

## El artículo 51 del Código civil.-Sus relaciones con el 69

Mariano Fernández Martín-Granizo  
Fiscal

SUMARIO: I. *¿Existe antinomia entre los artículos 51 y 69 del Código civil?*  
1. El artículo 51 desde el punto de vista de la Dogmática jurídica: a) Posición de la doctrina científica patria. b) Posición de la jurisprudencia. c) Nuestra opinión. 2. El artículo 51 desde el punto de vista de la Política o Crítica jurídica: a) ¿Tiene historia el artículo 51? b) El artículo 51 y el Derecho comparado. c) Nuestra opinión, d) Conclusiones.—II. *Tratamiento jurídico de los matrimonios celebrados en las condiciones determinadas en el artículo 51 del Código civil.* 1. Situación actual de la cuestión. 2. Posición de las legislaciones extranjeras. 3. Posición de la doctrina científica extranjera. 4. Posición de la doctrina científica patria. 5. Posición de la doctrina jurisprudencial. 6. Nuestra opinión. 7. Conclusiones.

El contenido de este trabajo nos ha sido sugerido, en gran parte, por la sentencia del T. S. de 29 de mayo de 1962, en la que al hacer aplicación en un supuesto de bigamia del artículo 51 del C. c., se priva al cónyuge inocente de los beneficios del matrimonio putativo estimando que el artículo 69 no es aplicable a los matrimonios contraídos con el impedimento de ligamen.

Mas no ha sido sólo este el motivo que nos impulsó a estudiar los artículos citados, sino también el comprobar cómo en la doctrina científica patria no existía uniformidad ni acuerdo en lo que a dichos preceptos se refiere, especialmente en lo que respecta a si existe o no entre ellos antinomia, y a la adecuada calificación jurídica de la sanción que establece el artículo 51 (1).

---

(1) El hecho es que, pese a esa aparente contradicción, antinomia o como quiera llamársele que parece existir entre los arts. 51 y 69 del C. c., lo cierto es que son muy pocos los trabajos monográficos que sobre el primero de estos preceptos se han escrito. De ahí que la mayor parte de las opiniones formuladas sobre estas cuestiones y la problemática de ambos preceptos que hemos recogido y se manejan en el presente trabajo hayan sido tomadas de tratados generales o de estudios relativos a otras cuestiones matrimoniales.

Así, y sin que ello quiera decir que no puedan existir más trabajos sobre la materia, lo cierto es que nosotros solamente conocemos uno que vaya directamente dirigido a tratar de este tema, el de LALAGUNA DOMÍNGUEZ (E.), "El artículo 51 del Código civil y los conflictos de doble matrimonio", publicado en A. D. C., tomo XIV, fasc. II, págs. 383 a 428, 1961, y posteriormente en "Estudios de Derecho matrimonial", publicación del Estudio General de Navarra, 1962, páginas 16 y ss.

Parece ser existe otro trabajo del jurista cubano A. DÍAZ PEIRÓ, publicado

Dos son, pues, los puntos que aquí vamos a tratar; en primer lugar, el relativo a esa contradicción o antinomia que muchos autores ven entre ambos preceptos del C. c.; en segundo lugar, el tratamiento de los matrimonios contraídos con infracción de lo dispuesto en el artículo 83, 5.º, de dicho cuerpo legal, en relación con el artículo 51.

A su vez, la antinomia entre dichos artículos la contemplemos proyectando preferentemente nuestra atención sobre el 51, que estudiaremos desde un doble punto de vista: el de la Dogmática y el de la Política jurídica o Nomotesia.

En cuanto al problema del tratamiento jurídico del impedimento de ligamen, lo contemplemos desde el punto de vista del Derecho comparado, la doctrina científica y la jurisprudencial.

---

en la Rev. cubana de Derecho, julio-septiembre 1935, que cita el profesor VALVERDE en su "Tratado...", t. IV, 4.ª edic., Valladolid, 1938, págs. 200-201, nota 2, trabajo que no hemos podido localizar.

Por lo demás, existen, como indicábamos, otros trabajos monográficos que se ocupan del tema, pero incidentalmente, ya que en realidad van dirigidos a tratar otros aspectos del matrimonio, tal acontece, por ej., con la magnífica obra de GARCÍA CANTERO "El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español", editada por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas en Cuadernos del Instituto Jurídico Español, Madrid-Roma, 1959, que se refiere a este problema principalmente en págs. 113, 223 a 225 y 230 a 233. También merece citarse la monografía del profesor JORDANO BAREA sobre "El matrimonio putativo como apariencia jurídica matrimonial", en A. D. C., t. XIV, fasc. II, 1961, donde hace una referencia al art. 51; y con FUENMAYOR CHAMPÍN, en "El derecho sucesorio del cónyuge putativo", en R. G. L. J., núm. 170, 1941, donde hace un interesantísimo estudio de la figura de la inexistencia con relación a los matrimonios celebrados en las circunstancias a que se refiere el art. 51. También hacen unas brevísimas referencias a dicho precepto ROMERO VEITEZ, en "Las normas de derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado", en Rv. D. P., 1941, pág. 183, y DÍEZ GÓMEZ (Aurelio), en "La Ley de reforma del Código civil de 24 de abril de 1958, con un breve exégesis en Rv. D. Not., núm. XXI-XXII, julio-diciembre 1958, en pág. 349 concretamente.

Además de estos trabajos que pudiéramos decir monográficos, en los que, como indicábamos, se trata del art. 51 incidentalmente, lo contemplan también en sus tratados generales con bastante detalle BENET RAMÓN, en "Compendio de Derecho civil", t. IV, Der. de familia, 1960, págs. 454-455 y 483 a 485, principalmente; CASTÁN, en "Derecho...", t. V, vol. I, 8.ª edic., 1960, págs. 677 a 679, 684, 685, 711-712; SÁNCHEZ ROMÁN, en "Estudios...", t. V, vol. I, 2.ª edic., Madrid, 1912, principalmente en págs. 485 a 488; PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN, en Comentarios al t. IV, vol. I de la ob. de Ennecerus, edic. 1947, especialmente en § 11, págs. 83-84; MUCIUS SCAEVOLA, en "Código...", t. II, Madrid, 1907, págs. 202 y ss., y en la 5.ª edic. con comentarios de ORTEGA LORCA, Madrid, 1946, págs. 383 a 386; MANRESA, en "Comentarios...", t. I, 1.ª edic., Madrid, 1890, pág. 260, principalmente, y también en 7.ª edic., Madrid, 1956, págs. 458-459 (a).

---

(a) Ya en vías de concluir el presente trabajo, hemos tenido ocasión de leer, bien que muy ligeramente, un nuevo estudio sobre el art. 51, el de CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Cándido), titulado "El artículo 51 del Código civil: alcance de su precepto y su sanción", publicado en Rv. G. L. J., núm. 4, abril 1963, págs. 481 a 553, que citamos al tratar del problema de la sanción de los matrimonios celebrados con impedimento de ligamen.

## I. ¿EXISTE ANTINOMIA ENTRE LOS ARTÍCULOS 51 Y 69 DEL CÓDIGO CIVIL?

1. *El artículo 51 desde el punto de vista de la Dogmática jurídica.*

Vamos a limitarnos en esta primera parte del trabajo a contemplar el artículo 51 del C. c. desde el estricto prisma de la Dogmática jurídica, observando, por tanto, la interpretación y sistematización que de su contenido hace la doctrina científica y jurisprudencial, para concluir desarrollando la posición que nosotros adoptamos ante dicho precepto.

a) *Posición de la doctrina científica patria.*

Dos son las posiciones que nuestros juristas mantienen en orden a la contradicción o antinomia que se dice existe entre los artículos 51 y 69 del Código civil:

a) La de quienes estiman que el artículo 51 goza de preferencia respecto del 69; y

b) La que pudiéramos llamar ecléctica.

Dentro de la primera posición podemos incluir a GARCÍA CANTERO (2), SÁNCHEZ ROMÁN (3), BONET RAMÓN (4), FUENMAYOR CHAMPÍN (5), DÍAZ GUIJARRO y MARTÍNEZ (6) y CASTÁN TOBEÑAS (7).

En cuanto a la dirección que hemos llamado ecléctica, cabe distinguir dentro de ella diversos matices. Así, en primer lugar, podemos señalar a aquellos que proyectan sobre los Tribunales la determinación de cuál pueda ser la norma aplicable en cada caso concreto, si el artículo 51 o el 69 (8).

Otra manifestación de esta dirección es la representada por los que consideran que la aplicación del artículo 51 o del 69 depende de que exista o no buena fe.

(2) En ob. cit., pág. 231, donde dice: "En el conflicto que resulta de la simultánea aplicación del art. 51 y del 69, damos preferencia al primero y, en consecuencia, anulado el matrimonio contraído por el bigamo en segundo lugar, los hijos, sea cual fuere la buena o mala fe de los padres, carecerán de la cualidad de legítimos."

(3) "Estudios...", cit., t. V, vol. I, págs. 487 y ss.

(4) Compendio...", cit., t. IV, págs. 454 y 483.

(5) "El derecho sucesorio...", pág. 469, cuando nos dice que "... el art. 51 significa una excepción del 69".

(6) En "El Derecho civil interpretado por el Tribunal Supremo", Madrid, 1910, pág. 268. Esta cita se encuentra tomada de la cit. ob. de FUENMAYOR, página 454, y no hemos tenido ocasión de comprobarla, ya que únicamente pudimos tener a nuestra disposición la 1.ª edic. de "El Derecho civil...", editada en Madrid en 1900, en cuyo vol. I, pág. 283, los autores recogen no la opinión que indica FUENMAYOR, sino la de MANRESA, estimando, por tanto, que el art. 69 es la regla general y el 51 la excepción.

(7) "Derecho...", cit., t. V, vol. I, 8.ª edic., pág. 711.

(8) En este sentido se pronuncian los comentaristas de Ennecerus, en t. IV, vol. I, § 29, pág. 178.

A su vez, dentro de esta tendencia podríamos distinguir los siguientes matices:

a) Se aplicará el artículo 69 del C. c. al cónyuge no casado anteriormente si ignoraba dicho impedimento y a los hijos. El artículo 51 se aplica sólo al contrayente de mala fe.

En el caso de que la mala fe concurra en ambos cónyuges, el artículo 69 se aplicará únicamente a los hijos.

Esta posición es seguida principalmente por MUCIUS SCAEVOLA (9), ORTEGA LORCA (10) y MANRESA (11), así como por el profesor DE DIEGO (12), VALVERDE (13), SANTAMARÍA (14), e incluso podríamos incluir aquí a COMAS (15).

9) "Código...", t. II, 1892, págs. 110-111 y en edic. 1907 mismo t., páginas 203 y ss.

(10) En la revisión y puesta al día de la ob. de MUCIUS, 5.ª edic., 1946, t. II, págs. 384-386.

(11) En "Comentarios...", 1.ª edic., t. I, 1890, pág. 260, lo que reitera en la 7.ª edic., 1956, pág. 458.

Nos ha llamado la atención el hecho de que algún autor, al examinar la problemática de los arts. 51 y 69 del C. c., incluye a MANRESA entre los que otorgan preferencia a este último artículo sobre el primero.

Y decimos esto porque, en nuestra opinión, la posición de este tratadista es inconfundiblemente ecléctica. Mas por si pudiéramos estar equivocados, transcribiremos lo que sobre la cuestión dice:

Tomo I, Madrid, 1890, comentando el art. 51, en pág. 260: "*No existe contradicción entre los dos textos, puesto que el primero expresa la regla general, y el segundo establece la excepción de que habrán de valerse el contrayente de buena fe y los hijos para lograr que se les reconozcan los derechos compatibles con su situación anormal.*"

Mismo t., 5.ª edic., 1924, pág. 313, comentando el mismo precepto: "*No existe contradicción entre los dos textos...*". "*Por tanto, cuando el matrimonio contraído de buena fe por una persona se anula por resultar que el otro contrayente se hallaba legítimamente casado con anterioridad, no rige respecto de los hijos y el cónyuge inocente el precepto del art. 51, sino el 69, que es especialísimo y expresamente dictado para el caso.*" Ello lo reitera en la 7.ª edición, 1956, págs. 458-459.

(12) En "Curso...", t. VI, 1926, uág. 278, así como en "Instituciones...", t. II, pág. 470, nota (1), donde aplica el criterio de la buena o mala fe de los contrayentes a los efectos del juego de los arts. 51 ó 69.

(13) "Tratado...", t. IV, 4.ª edic., Valladolid, 1938, pág. 118.

(14) "Comentarios al Código civil", t. I, Madrid, 1958, pág. 137, sigue análogo criterio que Manresa.

(15) En efecto, este ilustre jurista, que intervino activamente en las discusiones parlamentarias sobre el Código civil, si bien no se manifiesta concretamente sobre estos preceptos, ni alude en sus discursos ni en su obra "La revisión del Código civil español" (editada en Madrid el año 1895) al problema del art. 51, lo cierto es que en su "Proyecto de reforma del Código civil español" (editado el mismo año), formula dos artículos, el 288 (en págs. 79-80) y el 313 (pág. 88), en íntima relación con la cuestión, apareciendo claramente de ellos que su posición no es otra que la de MANRESA, VALVERDE, etc., o sea, que la buena fe del cónyuge no ligado por matrimonio anterior motiva que le sea de aplicación lo que constituía el art. 69 del C. c.

Dichos preceptos dicen así:

"Art. 288. El matrimonio, aunque sea declarado nulo, si hubiere sido contraído de buena fe por ambos cónyuges, produce entre ellos todos sus efectos civiles, a excepción del señalado en el núm. 3.º del art. 315. Si sólo uno de los

b) El artículo 69 se aplicará única y exclusivamente a los hijos habidos de matrimonios celebrados por personas de las cuales, una al menos, estuviere ya casada legítimamente (16).

c) Los que estiman que “el artículo 51 atendería ahora —como cuando entró en vigor el C. c.— a impedir la posibilidad de un ulterior matrimonio canónico por parte de quien ya se encuentra casado civilmente con otra persona”, mientras que el artículo 69 se aplicará “... al matrimonio putativo, uno de cuyos supuestos originarios y tradicionales es el del matrimonio nulo por impedimento de vínculo” (17).

d) Aquellos para los cuales la aplicación de uno u otro precepto se llevará a cabo en la siguiente forma:

El artículo 69, a los supuestos de

1. Matrimonio civil de persona ya casada civilmente.
2. Matrimonio civil de persona ya casada canónicamente.
3. Matrimonio canónico de persona ya casada civilmente (18).

El artículo 51, al caso de quien encontrándose casado canónicamente contraiga un segundo matrimonio civil (19).

e) Los que, como DÍAZ PEIRÓ, estiman que el artículo 51 se aplicará al supuesto de que una persona casada civilmente se case canónicamente

cónyuges lo hubiere contraído de buena fe, únicamente en su favor se producirán los efectos civiles que se acaban de indicar.

Los efectos civiles del matrimonio se producirán siempre en favor de los hijos concebidos hasta el día en que quede firme la sentencia de nulidad del matrimonio, cuando se haya celebrado con buena fe por alguno de los cónyuges.

La buena fe se presume si no consta lo contrario.”

“Art. 313. El matrimonio canónico, el civil y el celebrado en la forma establecida por las leyes de países extranjeros, producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes”.

“No producirá, sin embargo, efectos civiles el matrimonio canónico, ni el civil, ni el celebrado en la forma establecida por las leyes de países extranjeros, cuando cualquiera de los cónyuges estuviere ya casado legítimamente”.

“Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de los efectos civiles que por razón de la buena fe de alguno o ambos cónyuges produce el matrimonio, según lo establecido en el art. 288.”

(16) Así opina ROBLES POZO en “El Código civil y la jurisprudencia”, Madrid, t. I, 1896, pág. 183. También sigue este criterio, según Fuenmayor, SCAEVOLA, bien que no estemos conformes enteramente con tal manifestación, en cuanto que lo que dice realmente Mucius en su cit. ob., t. II, 1907, pág. 203, es lo siguiente: “La oposición entre la doctrina de ambos artículos es evidente, pudiendo haberse evitado (de querer conservar la disposición del art. 51, que no la creemos necesaria) mediante un párrafo en el que se consignase lo siguiente: “Respecto del cónyuge que hubiere procedido de buena fe, y de los hijos, regirá el art. 69.”

(17) Así se manifiesta JORDANO BAREA en “El matrimonio...”, cit., pág. 350.

(18) En este sentido, LALAGUNA, “El art. 51 del C. c...”, cit., págs. 20, in fine, a 23.

(19) Mismo autor y obra de nota anterior, págs. 24 a 27.

camente sin estar disuelto el primer matrimonio, o viceversa, y el artículo 69 a todos los demás casos de bigamia (20).

Existe, por último, un grupo de tratadistas patrios que se abstienen de formular opinión sobre esta cuestión, dentro del que pueden incluirse Puig Peña y De Buen.

Mas no es ésta la única clasificación que puede hacerse con las teorías que se han formulado en nuestra doctrina científica, respecto de la problemática de los artículos 51 y 69 del Código civil.

Así, considerada la cuestión desde el punto de vista de la posible contradicción o antinomia entre dichos preceptos, pueden distinguirse estas dos posiciones:

I. La de quienes estiman existe antinomia entre los artículos 51 y 69 (21); y

II. Los que niegan exista tal contradicción (22).

b) *Posición de la jurisprudencia.*

El criterio jurisprudencial en lo que a la antinomia o concordancia de los artículos 51 y 69 del C. c. se refiere, es, en nuestra opinión, clara e inalterable en lo que al Tribunal Supremo se refiere: no existe contradicción entre ambos preceptos, en cuanto son distintos los supuestos en ellos regulados.

Mas no acontece lo mismo con todos los Tribunales españoles, cuya posición discrepa en ocasiones de la mantenida por el T. S., inclinándose hacia la tesis de quienes estiman que mediando buena fe debe

(20) Vid. VALVERDE, ob. cit., t. IV, págs. 200-201, nota 2.

(21) Así acontece, entre otros, con DE DIEGO, en "Curso...", t. IV, 1926, pág. 71, y en "Instituciones...", t. II, 1930, pág. 365, nota 1; FALCÓN y ROMERO GIRÓN, en "Código civil español", Madrid, 1888, pág. 86, nota 1; VALVERDE, ob. cit., t. IV, págs. 117-118; MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., t. II, 1907, pág. 202; ORTEGA LORCA, en comentarios a la cit. ob. de Scaevola, t. II, 5.ª edic., 1946, pág. 384; DE BUEN, CASTÁN TOBEÑAS y CASTÁN VÁZQUEZ, en comentarios al t. I del "Curso...", de Colín y Capitant, 3.ª edic., Madrid, 1952, pág. 539. A su vez, PUIG PEÑA parece incidir en la misma opinión, bien que no rotundamente, en ob. cit., t. II, vol. I, pág. 536. También siguen dicho criterio GARCÍA MARTÍNEZ (Francisco), en "Derecho civil. Contestaciones al programa de oposiciones directas a Notarías", t. II, Valencia, 1942, pág. 31, y DÍAZ GUIJARRO y MARTÍNEZ RUIZ, en la 1.ª edic. de "El Código civil interpretado...", t. I, Bilbao, 1900, pág. 283, etc.

(22) En este sentido se manifiestan MANRESA, ob. cit., t. I, 1890, pág. 260, y mismo tomo, 1956 (7.ª edic.), pág. 458, así como SÁNCHEZ ROMÁN, en ob. cit., t. V, vol. I, 2.ª edic., págs. 485-486, donde, además, nos dice que el art. 51 "no es un precepto innecesario".

En la misma línea argumental parecen encontrarse, bien que no aludan directamente a la cuestión, BONET RAMÓN, en "Compendio...", t. IV, págs. 456 y ss., en cuanto distingue los campos de aplicación de uno y otro precepto; FUENMAYOR, en ob. cit., pág. 469, y a que para él "...el art. 51 significa una excepción del 69; GARCÍA CANTERO, en ob. cit., pág. 231, al resolver el posible conflicto entre ambos artículos en favor del 51; y el propio LALAGUNA DOMÍNGUEZ, en ob. cit., toda vez que si bien alude en diversos lugares a la antinomia entre uno y otro precepto, determina en qué casos es aplicable uno y otro.

aplicarse el artículo 69 del C. c., aun tratándose de matrimonios en que concurra el impedimento de vínculo anterior no disuelto.

Hemos de tener, sin embargo, en cuenta, que como esta disparidad de criterios no siempre ha obedecido a diferencias interpretativas, sino también, en ocasiones, a la existencia de disposiciones legales dictadas para resolver situaciones de excepción, no puede decirse —o al menos tal es nuestra opinión— que siempre que surjan tales discrepancias, éstas sean verdaderas (23).

En consecuencia, estimamos, que esa falta de acuerdo que en ocasiones se observa en la doctrina jurisprudencial puede ser debida:

a) A la existencia de alguna disposición legal especialísima que así lo establezca.

En estos casos somos de la opinión que no puede hablarse, en realidad, de desacuerdo, y sí, a lo sumo, de necesidades derivadas de la aplicación de disposiciones legales.

Un ejemplo de ello lo tenemos en la S. T. S. de 14 de julio de 1953, que en un supuesto de posteriores nupcias sin estar disuelto el primer matrimonio, considera de aplicación al artículo 69 del Código civil, bien que dicha interpretación sea debida a no estimar la existencia del impedimento de ligamen, por el juego de las leyes de matrimonio civil de 1932 y la de 21 de septiembre de 1939 (24).

---

(23) Nos referimos aquí, principalmente, a la Ley de 23 septiembre 1939, derogatoria de la Ley de Divorcio de 1932, en cuanto su Disposición transitoria 4.<sup>a</sup> autoriza a extender los beneficios del matrimonio putativo, al menos en lo que se refiere a los hijos, a los casos de segundos matrimonios civiles.

También puede incluirse aquí la Ley de Matrimonio civil de 28 julio 1932, que al ser derogada por Ley de 12 marzo 1938 ha sido motivo de resoluciones judiciales un tanto excepcionales en orden a la aplicación del art. 69 del C. c.

(24) El supuesto de hecho sobre el que se construye esta sentencia es el siguiente:

Un individuo contrae matrimonio canónico el 26 de abril de 1937, del que tiene un hijo.

Posteriormente, el 28 de agosto de 1938, al amparo de la Ley de Matrimonio civil de 28 de agosto de 1932, contrae nuevo matrimonio, éste civil, con otra, de quien tiene dos hijas.

El T. S., en los Considerandos de dicha sentencia, establece la siguiente doctrina:

“Derogada por Ley de 12 de marzo de 1938 la de 28 de junio de 1932, en la que se había establecido que, a partir de su vigencia, sólo se reconocía como forma de matrimonio el civil, y ordenado en la primera de dichas Leyes, además de la expresada derogación, que los matrimonios canónicos celebrados durante la vigencia de la Ley derogada producirían todos los efectos civiles desde su celebración... al hacer aplicación de esta Ley al caso de quien había contraído matrimonio civil ante el juez municipal el día 28 de agosto de 1938., anulada la inscripción de dicho matrimonio en el Registro civil a instancia del marido el 17 de junio de 1939, el cual el día 26 de abril de 1937 había contraído matrimonio canónico con otra mujer, existiendo de este último matrimonio un hijo, y dos hijas del primero, y resultar que por el carácter legal y efectos retroactivos que se reconocen al matrimonio canónico, el civil, existente con anterioridad, que cuando se contrajo era el único que estimaba nuestra legislación de entonces como legítimo, y para el que no existía, por lo tanto, el impedimento dirimente establecido por el artículo 51 del Código civil, ha pasado, al

b) A una errónea interpretación del artículo 69, único supuesto en el que cabe hablar efectivamente de disconformidad.

Pueden ser incluidas en este apartado la sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid de 25 de enero de 1957 (25) y la de la Sala de lo Civil de la de Granada de 28 de octubre de 1957 (26).

empezar a regir dicha Ley, a ser un segundo matrimonio, al que afecta tal impedimento, lo que da lugar a decidir si es de aplicación a este matrimonio lo establecido en el artículo 51 citado, o lo prevenido en el 69 del mismo Cuerpo legal; y teniendo en cuenta que el primero de dichos preceptos se refiere al caso de que uno de los cónyuges, al contraer matrimonio, estuviese ya casado legítimamente, LO QUE NO OCURRÍA CUANDO SE CELEBRÓ ESTE MATRIMONIO CIVIL, por tener en aquel tiempo sólo un carácter sacramental el matrimonio canónico, y que era cuando se contrajo, y muchos meses después en el tiempo en que fueron concebidas las dos hijas de este matrimonio el único de efectos civiles que existía, no puede aplicarse a esta unión civil esa disposición legal por referirse a otro supuesto; Y ES, POR EL CONTRARIO, EL ARTÍCULO 69 EL APLICABLE, pues por su carácter general comprende todos los casos de nulidad de matrimonio establecidos en el Código civil por impedimentos dirimentes que no sean la concretamente prevista y sancionada en el artículo 51..."

(25) Esta resolución dice así: "CONSIDERANDO: Que así despejada la competencia del fuero secular sobre los temas de este pleito, cabe afirmar rotundamente que el segundo matrimonio celebrado por ... con ..., debido al anterior nexo no disuelto, concluido con ..., es nulo a los efectos simplemente civiles de que aquí tratamos, puesto que el impedimento de vínculo matrimonial anterior, al no funcionar como tal, produce la nulidad del segundo enlace, a tenor del número 5.º del artículo 83, en estrecha armonía con el número 1.º del 101 del Código civil; y claro es que la esposa no podía ignorar la existencia del primer matrimonio o dejar de tener plena conciencia del mismo, por ser acto propio inconfundible en la vida individual y social, que deja huella en los espíritus, aun en los de escasas facultades rememorativas, circunstancia que le acusa de mala fe en el ámbito civil en donde operamos, con la consecuencia de no poder alcanzar ninguna ventaja patrimonial, a tenor del artículo 69 del Código, para ella y sus posibles derechos-habientes o sucesores..."

Independientemente de la crítica que merece esta resolución, por fundamentar la mala fe de uno de los contrayentes en una simple presunción "iuris tantum", cual es la trascendencia individual y social que tenga el matrimonio, y refiriéndonos concretamente al llamado matrimonio putativo, vemos cómo en esta sentencia se admite implícitamente la posibilidad de aplicar el artículo 69 del Código civil a los matrimonios celebrados con el impedimento de ligamen, siempre que exista buena fe en uno o en ambos cónyuges, desde el momento que la mala fe excluye dicha aplicación.

Al margen de esto, pero también en relación con el matrimonio putativo, parece seguir el criterio erróneo de extender la mala fe, o mejor dicho, sus consecuencias a los derecho-habientes y sucesores en general.

(26) La sentencia que se ha indicado en el texto dice así: "CONSIDERANDO: Que si bien puede objetarse la aplicación de tal precepto legal (art. 69 C. c.) en vista de su encuadramiento en el Código civil y de su dicción literal, que dicho artículo presupone un matrimonio nulo y no uno inexistente, parece en el caso de autos más ajustada a derecho la solución contraria por lo siguiente: a) La consideración de que la doctrina científica moderna más autorizada estima la existencia del vínculo matrimonial como determinante de lo que al lado de la capacidad plena y de la capacidad especial se ha llamado capacidad concreta, con repercusiones en la eficacia del matrimonio distintas de las pretendidas. b) El hecho de que el artículo 69 no excluye de su ámbito los matrimonios que adolecen de inexistencia —como es natural, debió hacer expresamente si quería este re-



En cuanto al Tribunal Supremo, su posición es clara, como decíamos al comenzar el presente epígrafe, manteniendo en sus resoluciones reiteradamente la tesis de la inexistencia de contradicción y la perfecta distinción de los campos de aplicación de los artículos 51 y 69 del Código civil. Y como muestra de ello, pasamos a exponer unos esquemas de las más importantes sentencias de dicho Tribunal en esta materia:

*S. 12 de marzo de 1942*: Referida a un español que, casado canónicamente en España, se divorcia en Francia y vuelve a casar en Rusia. Fallecido, la segunda mujer reclama a la primera sus derechos a los bienes del difunto. Desestimada la demanda en todas las instancias, el T. S. dice: "... por aplicación del principio que informa dicho artículo 9, y *más concretamente*, por virtud de las normas que contienen los artículos 11, en su párrafo final, 51, 52, 83, núm. 5.º, y 104 del mismo Código...".

*S. 12 de mayo de 1944*: El supuesto que contempla es el siguiente: Un español, soltero, contrae matrimonio con una francesa divorciada, cuyo marido vive. Sobre estas bases y otras que se recogen en los antecedentes de hecho, el T. S. declara que "Los artículos 51 y 52 del Código citado establecen que no producirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviere ya casado legítimamente, y que el matrimonio sólo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges...", de lo que resulta que "... don... no pudo válidamente contraer el matrimonio que celebró en Londres porque subsistía su Ley nacional, el vínculo del canónico anteriormente llevado a efectos por doña...".

*S. 29 de mayo de 1962*: El supuesto fáctico es el siguiente: La actora contrae matrimonio en 1916 con un individuo que aparecía como soltero, pero que posteriormente se descubre estaba casado en Argentina desde el año 1909. Se solicitaba que el segundo matrimonio produjera efectos civiles para la actora y los hijos habidos. La sentencia de la Audiencia Territorial, accediendo a lo solicitado, es casada por el T. S., que dice:

"... y el 69 no puede ofrecerle liberación al matrimonio del bigamo, *por existir precepto específico que sanciona su prohibición, como es el 51, ya que si el legislador hubiera querido extender los efectos de aquél no lo hubiera incluido en su texto...*".

### c) *Nuestra opinión*:

En verdad, no resulta fácil adoptar una posición en lo que se refiere a estos dos artículos del Código civil, dado el gran número de

---

sultado—... c) La falta de rigor sistemático y terminológico—especialmente en lo referente a la teoría de la eficacia de los actos jurídicos— del Código civil, que impide apoyar la interpretación del precepto en una confusión del Código... d) La circunstancia de que el Código de Derecho Canónico, cuyo contenido es muy de tener en cuenta, dada la forma canónica del segundo matrimonio de que nos ocupamos, estima matrimonio nulo.

opiniones contradictorias que sobre los mismos se han emitido por destacados representantes de la doctrina científica patria, desde la promulgación de dicho cuerpo legal hasta nuestros días.

No obstante, estimando que es obligación de todo el que se enfrenta con un problema o cuestión dar su opinión (acertada o no) para que otros la contrasten y juzguen, vamos a cumplir este difícil cometido, advirtiendo que dicha opinión viene referida al aspecto dogmático-jurídico de la materia que estamos examinando, como ya se indicaba en el primer epígrafe del presente trabajo.

Dos son los puntos que estimamos más interesantes en lo que a las relaciones de los artículos 51 y 69 se refieren: en primer lugar, el de si son o no antinómicos o contradictorios; en segundo lugar, el de conocer los supuestos fácticos que regulan uno y otro.

### 1.—¿Antinomia o compatibilidad?

Es esta, sin duda, una de las cuestiones más interesantes que nos ofrece el estudio de los dos preceptos que estamos contemplando, en cuanto de la solución que se la dé va a depender en gran medida la del juego de dichos artículos en la regulación de la efectividad de los matrimonios contraídos en las condiciones en ellos descritas.

Así, si se estimare que entre los artículos 51 y 69 del C. c. no existe antinomia, resultaría evidente que teniendo cada uno su propia esfera de aplicación, no podría discutirse ésta.

Por el contrario, si la antinomia existiere, habría que entrar, en primer lugar, a determinar si es o no plena y absoluta para, a la vista de lo que resultare, adoptar la pertinente solución.

Pues bien, ante la interrogante que se plantea en este epígrafe, ¿qué solución cabría adoptar?

Si por antinomia se entiende la “*oposición entre dos leyes o dos lugares de una misma ley*”, no nos parece aventurado afirmar que entre los artículos 51 y 69 del C. c. no existe una auténtica e insalvable contradicción.

Bástenos, sino, con observar dichos preceptos, que dicen así:

#### Artículo 51

“No producirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviere ya casado legítimamente.”

#### Artículo 69-1

“El matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles, aunque sea declarado nulo.”

Aunque a primera vista pueda parecer que existe una cierta antinomia entre ambos preceptos, un más detenido examen de los mismos nos permite comprender que aquella no es absolutamente irreductible, y sí, por el contrario, aparente, dado:

1.º Que el contenido de cada artículo es, en principio al menos,

claramente distinto, en cuanto mientras el 51 se refiere únicamente a los matrimonios contraídos con el impedimento de ligamen, el 69 regula la figura jurídica del llamado matrimonio putativo.

2.º Que mientras el primero de estos dos preceptos viene referido a un supuesto de ineficacia concretísimo, el de los matrimonios celebrados en las condiciones que en él se indican, el artículo 69 contiene una excepción a las normas generales de ineficacia de los matrimonios nulos.

3.º Que uno y otro precepto se encuentran sistemáticamente radicados en lugares distintos del C. c. Así, el 51 lo está en la Sección 2.ª del Capítulo I, Título IV, Libro I, y el 69 en la Sección 5.ª del mismo Capítulo, Título y Libro.

Claro es que se nos podrá decir que en el segundo de estos supuestos es donde radica precisamente la antinomia. De acuerdo en que, de existir ésta, sería en dicho punto; el de la efectividad o inefectividad de los matrimonios nulos, más precisamente por eso, porque sólo es ahí y porque, además, la contradicción no resulta irreductible, es por lo que nos inclinamos a considerarla más aparente que real (27).

## II.—*Ámbito de aplicación de los artículos 51 y 69.*

Supuesto que para nosotros no existe una auténtica contradicción entre ambos preceptos, y sí, a lo sumo, cierto aparente confusionismo en la materia por ellos regulada, vamos a procurar fijar su esfera de aplicación.

Para ello tomaremos como punto de partida su contenido, transcrito en el epígrafe anterior, del que aparece con claridad:

1.º Que el artículo 51 viene referido única y exclusivamente a los matrimonios contraídos con el impedimento de ligamen (art. 83. núm. 5.º del C. c.).

2.º Que en consecuencia, el artículo 69 vendrá referido a todos los matrimonios cuya causa o motivo de nulidad no sea el impedimento de ligamen (arts. 83, núms. 1.º a 4.º, y 84 del C. c.).

Esta determinación, si se quiere un tanto apriorística, del ámbito de aplicación de los artículos 51 y 69 del C. c., la fundamos en las siguientes consideraciones: La de que si así no fuere carecería de razón de ser el artículo 51; y la de la propia naturaleza de dicha norma.

---

(27) En realidad, y aun cuando en nuestra opinión no existe antinomia o contradicción entre ambos artículos, no creemos pueda negarse tajantemente la existencia de una aparente incompatibilidad, o, si se prefiere, una cierta confusión, entre el contenido de dichos preceptos. Basta, como decíamos, contemplarlos someramente.

Pero es que, además, las posiciones terminantes y categóricas en lo que a esta cuestión se refiere no las estimamos acertadas: 1.º Porque es un considerable sector de la doctrina científica patria el que afirma que la antinomia existe, lo cual implica que la distinción no es tan clara y pristina como hubiere deseado el legislador; y 2.º Porque son también muchos los tratadistas que afirman pueden aplicarse separadamente ambos preceptos, encontrándose sus campos perfectamente diferenciados.

Vamos a contemplar estos dos puntos, si bien, alterando el orden en que los hemos enunciado, comenzaremos por el último.

A.—*Calificación jurídica del artículo 51 del Código civil.*

La doctrina científica patria, al ocuparse de la posible antinomia entre los artículos 51 y 69 del C. c., suele escindirse en dos grupos: el de quienes atribuyen al artículo 51 el carácter de norma especial frente al 69 (28), y el de aquellos otros que siguen el criterio opuesto (29).

La solución de este aspecto ofrece indudable interés, en cuanto de ella dependerá en gran parte la primacía en la aplicación de una u otra norma.

Así, si la especial es el artículo 51, entrarían en juego las reglas jurídicas "*leges generales non debent extendi ad leges, quae habent suam particularem provisionem*" y "*generi per speciem derogatur, in toto iure*" (Dig., Lib. I., Tit. XVIII; ley 80), lo que daría lugar a que, en principio al menos, prevaleciese dicho precepto sobre el 69 (30).

---

(28) Siguen este criterio, entre otros, BONET RAMÓN, en ob. y t. cits., página 454; LALAGUNA, en ob. cit., pág. 17; GARCÍA CANTERO, ob. cit., pág. 231; CASTÁN, "Derecho...", cit., t. V, vol. I, pág. 711; DÍAZ GUIJARRO, y MARTÍNEZ RUIZ, en ob. y t. cits., edic. 1900, pág. 284; SÁNCHEZ ROMÁN, ob. y t. cits., página 487, y FUENMAYOR, ob. cit., pág. 469.

(29) En el sentido que se indica en el texto se manifiestan MANRESA, ob. cit. t. IX, 1890, pág. 260, y mismo t., edic. 7.<sup>a</sup>, 1956, págs. 458-459; PEDREGAL Y CAÑEDO, "Textos y comentarios al Código civil español", t. I, Madrid, 1889, página 135; MUCIUS SCAEVOLA, en ob. cit., t. II, 1907, pág. 202, y ORTEGA LORCA, en misma ob. de Scaevola, 5.<sup>a</sup> edic., 1946, pág. 383; SANTAMARÍA, ob. cit., t. I, pág. 137, que sigue la tesis de Manresa; VALVERDE, ob. cit., t. IV, pág. 118.

(30) Sin entrar en disquisiciones sobre el valor de estas máximas o reglas de derecho, por exceder ello del contenido del presente trabajo, y remitiéndonos en todo a lo dicho respecto de las mismas por DE CASTRO en "Derecho..." I, 2.<sup>a</sup> edic., págs. 432 y ss., y CASTÁN en "Derecho...", cit., t. I, vol. I, 9.<sup>a</sup> edic., págs. 329 y ss., sí diremos que la doctrina científica al estudiar las llamadas leyes generales y especiales, suele admitir, bien que con grandes reservas, el criterio que señalan dichas máximas, criterio que además acoge la doctrina jurisprudencial, entre otras, en sentencias del T. S. de 8-V-1878, 3-I-1908, 18-III-1944, 29-XI-1945 y 10-V-1947, a tenor de las cuales la norma general sólo se aplicará en defecto de la especial, estableciendo respecto de estas últimas que las leyes especiales o excepcionales son siempre de aplicación preferente.

A mayor abundamiento, el T. S. en un supuesto de aplicación del artículo 61 del C. c., en relación con los artículos 1.261 y 1.262, establecía que "cuando la Ley establece excepciones a estos artículos (1.261 y 1.262), la regla aplicable es la específica, *ya complete ya modifique la genérica*", y lo mismo acontece con otra sentencia del mismo T. S. de 5-VII-1904, a tenor de la cual la regla general del artículo 60 está subordinada a las especiales que rigen en materia de bienes parafernales; y con la de 4-VI-1955, en la que se afirma la prevalencia de la norma especial sobre la general; y la de 13-X-1952, que confirma dicho principio, siempre, claro es, que la regla especial no pugne con el sentido general del Derecho reflejado en las demás normas.

Por último, la sentencia del T. S. de 4-VI-1955, relativa a un supuesto de daños y perjuicios de los artículos 1.101 y 1.106 del C. c., después de decir que dichos artículos fijan el concepto de daño y perjuicio, y que tienen un carácter

Por el contrario, si, como estiman otros, la especialidad radicara en el artículo 69, tendríamos que su régimen se aplicaría incluso a los matrimonios celebrados con impedimento de ligamen y, consiguientemente, estos surtirían plenos efectos civiles para el contrayente de buena fe y siempre para los hijos.

Pues bien, así las cosas, ¿qué calificación merece el artículo 51 del Código civil? ¿Será norma especial o general?

Iniciaremos el estudio de esta cuestión contemplando la significación gramatical de ambos términos.

“General” equivale a tanto como “común, frecuente, ordinario”, sirviendo para designar a “lo que es común y esencial a todos”.

A su vez, el calificativo “especial” se reserva para determinar lo “singular o particular, en oposición a lo general u ordinario”.

Tomando como punto de partida estas bases gramaticales para resolver la cuestión planteada, vamos a contemplar los artículos 51 y 69 desde un doble punto de vista: el de la nulidad del matrimonio y el de la buena fe de los cónyuges, ya que son los dos presupuestos sobre los que se construye por la doctrina científica, e incluso jurisprudencial, la posible preferencia de uno u otro precepto.

### Nulidad (31).

Si los matrimonios contraídos sin impedimentos de ninguna clase y con los requisitos de forma establecidos por el Derecho canónico y el Código civil producen plenos efectos civiles, parece evidente “a contrario sensu” que los matrimonios celebrados en las condiciones determinadas en el artículo 101 del C. c. merezcan la consideración de nulos y, en consecuencia, no produzcan efectos civiles (*quod nullum est, nullum producit effectum*).

Esta constituye, por tanto, la regla general en orden al tratamiento jurídico de los matrimonios contraídos en las circunstancias que se recogen en los artículos 83 y 84 en relación con el 101 del C. c., en la que parece inspirarse el artículo 51 al negar la producción de efectos civiles al matrimonio que se celebre con el impedimento recogido en el artículo 83, 5.º

---

general en su aplicación, agrega: “... que cede ante disposiciones que específicamente regulan las indemnizaciones en las hipótesis que ellas previenen, como ocurre con las artículos 451 y siguientes de dicho Cuerpo legal...”.

(31) Hemos de advertir que empleamos aquí el concepto nulidad, siguiendo la terminología legal (epígrafe de la Sección 5.ª, Tít. IV, Lib. I del C. c.: “De los efectos de la nulidad del matrimonio y del divorcio”; epígrafe de la Sección 3.ª, Cap. III del mismo Tít. y Lib.: “De la nulidad del matrimonio”, y artículos 68 y ss., que hablan de matrimonio nulo, 101 y 103, que se refieren a los matrimonios nulos, etc.).

En consecuencia, cuando hablamos de nulidad lo hacemos en un sentido amplísimo y hasta posiblemente inadecuado, ya que más bien debería hablarse de “ineficacia”. Más adelante, al tratar de la sanción que merecen los matrimonios celebrados en las circunstancias a que se refiere el artículo 51, tipificaremos la para nosotros verdadera calificación de estos matrimonios.

Mas esta improductividad de efectos civiles peculiar de los matrimonios afectados de nulidad, presenta una excepción; la de los llamados matrimonios putativos regulados en el artículo 69 de dicho cuerpo legal.

Consiguientemente, y por lo que a la nulidad del vínculo matrimonial se refiere, tendremos:

*Regla general:* No producción de efectos civiles de los matrimonios nulos.

*Excepción:* Producirán efectos civiles los llamados matrimonios putativos, respecto del contrayente de buena fe y los hijos.

Considerada la cuestión desde este punto de vista, parece resultar que la regla general se encuentra representada por el artículo 51, que priva de efectos al matrimonio contraído con el impedimento de ligamen, como nulo que es, y la excepción por el artículo 69, que otorga dichos efectos a los contrayentes de buena fe, aunque la unión sea nula.

*Buena fe.*

En este principio es en el que se apoyan principalmente los que atribuyen al artículo 51 el carácter de norma general frente al artículo 69, al que califican de excepcional, considerando:

1.º Que el artículo 51 establece con carácter general la ineficacia de los matrimonios celebrados con impedimento de ligamen.

2.º Que el artículo 69, por el contrario, sanciona como especialidad o excepción a dicho supuesto el principio de la buena fe, que eliminando la ineficacia de lartículo 51 motiva la productividad de efectos civiles incluso por los matrimonios civiles contraídos con el impedimento referido (32).

Tomando, pues, estas alegaciones como punto de partida para el montaje de la regla general y la excepción, tendríamos:

*Regla general:* El matrimonio contraído sin estar legítimamente disuelto el anterior, es ineficaz (art. 51).

*Excepción:* Si se contrae de buena fe, producirá efectos civiles (art. 69).

De lo hasta ahora expuesto, fundado todo ello en la opinión de los tratadistas y autores que del estudio de esta cuestión se han ocupado, podría extraerse la consecuencia de que la especialidad del artículo 69 es, en principio al menos, más fuerte que la del 51 y, por tanto, que aquél debe prevalecer sobre éste.

Mas, en nuestra opinión, ello no es exacto, en cuanto ni el artículo 51 ni el 69 puede decirse sean normas generales. E incluso llegamos a más, estimando que el 51 no es tampoco regla especial, si entendemos por tales aquellas que hacen referencia a categorías determinadas de personas, cosas o actos (33).

(32) Así, MANRESA, SANTAMARÍA y demás autores citados en nota 26.

(33) En este sentido, vid. CASTÁN, "Derecho...", cit., t. I, vol. I, pág. 268.

¿Cuál es, pues, su verdadera calificación jurídica? Para nosotros, *el artículo 51 constituye un auténtico privilegio en sentido estricto*, en cuanto está dado para regular una concreta y determinada relación jurídica; la de los matrimonios que se celebren cuando cualquiera de los cónyuges estuviese ya casado legítimamente, estableciendo un trato especialísimo para dicha situación.

Nos apoyamos para hacer esta afirmación en que si bien el término privilegio suele proyectarse sobre las personas, lo cierto es que viene referido no sólo a éstas, sino también a las cosas y a las relaciones jurídicas (34).

Pues bien, en el concreto caso del artículo 51 del C. c. que estamos contemplando, se observa:

1.º Que dicho precepto no regula una relación de tipo abstracto, sino concreta y determinada: los efectos del impedimento de ligamen en el vínculo matrimonial.

2.º Que no es válido para regular otras relaciones jurídicas de nulidad matrimonial.

3.º Que crea una situación jurídica concreta: la ineficacia civil de los matrimonios que se celebren concurriendo el impedimento de ligamen (núm. 5.º del art. 83 del C. c.).

4.º Que constituye una auténtica excepción, en cuanto altera una situación ya de por sí especial; la regulada en el artículo 69 del C. c.

Téngase en cuenta, además, que en el Código civil se contienen normas de privilegio, como son, entre otras, el artículo 85, relativo precisamente a cuestiones también matrimoniales, como la dispensa de impedimentos; el 92, que se refiere a la dispensa de la publicación de edictos; el 127, en materia de legitimación; el 19, después de la Ley de 15 de julio de 1954 (35), etc.

La consideración del artículo 51 como privilegio no supondría, por tanto, una situación excepcional en el conjunto sistemático de dicho cuerpo legal, dado que tal carácter lo merecen ya otras normas.

Pero es que, además, la calificación del artículo 51 como norma privilegiada contribuiría en gran medida a solucionar el problema que tiene planteado la doctrina científica y, en cierto modo, la jurisprudencia, en cuanto por virtud de tal caracterización dicho precepto

(34) Vid. sobre esto CASTÁN, "Derecho...", cit., t. I, vól. I, págs. 270-271; DE CASTRO, "Derecho..." cit., **v**, págs. 104 y ss.; PUIG PEÑA, "Tratado...", cit., t. I, págs. 52-53; CULI (Federico), Voz "Privilegio", en Enciclopedia Jurídica SEIX, t. XXV, pág. 877. Concretamente, el profesor DE CASTRO, al ocuparse de esta cuestión, considera privilegio aquella "Disposición jurídica creadora de modo inmediato de una situación jurídica concreta".

(35) DE CASTRO, ob. cit., I, pág. 106, y CASTÁN, ob. t. y vcl. de nota anterior, pág. 271.

Por su parte, SCAEVOLA, en ob. cit., t. II, 1946, concordada por ORTEGA LORCA, en página 385 dice así: "Por lo tanto, o el artículo 51 infringe la doctrina del artículo 69... o no es cognoscible la oportunidad de su inserción, a no ser que el legislador haya querido establecer un privilegio en favor del impedimento de vínculo matrimonial...".

gozaría de preferencia respecto del 69, en todas las situaciones de vínculos matrimoniales contraídos concurriendo el impedimento de ligamen.

B.—*La proyección de la buena fe recogida en el artículo 69 sobre el 51, haría de éste un precepto innecesario y sin contenido.*

Esta afirmación podemos verla con claridad a través de los siguientes esquemas:

<i>Norma general para los matrimonios nulos</i>	<i>Artículo 51</i>	<i>Excepción del artículo 69</i>
<i>No producen ningún efecto jurídico.</i>	<i>Confirma y refuerza el criterio general para los matrimonios celebrados con impedimento de ligamen.</i>	<i>Produce efectos civiles:</i> 1.º <i>Para el contrayente de buena fe.</i> 2.º <i>Para los hijos, siempre.</i>

Mas si se aplicaran los principios de la buena fe que caracterizan el matrimonio putativo regulado en el artículo 69 a los supuestos de bigamia, tendríamos:

<i>Artículo 51</i>	<i>Artículo 69</i>
<i>Produce efectos civiles:</i> 1.º <i>Para el cónyuge de buena fe.</i> 2.º <i>Para los hijos, siempre.</i>	<i>Produce efectos civiles:</i> 1.º <i>Para el cónyuge de buena fe.</i> 2.º <i>Para los hijos, siempre.</i>
<i>No los produce para el contrayente de mala fe, lo que ya está previsto en la teoría general de la nulidad del matrimonio por virtud del principio "nullum..."</i>	<i>No los producirá, "a contrario sensu", para el cónyuge de mala fe.</i>

Tenemos, pues, que aplicando el principio de la buena fe al supuesto regulado en el artículo 51, éste quedaría con un contenido idéntico al del 69. Consiguientemente, carecería de razón de ser y de auténtico contenido.

¿Puede esto ser? En nuestra opinión, no. ¿Por qué? Vamos a verlo.

En el Derecho, como forma de vida social, cabe distinguir dos grandes grupos u órdenes de funciones:

- a) Las de creación de las normas jurídicas; y
- b) Las que van dirigidas a la aplicación y elaboración del Dere-



cho, que comprenden las operaciones de crítica, interpretación e investigación del mismo (36).

La función creadora de las normas jurídicas corresponde, claro es, al legislador. La de aplicación y elaboración del Derecho, a la doctrina jurisprudencial y científica, que tienen a su cargo interpretar e investigar el Derecho.

Ambas funciones se encuentran perfectamente diferenciadas, ya que una cosa es crear y otra aplicar e interpretar, adaptando las normas a las exigencias y necesidades de la vida real (37).

La misión, pues, del intérprete es la de investigar e inquirir el contenido de la norma y no la de crear estas. Esto compete sólo al legislador.

Ello sentado, vamos a proyectar su contenido sobre el problema que estamos examinando, o sea, el de si puede o no ser eliminado el artículo 51 por el 69.

Cuando el legislador de 1889 estableció en el artículo 51 que no producirá efectos civiles el matrimonio contraído por quienes estuvieren ligados con vínculo anterior no disuelto, y en el artículo 69 reguló el llamado matrimonio putativo, de cuyos beneficios quedaban exceptuados los comprendidos en el 51, parece lógico que lo hiciera con algún motivo, como, efectivamente, así fué; la repugnancia que en aquellos tiempos inspiraba la bigamia como ataque directo al principio monogámico que debía imperar en el matrimonio, y el respeto a los derechos legítimos del cónyuge e hijos del primer matrimonio, que se verían seriamente lesionados si se extendieran los beneficios de la buena fe propios del matrimonio putativo al cónyuge y a los hijos de estos segundos matrimonios (38).

Pero es que a mayor abundamiento, posteriormente, el legislador de 1958, si bien se preocupó de modificar ciertos preceptos del C. c. re-

(36) Vid. CASTÁN, "Derecho...", cit. t. I, vol. I, págs. 253 a 383; y "Teoría de la aplicación e investigación del Derecho. Metodología y técnica operatoria en el Derecho privado positivo", Madrid, 1947. También DE DIEGO, "La interpretación y sus orientaciones actuales", Discurso de apertura de los Tribunales, de 15-IX-1942; y DE CASTRO, "Derecho...", cit., I, págs. 327 a 520; así como LEGAZ Y LACAMBRA, "Filosofía del Derecho", Barcelona, 1953, págs. 379 y ss., etc.

(37) En ocasiones, sin embargo, es preciso aplicar la norma legal a supuestos no exactamente previstos ni regulados, dando lugar con ello a la denominada "elaboración judicial y extrajudicial, o por vía legitimadora del Derecho. Vid. sobre esto CASTÁN, ob., t. y vol. cit. en nota anterior, págs. 382-383.

(38) Vid. sobre esto "Discusión parlamentaria del Código civil. Discursos pronunciados en el Senado durante la legislatura de 1888 a 1889, coleccionados y publicados por la Revista de los Tribunales". Madrid, Editorial Góngora, 1891, y especialmente los discursos del señor Comás en las partes que figuran en páginas 110 y 221-222, en los que se ocupa de los derechos que pueden corresponder a los hijos habidos de matrimonios nulos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 69 criticando tal criterio con gran dureza, lo mismo que hace dicho tratadista en "La revisión del Código civil español", Madrid, 1895, págs. 193-194.

Vid. también "Código civil español", de FALCÓN (Modesto) y ROMERO Y GIRÓN (Vicente), Madrid, 1888, en cuyas páginas 74 a 76 se hace un encendido elogio de la indisolubilidad del matrimonio, que consideran necesario reforzar al máximo.

lativos al matrimonio que eran fuente de duda y discusión (39), mantuvo sin reformar el artículo 51 y el 69, lo que permite suponer un implícito reconocimiento por parte de quien legisla de que cada uno de dichos preceptos tiene su razón de ser y su esfera de aplicación.

Ante esta situación, estimamos que la misión del intérprete no puede ser otra que:

a) Reconocer que entre ambos preceptos no existe contradicción alguna; o

b) Admitir la existencia de una auténtica antinomia.

Si se llegare a la primera solución, el problema dejaría de serlo, en cuanto ello lleva implícito que cada precepto tiene su esfera de aplicación, que será: la del artículo 51, los matrimonios que se celebren por personas ya ligadas con vínculo anterior no disuelto; la del 69, el resto de los matrimonios nulos.

A su vez, si se considerase que, efectivamente, existe antinomia o contradicción entre ellos, opinión que parece ser la dominante, las posiciones a adoptar sólo pueden ser dos:

a) Que la contradicción es irreductible (*antinomia fuerte*); y

b) Que la contradicción es más aparente que real (*antinomia débil*).

Si se estimase lo primero, el intérprete no tiene otra posibilidad que hacer uso de la llamada "*interpretatio abrogans*", teniendo por no existente aquel de los dos preceptos que implique o suponga una desviación de los principios generales (40).

Mas no creemos que tal solución pueda ser tenida en cuenta seriamente, dado que la contradicción o antinomia entre dichos preceptos, de existir, sería débil:

1.º Porque el mero hecho de discrepar la doctrina científica en orden a su existencia, estimando unos que la hay y otros que no, implica duda y, consiguientemente, que no se presenta con trazos fuertes y acusados.

2.º Porque el propio Tribunal Supremo, órgano de aplicación e interpretación de la Ley por excelencia, viene aplicando de siempre ambos preceptos, lo que implica que cada uno tiene su campo determinado (41).

(39) Tal aconteció, por ejemplo, con el artículo 42, cuya interpretación tantas discusiones suscitó; con el 45, número 1.º, fuente también de dudas; con el 77, etc.

(40) Sobre esta cuestión, vid. CASTÁN, "Derecho...", cit., t. I, vol. I, página 374; BONET RAMÓN, "Compendio...", cit., t. I, págs. 181-182; WINDCHEID, en "Diritto delle Pandette", traducido por Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, Torino, 1925, § 23, pág. 73; SAVIGNY, en "Sistema...", traducción de Jacinto Messia y Manuel Poley, 2.ª edic. Madrid, 1878-1879, t. I, págs. 216 y ss.

(41) Así, y por lo que se refiere al artículo 51, concretamente las sentencias T. S. de 19-I-1926 y 29-V-1926, sin olvidar las de 12-III-1942, 12-V-1944 y 14-VII-1957, que hacen también referencia más o menos directa al artículo 51 como precepto vigente y, por tanto, de actual aplicación, no estando influido ni mediatizado por la doctrina del artículo 69.

3.º Porque, en consecuencia, se trata de dos preceptos dotados de plena vigencia y efectividad.

No nos hallamos, por tanto, ante una antinomia fuerte, irreductible, y sí, a lo sumo, débil o aparente.

Pues bien, si ello es así, la antinomia debe resolverse en el sentido que indica SAVIGNY, esto es, acudiendo a lo que él llama "*conciliación sistemática*", que se opera "*asignando un objeto especial a cada uno de los textos contradictorios y fijando los límites de su aplicación*" (42).

En consecuencia, y por lo que a nosotros hace, la llamada por un sector de la doctrina "antinomia entre los artículos 51 y 69 del C. c." (que, en nuestra opinión, no es realmente tal), caso de existir, ha de resolverse:

a) Señalando a cada uno de dichos preceptos un objeto determinado, fijando, por tanto, su esfera de aplicación.

b) Dicha delimitación debería hacerse sobre las siguientes bases:

1.ª Los matrimonios contraídos concurriendo el impedimento de ligamen (núm. 5.º del art. 83, en relación con el 101, núm. 1.º del C. c.), *no producirán en ningún caso efectos civiles*.

2.ª Los restantes matrimonios nulos, esto es, los contraídos concurriendo cualquiera de los impedimentos señalados en los artículos 83, números 1.º a 4.º u 84, o con ausencia de los requisitos que para su validez se determinan en los artículos 101, números 2.º a 4.º, o quebrantamiento de las formas esenciales que se establecen en el artículo 42, producirán efectos civiles, respecto de los contrayentes de buena fe, y siempre en cuanto a los hijos.

3.ª La aplicación del artículo 69, a los supuestos contemplados en el artículo 51 podrá, no obstante, verificarse, siempre que haya una disposición que especialmente lo estableciere (43).

## 2. El artículo 51, desde el punto de vista de la política o crítica jurídica.

Si en la primera parte de este estudio hemos contemplado los artículos 51 y 69 bajo el prisma de la dogmática jurídica, estudiando su contenido legal y sus posibles puntos de fricción o antinomia pro-

(42) En "Sistema...", cit., mismo t., de nota 40, § XLIV, pág. 222. Se manifiesta también en este sentido CASTÁN, "Derecho...", cit., t. I, vol. I, página 374, recogiendo la opinión de Savigny. Igual criterio parece ser el seguido por BOJET RAMÓN, en "Compendio...", cit., t. I., págs. 181-182, y el que parece predominar en la generalidad de la doctrina científica española y extranjera, que se inclinan por la conciliación de los preceptos antinómicos, tal acontece, por ejemplo, con FERRARA, en su "Trattato...", I, págs. 219-223, y principalmente en página 222; con WINDSCHEID, en "Diritto...", cit. t. I, § 23, páginas 73 y ss., etc. :

(43) Un ejemplo de esta legislación especialísima y, por tanto, con prioridad sobre el artículo 51, lo tenemos, en nuestra opinión, en la Ley de 23-IX-1939, que permite aplicar los beneficios del matrimonio putativo a los hijos nacidos de las segundas nupcias (vid. su Disposición transitoria 4.ª).

rando compatibilizarlos, siempre, claro es, dentro del cauce legal, vamos aquí a examinar el artículo 51 desde otro punto de vista, el de la Nomotesia o Crítica jurídica.

A tales efectos, y para lograr en la medida de lo posible una más acertada crítica de dicho precepto, vamos a examinarlo a las luces de la Historia y del Derecho comparado, cerrando este estudio Nomotésico con las pertinentes conclusiones críticas.

a) *¿Tiene historia el artículo 51?*

He aquí el primer extremo a resolver si queremos realizar una adecuada crítica del precepto.

*Precedentes legales:* ¿Tiene precedentes legales el artículo 51 de nuestro C. c.? Según MUCIUS SCAEVOLA, no; criteriø que parece ser el más generalizado por no decir único, y así, en los diferentes textos legales, trabajos monográficos y artículos consultados, solamente hemos podido encontrar lo que acaso pudiera considerarse como un precedente remoto del mismo.

Nos referimos a la Ley 8, título I ("*de los casamientos*"), libro III del Fuero Real, que dice así:

"Ningún home que después que fuere otorgado derechamente por marido con alguna muger, no sea osado de casar con otra mientras que ella viviese; maguer que no haya tomado bendiciones ni moraron en uno. Eso mesmo mandamos de la muger que fuere otorgada con alguno. Otrosí, defendemos, que con tal home o muger, como dicho es, *ninguno dellos case con ella, sabiendo que tal Pleyto ha con otra: e quien alguna destas cosas lo contrario ficiere, peche cient maravedís, la meytad al Rey e la otra meytad a aquel a quien fizo el tuerdo y el Pleyto que fizo non vala*" (44).

Fuera de esta referencia, en la que parece establecerse la invalidez de los matrimonios contraídos con impedimento de ligamen, nada más hay en nuestro Derecho histórico (o al menos no lo conocemos) que permita justificar o apoyar la existencia legal del artículo 51. Otra cosa acontece con el 69, que cuenta con numerosos precedentes legales en nuestra legislación histórica, entre los que podemos citar hasta el siglo XIX, momento en que comienza el movimiento codificador, los siguientes:

a) Dig. Ley 57, párr. 1, tít. 2, lib. 23.

b) Partida 4.<sup>a</sup>, tít. 3, ley 3.<sup>a</sup>; tít. 13, ley 1.<sup>a</sup> y tít. 15, ley 2.<sup>a</sup>; Partida 5.<sup>a</sup>, tít. 14, ley 50.

---

(44) No es, desde luego un precedente claro y terminante, en cuanto se limita a establecer la invalidez de los matrimonios contraídos en las circunstancias que relata dicha Ley sin más explicaciones ni referencias, pero es, sin embargo, la única disposición legal, incluidas las Partidas y la Nueva y Novísima Recopilación, en la que tal pronunciamiento puede verse. La Ley que se transcribe está tomada de "Los Códigos españoles concordados y anotados", t. I, Madrid, 1847, pág. 377.

c) Real Cédula de 5 de febrero de 1770, dada por Carlos III (45).

Si del Derecho histórico pasamos a la época de la codificación, nos encontramos en lo que a esta cuestión se refiere:

1.º Que en el Proyecto de 1851 hay precedentes claros del artículo 69, mas no del 51 del C. c. vigente (46).

2.º Que la Ley de Matrimonio civil de 18 de junio de 1870 regula en sus artículos 94 y 95 la figura del matrimonio putativo, con criterio parecido, aunque no idéntico, al del artículo 69 del C. c. (47).

3.º Que única y exclusivamente en el Proyecto de los libros I y II, que se publicó como Ley el 24 de abril de 1882 y fué presentado a las Cortes para su aprobación, lo que no se consiguió se encuentra un precedente claro e inmediato del artículo 51, en el 38 de dicho Proyecto, que aparecía redactado así:

“Artículo 38. No producirá efectos civiles el matrimonio canónico, cuando cualquiera de los cónyuges estuviese ya casado conforme a las disposiciones de este Código” (48).

Como puede observarse, existe una evidente diferencia entre este precepto y el artículo 51 del C. c., en cuanto aquél iba dirigido a provocar la ineficacia exclusivamente del matrimonio canónico, mientras que el actual comprende ambas formas, la canónica y la civil.

(45) Esta Real Cédula dice así: “... se falta a la fe pública del contrato, se engaña a la segunda mujer y ofende a la primera, invierte el orden de la sucesión y legitimidad establecido por las leyes civiles, cuanto precisa con su dolosa malicia que los hijos del segundo matrimonio, siendo verdaderamente adúlterinos, se tengan por legítimos, por la buena fe de la madre, y sucedan a sus padres...”.

(46) Así, el actual artículo 69 se encontraba reflejado en el artículo 93 del Proyecto, bien que no exactamente.

(47) Es digno de tener en cuenta, a los efectos críticos que aquí perseguimos, que esta Ley del Matrimonio civil parece ser constituye uno de los precedentes de nuestro C. c., en lo que a la regulación del matrimonio se refiere, y así lo indicó uno de los que intervinieron en su formación, el señor ROMERO GIRÓN, en uno de los discursos pronunciados en el Senado contestando al señor Comas con motivo de la discusión parlamentaria del C. c., al decir: “Pero ya estoy oyendo la observación que se me opondrá. ¿Es, preguntarán algunos, que la Ley de Matrimonio civil se puede considerar como precedente de nuestro Derecho? ¡Ya lo creo que sí!...”. (En “Discusión parlamentaria...”, cit., págs. 165 *in fine*-166).

(48) Tomado del “Proyecto de Código civil”, editado en Madrid por la Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1882. También contenía dicho precepto un precedente del artículo 69 representado por el artículo 57, que decía así:

“Artículo 57: El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos los efectos civiles, así en favor de los cónyuges como de sus hijos.”

“Si ha intervenido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él y de los hijos.”

“La buena fe se presume si no consta lo contrario.”

En cuanto a la distribución sistemática de ambos preceptos, era muy similar a la del vigente C. c., ya que ambos se encontraban comprendidos en el Título III del Libro I, que trataba “del matrimonio”, así como en el Capítulo primero, correspondiendo el artículo 38 a la Sección primera, epígrafe “De las formas del matrimonio y requisitos para su celebración”, y el 57, a la Sección cuarta, que trataba “De los efectos de la nulidad del matrimonio y del divorcio”.

4.º Que, pese a ello, en el Proyecto de Bases de 1885 se vuelve al criterio mantenido por el Proyecto de 1851, al establecerse en su Base III:

“La institución del matrimonio en sus formas, requisitos, modos de prueba, derechos y obligaciones entre marido y mujer, capacidad jurídica de los contrayentes, paternidad y filiación, *efectos del contrato respecto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes*, patria potestad, *nullidad del vínculo* y divorcio se ajustarán en sus principios y disposiciones esenciales al estado legal, creado por virtud de la aplicación del R. D. de 9 de febrero de 1875 y la Ley de 18 de junio de 1870, armonizando los principios en que una y otra disposición se inspiran, y manteniendo, como criterio en la solución de las dudas que ha suscitado la experiencia, el respeto estricto a la jurisdicción y doctrina de la Iglesia sobre los españoles que profesan la religión católica y al derecho constitucional de los que al amparo de la tolerancia religiosa deseen constituir consorcio *perpetuo y familia legítima sin la santificación del Sacramento*”.

Inspirarse en los principios contenidos en la Base transcrita supondría que al ser de aplicación la Ley de Matrimonio civil de 1870 y el R. D. de 1875, habría de estarse a lo dispuesto en los artículos 94 y 95 de aquella, que, como hemos dicho, consagran la figura del matrimonio putativo, mas no la excepción del artículo 51, que no aparecía en ninguno de los precedentes legislativos del C. c., salvo en el Proyecto de 1882.

5.º Que es la propia Ley de Bases de 1888 la que establece en su Base 4.ª:

Las relaciones jurídicas derivadas del matrimonio... *efectos civiles del contrato*, y, en suma, cuantas constituyen el derecho de familia, *se determinarán de conformidad con los principios esenciales en que se funda el estado legal presente*, sin perjuicio de lo dispuesto en las Bases 17, 18, 22 y 25.”

El estado legal vigente en aquella época estaba representado en materia matrimonial por la citada Ley de Matrimonio civil de 1870, con las modificaciones establecidas en la misma por el R. D. de 1875, las normas de Derecho canónico y la Novísima Recopilación.

Pues bien; toda esa legislación, incluido el Derecho canónico, consagran el principio del matrimonio putativo, pero no el regulado en el artículo 51 del C. c.

Resumiendo, pues, la evolución histórica de ambos preceptos, podemos concluir diciendo que los precedentes legislativos se inclinan abrumadoramente hacia el artículo 69, siendo inconsistentes en lo que hace al artículo 51, que bien puede decirse es un precepto extraño en nuestro Derecho histórico.

*Precedentes doctrinales*: Nos vamos a referir únicamente a los de la época codificadora.

Comenzaremos por el señor GARCÍA GOYENA, ilustre comentarista del Proyecto de 1851, quien con ocasión de realizar la glosa del artícu-

lo 93 de dicho Proyecto, casi equivalente al actual artículo 69, y apoyándose sin duda en la frase "... y de los hijos de este matrimonio" que figura en aquel precepto, estima extendible el beneficio del matrimonio putativo a los supuestos de bigamia, al decir: "Pero quedará sujeto a todas las obligaciones legales y contractuales para con el otro esposo e hijos, y a las penas de los artículos 386 y 387 del Código penal" (49).

Ello prueba, en nuestra opinión, que para este insigne jurista los efectos del matrimonio putativo *se extendían a todos los supuestos de nulidad del vínculo matrimonial*, bien es verdad que en el Proyecto por él comentado no existía ninguna prohibición, como acontece precisamente en el vigente C. c.

Tampoco en NAVARRO AMANDI puede observarse la más mínima alusión o referencia a una posición que pudiere estimarse como precedente, siquiera puramente doctrinal, del futuro artículo 51 del Código civil, y sí únicamente examina y estudia la figura del matrimonio putativo (50).

A su vez, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, con ocasión de estudiar el impedimento de ligamen, extiende al mismo los beneficios de la buena fe que caracterizan al matrimonio putativo (51) y FERNÁNDEZ ELÍAS sigue, en lo que a ello se refiere, el criterio marcado por la Ley de Matrimonio civil de 1870, ya indicado (52).

Merece también aludirse, en relación con este examen histórico-doctrinal, a las discusiones parlamentarias originadas por la codificación, y más concretamente a los discursos que en el Senado se pronunciaron con motivo de la elaboración del C. c.

En ellos, la única preocupación que parece traducirse, con referencia a la cuestión que examinamos, es la de que el artículo 69, cuyo proyecto se discutía, hubiere extendido los beneficios de la buena fe a los hijos, aunque el matrimonio se hubiere contraído de mala fe por ambos cónyuges. Ninguna referencia hemos encontrado, sin embargo, en los mismos, ni a la posible antinomia entre dicho artículo y el 51 del futuro y entonces discutido C. c., ni al porqué de este último precepto.

Parece, por tanto, como si dicho artículo 51 no existiera en la discusión parlamentaria del C. c., o no ofreciera problema alguno. Y así, el señor COMAS, en uno de los discursos pronunciados en que hace

(49) "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", t. I, Madrid, 1852, págs. 103-104.

(50) Así, en su "Código civil de España", t. I, Madrid, 1880, se contiene una especie de articulado construido sin duda alguna por el propio autor, y en él, bajo el epígrafe de "Artículo 176", regula la figura del matrimonio putativo que configura así: "El matrimonio nulo contraído de buena fe por ambos cónyuges producirá todos sus efectos civiles mientras subsista, y la legitimidad de los hijos" (en pág. 118 de dicha obra).

(51) En "Códigos o estudios fundamentales de Derecho civil español" 3.<sup>a</sup> edic., t. I, Madrid, 1871, pág. 319.

(52) En "Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español" Madrid. 1873.

una referencia concreta al artículo 69, después de reprochar al legislador su criterio de extender dicho precepto comprendiendo en los beneficios del matrimonio putativo a los hijos en todo caso, incluso existiendo mala fe por ambas partes, da a entender que ese artículo es aplicable incluso a los matrimonios celebrados con impedimento de ligamen (53).

Vemos, pues, cómo en la doctrina científica inmediatamente anterior al C. c., e incluso en la coetánea a su discusión y elaboración, no se observan antecedentes directos ni indirectos de lo que iba a ser el artículo 51 de dicho Cuerpo legal (54).

Pero más interesante es aún, que ni siquiera en la que surge como consecuencia de la publicación de aquél se da una explicación de dicho precepto, ni se procura aclarar el porqué de un artículo que no ha figurado nunca en nuestra legislación histórica, ni tampoco en ninguno de los elementos que parece ser informan el Código (55).

Así, son bastantes los juristas que con ocasión de comentar por vez primera el Derecho civil después de la promulgación del Código, no se ocupan, o lo hacen simplemente de pasada, del artículo 51; tal acontece, por ejemplo, con ABELLA, que se limita a transcribirlo (56), y con BORREL Y SÁNCHEZ, que hace lo mismo (57).

A su vez, GARCÍA BURÓN lo menciona de pasada y sin ocuparse de los problemas que puede plantear, con ocasión de tratar del matrimonio canónico (58), y el propio COMAS, que confeccionó un Proyecto de Código civil, en el que pretendía resolver las dudas y defectos de dicho texto legal, parece prescindir en absoluto del artículo 51, bien que no del 69 (59).

(53) "Discusión parlamentaria...", cit., pág. 110.

(54) Al menos, nosotros no los hemos podido encontrar, lo que no quiere decir que no pueda haber alguno, en obras o autores que no hayamos consultado, bien que lo estimemos casi imposible, dado el criterio que observamos se seguía en aquella época.

(55) Así, ni en el Proyecto de 1851, ni en las Leyes especiales, y más concretamente en la de Matrimonio civil de 1870, ni en las legislaciones forales, ni tampoco, como veremos más adelante, en los Códigos civiles de Francia, Italia o Portugal, ni en el Derecho consuetudinario, ni, como hemos visto, en la doctrina científica o jurisprudencial, pueden observarse los más mínimos, indirectos o mediatos precedentes del artículo 51.

(56) En "Código civil español", 5.ª edic., Madrid, 1904, en cuya obra se limita a transcribirlo. Posteriormente, en páginas 70-71, hace un breve comentario al artículo 69, mas sin referencia alguna a su aparente antinomia con el 51.

(57) En "Código civil español", t. I, Barcelona, 1890, págs. 123 y 140.

(58) En "Derecho civil español", t. I, Valladolid, 1898, pág. 323.

(59) "La revisión del Código civil español", t. I, Madrid, 1895, págs. 185 a 197. En esta obra el autor pasa del examen del artículo 50, que critica, al del 52, dejando sin examinar, por tanto, el artículo 51. Pero es que, además, al trata del 69 en las páginas indicadas, parece prescindir en absoluto de la tesis sustentada por aquel artículo, o al menos eso es lo que deducimos del siguiente párrafo contenido en las páginas 193-194: "Estos hijos, tan inocentes como desgraciados, así como todo hijo natural, serán, no obstante, de peor condición que aquellos de matrimonio putativo, cuyos padres ya casados, y, por tanto, adúlteros, o sacerdotes o ligados por voto religioso, y, de consiguiente, sacrílegos,



b) *El artículo 51 y el Derecho comparado.*

Así como en el anterior epígrafe nos preguntábamos si tenía o no historia este precepto, cabe aquí formular esta otra interrogante: ¿tiene concordancias en el Derecho comparado el artículo 51 de nuestro Código civil?

Sin que nos atrevamos a contestar con un rotundo y tajante no, dado que resulta imposible examinar toda la legislación mundial, podemos, sin embargo, sentar la afirmación de que en ninguno de los Códigos civiles y Leyes especiales consultados nos ha sido posible encontrar un precepto similar.

Y decimos esto, toda vez que la única excepción encontrada no merece en realidad tal consideración, en cuanto se trata del C. c. de Cuba, idéntico al español (60).

Las legislaciones positivas consultadas a los efectos que acabamos de indicar, son las siguientes:

Alemania occidental y oriental (61), Argentina, Austria, Bélgica, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, Francia, Haití, Holanda, Honduras, Italia, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia (62), Rusia (63), Salvador (El), Suecia, Suiza, Uruguay y Venezuela.

De ellos, unos regulan la figura del matrimonio putativo, que extienden, en términos generales, a todos los supuestos de nulidad (64):

---

no sólo no hubieran reparado en provocar la generación, sino que se hubiesen atrevido por medio de la celebración de un matrimonio nulo...".

Parece claro, por tanto, que para el señor Comas los beneficios del artículo 69 son aplicables incluso a los matrimonios contraídos con impedimento de ligamen.

(60) En efecto, el R. D. de 31 de julio de 1889 hizo extensivo a la Isla de Cuba, entre otros lugares, el C. c. español, y posteriormente, declarada su independencia, por una disposición de fecha 1 de enero de 1899, fué mantenido como C. c. del nuevo país.

Buen ejemplo de ello lo tenemos en su artículo 51, que dice lo mismo que el correspondiente del C. c. español, primera edición, y transcribimos: "*Art. 51. No producirá efectos civiles el matrimonio cuando cualquiera de los cónyuges estuviere ya casado legítimamente.*"

(61) En Alemania occidental rige en esta materia el B. G. B., mientras que en la oriental se encuentra regulada por la "Ley sobre el matrimonio" de 20 de febrero de 1946 y la Ordenanza referente a la celebración y disolución del matrimonio de 24 de noviembre de 1955.

(62) El llamado "Código de familia polaco" ha sido promulgado por Ley de 27 de junio de 1950. (Vid. *Rv. I. J.*, núms. 220-221, de 1961, págs. 3 a 16.)

(63) Nos referimos al Código de Familia ruso de 1 de enero de 1927, con las modificaciones introducidas en él por Ley de 8 de julio de 1944.

(64) Queremos indicar con ello que en estas legislaciones los beneficios derivados del llamado matrimonio putativo son de aplicación a toda clase de matrimonios nulos, no encontrándose, por tanto, exceptuada ninguna clase de nulidad, a diferencia de lo que acontece en el nuestro, en que por disposición del artículo 51 no se aplica dicha figura al matrimonio contraído con impedimento de ligamen.

Las legislaciones que siguen dicho criterio son, entre otras, *Argentina* (artículos 230 a 232 y Ley sobre el Matrimonio civil de 1-XII-1889, arts. 9.º, nú-

otros no contienen ningún pronunciamiento en orden al matrimonio putativo, tal acontece con el austriaco, el C. de Familia ruso, e incluso con el C. de Familia polaco (65); no faltando tampoco las legislaciones que si bien reglamentan en cierto modo esta figura, lo hacen en forma distinta a la que pudiéramos llamar clásica, en cuanto suelen proyectar la buena fe sobre la indemnización de daños y perjuicios (66).

### c) Nuestra opinión.

Del estudio histórico y de Derecho comparado que acabamos de hacer puede extraerse como consecuencia evidente la inexistencia de precedentes legales del artículo 51 y la carencia de concordancias en las legislaciones positivas de otros países.

Ello hace que, pese a defender, como hemos hecho en la primera parte de este trabajo la aplicación de dicho precepto con un campo o

mero 5.º, 84 y 87), *Bélgica* (arts. 201, 202), *Bolivia* (arts. 119-120), *Costa Rica* (artículos 55, núm. 1.º y 98), *Francia* (arts. 201-202), *Holanda* (arts. 150, 151), *Italia* (art. 128), *México* (art. 156, en relación con los 253, 255 y 256), *Perú* (artículo 157), *El Salvador* (arts. 167 y 168), *Suiza* (art. 133), *Panamá* (artículos 419, 431 y 1.687 y ss.), *Venezuela* (art. 122 y especialmente el 127), *República Dominicana* (art. 61, 20.º), *Brasil* (art. 221), etc.

(65) En este Código de Polonia no se regula en realidad el matrimonio putativo, si bien se contiene en su artículo 12 una referencia a la buena fe. También podemos incluir aquí a Alemania oriental.

(66) Entre ellas, podemos destacar el B. G. B., que, como dice ENNECERUS en ob. cit., t. IV, vol. I, pág. 174, sigue una posición intermedia abandonando el punto de vista del D. común. Dichos efectos se regulan en los artículos 1.345 a 1.347, y comprenden, entre otros, la obligación de prestar alimentos por el cónyuge de mala fe, la revocación de donaciones, etc. Independientemente de esto, hay que tener en cuenta, en relación con los hijos, lo prevenido en el artículo 1.699.

También puede incluirse aquí al llamado Código del Matrimonio. sueco (vid. FORSSIUS, "Le Code du mariage", Ley de 11-VI-1920, con las modificaciones habidas hasta el 1-X-1954, París, 1955), en cuanto en los arts. 6.º y 8.º del capítulo X habla de buena fe respecto del matrimonio nulo, pero proyectando la sobre las indemnizaciones, abono de alimentos, y si es la mujer la culpable, extendiendo los efectos de la buena fe del marido a la prohibición de que pueda usar el nombre de éste.

Por su parte, el Código colombiano hace jugar la buena o mala fe de los contrayentes en los supuestos de matrimonios nulos, sobre la indemnización de daños y perjuicios, así como la validez o nulidad de las donaciones recibidas (vid. arts. 112, 140 a 142, 164 y 1.846 del C. c.).

Supuesto especialísimo es el regulado en la Ley de 2-IV-1952 de Chile, por virtud de la cual se aplica únicamente al matrimonio nulo, radicalmente, por haber sido celebrado sin presencia de testigos, el beneficio de considerar legítimos a los hijos habidos sin necesidad de acreditar la buena fe ni de que se justifique la causa del error, quedando, por tanto, excluidas de este trato las restantes causas de nulidad.

Sobre esta cuestión, merecen consultarse, entre otras, las siguientes obras:

GALLARDO (Ricardo), "Divorcio, separación de cuernos y nulidad del matrimonio en las naciones latino-americanas", Madrid, 1957; FERNÁNDEZ CLÉRIGO (Luis), "El Derecho de familia en la legislación comparada", México, 1947; ARMINJÓN, NOLDE y WOLFF, "Traité de Droit compare", Paris, 1951-1952, y BOURBOUSSON (E.), "Du mariage, des regimes matrimoniaux, des successions dans les cinq parties du monde", Librairie Marchal et Billard, Paris, 1934.

esfera de aplicación distinto del que corresponde al artículo 69, no podamos por menos que llegar a la conclusión de que debería ser suprimido.

Y decimos esto porque una cosa es, como indicábamos, el estudio del artículo 51 desde el punto de vista de la dogmática jurídica, posición desde la cual no están admitidas las críticas y sí sólo el estudio del precepto, y otra muy distinta su examen bajo el prisma de la Política jurídica o Nomotesia, que es el actualmente contemplado.

Pues bien, considerada la cuestión desde este plano tenemos:

a) Que el artículo 51 ha sido, es y será fuente de dudas y discusiones en el seno de la doctrina científica.

b) Que actualmente, por lo menos, no tiene tan clara justificación el severísimo trato a que somete dicho precepto el impedimento de ligamen.

c) Que tampoco tenía una clara y definida justificación su inclusión en el articulado del Código civil cuando éste fué redactado.

d) Que es el único Código civil en el que se contiene una disposición de esta naturaleza.

e) Que carece de precedentes en nuestro Derecho histórico.

f) Que igualmente carece de precedentes en la legislación canónica (67).

g) Que por razón de circunstancias y momentos históricos, ha habido ya excepciones legales a la doctrina del artículo 51 en España (68).

Evidentemente no puede olvidarse, sin embargo, que son muchas las alegaciones que pueden hacerse en favor del artículo 51 y en contra, por tanto, de su supresión. Mas estimamos que carecen de efectiva so-

---

(67) En efecto, el Código canónico sigue, en lo que al impedimento de ligamen se refiere, el más generalizado criterio de aplicarle también los beneficios del matrimonio putativo en cuanto, si bien el canon 1.069 establece efectivamente la invalidez del matrimonio contraído con dicho impedimento, el 1.015 establece como criterio general y sin limitación alguna, en su apartado 4.º, lo siguiente:

*"Canon 1.015, 4.º: Si por lo menos uno de los cónyuges ha procedido de buena fe al celebrar el matrimonio inválido, éste se llama putativo hasta que ambos comozcan con certeza la nulidad."*

Comentando este canon, MIGUELES DOMÍNGUEZ, ALONSO MORÁN y CABREROS DE ANTA, en "Código de Derecho canónico, bilingüe y comentado", 5.ª edición, Edit. Católica, dicen: "Para que exista matrimonio putativo se exigen dos condiciones: matrimonio inválido y buena fe. Ahora bien, para que exista matrimonio inválido es preciso que el acto tenga figura o apariencia de matrimonio." Pues bien, estas condiciones concurren, en nuestra opinión, en el celebrado con impedimento de ligamen. A su vez, MONTSERRAT MELIÁ, en "Derecho matrimonial canónico", 1.ª edic., Barcelona, 1961, dice, en el núm. 16, pág. 31: "El matrimonio putativo es una especie dentro de la invalidez genérica, por el motivo que fuere: defecto de forma, carencia de consentimiento o presencia de un impedimento dirimente."

(68) Ejemplo de esto lo tenemos en los momentos inmediatamente posteriores a nuestra guerra civil, y concretamente en la Ley de 23 de septiembre de 1939 que derogó la Ley de Divorcio de 2 marzo 1932, en cuya disposición transitoria 4.ª se contiene una auténtica excepción al art. 51, motivada, como decimos, por especialísimas circunstancias.

lidez, al menos si se las compara con las que hemos alegado en contra, y, por tanto, nos inclinamos hacia la supresión de dicho precepto, a fin de poner nuestro C. c., en lo que al tratamiento de los impedimentos dirimientes se refiere, a la altura de las legislaciones extranjeras y del Derecho canónico.

Así, el hecho de que el artículo 51 parezca ser fué plasmado en el C. c. para fortalecer la unidad e indisolubilidad del matrimonio, a la vez que para impedir la poligamia y la poliandria, carece actualmente de razón de ser, en cuanto el verdadero peligro para la indisolubilidad del matrimonio lo representa hoy el divorcio, no la bigamia. Además, la poligamia se impide mejor sancionando penalmente a quien contraiga matrimonio sin estar legítimamente disuelto el anterior, que privando de derechos civiles a quienes han actuado de buena fe, y lo que es peor aún, a quien, como los hijos, ninguna intervención han tenido en los hechos.

Este, al menos, es, como se ha indicado, el criterio que sigue la propia Iglesia. Parece, pues, extraño que las consecuencias del matrimonio celebrado con la concurrencia de dicho impedimento sean medidas con más severo rigor por la legislación civil que por la canónica.

También se ha argumentado, en favor del artículo 51, el hecho de que si se aplicare en los supuestos de concurrencia del impedimento de ligamen la doctrina del matrimonio putativo, ello implicaría grave lesión para la filiación legítima (69).

Dicha consecuencia no puede efectivamente negarse cuando del primer matrimonio exista descendencia, toda vez que conceder a la prole habida del segundo derechos civiles, disminuirá, y en muchos casos, considerablemente los que corresponden a los primeros (70).

---

(69) Tal argumento había sido ya visto por el legislador español en épocas anteriores a las de la codificación. Así, Carlos III, en la Real Cédula de 5-II-1770, hace una descripción de los males de la bigamia diciendo que con ella "... se falta a la fe pública... se invierte el orden de la sucesión y de la legitimidad establecido en las leyes civiles, en cuanto precisa con su dolosa malicia que los hijos del segundo matrimonio, siendo verdaderamente adúlteros, se tengan por legítimos por la buena fe de la madre y sucedan a sus padres...".

(70) A propósito de esto, merece citarse lo dicho por el señor ROMERO GIRÓN en su discurso de contestación al señor Comas (vid. "Discusión parlamentaria..." cit., pág. 175), donde con ocasión de examinar el art. 69 del C. c. en relación con las manifestaciones que había hecho este último, nos dice:

"Si este artículo dijese que eran legítimos, tendría razón el señor Comas, pero respecto a esas infelices criaturas, hijos quizá del crimen y de la perversidad moral y de todo lo que se quiera, hasta del sacrilegio, la ley determina su protección, no les da el carácter de hijos, *les da derechos civiles*. ¿Cuáles? El único derecho, el más reducido que puede darles, pero el más fundamental y que no se les puede negar" (se refiere el señor Romero Girón al de alimentos prevenido en el art. 107 del C. c.).

A estas alegaciones del señor Romero Girón opone, nuevamente las suyas el señor Comas (vid. misma ob., págs. 221-222), con más acierto, en nuestra opinión, que aquél, en cuanto considera que los "*efectos civiles*" de que habla el artículo 69 vienen referidos necesariamente a la legitimidad de los hijos, y no a lo que decía su oponente.

Mas por la misma razón habría de eliminarse la aplicación del artículo 69 en todos aquellos casos en que pudieran concurrir los derechos civiles de hijos legítimos con otros que no lo son.

En efecto, supongamos un matrimonio del que han nacido varios hijos. Uno de los esposos, que mantiene relaciones extramatrimoniales con otra persona, decide, de común acuerdo con ésta, y para poder contraer matrimonio con ella, privar de la vida al otro cónyuge. Consumado el delito, se unen ambos en matrimonio y tienen descendencia.

Evidentemente, este segundo matrimonio no es válido, pues se ha celebrado concurriendo un impedimento dirimente, el del adulterio con conyugicidio (canon 1.075 y artículo 84, núm. 8.º C. c.). No obstante, lo cierto es que los hijos habidos de dicha unión nula entran de lleno en el ámbito del artículo 69 del C. c. y, por tanto, gozan de los mismos derechos civiles que si fuere el matrimonio válido, con el consiguiente perjuicio para los hijos habidos de la primera unión.

Otro supuesto que puede darse en la práctica, máxime en circunstancias como las actuales en que la última conflagración separó a familias enteras, es la del matrimonio entre ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad legítima o natural, o entre colaterales por consanguinidad en primero y segundo grado (y, por tanto, no dispensables, art. 84, 1.º, 2.º; y 85 C. c.) en el matrimonio civil, o hasta el tercer grado en el canónico (canon 1.076).

Descubierto el impedimento, el matrimonio es declarado nulo, mas entra en juego, al menos para los hijos, el principio del matrimonio putativo. Si posteriormente cualquiera de los contrayentes celebra matrimonio válido con otra persona y tienen descendencia, ésta se verá perjudicada.

Estimamos, pues, que el argumento del perjuicio para los hijos del primer matrimonio no es lo suficientemente sólido para que pueda fundamentarse en él el mantenimiento del artículo 51.

#### d) Conclusiones.

Para cerrar esta primera parte del trabajo, en el que hemos contemplado el artículo 51 y sus relaciones con el 69 del C. c. desde el punto de vista de la Dogmática y la Política jurídica, sin olvidar el aspecto histórico y de Derecho comparado, vamos a sentar las siguientes conclusiones:

I.—Entre los artículos 51 y 69 del Código civil no hay contradicción absoluta o irreductible, y sí únicamente una aparente antinomia, que se resuelve señalando a cada precepto su objeto a la vez que fijando los límites de aplicación de cada uno.

II.—Consiguientemente, en la actual situación legal, los dos artículos tienen su respectiva y delimitada esfera de aplicación.

III.—Es la del artículo 51, los matrimonios celebrados sin estar legalmente disuelta la unión anterior, los cuales, a tenor de dicho pronunciamiento legal, *no producirán efectos civiles algunos para los contrayentes ni para los hijos habidos, exista o no buena fe.*

A su vez, el artículo 69 se aplicará a los restantes matrimonios nulos, o sea, a los contraídos incumpliendo lo dispuesto en el artículo 42 del C. c., o con la concurrencia de los impedimentos establecidos en el artículo 83, números 1.º a 4.º, y artículo 84 de dicho Cuerpo legal.

IV.—El artículo 51 del Código civil carece de precedentes históricos, tanto legales como doctrinales, así como de concordancias en el Derecho comparado.

No acontece lo mismo con el artículo 69, que cuenta con abundantes precedentes y concordancias.

V.—Pese a lo indicado en las conclusiones I a III, lo cierto es que el artículo 51 del Código civil ha sido y es fuente de discusiones y discrepancias, tanto en el campo de la doctrina científica como de los Tribunales.

VI.—Por ello sería conveniente su supresión, ampliándose el campo de acción del artículo 69 a los matrimonios celebrados con impedimento de ligamen (núm. 5.º del art. 83 del C. c.), lo que estaría más en concordancia con nuestro Derecho histórico, así como con el comparado y el canónico.

## II. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS MATRIMONIOS CELEBRADOS EN LAS CONDICIONES DETERMINADAS EN EL ARTÍCULO 51 DEL CÓDIGO CIVIL

Contemplado este precepto desde el punto de vista de la Dogmática, la Historia y la Crítica jurídica, sin olvidar el Derecho comparado, vamos a proceder en este apartado a estudiar las consecuencias que puedan derivar de la celebración de uno de estos matrimonios, cuidando de advertir que nos referimos única y exclusivamente a las consecuencias civiles, prescindiendo en absoluto de las penales.

### 1. *Situación actual de la cuestión.*

El problema de los matrimonios celebrados en las condiciones que se describen en el artículo 51 del C. c. español, esto es, del contraído pese a concurrir el impedimento de ligamen, considerada la cuestión en términos generales y abstractos, es el de todos los matrimonios que se celebran concurriendo impedimentos, o sea, el de su grado de ineficacia o invalidez. ¿Cuál ha de ser ésta?

Comenzaremos por decir que, ante el problema de los matrimonios inválidos o ineficaces, la doctrina científica suele escindirse en dos grandes grupos:

a) El de quienes estiman que no es aplicable al matrimonio la teoría general de la invalidez de los negocios jurídicos (71).

(71) Siguen esta posición, entre otros, los siguientes juristas, que agrupamos por nacionalidades:  
 ESPAÑA: BONET RAMÓN, en "Derecho civil", t. II, Madrid, 1940, pág. 258, y en "Compendio...", cit., t. IV, págs. 445 y ss.; GARCÍA CANTERO, en "El vínculo...", cit., págs. 223 a 225; PUIG PEÑA, en "Tratado...", cit., t. II,

b) El de los que aplican dicha teoría general al matrimonio. Esta segunda posición es, sin duda, la más numerosa.

El problema es en realidad interesante, estimando en relación con él que no debe adoptarse una posición extrema.

En efecto, el matrimonio, por sus especiales características, es una institución que tiene más diferencias que semejanzas con los llamados negocios jurídicos.

Parece; por tanto, lógico y evidente que no puedan aplicarse a él con toda su pureza las normas que rigen la teoría general de la invalidez de los negocios jurídicos.

Mas no debe tampoco olvidarse que es esta la única teoría que se encuentra elaborada y construida en materia de invalidez e ineficacia de las relaciones de Derecho y, consiguientemente, que si algo se quiere construir, en lo que al matrimonio se refiere sobre esta cuestión, habrán de tomarse siempre los elementos esenciales de esa teoría general, única que puede suministrar las bases para toda otra construcción.

Podrá, por tanto, después acomodarse la nulidad, anulabilidad, rescisión, etc., a las características generales de la institución de que se trate, siempre que ésta ofrezca peculiaridades que exijan tal acoplamiento, mas los elementos básicos tendrán que ser tomados necesariamente del único punto donde se encuentran construidos: el negocio jurídico.

---

vol. I, pág. 537; PERÉZ GONZÁLEZ y CASTÁN, en Comentarios a la ob. de Enneceus, t. IV, vol. I, § 24, pág. 141; y en cierto modo también VALVERDE, "Tratado...", cit., t. IV, pág. 153. Vid. también en relación con esta cuestión, CASTÁN, "Derecho...", cit., t. V, pág. 673-674.

ITALIA: TRABUCCHI (Alberto), en "Istituzioni di diritto civile", Sexta ediz., Padova, 1952, núm. 114, pág. 232; SCONAMIGLIO (Renato), en "Contributo alla teoria del negocio giuridico", edit. Jovena, Napoli, 1950, parece inclinarse también hacia esta tesis, al admitir, en el núm. 141, pág. 385, que en ciertos tipos excepcionales de negocios jurídicos, entre los que se encuentra el matrimonio, la inexistencia ofrece peculiaridades; a su vez, CICU, en "Derecho de familia", trad. de Sentis Melendo, Buenos Aires, 1947, pág. 338, parece seguir, aunque por otras razones, análogo criterio. También SANTORO PASSARELLI, en "Dottrine generali del diritto civile", Edit. Jovene, Napoli, 1954, pág. 220.

FRANCIA: COLIN y CAPITANT, en "Curso...", 3.ª edic. española, Madrid, 1952, pág. 374; CARBONIER, en "Droit civil", Paris, 1955, t. I, págs. 381-382; JULIOT DE LA MORANDIERE, en "Droit civil", de Colin y Capitant, 3.ª edic., Paris, 1963, t. I, núm. 533, pág. 299; SAVATIER, en "Cours de droit civil", 2.ª edic. Paris, 1947, t. I, núm. 205, pág. 113, y MAZEAUD, "Leçons de droit civil", t. I, Paris, 1955, núm. 787, pág. 813.

MEXICO: FERNÁNDEZ CLÉRIGO (Luis), en "El Derecho de familia en la legislación comparada", México, 1947, pág. 88.

PORTUGAL: Parecen incidir en el mismo criterio, entre otros, DO NASCIMENTO (J. A.), en "Lições de direito civil", Relações de família e sucessões. Coimbra, 1933, pág. 35; BRAGA DA CRUZ, en "Direitos de família", 2.ª edição revista e actualizada pelo prof. PERES DE LIMA, vol. I, Coimbra, 1942, págs. 43, 44 y 243; también el prof. MARNOCO E SOUSA, cuya opinión precisamente es la que siguen los dos anteriores, a cuyas citas nos remitimos en lo que hace a esta cuestión.

Por todo ello, si bien no negamos que la teoría general de la ineficacia jurídica pueda no ser aplicable en toda su pureza al matrimonio, nos atrevemos a afirmar que la invalidez del vínculo matrimonial ha de construirse necesariamente sobre las bases establecidas por ella.

## 2. Posición de las legislaciones extranjeras.

Estimamos interesante hacer un breve examen del criterio seguido por el Derecho comparado en materia de ineficacia o invalidez del vínculo matrimonial, ya que puede servirnos de orientación para construir dicho aspecto jurídico en nuestro Derecho positivo (72).

Constituye una regla general, en lo que a las legislaciones positivas extranjeras se refiere, no regular la inexistencia del matrimonio (73). No acontece, sin embargo, lo mismo con la llamada nulidad radical, regulada, bien que con el nombre genérico de nulidad, en la generalidad de los Derechos positivos, al igual que acontece con la anulabilidad (74).

(72) Para GARCÍA CANTERO, en "El vínculo...", cit., pág. 224, el estudio del Derecho comparado, en lo que a esta cuestión se refiere, no ofrece gran interés, dado que "Hay que tener en cuenta (dice) que el sistema de nulidades matrimoniales es peculiar de cada ordenamiento, y por ello no es muy grande la ayuda que puede ofrecer el Derecho comparado".

Sin dejar de reconocer el acierto que en líneas generales encierran estas líneas, hemos de hacer constar que no estamos, sin embargo, completamente conformes con la opinión formulada por el autor de ese magnífico y acertado trabajo. Y no lo estamos, por considerar que el estudio del tratamiento de las nulidades matrimoniales en el Derecho comparado, pese a sus diferencias y diversidad, puede servir siempre de orientación e incluso ayudar a resolver puntos oscuros, máxime cuando, en nuestra opinión, las diferencias, al menos dentro de las legislaciones del mismo grupo, no son, por regla general, esenciales y sí sólo accidentales, como tendremos ocasión de ver en este epígrafe.

(73) Esta figura de la ineficacia ha sido construida por la doctrina científica y perfilada posteriormente por la jurisprudencia, mas, como indicamos en el texto, no se encuentra recogida en ningún texto legal, al menos de los por nosotros consultados.

(74) Así, y por lo que a la nulidad radical se refiere, la tenemos regulada, entre otros Códigos y leyes especiales, en el B. G. B. de Alemania occidental (art. 1.317, en relación con los 1.318, 1.326 y 1.327); en la Ley sobre Matrimonio civil de 20-II-1946 (arts. 11, 12, 13, 16 y 17) de Alemania oriental y la Ordenanza de 24-XI-1955 relativa a la celebración y disolución del matrimonio de la misma zona oriental (vid. ambas disposiciones en *Rv. I. J.*, núms. 144-145, 1955, págs. 321 y ss., y núms. 162-163 de 1956).

Siguen también este criterio, el C. c. argentino, y especialmente su Ley de Matrimonio civil de 1-XII-1889, art. 84; el de México, en su Cap. IX, Tít. V, Libro I, que trata de los matrimonios nulos e ilícitos, y especialmente vid. el art. 249; el italiano, en los arts. 86-87, núms. 1.º, 2.º y 4.º, y 117; el belga, en los arts. 184, 189 y 191; el brasileño, art. 183, apartados I a VIII, en relación con los 203, 207 y 208; el colombiano, en su art. 140, núms. 7, 8, 9, 11 y 12, así como el art. 13, núm. 2.º de la Ley núm. 57 de 1887; el peruano, en su artículo 132; el de Costa Rica, arts. 53 y 55, en relación con el 96; el francés, arts. 184, 189 y 191; el cubano, en su art. 101, en relación con los 83 y 84; el de Venezuela, arts. 117 y ss.; el salvadoreño, en el art. 102, en relación con el 167; el llamado "Code du mariage" sueco, en su art. premier del capítulo X; el suizo, en su art. 120; el art. 11 del D. núm. I, de 25-XII-1910, de Portugal; etc.



Las diferencias de denominación no son, pues, grandes, al menos en lo que a estas formas de ineficacia se refiere, y suelen consistir, por regla general, en aplicar la denominación genérica de anulabilidad tanto a la nulidad radical como a la relativa o anulabilidad propiamente dicha, o bien lo contrario, en emplear como concepto genérico el de nulidad para designar ambas manifestaciones (75).

Ello no obsta, sin embargo, para que existan manifestaciones de diversidad denominativa, tal acontece, por ejemplo, con la Ley de Matrimonio de Alemania oriental de 20 de febrero de 1946, en la que se habla de nulidad, anulabilidad y “supresión o disolución del matrimonio” (arts. 33 a 40) como especies distintas, lo que se reitera en la Ordenanza de 24 de noviembre de 1955 (art. 6).

Por último, diremos, en orden a esta cuestión, que otra de las diferencias que suele manifestarse en los Derechos positivos —posiblemente la más interesante, a nuestro modo de ver— es la del tratamiento de ciertos impedimentos que mientras en unas legislaciones motivan la nulidad radical del vínculo matrimonial, en otras producen únicamente su anulabilidad (76).

El supuesto que aquí nos interesa es el del matrimonio anterior no disuelto, hecho respecto del cual todos los derechos positivos que hemos consultado están acordes en considerarlo como un impedimento.

Las diferencias, sin embargo, existen, y se proyectan sobre el tratamiento a que debe someterse dicho impedimento. Así, mientras unas legislaciones, las más numerosas, siguen el criterio de considerar que provoca la nulidad radical del matrimonio (77), otras, sin embargo, siguen un peculiar criterio, tal acontece, por ejemplo, con la sueca y

---

En cuanto a la llamada anulabilidad, es regulada por los mismos Códigos y leyes especiales que acabamos de indicar.

(75) Así acontece, por ejemplo, en Italia, cuyo C. c. emplea el término anulabilidad para designar tanto la nulidad radical como la relativa o anulabilidad propiamente dicha.

(76) Un ejemplo de esto lo tenemos en los impedimentos del error, el raptó y la violencia, que en unas legislaciones, como la del Brasil, Costa Rica, Nicaragua, etc., provocan únicamente la nulidad relativa o anulabilidad del matrimonio, mientras que en otras producen la nulidad radical.

Incluso no faltan legislaciones que, como las mismas de Costa Rica (arts. 56 y 57), Brasil (art. 183-IX, en relación con el 209) y Nicaragua (art. 111), así como la de la República Dominicana (arts. 57 y ss.), consideran la enajenación mental o incapacidad como un impedimento que produce únicamente la anulabilidad del matrimonio, y, a su vez, la italiana, en el art. 120 del C. c., establece que si ha existido cohabitación durante un mes después de que se haya recuperado las facultades mentales, no puede ejercitarse la acción de impugnación.

Por su parte, el B. G. B., en el art. 1.325-II, admite, en los supuestos de inconsciencia o perturbación intelectual pasajera, la ratificación del matrimonio (77) Tal acontece, por ejemplo, entre otros, con el Código civil suizo, el portugués, el del Brasil, el belga, el de Colombia, Argentina, Cuba, Ecuador, Francia, Italia, el B. G. B. y la Ley de Matrimonio civil de Alemania oriental, tantas veces citada en el presente trabajo.

la panameña, para las cuales si el matrimonio anterior es disuelto antes de que el segundo haya sido declarado nulo, éste es válido (78).

En cuanto al llamado matrimonio putativo, es reglamentado por la mayoría de los Derechos positivos. Ello no obsta, sin embargo, para que en ciertas legislaciones se regule de forma que bien pudiera decirse indirecta y, a veces, incluso confusa, tal acontece, por ejemplo, con el propio B. G. B., en el que dicha figura no aparece con la claridad que se encuentra reflejada en los Códigos francés, italiano, suizo, español, etc., y sin embargo, no puede decirse tampoco que no se conozca o no se regule en dicho Código (79).

Otro tanto puede decirse del "Code du mariage" sueco (80), no faltando legislaciones que, como el Código de familia polaco, promulgado por Ley de 27 de junio de 1950, no regulan el matrimonio putativo (81).

(78) Así, el "Code du mariage" sueco establece, en su "Artículo Premier, Capítulo X", lo siguiente:

"Si el matrimonio ha sido contraído pese a las prohibiciones indicadas en los artículos 7 a 10 del Capítulo II, será declarado nulo por el Juez.

La anulación no tendrá, sin embargo lugar por razón de la prohibición indicada en el artículo 10 del Capítulo II, si el matrimonio anterior ha sido disuelto antes del ejercicio de la acción de nulidad."

En el artículo 10, al que se alude en el aquí transcrito, se contiene el impedimento de ligamen.

A su vez, el Código civil peruano contiene, en el art. 137, un pronunciamiento parecido, en cuanto dispone:

"No procede la nulidad en caso de bigamia cuando el anterior matrimonio ha sido disuelto, si el cónyuge del bigamo tuvo buena fe."

Cabría, por último, citar aquí al C. c. de Uruguay, cuyo art. 202 establece, con referencia al 91, número 3.º, donde se encuentra plasmado el impedimento de ligamen, que si alguno de los cónyuges oponen la nulidad del primer matrimonio, habrá de decidirse previamente sobre dicho extremo. Ello lleva consigo, en nuestro modo de ver, que si es declarado nulo el primer matrimonio, no podrá decretarse la nulidad del segundo que, consiguientemente, será válido.

(79) Así, en los arts. 1.345 y 1.347 se determinan las consecuencias patrimoniales derivadas de la nulidad del matrimonio, teniendo en cuenta que dicha nulidad fuera conocida por uno de los dos contrayentes, quedando exceptuados de esta disposición los matrimonios cuya nulidad se funde en un defecto de forma y no hayan sido inscritos en el Registro correspondiente. A su vez, el art. 1.699 puede en cierto modo considerarse como una disposición que indirectamente viene referida al matrimonio putativo, en cuanto determina que tendrá la condición de hijo legítimo el nacido de un matrimonio nulo siempre que los dos esposos no conocieran la nulidad del matrimonio cuando lo contrajeron. Idéntico pronunciamiento al de este precepto es el contenido en el art. 25 de la Ley de Matrimonio civil de Alemania oriental, y en el 7.º de la Ordenanza de 1955.

(80) En este Código se emplea el término "buena fe" con referencia a los matrimonios nulos, pero proyectándola, como el B. G. B., sólo sobre los esposos y referida a indemnizaciones y al derecho de usar o no la mujer el nombre del marido (vid. arts. 6 y 8, Cap. II).

(81) Se limita este Cuerpo legal a hacer una referencia a la buena fe en relación con el vínculo matrimonial, pero sin relación, en nuestra opinión, directa ni indirecta con el matrimonio putativo, en su art. 12.

Tampoco regulaba esta figura el C. c. portugués, omisión que fué subsanada por el D. c.º 1 de 1910 que lo regula y establece para todos los supuestos de nulidad, en los arts. 30 y ss.

Pues bien, esta figura del matrimonio putativo no tiene en ninguna de las legislaciones consultadas —salvo en la cubana— límite alguno en orden a los supuestos de nulidad a que puede ser aplicada. Consiguientemente, y siempre que concurran los requisitos que dicha modalidad exige, pueden aplicarse sus beneficios, incluso a los matrimonios que se celebren concurriendo el impedimento de ligamen, criterio que es seguido también, como hemos ya indicado, por la propia Iglesia (82).

### 3. Posición de la doctrina científica extranjera.

Fué la doctrina francesa, inspirada en ZACHARIAE, la que partiendo del principio “no existe nulidad de matrimonio sin texto” inició la teoría de la inexistencia del vínculo matrimonial, que más tarde consagraron DEMOLOMBE y LAURENT (83).

Tal posición adquirió pronto gran relieve no sólo en Francia, sino también en Alemania, pasando asimismo a Italia, donde cuenta con muchos seguidores, si bien en la actualidad son numerosos y relevantes los que en dichos países la combaten, apoyándose principalmente para ello, como dice un autor, en que “no produce utilidad alguna desmenuzar los conceptos con criterios especulativos que no correspondan a análogos criterios jurídicos; siendo más bien causa de confusión introducir una mayor variedad de expresiones en una materia...” (84).

Las posiciones, por tanto, en materia de sanción o tratamiento de los matrimonios contraídos con la concurrencia de impedimentos o sin las debidas formalidades legales, en la doctrina científica extranjera, son actualmente las siguientes:

a) La de los que distinguen entre inexistencia y nulidad en sentido amplio (85).

(82) Decíamos que salvo el C. c. cubano, porque en realidad este no es otro que el español, aplicado en dicha isla por R. D. de 31-VII-1889, y mantenido después de su independencia por una disposición de 1 enero 1899. Vid., a este respecto, “Código civil de Cuba”, de Eduardo Núñez Núñez, La Habana, 1.ª edic., t. I.

(83) Vide LUTZESCO, “Theorie et pratique des nullités”, t. I, Recuei Sirey, 1938, y concretamente págs. 176 y ss., así como LAURENT, “Cours élémentaire de droit civil”, t. I (arts. 1 a 710), Bruxelles-Paris, 1878, núms. 129-130, páginas 218-219.

(84) MELUCCI (Pasquale), en “Introduzione allo studio delle scienze giuridiche ed istituzioni di diritto civile”, Napoli, 1905, pág. 475, con ocasión de referirse a la distinción entre inexistencia y nulidad radical, que no admite por las consideraciones que en el texto se indican.

(85) Dentro de este grupo podemos incluir, entre otros muchos, y por vía de ejemplo, a los siguientes juristas:

ITALIA: BARBERO, en “Sistema istituzionale del diritto privato italiano”, 5.ª ediz., I, Torino, 1958, núm. 345, págs. 576-577; DEGNI, en “Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano”, Padova, 1943, págs. 53 y ss., y 137 y ss.; PACIFFICI-MAZZONI, en “Istituzioni...”, 5.ª edic. a cura de Venzi y Franco, vol. VII, 1.ª parte, Torino, 1928, pág. 243, nota g); RICCI, en “Diritto civile”, 3.ª ediz., vol. I, Torino, 1923, núm. 27, págs. 419-420; TRABUCCHI, en “Istituzioni...”, cit., pág. 166; SANTORO-PASSARELLI, en “Dottrine...”, cit., págs. 220-221 y 233; VASSALLI, en “Matrimonio putativo”

b) Los que equiparan inexistencia y nulidad radical, estimando se trata de la misma cosa (86).

N. D. It., vol. VIII, 1939, pág. 345; SCOGNAMIGLIO, en "Contributo...", cit., núm. 140, pág. 358.

FRANCIA: En este país merecen destacarse, a los efectos aquí indicados, BONNECASSE, en "Elementos de Derecho civil", traducción de José M.<sup>a</sup> Cajica, t. I, México, 1945, núm. 460, págs. 517 a 520; RIPERT et BOULANGER, en "Traité...", de Planiol, t. II, 10.<sup>a</sup> edit., Paris, 1924, págs. 206 y ss.; BOULANGER, en "Traité...", de Planiol, refundue par..., 4.<sup>a</sup> edit. (1950-1952), t. I, núm. 983, págs. 357 y ss.; AUBRY ET RAU, en "Cours de droit français" 4.<sup>a</sup> edit., t. 5.<sup>o</sup>, Paris, 1872, pág. 5; HEMARD, en "Précis de droit civil", 3.<sup>a</sup> edit., t. I, Recueil Sirey, 1943, núm. 385, págs. 174 y ss.; núm. 400, págs. 182-183, y núm. 441, págs. 204 a 206; LAURENT, en ob. cit., en nota 80, núms. 129-130, págs. 218-219; núms. 130-133, págs. 219 a 221, y núms. 167 y siguientes, págs. 243 y ss.; vide también BEAUDRY LACANTINIÈRE et BARDE, en "Obligations...", t. I, págs. 33 y ss.; así como t. III, págs. 268 y ss., y también BORGEON, en "Distinction de l'inexistence et l'anulabilité des actes juridiques", Thèse-Dijon, 1885, citados estos dos últimos autores por LUTZESCO, en ob. y t. citados en nota 80, pág. 182, nota 1).

MEXICO: Entre los juristas de este país, citaremos a RODRÍGUEZ CLÉRIGO, en "El Derecho...", cit., págs. 94-95, donde parece admitir la distinción entre inexistencia y nulidad radical, bien que no claramente.

PORTUGAL: CUNHA (Paulo), en "Direito de Família", t. II, Lisboa, 1941, págs. 43-44.

SUIZA: ROSSEL ET MENTHA, en "Manuel de droit suisse", t. I, 2.<sup>a</sup> edit., Lausanna-Genève, s/f, núms. 345 y ss., págs. 220 y ss.

ALEMANIA: ENNECERUS, en "Tratado...", t. IV, vol. I, Derecho de familia. Sexta edic., Barcelona, 1947, págs. 134 y ss. El criterio de este tratadista adolece de un cierto confucionismo, en cuanto si bien parece inclinarse a la distinción entre sólo dos categorías, la nulidad total y la anulabilidad en § 11, págs. 79-80 y § 13, pág. 89, tratándose de ciertos impedimentos, y en otros lugares, como, por ej., § 21, pág. 120 y ss., al tratar de los requisitos de forma esenciales; por el contrario, al examinar en § 23, págs. 134 y ss., lo que denomina vicios de forma, dice: "II.—Si el matrimonio nulo por defecto de forma no ha sido inscrito en el registro, no tiene existencia jurídica."

(86) Dentro de esta posición pueden ser incluidos, entre otros, los siguientes tratadistas: DE SEMO (Giorgio), "Istituzioni di diritto privato", settima ediz., Firenze, 1955, núm. 335, pág. 219. Este jurista emplea como términos sinónimos inexistencia y nulidad, distinguiendo dentro de la invalidez de los negocios jurídicos entre "inexistencia o nulidad, anulabilidad e ineficacia". Posteriormente, en núms. 248 y ss., págs. 373 y ss., al tratar de la nulidad del matrimonio, emplea, como términos sinónimos también, los de inexistencia y nulidad. También ROTONDI, en "Instituciones de Derecho privado", Edit. Labor, traducción de F. F. Villavicencio, Barcelona, 1953, núm. 83, págs. 149 y ss., que en el plano de la pura Dogmática no distingue más que entre nulidad y anulabilidad; BRUGI, en "Instituciones de Derecho civil", traducción de la 4.<sup>a</sup> edic. italiana por Jaime Simó Bofarull, México, 1946, págs. 426 a 428, equipara ambos términos, si bien utiliza el de nulidad radical o absoluta, bajo el que comprende los supuestos de inexistencia; GANGI, en "Il matrimonio", Milano, 1953, núm. 44, págs. 69 y ss., donde emplea como conceptos sinónimos los de nulidad absoluta e inexistencia con referencia concreta al matrimonio, hablando indistintamente de nulidad o inexistencia del mismo. También puede incluirse aquí al profesor PINTO COELHO, en "Direito civil (Noções fundamentais)", recogidas de sus explicaciones por AGOSTINHO DE OLIVEIRA y MENDES DE ALMEIDA, ao curso do primeiro ano juridico de 1936-1937, Lisboa, y así, en pág. 64 de dicha obra, con motivo de referirse a las nulidades, distingue dos especies, la absoluta y la relativa, si bien agrega: "La nulidad absoluta es también llamada inexistencia,

c) Los que rechazan la figura de la inexistencia admitiendo únicamente supuestos de nulidad absoluta y anulabilidad (87).

Por otra parte, hemos de tener en cuenta, a los efectos del presente trabajo, que aquellos juristas extranjeros que defienden la figura de la inexistencia respecto del matrimonio la circunscriben, por regla general, a tres únicas hipótesis:

a) *Identidad de sexo*, en cuanto contradice la esencia del matrimonio.

b) *Inexistencia de consentimiento*, dado que priva al vínculo matrimonial de un requisito esencial.

c) *No intervención del oficial o funcionario autorizado* (88), (89).

porque, efectivamente, si el acto no puede ser sanado por la voluntad de las partes, es como nulo de pleno derecho."

(87) Incluiremos dentro de este grupo, entre otros muchos, a los siguientes tratadistas:

ITALIA: STOLFI, en "Teoría del negocio jurídico", traducida por Jaime Santos Briz. Edit. R. D. Pr. Madrid, 1959, págs. 78-79, y en nota (2) de Esta última pág., donde nos dice que entre los italianos la contraposición nulidad radical-inexistencia sólo se aplica a los actos procesales; también: MESSINEO, en "Manuale...", t. II, Milano, 1950, págs. 63-64, donde distingue únicamente entre nulidad y anulabilidad, empleando el término de anulabilidad absoluta; y MELUCCI (Pasquale), en "Introduzioni...", cit., págs. 475-476; así como RUGGIERO, en "Instituciones...", traducida por Serrano Suñer y Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1929, págs. 99 y ss.

FRANCIA: MAZEAUD (Henri, León et Jean), en "Leçons de Droit civil", t. I, Paris, 1955, págs. 811-812 y 817; LUTZESCO, en "Theorie...", cit., págs. 185 y 255, principalmente, así como 255 a 262, donde defiende la tesis de la nulidad absoluta para los actos jurídicos defectuosos, incluido el matrimonio, y en pág. 290 in fine-293, donde se decide para el matrimonio por la nulidad absoluta; también en dicho sentido, JULIOT DE LA MORANDIERE, en "Droit civil" de Planiol, revisada por dicho autor, 3.ª edic., t. I, Paris, 1963, número 533, págs. 312-313; SAVATIER, en "Cours de Droit civil", 2.ª edic., Paris, 1947, t. I, núms. 208-210, págs. 116-117.

PORTUGAL: En este país merecen citarse DO NASCIMENTO, en "Lições de direito civil", Relações de família e sucessões. Coimbra, 1933, págs. 35 y 41, y principalmente, 133 y ss. y 144 y ss., donde contempla los dos únicos supuestos de ineficacia que reconoce: la nulidad absoluta y las nulidades relativas. También en dicho sentido se manifiesta BRAGA DA CRUZ, en "Direitos de família", 2.ª edición revisada pelo prof. PIRES DE LIMA, vol. I, Coimbra, 1942, págs. 42-43, así como 222 y ss., donde estudia los supuestos de nulidad absoluta, y 253 y ss., donde contempla los de nulidad relativa.

ALEMANIA: Destacaremos aquí a LEHMANN, en "Derecho de familia", traducción de José M. Navarro, vol. IV, Madrid, 1953, respecto del cual hemos de indicar que si bien para el profesor Castán dicho autor se encuentra entre los que admiten la distinción entre inexistencia y nulidad del vínculo matrimonial, nosotros preferimos incluirlo dentro de los que no distinguen más que dos categorías de invalidez del matrimonio: la nulidad radical y la anulabilidad, habida cuenta lo que dice en su cit. ob., págs. 68 y 71.

BELGICA: De este país citaremos a DE PAGE, en "Traité élémentaire de Droit civil belge", 3.ª edic., Bruxelles, 1962, págs. 789-790.

(88) En Alemania occidental, la inexistencia por defecto esencial de forma, sólo se admite en el caso de que no habiendo intervenido en la celebración del matrimonio un funcionario oficial, como exige el art. 1.317 del B. G. B., no se inscriba además en el registro correspondiente (art. 1.318-III).

(89) Esa regla general de que hablábamos en el texto tiene, sin embargo

En cuanto al impedimento de ligamen, que es el más interesante desde el punto de vista del presente trabajo, diremos que la generalidad de los juristas extranjeros suelen considerarlo como motivador de la nulidad absoluta o de la anulabilidad, también absoluta, del matrimonio (90).

Por último, y para concluir este rápido examen de la doctrina científica de otros países, vamos a hacer una breve referencia al matrimonio putativo, cuyos beneficios, en opinión de la mayoría, se aplican a todos los supuestos de ineficacia e invalidez del matrimonio, incluso a la inexistencia, estando, por tanto, comprendidos en su esfera de aplicación los matrimonios celebrados con impedimento de ligamen (91), bien que no falten autores que excluyan del ámbito del matrimonio putativo los casos de inexistencia (92).

#### 4. Posición de la doctrina científica española.

La distinción entre inexistencia y nulidad del matrimonio, nacida, como indicábamos, en el seno de la doctrina francesa y seguida desde

sus excepciones; y, así, no faltan autores que estiman pueden extenderse los supuestos de inexistencia al caso del vínculo matrimonial cuando concurre el impedimento de ligamen; tal acontece, por ejemplo, con ROGUIN, quien al comentar en su "Traité...", t. I, De mariage, París, 1904, págs. 166-167, la posición de la legislación alemana, nos dice que el artículo 1.326 del B. G. B. contiene una implícita declaración de inexistencia del matrimonio. Frente a esta opinión, FERNÁNDEZ CLÉRIGO, en "El Derecho de familia...", cit., págs. 93 y ss., ya que si bien admite la figura de la inexistencia, incluye la bigamia o impedimento de ligamen regulado en el artículo 1.326 del B. G. B., entre los supuestos de nulidad absoluta del vínculo matrimonial, lo mismo que acontece con ENNECERUS, en ob. cit., t. IV, vol. I, págs. 78 y ss., aunque, como los dos anteriores, admita también la figura de la inexistencia, bien que limitándola al supuesto contemplado en el artículo 1.318-II del C. c. alemán.

A su vez, BRUGI, en "Instituciones...", cit., pág. 427, parece seguir también la posición de ROGUIN, en cuanto al contemplar la nulidad del matrimonio nos dice: "Hay que entenderla como inexistencia jurídica en todos los casos en los cuales la falta de los requisitos verdaderamente esenciales del matrimonio hace que mengüe el concepto de éste o se reduzca a un tipo total de contradicción con el que la Ley admite", contemplando, entre estos casos, el matrimonio entre personas del mismo sexo, la falta de capacidad de querer de un contrayente, y los impedimentos de sangre, o *de matrimonio precedente válido* o de delito.

(90) Así opinan, entre otros, DE SEMO, en ob. cit., núm. 373, págs. 248 y ss.; MESSINEO, en ob. cit., t. II, pág. 64, donde distingue entre nulidad absoluta y anulabilidad absoluta del vínculo matrimonial, incluyendo dentro de esta última, entre otros casos, el del vínculo anterior no disuelto; BARBERO, en obra citada, núm. 365, pág. 592, sigue análogo criterio que Messineo; DEGNI, en obra cit., págs. 139 y ss.; GANGI, en ob. cit., págs. 183 y ss.; TRABUCCHI, en ob. cit., pág. 233; MAZEAUD, ob. cit., t. I, núm. 791, pág. 817; BONNECASSE, obra cit., t. I, núm. 460, pág. 517; CARBONIER, ob. cit., t. I, núm. 100, páginas 320-321; HEMARD, ob. cit., t. I, núm. 400, págs. 182-183, y núm. 420, página 207; LAURENT, ob. cit., t. I, núm. 168, pág. 244; FERNÁNDEZ CLÉRIGO, obra cit., págs. 86 y ss.; DO NASCIMENTO, ob. cit., t. I, págs. 133 y ss.; BRAGA DA CRUZ, ob. cit., vol. I, págs. 222 y ss., etc.

(91) Vide, entre los que siguen tal criterio, a Braga da Cruz, Carbonier, Roguin, Colin y Capitant, Ripert et Boulanger, Lehmann, Ennecerus, etc.

(92) Así acontece con GANGI, en ob. cit., núm. 130, pág. 197.

hace tiempo por la alemana e italiana, tarda, sin embargo, en ser acogida por la española, bien que actualmente cuente con cierto número de partidarios (93).

Es, sin embargo, la tesis que defiende la indiferenciación de ambos conceptos la que mayor número de representantes cuenta en nuestra doctrina científica, entre los que podemos citar a NAVARRO AMANDI como uno de los primeros mantenedores de dicha posición desde que comenzó a regir el C. c. (94), y posteriormente a BONET RAMÓN (95), CARMONA (96), ESPÍN CÁNOVAS (97), GARCÍA CANTERO (98), ORTEGA LORCA (99), DE DIEGO (100), SÁNCHEZ ROMÁN (101), SANTAMARÍA (102) y TRAVIESAS (103).

También parece ser esta la tesis que late en la obra de MANRESA (104), lo mismo que acontece con MUCIUS SCAEVOLA (105).

(93) Siguen tal posición, entre otros, CASTÁN, en "Derecho...", cit., t. V, págs. 684-685, y en comentarios a la obra de Ennecerus, e. IV, vol. I, § 11, página 83, y § 26, pág. 162; FUENMAYOR, en ob. cit., págs. 458 y ss.; PÉREZ GONZÁLEZ (y Castán), en Comentarios al tomo y volumen citados en Castán; PUIG PEÑA, en "Tratado...", cit., t. II, vol. I, págs. 532 y ss. ROYO MARTÍNEZ, en "Derecho de familia", Sevilla, 1949, págs. 98 y ss.; VALVERDE, en "Tratado...", t. V, págs. 117 y 153, bien que este tratadista, en el tomo I de su citada obra, págs. 559 y ss., parece equiparar inexistencia y nulidad radical.

(94) "Cuestionario...", cit., Madrid, 1889, págs. 102-103.

(95) "Derecho civil", Familia y Sucesiones, 1940, pág. 258, y en "Compendio...", cit. t. IV, págs. 446 y ss.

(96) La bigamia", cit., págs. 157 y 173.

(97) En "Manual...", cit., t. IV, Familia, 1956, págs. 87-88.

(98) "El vínculo...", cit., pág. 233.

(99) En la 5.ª edición de la obra de Mucius Scaevola, Madrid, 1946, t. II, páginas 383 a 385.

(100) En "Instituciones...", cit., t. II, 1930, pág. 374, ya que si bien habla de inexistencia, equipara ésta a la nulidad radical considerándolas como una misma cosa.

(101) García Cantero incluye a Sánchez Román entre los que defienden la tesis de la distinción entre inexistencia y nulidad (vid. "El vínculo...", cit., números 56 y ss., págs. 230 y ss.). Discrepamos, sin embargo, de dicha opinión y situamos a este autor entre los que siguen el criterio de la indiferenciación, en cuanto en "Estudios de Derecho civil", t. V, vol. I, 2.ª edic., Madrid, 1912, estimamos es ésta la tesis que sigue.

Así, en página 487, con ocasión de contemplar las tres posiciones que pueden seguirse en orden al artículo 51 del C. c., habla únicamente de nulidad, y posteriormente, en página 908 y ss., parece admitir también solamente la nulidad, ya que si bien es cierto que en página 910 emplea el término "inexistencia", lo hace con ocasión de aludir a la tesis sustentada por la jurisprudencia y la doctrina extranjera, que según el autor distingue entre matrimonios nulos y falsos o simulados, a los que dice llaman "inexistentes", bien que, según Sánchez Román, *debe seguirse la doctrina de la Iglesia, que "reputa nulos unos y otros matrimonios"*. Y esto que manifiesta en dichas páginas, cuando trata del matrimonio canónico, lo reproduce en la 911, con ocasión de examinar el civil, remitiéndose a lo dicho antes.

(102) En "Comentarios...", cit., t. I, pág. 137.

(103) "Sobre la nulidad jurídica", en *Rv G. L. J.*, t. 125, 1925, págs. 79 y siguientes.

(104) "Comentarios...", cit., t. I, 5.ª edic., 1924, y lo mismo en la 7.ª edic., al comentar no sólo el artículo 51, sino también el 101, en cuanto no alude para nada a la inexistencia y sí únicamente a la nulidad.

Y refiriéndonos ya concretamente a la cuestión que constituye la base del presente trabajo, o sea, al supuesto contemplado en los artículos 51 y 69 del Código civil, hemos de hacer constar que la doctrina patria no se muestra unánime en lo que respecta a la calificación jurídica de los matrimonios celebrados con el impedimento de ligamen (núm. 5.º del art. 83 del C. c.).

Las posiciones en orden a esta cuestión podemos esquematizarlas así:

a) Los que consideran que se trata de matrimonios inexistentes (106).

b) Los que estiman que constituye un supuesto de nulidad radical, pero no de inexistencia (107).

c) Aquellos que incluyen este impedimento dentro de la ineficacia en general o de la ineficacia relativa (108).

Mas las dificultades que plantea el artículo 51 no se limitan a la calificación jurídica de la sanción que merecen los matrimonios contraidos en las circunstancias que en él se indican, sino que se proyectan también en otras direcciones; y así, uno de los problemas básicos que tiene planteada nuestra doctrina científica es, sin duda, el de si podrán o no aplicarse a los supuestos del artículo 51 los beneficios del matrimonio putativo regulado en el artículo 69 de nuestro C. c.

La posición de la doctrina española ofrece, en lo que hace a este punto, ciertas contradicciones, en cuanto que no siempre parece seguir el camino marcado por la naturaleza jurídica de la sanción que merece esta clase de matrimonios. Y así, podemos ver que no todos los que califican de nulos estos matrimonios les otorgan la posibilidad de producir efectos, ni tampoco quienes les atribuyen la cualidad de inexistentes les privan de los beneficios de la buena fe siempre.

Vamos, pues, a hacer lo mismo que en el supuesto anterior; una

(105) "Código civil...", cit., t. II, Madrid, 1907.

(106) Este criterio lo mantienen principalmente PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN, en Comentarios al t. IV, vol. I de la obra de Ennecerus, § 29, pág. 178; CASTÁN, en "Derecho...", cit., t. V, vol. I, pág. 711, así como FUENMAYOR, en "El derecho sucesorio...", pág. 469.

(107) Así, DE BUEN, en Comentarios al t. I, de la obra de Colin y Capitant, pág. 430; CLEMENTE DE DIEGO, en "Instituciones...", t. II, págs. 470-471; GARCÍA CANTERO, en "El vínculo...", cit., págs. 224 y ss. y 233; BONET RAMÓN, en "Compendio...", cit., t. IV, págs. 454 y ss., y 483; ESPÍN CÁNOVAS, en "Manual...", cit., t. IV, págs. 88 y ss.; SANTAMARÍA, en "Comentarios...", cit., t. I, página 137; MANRESA, en ob. cit., 5.ª edic., t. I, pág. 313; JORDANO BAREA, en "El matrimonio...", cit., págs. 349 y 351; VALVERDE, "Tratado...", cit. t. V, pág. 118.

También parece ser éste el criterio sustentado por ROYO MARTÍNEZ, en obra citada, pág. 72, en relación con las 99 *in fine*-100, bien que haya de distinguirse, como hace este tratadista, entre los supuestos de nulidad y los de ineficacia, quedando reducida la nulidad a los casos de primer matrimonio canónico.

(108) En este sentido se manifiesta, como indicábamos en nota anterior, ROYO MARTÍNEZ, para aquellos supuestos en que el primer matrimonio sea civil. También vide LALAGUNA, ob. cit., págs. 78 a 85, para quien se trata de un supuesto de ineficacia relativa, y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, ob. cit., págs. 550 y ss.



esquemática exposición de las posiciones que se siguen por nuestra doctrina científica respecto de esta cuestión.

a) Los que consideran no es aplicable al impedimento del vínculo matrimonial anterior no disuelto el artículo 69 del Código civil (109).

b) Aquellos que estiman es de aplicación el artículo 69 cuando una o dos personas que contraen matrimonio en las condiciones del artículo 51 sean de buena fe (110).

c) Los que siguen un criterio ecléctico, distinguiendo a los efectos de aplicación o no aplicación del artículo 69 según que el primer matrimonio sea canónico o civil (111).

(109) Siguen esta posición, entre otros, BONET RAMÓN, "Compendio...", t. IV, página 484; FUENMAYOR, ob. cit., pág. 469; SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios...", cits., tomo V, vol. I, pág. 488; GARCÍA CANTERO, ob. cit., pág. 233; CASTÁN, "Derecho...", t. V, vol. I, págs. 684 y 711.

También pueden incluirse aquí FALCÓN y ROMERO GIRÓN, en "Código civil-español", Madrid, 1888, pág. 86, nota 1, quienes, con ocasión de hacer un breve comentario del artículo 51, parecen seguir, al menos implícitamente, este criterio; y con ciertas vacilaciones, a ESCOSURA y AZPEITIA, en "Contestaciones a la parte de Derecho civil del programa para oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registros de la Propiedad", t. II, Madrid, 1911, pág. 304 (esta cita está tomada de Fuenmayor, ob. cit., pág. 454).

(110) Así, entre otros, DE DIEGO, "Instituciones", t. II, pág. 470, nota 1; y "Curso...", t. 6.º, 1926, pág. 278; ESPÍN CÁNOVAS, en ob. cit., pág. 100; SANTAMARÍA, ob. cit., t. I, pág. 137; CARMONA, ob. cit., pág. 173; SCAEVOLA, ob. cit., tomo II, 1907, págs. 202 y ss., y ORTEGA LORCA, en sus adiciones a la citada obra de Mucius, 5.ª edic., 1946, pág. 384; MANRESA, ob. cit., t. I, 5.ª edic., 1924, página 313; VALVERDE, ob. cit., t. V, págs. 117 a 120; DE BUEN, en comentarios al tomo I de la obra de Colin y Capitant, págs. 434-435; BURON, "Derecho civil...", cit., t. I, pág. 295; PUIG PEÑA, ob. cit., t. II, vol. I, pág. 546; PEDREGAL y CAÑEDO, "Texto y comentario al Código civil español", t. I, Madrid, 1896, página 183. (Esta última cita, tomada de FUENMAYOR, ob. cit., pág. 454.)

(111) En este sentido se manifiesta ROYO MARTÍNEZ, en ob. cit., pág. 72, donde, con ocasión de referirse al artículo 51 y al 83-5.º, dice así:

"De ambos textos resulta que del matrimonio canónico se deriva un impedimento o ineptitud para contraer nuevo matrimonio, tanto canónico, por disposición del Derecho eclesiástico, como civil, por disposición estatal (artículo 83-5.º)."

"Del matrimonio civil se derivan, en cambio, un impedimento o ineptitud para contraer nuevo matrimonio civil (art. 83-5.º) y la improductividad de efectos civiles del matrimonio canónico posterior con persona distinta del cónyuge civil... Esta redacción es debida a que un Estado católico, como el español, no podría prohibir el matrimonio canónico a quienes según la Iglesia, tienen aptitud para contraerlo, ni podría tampoco decretar la nulidad; por ello, el artículo en cuestión se limita a denegar efectos civiles al matrimonio canónico cuando uno de los dos cónyuges estuviese ya casado civilmente."

También JORDANO BAREA participa de parecida opinión, en cuanto en obra citada, pág. 350, dice así: "Cabe pensar que ambos artículos se refieren a supuestos diferentes: el artículo 51, atendería ahora—como cuando entró en vigor el C.—a impedir la posibilidad de un ulterior matrimonio canónico por parte de quien ya se encuentra casado civilmente con otra persona; el artículo 69, al matrimonio putativo, uno de cuyos supuestos originarios y tradicionales es el del matrimonio nulo por impedimento de vínculo."

Por último, cabe incluir aquí a LALAGUNA, toda vez que proyecta el artículo 51 exclusivamente sobre el apartado IV de la página 22, o sea, sobre el supuesto del matrimonio canónico de la persona ya casada civilmente, única hi-

d) Los que proyectan sobre los Tribunales de justicia la facultad de determinar a qué matrimonios les será aplicables el artículo 69 y a qué otros no (112).

##### 5. *Posición de la doctrina jurisprudencial.*

Frente a la pluralidad de opiniones que hemos visto se dan en la doctrina científica en orden al tratamiento de los matrimonios celebrados en las condiciones determinadas en el artículo 51 del C. c., el criterio de los Tribunales es, en nuestro modo de ver, concorde, al punto de poderse afirmar que el único criterio mantenido es el de la nulidad absoluta o radical de los matrimonios que se contraen con el impedimento de ligamen, tesis que vemos plasmada, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1926, 12 de mayo de 1944, 14 de julio de 1957 y 29 de mayo de 1962.

Ello no obsta, sin embargo, para que haya quien pueda estimar que existe también disconformidad en la doctrina jurisprudencial en lo que se refiere a la calificación jurídica de la sanción que a estos matrimonios pueda corresponder, y buena muestra de ello podemos tenerla en la citada sentencia de 19 de enero de 1926, que en opinión de la generalidad de la doctrina científica patria marca la tesis de la inexistencia de esta clase de matrimonios, opinión de la que lamentamos discrepar, estimando que ni implícita ni explícitamente da a entender dicha solución la citada sentencia, en la que únicamente se pone de relieve la producción del efecto especial de ineficacia señalado en el artículo 51 del C. c. para los matrimonios que se celebren con impedimento de ligamen (art. 83, núm. 5.º, del C. c.), matrimonios que en dicha sentencia se califican de nulos, siguiendo con ello la terminología legal (113).

---

pótesis en la que, según el autor, no entrará en juego la figura del matrimonio putativo (vid. págs. 83-84, en relación con la 22 de la cit. ob. de Lalaguna).

Por el contrario, según dicho autor, será de aplicación la buena fe del artículo 69 en los supuestos I, II y III que contempla en páginas 20 *in fine*-22.

(112) Siguen este criterio PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN, en Comentarios a la obra de Ennecerus, t. IV, vol. I, § 29, pág. 178.

(113) Dicha sentencia dice así: "Basta una lectura racional y lógica de dicha declaración, debidamente relacionada con los fundamentos que le sirven de apoyo, para comprender que en la misma no se declaró la nulidad del referido matrimonio en la forma, modo y con el alcance que en el recurso se presume, reservado, en efecto, por el artículo 80 del C. c. a los Tribunales eclesiásticos, sino tan sólo su ineficacia civil, si bien para ello se empleara la frase apropiada con relación al matrimonio "de ser nulo desde su origen", junto a la de "no haber tenido existencia legal" que bastaba al indicado fin."

En nuestra opinión, se parte, por tanto, en dicha sentencia de que los matrimonios en que concurra el impedimento de ligamen (núm. 5.º del art. 83) son nulos, con nulidad radical, lo que implica el carecer de existencia legal y la improductividad de efectos por imperativo del artículo 51.

Por consiguiente, de ello a considerar que en dicha resolución se plasma la figura de la inexistencia, va, en nuestra opinión, gran diferencia. Estos matrimonios "son nulos desde su origen", dice el T. S. en la sentencia que estamos contemplando, mas no los califica de inexistentes, y esto lo corrobora pos-

6. *Nuestra opinión.*

La problemática del artículo 51 del C. c. español ofrece, en nuestra opinión, dos aspectos fundamentales en lo que al tratamiento de los matrimonios celebrados con el impedimento de ligamen se refiere:

- a) El de la calificación jurídica de dichos matrimonios; y
- b) El de su eficacia.

Ambas facetas, si bien se encuentran estrechamente relacionadas, son, sin embargo, distintas; y lo son, entre otras razones, porque si como se dice en dicho precepto:

*No producirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviere ya casado legítimamente.*

Parece evidente que la calificación jurídica de las uniones en que concurran esas circunstancias no constituirá en realidad un requisito "apriorístico" para la ineficacia del acto matrimonial, que surgirá por imperativo legal *por el mero hecho de existir un matrimonio anterior legítimo, si no se ha declarado su invalidez.*

Partiendo, pues, de esta sistematización, vamos a contemplar el primero de los aspectos que para nosotros ofrece el citado artículo, o sea, el de la

a) *Calificación jurídica del matrimonio celebrado concurriendo el impedimento de ligamen.*

Entramos aquí de lleno en el problema de la invalidez o ineficacia del matrimonio que, en nuestra opinión y según habíamos ya indicado, si bien no puede ajustarse exactamente a la teoría general de la invalidez del negocio jurídico —como estiman algunos juristas—, tampoco debe quedar absolutamente al margen de ella.

Téngase en cuenta, a estos efectos, que al contemplar el problema de la invalidez e ineficacia del vínculo matrimonial habrá de acudirse necesariamente a los conceptos de inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez, etc., todos los cuales se han construido y elaborado dentro de la teoría general del negocio jurídico. Ello no implica, claro es, que jueguen dentro del matrimonio el mismo papel y produzcan, por tanto, los mismos efectos que en el campo de los negocios jurídicos, mas con ellos habrá de actuarse necesariamente, y con ellos o parte de ellos

---

teriormente en S. de 29 mayo 1962, en la que con gran precisión se consagra la cualidad de radicalmente nulos de esta clase de matrimonios al establecer en su penúltimo Considerando:

*"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 último, y entre las resoluciones de los Tribunales que proyectan este tipo de matrimonios sobre la nulidad, podemos citar la de 25 enero 1957, de la Sala 2.<sup>a</sup> de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, en la que, entre otras cosas, se dice: "... cabe afirmar rotundamente que el segundo matrimonio celebrado por ... con ..., debido al anterior nexo, no disuelto, concluido con..., ES NULO a los efectos simplemente civiles de que aquí tratamos, puesto que el impedimento de vínculo matrimonial anterior, al no funcionar como tal, PRODUCE LA NULIDAD DEL SEGUNDO ENLACE ."

actúa la doctrina científica y jurisprudencial e incluso los propios Derechos positivos.

Vamos, pues, a actuar con los conceptos de inexistencia, nulidad e ineficacia relativa, para comprobar cuál de ellos debe aplicarse a los matrimonios que se celebren concurriendo el impedimento de ligamen.

### *Inexistencia.*

La inexistencia es una forma de ineficacia motivada por la ausencia de alguno de los elementos esenciales del negocio jurídico, bien que en opinión de un considerable sector de la doctrina científica no exista diferencia alguna entre este concepto y el de nulidad de pleno derecho, refundiendo ambos bajo la denominación común de nulidad, o nulidad radical.

Esta falta de elementos esenciales motiva que el negocio no pueda surgir al mundo de las relaciones jurídicas, y de aquí que en estos casos se pueda hablar de un “*no negocio*” (114).

Lógico corolario de esta carencia absoluta de negocio es *que no pueda producirse ninguna de las consecuencias propias del que pretendió celebrarse*, en cuanto de lo que no existe ningún efecto podrá derivarse (115).

Pues bien, si tomamos como punto de partida la caracterización general de la inexistencia en los negocios jurídicos, que requiere para surgir la falta de uno o varios de sus elementos esenciales, y la proyectamos sobre el matrimonio, tendremos que comenzar por inquirir qué elementos tienen en él esa condición, y estos no son otros que:

- a) La disparidad de sexos.
- b) El consentimiento de los contrayentes (arg., arts. 89, 100).
- c) Su celebración ante la persona o funcionario competente (116).

---

(114) Así ENNECERUS, ob. cit., t. IV, vol. I, § 23, pág. 134, con ocasión de referirse al matrimonio nulo por defecto de forma, que no haya sido inscrito en el Registro correspondiente, dice que no tiene existencia jurídica, y agrega que “es un concubinato, *un no es matrimonio*”.

(115) Nos estamos refiriendo hasta ahora a la teoría general del negocio jurídico, no al matrimonio.

(116) En España, para el matrimonio canónico, dicha persona será el párroco, el ordinario del lugar o un sacerdote por ellos autorizado (canon 1.094). Tratándose del matrimonio civil, tiene la consideración de funcionario competente el juez municipal (arts. 87 y ss. C. c.).

Hemos de tener, asimismo, en cuenta, en relación con esta cuestión de la inexistencia, que en opinión de algún jurista patrio los matrimonios inexistentes resultan en España también de algunas disposiciones legales dictadas con motivo de nuestra guerra civil; tal acontece, según PURG PEÑA, con la Orden de 9-III-1939 y la Ley de 12-III-1938 (vid. ob. cit., t. II, vol. I, págs. 534 y ss.).

No estamos plenamente conformes con tal opinión. Así, la Ley de 12-III-1938 no habla de matrimonios inexistentes, sino nulos, y, por otra parte, tampoco pueden serlo en cuanto les son aplicables los beneficios del matrimonio putativo, lo que implica la existencia, al menos, de una apariencia de matrimonio, compatible con la nulidad, mas no con la inexistencia.

Otra cosa es la celebración de matrimonios civiles en la forma que se refleja en el artículo 2.º de la Orden de 22-IX-1938, toda vez que en ellos la inexistencia

Supuesto esto, y por aplicación de la teoría general del negocio jurídico, merecerían la consideración de matrimonios inexistentes:

1.º Los contraidos por personas del mismo sexo.

2.º Aquellos en los que falte por completo el consentimiento de uno o ambos contrayentes.

3.º Los celebrados ante persona o funcionario incompetente (artículo 101, núm. 4.º, del C. c.) (117).

A primera vista al menos, no nos parece inadecuada la calificación de inexistencia para las uniones comprendidas en los números 1.º y 2.º de la clasificación que precede, auténticos *no-matrimonios* en cuanto carecen de los requisitos sustantivos esenciales para su existencia.

Incluso estimamos procedente la calificación de inexistencia para ciertos matrimonios celebrados con ausencia de los requisitos de forma que se pueden reputar también esenciales; por ejemplo, al que se oficiare por un particular disfrazado de sacerdote, o que se atribuyere la cualidad de Juez municipal.

Otra cosa acontecerá, sin embargo, con los supuestos de no intervención del Juez municipal en general, previstos en el artículo 101, nú-

---

proviene de no haberse celebrado conforme a las disposiciones vigentes antes del 18 de junio de 1936, entre las que se encontraban precisamente su celebración ante funcionario competentemente autorizado, requisito, como hemos visto, esencial para la validez y existencia del matrimonio.

Por último, es también discutible que lo dispuesto en el artículo 2.º-G) de la Orden de 8-III-1938 permita calificar de inexistentes y no de nullos los matrimonios a los que se refiere dicha disposición; en primer lugar, por emplearse en ella el concepto "*nulidad*" y no el de "*inexistencia*"; y en segundo lugar, porque dicha anulación no elimina los derechos adquiridos por el cónyuge de buena fe y los hijos, lo que, repetimos, es contrario a los caracteres de la inexistencia.

A mayor abundamiento, ROMERO VIEITEZ, con ocasión de ocuparse de estas cuestiones en "Las normas de derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español", en *Rv. D. Pr.*, 1941, números 289-291, en este último número no afirma de plano la inexistencia de dichos matrimonios, sino que se limita a plantear el problema diciendo en pág. 183:

"Pero una tercera categoría, *la de la inexistencia*, que acaso hubiese podido relacionarse con la expresión "no producirán efectos civiles", del artículo 51, de no prosperar la interpretación de serles aplicable la doctrina del matrimonio putativo a los supuestos de aquél, precepto que no se ha aceptado por la doctrina ni por la jurisprudencia de los Tribunales", y en nota 50, de página 184, agrega: "Las consecuencias prácticas de la categoría lógica de la inexistencia aplicadas al matrimonio, reducibles a tres, a saber: imposibilidad de convalidación, inaplicabilidad de los efectos del matrimonio putativo e inexistencia de acciones de nulidad, encuentran, en la existencia de un acta del Registro civil de la que conste la celebración del matrimonio, un obstáculo para su libre juego".

"Por eso, precisamente, las Ordenes del M. de J. de 12-VIII y 22-IX-1938, y la de 8-III-1939... proponen el problema previo de si, conforme a ellas, existe en nuestro Derecho positivo actual una tercera categoría: *la de matrimonios inexistentes.*"

(117) Tal acontece, por ejemplo, si el matrimonio se celebrase ante el pastor de una secta protestante o herética, sacerdote budista, o ante un particular que se atribuyere la cualidad de juez municipal; también ante un funcionario público que no sea precisamente de los autorizados por el C. c. o la Ley del Registro civil para celebrar casamientos, un funcionario de un Ayuntamiento o Diputación, etc.

mero 4.º, del C. c., que, en nuestra opinión, constituirían más bien casos de nulidad de pleno derecho (118).

A la vista de lo que acabamos de exponer, nos parece totalmente imposible incluir dentro de los supuestos de inexistencia del vínculo matrimonial aquellas uniones que se encuentran afectadas por el impedimento de ligamen (art. 83, 5.º, C. c.), en cuanto no tienen encaje en ninguna de las situaciones motivadoras de la inexistencia (119).

#### *Nulidad.*

Se manifiesta esta forma de invalidez cuando el negocio se celebra con infracción de un mandato o prohibición legal (arts. 4.º, 1.255, 1.271, etc., C. c.).

Característico de la nulidad, lo mismo que de la inexistencia, es que los negocios jurídicos afectados de ella no produzcan efecto alguno ni puedan ser sanados.

Si proyectamos esto sobre la teoría de la invalidez matrimonial, tendría que producirse la nulidad de pleno derecho del matrimonio siempre que su celebración infringiese o lesionare un precepto legal, lo que tendrá lugar generalmente en los siguientes casos:

- a) Infracción de lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil.
- b) Infracción de lo dispuesto en el artículo 83, números 1.º, 2.º, 3.º y 5.º, salvo en los casos de dispensa.
- c) Infracción de lo dispuesto en el artículo 84 del mismo Cuerpo legal, salvo los casos de dispensa.
- d) Infracción de lo dispuesto en el artículo 100 del Código civil (120).

---

(118) Vide en este sentido la sentencia del T. S. de 13-VI-1947, rechazando la calificación de inexistencia para un matrimonio celebrado ante el alcalde-presidente del Consejo Municipal, el 14-IV-1938, y frente al concepto "inexistencia" que utiliza el Tribunal de instancia, emplea el de "nulidad" del artículo 101 del C. c. Vide también arg. de las Ss. 1-V-1919 y 26-IV-1929. Esta es además la opinión más generalizada en nuestra patria; así, PUIG PEÑA, ob. cit., t. II, vol. I, pág. 537; DE BUEN, comentarios a ob. Colín y Capitant, t. I, págs. 429-430; PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN, en Com. a la ob. de Ennecerus, t. IV, vol. I, páginas 136-137; ORTEGA LORCA, en t. II, ob. de Scaevola, cit., págs. 712-713 y nota 1.

(119) Téngase en cuenta, a estos efectos, que es la generalidad de la doctrina científica extranjera, e incluso algún sector de la nacional, la que al hacer una clasificación de los supuestos de inexistencia del matrimonio describen los tres que indicábamos en el texto (vide pág. 37 y notas 88 a 90).

(120) Este es el criterio más generalizado en la doctrina científica patria, seguido, entre otros, por VALVERDE, en ob. cit., t. IV, págs. 153-154; DE BUEN, Comentarios ob. de Colín y Capitant, t. I, págs. 430 y ss.; PUIG PEÑA, ob. cit., tomo II, vol. I, págs. 536 y ss.; BONET RAMÓN, en "Compendio...", t. IV, páginas 454 a 456; ROYO MARTÍNEZ, ob. cit., págs. 98 y ss., etc.

Parécen inclinarse a la posición contraria los comentaristas de Ennecerus, ya que en t. IV, vol. I, § 26, págs. 162-163, consideran que los supuestos del artículo 101 del C. c., salvo la bigamia, son de anulabilidad, no de nulidad radical; mas ello contrasta con lo que dicen en § 21, págs. 127, donde afirman que la intervención del juez municipal en el matrimonio canónico es indispensable, agregando en pág. 128 que "El matrimonio que se concluya ante quien no sea

Mas no debe olvidarse que en materia de invalidez del vínculo matrimonial la delimitación de los actos y su exacta calificación ofrece grandes dificultades, en cuanto su reglamentación legal ni se encuentra tan construida como la de los negocios jurídicos ni puede ajustarse plenamente a los moldes de estos.

Así, si bien el artículo 101 del C. c. determina que son nulos una serie de matrimonios por concurrir en ellos una serie de circunstancias que se describen en dicho precepto, ni todos son nulos de pleno derecho ni lo son incluso los comprendidos dentro de un mismo artículo. Esto acontece, por ejemplo, en los artículos 83 y 84, en cuanto respecto del primero de ellos suele excluir la doctrina científica la impotencia que no es causa de nulidad de pleno derecho; y del segundo lo están aquellos impedimentos respecto de los cuales cabe dispensa (art. 84, en relación con el 85 del C. c.) (121).

A mayor abundamiento, téngase en cuenta que tampoco en materia de invalidez del matrimonio es aplicable el principio de la no convalidación de los actos radicalmente nulos característico de los negocios jurídicos, existiendo algunos casos en los que ello es posible; tal acontece con el número 1.º del artículo 83 del C. c. (122), que no por eso deja de ser en principio un matrimonio nulo de pleno derecho.

Queremos hacer ver con esto las grandes dificultades que encierra llevar a cabo la adecuada calificación jurídica de la nulidad matrimonial. Ello no es, sin embargo, óbice para que hagamos la afirmación de que en nuestra opinión será dentro de la nulidad de pleno derecho donde, con arreglo a los principios de la dogmática jurídica, debe incluirse el matrimonio celebrado con el impedimento de ligamen, habida cuenta:

1.º Que dicho impedimento viene regulado en el artículo 83, número 1.º del Código civil.

2.º Que el artículo 101 de dicho Cuerpo legal, el primero de la Sección tercera, Capítulo III, Título IV del Libro I, y bajo el epí-

---

juez municipal competente o persona autorizada legalmente para sustituirlo es nulo. La nulidad es además insubsanable..."

(121) Así, además de la posición sustentada por los comentaristas de Enneccerus, a la que aludíamos en nota anterior, vid. DE DIEGO, "Instituciones...", citada, t. II, pág. 374, que parece incluir todos los supuestos del artículo 101 del C. c., dentro de la anulabilidad, al considerar que sólo la ausencia de las condiciones esenciales para la existencia del matrimonio motivan su inexistencia, y éstas son solamente la dualidad de sexos, el consentimiento y el cumplimiento de la forma requerida, diciendo que la falta de las condiciones necesarias para su validez sólo lo hacen anulable.

(122) Ello es causa de que, para algún tratadista patrio, la edad sea causa de nulidad relativa, tal acontece con MUCIUS SCAEVOLA y ORTEGA LORCA, en ob. cit., t. II, 5.ª edic., págs. 652-653.

La posibilidad de convalidación de los matrimonios nulos puede verse en SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., t. V, vol. I; PUIG PEÑA, ob. cit., t. II, vol. I; DE BUEN, comentarios a la ob. de Colín y Capitant, t. I; CASTÁN, "Derecho...", cit., t. V, vol. I. etc.

grafe “*De la nulidad del matrimonio*”, declara taxativamente que “*Son nulos:*”

1.º *Los matrimonios celebrados entre las personas a quienes se refieren los artículos 83 y 84, salvo los casos de dispensa.*

Consiguientemente, ateniéndonos al criterio legal, el impedimento dicho es causa o motivo de nulidad y no de inexistencia (123).

3.º Que a mayor abundamiento, no es posible incluirlo dentro de la llamada inexistencia por las consideraciones que hacíamos al examinar ésta.

4.º Que tampoco tiene cabida dentro de la nulidad relativa o anulabilidad, por venir ésta referida a los matrimonios afectados de ciertos vicios, como el error, la violencia o intimidación (art. 101, núm. 2.º), el rapto (art. 101, núm. 3.º), entre los que no se puede incluir en modo alguno el impedimento de vínculo matrimonial anterior no disuelto.

*Ineficacia relativa.*

Para algún autor patrio, la sanción que el artículo 51 establece respecto de los matrimonios contraídos por personas que estuvieren ligadas por otro anterior no disuelto, debe encajarse dentro de los moldes de la ineficacia relativa (124).

No podemos estar conformes en términos generales con esta tesis, por las siguientes consideraciones:

a) El hecho de que tal opinión parece (al menos, en principio) construída sobre un criterio en cierto modo unilateral, en cuanto viene referida únicamente al supuesto de que el segundo matrimonio sea canónico, cuando, en nuestra opinión, el artículo 51 ha de proyectarse sobre todos los supuestos de matrimonios contraídos encontrándose cualquiera de los cónyuges legítimamente casado, o sea, sobre todos los casos de matrimonios celebrados con la concurrencia del impedimento regulado en el número 5.º del artículo 83, en relación con el 101, número 1.º, del Código civil.

b) Porque el segundo matrimonio, o sea, el que se celebra sin estar disuelto el anterior *contraído legítimamente, es siempre nulo*, de conformidad con lo dispuesto en los citados artículos, nulidad que entendemos con la mejor doctrina que es de pleno derecho.

c) Porque no puede encajarse esta categoría de matrimonios dentro de la llamada ineficacia o nulidad relativa.

---

(123) Claro es que siguiendo este criterio de puro dogmatismo jurídico podría decirse que también en el art. 83 está incluida la impotencia, la cual no es eliminada en el 101, y sin embargo, este impedimento no es motivo de nulidad de pleno derecho. De acuerdo, pero por ello hemos dicho que la nulidad del matrimonio tiene una configuración especial y, además y en principio al menos, los tipos de los arts. 83 y 84, por mandato del 101, son constitutivos de nulidad radical, no de anulabilidad, salvo, como se dice, ciertas excepciones consagradas por la doctrina científica y jurisprudencial.

(124) LALAGUNA, en ob. cit., págs. 78 a 85, principalmente, y últimamente, en este mismo sentido se manifiesta CONDE-FERREIRO PUMPIDO, en ob. cit., páginas 550 a 553.



En efecto, lo característico de esta clase de ineficacia es que no se proyecta sobre todo el acto o negocio y sí únicamente sobre una parte de él, distinguiéndose por la doctrina científica los siguientes supuestos de nulidad o ineficacia relativa:

1.º Cuando el vicio o defecto opera solamente sobre una cláusula o elemento del acto o negocio jurídico que no sea principal (125).

2.º Los llamados supuestos de reducibilidad, que mantienen la validez y eficacia del acto o negocio dentro de los límites del poder dispositivo en que se excedió el agente (126).

3.º Cuando procede resolver por vía interpretativa si queda a salvo o no aquella parte del negocio que no se encuentra afectada del vicio (127).

d) Porque la ineficacia a que se refiere el artículo 51 del C. c. es, en nuestra opinión, plena y absoluta, o sea, que *afecta a todos los efectos civiles* que del matrimonio pueden derivarse, siendo una consecuencia lógica de la nulidad del vínculo contraído con el impedimento de ligamen.

Vemos, pues, a través de estos dos últimos apartados, que el impedimento de ligamen no puede ser incluido dentro de la ineficacia relativa ni por su configuración, en cuanto no tiene encaje en ninguno de los supuestos que la doctrina admite como constitutivos de esta forma de ineficacia, ni por sus efectos, dado lo que indicamos en el apartado d).

b) *Consecuencias que en orden a su efectividad producen los matrimonios celebrados por quienes se encuentran ligados con vínculo matrimonial anterior legítimamente contraído y no disuelto.*

Constituye ésta la segunda faceta o aspecto de que hablábamos en otro lugar, en relación con el tratamiento de esta clase de matrimonios que se regulan en el artículo 51 del C. c., faceta tan interesante como la de la calificación jurídica de dichos matrimonios, ya que con ella nos adentramos en lo que pudiéramos decir el problema esencial que plantea dicho artículo, o sea, el de su prevalencia o sumisión respecto del 69 del mismo Cuerpo legal.

Mas, para nosotros, el problema de la invalidez de estos matrimonios plantea otro problema no menos interesante; el de si la ineficacia que se prescribe en el artículo 51 es consecuencia de su nulidad o no.

(125) Un ejemplo de esta manifestación la tenemos en los arts. 515, 785 y 1.826 del C. c., así como en la Ley de usura de 1908. En el sentido que se indica en el texto se manifiesta CASTÁN, "Derecho...", cit., t. I, vol. II, pág. 688; PUIG PEÑA, ob. cit., t. I, vol. II, pág. 701; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en comentarios al t. I, vol. II, § 189, pág. 368 de la ob. de Ennecerus.

(126) Tal acontece con la reducción de donaciones y la de legados. En este sentido, además de los autores de nota anterior, DE DIEGO, en "Instituciones...", t. I, pág. 259, nota 1; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, misma ob., t. y vol., § 135, pág. 50, y § 175, págs. 287 a 289.

(127) Así, CASTÁN, en misma ob., t. y vol. y págs. de nota 122, y comentaristas de Ennecerus, mismo t. y vol. de nota anterior, § 189, pág. 368.

Vamos, pues, a contemplar ambos problemas desde nuestro punto de vista.

I. *En los supuestos que contempla el artículo 51, ¿juega el principio de buena fe?*

Para nosotros, la solución de esta primera cuestión es clara y terminante; los matrimonios en que concurre el impedimento de ligamen anterior no disuelto (art. 83, 5.º C. c.) *no producen ningún efecto, ni les son aplicables en ningún caso los beneficios del artículo 69 del Código civil* (128).

El porqué de esta afirmación lo hemos indicado ya en otro lugar —*cid supra* págs. 14-16—. Bástenos agregar a los argumentos dados que, constituyendo el artículo 51 una verdadera especialidad en materia de invalidez del vínculo matrimonial, con categoría de auténtico privilegio respecto de la también especialidad que supone el matrimonio putativo, ha de prevalecer sobre él. Se trata, pues, en este caso, *del predominio del privilegio* (art. 51) *de una especialidad* (art. 69), *sobre ésta*.

Consiguientemente, haya o no buena fe por parte de los contrayentes, nunca gozarán éstos ni sus hijos de los beneficios del matrimonio putativo (129).

II. *La ineficacia del artículo 51 ¿es producida por la nulidad de esos matrimonios?*

Como indicábamos en otro lugar —*supra* págs. 46 y ss.— los matrimonios que celebren personas ligadas por vínculo anterior no disuelto son nulos de pleno derecho.

La cuestión estriba en determinar si la ineficacia de dichos matrimonios es consecuencia de su nulidad, o una manifestación específica de la invalidez del vínculo matrimonial, dada la redacción del artículo 51 del C. c. Y que ello puede presentar problemas de interpretación, lo tenemos en el hecho de no faltar quien estime que la adecuada calificación de esta categoría de matrimonios, o mejor dicho, de su sanción, no es la de inexistencia ni la de nulidad de pleno derecho, sino la de ineficacia relativa (130).

(128) El hecho de que no produzcan efectos de ninguna clase, ni en ningún caso les sean aplicables los beneficios del art. 69, puede, sin embargo, tener alguna excepción. Concretamente, podemos hacer referencia a una a la que ya habíamos aludido en otros lugares; la contemplada en la disposición transitoria 4.ª de la Ley de 23 septiembre 1939. Se trata, sin embargo, de especialísimos supuestos, establecidos por una disposición legal y, en consecuencia, derogatorios para dichos casos de la norma contenida en el art. 51 del C. c. Fuera, por tanto, de estos casos y de aquellos otros que merezcan análoga calificación, el impedimento de ligamen, recogido en el núm. 5.º del art. 83 del C. c., produce las consecuencias que se dejan indicadas en el texto.

(129) Este es, como hemos podido observar, el criterio que marca nuestro T. S., en cuanto que si bien es cierto que en alguna sentencia parece admitir la aplicación de los beneficios del art. 69 del C. c., ello es debido a que se trata de supuestos de hecho acogidos a la especialísima legislación de la postguerra civil, como indicamos en nota anterior.

(130) Así, por ejemplo, LALAGUNA, en *ob. cit.*; CONDE-PUMPIDO FERREURO, en *ob. cit.*, y también, en cierto modo, el propio ROYO MARTÍNEZ en obra citada.

Nos inclinamos a considerar que la ineficacia de que habla dicho artículo es una consecuencia de la radical nulidad de esta clase de uniones y no una categoría especial de invalidez, por las razones que vamos a exponer:

1.º Una de las características de la nulidad de pleno derecho es la improductividad de efectos jurídicos del acto o negocio por ella afectado; "*quod nullum est, nullum produit effectum*".

Consiguientemente, la nulidad de estos matrimonios determinada en el artículo 101, número 1.º, en relación con el 83, número 5º del Código civil, había de producir necesariamente su ineficacia sin necesidad de pronunciamiento expreso contenido en el artículo 51 (131).

Mas como en materia matrimonial una de las características del acto inexistente o nulo es precisamente la de no originar siempre una ineficacia absoluta por el juego del artículo 69, al punto de que incluso los matrimonios que en el epígrafe anterior hemos indicado podrían incluirse dentro de la inexistencia son susceptibles de producir efectos a tenor de dicho precepto, para que dicha ineficacia se pudiera producir con toda plenitud habría de ponerse un límite al citado artículo 69, y esto es precisamente lo que ha hecho el legislador de 1889 con el matrimonio en que concurra el impedimento del vínculo anterior no disuelto, consagrar en el artículo 51 uno de los efectos peculiares y característicos de las nulidades radicales; la ineficacia del acto para un supuesto concreto, el señalado en dicho precepto.

2.º El hecho de que no sea preciso declarar la nulidad del vínculo matrimonial para que la ineficacia se produzca, no es obstáculo alguno a la tesis que sostenemos.

Téngase en cuenta que otra de las características de la nulidad radical es el producirse "*ipso iure*", no necesitando, en consecuencia, declaración judicial, a lo que no se opone en modo alguno la tesis hoy dominante de que dicha declaración deba producirse cuando existe una

---

(131) La ineficacia absoluta de los negocios jurídicos no es admitida por todos los juristas.

Así, DE CASTRO, con ocasión de referirse a esta cuestión en ob. cit., t. I, pág. 538, si bien nos dice que "*el acto nulo es ineficaz de modo insubsanable*", agrega que "*No se quiere decir con ello que sea inexistente o sin valor en el Derecho, sólo se excluyen las consecuencias para el infractor, no las que derivan de la ilicitud del acto o las que sirvan de apoyo a la buena fe de un tercero.*"

Por el contrario, ALBADALEJO, en "El negocio jurídico", publicación del Real Colegio de España en Bolonia, 1959, núm. 229, pág. 404, nos dice que "*el negocio nulo carece inicial y perpetuamente de todo efecto negocial*", bien que estime que la falta de tales efectos "*no impide, sin embargo, que se verifiquen aquellos propios de los hechos puestos en juego. Ni que tengan lugar los que se apoyan no en la validez del negocio, sino en la situación de hecho que la aparente validez de aquél puede crear*", opinión esta muy generalizada que siguen, entre otros, PUIG PEÑA, ob. cit., t. I, vol. II, pág. 692 a); VALVERDE, en ob. cit., t. I, pág. 562, donde equipara inexistencia y nulidad, atribuyendo a ambas figuras los mismos efectos, entre ellos, este que estamos comentando: COLIN y CAPITANT, en ob. cit., t. I, pág. 193; DE DIEGO, en "Instituciones...", t. I, pág. 258, parece inclinarse también a esta tesis, así como CASTÁN, en "Derecho...", t. I, vol. II, págs. 682 y 684, etc.

aparición de acto, para destruir éste, actuando así en forma que pudiéramos decir, siguiendo a PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, "*meramente declarativa*" (132).

Es, por lo tanto, perfectamente posible que el segundo matrimonio carezca en absoluto de efectos sin necesidad de que se haya declarado su nulidad, ya que esta posibilidad es precisamente la que se prevé y regula en el texto del artículo 51 del C. c., viniendo además confirmada por la doctrina jurisprudencial en sentencias de 19 de enero de 1926 y 29 de mayo de 1962.

La declaración de nulidad del segundo matrimonio no tiene, por tanto, más virtualidad que la "*meramente declarativa*", como dicen los comentaristas de ENNECERUS, o sea, la de dar a conocer públicamente tal situación de invalidez.

3.º La construcción de la ineficacia plasmada en el artículo 51, como un supuesto de ineficacia específica, no la creemos factible por las razones que dábamos en otro lugar al contemplar dicha figura de invalidez.

Por todo ello concluimos este epígrafe diciendo que en nuestra opinión, *la ineficacia a que se refiere el artículo 51 del Código civil, aun cuando se produzca antes de que sea declarada la nulidad del matrimonio que la origina, es una consecuencia directa e inmediata de la misma y no de una forma específica de ineficacia.*

---

(132) En Comentarios a la ob. de Ennecerus, t. I, vol. II, pág. 364.

En el sentido de que la nulidad se produce "*ipso iure*" se manifiestan, entre otros, ALBADALEJO, "El negocio...", cit., pág. 404; SANTAMARÍA, ob. cit., t. I, págs. 19-20; VALVERDE, ob. cit., t. I, pág. 363; DE DIEGO, "Instituciones..." t. I, pág. 258, y en "Curso...", t. II, págs. 673-674; DE CASTRO, ob. cit., I, págs. 538-539.

Ello no obsta, sin embargo, como indicábamos en el texto, para que la opinión más generalizada se incline a considerar que como en algunos casos el acto radicalmente nulo puede producir efectos, bien para terceros, bien derivados de la situación de hecho que la aparente validez de aquél puede crear, etc., la nulidad deba declararse por los Tribunales, declaración que podría realizarse perfectamente "*ex officio*".

En dicho sentido se manifiestan el propio ALBADALEJO, en "El negocio...", cit., págs. 404-405, y SANTAMARÍA, ob. cit., t. I, págs. 19-20; BONET RAMÓN, "Compendio...", t. I, pág. 727; COLIN Y CAPITANT, ob. cit., t. I, pág. 193, donde alega, además, otras razones, como la de que no puede acudir a las vías de hecho; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en ob., t. y vol. citados al comienzo de esta nota, págs. 363-364; CASTÁN, "Derecho...", t. I, vol. II, págs. 686-687; PUIG PEÑA, ob. cit., t. I, vol. II, pág. 692; DE CASTRO, ob. cit., I, pág. 538-1.º, etc.

Este parece ser también el criterio que sustenta la doctrina jurisprudencial, claramente plasmado en la S. T. S. de 3 enero 1947.

A su vez, en orden a la apreciación "*ex officio*" de la nulidad, podemos señalar, entre otras, las Ss. T. S. de 29-III-1932, 6-XI-1941, 29-X-1949, 14-I-1956 y 27-X-1956, pero muy especialmente, y para el matrimonio contraído con impedimento de ligamen, las de 19-I-1926 y 29-V-1962.

## CONCLUSIONES

I. Aun cuando entre el negocio jurídico y el matrimonio existen esenciales diferencias, estimamos que para construir la nulidad, inexistencia, anulabilidad, etc., del vínculo matrimonial, hay necesidad de partir de la teoría general de la invalidez de los negocios jurídicos, única que puede proporcionar los elementos fundamentales.

II. La inexistencia del matrimonio es perfectamente posible, y su construcción puede operarse en nuestro Derecho positivo sobre las bases de la inexistencia del negocio jurídico.

Dicha no existencia queda limitada en nuestra legislación a tres supuestos: la identidad de sexo, la ausencia de consentimiento y la celebración del matrimonio ante persona que no esté competentemente autorizada.

III. El impedimento de vínculo anterior no disuelto recogido en el artículo 83, número 5.º, del Código civil, es causa de nulidad del segundo matrimonio. Dicha nulidad es de pleno derecho.

No cabe hablar, por tanto, de inexistencia ni de ineficacia relativa, en cuanto los presupuestos que caracterizan dicho impedimento no tienen encaje en ninguna de estas manifestaciones de invalidez.

IV. La ineficacia de que habla el artículo 51 del Código civil es lógica consecuencia del carácter nulo de los matrimonios celebrados con el impedimento de ligamen, y no una forma o manifestación de invalidez del vínculo matrimonial.

MARIANO FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO

