

JURISPRUDENCIA

I SENTENCIAS COMENTADAS

Ineficacia civil de matrimonio por vínculo precedente

(Notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1962)

ENRIQUE LALAGUNA

ANTECEDENTES

Por escrito de fecha 29 de agosto de 1955, doña R. H. P. dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Granada demanda de juicio declarativo de mayor cuantía sobre efectos civiles de matrimonio canónico contra doña M. A. H. y don R. A. L.

La actora contrajo matrimonio canónico en Málaga el día 9 de abril de 1916 con don J. A. A., con quien tuvo una hija (demandada) el 22 de enero de 1917. Don J. A. A. continuó viviendo en Málaga con la actora y su hija hasta 1919, año en que se ausentó del domicilio conyugal y se marchó a Argelia, donde antes, en la villa de Tiaret (Orán), el 17 de julio de 1909, había contraído matrimonio, civil y canónicamente, con doña M. L. G., de nacionalidad francesa, naciendo de este primer matrimonio en 1916 un hijo (demandado). Por sentencias de fecha de 9 de noviembre de 1927 y 1 de junio de 1932, el Tribunal de Primera Instancia de Tiaret declaró, primero, la separación de los cónyuges del primer matrimonio, con la correspondiente liquidación de la sociedad de gananciales, y después, al transcurrir más de tres años, el divorcio vincular, quedando el hijo bajo la potestad del padre, como cónyuge inocente. Don J. A. A. falleció en Bordeau (Departamento de Argel) el 26 de diciembre de 1950. La actora promovió en 1952 ante el Tribunal de Primera Instancia de Tiaret demanda contra los hijos de éste, para que, reconociéndose que el segundo matrimonio celebrado con ella, aunque nulo en su origen, producía efectos a su favor, se procediera a la liquidación y partición de los bienes gananciales y a la sucesión del difunto, dictándose sentencia de acuerdo con la demanda, luego recurrida por el demandado, y revocada por el Tribunal de Apelación de Argel al juzgar que no es competente un Tribunal francés para conocer de la nulidad y carácter putativo del segundo matrimonio, por haberse celebrado en España y ser ambos contrayentes de nacionalidad española. La actora interpone nueva demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Granada, en que suplica que se dicte sentencia declarando que el matrimonio contraído celebrado por ella con J. A. A., ya fallecido, aunque nulo por hallarse éste ligado en matrimonio anterior, produce efectos civiles a favor de la actora y de la hija habida de aquella unión, condenando en costas a los demandados que se opusieron a la demanda.

Emplazados los demandados, se personó en autos doña M. A. H. al sólo efecto de evitar que se declarase en rebeldía, allanándose y declarando que al haber vivido hasta los quince años al lado de su madre había podido apreciar de manera directa cómo ésta ignoraba la existencia del primer matrimonio así como el dolor y sorpresa que le produjo su noticia. Don R. A. L. se opuso a la demanda alegando principalmente que la actora tenía conocimiento del primer matrimonio de su marido.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia por la que, estimando la demanda, declaró que el matrimonio celebrado entre la actora y don J. A. A., ya fallecido, produce efectos civiles a favor de la primera y de hija comun, doña M. A. H., sin imposición de costas. Apelada la sentencia, fue confirmada por la Audiencia Territorial sin hacer expresa condena de costas en ninguna de las instancias.

Se interpuso recurso de casación por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben.

S E N T E N C I A

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el magistrado don Pablo Murga Castro, declara haber lugar al recurso interpuesto por el demandado, revocando la sentencia pronunciada por la Audiencia Territorial y dictando segunda sentencia en la que absuelve al demandado de la pretensión de la demanda en base a las siguientes consideraciones:

I. Que declarado por el Tribunal de instancia, confirmando la sentencia pronunciada por el Juzgado que conoció en primer lugar de este proceso, que el segundo matrimonio, celebrado el día nueve de abril de mil novecientos dieciséis, en la ciudad de Málaga, entre la actora doña R. H. P. y el ascendiente del antes demandado y ahora recurrente, aquél don J. A. A., debía producir efectos civiles a favor de aquélla y de la hija, habida entre ambos, también demandada, contra dicho fallo, se alza el presente recurso y en el único motivo de que consta, se denuncia al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de enjuiciar la infracción del artículo cincuenta y uno del Código Civil, por el concepto de inaplicación, así como la violación, por falta de aplicación, de la doctrina legal que se establece en la sentencia dictada por este Tribunal Supremo de diecinueve de enero de mil novecientos veintiséis, que fijó el alcance que debe darse al artículo cincuenta y uno antes mencionado, donde se niegan efectos civiles a los matrimonios, cuando cualquiera de los cónyuges estuviera ya casado, de modo legítimo, con anterioridad.

II. Que comprendidos los artículos cincuenta y uno y sesenta y nueve del Código Civil en el mismo título, el cuarto del libro primero, bajo el epígrafe «Del Matrimonio», encuadrado aquél en la Sección segunda que lleva la rúbrica de «Disposiciones comunes a las dos formas de matrimonio», y encerrado éste, en la quinta, que se ocupa de «De los efectos de la nulidad del matrimonio y los del divorcio», fácilmente se alcanza, que al hacer relación el primero a un caso específico —el matrimonio celebrado por uno de los cónyuges, cuando en época anterior estaba ya casado legítimamente—, su aplicación sirve a las dos clases, según la terminología del artículo cuarenta y dos, atendida la reforma introducida por la Ley de veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y ocho, Ley que se ha preocupado ante todo del aspecto personal, para consagrar, como se dice en la exposición de motivos que le precede, un mayor respeto a la libertad de contraer matrimonio, derivando de ella una mayor responsabilidad, y en virtud de los categóricos términos en que está concebida su redacción, tal precepto debe gozar de prioridad sobre los demás, y el matrimonio contraído bajo el impedimento de ligamen, ya se mire bajo el prima de la legislación de este orden, artículo cincuenta y uno ya indicado, o se enfoque con sujeción al eclesiástico, canon mil sesenta y nueve del Código de Derecho Canónico, no puede prevalecer, por no ser tal impedimento dispensable, al ser de derecho natural; y acreditando el anterior no puede coexistir con él, el posterior, por cuanto no puede engendrar dudas, de derecho ni de hecho, ni ser objeto de la invalidación o inhabilitación a que se refiere el canon quince, por cuanto, como se afirma en el sexto, hay que partir de la base de que éste no contiene una legislación nueva, sino una modificación del derecho antiguo, conservándose en él las de carácter general estando en estas incluidas aquellas a que hace relación la prohibi-

ción, absoluta, rotunda y terminante, de contraer matrimonio nuevo a quien está aun ligado por vínculo de otro anterior.

III. Que al no entenderlo así la Sala sentenciadora, y haciendo aplicación al caso sometido a su enjuiciamiento de determinados criterios expuestos por algunos autores y de reglas de equidad, en pugna con el precepto contenido en el artículo cincuenta y uno del Código Civil y en contra de la opinión sustentada por otros tratadistas, llega a la conclusión, reflejada en el fallo dictado de generalizar, ampliándolas, las normas previstas para casos distintos, las estatuidas para la nulidad, sin ser preciso en aquél esta previa declaración, como se dijo en la sentencia de esta Sala de diecinueve de enero de mil novecientos veintiséis, sino tan sólo que se acredite el hecho de estar casado legitimamente cualquiera de las personas que aparecieron celebrando el matrimonio posterior, siendo de tener en cuenta que en el que se discute concurren hijos del primero, los que deben, jurídicamente, ser objeto de protección, por lo que es visto que al darse, en el caso que se examina, las infracciones que en el recurso se denuncian, falta de aplicación del artículo cincuenta y uno e indebida aplicación del sesenta y nueve, procede la casación de la sentencia recurrida.

IV. Por otra parte, y a mayor abundamiento, que si nos detenemos en el estudio de la categoría de invalidez que corresponde al matrimonio contraído por persona ligada por este vínculo, y con fecha anterior, es forzoso incluirla en el supuesto de nulidad radical que la Ley prevé, por cuando ésta impide los normales efectos queridos por los contrayentes, a los que, sin embargo, no alcanza su eficacia por la declaración legal que lo impide, al serle de aplicación los rígidos mandatos del artículo cuarto del Código Civil, y como la salvedad que en éste se contiene no se da en el caso actual, cual acontece en el artículo cincuenta, y el sesenta y nueve no puede ofrecerle liberación al matrimonio del bigamo, por existir precepto específico que sanciona su prohibición, como es el cincuenta y uno, ya que si el legislador hubiera querido extender los efectos de aquél no lo hubiera incluido en su texto, es obligado deducir, en este otro aspecto que se examina, que procede también, en virtud de este razonamiento, llegar a la misma conclusión, estimando el recurso interpuesto.

V. Que a esta consecuencia no se opone la apreciación hecha por el Tribunal a quo de la buena fé a favor de la demandante, tanto por ser una derivación de preceptos que al no ser aceptados, no deben regir en la cuestión debatida, cuanto por que, no puede, en verdad, ser por ella amparada ya que si bien es cierto que, en general, la buena fe, es una cuestión de hecho y corresponde valorarla a la Sala de instancia, envuelve, en ocasiones, como en el caso actual, un significado jurídico —sentencias de diez de abril de mil novecientos cincuenta y seis y veinticuatro de abril de mil novecientos sesenta y dos— que permite ser modificada, como se dijo en la de veintiséis de junio de mil novecientos doce, cuando se demuestra que a ella se ha llegado con infracción de ley o de doctrina.

INTERES DE LA SENTENCIA

Nuestra jurisprudencia se ha ocupado en varias ocasiones de los problemas que se debaten en el campo de aplicación de los artículos 51 y 69 del C. c. Sin embargo, nunca se había enfrentado tan abierta y directamente como en la sentencia que motiva estas notas con la pugna entre ambos preceptos (1) .

(1) Cfr.: sentencias de la Sala primera del T. S. de 19-I-1926, 12-III-1942, 12-V-1944, 16-XII-1960; sentencia de A. T. de Pamplona de 21-VII-1956, firme por Auto del T. S. de 11-V-1957 (inédita), A. T. de Madrid de 25-I-1957 —«Revista General de Derecho», XIII (1957), págs. 233-234—, A. T. de Oviedo de 4-V-1960 —«Revista General de Derecho», XVII (1961), págs. 85-86; sentencia del Juzgado de Primera Ins.

En la solución a esta antimomia, unas veces rehuída y otras abandonada a las inciertas posibilidades de un trato judicial equitativo, ha cifrado toda su suerte —repudiando a cualquier otro enfoque— la parte recurrente (2).

Hay en la sentencia transcrita, además del interés que pueda suscitar la novedad de su doctrina en Casación o la posibilidad —el riesgo, me atrevería a decir— de su aplicación en supuestos análogos, una circunstancia peculiar que la hace merecedora de viva atención.

El recurso se orienta, por el cauce procesal del número 1 del artículo 1.692 de la L. E. C., en términos muy generales, asociando en precisa ecuación la solución de la *litis* al resultado de una labor puramente exegética (3). El Tribunal Supremo ha aceptado este planteamiento. De tal modo, se hace posible una extensión de la doctrina de la sentencia a supuestos distintos del enjuiciado.

La antinomia entre los artículos 51 y 69 del C. c. se ha venido tratando como un problema de exclusión de uno de los términos en pugna por la prevalencia del otro. Así, se reconocía ya en el punto de partida de tal actitud metodológica que la antinomia es irreductible. En este sentido, no exagera Jordano cuando afirma que la cuestión de si el artículo 51 del C. c. excluye el régimen del 69 «atormenta a la doctrina y a la jurisprudencia españolas» (4). Quizá la causa de esta tensión crítica se halla en haber querido tratar como única cuestión lo que era densa problemática, plagada de múltiples cuestiones recíprocamente implicadas entre sí. Lejos de mí, complicar vanamente un problema que con todo el esquematismo

tancia número 1 de Bilbao de 30-I-1959 (inérita); resoluciones de la D. R. de 11-XII-1948, 23-IV-1949, 6-VI-1950, 14-III-1951, 26-III-1951, 3-X-1952, 14-VII-1953.

(2) En la exposición del motivo único del recurso de casación se afirma, con los propios términos de la sentencia recurrida, que el problema planteado en la *litis* se reduce «a determinar la procedencia de los efectos civiles del matrimonio canónico contraído con impedimento del ligamen ignorada por uno de los contrayentes la existencia de tal impedimento, y más generalmente si la existencia de dicho impedimento obstará a la aplicación del artículo sesenta y nueve del Código civil, que viene a consagrar la institución del matrimonio putativo, en aras de la buena fe de uno de los contrayentes —en el caso de autos la de la mujer, ya estimada probada—; que no ignora el recurrente que al plantear así la cuestión litigiosa, se cierra una puerta, la de impugnar la apreciación de la buena fe de la demandante, que la Audiencia da por probada, sin duda al aceptar el segundo considerando de la sentencia del Juzgado que así lo estima, apreciando en su conjunto la prueba practicada y con arreglo a las normas de la sana crítica; y lo hace con plena conciencia porque no ignora tampoco cuán difícil es combatir en casación semejante apreciación, aunque se base en la prueba conjunta, práctica condenada por viciosa en muy reciente jurisprudencia, por no existir documento unido a los autos que merezca la calificación de auténtico a los efectos de evidenciar el error del juzgador de instancia» (Resultando VII).

(3) Renunciada expresamente la posibilidad de impugnar la buena fe de la demandante, se afirma: «queda así planteado el problema en los puros y estrictos términos de si al supuest) de autos es aplicable el artículo cincuenta y uno del Código civil o lo es el sesenta y nueve del propio Cuerpo legal; la Sala ha entendido que debe aplicarse el sesenta y nueve; *el recurrente entiende que debió aplicar el cincuenta y uno y de ahí que se acuse la infracción por falta de aplicación del aludido artículo cincuenta y uno y la infracción por indebida aplicación del artículo sesenta y nueve, ambos del Código civil*» (Resultando VII). Me he permitido subrayar la idea que preside toda la argumentación del recurso, sustancialmente acogida por la sentencia.

(4) JORDANO BAREA, J., *El matrimonio putativo como apariencia jurídica matrimonial*, «Anuario de Derecho civil», XIV (1961), pág. 349.

que se quiera nunca ha dejado de ser arduo. Aquí la primera tarea —la principal dificultad— estriba en delimitar las varias cuestiones anudadas en el contexto sistemático de los preceptos en pugna, y determinar en función de cierto criterio sus conexiones y límites. A este propósito, parece lo más adecuado tratar, siguiendo el plan de exposición de la sentencia, de los puntos siguientes: 1) Planteamiento crítico de la cuestión estudiada; 2) Delimitación del ámbito de aplicabilidad de los artículos 51 y 69; 3) Apariencia jurídica y declaración de nulidad del matrimonio; 4) Inacción del impedimento de vínculo y «bigamia legal»; 5) Determinación y aplicaciones de los conceptos de ineficacia, nulidad e inexistencia en materia matrimonial; 6) Tratamiento del caso enjuiciado.

I. PLANTEAMIENTO CRÍTICO DE LA CUESTIÓN ESTUDIADA

La interposición del recurso se basa en la infracción del artículo 69 por aplicación indebida y en la infracción del 51 por falta de aplicación (5).

Estos preceptos, a la letra y en toda su extensión, no cubren un mismo campo de situaciones jurídicas. El artículo 51 se refiere textualmente a *todas* las situaciones posibles de doble matrimonio. El 69 se refiere a los supuestos de matrimonio «declarado nulo», expresión que, con independencia de su significado para la intrínseca virtualidad del precepto, marca el ámbito de eficacia normativa del propio artículo en la extensión fijada por otras disposiciones del Código civil —principalmente el artículo 101 (6)— o del Código de derecho canónico, según la clase de matrimonio de que se trate. Con particular referencia a la problemática de doble matrimonio, queda así limitado el ámbito del artículo 69 a un número determinado de supuestos: aquellos en que el segundo matrimonio pueda ser declarado nulo (7) por causa del impedimento de ligamen (8). Precisamente y sólo en estos supuestos se enfrentan en liza literal los artículos 69 y 51 (9).

(5) A la denuncia de esta doble infracción se añade en la motivación del recurso la «violación por falta de aplicación de la doctrina legal, expuesta en la sentencia que se cita [de 10 de enero de 1926], que fijó el alcance y contenido de dichos preceptos».

(6) La tesis de que el artículo 101 del C. c. contiene una enumeración taxativa de las causas de nulidad de matrimonio, mantenida por nuestro Tribunal Supremo (sentencias de 13-VI-1947, 25-I-1956, 26-I-1956, 7-VII-1956), está rectificada por jurisprudencia más reciente (sentencias de 21-X-1959, 12-XI-1959, 16-II-1961). No obstante, se mantiene todavía dentro de los límites de la regla *pas de nullité sans texte*. En la doctrina se propone una orientación más realista. Sobre el tema: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Los matrimonios civiles contraídos por católicos durante la vigencia de la Ley de matrimonio civil de 28 de junio de 1932 (Notas a la sentencia del T. S. de 25 de enero de 1956)*, «Anuario de Derecho civil», X (1957), págs. 253 ss., esp. pág. 262; FUENMAYOR CHAMPIN, A., *El sistema matrimonial español*, Madrid 1959, pág. 25; GARCÍA CANTERO, G., *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid 1959, págs. 227-228; LALAGUNA, E., *Estudios de Derecho matrimonial*, Madrid 1962, págs. 224-227.

(7) Es claro que tal calificación (basada en el impedimento de ligamen) se deberá excluir cuando el primer vínculo es nulo. Cfr. NAVARRO AMANDI, M., *Cuestionario del Código civil reformado*, Madrid 1889, I, pág. 180; VALVERDE, C., *El artículo 60 del Código civil*, «Revista de los Tribunales», XXVIII (1894), pág. 719. Advierte FUENMAYOR, A., *El derecho sucesorio del cónyuge putativo*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», CLXX (1941, II), pág. 451, cómo «pueden producirse, en ocasiones, los efectos del matrimonio legítimo sin llegar a constituirse el vínculo entre los contrayentes: tal ocurre en caso de matrimonio putativo, pues nunca puede alegarse éste como fuente de impedimento de ligamen que se oponga a un matrimonio posterior legítimamente celebrado

Como se ve, hay en la problemática de doble matrimonio una zona de fricción entre los artículos 51 y 69, y otra sólo cubierta por el artículo 51. Creo que no se ha destacado suficientemente en nuestra doctrina científica este hecho: la antinomia de los artículos 51 y 69 es parcial.

Dejemos por un momento el problema del campo de actuación de una y otra norma para destacar sus diferencias intrínsecas. A primera vista se aprecian dos importantes diferencias de régimen: a) diversidad de presupuestos específicos de aplicación; b) distinta gravedad de la sanción de ineficacia.

Son suficientes estas consideraciones para plantear la cuestión fundamental del recurso: aplicación indebida del artículo 69 y falta de aplicación debida del 51. Adviértase que no se trata de cuestiones correlativas, de tal modo que una de ellas pudiera ser resuelta por la otra. Se trata de dos cuestiones diferentes a las que hay que dar solución por distintos caminos. Es obvio, en buena lógica, que para prosperar el recurso en los términos en que se propone habría que demostrar la doble infracción que denuncia. Con demostrar que se aplicó indebidamente el artículo 69 no se postula una aplicación necesaria del 51; y, por otra parte, demostrar que debió aplicarse al artículo 51 no bastaría para excluir la aplicación del 69.

Decidir qué norma debe prevalecer en el tratamieto del caso enjuiciado impone una doble tarea: a) delimitar el ámbito de aplicabilidad de los artículos 51 y 69; b) determinar si el precepto considerado de correcta y posible aplicación puede ser oportuna y efectivamente aplicado en las condiciones que ofrece la *litis* en última instancia.

No es posible, sin incurrir en una petición de principio, pretender acotar el ámbito de actuación de las disposiciones en liza tomando como punto de partida los presupuestos específicos de aplicación de una de ellas, ya que entonces estaríamos suponiendo *a priori* su extrínseca aplicabilidad, que es precisamente lo que se trata de dilucidar. Lógicamente, la antinomia se debe abordar desde un frente común a ambos artículos, en una perspectiva sistemática donde ninguno de ellos se pueda erigir en regla de exclusión del otro.

por uno de los supuestos cónyuges». La jurisprudencia italiana se ha ocupado del tema en fallos recientes. Cfr. Sentencias del Tribunal de Milán de 11 de junio de 1959 —«Rivista di diritto matrimoniale e dello stato delle persone», 1959, pág. 571— y de 16 de abril de 1959, con nota de G. PAGANO —«Giurisprudenza italiana», 1960, pág. 629—.

(8) El impedimento de vínculo deriva de la condición de validez del matrimonio. Pero ésta, como es obvio, no comporta una aplicación necesaria de aquél. Esto se debe tener en cuenta particularmente cuando se trata de proyectar el impedimento en el ámbito de un ordenamiento distinto de aquel del que recibe su fuerza impeditiva e invalidante, como ocurre en el marco de las relaciones propias del Derecho internacional privado, del Derecho intertemporal y del Derecho eclesiástico del Estado. En esta perspectiva, parece aconsejable mantener la distinción técnica entre cualidad causativa del impedimento (validez del matrimonio), condiciones de aplicación (subsistencia del vínculo válido, celebración de ulterior matrimonio), reconocimiento en el ámbito del ordenamiento en que ha de operar, y eficacia —impeditiva o invalidante—. La historia de nuestro Derecho matrimonial nos ofrece algunas situaciones en que por razones políticas o técnicas quedan disociadas la validez del matrimonio y la virtualidad del impedimento. Así, por ejemplo, en la aplicación del artículo 5, núm. 2.º de la ley de 1870 hasta la Orden de 20 de junio de 1874, y en el supuesto de la resolución de 14 de julio de 1953.

(9) En general, hasta fecha reciente, no se reconoció así ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, sin duda por considerar que el artículo 51 respondía al propósito de extender el impedimento de vínculo (en sentido propio) a hipótesis no previstas en otros lugares del Código.

II. ÁMBITO DE APLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 51 Y 69

Se afirma en el Considerando segundo de la sentencia que «comprendidos los artículos 51 y 69 del Código civil en el mismo título, el 4.º del libro 1.º, bajo el epígrafe 'Del matrimonio', encuadrado aquél en la Sección segunda que lleva la rúbrica de 'Disposiciones comunes a las dos formas de matrimonio', y encerrado éste en la 5.ª, que se ocupa 'De los efectos de la nulidad del matrimonio y los del divorcio', fácilmente se alcanza, que al hacer relación el primero a un caso específico —el matrimonio celebrado por uno de los cónyuges, cuando en época anterior estaba ya casado legítimamente, su aplicación sirve a las dos clases...» Se hace mérito del mismo artículo 51, destacando «los categóricos términos en que está concebida su redacción», para concluir que «tal precepto debe gozar de prioridad sobre los demás».

El planteamiento está, como se ve, polarizado radicalmente hacia una absoluta prevalencia —no fundamentada— del artículo 51 sobre el 69.

Ciertamente, el artículo 51 viene comprendido bajo la rúbrica de la Sección segunda «Disposiciones comunes a las dos formas [hoy, *clases*] de matrimonio». Sin embargo, las disposiciones de esta sección no son las únicas de aplicación común a las dos clases de matrimonio. Tanto la sección segunda como la quinta, donde se contiene el artículo 69, vienen encuadradas en un mismo capítulo —Capítulo I, Título IV, Libro I—, aplicable a ambas clases de matrimonio. De ello da razón su epígrafe —«Disposiciones generales»—, en contraste con las rúbricas de los capítulos especialmente dedicados, como de aplicación exclusiva, a cada una de las clases de matrimonio: «Del matrimonio canónico» (Capítulo II), «Del matrimonio civil» (Capítulo III).

El artículo 69 es aplicable también al matrimonio canónico, aunque en esta ocasión no haya reparado en ello nuestro primer órgano jurisdiccional. Nadie hasta ahora ha negado este dato, si bien, como Jordano ha hecho notar recientemente, «no siempre se tiene en la debida cuenta que dicha norma es una disposición común a las dos clases de matrimonio» (10).

En el mismo Considerando segundo se subraya el término «nulidad» al enunciar el epígrafe de la Sección quinta («De los efectos de la nulidad del matrimonio y los del divorcio»), donde se incluye el artículo 69.

Es verdad que el artículo 51 no habla de nulidad sino de que «no producirá efectos civiles el matrimonio...» Pero esta diferencia terminológica no responde a una eventual necesidad de aplicar alguna norma —en hipótesis, el artículo 51— al matrimonio contraído con impedimento de vínculo en tanto no ha sido «declarado nulo» —caso en que entraría en juego el artículo 69 (11)—, sino precisamente en la imposibilidad de aplicar a uno de los supuestos de doble matrimonio —del que se tratará más adelante— el régimen del artículo 69, por no mediar en este específico supuesto el impedimento de ligamen y no ser posible por consiguiente en tal caso hablar de nulidad. Por esto el artículo 51 habla sólo de ineficacia, y sólo para esto —exclusivamente para combatir esa situación de bigamia, sin encaje posible en el régimen del artículo 69— se dio el artículo 51 (12).

(10) JORDANO, *El matrimonio putativo*, cit., pág. 346.

(11) El artículo 51, según esto, tendría un carácter de prohibición, con la consiguiente sanción de ineficacia, sin prejuzgar su aplicación la ulterior declaración de nulidad, momento en que entraría en juego el 69. La antinomia se resolvería así en una aplicación sucesiva: del artículo 51 antes de producirse la declaración de nulidad; del 69, una vez declarado nulo el matrimonio. De hecho, es posible esta aplicación sucesiva. No vale, en cambio, como tesis para la solución de la antinomia.

(12) Con la extensión debida he tratado del tema en *El artículo 51 del Código civil y los conflictos de doble matrimonio*, «Anuario de Derecho civil», XIV (1961), págs. 384-399, y *Estudios*, cit., págs. 16-41.

Vengamos ya a la determinación de las situaciones jurídicas en que se enfrentan con pretensión de aplicación excluyente los artículos 51 y 69. Mucho más amplio el ámbito de aplicación de éste, es claro que la tarea de fijar los límites de la antinomia debe comenzar por el examen de las situaciones en que opera el precepto del artículo 51.

Teóricamente se contemplan en esta norma todas las hipótesis posibles de doble matrimonio: «no producirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviese ya casado legítimamente». Por «casado legítimamente» se ha venido entendiendo en la doctrina y en la jurisprudencia «estar casado conforme a nuestra ley civil o conforme a la ley canónica», en base a que el artículo 42 del C. c. reconoce ambas clases de matrimonio (13). Con esta precisión se entiende que en el texto del artículo 51 se comprenden cuatro hipótesis de duplicidad de nupcias, según que la primera y la segunda unión sean de la misma naturaleza —doble matrimonio civil, doble matrimonio canónico— o de naturaleza distinta —primer matrimonio canónico y segundo civil, primer matrimonio civil y segundo canónico—.

El artículo 69, como se apuntó anteriormente, es aplicable en supuestos de matrimonio nulo (14). Según el artículo 101, número 1.º, C. c. es nulo el matrimonio «contraído por las personas a que se refiere el artículo 83, número 5.º», que prohíbe el matrimonio *civil* (15), a «los que se hallen ligados con vínculo matrimonial». Y como aquí no se distingue, se suele entender que el vínculo precedente que se protege con la prohibición del artículo 83 y la sanción de nulidad del 101 es tanto el civil como el canónico (16). Así, el artículo 69, por su concordancia con estos preceptos, podrá aplicarse en los casos de doble matrimonio civil y en los de matrimonio civil contraído por la persona ligada canónicamente. También el supuesto que doble matrimonio canónico encaja, a los efectos civiles, en el marco de aplicación del artículo 69, en base a la relación sistemática de éste con los artículos 75 y 80 (17). El matrimonio canónico declarado nulo por la jurisdicción eclesial gozará, en tesis general, del mismo trato beneficioso que el matrimonio civil (declarado nulo) de los supuestos anteriores.

Queda por ver el caso de matrimonio canónico contraído por la persona casada civilmente. En principio, este supuesto queda fuera del área de aplicación del artículo 69. En cuanto el primer matrimonio (civil), válido

(13) Cfr. Sentencias de 12-III-1942, 12-V-1944, 14-VII-1953, 16-III-1960; PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho civil español*, II, I, Madrid 1953, pág. 153. Hoy, de acuerdo con su significación originaria (como se verá más adelante) el término «legítimamente» se deberá considerar referido con exclusividad, según el contexto sistemático del artículo 51, al matrimonio civil. Al concepto de legitimidad —coincidente con el de validez (real o aparente)—, se anuda *directamente* la sanción de ineficacia del segundo matrimonio. La mediación lógica del impedimento de vínculo (cfr. nota 8) es necesaria sólo para la declaración de nulidad.

(14) El artículo 69 habla de «matrimonio declarado nulo». Hay en esta expresión un riesgo de equívocidad que se denuncia más adelante. Para una comprensión cabal del precepto, en la zona de fricción con el artículo 51, conviene hablar, como se hace en el texto, de «matrimonio nulo».

(15) Precisión que impone el enclave del artículo 83 en el Capítulo dedicado al matrimonio *civil*.

(16) Cfr. ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho de familia*, Sevilla 1949, pág. 72; FUENMAYOR, *El sistema matrimonial*, cit., pág. 85; SANCHO REBULLIDA, F. de A., *El sistema matrimonial en la reforma del Código civil*. Publicaciones del Seminario de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, 1958, pág. 44.

(17) Sobre el alcance de las diferencias entre la formulación derogada y vigente de estos dos preceptos, vid. FUENMAYOR, *El sistema*, págs. 95 ss.

conforme a la ley española, es inexistente ante la ley eclesiástica (18), el ulterior (canónico) no podrá ser declarado nulo —en razón del vínculo previo (19)— por la única jurisdicción competente en el orden jurídico español (20), al no constituir el matrimonio meramente civil impedimento de vínculo para el canónico (21).

La confrontación gramatical de los textos obliga a rectificar el punto de vista tradicional en la problemática de doble matrimonio. La antinomia entre los artículos 51 y 69 es parcial (22). En el caso de matrimonio canónico contraído por la persona casada civilmente podrá ser aplicado el artículo 51 sin contradicción con el 69. Volveremos sobre este supuesto.

Importa ahora puntualizar antes de abandonar este planteamiento puramente literal, qué se debate en el fondo de la antinomia, en la que cae de lleno el caso de la sentencia.

El artículo 51 se refiere al orden de la eficacia jurídica, negándola si consta que alguno de los contrayentes estaba ya legítimamente casado.

Al mismo orden de la eficacia jurídica se refiere el artículo 69, reconociéndola, en contraste con el 51 y en un campo más limitado —supuestos en que media impedimento de vínculo—, a favor de los cónyuges en la medida de la buena fe, y en todo caso a favor de los hijos. Adviértase que la Sección en que se acoge el artículo 69 lleva por título «De los efectos de la nulidad». La nulidad, propiamente, viene tipificada por otros preceptos (arts. 83, núm. 5.º, en relación con el 101 núm. 1.º, del C. c.; y canon 1.069 del C. c. en relación con los arts. 75, 80 y 82 del C. c.).

La antinomia se nos ofrece con perfil definido: referida textualmente en el área de aplicación de ambas normas a tres situaciones jurídicas, y limitada dentro de un plano normativo común a ambos preceptos al orden de la eficacia jurídica del matrimonio. La eficacia civil que atribuye al

(18) Tal calificación se refiere con exclusividad al supuesto —casuísticamente dominante— de que los contrayentes estuvieran obligados a observar la forma canónica de celebración.

(19) Si el vínculo previo no es inexistente ante la ley canónica, no se dará prácticamente la hipótesis ahora considerada, en cuanto la unión civil sólo constituye impedimento de vínculo respecto a una ulterior unión canónica: a), cuando el matrimonio es legítimo en el sentido del canon 1.015, § 3; b), cuando es canónico por la condición de súbdito de alguno de los contrayentes. En el primer caso cabe la disolución por privilegio paulino, expresamente reconocido a los efectos civiles en los artículos 80 y 82 del C. c. En el segundo caso (matrimonio canónico en forma civil) la hipótesis se deberá tratar a efectos civiles, de acuerdo con la interpretación que permite el nuevo régimen matrimonial (Cfr. FUENMAYOR, *El sistema*, cit., págs. 94 ss.) como situación de doble matrimonio canónico.

20. Tras la reforma operada en nuestro Código civil por la ley de 24 de abril de 1958, se ha hecho notar en la doctrina el carácter de exclusividad con que se reconoce en la nueva redacción dada al artículo 80 la competencia de la jurisdicción eclesiástica en las causas de nulidad del matrimonio canónico. Cfr. FUENMAYOR, *El sistema*, cit., pág. 97.

(21) Cabe, sin duda, en este caso una declaración de *ineficacia civil* del matrimonio canónico por parte de la jurisdicción estatal, como sugiere CASTÁN, *Derecho civil español*, V, I, 8.ª ed., cit., pág. 677. Lo que no cabe, en mi opinión, es homologar esta declaración de ineficacia civil con la *declaración de nulidad* requerida para aplicar el artículo 69. Cfr. JORDANO, *El matrimonio putativo*, cit., pág. 350, nota 34 bis, y la objeción que he expuesto en *Estudios*, cit., pág. 91.

(22) A partir de 1941, se viene admitiendo con FUENMAYOR, frente al planteamiento tradicional, que la antinomia es parcial. En este sentido, recientemente: SANCHO REBULLIDA, *El sistema*, cit., pág. 44; CASTÁN, *Derecho civil*, V, I, 8.ª ed., cit., pág. 677; JORDANO, *El matrimonio putativo*, cit., pág. 349; etc.

matrimonio el artículo 69 en las tres situaciones jurídicas indicadas, se la niega en las mismas situaciones el artículo 51.

Cabe, fuera de estos términos, otro posible enfoque, a partir precisamente del punto en que el artículo 51 entra en juego sin fricción literal con el 69. Ya se apuntó antes, que éste no alcanza en su ámbito de aplicación al supuesto de matrimonio canónico contraído por la persona casada civilmente. Supuesto que, en cambio, queda dentro del ámbito del artículo 51.

Si por hipótesis se admite que este supuesto constituye la *ratio legis* del artículo 51, se podría considerar resuelta la antinomia, fuera ya de los estrechos límites de una interpretación puramente gramatical, en el sentido de limitar la aplicación del artículo 51 a ese supuesto, y aplicar el 69 a los restantes. Pero para prevalecer esta tesis habrá que demostrar que el artículo 51 se propone efectivamente como fin único sancionar tal supuesto. Dejemos de momento la antinomia para precisar la finalidad y alcance del artículo 51 en su contexto sistemático.

De nuestro sistema matrimonial se ha dicho con razón que constituye «la cuestión legislativa más espinosa entre todas las planteadas en España a lo largo del siglo XIX» (23). Al fin, en 1889, después del fracaso de varios intentos a lo largo de casi un decenio, es aprobado en ambas Cámaras colegisladoras el Código civil, en cuyo artículo 42 se vierte casi literalmente y con toda la densidad de su motivación política la fórmula transaccional de la base 3.^a de la ley de 11 de mayo de 1888. El artículo 42, en su significación genuina (24), autoriza el matrimonio civil a los súbditos obligados a la observancia de la forma canónica de celebración. Admitida esta posibilidad, quedaría abierta una brecha en el sistema de no introducir una norma encaminada a sancionar la bigamia legal (25) que se produce al contraer cualquiera de los cónyuges ulterior matrimonio canónico, válido

(23) FUENMAYOR, *El sistema*, cit., pág. 104.

(24) Creo que puede considerarse zanjada definitivamente la discusión en torno a la naturaleza de nuestro sistema. Es cosa clara que el carácter subsidiario del matrimonio civil no tiene en nuestro Derecho (si se exceptúa el período de vigencia de la Orden de 10 de marzo de 1941) un alcance absoluto —en plena correspondencia con las exigencias del Derecho canónico—, sino un alcance relativo, definido con suficiente precisión por la legislación posconcordataria.

(25) En rigor cabe hablar de «bigamia legal» sólo cuando un ordenamiento consiente la posibilidad de bigamia como antecedente o como resultado de una *solución jurídica* en el tratamiento de una situación de doble matrimonio. En este sentido se puede decir que el Derecho italiano permite la posibilidad de bigamia legal al considerar válido el matrimonio contraído por el cónyuge del declarado fallecido cuando resulte probada la muerte del ausente *aunque el fallecimiento hubiere ocurrido en fecha posterior a la celebración del segundo matrimonio*, siempre que los contrayentes hubieren obrado de buena fe (art. 68 c. c. italiano). Cfr. JEMOLO, A. C., *Il matrimonio*, 3.^a ed., Torino 1957, pág. 500. También se puede hablar de bigamia legal con referencia a ciertas situaciones del Derecho alemán, interpretado por una jurisprudencia reciente, que reconoce en principio la procedencia de la declaración de nulidad del segundo matrimonio en razón del vínculo precedente, pero rechaza de plano la acción, por ejercicio abusivo, cuando al interponerla se había disuelto el primer matrimonio. Cfr. BOHMER, G., *Rechtsmissbräuchliche Erhebung der Nichtigkeitklage bei Doppelheh*, "Neue Juristische Wochenschrift", XII (1959), págs. 2185-2189. En nuestro Derecho no se puede hablar con propiedad de «bigamia legal». La expresión se emplea con otro significado. Las exigencias de los principios de confesionalidad y de tolerancia que presionan sobre el legislador español, no se pueden conciliar con perfección. Nuestro legislador se ve obligado, por fuerza del principio de confesionalidad, a reconocer sin excepciones en el orden civil la validez del matrimonio canónico (art. 75 C. c.), y,

con arreglo a la ley eclesiástica, en cuanto la primera unión, inexistente para esta ley, no constituye impedimento de ligamen. De aquí la necesidad del artículo 51: la sanción de ineficacia del segundo matrimonio (canónico) respalda la protección debida a la eficacia civil del primero, en un desarrollo —hasta las últimas consecuencias— del principio de tolerancia. El artículo 51 tiene, además de su específico significado normativo en las situaciones concretas de «bigamia legal», y con independencia de su «valor moralizador» (26) y de su «valor político» (27), un gran valor sistemático, sin el cual quedaría frustrada la orientación tolerante a que en parte responde el artículo 42 (28).

Tras el paréntesis de vigencia de la Orden de 10 de marzo de 1941 (29) —durante la cual se cortan de raíz las posibilidades de matrimonio civil «tolerado», quedando así despojado el artículo 51 de su primitiva *ratio legis* (30)—, recobra el sistema codificado su antiguo carácter, aunque ahora con

por otra parte, por la actuación del principio de tolerancia, se ve forzado a permitir la posibilidad de matrimonios civiles canónicamente inexistentes, protegiéndolos —hasta las últimas consecuencias— en el ámbito de los *efectos civiles*. Esto lleva: 1), a establecer en el orden civil la sanción de ineficacia del matrimonio canónico contraído por la persona casada civilmente (art. 51 C. c.), sin negar la validez (art. 75 C. c.) y los efectos civiles consiguientes compatibles con la plena eficacia de la primera unión; 2), a mantener en el orden penal la posibilidad de que se aprecie y sancione con referencia a la conducta del cónyuge bínubo el delito de bigamia. No sería justo tildar de contradictorio este comportamiento de nuestro legislador, que extrema su respeto al ordenamiento canónico al admitir la validez y toda la eficacia civil que le es dable reconocer en situación tan espinoza al matrimonio canónico, y proteger, por otra parte, con toda la amplitud debida, el matrimonio civil de los apóstatas (una vez puesto en juicio el principio de tolerancia). Por lo demás, la posibilidad de que se aprecie el delito de bigamia en nada roza a la institución matrimonial canónica, ya que la pena no sanciona la situación matrimonial creada sino la *conducta* delictiva que entraña crear esa situación, forjada sin arte ni parte del legislador. En rigor, la contradicción la introduce el cónyuge bínubo, en cuyo favor se tolera por el ordenamiento el matrimonio civil, por lo que es lógico que la reacción penal —frente a una *conducta* que demuestra no merecer la actitud legal de tolerancia— se torne contra él. Sobre los efectos civiles del segundo matrimonio, más adelante.

(26) DEL AMO, L., *Los matrimonios civiles y el delito de bigamia*, «Revista española de Derecho canónico», X (1955), pág. 295.

(27) Aparte de inadecuado técnicamente, hubiera resultado impolítico para las relaciones con la Santa Sede aplicar un término como el nulidad al matrimonio canónico válido.

(28) Después de deslindar los diferentes planos dogmáticos en que operan los artículos 51 y 76, afirma FUENMAYOR: «todo ello es consecuencia inevitable del criterio tolerante que ha inspirado la reciente reforma del art. 42» (*El sistema*, cit., pág. 91, nota 128).

(29) Se cierra este paréntesis con el Decreto de 26 de octubre de 1956. Una visión panorámica del desarrollo de la reforma posconcordatoria y un estudio de los aspectos más destacados de la nueva legislación en el trabajo (citado) de SANCIO REBULLIDA, *El sistema matrimonial en la reforma del Código civil*. Con posterioridad, la monografía (citada) de GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil*, y la magnífica síntesis de WEYERS, H. L., *Die Eheschliessung nach spanischem Recht*, Karlsruhe 1960.

(30) Su antigua finalidad se hubiera podido mantener sólo para las situaciones de Derecho transitorio heredadas de la legalidad republicana, pero, como he apuntado en otra sede, tal designio específico hubiera requerido una adición o reforma del texto del artículo 51 o bien una disposición que definiera su vigencia extracodicial.

una precisa estructuración técnica que elimina prácticamente su anti-gua proclividad al sistema electivo (31). De nuevo, los artículos 42 y 51 vuelven a ser, como en su originaria significación, las coordenadas del sistema.

Queda un punto por aclarar. Si el artículo 51 obedece exclusivamente al designio de sancionar el segundo matrimonio en la hipótesis de «bigamia legal», ¿por qué se le dio tan amplia formulación?

Tiene esta pregunta una respuesta clara en el contexto histórico y político de nuestro sistema (32).

El artículo 51 responde a la misma finalidad del artículo 38 del Proyecto del Libro I del Código presentado al Senado en 1882. Esta disposición venía redactada, de acuerdo con su concreta finalidad, en estos términos: «No producirá efectos civiles el matrimonio canónico contraído cuando cualquiera de los cónyuges estuviese casado conforme a las disposiciones del Código». En la primera edición de nuestro Código —tal como se aprobó en las Cortes—, el artículo 51 reproduce el texto anterior, con la única particularidad de introducir una referencia al matrimonio civil. En la segunda edición se modifica la expresión «conforme a las disposiciones del Código» por la de «legítimamente», y esta es —abarcando cuatro posibles situaciones de doble matrimonio—, su versión actual.

El sistema facultativo del Proyecto de 1881 fracasa. La fórmula de Alonso Martínez, de 1887, que servirá de texto a la base 3.^a de la ley de 1888 y al artículo 42 del C. c., establecerá un sistema de matrimonio civil subsidiario que a fuerza de equilibrios se abre paso en el ambiente parlamentario. La diferencia fundamental entre el Proyecto de 1882 y el que se aprueba en 1887, es la mayor aproximación en éste a las exigencias de Derecho canónico. Con todo, la fórmula de Alonso Martínez viene concebida con suficiente amplitud para llegar prácticamente a los mismos resultados del sistema electivo (33). De aquí que, ante la posibilidad de «bigamia legal», se hiciese necesario conservar la disposición ideada para el sistema de 1881. Empero, la presencia de esta norma en el Proyecto de Código de 1888-89, hubiera denunciado su oculto parentesco con el sistema facultativo, causa del fracaso de los Proyectos anteriores (34).

Para evitar un ataque por este flanco al nuevo Proyecto, ya lograda tras una difícil negociación (35) la «concordia» con la Santa Sede sobre el texto del artículo 42, se acogerá en el 51, introduciendo una discreta interpolación, la fórmula del 38 del fracasado Proyecto. Las variaciones que se aprecian entre ambos textos responden al designio, puramente político, de encubrir el carácter tendencialmente facultativo del sistema matrimonial co-

(31) En este sentido, vid. el citado trabajo de FUENMAYOR sobre el sistema matrimonial, donde se hace un cotejo de los textos del régimen derogado y vigente con un estudio crítico de las precisiones que introducen la reforma del Código y disposiciones complementarias. Posteriormente, ESCUDERO ESCORZA, F., *Disposiciones vigentes actualmente en España sobre el matrimonio de los apóstatas de la Fe Católica*, «Temis», 1961, núm. 10, págs. 63-84.

(32) *El artículo 51*, cit., «Anuario de Derecho civil», XIV (1961), págs. 396-399, 422-527, y *Estudios*, cit., págs. 36-40, 78-85.

(33) En primer lugar, por virtud de la naturaleza propia del sistema (Cfr. *supra*, nota 24), y en segundo lugar por su tendencial aproximación al sistema electivo.

(34) Apunta ya esta explicación FALCON, M., *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, I, 5.^a ed., Madrid 1897, pág. 91.

(35) Cfr. ESCUDERO ESCORZA, F., *Matrimonio civil de los apóstatas en España (Negociaciones entre España y la Santa Sede en 1887 sobre legislación matrimonial)*, «Cuadernos de Historia Diplomática», vol. IV, Zaragoza 1958, págs. 79-119.

ducido. Con esta conclusión, suficientemente fundada (36), se recorta ciertamente la letra del artículo 51, pero el fin específico del precepto, queda claramente precisado, conforme a su *ratio legis* objetiva.

La Orden de 10 de marzo de 1941, al interpretar el artículo 42 de C. c. en perfecta armonía con el canon 1099 del C. i. c., elimina prácticamente (37) la posibilidad de «bigamia legal». El artículo 51 queda sin virtualidad. Su subsistencia en el Código, llevará a la doctrina a asignarle otro cometido. Reducido el ámbito de aplicación del artículo 51 a las mismas hipótesis en que opera el artículo 69, se idea entonces para explicar su forzada vigencia la tesis de su carácter prevalente, como norma especial sancionadora de una radical ineficacia (inexistencia), frente al régimen general de ineficacia limitada (nulidad) del artículo 69.

Con la reforma del Código en 1958, se reconduce el régimen de las situaciones de doble matrimonio —con las rectificaciones y precisiones técnicas oportunas— a su antiguo cauce. En los últimos estudios sobre el tema se conviene en admitir que los artículos 69 y 51 cubren hoy situaciones diferentes: el primero, los supuestos de doble matrimonio en que media impedimento de vínculo; el segundo el supuesto de «bigamia legal», donde el impedimento de vínculo no actúa (no existe prácticamente) (39).

Según esta delimitación, única válida —por las fechas de celebración de uno y otro matrimonio—, para la situación enjuiciada en la sentencia de 29 de mayo de 1962, no parece fundado afirmar, como afirma la Casación, que en Primera y Segunda Instancia se dejó de aplicar indebidamente el artículo 51.

Hasta aquí se ha intentado fijar los límites extrínsecos de aplicabilidad de los artículos 51 y 69. El campo de acción de cada una de estas normas se determina en función de sus respectivas concordancias: el del artículo 69, por su conexión inmediata con los artículos 83, núm. 5.º, 101, número 1.º, de un parte, y 75, 80 y 82 de C. c., en relación con el canon 1069 del C. i. c., de otra; el del artículo 51, por su radical vinculación sistemática con el 42 del mismo C. c.

Fijados los límites de aplicabilidad entre los dos preceptos, cabe ya preguntarse por sus específicas condiciones de aplicación.

III. APARIENCIA JURÍDICA Y DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL MATRIMONIO

Si es cierto que el artículo 69 es en principio aplicable al supuesto enjuiciado —doble matrimonio canónico—, de ello, sin embargo, no se sigue de manera inmediata que deba ser efectivamente aplicado. Habrá que ver

(36) Así lo entiendo a la vista de los estudios que se han dedicado al tema en la línea de la exégesis iniciada por FUENMAYOR en *El Derecho sucesorio del cónyuge putativo*.

(37) Después de esta disposición ministerial, subsistieron en teoría ciertas diferencias entre el Derecho español y el canónico en materia de capacidad y consentimiento, que hubieran podido dar lugar a la situación de «bigamia legal». Con más extensión trato de este punto en *El artículo 51*, cit., § 9. Al parecer, no se derivó de tales diferencias ninguna consecuencia práctica.

(38) Con ello, pierde su motivación histórica y sus presupuestos lógicos la tesis de inexistencia, mantenida sin una previa revisión después de la reforma posconcordatoria en un sector de la doctrina: GARCÍA CANTERO, *El vínculo*, cit., págs. 231, 247-248; CASTAN, *Derecho civil*, V, 1, 8.ª ed., cit., págs. 684-685, 711 y 677; WEYERS, *Die Eheschliessung*, cit., págs. 100-101. En el régimen actual no parece fundada ni viable esta solución.

(39) Cfr. JORDANO, *El matrimonio putativo*, cit., págs. 349-350. He hecho una revisión amplia del tema (coincidiendo con la conclusión de JORDANO) en *El artículo 51*, cit., § 12.

si en el caso concurren los presupuestos específicos que para su aplicación requiere esta norma.

La aplicación del artículo 69 presupone: a) que el supuesto en cuestión tenga cualidad de matrimonio aparente; b), que, como tal matrimonio aparente, se haya declarado nulo.

El primer requisito entraña la existencia de un título causativo de una relación matrimonial inicialmente dotada de eficacia jurídica.

En general, se entiende que el título fundante de la apariencia se constituye por la observancia de la forma de celebración (40) legalmente prescrita (41). Así, en principio, se puede sostener para el matrimonio civil. Tratándose de matrimonio canónico, se habrá de tener en cuenta que, además de la celebración, en forma ordinaria o —en su caso— extraordinaria, equivale al título la dispensa de forma y la convalidación, simple o radical (42).

En cuanto a la relación matrimonial, ha de estar inicialmente dotada de eficacia jurídica típica, ya que precisamente lo que se propone el artículo 69 es, consagrar una situación jurídica revestida de la apariencia de legitimidad; más concretamente, mantener la eficacia jurídica de la relación matrimonial nacida de un título en apariencia válido, luego revelado nulo. No se da esa eficacia jurídica inicial cuando al tiempo de la celebración del matrimonio se duda fundadamente de la concurrencia de los requisitos de validez del título legitimador. La eficacia se sigue cuando el título nulo se tiene y opera en apariencia como válido. No hay lugar, por tanto a la protección de la apariencia, cuando el título creador de la relación matrimonial aparente no comunica esa eficacia jurídica inicial (43).

(40) Junto al régimen de forma del artículo 100, se deberá tener en cuenta, en principio, el régimen de forma prescrito por otras legislaciones, incluso —con determinadas reservas— cuando alguno de los contrayentes tenga nacionalidad española. He tratado con amplitud de este tema en *Matrimonio de españoles celebrado en el extranjero en la forma de la «lex loci»*, «Anuario de Derecho civil», XII (1960), págs. 881-941; y *Estudios*, págs. 95-200.

(41) A este respecto no parece necesaria una íntegra observancia del régimen de forma. Puede servir de título constitutivo de la apariencia una observancia incompleta, e incluso presunta, como la que se infiere de la prueba del matrimonio por la posesión de estado (art. 54 C. c.). GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pág. 257, entiende que «no hay un principio de celebración»... «en los casos calificados por la doctrina de inexistencia». Entiendo que no es la calificación de inexistencia lo que excluye el concepto de celebración, sino la falta de celebración lo que determina —según el pensamiento dominante en la doctrina científica— una posible calificación de inexistencia. Por lo demás, así entendida, la inexistencia es una noción empírica, no jurídica. En cuanto al caso de identidad de sexo todavía considerado por un sector de la doctrina como un supuesto claro de inexistencia, creo que debe ser revisado. De acuerdo con JORDANO (*loc. cit.*, pág. 351, nota 38), entiendo que el caso de identidad patente —con la falta de seriedad que supone su simple cita— es puramente académico. El caso de identidad encubierta encaja con mejores razones que otros supuestos —como el de impotencia absoluta— en la categoría de nulidad. Cfr. LUTZESCO, G., *La bonne foi et le mariage inexistent*, París, s. d., pág. 39.

(42) He destacado estas diferencias en *El matrimonio como acto jurídico formal*, en *Estudios*, pág. 231-254.

(43) Así ocurre en el matrimonio civil en peligro de muerte y en el contraído por españoles en el extranjero en la forma de la *lex loci* en tanto no se acredite ante el funcionario español competente la acatolicidad de los contrayentes, como he sostenido en *Matrimonio de españoles*, cit., ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XIII (1960), págs. 434-941, y *Estudios*, págs. 184-106.

Respecto a la buena fe, por parte al menos de uno de los contrayentes, generalmente considerada como condición del matrimonio putativo, creo que se debe excluir de los presupuestos de aplicación del artículo 69. Aun cuando se deba tener en cuenta a la hora de respetar o neutralizar efectos producidos, no constituye una exigencia necesaria para la aplicación del artículo 69. Puede este precepto entrar en juego, aun en el caso de mala fe bilateral, con el fin de mantener los efectos producidos en favor de los hijos (art. 69, párrafo 4.º).

La buena fe opera en la mecánica de aplicación del artículo 69, no como exigencia previa, sino como criterio funcional de extensión de los efectos en relación a los cónyuges (44).

La condición de que el matrimonio aparente sea «declarado nulo», que ciertamente constituye presupuesto específico de aplicación, requiere algunas precisiones.

Hay en esa expresión del artículo 69 una doble exigencia: a), que el matrimonio sea nulo; b), que la nulidad se haya declarado judicialmente.

La exigencia de la *declaración* responde a una actitud de respeto ante la apariencia jurídica, cuya protección se propone, en el orden matrimonial, el artículo 69. La fuerza creadora de la apariencia jurídica consiste concretamente en dotar a la situación creada por el título aparente de la misma eficacia jurídica que le daría un título válido. Tal situación, precisamente porque reviste la misma firmeza jurídica que la fundada en el título válido, goza en principio de respeto y protección en el orden jurídico, que es, en su realidad más inmediata, un «orden de apariencias». Efectivamente, la primera realidad que encontramos en una situación jurídica es la realidad de su apariencia jurídica material: lo que parece válido se toma como válido, mientras no se declare por un órgano competente como cosa más cierta, como realidad más patente, que es nulo (45).

La apariencia jurídica impone como exigencia de certeza —como criterio de verdad jurídica— la necesidad de una *crítica*, es decir, de un juicio de valor —de verdad—, que es lo que en definitiva se requiere como presupuesto de aplicación del artículo 69 del C. c.: «declaración de nulidad» —juicio de valor negativo—. Desde este punto de vista parece claro que la situación creada, en tanto se muestra como realidad jurídica, es lo que funda la exigencia de un juicio para poder concluir la condición aparente de la realidad enjuiciada (declaración de nulidad).

En cuanto al alcance de la declaración de nulidad, en correspondencia a una predeterminada valoración normativa, la actitud del ordenamiento se puede orientar en dos direcciones: una, tendente a destruir la eficacia jurídica que hasta ese momento ha producido la situación aparente; otra, pronta a respetar en principio esa eficacia en la medida en que la apariencia ha operado como realidad jurídica.

La protección de la apariencia jurídica se lleva a cabo en nuestro Derecho matrimonial, manteniendo o rectificando la dirección favorable de los efectos producidos, según un criterio de imputabilidad de la situación jurídica básica y de las relaciones jurídicas subordinadas a ellas. Se comprende así, por una parte, el mantenimiento de los efectos en favor de los hijos (fuera del radio de imputabilidad), y, por otra, la protección de los terceros —en el ámbito de las relaciones subordinadas—, así como la admisión y extensión de los efectos respecto de los cónyuges en la medida en que interviene buena fe.

Si la declaración de nulidad es efectivamente un presupuesto de actuación del artículo 69, ello se debe entender estrictamente en función de su finalidad protectora de la apariencia jurídica. Así, si tal apariencia no se llega a constituir jurídicamente —como ocurre en las situaciones de inefi-

(44) JORDANO, *El Matrimonio putativo*, cit., pág. 352.

(45) Estimo que, en este sentido, la apariencia jurídica matrimonial se debe distinguir de la denominada «apariencia de legalidad», que también es apariencia jurídica, pero formal, no material. Como manifestaciones de

cacia inicial (46)—, o si una vez constituida se debe destruir en base a un juicio de plena imputabilidad, la aplicación del artículo 69 determinará (para la relación matrimonial) sólo consecuencias negativas (47). Se entiende de este modo que la declaración de nulidad no comporta por sí misma necesariamente un mantenimiento de efectos. Sólo cuando vaya referida a una apariencia jurídica inimpuntable se mantendrán en todo o en parte, los efectos típicos.

Cuando se trata de los presupuestos de aplicación del artículo 69, se piensa con frecuencia en una efectiva aplicación de su régimen —de eficacia o de ineficacia, según resulte del criterio de imputabilidad—. Así se olvida que tales presupuestos juegan también, con una significación negativa, una discreta pero importante función protectora de la apariencia jurídica. Que se aplique el artículo 69 de acuerdo con sus presupuestos específicos, importa tanto como que no se aplique cuando esos presupuestos fallan. Esto es claro. La aplicación del artículo 69, si por una parte implica —en el mejor de los casos— el reconocimiento de la eficacia jurídica de que viene dotada la relación matrimonial aparente hasta el momento en que la nulidad se declara, por otra parte comporta la ineficacia futura de la relación a partir de ese mismo momento.

Por consiguiente, se debe entender que el presupuesto de la declaración de nulidad responde a su finalidad de protección, tanto mediante una función activa —poniendo en juego el artículo 69— como limitativa —excluyendo la aplicación del artículo 69—. En el primer caso, somete la situación jurídica nacida del título nulo —declarado nulo— a un régimen beneficioso, protector de la apariencia jurídica matrimonial (inimpuntable) hasta el momento en que la nulidad se declara. En el segundo, aleja la situación jurídica aparente del régimen de ineficacia que —aunque sólo para el futuro— comporta la nulidad, en tanto que, con referencia a tal situación, no se declare nulo el matrimonio. El resultado de esta inacción del precepto es positivo: en tanto la nulidad no se declare el matrimonio se presume válido y —en principio— eficaz.

En el caso de la sentencia comentada no se ha producido, hasta el momento de la interposición del recurso, la declaración de nulidad del segundo matrimonio. Por aquí parece en principio correcta la tesis de Casación de que el artículo 69 ha sido indebidamente aplicado por el Tribunal a quo. La primera consecuencia de esta conclusión es que el matrimonio goza —en tanto su nulidad no se declare— de la eficacia jurídica propia del matrimonio válido. Pero no es ésta la finalidad a que apunta la argumentación del Tribunal Supremo. El Considerando tercero se refiere a la declaración de nulidad —ausente en el caso enjuiciado— no para justificar la protección del segundo matrimonio —respetando la eficacia jurídica que impone su apariencia—, sino precisamente para dar entrada —destruyendo la apariencia con una sanción

«apariencia de legalidad», cita DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, 1, 3.^a ed., Madrid 1955, pág. 601, la inscripción en un Registro público, la intervención de funcionario público, la posesión de estado: La apariencia de legalidad no postula una exigencia general de respeto ni una protección directa de la situación jurídica «legalizada», en tanto que la *apariencia jurídica material* impone el respeto y la protección de la situación jurídica aparente. La apariencia de legalidad protege la fe pública. De esta protección pueden resultar beneficiadas ciertas situaciones carentes de legitimidad, si bien de una manera indirecta y accidental. De aquí la *conveniencia de una declaración de nulidad que «destruya erga omnes»* tal apariencia legal. La apariencia jurídica material inviste a la situación de una firmeza tal que hace *necesaria* la declaración judicial de nulidad para que se le retire la protección que la acompaña.

(46) Cfr. nota 43.

(47) La declaración de nulidad, fuera del ámbito de protección del artículo 69, se traduce en tal caso, por su contenido, en declaración de inexistencia (en el sentido que se precisa más adelante).

de ineficacia— al artículo 51, por entender que este no requiere para ser aplicado el presupuesto de la declaración de nulidad. Se incurre así en una confusión de los límites de aplicabilidad entre los dos preceptos. Es cierto que la aplicación del artículo 51 no está condicionada por una previa declaración de nulidad. Pero esto es así, no porque tal declaración —siendo posible— resulte innecesaria, que es la idea que preside este pasaje de la sentencia, sino precisamente contando con que la declaración de nulidad no puede darse. No puede darse porque el matrimonio que sanciona el artículo 51, en la situación específica a que se contrae su aplicación —«bigamia legal»—, es un matrimonio válido (48).

La *radical imposibilidad jurídica* de declarar nulo un matrimonio válido —presupuesto específico de aplicación del artículo 51— se ha venido a confundir con la *eventual ausencia* de una posible declaración de nulidad del matrimonio aparente. En el ámbito de aplicabilidad del artículo 69, la falta de declaración de nulidad impide la aplicación del precepto, pero no excluye la posibilidad de su aplicación futura.

IV. INACCIÓN DEL IMPEDIMENTO DE VÍNCULO Y «BIGAMIA LEGAL»

El artículo 51 contempla, según quedó expuesto, una situación de «bigamia legal», posible de hecho como resultado último del principio de tolerancia. No media en esta situación el impedimento de vínculo. La mera posibilidad de una declaración de *nulidad* basada en la existencia del vínculo precedente excluye la aplicación del artículo 51 (49).

La inacción del impedimento de ligamen explica, por una parte, la posibilidad jurídica de un doble vínculo válido («bigamia legal»), y condiciona por otra parte, como exigencia negativa, la virtualidad del artículo 51.

Se afirma en la sentencia que es preciso «tan sólo que se acredite el hecho de estar casada legítimamente cualquiera de las personas que aparecieron celebrando el matrimonio posterior» (Considerando tercero).

Si esta fuera efectivamente la única condición, habría que considerar como normas superfluas las dedicadas en otros lugares del Código a tipificar y sancionar (o a reconocer, tratándose de matrimonio canónico) el impedimento de vínculo. Así, resultaría excluida la aplicación del artículo 69 en todo caso de doble matrimonio. Pero los preceptos están ahí, y la pretensión de una eficacia típica temporal para los matrimonios nulos por impedimento de ligamen, en virtud del artículo 69, es tan fundada por lo menos como la pretensión de ineficacia amparada en la letra muerta del artículo 51. Si no se admite la reducción literal de esta norma conforme a su *ratio legis*, en los términos que resultan de su interpretación histórico-sistemática, se habrá de demostrar, por una parte, que es ociosa la presencia en el Código del número 5.º del artículo 83, en relación con el número 1.º del 101, y, por otra parte, que en cierta medida son inoperantes los artículos 75, 80 y 82 del Código civil en relación con el canon 1069 del C. i. c.

La sentencia da por supuesto que el artículo 51 consagra el impedimento de vínculo, enfrentándolo así, sin posible solución para las situaciones

(48) Cfr. ROMERO VIBITEZ, M. A., *Las normas del Derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español* («Revista de Derecho Privado», XXV (1941), pág. 183, nota 49; FUENMAYOR, *El derecho sucesorio*, cit., págs. 461-462; *El sistema*, cit., págs. 90-91; ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de familia*, cit., pág. 73; CASTAN, *Derecho civil*, V, I, 8.ª ed., cit., pág. 677. Con todo, en esta corriente de opinión no se ha destacado que la validez del segundo matrimonio es no sólo válida canónica sino también *validez civil*.

(49) Cabe una *declaración de ineficacia civil* (cfr. nota 21), aunque también cabe —y esta parece ser la solución más realista— una declaración de ineficacia civil que defina el grado y los límites de la ineficacia.

de doble matrimonio, con el 69 y concordantes. En este punto importa recordar que el artículo 51 no opera en la misma línea del impedimento. Es más, presupone su inacción. Sólo asociada a esta exigencia negativa es exacta la afirmación del Considerando tercero de que para aplicar el artículo 51 basta (como exigencia positivamente necesaria), «que se acredite el hecho de estar casada legitimamente cualquiera de las personas que aparecieron celebrando el matrimonio posterior» (50).

Quizá por tratarse de un supuesto de doble matrimonio canónico se ha introducido en la argumentación de la sentencia —en pro de la tesis del carácter prevalente del artículo 51— una glosa al canon 1069 del C. i. c. Esta referencia parece en principio acritica para el objeto de la litis. Por dos motivos: a), el canon 1069 opera con eficacia autónoma en el ámbito de la jurisdicción eclesiástica a efectos canónicos, y lo que se plantea ante nuestro primer órgano jurisdiccional es una cuestión de efectos civiles; b), el canon 1069 puede operar con eficacia refleja en la jurisdicción secular, una vez puesto en juego por la jurisdicción eclesiástica, condición que no se ha dado en el caso de la sentencia de Casación y que de haberse producido hubiera servido sólo de punto de partida para la ejecución de la sentencia eclesiástica en el orden civil, donde no importa la significación del precepto canónico sino simplemente el hecho de haberse aplicado en su propia sede jurisdiccional, para fundamentar —ya en el campo de la jurisdicción estatal— la aplicación de los artículos 80 y 82 del Código civil.

Por lo demás, el canon 1069 distingue cuidadosamente la *prohibición* de contraer nuevo matrimonio antes de la declaración de nulidad del primero, ligando a su infracción una simple sanción de ilicitud (§ 1), y el *impedimento* de vínculo, que en su incierta existencia justifica la necesidad de aquella prohibición, y en su existencia probada determina la nulidad del matrimonio (§ 2). No se ve por dónde la invocación del canon 1069 se pueda conciliar con los presupuestos o la sanción del artículo 51 del Código civil (51).

El artículo 51 establece sin duda, aunque sin enunciarla, una prohibición, a la que se liga la sanción de *ineficacia* (de la relación), pero no define ni presupone el impedimento de vínculo (52), que, caso de existir, determinaría por aplicación de otros preceptos (ya citados) una sanción de *nulidad* (del acto).

El impedimento de vínculo en sentido técnico juega alternativamente en un doble momento: antes de contraerse el matrimonio, con fuerza impe-

(50) Este pasaje se ha tomado a la letra de la sentencia de 19 de enero de 1926, pero la cita que hace ahora nuestro Tribunal Supremo en la sentencia comentada no recoge la motivación de tal doctrina en su sede original: el artículo 51 «dados los términos del precepto, *al referirse exclusivamente a los efectos civiles*, no exige para que los Tribunales de este orden y jurisdicción puedan hacer la declaración que de su texto se desprende, que previamente se haya declarado la nulidad del matrimonio a que se refiere, sino que basta que ante ellos se acredite el hecho de estar casado, etc.» (Subrayado por mí).

(51) Sobre la diversa función que cumplen la prohibición y el impedimento de vínculo, trato en *Estudios*, cit., págs. 275-276.

(52) Advierte ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de familia*, cit., pág. 73, que «el artículo 51 no dice que 'no podrán contraer matrimonio', ni que 'está prohibido el matrimonio', ni que 'será nulo el matrimonio', sino simplemente que 'no producirá efectos civiles'. Y más adelante, que «el artículo en cuestión se limita a denegar efectos civiles al matrimonio canónico cuando uno de los cónyuges *estuviese ya casado civilmente*» (Subrayado por mí). En el mismo sentido hace notar SANCHO REBULLIDA, *El sistema*, cit., pág. 44, que al Derecho civil le importa sólo «resolver la eficacia y formalidades de tales matrimonios [canónicos contraídos por persona casada civilmente] *ya autorizados por la Iglesia*».

ditiva, paralizando la celebración; después de contraerse el matrimonio, con fuerza invalidante, fundamentando la nulidad del matrimonio celebrado. El «impedimento» del artículo 51 juega técnicamente sólo después de celebrado el matrimonio, porque no puede actuar antes (53). Por eso es mejor, con referencia al artículo 51, hablar simplemente de prohibición, que por su naturaleza —ya que no por la extensión y gravedad de la sanción que la acompaña— se debería estudiar al lado de las prohibiciones reguladas en los artículos 45 a 50, como sugería NAVARRO AMANDI a raíz de la promulgación del Código (54).

¿Qué se ha pretendido en el Considerando segundo al situar el artículo 51 al lado del canon 1069 del Código civil? Si lo que se buscaba era una aproximación conceptual de la privación de efectos civiles del artículo 51 con la carencia de efectos canónicos que se sigue de la nulidad por ligamen prevista en el canon 1069, se convendrá en la inutilidad de este empeño. El paralelismo no puede llevarse muy lejos: el canon 1069 consiente el posible reconocimiento de efectos canónicos típicos cuando el segundo matrimonio es putativo.

V. DETERMINACIÓN Y APLICACIONES DE LOS CONCEPTOS DE INEFICACIA, NULIDAD E INEXISTENCIA EN MATERIA MATRIMONIAL

El Tribunal Supremo trata de precisar en el Considerando cuarto de la sentencia la naturaleza de la sanción establecida en el artículo 51, problema que por espinoso se soslaya en el planteamiento del recurso (55)

Considera nuestro más alto Tribunal que «si nos detenemos en el estudio de la categoría de invalidez que corresponde al matrimonio contraído por persona ligada por este vínculo, y con fecha anterior, es forzoso incluirla en el supuesto de nulidad radical que la ley prevé, por cuanto ésta impide los normales efectos queridos por los contrayentes, a los que, sin embargo, no alcanza su eficacia por la declaración legal que lo impide, al serle de aplicación los rígidos mandatos del artículo cuarto del Código civil».

No parece que este problema se pueda tratar correctamente con independencia del ámbito de aplicabilidad en que se proyecta la sanción de ineficacia

El término ineficacia se emplea en la doctrina y en la jurisprudencia en una doble acepción. En un sentido amplio se acoge bajo tal nombre una gama variada de conceptos heterogéneos o afines —como invalidez, nulidad, anulabilidad, inexistencia y otros— sin otra razón en común que la de significar en mayor o menor grado una posible o actual carencia de efectos.

Pero, en otro sentido, se emplea más precisamente el término de ineficacia —y entonces se habla de «ineficacia en sentido estricto» (56)— para designar un cierto modo de ser de la relación jurídica creada ó afectada

(53) Lo que, naturalmente, no excluye la significación preventiva que le confiere al precepto el hecho de su vigencia. Pero tal significación hay que situarla fuera de la explicación técnica del precepto, en su motivación política, en su «valor moralizador» y, en último término si se reconoce una fuerza efectiva a ese designio legislativo, en el ámbito de los «efectos reflejos» de la norma.

(54) NAVARRO AMANDI, M., *Cuestionario del Código civil reformado*, I, Madrid 1889, pág. 102.

(55) Porque estima que es «difícil, por no decir imposible, saber dentro de nuestro Código civil dónde empieza y dónde termina cada uno de dichos conceptos [inexistencia, nulidad, anulabilidad]» (Resultando séptimo).

(56) Trato aquí de precisar este concepto en un sentido distinto del generalmente aceptado por la doctrina italiana.

por un acto o negocio, sin prejuzgar —y por ello la calificación de ineficacia se refiere específicamente a la relación— la condición (de validez o de nulidad) de ese acto o negocio. En este sentido estricto, como calificación específicamente referible a la relación negocial, la noción de ineficacia, se caracteriza, como contraria a la de eficacia, por dos notas: tipicidad y temporalidad. La ineficacia en sentido estricto comporta: a), privación de los efectos típicos, propios de la relación a que se ordena el acto con función creadora, modificativa o extintiva; b), privación temporal de las manifestaciones concretas de eficacia —típica— que normalmente despliega la relación en un momento determinado. En este sentido, los conceptos de eficacia e ineficacia son compatibles *indistintamente* con los de validez y nulidad del acto de que deriva o depende la relación jurídica. Con particular referencia a nuestro Derecho, puede servir este esquema para explicar y tratar correctamente las situaciones jurídicas de apariencia matrimonial y las de colisión de intereses en supuestos de doble matrimonio.

En las situaciones de apariencia jurídica a que apunta el artículo 69, se nos ofrece una relación, dotada de efectos típicos aunque nacida de un acto nulo. Es claro que este fenómeno jurídico se mantiene sólo mientras la nulidad del acto permanece encubierta, o lo que es lo mismo, mientras el acto goza de validez aparente. El artículo 69, en tanto la relación sea en un cierto grado inimputable, viene a consagrar —consolidándolo— el fenómeno jurídico de eficacia. En cuanto la apariencia jurídica desaparece por la declaración de nulidad, la situación se somete al régimen del esquema clásico *quod nullum est nullum effectum producit*. La construcción del matrimonio putativo como matrimonio «válido *ad tempus*» explica la mecánica de este fenómeno jurídico sin tener en cuenta su fundamento normativo (la fuerza creadora de la apariencia inimputable), con el doble riesgo de confundir, por una parte, los criterios normativos de valoración de los *actos jurídicos* con las consecuencias que determinados actos introducen en la realidad jurídica como simples *hechos jurídicos*, y de oscurecer, por otra parte, las diferencias axiológicas a que responden en un plano normativo los términos «validez» y «nulidad» —referidos a la estructura de los actos— frente a los de «eficacia» e «ineficacia» —referidos a la función de los actos en el ámbito de la relación— (57). Por lo demás, la teoría del matrimonio válido *ad tempus* sólo se propone explicar la situación de matrimonio putativo. La problemática de nuestro Derecho matrimonial es bastante más amplia. Aquí, trataré tan sólo, para no rebasar los límites del comentario, de los dos problemas que afronta el cuarto Considerando de la sentencia: la naturaleza de la sanción del artículo 51 y, conexa con ella, la cuestión de la inexistencia.

La situación jurídica contemplado por el artículo 51 es inversa a la del matrimonio aparente protegido por el artículo 69. Aquí se tiene un acto matrimonial nulo del que, por intervención de la apariencia, se origina una relación jurídica eficaz. En el artículo 51, tal como quedó antes precisado su ámbito de aplicación, se tiene un acto válido del que surge una relación jurídica inicialmente ineficaz. En este sentido, con la autoridad de CASTÁN, parece hoy afianzarse una corriente doctrinal iniciada hace veinte años. Dice CASTÁN en la última edición de su obra: «Es aplicable, además, al matrimonio canónico lo dispuesto en el artículo 51 del Código civil, conforme al cual el matrimonio canónico contraído por personas, una de las cuales o ambas, estuvieron casadas civilmente con personas distintas, no producirá efectos civiles. Es verdad que tal matrimonio *no podrá ser declarado nulo* ni por la jurisdicción eclesiástica (ya que *canónicamente dicho matrimonio es válido*) ni por la jurisdicción civil (a la que no com-

(57) Hay en esta formulación, aparte de la correspondencia terminológica, una cierta afinidad conceptual con la distinción expuesta por DE CASTRO en sus explicaciones de Cátedra entre ineficacia *estructural* e ineficacia *funcional*.

pete la declaración de nulidad de los matrimonios canónicos: art. 80), pero podrá ser declarado civilmente ineficaz por la jurisdicción del Estado» (58).

No se comprende que un acto válido —de cuya validez real no se pueda dudar fundadamente— nazca radical e irremisiblemente condenado a una total ineficacia. Hasta en las situaciones excepcionales en que la validez del acto nace con fuerza limitada por un plazo de caducidad, como ocurre en algunos testamentos (arts. 689, 703, 719, 730, C. c.) existe, cuando menos, una eficacia virtual.

La sanción del artículo 51 tiene el carácter temporal propio de la ineficacia en sentido estricto. El segundo matrimonio, válido *civilmente* por fuerza del artículo 75 C. c., contiene una virtual eficacia, presta a manifestarse —a actualizarse— en cuanto el vínculo previo —cuya eficacia plena y actual se trata de proteger— desaparezca.

No es radical la ineficacia del artículo 51. El juego de los artículos 75 y 76 —completando el régimen aplicable al segundo matrimonio— define los trazos de esa ineficacia: propia de la relación (59), típica (60), limitada en el tiempo (61), relativa (62).

58) CASTÁN, *Derecho civil*, V, I, 8.^a ed., ct. pág. 677 (subrayado por mí). Anteriormente: FUENMAYOR, ROMERO VIEITEZ, ROYO MARTÍNEZ, etc. (lugares citados en nota 48).

(59) Se deben distinguir los efectos propios de la relación (a los que se contrae la noción de eficacia en sentido estricto) de los efectos que se siguen de la conclusión del acto jurídico. Efecto inmediato o primario del acto jurídico es la constitución del vínculo o relación matrimonial, cuya sola existencia es la realidad jurídica radical del matrimonio. A la mera existencia jurídica del vínculo se anuda una serie de efectos *ex lege*, extrínsecos a la relación, tendentes por lo general a proteger o reforzar su natural estabilidad o a asentar sobre bases firmes su normal desarrollo: nacimiento del impedimento de vínculo y del impedimento de afinidad; modificación del estado civil de los contrayentes, que por la constitución del vínculo adquieren la condición jurídica de cónyuges; emancipación por matrimonio; adquisición de la nacionalidad del marido por la mujer; etc.

(60) La sanción de ineficacia del artículo 51 implica privación de los efectos inherentes a la relación de manera típica. Considero efectos típicos aquéllos a que se ordena el matrimonio en razón de su fin y naturaleza. Por vía de ejemplo se pueden indicar como efectos no típicos (por tanto, no excluidos necesariamente por la sanción de ineficacia del art. 51) los siguientes: a) ciertos efectos penales conexos en una necesaria referibilidad a determinados aspectos del *acto jurídico* (como el delito de bigamia, referido a la existencia del vínculo; el delito de parricidio, referido a la cualidad de cónyuge) o de la *relación jurídica* (delito de abandono de familia, referido al deber de convivencia; delito de adulterio, referido al deber de fidelidad); b) ciertos efectos de carácter civil, asociados al *acto jurídico* (emancipación por matrimonio, adquisición de la nacionalidad del marido por la mujer, etcétera.), o a la *relación jurídica* (posibilidad de legitimación presunta de hijos concebidos antes de la celebración del matrimonio conforme al artículo 110, 1.º, C. c., siempre que el cónyuge bínubo no sea la mujer; prohibición a la viuda o a la mujer cuyo matrimonio hubiere sido declarado nulo de contraer nuevo matrimonio durante los trescientos días siguientes a la disolución o a la declaración de nulidad, o antes de su alumbramiento si hubiere quedado encinta).

(61) La ineficacia que se viene definiendo es *temporal*. El artículo 51 impide la eficacia actual del matrimonio canónico. No impide la idoneidad del matrimonio canónico (válido) para producir ulteriormente sus efectos típicos una vez removido el obstáculo que supone la existencia del matrimonio civil anterior.

(62) La aplicación del artículo 51 al matrimonio canónico de la persona casada civilmente le priva *temporalmente* de aquellos efectos *civiles*,

Cabe, sin duda, que la ineficacia, estrictamente referida a la relación matrimonial, se extreme gradualmente hasta radicalizarse por completo.

Esto ocurre unas veces cuando a la inicial ineficacia de la relación se añade sin solución de continuidad la ineficacia futura que comporta la declaración de nulidad del acto. Otras veces, por el simple juego del artículo 69, cuando no se deriva del vínculo matrimonial una relación de filiación, y se prueba, por otra parte, la mala fe bilateral de los cónyuges en la celebración del matrimonio. En ambos casos se llega a un *resultado* de inexistencia jurídica: en el primero, porque el régimen del artículo 69 no tiene campo para desplegar su cometido —al no existir una apariencia jurídica que proteger—; y en el segundo, porque el artículo 69 opera con tendencia destructiva, en base a un resultado de plena imputabilidad —porque entonces la apariencia jurídica creada no es protegible—.

La noción de inexistencia se revela así como simple desenlace de un fenómeno jurídico resuelto por un juego de normas de Derecho matrimonial. Se trata de una noción funcional —no apriorística—, a la que se llega por la conjunción de la inicial ineficacia de la relación con la ineficacia ulterior que, sobre la misma situación jurídica, acarrea la declaración de nulidad del matrimonio. Este mismo carácter funcional se puede reconocer en la inexistencia que resulta de la destrucción de la apariencia jurídica, aunque la mecánica por la que se produce el resultado es distinta (retroactividad de la declaración de nulidad).

Si el concepto de ineficacia en sentido estricto se refiere propiamente a la *relación* jurídica, el concepto de inexistencia, como derivación extensiva de aquél, se deberá referir a una *situación* jurídica más amplia, donde la relación aparece vinculada con el acto que la genera. En este sentido, la inexistencia no es otra cosa que el máximo grado de extensión del concepto de ineficacia en sentido estricto.

Es de notar cómo esta noción funcional de inexistencia se mantiene dentro del marco del Derecho matrimonial sin contaminación con el régimen de ineficacia del artículo 4.º del C. c.

La inmisión del artículo 4.º en el campo de aplicación del 51 —contando incluso con que el ámbito de éste fuera el que indica su tenor literal— afianza con tendencia generalizadora una doctrina jurisprudencial —a mi juicio, confusa— en materia matrimonial (63).

Con referencia al caso que nos ocupa, no parece que la cuestión del significado y alcance del artículo 51 se pueda resolver, fuera de la perspectiva sistemática del precepto, con una norma, como la del artículo 4.º, tan necesitada en sí de precisiones y tan dependiente en su generalidad de los buenos oficios de la prudencia (64).

úpicos, propios de la relación, que son incompatibles con la plena eficacia del primer vínculo. Esto último es lo que se quiere decir al calificar de *relativa* la ineficacia que prevé el artículo 51. Así, por ejemplo, en cuanto no implica incompatibilidad con la eficacia de la primera unión, parece que deberá reconocerse la eficacia (irrevocabilidad) de la donación por razón de matrimonio hecha por un tercero a los contrayentes de la unión canónica. Por el mismo principio, debe admitirse el llamamiento —como descendientes legítimos— de los hijos nacidos de la unión canónica a la sucesión intestada o legítima del progenitor no nubno; etc.

(63) Cfr. sentencias de 21-X-1959, 12-XI-1959, 16-II-1961. Con referencia a la hipótesis de infracción del artículo 42 C. c., se invocan para fundamentar la invalidez, los artículos 4.º y 101, núm. 4, del C. c. La invocación conjunta de estos dos preceptos, al menos con referencia a esa hipótesis, parece contradictoria, por cuanto plantea, sin solución posible, una cuestión de grado de ineficacia del matrimonio declarado nulo en los términos que expongo en *Estudios*, cit., págs. 227-229.

(64) Ejemplo muy significativo de esa necesidad son las varias distinciones y precisiones que se han ido introduciendo por la jurisprudencia y por la

En todo caso, como se advierte en la doctrina (65), el artículo 4.º tiene un límite de aplicación en las situaciones de ineficacia reguladas, con alcance definido, por preceptos especiales (66). El propio Tribunal Supremo se ha hecho eco alguna vez de esta actitud al advertir que el artículo 4.º no puede prevalecer contra lo dispuesto en preceptos especiales (67).

El artículo 4.º se refiere expresamente a los *actos*, no a las *relaciones jurídicas*. El artículo 51, en cambio, refiere la privación de efectos civiles a la relación, sin afectar al acto, precisamente para no prejuzgar su validez o nulidad (68).

Adviértase que en una de las situaciones del artículo 51 —«bigamia legal»— el acto es válido, no sólo, como quedó apuntado, canónicamente sino también civilmente. De otro lado, en las restantes situaciones —en que según la letra del precepto quedaría privado el matrimonio de efectos civiles— viene tipificada la nulidad, con referencia al acto, por otras normas.

El mismo artículo 69 presupone esta tipificación de la nulidad del acto en otros lugares del Código al ocuparse únicamente «de los efectos de la nulidad».

La distinción entre nulidad e ineficacia preside la elaboración de la figura de inexistencia en nuestra doctrina desde 1941, hasta hoy (69). Cuando la Orden de 1941 eliminó para el futuro la posibilidad de «bigamia legal», los artículos 51 y 69 quedaron enfrentados con pretensión de aplicación excluyente en las tres restantes hipótesis posibles de doble matrimonio. Y entonces, en un giro de la interpretación forzado por el cambio de sistema que opera la Orden de 1941, y por contraposición al acto nulo productor en su apariencia jurídica de efectos civiles, se calificó de inexistente el matrimonio nulo por causa de ligamen para significar —operando con exclusividad el artículo 51— que tal matrimonio quedaba despojado de eficacia civil. Con la noción de inexistencia, forjada por yuxtaposición de la declaración de nulidad de un acto jurídico con la inicial ineficacia de la relación correspondiente, se trataba de designar tan sólo un grado máximo de ineficacia, no una noción sustancialmente diversa de la noción de nulidad. Entre nulidad e inexistencia no hay diferencia esencial. Desde el punto de vista de la estructura del *acto*, tan inválido es el matrimonio nulo como el inexistente (70). La distinción sólo se puede mantener, con referen-

doctrina en la interpretación del artículo 4.º. Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, I, 3.ª ed., págs. 597-601.

(65) Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, I, 3.ª ed., pág. 599.

(66) La aplicación del artículo 4.º huelga, por su generalidad, cuando existe una sanción específica. Porque: a) si la sanción del artículo 4.º coincide con la del precepto específico, su alegación es redundante; b) si la sanción del precepto específico es de distinta naturaleza (ilicitud), o de la misma naturaleza pero de menor extensión (como la del art. 6º), o, por último, de distinta naturaleza y extensión (como la del art. 51), entonces la invocación del artículo 4.º es improcedente —*contra legem*—, dada la voluntad explícita del legislador de reaccionar contra el acto jurídico con una norma especial dotada de una sanción de inferior alcance y menor gravedad que la establecida en el artículo 4.º

(67) Sentencia de 13-VI-1947.

(68) Por cuanto el conocimiento de la validez o nulidad no corresponde —tratándose de matrimonio canónico— a la jurisdicción del Estado. En este sentido se orienta precisamente la motivación de la sentencia de 16-XII-1960.

(69) Cfr. indicaciones bibliográficas de la nota 48.

(70) Desde este punto de vista hace notar ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, Madrid 1956, pág. 98, que la declaración de nulidad «produce la desaparición del matrimonio que aparentemente existía, de tal forma que en adelante no puede considerarse como tal, y en

cia a determinadas situaciones jurídicas, en tanto significativa de una diferencia de grado en la extensión del concepto de ineficacia.

Esto se debe tener en cuenta, especialmente, cuando se trata de engranar la norma del artículo 4 en el régimen matrimonial.

Los artículos 4 y 69 pueden conducir en teoría a un mismo resultado de ineficacia total (típica). Pero no siempre se dará en la práctica esa eventual coincidencia.

La jurisprudencia más reciente sobre nulidad de matrimonio civil por confesión católica de alguno de los contrayentes, ha encuadrado certeramente esta causa de nulidad —no tipificada no manera expresa— en el marco del artículo 101, núm. 4.º, aunque, acaso por entender que este cauce era poco seguro, ha tratado de reforzar la fundamentación legal con la invocación del artículo 4 (71). Así se ha introducido una confusión cognómica que sería menos lamentable si no acarreará una serie de dificultades en la práctica. Porque la nulidad del artículo 101 no sólo consiente, sino que sirve de presupuesto al régimen de eficacia típica temporal del artículo 69, mientras que la nulidad del artículo 4 es radical (72) e *ipso iure*, y la ineficacia que de ella se sigue, total.

La presencia del artículo 4 en la perspectiva del 51 siembra una confusión crítica de grandes proporciones por cuanto afecta en toda su extensión a este precepto para propagarse luego desde su contexto sistemático a todas las normas con él relacionadas, entre ellas la norma clave y fundamental del régimen de ineficacia del matrimonio en todos sus frentes de aplicación: el artículo 69

VI. CONCLUSIÓN

La falta de una previa delimitación del campo en que operan los artículos 51 y 69, y la confusión de sus respectivos presupuestos de aplicación, ha desplazado el caso en litigio desde su propio ámbito legal —el ámbito del artículo 69— a la esfera de actuación del artículo 51. Por aquí se ha llegado a una declaración de ineficacia civil —radicalizada luego con una aplicación no fundada del artículo 4—. De haberse deslindado previamente el campo de acción de cada precepto, se hubiera podido mantener el hecho enjuiciado en la perspectiva crítica del artículo 69. Con ello, dado que no se había pronunciado por la jurisdicción competente en el momento de la interposición del recurso la declaración de nulidad del segundo matrimonio, la inaplicación del artículo 69 habría obligado, por fuerza de la apariencia jurídica, a respetar la eficacia actual del matrimonio en cuestión, dejando abierta la posibilidad de un futura sanción de ineficacia en base a ulterior declaración eclesíástica de nulidad.

Al terminar estas notas queda pendiente una cuestión que no parece correcto abordar en este comentario.

cuanto al pasado hay que estimarlo como si no hubiese existido». Y más adelante: «no se trata propiamente de la extinción de un vínculo existente, sino de la constatación de la inexistencia de un vínculo». El autor deja a salvo la posible aplicación de la doctrina del matrimonio putativo.

(71) Planteando con ello un nuevo problema (cfr. nota 63).

(72) Sentencias de 19-X-1944, 4-I-1947, 8 IV-1958. Por otra parte, en relación con esta doctrina, téngase en cuenta que los Tribunales pueden y deben apreciar de oficio la ineficacia de los actos radicalmente nulos conforme a lo establecido en el artículo 4.º ((sentencias de 27-V-1949, 29-X-1949). Para la declaración de nulidad del matrimonio se requiere en todo caso instancia de parte (art. 102 C. c.), y en ciertos casos que la acción se ejercite por persona determinada (art. 101, núms. 2.º, 3.º, en relación con 102, párr. 2.º).

El objeto de la litis que resuelve la sentencia se refiere a una situación de doble matrimonio canónico. Después del fallo del Tribunal Supremo, queda abierta la vía de la jurisdicción eclesiástica para una posible declaración de nulidad del segundo matrimonio por impedimento del vínculo. En tal caso, los artículos 75, 80, 82 y 69 del C. c., podrían servir de cauce a una posible ejecución de la sentencia eclesiástica en el orden jurídico del Estado. Esta es la duda: la sentencia de 29 de mayo de 1962 ¿es, a efectos civiles, la última palabra para la situación enjuiciada?