitiva, supone una inversión de jerarquías, otorgando ahora primacía al débil frente al fuerte, precisamente para remediar la situación de inferioridad en que antes se encontraba, viniendo de este modo una desigualdad a corregir otra desigualdad de signo opuesto (artículo 9.4º del Código Civil).

Se ha producido también la sustitución de una conexión personal discriminatoria, la nacionalidad del marido, por una conexión personal común subsidiaria, la residencia habitual común de los esposos, en el ámbito de los efectos del matrimonio (artículo 9.2º del Código Civil, redactado conforme a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo), así como en el del divorcio y separación de cuerpos (artículo 107 del Código Civil).

Cierto eco ha tenido el principio de la autonomía de la voluntad, en cuanto a los efectos del matrimonio (artículo 9.2º del Código Civil), y el empleo de conexiones alternativas, en cuanto a los pactos o capitulaciones matrimoniales (artículo 9.3º del Código Civil), dentro de los límites que se señalan. Dicha técnica favorece la validez de las situaciones jurídicas y evita el recurso a conexiones discriminatorias.

Finalmente, se ha previsto la sustitución de una conexión personal por otra que ya no es personal, sino territorial, cual es la del foro, en materia de adopción (artículo 9.5º del Código Civil). De este modo, la homogeneidad de las materias reguladas en el artículo 9 del Código Civil, que, desde una perspectiva normativa, venía dada por su sumisión a una ley aplicable en virtud de una circunstancia personal, se ha visto parcialmente alterada.

V. ORDEN PÚBLICO

1. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO

El orden público español es actualmente un orden público constitucional, concebido como instrumento al servicio de los principios y valores proclamados

relaciones personales entre los cónyuges en Derecho Internacional Privado», *REDI*, 1983, pp. 56-57; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: en GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y otros, *Derecho Internacional Privado, Parte especial*, vol. II, Oviedo, 1984, pp. 180-181; AMORES CONRADI, M.A.: «Las relaciones entre los cónyuges en el nuevo Derecho internacional privado de la familia: valores jurídicos y técnicos de reglamentación», *Anuario de Derecho Civil*, 1987, pp. 89-138.

por la Constitución, entre ellos el de igualdad de los esposos (y la consiguiente dignidad de la mujer casada).

2. EL ORDEN PÚBLICO Y EL MATRIMONIO POLIGÁMICO

El orden público español mantiene su oposición a los matrimonios poligámicos, concretamente con relación a los matrimonios contraídos por marroquíes (o egipcios, en el supuesto de la RDGRN de 5 de noviembre de 1966) ya ligados con vínculo matrimonial. La DGRN ha considerado reiteradamente⁴⁸ que «aunque este segundo enlace sea válido para el ordenamiento marroquí y, en principio, haya que aplicar en este punto el estatuto personal de los contrayentes, es claro que la ley extranjera, aplicable como regla según nuestras normas de conflicto, ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (artículo 12-3 CC), que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico, que atentaría contra la dignidad constitucional de la mujer y contra la concepción española del matrimonio».

Prosigue la DGRN señalando que «no es cuestión de dilucidar aquí los efectos de distinto tipo que ese segundo matrimonio puede producir para el ordenamiento español», con lo que implícitamente se está admitiendo una posible atenuación del orden público en cuanto al reconocimiento de ciertos efectos del matrimonio poligámico. Sin embargo, puntualiza que «lo que es evidente es que no puede admitirse que en una inscripción de matrimonio en el Registro español conste que uno de los contrayentes ya estaba casado cuando se celebró el enlace» y recuerda que el estado civil de cada contrayente es un dato obligado en la inscripción del matrimonio.

3. EL REPUDIO

El TS se ha enfrentado recientemente en diversas ocasiones con la cuestión relativa a la concesión o denegación del exequátur de decisiones extranjeras de repudio.

En contra del reconocimiento se argumenta el carácter definitivo e irrevocable de la disolución del vínculo por divorcio en nuestro ordenamiento jurídico, la estabilidad y certeza de las situaciones que conforman el estado civil de las personas y la igualdad de derechos y deberes de los esposos⁴⁹.

⁴⁸ Resolución de 14 de septiembre de 1994 (1ª), *ADGRN*, 1994, pp. 1.667-1.668; Resolución de 5 de noviembre de 1996, *ADGRN*, 1996, pp. 2.417-2.419; Resolución de 3 de diciembre de 1996, *ADGRN*, 1996, pp. 2.518-2.521; Resolución de 20 de febrero de 1997 (3ª), *ADGRN*, 1997, pp. 1.363-1.365; Resolución de 31 de marzo de 1998 (1ª), *BIMJ*, núm. 1.831, pp. 2.620-2.621; Resolución de 18 de mayo de 1998 (1ª), *BIMJ*, núms. 1.836-1.837, pp. 132-134.

⁴⁹ AATS de 16 de julio de 1996, 23 de julio de 1996 (*RAJ*, 1998, núm. 2.907), 24 de septiembre de 1996, 28 de enero de 1997 y 23 de julio de 1998 (*RAJ*, 1998, núm. 5.337).

En favor de la concesión del exequátur se invocan las particulares circunstancias concurrentes en el supuesto y la conveniencia de atender a un elemental principio de justicia material; la existencia de una compensación; la atribución de la facultad de promoción tanto al esposo como a la esposa; la solicitud del divorcio o de su exequátur por la esposa; el transcurso del plazo al que la legislación de origen sujeta el ejercicio de la facultad de revocación por el marido y el hecho de haber contraído éste nuevas nupcias⁵⁰.

4. FLEXIBILIZACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO

Se ha producido un proceso de atenuación o flexibilización del orden público. Éste, lejos de toda rigidez, se flexibiliza, valorando las particulares circunstancias concurrentes en el caso concreto desde la perspectiva del respeto a la voluntad y los intereses de la esposa.



⁵⁰ ATS de 21 de abril de 1998, *RAJ*, 1998, núm. 3.563.