

DECLARACION DE NULIDAD DE UN MATRIMONIO CIVIL ENTRE ESPAÑOLES CONTRAIDO EN EL EXTRANJERO

I. TEXTO DE LA SENTENCIA

AFFAIRE CIVILE

N.° 57.043

TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE DE

C A S A B L A N C A

— Cinquième Chambre Civile —

Présidence de Mr. MORERE, Juge Doyen

Jugement du 21 novembre 1953

Vu les articles 145, 210 et suivants, 394, 434 du Dahir formant Code de procédure Civile;

Vu les articles 2, 3, 8, 9, 10 et 11 du Dahir sur la Condition civile des Français et des Etrangers;

Vu l'article 1er du Dahir du 4 septembre 1915 et subséquents, constituant un Etat-civil;

Vu la Convention de La Haye du 12 juin 1902 dans ses articles 1er et 5;

Vu spécialement les articles 9, 42, 67, 68, 69, 70, 72, 75, 76, 80 du Code Civil espagnol et l'Ordonnance du 10 mars 1941;

APRÈS EN AVOIR DÉLIBÉRE CONFORMEMENT A LA LOI :

Attendu que par requête du 4 mai 1950, la dame A. G. L., admise au bénéfice de l'Assistance judiciaire, mariée civilement à Casablanca, demande que le Tribunal de Première Instance de Casablanca prononce la séparation de corps d'avec le sieur J. J., pour des motifs pertinents et admissibles dont elle sollicite, subsidiairement, l'admission en preuve;

Que deux enfants sont issus de cette union;

EN FAIT :

Attendu qu'il résulte d'un extrait du Registre de l'état civil de Casablanca délivré le 29 octobre 1952, que le mariage du sieur J. J. A., de nationalité espagnole, a été célébré le 15 juin 1946 avec A. G. L., de nationalité espagnole, au Bureau de l'état civil de cette ville ;

Attendu qu'il n'est pas dénié que les deux époux contractants étaient, à cette époque, de nationalité espagnole, et d'autre part, qu'il n'est pas justifié de l'existence concomitante d'un mariage célébré *jure canonico* ;

EN DROIT :

Attendu qu'aux termes des articles 3 et 8 du Dahir sur la Condition civile, l'état et la capacité des Français et des Etrangers étant regis par leur loi nationale, le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux ;

Attendu que l'article 9 du Code Civil espagnol, loi du statut personnel des parties, dispose expressement, que les lois qui régissent les droits et devoirs de famille, la condition et la capacité légales des personnes obligent les Espagnols, même s'ils résident en pays étranger ;

Attendu que le dit Code Civil espagnol, dans son article 42 prévoit deux formes de mariage, le canonique, que *doivent* contracter les Espagnols qui sont baptisés, et le civil pour les autres ;

Mais attendu que depuis l'Ordonnance du 10 mars 1941 du Chef de l'Etat Espagnol, les conjoints doivent rapporter la preuve, par titres ou par déclaration faite sous serment, qu'ils ne sont pas catholiques s'ils veulent se marier civilement (cfr. *Leyes de España*. Edt. 1949, p. 433) ;

Attendu qu'au Maroc, le Dahir du 4 septembre 1915 instituant dans son article premier une forme civile du mariage, doit être entendu en ce sens, spécialement pour les Etrangers, qu'il n'établit cette forme civile qu'autant qu'elle ne contredit pas le droit de contracter mariage dans les "conditions ou restrictions autres que celles résultant de leur loi nationale", ainsi que le spécifie l'article 2 du Dahir sur la Condition civile des Français et des Etrangers ;

Attendu que le caractère politique du Droit international privé au Maroc (qui a fait, des lois régissant le statut des Français et des Etrangers, la règle éminente du maintien de leur intégralité juridique) équivaut à la création d'un ordre public international devant ces nouvelles juridictions françaises, qui héritaient leurs pouvoirs, ainsi que l'écrivait DE LAPRADELLE "non d'une souveraineté locale, mais de souverainetés extérieures", par la renonciation à leurs privilèges de juridiction ;

DECLARACION DE NULIDAD DE UN MATRIMONIO CIVIL

Qu'ainsi, ce Tribunal doit, dans le Protectorat Français du Maroc, soulever d'office une nullité d'ordre public international, puisée dans les lois organiques régissant le statut personnel des parties étrangères en cause:

AU FOND:

Attendu qu'il résulte de l'expédition de l'Acte de mariage (n.° 698) produit à l'appui de la requête en séparation de corps présentée par l'épouse, que cette dernière, de nationalité espagnole, comme son mari, a contracté, en violation de son statut personnel, un mariage purement civil le 15 juin 1946 par devant l'Officier de l'état-civil de la ville de Casablanca;

Attendu que le Tribunal de céans doit, en conséquence, débouter la demanderesse de son action et, par application des textes de lois susvisés et de la loi nationale des époux, prononcer d'office la nullité du mariage civil, en vertu du principe de l'ordre public international, mais, étant donné les faits de la cause, déclarer le dit mariage, putatif en ses incidences civiles:

PAR CES MOTIFS

Après débats en Chambre du Conseil,

le Tribunal statuant publiquement, par défaut contre le mari, déclare la dame A. G. L., de nationalité espagnole, mal fondée en son action et l'en déboute.

Prononce d'office en vertu du statut personnel des intéressés et de l'ordre public international, la nullité du mariage célébré civilement à Casablanca le 15 juin 1946 entre J. J. A. et A. G. L., tous deux de nationalité espagnole. En conséquence, ordonne que mention du dispositif du présent jugement sera inscrit en marge de l'Acte ainsi annulé et dans le Registre "ad hoc" de l'année en cours de la ville de Casablanca.

Dit cependant que ce mariage déclaré *invalidum* produira néanmoins tous ses effets civils, tant à l'égard des deux époux qu'à l'égard des deux enfants légitimement nés de cette union, en raison de leur bonne foi, et par application des dispositions de l'article 69 du Code Civil espagnol.

Ordonne l'exécution de toutes les formalités légales.

Condamne la défenderesse aux entiers dépens, qui seront recouvrés pour le Trésor selon les dispositions du Dahir sur l'Assistance judiciaire.

II. COMENTARIO

El Tribunal de Primera Instancia de Casablanca, en sentencia de 21 de noviembre de 1953, ha declarado la nulidad de un matrimonio civil contraído en Casablanca, en 1946, por españoles, infringiendo las normas nacionales acerca de la obligatoriedad del matrimonio canónico para quienes no demuestren documentalmente o confiesen bajo juramento su acatolicidad.

Se trata de españoles que, conservando su nacionalidad, se unen en matrimonio civil el 15 de junio de 1946, en el Registro del Estado civil de Casablanca. En 4 de mayo de 1950 la esposa pide ante el Tribunal de Primera Instancia de aquella ciudad que pronuncie la separación de cuerpos con su marido por motivos pertinentes.

La sentencia, extractada, se produce en estos términos:

Considerando que, según los artículos 3.º y 8.º del Dahir sobre la condición civil, el estado y la capacidad de los franceses y de los extranjeros están regidos por su ley nacional.

Considerando que el Código Civil español, en su artículo 42, prevé dos formas de matrimonio: la canónica, que deben contraer los españoles que estén bautizados, y la civil, para los demás (1).

Considerando que, según la Orden de 10 de marzo de 1941, los cónyuges deben aportar al prueba de no ser católicos, mediante documentos o por declaración hecha bajo juramento, si es que quieren contraer civilmente...

Por estos motivos:

El Tribunal declara a la demandante mal fundada en su acción y se la deniega.

Pronuncia de oficio, en virtud del estatuto personal de los interesados y del orden público internacional, la nulidad del matrimonio celebrado civilmente en Casablanca el 15 de junio de 1946 entre J. J. A. y A. G. L., ambos de nacionalidad española.

El matrimonio declarado inválido producirá, sin embargo, todos sus efectos civiles tanto respecto a los cónyuges como en lo relativo a los dos hijos legítimamente nacidos de esta unión, en razón de su buena fe y por aplicación de las disposiciones del artículo 69 del Código Civil español.

Varias son las cuestiones que interesa destacar en el contenido del anterior pronunciamiento:

(1) Como se ve, la transcripción que la sentencia hace de nuestro artículo 42 no es del todo exacta.

a) *Aplicación del Derecho español por parte del Tribunal de Casablanca.*—Este Tribunal ha tenido ocasión de aplicar las normas españolas sobre matrimonio civil por la circunstancia de la nacionalidad de los contrayentes como punto de conexión decisivo en el problema del Derecho aplicable. En efecto, según los artículos 3.º y 8.º del “Dahir sur la Condition civil des Français et des Etrangers”, el estado y capacidad de los extranjeros están regidos por su ley nacional, y, por ende, el derecho de contraer matrimonio está regulado por la ley nacional de cada uno de los futuros esposos. Remisión que, por otra parte, encuentra su feliz complemento en el artículo 9.º de nuestro Código Civil, según el cual “las leyes relativas a los derechos y deberes de familia o al estado, condición y capacidad de las personas obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero”. Ambos preceptos (los del Dahir y los del Código) son complementarios, pues mientras el primero deja un hueco a la norma española, ésta, a su vez, provee su expansión hacia aquella laguna.

No es de extrañar esta armonía si tenemos en cuenta la común inspiración de ambos textos en el artículo 3.º del Código napoleónico, el cual, a su vez, como ha puesto de relieve DONNEDIEU DE VABRES, está influido por la teoría de los estatutos, que, arrancando de los glosadores (concretamente de BARTOLO DE SAXOFERRATO), mantiene su línea de continuidad a través del tiempo y alienta modernamente en la doctrina (LAINE; LI HELMANN) y en los códigos. Esa misma influencia del Código napoleónico hace que la armonía de dichos preceptos sea más perfecta al adoptar ambos como criterio determinante del estatuto personal la ley nacional, típica de la teoría nacionalista italiana, defendida por MANCINI frente a la ley del domicilio, predominante en Europa antes del Código napoleónico y vigente en muchos países anglosajones por influjo de SAVIGNI.

b) *Causa de nulidad aducida por la sentencia.*—Según la legislación patria, los españoles, para contraer matrimonio civil, han de aportar la prueba de su acatolicidad. Efectivamente, a la luz del artículo 42 del Código Civil (“La ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la Religión católica; y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código”), teniendo en cuenta el texto de la Orden de 10 de marzo de 1941 (“los jueces municipales no autorizarán otros matrimonios civiles que aquellos que, habiendo de contraerse por quienes no pertenezcan a la religión católica, se pruebe documentalmente la acatolicidad de los contrayentes o, en el caso de que esta prueba documental no fuese posible, presentarán una declaración jurada de no haber sido bautizados, a cuya exactitud se halla ligada la validez y efectos civiles de los

referidos matrimonios”) y prescindiendo de los problemas relativos a la falta de exactitud y precisión de ambos textos legales, en especial del artículo 42 del Código Civil (2)—que, por una parte, no concuerda con las normas canónicas referentes a la obligatoriedad de la forma canónica del matrimonio, concretamente con el canon 1.099, y, por otra, se ha prestado a las más variadas interpretaciones históricas—, y a la dificultad de la prueba de acatolicidad como hecho negativo (3), la realidad es que en Derecho español la condición de católico y, por consiguiente, la obligatoriedad del matrimonio canónico, opera como una verdadera presunción *iuris tantum*, de tal manera que sólo una prueba—o su equivalente declaración jurada—de acatolicidad justifica la celebración de un matrimonio civil.

Por eso, el Tribunal de Casablanca, al aplicar el Derecho español, ha sabido captar perfectamente el espíritu de nuestra legislación actual, declarando la nulidad de un matrimonio entre quienes, para celebrarlo *iure civile*, necesitaban la prueba documental o la declaración jurada de su cualidad de no católicos.

c) *Investigación de oficio acerca de la validez del matrimonio en cuestión*.—Hay en esta sentencia un aspecto digno de ser observado, y es la declaración de oficio que el Tribunal hace sobre la nulidad del matrimonio. La demandante sólo pedía la separación de cuerpos, mas el órgano jurisdiccional investiga, de oficio, la validez del propio matrimonio para decretar su nulidad. Los procedimientos de estado, en efecto, constituyen una de las excepciones más típicas al principio dispositivo informador del proceso civil, en virtud del cual “no sólo la voluntad del demandante determina el proceso, sino que delimita estrictamente su contenido. Ni la actividad procesal versar sobre otra cosa, ni la sentencia ir más allá de la pretensión deducida en la demanda (*ne eat iudicium extra petita partium*)” (4).

Existen dos razones para esta salvedad del principio dispositivo, una de derecho interno y otra de orden público internacional, invocada esta última por los mismos considerandos de la sentencia. En cuanto a la primera, sabido es que, en los juicios sobre el estado civil y condición de las personas, los ordenamientos jurídicos no suelen dejar al libre juego de las partes la

(2) Cfr. MALDONADO, en “Anuario del Derecho Civil”, VII, 1, p. 149 (*La exigencia del matrimonio canónico en la legislación civil*); GARCÍA CANTERO, en el mismo “Anuario” y volumen, p. 115 (*Matrimonio civil de acatólicos*); TOMÁS G. BARBERENA, en el mismo “Anuario” y volumen, p. 3 (*Matrimonios mixtos*).

(3) Cfr., además de los trabajos anteriores: LÓPEZ ALARCÓN: *La demostración de acatolicidad en los matrimonios civiles*, en el “Boletín de Información del Ministerio de Justicia”, año VII, n. 230, p. 3 s.; PÉREZ RALUY: *Concepto de la acatolicidad a efectos de la celebración del matrimonio civil*, en el mismo “Boletín”, n. 233, p. 3 s.; CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, 7.ª ed., t. V, “Derecho de familia”, p. 70 s.

(4) GÓMEZ CUBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal*, vol. I (Madrid, 1951), p. 224.

aportación de los hechos, ni el ejercicio de los derechos procesales, y, a veces, ni la proposición de la acción. El Estado se halla interesado tanto en impedir que un matrimonio sea declarado nulo indebidamente, como en que prevalezca un matrimonio en sí mismo nulo o inexistente. Esto es lo que determina la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos sobre nulidad de nuestro Código Civil (art. 102).

En cuanto a la razón alegada por la propia sentencia, no deteniéndose en desestimar la acción de separación de cuerpos, sino procediendo a la investigación de la validez para terminar declarando la nulidad, hemos de analizar el sentido en que ha de entenderse, ya que, en un primer examen, parece lo contrario del concepto usual de orden público internacional.

Las concepciones fundamentales acerca del orden público son debidas a SAVIGNI y MANCINI. Para SAVIGNI, el orden público es una excepción a la comunidad de derecho, un principio que rompe la idea de la obligatoriedad absoluta de aplicar derecho extranjero, fundándose en la incompatibilidad de éste con los principios fundamentales del ordenamiento nacional. Es lo que los autores alemanes posteriores han llamado cláusula de reserva (*Worbehaltklausel*). Para MANCINI, el orden público también actúa como impidiendo la aplicación del Derecho extranjero, sólo que esta exclusión tiene carácter normal, frente al carácter excepcional que le asignaba la doctrina anterior.

No es en este sentido en el que invoca esta sentencia el orden público internacional, ya que, lejos de ser una excepción o cláusula de reserva frente al Derecho español, constituye un argumento para justificar su aplicación. Al objeto de captar el justo sentido del orden público internacional, vamos a partir de la distinción entre orden público interno y orden público internacional, introducida por BROUWER, pero vamos a denominar de orden público interno a las leyes inderogables de carácter necesario de un ordenamiento estatal (ya operen como prohibición respecto de los propios súbditos, ya jueguen como excepción a la aplicación del Derecho extranjero, no obstante su diversa extensión en uno y otro supuesto) (5) y reservamos la denominación de orden público internacional para aquellos casos en los cuales se da validez a las normas de orden público extranjeras, es decir, cuando determinadas normas esenciales de un ordenamiento extranjero se elevan por otro Estado al rango de normas de orden público, estructurándose así un orden público supraestatal, de cuya aplicación se hace vehículo la misma jurisdicción interna. Ese es el sentido de la teoría de LAPRADELLE—aludido por la misma sentencia—, “no una soberanía local, sino soberanías exteriores”.

(5) Cfr. CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, 7.ª ed., t. I, p. 261.

En resumen: de la misma forma que este matrimonio sería nulo en Derecho español, se declara inválido por el Tribunal de Casablanca en razón del estatuto personal de las partes, y, de la misma forma que en España se hubiese declarado nulo, de oficio, por razón del orden público—interno—, el Tribunal también lo declara, de oficio, en razón de una norma de orden público que, al ser actualizada por un tribunal no español, se convierte en orden público internacional.

d) *Una causa de nulidad no tenuta en cuenta.*—Aun cuando los contrayentes hubiesen demostrado su acatolicidad, dicho matrimonio civil sería nulo ateniéndonos al artículo 101 del Código Civil, según el cual es nulo... “4.º El que se celebre sin la intervención del Juez municipal competente o del que en su lugar deba autorizarlo y sin la de los testigos que exige el artículo 100”. Ahora bien, en caso de matrimonio civil contraído por españoles en el extranjero, los Cónsules y Vicecónsules ejercerán las funciones de Jueces municipales (art. 100 Código Civil *ad finem*) y no los funcionarios del Registro Civil del país de residencia, como indican los antecedentes de hecho.

El argumento favorable a la validez del matrimonio civil contraído ante los funcionarios del Registro extranjero que podría esgrimirse, apoyado en un pretendido derecho de opción contenido en el artículo 11 del Código Civil (“Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos, se rigen por las leyes del país en que se otorguen. Cuando los actos referidos sean autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares en el extranjero, se observarán en su otorgamiento las solemnidades establecidas por las leyes españolas”), se disipa al considerar el carácter específico e inderogable del párrafo 3.º del artículo 100 del Código Civil. Así lo afirma categóricamente la resolución de la Dirección General de los Registros, de 19 de febrero de 1941—citada por SANCHO REBULLIDA (6)—, que sienta la doctrina de que “el artículo 70 de la Ley del Registro Civil de 1870 (7) debe considerarse derogado por el párrafo 3.º del artículo 100 del Código Civil, que, al determinar que los Cónsules y Vicecónsules ejercerán las funciones de Jueces municipales en el extranjero, prescribe claramente que, así como en España sólo los Jueces pueden autorizar matrimonios civiles, en el extranjero serán los Cónsules los únicos funcionarios capacitados para desempeñar esta función; siendo, por otra parte, tal norma de indiscutible justicia, pues en caso contrario podrían los españoles infrin-

(6) *Las formalidades civiles del matrimonio canónico* (Madrid, 1955), p. 267.

(7) “El matrimonio contraído por españoles o por un español y un extranjero con sujeción a las leyes vigentes en el país donde se celebre, deberá ser inscrito en el Registro del Agente diplomático de España en el mismo país...”

gir las disposiciones referentes al matrimonio civil trasladándose al extranjero”.

e) *Análisis de la consideración de matrimonio putativo.*—La sentencia que comentamos se apoya en el artículo 69 del Código Civil para calificar esta unión de matrimonio putativo y atribuirle, de consiguiente, plenos efectos civiles.

Según ese artículo, el matrimonio putativo tiene tres características: 1.º haber sido declarado nulo; 2.º buena fe en los contrayentes; 3.º producir efectos civiles.

En cuanto a la nulidad, nada hay que observar después de lo expuesto anteriormente acerca de la injustificación de su celebración civil, de la incompetencia de los funcionarios del Registro extranjero, aun cuando aquélla hubiese estado justificada, y de la imposibilidad de ser inscrita dicha unión en el Registro de la nación española.

Más detenido examen exige el requisito de la buena fe. A éste se opone el fraude de la ley. Según NUSSBAUM, el fraude en Derecho internacional privado consiste en la sumisión a una ley extranjera para evitar la aplicación de la ley local. En el mismo sentido se pronuncia WOLFF al hablar de evasión legal mediante la creación artificial de puntos de contacto. El fraude tiene en el derecho matrimonial una de sus manifestaciones más típicas. Precisamente, las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de mayo de 1919 y 26 de abril de 1929 recogen esta figura del fraude de la ley, apreciando que los españoles no católicos deben celebrar su matrimonio en el extranjero, bajo pena de nulidad, ante los representantes diplomáticos de su nación, porque, según el Derecho internacional privado español, el matrimonio civil o canónico no es cuestión de forma, sino de estado, y éste está regido por la ley nacional española, por lo cual la evasión de ésta para celebrar el matrimonio según la ley del lugar en que se contrae, constituye fraude.

La existencia de fraude sería incompatible con la buena fe. Es cierto que ésta se presume, según el propio artículo 69, párrafo 3.º. Ahora bien, ¿no podría haber sido investigada de oficio la buena o mala fe de los contrayentes, de la misma forma que se acometió la indagación de su validez so pretexto de exigirlo el orden público internacional?

Queda por examinar la tercera nota característica del matrimonio putativo: la producción de efectos jurídicos. Estos dependerían de la inscripción de ese acto en el Registro correspondiente; mas no consta que la unión matrimonial se inscribiese en el Registro español; más aún, habría imposibilidad de inscribirlo debido a la derogación que del artículo 70 de la Ley

del Registro Civil de 1870 hizo el párrafo 3.º del artículo 100 del Código Civil, según declara la resolución de la Dirección General de los Registros, de 19 de febrero de 1941, antes citada.

Los efectos civiles del matrimonio se producen en dos planos: el de los propios cónyuges (separación de bienes, disolución de gananciales) y el de los hijos (legitimidad, derechos sucesorios). Cabe preguntar: ¿es posible la producción de los efectos jurídicos bien solamente para los hijos, ya, incluso, para los indebidamente contrayentes? Podríamos desdoblarse la cuestión distinguiendo entre la eficacia ante el ordenamiento español y el marroquí, puesto que en éste sí habría inscripción. En cuanto al ordenamiento español, sostenemos que no puede haber efectos meramente civiles entre los contrayentes por no tratarse de un matrimonio nulo, sino más bien inexistente (como razonaremos después) y, por otra parte, cabe la posibilidad de mala fe. En cambio, por lo que respecta a los hijos—si bien podría mantenerse análoga postura basándonos en la calificación de matrimonio inexistente, distinto del nulo, que es lo que se requiere para la existencia de un matrimonio putativo, no sea que la búsqueda del “summum ius” nos lleve a la comisión de la “summa iniuria”, podríamos aplicar el párrafo 4.º del artículo 69 (si hubiese intervenido mala fe por parte de ambos cónyuges, el matrimonio sólo surtiría efectos respecto de los hijos). En cuanto a los efectos ante el ordenamiento marroquí, sólo habría que decir que por la remisión al estatuto personal serían los mismos que los enumerados anteriormente, pese a la inscripción en el Registro de aquel país.

Pero es que hay otro argumento que apoya nuestra tesis, aparentemente extremista, de excluir los efectos civiles de tal matrimonio. Se trata de la Orden de 10 de marzo de 1941. Según ella, la validez y efectos civiles de los referidos matrimonios se halla ligada a la exactitud de la declaración jurada de no haber sido bautizados. Pero preguntamos: si la *falsa* declaración de acatolicidad priva de validez y efectos jurídicos al matrimonio así contraído, ¿no es lógico deducir que, *a fortiori*, carecían de efectos civiles los matrimonios contraídos sin *ninguna* demostración o declaración de acatolicidad, como ocurrió en el caso presente? Según esto, la Orden de 10 de marzo de 1941 constituiría una derogación del artículo 69, ya que éste atribuye efectos civiles al matrimonio nulo contraído de buena fe, mientras que la Orden hace depender de la autenticidad de la declaración no sólo la validez, sino también la producción de efectos civiles. Y es interesante observar que la Orden no distingue entre eficacia respecto a los cónyuges o respecto a los hijos. ¿Debemos distinguir nosotros? Creemos

sería conveniente hacerlo, por un argumento de analogía y por la razón de equidad antes apuntada.

Claro está que también se puede dar otro enfoque al problema de la posible oposición entre el artículo 69 y la Orden de 10 de marzo de 1941, evitando hablar de una necesaria derogación parcial de la ley más antigua (cosa que nos llevaría al problema de examinar si una Orden ministerial puede derogar el Código). Este enfoque consistiría en referir ambas disposiciones a supuestos distintos, lo cual haría desaparecer la contradicción, ya que ésta consiste en la afirmación y negación de un mismo predicado (efectos civiles) a un mismo sujeto (matrimonio nulo) y bajo el mismo aspecto.

En efecto, podemos hacer referir estas disposiciones a cosas distintas. En Derecho español existen dos formas de matrimonio; más acertadamente podríamos decir que son dos categorías de matrimonios (el canónico y el civil). El artículo 69, en la defectuosa sistemática del Código Civil parece referirse a la nulidad de un matrimonio tanto canónico como civil. Si se trata del matrimonio canónico la nulidad vendrá definida por los cánones 1.133, 1.136 y 1.137; si se trata del matrimonio civil, por el artículo 101. Unos y otro responden al mismo esquema general: existencia de impedimentos, vicio en el consentimiento y defecto en la forma. Pues bien, el artículo 69 se refiere a matrimonio nulo, pero siempre que la causa de nulidad se mueva dentro de una determinada categoría de las dos reconocidas por el Código. La Orden, en cambio, opera en otro sentido, se desenvuelve en un plano superior (el de la relación y delimitación de ambas categorías, esencialmente comunicables), ya que se refiere a las consecuencias de un cruce entre ellas, es decir, cuando se ha contraído según una categoría, debiendo haberse celebrado según la otra. En este caso (esencialmente distinto de los supuestos de nulidad que prevén el *Codex Iuris Canonici* y el artículo 101 del Código Civil) el matrimonio contraído no es nulo, sino inexistente, resaltando así la no contradicción entre los dos preceptos que nos ocupan, pues, si bien los dos operan con el mismo predicado (producción de efectos jurídicos), el artículo 69 lo afirma del matrimonio *nulo* (defecto dentro de una misma categoría matrimonial), mientras la Orden lo niega del matrimonio *inexistente* (cruce de dos categorías).

Los propios términos de los preceptos examinados nos darían base para confirmarnos en nuestra tesis: en efecto, mientras el artículo 69 habla de matrimonio *nulo*, la Orden habla de *validez* de los referidos matrimonios. Por lo demás, sabido es que los términos "nulidad", "validez", "inexistencia", "ineficacia" del acto jurídico no han alcanzado una delimitación clara en la doctrina y menos en la legislación.

ALBERTO BERNARDEZ CASCON

Queda, pues, impugnada la calificación de matrimonio putativo y, desde luego, la producción de efectos jurídicos respecto a los cónyuges, si bien en cuanto a los hijos será más justo romper los esquemas de la lógica jurídica y atender a los principios de la equidad y de la conveniencia social.

ALBERTO BERNARDEZ CASCON

Profesor A. en la Facultad de Derecho de Madrid