



ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL MATRIMONIO PUTATIVO

MARIANO LÓPEZ ALARCÓN

Universidad de Murcia

El estudio jurídico del matrimonio putativo continúa realizándose, por lo general, siguiendo las pautas que marcó el Derecho canónico, sobre el esquema de considerar la buena fe como requisito creador e identificador, estudio que alcanza su más elevadas creaciones en la canonística. En el Derecho civil se sigue manteniendo, aunque con menor énfasis y protagonismo, este requisito de la buena fe, bien para destacar su origen canónico cuando se considera el matrimonio civil, bien para resaltar su presencia actual en los sistemas que acogen el matrimonio canónico con efectos civiles. Así, pues, el eje en torno al cual se ha configurado el matrimonio putativo es la buena fe, su naturaleza, su extensión y su prueba, objeto de preferente estudio por la canonística y por la ciencia del Derecho civil.

Ahora bien, la evolución del régimen jurídico matrimonial ha ido introduciendo cambios importantes en su constitución y en sus consecuencias. Ha de tenerse en cuenta que el matrimonio putativo se regula por primera vez en el seno del Derecho canónico y precisamente cuando la Iglesia dominaba un amplio ámbito jurisdiccional (sustantivo y procesal) del matrimonio, que abarcaba no solamente su constitución y extinción, sino también sus efectos, tanto personales como patrimoniales, familiares y matrimoniales¹. Ello explica que la injusticia de las rigurosas consecuencias derivadas de la nulidad radical del matrimonio se sintiera vivamente en la perspectiva de la integridad competencial de la Iglesia respecto de los efectos canónicos ya producidos, adquiridos y consolidados desde la celebración del matrimonio o surgidos posteriormente, como la filiación, alimentos, la participación económica en la sociedad conyugal, etc. y que pudiera llevarse a cabo, con unidad de doctrina y legislación, la suavización de aquél rigor, impidiendo la aplicación de la ley común de las nulidades radicales. Mas, para que se pudiera aceptar la contradicción del principio general «*quod nullum est, nullum*

1. Para percatarse de la amplia competencia de la Iglesia en la regulación de efectos del matrimonio putativo, que hoy son de competencia de las leyes civiles, puede consultarse: F. SCHMALZGRUEBER, *Jus Ecclesiasticum Universum*, Lib. IV, Dilingae, 1726, pp. 69 ss.

producit effectum» había que apoyarse en una justa causa, que permitiera la continuidad de aquellos efectos; esta justa causa es la buena fe de los cónyuges o de uno de ellos en el momento de la celebración del matrimonio.

Actualmente se han parcelado las competencias y el Estado ha asumido importantes ámbitos jurisdiccionales, como el régimen jurídico pleno del matrimonio civil y de los efectos del matrimonio canónico cuando el Estado le reconoce efectos civiles. Pero, no por ello ha perdido interés seguir estudiando el matrimonio putativo en el ámbito del Ordenamiento canónico, desconectado de la legislación civil, lo que constituye un importante ejercicio de Derecho histórico que estará también presente para completar y desarrollar el escaso contenido normativo actual del matrimonio putativo reducido fundamentalmente a la definición que recoge el can. 1061, §3. Mayor interés práctico reviste el estudio del régimen actual del matrimonio putativo conforme al Derecho civil en países de régimen separatista rígido entre Iglesia y Estado, regulado por sus respectivas legislaciones, en las que el matrimonio putativo canónico tiene todavía su puesto como antecedente histórico que ayude a la interpretación de sus elementos, sobre todo del requisito de la buena fe, y no menor interés tiene la elaboración doctrinal del matrimonio putativo en los ordenamientos que reconocen efectos civiles al matrimonio canónico, que se hace más permeable jurídicamente en el ordenamiento civil porque la incidencia del régimen canónico no es solamente histórica sino actual por vía de remisiones y presupuestos, aunque con las limitaciones derivadas de la separación de los ámbitos de competencias de la Iglesia y del Estado en relación con el matrimonio, reteniendo los textos concordatarios para la Iglesia su poder jurisdiccional sobre la constitución del matrimonio canónico y su configuración, así como las declaraciones de nulidad y de dispensa «super rato» y remitiéndose a la legislación civil todo lo concerniente a los efectos del matrimonio.

Lo expuesto nos inclina a pensar que una doctrina sobre el régimen jurídico del matrimonio putativo en la actualidad, elaborada con criterio realista y práctico, ha de tener muy en cuenta las fuentes y las orientaciones del Derecho civil, prestando especial atención al hecho de que los distanciamientos con las viejas doctrinas se han agrandado tras la promulgación de las recientes leyes de reforma matrimonial, que establecen un nuevo régimen común de efectos de las sentencias de nulidad, divorcio y separación conyugal, e incluso hay efectos que se pueden producir de modo provisional desde la presentación de la demanda y algunos con anterioridad, cuando se otorgan efectos previos a la presentación. Estos efectos se inspiran en nuevos criterios que sustituyen en unos casos y comparten en otros el criterio subjetivo de la buena fe o de la culpa. Son principios de solidaridad familiar y social que tienen en cuenta la protección jurídica humanitaria del miembro débil o necesitado de protección en situaciones derivadas de la nulidad, de la separación o del divorcio². Idénticos o semejantes criterios operan en el ámbito del

2. Criterios adoptados por la reforma del Código civil en virtud de la ley de 7 de julio de 1981 son los siguientes: El beneficio de los hijos (art. 92), las necesidades de los hijos (art. 93), el interés

Derecho público asistencial respecto de personas y grupos sociales marginales, desprotegidos, en situaciones de peligro o de riesgo, que son amparados para su inserción social, readaptación, desintoxicación, protección, etc. sin tener en cuenta conductas, antecedentes ni cualesquiera otras causas subjetivas u objetivas que hubieran conducido a estas personas a las situaciones críticas en se encuentran.

Hace más de ochenta años que Crisafulli se lamentaba de que la eficacia práctica del instituto del matrimonio putativo no se correspondía con su altura dogmática³. Actualmente ha subido de punto la desconexión entre práctica y dogmática, entre realidad normativa y doctrina, de tal manera que más bien parece que hay aposición de una y otra sin congruencia ni interactividad entre ellas, lo que pone al descubierto las deficiencias del tratamiento científico-jurídico del matrimonio putativo e impulsan a tomar en especial consideración las nuevas cuestiones antes apuntadas, que ya se van abriendo paso en la doctrina general del Derecho y que conducen a un replanteamiento del tema del matrimonio putativo, no por el interés que mostraba Crisafulli de adentrarse en la aventura teórica de explorar este terreno en donde se encontrarían dificultades insospechadas, singulares complicaciones que obligaban a realizar síntesis audaces y a relacionarse con otras figuras que a primera vista parecían lejanas⁴, sino para aproximar teoría y práctica, doctrina y realidad. en un tema de especial trascendencia porque casi todos los matrimonios que se declaran nulos operan como matrimonios putativos en vista de la presunción de buena fe que proclaman las leyes. Si todo sistema tiene que procurar la armonía de sus elementos y de sus instituciones al servicio de la persona humana, los sistemas matrimoniales y familiares han de extremar esta función armonizadora en vista de que el matrimonio y la familia constituyen instrumentos decisivos para la formación y el desenvolvimiento de la persona. En este orden de cosas el matrimonio putativo tiene pendiente todavía la armonización de los criterios tradicionales y los que inspiran las recientes reformas del Derecho matrimonial y de familia para su replanteamiento doctrinal y normativo.

* * *

Los matrimonios putativos son matrimonios que se constituyen y se desenvuelven dentro de la figura común del matrimonio con su propia naturaleza y con los requisitos constitutivos, ya que la putatividad es una cualidad conocida posteriormente a consecuencia de la declaración judicial de nulidad y concurriendo los demás requisitos legales. Es un matrimonio que ha desplegado sus efectos, los cuales se han realizado o vivido por los cónyuges a través de las situaciones y relaciones jurídicas correspondientes. Pero, esos efectos deberían interrumpirse cuando

de los hijos (art. 103,1^a), la mayor necesidad de protección de uno de los cónyuges (art. 96), el desequilibrio económico entre cónyuges (art. 97), el interés familiar más necesitado de protección (art. 103,2^a), el interés de la familia (art. 67).

3. M. CRISAFULLI, *Il matrimonio putativo in diritto civile*, Torino 1915, p. 1.

4. M. CRISAFULLI, ob. cit., p.1.

una sentencia firme declara la nulidad del matrimonio y, al referirse la nulidad radical al momento de la celebración del matrimonio, llevaría consigo la nulidad de los efectos producidos desde aquel momento de acuerdo con el principio de justicia «*quod nullum est, nullum producit effectum*». La aplicación de este principio puede resultar inicuo cuando se han de anular efectos perdurables ya consolidados de gran valor afectivo o efectos agotados de difícil o imposible repetición y, sobre todo, cuando afectan a situaciones jurídicas de estado, que no son simples efectos, y que pueden recaer directamente sobre los hijos o indirectamente sobre terceras personas. Precisamente van coincidiendo las legislaciones civiles en reconocer la condición de hijos legítimos a los concebidos o nacidos durante el período de putatividad sin consideración a la concurrencia de buena fe en los padres ni, al menos, en uno de ellos y así lo establece el Derecho español (arts.79 y 102 del Código civil) Se trata de un supuesto de reconocimiento legal de irretroactividad de la sentencia de nulidad que podría extenderse por el legislador a los demás efectos del matrimonio putativo, sin perjuicio de que, operando con la flexibilidad que exigen las delicadas situaciones derivadas de dichos efectos, se regularan las que excepcionalmente deberían seguir sujetas a criterios subjetivos u objetivos de putatividad, principalmente el de la buena fe⁵.

En este punto hemos de preguntarnos si las tendencias normativas del matrimonio putativo se orientan hacia el establecimiento de la irretroactividad por ministerio de la ley pasando la buena fe y otros criterios a constituir justas causas excepcionales de putatividad, o si el principio de buena fe va a seguir centrando la definición y efectos del matrimonio putativo. Del examen del Derecho comparado se deduce que no parece que el legislador se oriente hacia una declaración de putatividad *ex lege* y consiguiente irretroactividad de la sentencia de nulidad⁶; más bien se tiende hacia la debilitación del principio de buena fe, que se advierte en las normas que desvinculan la legitimidad de los hijos de la putatividad del matrimo-

5. Es el caso del art. 95 del Código civil, que dispone que el cónyuge de buena fe «podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte». No se tiene en cuenta que el cónyuge de mala fe pudiera tener hijos a su cargo o una precaria situación económica que hiciera decaer el principio de buena fe en favor de principios de solidaridad y de necesidad, lo que demuestra que si el criterio de buena fe trató de remediar situaciones de iniquidad, hoy puede contribuir a crearlas.

6. Un examen de las diversas posiciones legislativas sobre la cuestión muestra un panorama variopinto: desde las que lo desconocen o asimilan sus efectos a los propios del divorcio, a los que lo reconocen con la extensión propia de sus orígenes canónicos, pasando por las legislaciones que limitan los supuestos de putatividad, bien por el tipo de nulidad exigido (relativa), bien por el alcance restringido de la buena fe al admitirse otros criterios concurrentes o porque legalmente se reconocen efectos propios del matrimonio putativo. Véase: F. VASSALLI, *Il matrimonio putativo*, en «Studi giuridici» I (Milano 1960) 141 ss.; G. PRADER, *Il matrimonio nel mondo*, Padova 1986; F. BOULANGER, *Droit civil de la famille*, tomo I, *Aspettes internes et internationaux*, Paris, 1990; G. AUTORINO STANZIONE, en *Digesto italiano, Discipline privatistiche*, voz: *Matrimonio in diritto comparato*; «Juris-Classeur de Droit Comparé», dirigido por Michèle Klein.

nio y en las doctrinas que propugnan su sustitución o la aposición de otros criterios concurrentes.

Entre los primeros hay que mencionar la línea seguida por el Prof. Cicu, para quien los efectos del matrimonio inválido subsistirían hasta la sentencia de nulidad en virtud de la celebración del matrimonio ante el oficial del estado civil, no en virtud de la buena fe de uno o de ambos cónyuges⁷. Esta actitud es coherente con la posición publicística mantenida por tan ilustre autor en relación con la naturaleza del matrimonio, pero se distancia de las concepciones personalistas hoy dominantes. De todos modos creo que no debe desconocerse la fuerza creadora que despliega *per se* un matrimonio, como el putativo, celebrado con validez externa y forma pública, con manifestación social del acto constitutivo y de la experiencia matrimonial vivida por los cónyuges y quizás por hijos con una producción de consecuencias permanentes, como *status* familiares o de otro orden (de padre, de ciudadano, etc.) y efectos jurídicos que han dejado, a veces en cadena, secuelas firmes de las realizaciones matrimoniales y familiares, lo que debería tenerse en cuenta a la hora de configurar el matrimonio putativo. Y digo esto no con propósito de apoyar la tesis de Cicu, sino para robustecer la idea de que las realizaciones conyugales y familiares consecuentes a cada matrimonio putativo tiene una especial consistencia y perduración que aconsejan su continuidad y respeto, desplazándose el problema a la determinación de los medios técnicos que justifiquen esta excepción del principio de ineficacia radical de los actos nulos.

Una fórmula realista y simplificadora sería remitir el régimen de los efectos del matrimonio putativo a las normas que regulan los efectos del divorcio, con el que guarda en este punto una gran similitud, lo que llevaría a respetar las situaciones derivadas del matrimonio hasta la firmeza de la sentencia, momento en que entrarían a observarse las consecuencias y medidas comunes establecidas por las leyes para la nulidad, la separación y el divorcio, lo que, por otra parte, introduciría unidad y continuidad en los períodos de irretroactividad (anteriores a la sentencia) y de producción de efectos derivados de la sentencia de nulidad. Pero, las diferencias técnicas entre nulidad absoluta y divorcio hacen que no se deban despachar los efectos de aquella aplicando la simplicidad de las normas propias del divorcio en este particular.

Las otras posiciones doctrinales debilitadoras de la buena fe propugnan otros criterios que la sustituyan o que concurran compatiblemente con ella. Se ha propuesto la inimputabilidad, la irresponsabilidad, la lealtad, la honestidad y la conducta jurídicamente correcta, criterios que vienen establecidos una vez con el propósito de elaborar criterios comunes a los supuestos en que opera la buena fe además del matrimonio putativo, como la posesión, la accesión, la prescripción y la interpretación y ejecución de los contratos⁸, y otras para justificar la putatividad

7. A. CICU, *Sul fondamento del cosiddetto matrimonio putativo*, en «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile» VI (1952) 7 ss.

8. Véase M. CRISAFULLI, ob. cit., pp. 103 ss.; G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, en «Rivista del Diritto Commerciale» LXII (1964) 163 ss; G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del di-*

de supuestos concretos como la violencia y el temor que no son amparados por la noción de la buena fe entendida psicológicamente como ignorancia de la causa de nulidad⁹.

* * *

A mi entender, el matrimonio putativo es una figura que debe ser mantenida para proteger la continuidad de los efectos del matrimonio nulo y para seguir constituyendo un paradigma de Derecho justo dentro del régimen jurídico de la nulidad matrimonial inmiscerado en el patrón canonístico, que es aceptado por la mayor parte de los sistemas jurídicos propios de los países del ámbito cultural occidental, sobre todo de los que reconocen efectos civiles al matrimonio canónico e incluso, como sucede en España, se reconocen esos efectos a las sentencias canónicas de nulidad

Hay situaciones derivadas de la declaración de nulidad de un matrimonio que encuentran la solución más equitativa en la referencia a la buena fe conyugal; pero se advierte también que no todas las situaciones se ajustan al criterio de la buena fe, sino que algunas encuentran soluciones más justas aplicando nuevos criterios, como los apuntados de lealtad, honestidad, inimputabilidad, irresponsabilidad, necesidad, solidaridad, comportamiento correcto, que son susceptibles de incorporación a aquellos sistemas en los que prima la buena fe. No se trata de suprimir el matrimonio putativo sino de reconocer el pluralismo de justas causas a fin de que se abran más opciones de justicia para una mejor solución a las diversas exigencias de equidad que plantea la ejecución de las sentencias de nulidad matrimonial.

Este nuevo matrimonio putativo plural podría partir del reconocimiento de efectos *ex nunc* a las sentencias declarativas de la nulidad, es decir, se proclamaría la irretroactividad *ex lege*, que es lo que indirectamente se está disponiendo con la presunción de buena fe de ambos cónyuges (art. 79 Cc). Es la opción más sensata que puede adoptarse, porque seguir el principio de retroactividad, propio de la nulidad absoluta, llevaría a reactivar los efectos de una pretérita vida matrimonial con un contenido jurídico muy complejo, en buena parte íntimo, en su mayor parte duradero o consumado e irrepitable que generalmente nadie quiere remover porque, aún los efectos repetibles, o los reformables, o los susceptibles de satisfacerse por vía de sustitución podrían causar una molesta actualización del pasado y complicados procesos de ejecución. Es cierto que ya no estaríamos en presencia de la

ritto, en «Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile» XXV (1971) 621 ss.; R. SACCO, *La presunzione di buona fede*, en «Rivista di Diritto Civile» V (1959) 20 ss.; M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, en «Rivista di Diritto Civile» XXIX (1983) parte prima, 205 ss.

9. Véase: F. FERRARA, *Diritto delle persone e di famiglia*, Napoli, 1941, p. 223; F. VASSALLI, ob. cit., pp. 156 ss; F. DEGNI, *Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano*, Padova 1943, pp. 181-182; C. GANGI, *Il matrimonio*, Milano 1945, p. 151.

putatividad matrimonial como presunción, sino ante un matrimonio nulo cuyos efectos se respetan por disposición de la ley cuando se declara su nulidad. Las situaciones de putatividad habría que regularlas como excepciones al principio de irretroactividad, exigidas por la equidad y concretadas en causas de justificación, entre las cuales seguiría ocupando rango destacado el principio de la buena fe, con el que podrían concurrir criterios como la inculpabilidad y otros próximos en los supuestos de matrimonio celebrado bajo violencia o miedo, o la necesidad y la protección del sujeto más débil.

La aplicación de estos criterios crea una problemática complicada, sobre todo cuando ha de profundizarse sobre la buena fe, que ha constituido una *vexata quaestio* en todos los ámbitos jurídicos. La elaboración de este principio en su aplicación al matrimonio putativo procede del Derecho canónico occidental y hace su primera aparición en el siglo XII como producto, más que de la obra legislativa, de la elaboración doctrinal, a partir de un pasaje de las sentencias de Pedro Lombardo¹⁰, que alcanza el grado de plena formación doctrinal con Huguccione de Pisa y que pronto encontrará su pleno reconocimiento legislativo en una serie de importantes decretales pontificias¹¹.

La noción canónica de buena fe, que ordena jurídicamente el matrimonio putativo, es la que se llama buena fe psicológica, o sea, la que deriva de la ignorancia de la causa de nulidad o el error sobre la misma, tal como consta en algunas Decretales¹² y en la redacción del vigente Código de Derecho canónico, que se refiere a la buena fe en este mismo sentido como se deduce de que la putatividad cesa en el momento en que se conoce con certeza por ambos cónyuges que el matrimonio es nulo (c. 1061, §3º, que viene a reproducir el c. 1015, §4º del Código de 1917).

Para entender correctamente la buena fe canónica ha de tenerse en cuenta que la doctrina canonística sobre el matrimonio putativo ha rehuído establecer una división radical y excluyente entre concepción psicológica, fundada en la ig-

10. A. ESMEIN, *Le mariage en Droit canonique*, tomo segundo, Paris 1981, pp. 33 ss.

11. Véase el acabado estudio de S. GALGANO, *Causas variores. Saggi di Diritto civile*. Capitulo II. *Sulla storia del matrimonio putativo*, en «Rivista di Diritto Civile» XIII (1921) 475 ss.

12. Véase la Decretal de Celestino III (X, IV, 17, 10) que, en caso de nulidad por impedimento de publica honestidad, excluye a los hijos de la sucesión paterna «*quum filii nec per Ecclesiae permissionem nec per paterna ignorantia excusetur*», la de Inocencio III (X, IV, 17, 14) en la que se discute en una causa hereditaria la legitimidad del hijo nacido de un matrimonio nulo por bigamia del padre y decide a favor aquélla considerando «*quod pater praedicti R. matrem ipsius in facie Ecclesiae, ignaram penitus, quod ipse aliam sibi matrimonialiter copulasset, duxerit in uxorem, et dum ipsa coniux ipsius legitima putaretur...*»; y la del mismo Pontífice (X, IV, 3, 3) en donde declara que no aprovecha a la prole la ignorancia del impedimento (parentesco en grado prohibido) por parte de los padres cuando éstos han contraído matrimonio clandestino «*de parentum ignorantia nullum habitura subsidium, quum illi taliter contrahendo nos expertes scientiae, vel saltem affectatoris ignorantiae videatur*», es decir, que para contribuir a la lucha contra la clandestinidad se rechaza la putatividad en estos casos por lo que ha de presumirse que los cónyuges se unen clandestinamente porque conocen la causa de la nulidad o, al menos, la ignoran afectadamente.

norancia de la causa de nulidad, y concepción ética que tiene su apoyo en el criterio teológico-moral de la *absentia peccati*, antes bien trata de conciliar ambos criterios. Fedele afirma que no hay contradicción entre ellos, porque no hay un concepto ético y un concepto jurídico de error o de violencia moral. El Derecho toma de la ética el concepto de buena fe, así como toma de la psicología los conceptos de error y de violencia moral; que luego la buena fe, el error o la violencia no tengan relevancia jurídica allí donde no concurren determinados elementos o efectos ello no significa que el concepto jurídico diverge del concepto ético de buena fe o que el concepto jurídico sea cosa distinta del concepto psicológico de error o de violencia moral¹³.

Pero, no todos los autores comparten este criterio. Así, Scavo Lombardo rechaza que el elemento ético de la buena fe se identifique con la ausencia de pecado y concibe la buena fe como un modo de ser de la actividad intelectual del sujeto del ordenamiento jurídico que se resuelve en una desviación del juicio producida por una simple ausencia de cognición¹⁴. En este mismo sentido se pronuncia Albisetti, para quien la buena fe viene a identificarse con un estado psicológico de ignorancia, fundado esencialmente sobre un error de percepción, con fundamento en la cual el cónyuge no conoce la existencia de una causa de nulidad. Aplicar los criterios del matrimonio putativo al matrimonio contraído bajo violencia y, por lo tanto, tratar de considerar de buena fe (desde un punto de vista jurídico) al *coactus*, es una tentativa falaz que viene desmentida, tanto por la historia de la literatura canónica, como por una más atenta consideración del estado intelectual y volitivo del *coactus*¹⁵.

Entrando de lleno en el terreno del matrimonio putativo causado por nulidad derivada de violencia o temor, hay que reconocer la solidez argumental y la fundamentación textual de los autores que defienden la noción ética de la buena fe en la configuración del matrimonio putativo y su amplitud para amparar la putatividad de los supuestos de violencia y de miedo. El factor psicológico de la ignorancia y del error no es incompatible con las situaciones creadas por el matrimonio celebrado por causa de miedo o violencia, pues todas ellas caben bajo el amplio concepto ético de la buena fe canónica.

En el ámbito del Derecho civil el criterio ético de la buena fe se siguió por Crisafulli, quien opina que la ley considera esta fórmula ética de la buena fe «en

13. P. FEDELE, *L'essenza della buona fede nella dottrina canonistica del matrimonio putativo*, Estratto della «Rivista di Diritto Civile» XVII (1939) 33 ss. del estratto; IDEM, *Il concetto di buona fede nel diritto canonico*, en «Ephemerides Juris Canonici» III (1947) 443-449.

14. L. SCAVO LOMBARDO, *Buona fede*, en *Enciclopedia del Diritto*, tomo V, p. 666, nota 4. En otro lugar admite que en el ámbito de la prescripción no podrá existir una buena fe en forma psicológica que no sea al mismo tiempo buena fe en forma ética, pero cuando la valora respecto del matrimonio putativo insiste en que el núcleo central de la buena fe es un estado psicológico (L. SCAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, Bologna 1995, pp. 339 y 338 ss.).

15. A. ALBISETTI, *Contributo allo studio del matrimonio putativo in diritto canonico. Violenza e buona fede*, Milano 1980, pp. 221 y 243.

cuanto que aquel que quiere contraer matrimonio se abstenga apenas conozca el obstáculo de la ley; pero en la violencia concurre precisamente como característica que uno conoce el vicio de la relación que contrae, pero no puede, a causa de la violencia, resistirse y debe sufrirlo; por lo tanto, la libertad de elección entre no contraer y contraer viene destruida y por ello el conocimiento pasivo y esclavo del violentado debe purificarse con el no conocimiento del vicio; y si la violencia se ha ejercido por un tercero sobre un cónyuge sin saberlo el otro ambos obraron de buena fe»¹⁶. Posteriormente explicará Trabucchi el fundamento de esta extensión, en cuanto que la buena fe «es siempre por su esencia un elemento ético que se refiere a la vida interna, espiritual del individuo y que asume relieve en su valoración jurídica (...). El concepto de buena fe pertenece siempre fundamentalmente al campo ético y en la eticidad en él contenida radica el principio activo de sus particulares consecuencias, entre las cuales figuran también las del matrimonio putativo. En presencia de la lesión de un interés de otro o de la transgresión de un mandato, la ignorancia o el error será condición ordinariamente para la buena fe y tal vez sea suficiente demostrar tal elemento negativo; pero no se ha dicho que la honestidad del comportamiento del agente no pueda resultar también de otro modo; en el tema del matrimonio putativo veremos cómo en este orden de ideas se deba buscar el criterio para determinar la buena fe del cónyuge inducido con violencia al matrimonio»¹⁷. Unos años después sostiene Macchia decididamente que le parece evidente que «los elementos éticos, que implican motivos de carácter religioso, una vez asumidos sin aquel color que está ínsito en estos motivos, no pueden considerarse como extraños a la concepción civilística de la buena fe, de manera que la buena fe no es solamente ignorancia o errónea creencia, sino también y sobre todo honestidad y rectitud, por lo que no se puede negar que subsista el presupuesto ético de la buena fe del *coactus* no ignorante del hecho invalidante»¹⁸.

Otros autores se inclinan abiertamente por el criterio psicologista teniendo en cuenta que el art. 128, §1 del Código civil italiano regula con independencia de la buena fe el supuesto de consentimiento prestado por miedo o por violencia. Vassalli sostiene que «el matrimonio fue contraído de buena fe tantas veces cuanto los cónyuges, o al menos uno de ellos, ignoraron que existiese la causa por la cual el matrimonio fue declarado después nulo. En rigurosas congruencia con este criterio sostiene que en el caso de la violencia falta el consentimiento matrimonial (*absoluta*) o el consentimiento está viciado en su formación (amenaza, violencia moral); pero, a diferencia del error, el *coactus* tiene la noción precisa del hecho invalidante. Faltan dos extremos del paradigma de la putatividad: la integridad de la voluntad matrimonial y la ignorancia de la causa de nulidad, por lo que se inclina a negar la aplicabilidad del matrimonio putativo a esta hipótesis»¹⁹. En el mismo

16. M. CRISAFULLI, ob. cit., p. 104.

17. A. TRABUCCHI, *Il matrimonio putativo*. Parte prima (única publicada), Padova 1936, p. 53.

18. A. MACCHIA, *Studi di Diritto matrimoniale*, Padova 1947, pp. 240 y 255.

19. F. VASSALLI, ob. cit., pp. 153 y 157-158.

sentido entiende Nicolò que también la buena fe consiste en la ignorancia de las causas de nulidad, por lo que los supuestos de coacción y miedo son incompatibles con la situación psicológica que corresponde a la buena fe entendida como hecho intelectual y la circunstancia de que el nuevo legislador reconozca los efectos del matrimonio putativo en dichas hipótesis tiene un alcance normativo bien preciso: precluir la investigación de la buena fe respecto de los cónyuges²⁰. Franceschelli también defiende la concepción psicologista e identifica la buena fe con un estado psicológico de ignorancia, de error: el cónyuge no conoce la causa de invalidez o yerra sobre su existencia. En consecuencia, la cuestión del matrimonio del *coactus* no puede resolverse en el Derecho civil con el criterio canonístico de la ausencia de pecado, que sí englobaría este supuesto de nulidad matrimonial, sino que el problema se desconecta de la noción canonística de buena fe y se traduce en un problema interpretativo del texto del art. 129 del Código civil italiano que el autor entiende que dicho texto presume que el *coactus* obró de buena fe con presunción *iuris et de iure*²¹.

La estrechez funcional de la noción psicologista de la buena fe y la exigencia de justicia para amparar la putatividad del matrimonio celebrado por violencia o miedo, fue una de las razones que movió a algunos autores a recurrir a otros elementos correctores de la buena fe o distintos de ella, como la lealtad y la corrección de las conductas²², o se identifica la buena fe con un comportamiento objetivo de la parte inculpable valorado por el ordenamiento como no querido y deliberadamente concurrente a la subsistencia del matrimonio, después declarado nulo²³, o se refiere simplemente al comportamiento jurídicamente correcto, en el sentido de que no se puede reprochar a los cónyuges no haberse abstenido de la celebración del matrimonio inválido²⁴.

La doctrina española no ha entrado en este debate y se limita a aceptar con toda naturalidad y convicción que la buena fe abarca los supuestos de nulidad por coacción o miedo, por lo que la reforma del Código civil no se ha visto acuciada, como sucedió en Italia, por presiones argumentales de tipo doctrinal o jurisprudencial que aconsejara regular, al margen de la buena fe, dicho supuesto de putatividad. Así, pues, el art. 79 del Código civil, se refiere escuetamente a la buena fe del contrayente o contrayentes, dando a entender que, siendo pacífica en la práctica la aplicación del concepto ético de la buena fe al matrimonio putativo, no se ha estimado necesario variar la tradicional interpretación canonística de la buena fe, como aplicación del principio de equidad, no solamente a los supuestos de ig-

20. R. NICOLÒ, en AA.VV., *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carra-ro-Opo-Trabucchi, tomo 1º, Padova 1977, pp. 180 y 186-187.

21. V. FRANCESCHELLI, *Gli effetti del matrimonio invalido e del matrimonio putativo*, en *Trattato di Diritto privato*, dirigido por P. Rescigno, 2, tomo primero, Torino 1982, pp. 675 y 677-678.

22. G. STOLFI, ob. cit., pp. 165 ss.

23. F. UCCELLA, voz *Matrimonio. I) Matrimonio civile*, en *Enciclopedia giuridica*, tomo XIX, p. 51.

24. R. LANZILLO, *Il matrimonio putativo*, Milano 1978, p. 360.

norancia y error, sino también a los de violencia y miedo, en los que el *patiens* no ignorará que su matrimonio va a ser nulo ni creará erróneamente que es válido, pero celebra un matrimonio contra su voluntad o sin ella interviniendo un factor doloso extraño a la normal constitución de la relación matrimonial que resalta la buena fe ética del contrayente violentado o atemorizado que obra sobre un patrón de irreprochabilidad en su conducta, no culpable ni responsable, que permite afirmar la putatividad del matrimonio celebrado con estos vicios de nulidad.

Admite la noción ética de la buena fe M. Peña Bernaldo de Quirós, quien afirma: «La buena fe implica un comportamiento éticamente correcto y comprende tanto el caso de ignorancia como el supuesto de padecer sin culpa el vicio (el error, la coacción o el miedo)²⁵, que fuera la causa de la nulidad del matrimonio», extendiendo el ámbito intelectual de la buena fe al supuesto de *voluntas coacta*. En el mismo sentido se manifiestan otros autores, como Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, García Cantero y Gete-Alonso²⁶.

Es cierto que en ámbitos del Derecho patrimonial domina una definición psicologista de la buena fe en lo que concierne a situaciones patrimoniales. «Se reputa poseedor de buena fe —dice el art. 433 del Código civil— al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide», lo que se reitera respecto de la prescripción: «La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podría transmitir su dominio» (art. 1950). Hay en estos supuestos una desconexión legislativa del principio canónico de la buena fe, que no debe extenderse a la especie propia del matrimonio putativo, en la que el personalismo de la relación matrimonial, por un lado, y su sensibilidad extrema para acusar situaciones injustas, por otro, reclaman una aproximación a la concepción ética de la buena fe.

De todos modos, no podemos olvidar que también en el Derecho español la multiplicación de situaciones a las que se aplica el matrimonio putativo se desenvuelven en un nuevo marco normativo de tipo reformista condicionado e impulsado por emergentes criterios éticos, sociológicos y antropológicos, en los que el principio de la buena fe tiene que convivir con otros que enriquecen los actuales criterios de putatividad. En Derecho matrimonial y de familia destaca sobre todo la orientación personalista humanitaria a que aludíamos al comienzo de este trabajo y que debe primar sobre cualquier otro criterio, aunque resulte favorecido el cónyuge de mala fe. Así, v. gr., cuando se dice que es efecto del matrimonio putativo que si ambos cónyuges son de buena fe ninguno podrá solicitar el reembolso de lo aportado o gastado para atender las necesidades del otro y que si uno es de

25. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, Madrid 1989, p. 86.

26. Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Madrid 1989, p. 125; G. GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo II, artículos 42 a 47, Madrid 1982, p. 243; M. del C. GETE-ALONSO, en AA.VV., *Comentarios a las reformas del derecho de Familia*, tomo I, Madrid 1984, p. 420.

buena fe y otro de mala fe solamente aquél podrá efectuar dicha reclamación²⁷, debería entenderse que estos derechos se subordinan a que el cónyuge obligado a reembolsar o dispensado de pedir el reembolso se encuentre en situación de necesidad alimenticia o de otro orden que afecte a su dignidad personal y a derechos fundamentales o de la personalidad. Por el contrario, se aproxima más a los nuevos criterios la fórmula de indemnización a cargo del cónyuge de mala fe seguida por el art. 98 del Código civil, que habrá de tener en cuenta las circunstancias del art. 97 entre las que figuran «el caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge». Estas recientes orientaciones humanitaristas contribuyen a configurar un nuevo régimen del matrimonio putativo en el que han de conjugarse, junto con la buena fe, otros criterios que fecundarían una renovada casuística del matrimonio putativo que abre una página inédita a la elaboración doctrinal de este complejo instituto jurídico.

27. J.M. LETE DEL RÍO, en AA.VV., *Matrimonio y divorcio. Comentarios al título IV del libro primero del Código civil*, Madrid 1994, pp. 783-784.