

# El matrimonio putativo como apariencia jurídica matrimonial<sup>(\*)</sup>

JUAN B. JORDANO BAREA

**SUMARIO.**—*Introducción:* Problemática del matrimonio putativo. Idea previa del m. p. El artículo 69 C. c. como disposición común a las dos clases de matrimonio, canónico y civil, reconocidas por la ley española. El problema de las relaciones entre el ordenamiento canónico y el civil en materia de m. p. Presupuestos de aplicación del artículo 69 C. c. El problema del título matrimonial. El artículo 51 C. c. y la pretendida exclusión del régimen del artículo 69 ídem, en caso de conflicto entre dos títulos matrimoniales. El matrimonio “declarado nulo” como presupuesto de aplicación del artículo 69 C. c. La retroactividad de la sentencia (declarativa) de nulidad del matrimonio y su pretendida irretroactividad. El m. p. como excepción al principio de la retroactividad. El problema de la inexistencia del matrimonio. Esencia y función del elemento subjetivo de la buena fe. Los capitales problemas del fundamento y naturaleza jurídica del m. p. como núcleo esencial en torno al que girará en lo sucesivo nuestro estudio. I. *Fundamento del matrimonio putativo:* 1. El consentimiento de las partes, pretendido eje del matrimonio putativo.—2. El *favor matrimonii* y la regla *magis valeat quam percat*.—3. La fuerza creadora de la buena fe.—4. La equidad.—5. La protección de la prole inocente (*favor prolis vel legitimitatis*).—6. *La utilitas* (pública y privada).—Recapitulación estimativa: la verdadera *ratio iuris* del artículo 69 C. c.—II. *Naturaleza jurídica del matrimonio putativo:* 1. La teoría de la *ficción*.—2. El matrimonio putativo como matrimonio excepcionalmente válido *ad tempus*.—3. El matrimonio putativo como instituto independiente y autónomo, revestido *ministerio legis* de efectos análogos a los del matrimonio válido.—4. La teoría que reconduce el matrimonio putativo a la figura general de la posesión como relación de hecho tutelada por el Derecho.—5. La teoría de la eficacia constitutiva de la celebración del matrimonio, con efectos hasta la sentencia de nulidad, salvo el obstáculo de la mala fe. El matrimonio putativo como regla general. Crítica.—6. Conclusiones sobre el problema de la naturaleza jurídica del matrimonio en general y del matrimonio putativo en particular: a) El matrimonio como contrato de sociedad extrapatrimonial o contrato asociativo, creador de una comunidad familiar y origen por ello de una situación jurídica preestablecida.—b) El matrimonio putativo y la teoría de la apariencia jurídica. La apariencia provocada por el matrimonio declarado nulo es, bajo determinados requisitos y con relación a ciertas personas, un equivalente jurídico del matrimonio válido y eficaz, disuelto.

(\*) Este estudio ha sido realizado con una Ayuda de la “Fundación Juan March”.

## INTRODUCCIÓN

*Problemática del matrimonio putativo*

En el mundo jurídico el estado de hecho no siempre corresponde al estado de derecho. Pero la situación *de facto* muchas veces, por consideraciones de diverso orden, merece el mismo respeto que la situación *de iure* y, bajo determinadas condiciones y con relación a ciertas personas, produce consecuencias no diferentes de las que derivarían del correspondiente estado de derecho (1).

Uno de estos casos parece ser el del matrimonio llamado putativo que—como veremos—sólo puede explicarse satisfactoriamente a la luz de la fecunda teoría de la apariencia jurídica.

Así cabe conceputar el matrimonio putativo como un matrimonio aparente o de hecho, contraído o celebrado en forma, revelador de una apariencia jurídica matrimonial a la que la ley, *utilitate publica et privata suadente* y mirando muy especialmente al *favor prolis* (protección de la prole inocente), hace producir efectos.

Como ya decía nuestro González Téllez, «*illud dicitur putativum, quod de facto celebratum est, sed propter aliquod impedimentum valere non potuit, diciturque putativum ad veri differentiam, quia figuram habet matrimonii et matrimonium creditur*» (2). En el mismo sentido, Pegas escribía: «*Et quia habet figuram matrimonii veri, dicitur putativum: omnes enim, qui illud vident, verum matrimonium putant*» (3). Y el cardenal De Luca resume con esta fórmula la doctrina que sobre la eficacia del matrimonio putativo se formó en el Derecho canónico y común: «*Idem operatur matrimonium putativum ac verum*»; es decir, los efectos del matrimonio putativo, hasta la declaración de nulidad, se equiparan a los de un matrimonio válido (4).

Estamos convencidos de que únicamente aplicando la ya vieja y siempre moderna teoría de la apariencia jurídica podrán ser resueltos y comprendidos los problemas esenciales del matrimonio putativo en nuestro ordenamiento.

No obstante los numerosos estudios que le han dedicado prestigiosos civilistas y canonistas (5), la institución del matrimonio

(1) CIR. D'AMELIO, "Apparenza del diritto", en "Nuovo Digesto Italiano", I, número 1, p. 550.

(2) GONZÁLEZ TÉLLEZ, "Commentaria perpetua in Decretalia", lib. IV, tit. 17.

(3) PEGAS, "Ad ordin", vol. VII, lib. I, tit. 87, párrafo 6.º, número 110.

(4) DE LUCA, "Summa de matrimonio", número 65.

(5) La bibliografía sobre el matrimonio putativo es abundantísima. Además de las obras generales sobre Derecho matrimonial y de otras relacionadas con el tema, vid. las siguientes: HERTIUS, "Dissertatio de matrimonio putativo", Halae-Magdeburgicae, 1747; GAUDEMET, "Du mariage putatif et des ses effets", Dijon, 1865; FISCHER, "Über die Erfordernisse einer Putativehe", en "Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts", XXV, 1881, pp. 60 y ss.; MANC-

putativo ofrece todavía al investigador interesantísimos y capitales temas de meditación, acrecentados en España por la falta de adecuadas interpretaciones del innovador artículo 69 del C. c., que parece salirse fuera de las líneas tradicionales del instituto al disponer que el matrimonio declarado nulo produce efectos civiles respecto de los hijos, aun cuando haya sido contraído de mala fe por parte de ambos conyuges (6).

KIEVICZ, "Die Voraussetzungen der Putativehe", Gotinga, 1895; MASSINI, "Del matrimonio nullo contratto in buona fede" Roma, 1895; PIOLA-CASSELLI, "Matrimonio putativo", en "Il Digesto italiano", XVI, I; THIESING, "Die Wirkungen nichtiger Ehen", Munich, 1907; CARTERON, "Du mariage putatif et des effets de la nullité en général en matière de mariage", Paris, 1907; KIESSLING, "Das Recht des gutgläubigen Ehegatten bei Nichtigkeit der Ehe", Leipzig, 1911; MOREL, "Etude historique sur le mariage putatif", Paris, 1913; CRISAFULLI, "Il matrimonio putativo in Diritto civile", Turin, 1915; GALGANO, "Violenza nel consenso e matrimonio putativo", en "Rivista di Diritto civile", 1921, pp. 209 y ss., 438 y ss. y 484 y ss.; PIRES DE LIMA, "O casamento putativo no Direito civil português", Coimbra, 1930; LAGARDE, "La théorie du mariage putatif et la succession de l'époux de bonne foi décédé avant l'annulation du mariage", en "Revue trimestrielle de Droit civil", XXXIV, 1935, pp. 815 y ss.; FEDELE, "Impedimenti pubblici occulti e dubbi nel matrimonio putativo", en "Il Diritto ecclesiastico italiano", 1935, pp. 40 y ss.; TRABUCCHI, "Il matrimonio putativo", 1.ª parte, "Linee di una teoria civilistica dell'instituto", Padua, 1936; CARON, "Les conditions du mariage putatif", Lille, 1939; FEDELE, "L'essenza della buona fede nella dottrina canonistica del matrimonio putativo", en "Rivista di Diritto civile", 1939, pp. 313 y ss., 283 y ss. y 458 y ss.; GALLARDO, "L'institution du mariage putatif en Droit français. Etude historique et critique", Paris, 1939; VASSALLI, "Il matrimonio putativo", en "Studi giuridici", I, Roma, 1939, pp. 147 y ss. y en "Nuovo Digesto italiano", VIII, voz "Matrimonio putativo"; DE RUBEIS, "Matrimonio putativo", en "Rivista del Diritto matrimoniale italiano e dei rapporti di famiglia", 1940, pp. 332 y ss.; MACCHIA, "I problemi essenziali del matrimonio putativo", en "Studi di Diritto matrimoniale", Padua, 1947, pp. 165 y ss.; VASSALLI, "De matrimonio putativo", en "Il monitore ecclesiastico", 1950, pp. 478 y ss.; LIBRANDO, "La bona fides nel matrimonio putativo secondo il Diritto canonico, con riferimento al Diritto civile italiano", en "Archivio di ricerche giuridiche", 1950, pp. 405 y ss.; CICU, "Sul fondamento del cosiddetto matrimonio putativo", en "Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile", 1952, pp. 1 y ss.; GALLARDO, "Le rôle et les effets de la bonne foi dans l'annulation du mariage en Droit comparé. Etude historique et critique", Paris 1952; AMENDOLA, "Visione teleologica e costruzione dogmatica del matrimonio putativo alla luce di un unitario metodo ermeneutico", en "Nuova Rivista del Diritto commerciale, Diritto sociale, Diritto dell'economia", 1950, pp. 15 y ss.

En España, vid. VALVERDE, "El artículo 69 del Código civil", en "Revista de los Tribunales", 1894, pp. 717 y ss.; COVIAN, "Matrimonio putativo", en "Enciclopedia jurídica española", t. XXII, pp. 86 y ss.; FUENMAYOR, "El Derecho sucesorio del conyuge putativo", en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1941, 2.º semestre, pp. 431 y ss.; PIÑAR, "El matrimonio putativo", Madrid 1944 (tesis doctoral inédita); RUIZ JUSÚE, "Los efectos jurídicos de la ignorancia en la doctrina matrimonial de Hugo de San Víctor y Roberto Pulleyn", en "Revista española de Derecho canónico", 1948, pp. 61 y ss.; GARCÍA CANTERO, "El vínculo del matrimonio civil en el Derecho español", Roma-Madrid, 1959, cap. VII, pp. 250-268.

(6) Poniendo la buena fe como fundamento exclusivo de los efectos del matrimonio putativo, VASSALLI (op. cit., número 13, p. 158), llega a sostener que en legislaciones como la nuestra se está fuera de la figura del matrimonio putativo.

¿Cómo se explica este *ius novum* respecto del Derecho canónico e histórico castellano? Sólo recurriendo a la teoría de la apariencia, pensamos, puede explicarse por qué se conserva la legitimidad de los hijos en aquellos ordenamientos (Código civil suizo, Código civil mejicano, legislación portuguesa, antiguo Código prusiano) que, al igual que el español, la admiten aun cuando hubiere intervenido mala fe por parte de ambos cónyuges (7).

Aquí, en esta Introducción, nos limitaremos a esbozar los más graves problemas que el matrimonio putativo plantea en nuestro Derecho, a fin de adquirir una visión de conjunto y de poner los cimientos seguros de la investigación subsiguiente.

Aunque el matrimonio putativo es una creación original del Derecho de la iglesia (*ius canonicum*) (8), fué luego recibido por el Derecho del Estado (*ius civile*). Aparece ya en el Derecho histórico castellano (Partida 4.<sup>a</sup>, tit. III, ley 3.<sup>a</sup>), más tarde pasa a la Ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1870 (arts. 94-96) y, por último, al Código civil con una fórmula en la que se combinan la concepción tradicional canónico-latina y la germánica, según los modelos francés y prusiano, respectivamente (9).

El primer problema del artículo 69 del C. c. consiste en fijar su ámbito de aplicación.

No siempre se tiene en la debida cuenta que dicha norma es una disposición común a las dos clases de matrimonio, canónico y civil, reconocidas por la ley española, lo cual plantea la cuestión de las relaciones entre el ordenamiento canónico y el civil en materia de matrimonio putativo, que hay que replantear a la luz del Concordato de 27 de agosto de 1953 y de la Ley de reforma del Código civil de 24 de abril de 1958.

Especialmente interesantes son esas relaciones entre los dos

(7) Sin duda alguna exagera VASSALLI (op. cit., número 29, p. 177), cuando observa que admitiendo también en este caso la legitimidad de los hijos, se minaría en su raíz el régimen legal del matrimonio. Compárese ROYO ("Derecho de familia", Sevilla, 1949, p. 121), para quien los hijos, en el supuesto del párrafo 4.<sup>o</sup> del artículo 69 C. c., tienen en todo caso un título de legitimidad del que el Estado no puede despojarles empeorando su condición, por lo mismo que el Estado o la Iglesia contribuyeron a crear una apariencia que a los hijos aprovecha, sin que por ello —a mi modo de ver— quiebren el régimen legal del matrimonio y el favor hacia una familia y prole legítima, ya que —como señala ROYO— tales hijos nacieron de una unión que superó cuantas pruebas de aptitud nupcial exigen la Iglesia o el Estado y fué por una o por otro autorizada.

(8) No faltan, sin embargo, atisbos del instituto en algunas decisiones de las fuentes romanas (D., 23, 2, 57, 1 y C., 5, 5, 4).

(9) Sobre la historia del matrimonio putativo vid. un breve resumen en FUBENMAYOR, op. cit., pp. 434 y ss. Y, además de las obras ya citadas de MORFI, GALGANO y RUIZ JUSÚE, *vid. HUC*, "Influence du Droit canonique sur la constitution juridique de la famille", en "Revue critique de législation et de jurisprudence", IX, 1856, pp. 237 y ss.; y ESMERIN, "Le mariage en Droit canonique (Études sur l'histoire du Droit canonique)", vols. I y II, París, 1935.

ordenamientos, canónico y civil, por lo que se refiere al problema de la fijación jurídica de la buena fe (10).

¿Podrá el Tribunal civil fijarla, con vistas a la aplicación del artículo 69 del C. c., cuando no lo haya hecho el Tribunal eclesiástico?

Parece que sí. Pero ¿qué normas deberá tener en cuenta para ello el Tribunal civil: las normas civiles o las normas canónicas?

Dando por sentada la respuesta afirmativa a la primera interrogante, es evidente que el Tribunal civil deberá tener en cuenta, para fijar la buena fe de los cónyuges, las normas del ordenamiento canónico (arg. art. 75, reformado, del C. c., que reconoce la competencia legislativa de la Iglesia por lo que en general se refiere a la reglamentación jurídica del matrimonio canónico) (11).

El segundo problema esencial del matrimonio putativo es el de determinar los presupuestos de aplicación del artículo 69 del Código civil.

¿Es necesario el título (forma de celebración del matrimonio) como requisito o elemento objetivo y autónomo?

En este punto la doctrina está dividida. Mientras que Vassalli (12), Trabucchi (13), Cicu (14), Amendola (15) y, entre nosotros, Fuenmayor (16) y Piñar (17) consideran necesario el título matrimonial como elemento objetivo del matrimonio putativo, independiente y autónomo respecto del elemento subjetivo de la

(10) Vid. BERTOLA, "Buona fede nel matrimonio putativo e relazioni fra gli ordinamenti canonico e civile", en "La giurisprudenza italiana", 1952, IV, col. I y ss., quien se ocupa casi exclusivamente de estas relaciones, desde el punto de vista del Derecho italiano.

(11) Esta solución se imponía ya haciendo aplicación de las normas y criterios generales contenidos en el Concordato de 1953. Aunque sin referencia al problema concreto aquí tratado, cfr. la firme doctrina defendida por SANCHO REBULLIDA ("Las formalidades civiles del matrimonio canónico", Madrid, 1955, pp. 79, 80 y 83), que ha sido expresamente sancionada por la Ley de reforma del C. c.: "La presente modificación del Código civil —se lee en su preámbulo—...afecta principalmente al régimen del matrimonio, para acomodar nuestro ordenamiento al Concordato concertado el 27 de agosto de 1953 entre la Santa Sede y el Estado español... El nuevo artículo 75 —continúa el preámbulo—, atinente al matrimonio canónico, comprende en su texto tanto el Derecho canónico actualmente en vigor como el que pueda dictarse en el futuro, con lo que se reconoce a este tenor la competencia legislativa de la Iglesia... Explicítamente reconocida la competencia de la Iglesia, respecto al matrimonio canónico, el Estado se limita a regular los efectos civiles..."

Diversa solución parece imponerse de cara al Derecho italiano, aunque la cuestión es discutida (vid. VASSALLI, op. cit., número 21, p. 160; LIBRANDO, op. cit.; y BERTOLA, op. cit.).

(12) VASSALLI, op. cit., números 15 y ss., pp. 160 y ss.

(13) TRABUCCHI, op. cit., pp. 22-23 y 70.

(14) CICU, op. cit., número 3, pp. 2 y ss.

(15) AMENDOLA, op. cit., p. 25.

(16) FUENMAYOR, op. cit., p. 433.

(17) Según PIÑAR, a los efectos del canon 1015 C. I. C. y del artículo 69 C. c., es necesario un título, realmente existente y no putativo: la celebración del matrimonio observando su forma esencial, impuesta por razones de orden público (op. cit., que hemos podido consultar por gentileza de su autor).

buena fe, la doctrina francesa (18), Crisafulli (19), Pires de Lima (20), Ravà (21), Fedele (22), Macchia (23) y García Cantero (24) no lo estiman así.

Mas parece claro que tanto el Derecho canónico (25) como el civil (26) requieren inexcusablemente la forma de celebración, por la necesidad de distinguir entre matrimonio y concubinato (27) y de garantizar la certeza de la existencia del primero. Sin la exigencia del título, las uniones maritales de mero hecho serían le-

(18) La tendencia constante seguida por la doctrina francesa es la de no considerar el título como requisito indispensable, independiente y autónomo, respecto de la buena fe. Las opiniones más extendidas son las de que basta "una forma *cualquiera* de celebración" (PLANIOL, "Traité élémentaire de Droit civil", vol. I, 4.<sup>a</sup> ed., París, 1906, número 1107, p. 366) o "una voluntad matrimonial, una apariencia de celebración", que impida producir efecto al simple concubinato (JOSSEPRAND, "Derecho civil", t. I, vol. II, trad. castellana de la 3.<sup>a</sup> ed. del "Cours de Droit civil positif français", Buenos Aires, 1950, pp. 107-108). Así el mínimo de forma requerida opera como mera justificación de la buena fe (*iusta causa erroris*), no constituyendo un requisito *a se* (título).

(19) CRISAFULLI, op. cit., número 50, pp. 90 y 98.

(20) PIRES DE LIMA, op. cit., número 32, pp. 141 y ss.

(21) RAVA, "Lezioni di Diritto civile sul matrimonio", 3.<sup>a</sup> ed., Padua, 1935, p. 471.

(22) FEDELE, op. cit., pp. 474 y ss.

(23) MACCHIA, op. cit., pp. 219 y ss.

(24) GARCÍA CANTERO, op. cit., p. 257.

(25) El 26 de enero de 1949 la Comisión pontificia para la interpretación auténtica del *Codex iuris canonici* respondió afirmativamente al *dubium* de si, bajo el verbo *celebratum* del canon 1015, párrafo 4.<sup>o</sup>, se debe entender *matrimonium coram Ecclesiae celebratum*. De esta suerte, el Derecho canónico exige hoy sin vacilación alguna el presupuesto del título o forma. Antes de la referida respuesta la cuestión era muy discutida en la doctrina canonista, pues algunos autores admitían que la falta de celebración *in facie Ecclesiae* no excluía el matrimonio putativo, sino que tan sólo hacía más difícil la prueba de la buena fe, exigiendo, sin embargo, que existiera cuando menos una apariencia exterior de matrimonio (*figura seu species matrimonii*).

(26) Obsérvese que el art. 69 C. c. habla de matrimonio *contraído*: según el art. 100 del mismo Código, se entiende. El matrimonio se ha de contraer observando su forma, porque ésta es esencial o necesaria a todo matrimonio por razones de orden público y atendiendo al *bonum commune*.

(27) Presupuesto inexcusable del matrimonio putativo es la existencia de un matrimonio aparente formalmente distinguible de toda otra unión, aunque en la intención y *de facto* corresponda a la unión conyugal. Hay, por tanto, que excluir del trato de favor del art. 69 C. c. a todos los supuestos en que no se da formalmente al menos el acto. De lo contrario, se reconocerían los efectos de la legitimidad a cualquier unión concubinaria, con lo que se menaría en su misma base la institución del matrimonio que se quiere defender (cfr. FUENMAYOR, op. cit., 433). Sobre el concubinato vid. CASTAÑAS, "Le mariage, la société de fait y el régimen de gananciales en el concubinato", en "Boletín del Colegio de Abogados de Madrid", núm. 45, 1924, pp. 84 y ss.; VALVERDE, "El concubinato", en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1935, pp. 184 ss.; PUIG PEÑA, "Uniones maritales de hecho" en "Revista de Derecho privado", 1949, páginas 1086 y ss.; GALLARDO RUEDA, "Uniones maritales de hecho" en "Boletín de información del Ministerio de Justicia", núm. 63, 1949, pp. 3 y ss.; MORENO MOCHOLF, "El concubinato", en "ANUARIO DE DERECHO CIVIL", 1951, páginas 54 y ss.; GONZÁLEZ MULLIN, "Efectos patrimoniales del concubinato", en "Revista de Derecho público y privado" (Montevideo), núm. 231, 1957, pp. 131 y ss., y núm. 232, 1957, pp. 195 y ss.

galmente equiparadas al matrimonio putativo (*matrimonium coloratum*), llegándose a admitir el llamado «matrimonio por comportamiento» que constituye una verdadera deformación del matrimonio, aunque haya tenido reciente consagración positiva en algunas avanzadas legislaciones (28).

Una cuestión que atormenta a la doctrina y jurisprudencia españolas es la de si el artículo 51 del C. c. excluye el régimen del artículo 69 del mismo cuerpo legal, habiéndose pronunciado por la solución afirmativa Fuenmayor (29), Castán (30), García Cantero (31) y, al parecer, aunque incidentalmente, por vía de *obiter dictum*, las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1926 y 14 de julio de 1953 (32).

Ahora bien, tras del Concordato de 1953, del Decreto de 26 de octubre de 1956, de la Circular de la Dirección General de los Registros de 2 de abril de 1957, de la nueva Ley de Registro civil de 8 de julio de 1957, de su Reglamento de 14 de noviembre de 1958 y de la reciente Ley de reforma del Código civil, parece que hoy no puede seguir sosteniéndose—como hizo Fuenmayor a la vista de la Orden de 10 de marzo de 1941 (33)—que la finalidad del artículo 51 del C. c. sea la de consagrar en forma enérgica el principio de la monogamia, finalidad distinta de la que originariamente tuvo: abarcar todos los posibles casos de impedimento de vínculo matrimonial no previstos por los artículos 83, número 5.º, y 101, número 1.º, del C. c. y por el Derecho canónico, muy especialmente el supuesto de matrimonio meramente civil de uno de los cónyuges anterior al matrimonio canónico, que, como es sabido, nunca constituyó, ni puede constituir, impedimento dirimente de ligamen para el Derecho de la Iglesia.

Por tanto, es oportuno replantear el problema de la pretendida exclusión del régimen del artículo 69 con base en el artícu-

(28) Vid. ORTIZ-URQUIDI, "Matrimonio por comportamiento", Méjico, 1955.

(29) FUENMAYOR, op. cit., pp. 454 y ss.

(30) CASTÁN, "Derecho civil español, común y foral", 8.ª ed., Madrid, 1960, t. V, vol. I, pp. 711. Para CASTÁN (op. el loc. cit.) es decisiva la consideración de las graves consecuencias a que conduciría la solución contraria, obligando a suponer dos vínculos eficaces y subsistentes mientras no fuere anulado el último por sentencia firme, y a conceder a esta segunda unión efectos que perjudicarían los derechos del cónyuge verdadero y de los hijos del bigamo.

Pero no es menos grave desconocer los intereses de la prole inocente, nacida de la segunda unión, y los del cónyuge de buena fe que ignora el matrimonio anterior de su consorte. Y, sobre todo, es —según creemos— mucho más decisivo en pro de la solución defendida en el texto la consideración del interés público y social, sobre el que principalmente asienta el matrimonio putativo (cfr., *infra*, I, núms. 5 y 6).

(31) GARCÍA CANTERO, op. cit., p. 231.

(32) En contra, vid. últimamente SANTAMARÍA, "Comentarios al Código civil", I, Madrid, 1958, pp. 136-137, aunque sin alegar razón alguna.

(33) En su reciente y magnífico comentario al art. 42 C. c., FUENMAYOR ("El sistema matrimonial español", Madrid, *separata* de R. G. L. J., núm. 5.º, pp. 23 y ss. y núm. 14, pp. 84 y ss.) no se ocupa específicamente de este problema, remitiéndose a su anterior estudio sobre el derecho sucesorio del cónyuge putativo.

lo 51, en caso de conflicto de dos títulos matrimoniales. ¿Prevalerá el que primero fue legitimamente constituido o concurrirá el *titulus coloratus* con el *titulus legitimus*?

Cabe pensar que ambos artículos se refieren a supuestos diferentes: el artículo 51 atendería ahora—como cuando entró en vigor el Código—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 (34).

Que haya matrimonio «declarado nulo» es otro de los supuestos de aplicación del artículo 69 del C. c. (34 bis).

No afrontaremos aquí el problema de la retroactividad de la sentencia de nulidad de matrimonio y su pretendida irretroactividad, recientemente sostenida por Cicu, quien atribuye naturaleza constitutiva a dicha sentencia (35). Nos limitaremos a dejar constancia de que, a nuestro juicio, la sentencia de nulidad del matrimonio tiene un indudable carácter declarativo (*constat de matrimonii nullitate in casu*, rezan los fallos de los Tribunales eclesiásticos), siendo el matrimonio putativo una excepción al principio de la retroactividad, como venía sosteniendo la doctrina tradicional y hoy mantiene la *communis opinio* (36).

(34) Según PEÑAR (op. cit.), el art. 51 C. c. atiende preferentemente a los problemas que surgen de la coexistencia de dos formas de matrimonio en nuestro Derecho positivo; el 69 al matrimonio putativo, uno de cuyos casos es el del matrimonio nulo por impedimento de vínculo al que no parece justo privar de los beneficios del matrimonio putativo cuando es contraído de buena fe a menos por parte de uno de los cónyuges.

(34 bis) Conviene advertir que, a este respecto, están equiparadas la “declaración de nulidad” de matrimonio, canónico o civil, y la “declaración de ineficacia civil” del matrimonio canónico comprendido en el art. 51 C. c., declaración esta última que podrán pronunciar los Tribunales ordinarios de la jurisdicción del Estado (cfr. la sentencia del T. S. de 19 de enero de 1926 y CASTÁN, op. cit., páginas 677-679).

(35) CICU, op. cit., pp. 7 y ss. y 14 ss.; id., *Adizione II*, núm. 8, a la trad. it. del Tratado de BAUDRY-LACANTINERIE, vol. III, “Delle persone”, Milán, 1924, p. 934; id., “Adulterinità della prole da matrimonio annullato”, en “Il foro italiano”, 1933, I, col. 1637 y ss.; id., “Riconoscimento di figlio adulterino nato da matrimonio annullato”, en “Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile”, 1931, pp. 1121 y ss. La misma posición defiende substancialmente ROUAST (en el prólogo a la obra de GALLARDO, “L'institution du mariage putatif en Droit français”, cit.), para quien el matrimonio putativo no constituye una excepción al principio de la retroactividad de la nulidad del matrimonio (*quod nullum est nullum producit effectum*), en cuanto que el matrimonio es ante todo una institución civil, la cual, aun cuando esté viciada en su origen, ha funcionado sin embargo de hecho, y no puede, por tanto, ser anulada retroactivamente sin negar la evidencia y contradecir la realidad de las cosas; de donde resulta que la teoría del matrimonio putativo constituye la regla y no ya la excepción, puesto que lo que es verdaderamente excepcional es que los efectos del matrimonio sean anulados para el pasado: si se quieren excluir los benéficos efectos del matrimonio putativo hay que probar la mala fe. En parecidos términos se pronuncia GARCÍA CANTERO, op. cit., pp. 245-247, 256 y 260-261.

(36) Por todos, vid. MACCHIA op. cit., núm. 3, p. 178 y ss.

Una interesante cuestión, ligada al presupuesto que ahora nos ocupa, es el problema de la inexistencia del matrimonio, que, en caso de admitirse (37), quedaría al margen de los beneficios del matrimonio putativo.

A nuestro modo de ver, claros supuestos de inexistencia matrimonial son: 1) La falta o defecto total de forma, que hay que distinguir de las simples irregularidades formales, las cuales sólo provocan la nulidad; y 2) La identidad de sexo, ya sea patente (33) o encubierta.

De capital importancia es fijar la función que el elemento subjetivo de la buena fe (39) tiene en el matrimonio putativo.

---

(37) Sobre el problema, vid. SALELLES, "La distinction entre l'inexistant et la nullité du mariage", en "Bulletin de la Société d'études législatives", X, 1911, páginas 353 y ss.; SANTORO-PASSARELLI, "Bigamia e nullità del precedente matrimonio", en "Annuario di Diritto comparato e di studi legislativi", VII, 1923, páginas 112 y ss.; BERTON, "La concepción de la nullité de mariage en Droit civil français et en Droit canonique moderne. Etude de Droit comparé", París, 1938; VASSALLI, op. cit., núm. 15, pp. 160 y ss.; id., "L'invalidità del matrimonio nel Diritto canonico e nel Diritto civile", en "Studi giuridici", I, Roma, 1939, pp. III y ss.; OLIVERO, "Appunti sulla invalidità nel Diritto canonico", Turín, 1946; MACCHIA, op. cit., núm. 12 y ss., pág. 197 y ss.; LEÓN FERR, "Notas sobre inexistencia y nulidad de matrimonio", en "Cuadernos de los Institutos" (Córdoba-Argentina), Boletín II, 1957, pp. 41 y ss.; GARCÍA CANTERO, op. cit., páginas 230-323.

A mi modo de ver, la distinción entre inexistencia y nulidad de matrimonio se impone no para introducir subrepticamente causas de nulidad no previstas por los textos legales (en contra de la máxima *pas de nullité sans texte*) (cfr., *infra*, nota 52), sino precisamente para excluir del régimen del artículo 69 C. c. los dos supuestos enumerados a continuación en el texto, que repugna someter a la tutela de dicho precepto.

(38) Este supuesto, de difícil —por no decir imposible— realidad práctica, es más bien puramente académico.

(39) Como es sabido, la esencia del concepto de buena fe es muy discutida. Sobre el problema vid. ARTHAUD, "De la bonne foi et des ses effets en matière civile", París, 1874; RUFFINI, "La buona fede in materia di prescrizione. Storia della teoria canonistica", Turín, 1892; JAUBERT, "Des effets civils de la bonne foi", París, 1899; GALGANO, "Sull'essenza della buona e mala fede", Roma, 1914; id., "Violenza nel consenso e matrimonio putativo", cit.; BERTON, "Des effets civils de la bonne foi", en "Revue critique de législation et de jurisprudence", XLVI, 1926, pp. 86 y ss.; BONFANTE, "Essenza della bona fides e suo rapporto colla teoria dell'errore", en "Scritti giuridici vari", vol. II, Turín, 1926, pp. 718 y ss.; FEDELE, "Impedimenti pubblici occulti e dubbi nel matrimonio putativo", cit.; id., "L'essenza della buona fede nella dottrina canonistica del matrimonio putativo", cit.; VOUTIN "La bone foi", Burdeos, 1939; SCAVO LONBARDO, "Il concetto di buona fede nel Diritto canonico", Roma, 1944; FEDELE, "Il concetto di buona fede nel Diritto canonico", en "Ephemeridis iuris canonici", 1947, pp. 140 y ss.; MACCHIA, op. cit., pp. 227 y ss.; SACCO, "La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di Diritto privato", Turín, 1949; LIBRANDO, op. cit., pp. 405 y ss.; BERTOLA, op. cit.; GÓMEZ ACEBO, "La buena y la mala fe: su encuadramiento en la teoría general del Derecho y su eficacia en el Código civil", en "Revista de Derecho privado", 1952, pp. 101 y ss. y 192 y ss.; GALLARDO, "Le rôle et les effets de la bonne foi...", cit.; GARCÍA CANTERO, op. cit., pp. 258-259.

A nuestro juicio, la buena fe en sentido psicológico y la buena fe en sentido ético tienen en esta materia un juego combinado, conforme a la tradición canónica, exigiéndose, por tanto, un error o ignorancia invencible y excusable,

¿Es la buena fe de los cónyuges, al menos unilateral, requisito autónomo del matrimonio putativo o señala apenas la extensión de sus efectos con relación a aquéllos?

Para responder a esta fundamental interrogante hay que interpretar el párrafo último del artículo 69 del C. c. conforme a su verdadera *ratio iuris*. Las ideas de la protección de la prole inocente y del título matrimonial legitimador dan la clave para resolver adecuadamente la cuestión en el último sentido indicado (40).

Tal vez los problemas más atrayentes desde el punto de vista teórico, aunque no exentos también de interés vital, sean los del fundamento y naturaleza jurídica del matrimonio llamado putativo.

No siempre la doctrina distingue con claridad ambas cuestiones. Una cosa es la visión teleológica del instituto del matrimonio putativo y otra muy distinta— aunque estrechamente vinculada a la misma— es la construcción técnico-jurídica (41).

Preguntarse por el fundamento del matrimonio putativo es in-

atendiendo a las circunstancias del caso. La buena fe puede originarse tanto en un error de hecho como de derecho (*error iuris*). El estado de duda no imputable es compatible con la buena fe. Al error excusable debe purificarse la coacción o miedo grave ejercido sobre uno de los cónyuges, por lo que hay que entender que el cónyuge *coactus* obra de buena fe. La buena fe se presume siempre (art. 69, pár. 3.º, C. c.). La solución civilista al problema de la mala fe sobrevinida es la expresada en el principio *mala fides superveniens non nocet*, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho canónico, donde rige el principio *mala fides superveniens nocet*.

(40) Vid. *infra*, I, números 5 y 6, y II, número 6, *in fine*. En cambio, PIRÑAR (op. cit.) entiende que para que exista matrimonio *putativo* hace falta al menos la buena fe unilateral. Los efectos a que se referiría el párrafo último del artículo 69 C. c., serían únicamente el derecho de alimentos de la prole ilegítima no natural (arts. 130, 140, 143, penúltimo párrafo, y 845 C. c.) y el posible reconocimiento de la filiación natural al amparo de los artículos 129, 131 y 135, número 2.º, con los derechos anejos a tal reconocimiento (art. 134 C. c.). El elemento subjetivo cifrado en la buena fe de al menos uno de los contrayentes evitaría equiparar a la legítima cualquier unión ilegítima, incluso adulterina, sacrilega o incestuosa, revestida de título matrimonial con mala fe bilateral; de lo contrario, se llegaría al resultado absurdo de que la mera forma del matrimonio convertiría en legítimos a los hijos adulterinos, sacrilegos o incestuosos, cosa que el Derecho veda de un modo terminante (arg. arts. 119 y 121 C. c.).

El mismo temor y su remedio no son nuevos. Al discutirse en el Senado el Código civil, don Augusto Comas combatió duramente la solución innovadora del último párrafo del artículo 69, presentando el caso extremo de un sacerdote que contrae matrimonio con una mujer casada, conociendo los dos su impedimento. Al contestarle Romero y Girón confundió lamentablemente los términos, interpretando el precepto en el sentido de que los hijos de tales matrimonios sólo tenían derecho a alimentos, por no alcanzarles la legitimidad (cfr. FUEBAYOR, "El derecho sucesorio del cónyuge putativo", cit., p. 414, nota 1).

Parece claro que los efectos civiles a que alude el último párrafo del artículo 69 C. c. son los efectos civiles del matrimonio, respecto de los hijos, sin límite alguno. Acaso la *natura rerum* y la mala fe o ilicitud cualificada por la injuria o torpeza muy graves (incesto, sacrilegio o adulterio no purificados por la buena fe) impongan — aunque el precepto no lo mencione — un límite. Vid., no obstante, lo que dejamos dicho *supra*, nota 7.

(41) Cfr. AMENDOLA, op. cit., *passim*.

dagar el *por qué*, la *ratio iuris* de nuestro artículo 69 del Código civil. Pero las exigencias del intérprete no se agotan con la búsqueda de los motivos que están en la base de la norma. Es también necesario investigar *cómo* opera, hallar la fórmula que explique suficientemente los efectos propios de la figura en cuestión; que sea la expresión abreviada y esquemática de su estructura y eficacia (42).

En torno a esos dos momentos, teleológico y técnico-jurídico, de la interpretación en función normativa (43) del artículo 69 del Código civil girará en lo sucesivo nuestro estudio.

Se impone, por tanto, hacer una recapitulación estimativa acerca de la verdadera *ratio* del artículo 69 del C. c., pasando revista para ello a las posibles justificaciones doctrinales del instituto, tales como el consentimiento matrimonial, el *favor matrimonii* y la regla *magis valeat quam pereat*, la fuerza creadora de la buena fe, la equidad, la protección de la prole inocente (*favor prolis vel legitimitatis*) y la *utilitas* (pública y privada).

En orden a la naturaleza o construcción técnico-jurídica del matrimonio putativo, nos proponemos hacer una revisión crítica de las diferentes teorías presentadas por la doctrina: la de la fic-

(42) Así es como entendemos nosotros la llamada "naturaleza jurídica" de una institución.

En contra de quienes creen que la discusión teórica acerca de la llamada naturaleza jurídica de un derecho o instituto no tiene interés de ninguna clase (vid., por ejemplo, D'ORS, "En torno a la llamada obligación alternativa", en "Revista de Derecho privado", 1944, pp. 3, 4, 9 y 23-24; y PUIG BRUTAU, "Fundamentos de Derecho civil", Barcelona, 1953-1959, *passim*), opinamos que tales discusiones son fundamentales por cuanto que ayudan a comprender de un solo golpe, en visión de conjunto, la institución o derecho de examen. Estamos de acuerdo en que se trata de encontrar "fórmulas de encantamiento" para dominar la múltiple y variable realidad jurídica, y en que no son más que síntesis extraídas de los efectos producidos por aquella institución o derecho. De ahí su enorme valor explicativo o pedagógico. Su máximo peligro es el "método de inversión": considerarlas como expresión de una verdadera naturaleza (inexistente) de la que, a su vez, puedan deducirse todos los efectos, aun no previstos de la figura jurídica de que se trate y en la que pueda descansarse intelectualmente porque los determine con el rigor de una ley causal. Pero de semejante desvarío de la jurisprudencia conceptual huimos nosotros, que preconizamos una jurisprudencia realista, instrumentalmente conceptual, al servicio de la justicia.

Sobre el problema a que se refiere esta nota vid., últimamente, L'ORS, "Sobre el concepto de *naturaleza jurídica*", en "Anuario de Filosofía del Derecho", 1956, pp. 159 y ss., para quien la "naturaleza jurídica" es la *ratio essendi*, el por qué trascendental que aclara, de una vez para siempre, el instituto en estudio; las formas puras de valor de donde proviene y a que se reduce. "En fin —escribo—, la naturaleza jurídica persigue un ideal eminentemente científico, que es la intelección genética; es decir, la comprensión de cómo adviene eso que se nos da bajo una institución jurídica. Comprensión que se logra demostrando cómo una institución cualquiera no es sino implicación y consecuencia de alguna forma de valor jurídico primitiva" (op. cit., pp. 178-179).

(43) Vid. BERTI, "Le categorie civilistiche dell'interpretazione", Milán, 1948; id., "Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmática)", Milán, 1949; id., (Teoria generale dell'interpretazione", vols. I y II, Milán, 1955.

ción (Laurent, Aubry y Rau, Pacifici-Mazzoni, Macchia): la que configura el matrimonio putativo como matrimonio excepcionalmente válido *ad tempus*, defendida por la doctrina dominante; la que concibe el matrimonio putativo como instituto independiente y autónomo, revestido *ex lege* de efectos análogos a los del matrimonio válido (Crisafulli, Pires de Lima); la teoría que reconduce el matrimonio putativo a la figura general de la posesión como relación de hecho tutelada por el Derecho (Finzi, Trabucchi, Amendola); la teoría de Cicu—ligada a su personal concepción del Derecho de familia y del matrimonio como «acto del Estado»—, para quien la celebración del matrimonio tiene eficacia constitutiva, con efectos hasta la sentencia de nulidad, salvo el obstáculo de la mala fe; la que conceptúa el matrimonio putativo como regla general Rouast, García Cantero).

Aun a riesgo de anticipar ideas que serán expuestas con más detalle y precisión después de ser convenientemente discutidas (pues de momento no pasan de constituir meras hipótesis de trabajo), queremos destacar aquí la trascendencia de la revisión doctrinal que nos proponemos realizar. Ella nos permitirá obtener unas conclusiones del más alto interés sobre el problema de la naturaleza jurídica del matrimonio en general y del matrimonio putativo en particular.

Acaso la tesis contractual del matrimonio, defendida por la opinión común de los canonistas y hoy casi abandona por los modernos iusprivatistas, pueda renacer en el campo del Derecho civil concibiendo el contrato como convención obligatoria del contenido lícito, patrimonial o no. Todas las dificultades invocadas en contra de la tesis contractual por la actual opinión reaccionaria de gran número de los civilistas, pueden ser superadas—según creemos—configurando el matrimonio como contrato de sociedad extrapatrimonial o contrato asociativo, creador de una comunidad familiar y origen por ello de una situación jurídica preestablecida.

Y, como ya dijimos en las primeras páginas de esta Introducción, tenemos la impresión de que sólo recurriendo a la teoría de la apariencia jurídica puede explicarse satisfactoriamente la esencia y el funcionamiento del matrimonio putativo. La apariencia provocada por el matrimonio nulo sería así, bajo los requisitos o presupuestos señalados y con relación a ciertas personas (hijos, en todo caso, y cónyuges y terceros de buena fe), un equivalente jurídico del matrimonio válido y eficaz, disuelto.

## I

### FUNDAMENTO DEL MATRIMONIO PUTATIVO

Como dijimos en la Introducción de este trabajo, preguntarse por el fundamento del matrimonio putativo es lo mismo que indagar el *por qué* de la norma contenida en el artículo 69 del C. c.

La visión teleológica del instituto dista mucho de ser uniforme en la doctrina, alegándose por los autores muy distintas motivaciones que suelen combinarse en fórmulas armónicas o conciliadoras.

Pasemos, pues, revista a las diversas justificaciones doctrinales del matrimonio putativo para luego hacer una recapitulación estimativa acerca de la verdadera *ratio iuris* o fin de la norma objeto de nuestro estudio.

### 1. *El consentimiento de las partes.*

Recientemente se ha presentado al consentimiento de las partes como pretendido eje del matrimonio putativo. Aunque sea una de las últimas justificaciones propuestas por la doctrina es la más endeble de todas. Por ello la examinaremos en primer lugar.

Para Gallardo el fundamento del matrimonio putativo estriba en el consentimiento de las partes y no en su buena fe, incapaz de producir *per se* ningún efecto jurídico. La consideración de este segundo elemento como eje de la institución ha sido la causa—según él—de las muchas inconsecuencias y contradicciones que ofrece la teoría del matrimonio putativo (44).

La opinión de Gallardo es inaceptable y no merece una crítica detenida. Basta decir que, como toda su tesis, responde a una concepción jurídica voluntarista que trata de explicar todas las instituciones por el molde contractual, concepción actualmente superada *v démodé* (45). Evidentemente, el art. 69 del C. c. no mira a tutelar o proteger el «consentimiento matrimonial» de las partes. La voluntad aquí no se toma en consideración, ni directa ni indirectamente. Piénsese que los efectos del matrimonio putativo no pueden ser excluidos ni siquiera en el caso de que la voluntad falte del todo, como ocurre, por ejemplo, cuando el matrimonio es declarado nulo por ausencia de consentimiento, dependiente de enajenación mental. ¿Cómo se puede, frente a este caso, afirmar que el Derecho tutela una situación puesta en movimiento *por* la voluntad de los contrayentes?

### 2. *El «favor matrimonii» y la regla «magis valeat quam pereat».*

Otra posible justificación o fundamento del instituto podría ser el principio del *favor matrimonii* y la regla *magis valeat quam pereat* (principio de conservación). No falta, en efecto, quien sos-

(44) Vid. GALLARDO, "L'institution du mariage putatif en Droit français", cit.; id., "Le rôle et les effets de la bonne foi...", cit.; id., "Una nueva teoría en materia de nulidad del matrimonio y su análisis desde el punto de vista comparativista", en el vol. titulado "Orientaciones hacia el Derecho comparado del porvenir", Madrid, 1959, pp. 73 y ss.

(45) Cfr. FUENMAYOR, "El derecho sucesorio del cónyuge putativo", cit., página 451.

tenga que el *favor iuris* constituye el fundamento práctico más seguro del matrimonio putativo (46).

El Derecho canónico explícitamente contiene el reconocimiento del principio del *favor matrimonii* en el canon 1.014 del C. I. C.: «matrimonium quoadet favore iuris», afirmación de carácter generalísimo, dada la posición del referido canon (Lib. III, «Re rebus», Tit. IV, «De matrimonio»), que forma parte de las normas fundamentales de naturaleza teológico-jurídica que el *Codex* coloca al comienzo de la regulación del matrimonio. De esto se deduce que el matrimonio canónico goza de esa particular condición de *favor*, tanto en el Derecho procesal (47) como en el sustancial; es más, el principio que domina el procedimiento canónico no es sino un reflejo o consecuencia del *favor matrimonii material*, del que son aplicaciones concretas las instituciones de la *convallidatio simplex*, la *sanatio in radice* y la *dissimulatio* (48), siendo la nulidad del matrimonio una última o extrema *ratio*; y la tendencia, histórica y actualmente manifiesta en el Derecho de la Iglesia, que mira a favorecer la conclusión del matrimonio requiriendo para la validez del mismo el mínimo de condiciones compatibles con la naturaleza divina del sacramento (por ejemplo, el límite lo más bajo posible en la edad de los contrayentes, la ineficacia de la voluntad contraria de los padres a la celebración del matrimonio de los hijos menores, etc.) (49).

En nuestro Código civil, si bien no encontramos—como en el ordenamiento canónico—una proclamación general del principio del *favor matrimonii*, es posible inducirle a través de algu-

(46) A juicio de PACIFICI-MAZZONI ("Istituzioni di Diritto civile italiano", volumen XII, parte 1.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup> ed., Turín, 1927, p. 216), la excepción que implica el matrimonio putativo está justificada por diferentes motivos (indulgencia hacia los esposos de buena fe, miramiento y piedad de la prole inocente) "y especialmente por el favor que merece el matrimonio". Para FUENMAYOR (op. últimamente cit., p. 435), la institución del matrimonio putativo está inspirada en el *favor legis*. Y, según MESSINEO ("Manual de Derecho civil y comercial", tomo III, trad. castellana, Buenos Aires, 1954, p. 83), en el caso de inexistencia de prole, para justificar los efectos del matrimonio putativo respecto de los cónyuges, debe necesariamente recurrirse al concepto del *favor matrimonii*, que no tiene, sin embargo, la misma virtud explicativa de el *favor legitimitatis*.

(47) Cfr. CALAMARI, "Il *favor matrimonii* nel processo matrimoniale canonico e civile", Padua, 1932, quien estudia exclusivamente las instituciones características mediante las cuales en el proceso matrimonial se tutela el vínculo y se obtiene que la sentencia del Juez sea contraria al matrimonio (en el sentido de que lo anule, lo disuelva, etc.) sólo cuando, no obstante la más completa y probatoria de las defensas, aparezca manifiesto el vicio o causa que lo afecta. Vid., también MIGUÉLEZ, "El *favor iuris* en el matrimonio", en "Revista española de Derecho canónico", 1948, pp. 353 y ss.

(48) Sobre la última vid. SALIENTI, "La *dissimulatio* en el Derecho canónico hasta las compilaciones antiguas", en "Cuadernos de trabajos de Derecho", II, Roma, 1953; OLIVERO, "*Dissimulatio e olerancia nell'ordinamento canonico*", Milán, 1953; GARCÍA BARBERENA, "Disimulación y tolerancia en el ordenamiento canónico" (Nota sobre el libro de OLIVERO), en "Revista española de Derecho canónico", 1953, pp. 985 y ss.

(49) Vid. ESMEIN, op. cit., pp. 91 y ss.

nos preceptos singulares, en los que late, y de ciertas declaraciones jurisprudenciales:

a) Los artículos 45-50, en su reciente reforma, que tienden a facilitar, siguiendo las directrices generales del Derecho de la Iglesia, la conclusión del matrimonio, suavizando las prohibiciones y sanciones de los correspondientes artículos derogados.

b) El artículo 83, en sus números 1.º, párrafo 2, y 2.º, por cuanto que, respectivamente, admiten una sanatoria excepcional de la nulidad radical respecto al matrimonio de los impúberes (50) y la posibilidad de contraer matrimonio en un intervalo lúcido (51).

c) El Tribunal Supremo ha declarado que la enumeración de las causas de nulidad del artículo 101 es taxativa o limitativa (SS. de 13 junio 1943, 12 mayo 1945, 25 y 26 enero y 7 marzo 1956), sin que el precepto de índole general del artículo 4.º, párrafo 1.º, del C. c. pueda prevalecer contra el especial, como es aquel artículo, especialidad, por otra parte—añade la sentencia de 13 de junio de 1947—, *perfectamente legítima por la trascendencia del matrimonio, singularmente en casos en que se ha seguido la vida común de los cónyuges durante un largo período de tiempo* (52).

---

(50) En la parte final del segundo párrafo del núm. 1.º del art. 83 C. c. se encuentra recogido un curioso residuo histórico procedente del Derecho romano. Sobre el mismo, vid. GARCÍA GARRIDO, "Minor annis XII nupta", en "Labeo", 1957, pp. 76 y ss.

(51) En contra del sistema general de nuestro Derecho respecto a los intervalos lúcidos. Cfr. CASTRO, "Derecho civil de España", t. II, Madrid, 1952, páginas 320 y 321.

(52) No obstante, dada la imperfección técnica del Código civil, resulta aventurado afirmar, como hace el Tribunal Supremo, que las causas de nulidad enumeradas en el art. 101 constituyen un *numerus clausus*, sobre todo teniendo en cuenta que algunas (las fundadas en la existencia de impedimentos no dispensables o en irregularidades de forma) son causas de nulidad y otras de mera anulabilidad, absoluta o relativa (cfr. art. 102, párrafo 2.º), por lo que no es aventurado afirmar que hay otras causas que producen la inexistencia (vid. *supra*, Introducción y nota 37) o incluso la impugnabilidad del matrimonio. Tal ocurre, a nuestro juicio, en los casos de discordancia entre voluntad y declaración (declaración *iocandi causa*, reserva mental, simulación) y falta de un verdadero consentimiento matrimonial (exclusión del objeto o de las propiedades esenciales del matrimonio).

La trascendencia o relevancia de la simulación, total o parcial (exclusión del objeto o de las propiedades esenciales del matrimonio), y de la reserva mental en el matrimonio es muy discutida. Vid. un resumen del estado de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia italianas en GARCÍA CANTERO, "La simulación del consentimiento en el matrimonio civil según la reciente doctrina y jurisprudencia italianas", en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1957, pp. 819 y ss. En Portugal, BELEZA DOS SANTOS ("A simulação". Coimbra, 1921, pp. 175 y ss.) opina que la necesaria estabilidad del matrimonio y la indispensable certeza de sus efectos obligan a considerar siempre irrelevante la simulación o reserva mental que haya existido en su realización. PÉRES DE LIMA ("Direitos de família", vol. I, 3.ª ed., Coimbra, 1949) participa de la misma opinión y añade que admitir la nulidad de los matrimonios simulados equivaldría prácticamente a admitir la celebración de matrimonios a plazo. Pero, a su juicio, si la simulación no constituye fundamento bastante para la anulación, no deja de funcionar como

d) El artículo 102, en su párrafo 3.º, admite una convalidación por caducidad de la acción en el supuesto de los matrimonios anulables por vicio del consentimiento.

Sentado lo que antecede, cabría pensar que la norma contenida en el artículo 69 del C. c. es también una aplicación concreta del principio del *favor matrimonii*, explicable por la trascendencia del matrimonio en cuanto vínculo o *status* matrimonial. Constituiría así dicha norma una expresión del principio general de conservación (traducido en la regla *magis valeat quam pereat*), común a toda categoría de negocios y que opera también en el campo del matrimonio, donde tiene una específica razón de ser (trascendencia del *vinculum vel status matrimonii*), lo cual justifica la particular amplitud de aplicación que dicho principio encuentra aquí y la existencia de aquel *favor matrimonii* de que expresamente habla el ordenamiento canónico.

Mas por muy sugestivo que parezca este posible fundamento del instituto del matrimonio putativo, lo cierto es que el artículo 69 del C. c. no puede constituir en modo alguno una consagración específica del principio del *favor matrimonii* o de la regla *magis valeat quam pereat*, porque el supuesto de hecho de tal norma está integrado precisamente por un matrimonio *declarado nulo* que produce, sin embargo, efectos civiles hasta la declaración de nulidad, significando apenas una simple excepción al principio «quod nullum est nullum producit effectum».

### 3. La fuerza creadora de la buena fe.

Sigue, pues, en pie el problema de determinar cuál es el fundamento de dicha excepción.

A este propósito, insistentemente hablan los autores de la

---

un impedimento impediendo: el encargado del Registro civil no debe consentir la celebración del matrimonio desde que se sepa que hay una divergencia entre la voluntad real y la que los contrayentes pretenden declarar con la intención de perjudicar a terceros.

En España, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER sostienen que el art. 101 de nuestro Código, al enumerar las causas de nulidad del matrimonio, deja abierto el problema de la posibilidad legal de la simulación del mismo, porque no hay en aquél expresión literal alguna de la que se infiera la exclusión de otras causas de nulidad que no estén previstas en algún otro precepto legal (por ejemplo, artículo 51); pero reconocen que la doctrina dominante niega la simulabilidad del matrimonio fundándose en el carácter constitutivo que en ese acto tiene la intervención del funcionario público. Y añaden que cualquiera que sea la opinión que se sustente sobre este extremo concreto, pues el texto del art. 100, ap. 2, del C. c. no impide la diversidad de opiniones, es lo cierto que la improcedencia de impugnar el matrimonio por simulación tendrá siempre un punto de apoyo en la consideración de las graves consecuencias a que podría dar lugar su admisión (Anotaciones a la "Parte general", del "Tratado de Derecho civil" de ENNECERUS-NIPPERDEY, t. I, vol. 2.º, 2.ª ed. al cuidado de PUIG BRUTAU, Barcelona, 1950, p. 189). Y PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN, en las anotaciones al "Derecho de familia" de KRFP-WOLFF, del mismo Tratado (t. IV, vol. 1.º, 2.ª ed., Barcelona, 1953, p. 148), escriben que los fines del matrimonio y la necesidad de que las actuaciones del estado civil sean seguras, junto con la circunstancia de

fuerza o función creadora de la buena fe (53). Y, en verdad, esta es la función típica de la buena fe en el Derecho canónico, función puesta de relieve por Ruffini con particular referencia a la prescripción (54) y sobre la que ha llamado la atención Fedele en sus luminosas obras (55).

La doctrina dominante explica los efectos del llamado matrimonio putativo como determinados exclusivamente por la buena fe de los cónyuges, que así tendría valor constitutivo de la institución. Podemos decir que la *communis opinio* es ésta: la buena fe es la que justifica el instituto del matrimonio putativo. Para sólo citar un nombre, muy representativo, según Vassalli las derogaciones a los efectos de la declaración de nulidad del

no estar prevista la simulación como causa de nulidad, llevan a la conclusión de que es válido el matrimonio contraído en apariencia (simulado), aun cuando el funcionario del estado civil conociera la simulación. Y, por las mismas razones —agregan—, tampoco producen la nulidad del matrimonio los vicios de falta de seriedad y reserva mental. En contra, vid. BELTRÁN FUSTERO, "Un estimulante del matrimonio: el art. 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos", en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1956, pp. 1305 y ss., cuyas conclusiones nos parecen en general aceptables.

A nuestro modo de ver, la admisibilidad y relevancia de la simulación y de la reserva mental en el matrimonio civil es —al igual que en el canónico— indudable desde el momento que viene impuesta por consideraciones de orden práctico (justicia del caso concreto, que ha movido a la reciente jurisprudencia italiana desvacionista de la tradicional solución negativa); no tropieza contra el obstáculo del pretendido carácter constitutivo que en el acto matrimonial tiene la intervención del funcionario público (el Juez, lo mismo que el Párroco en el matrimonio canónico, no pasa de ser un testigo cualificado); y está respaldada por la función esencial que el consentimiento tiene (arg. arts. 1.254, 1.258 y 1.261, número 1.º, C. c.) en la formación del matrimonio como contrato de sociedad extramatrimonial o contrato asociativo, creador de una comunidad familiar y origen por ello de una situación jurídica preestablecida (sobre ésto vid., *infra* II, núm. 6). Por otro lado, el Derecho canónico concede —dentro de ciertos límites— relevancia a la simulación y a la reserva mental que hayan mediado en la celebración del matrimonio, y no por ello ataca su necesaria estabilidad y certeza. Las graves consecuencias que podrían acarrear la admisión y relevancia incondicionada de ambos tipos de discordancia entre voluntad y declaración se evitan suficientemente teniendo en la debida cuenta el principio del *favor matrimonii*, y siendo muy cautos en la ponderación de la prueba, no contentándose con un juicio de mera probabilidad (cuasicerteza), sino exigiendo la certeza absoluta o —cuando menos— la *certeza moral*, como hacen los Tribunales eclesiásticos.

En vista de todo lo expuesto, no alcanzamos a ver ninguna razón que obligue a establecer una diferencia de tratamiento por lo que a este punto se refiere entre las dos clases de matrimonio, canónico y civil, reconocidas por la Ley española. ¿Por qué va a ser de peor condición el matrimonio civil frente al matrimonio canónico respecto a la relevancia de la simulación y reserva mental? Sobre los problemas aludidos en esta nota vid. últimamente GARCÍA CANTERO, "El vínculo del matrimonio civil...", cit., pp. 173 y ss.

(53) Vid., por ejemplo, TRABUCCHI, op. cit., p. 57.

(54) RUFFINI, op. cit., *passim*.

(55) FEDELE, "L'essenza della buona fede nella dottrina canonistica del matrimonio putativo", cit.; id. "Il concetto di buona fede nel diritto canonico", citada.

matrimonio tienen su origen en la buena fe de uno o de entramos contrayentes (56).

La buena fe unilateral o bilateral se convierte de este modo en el punto de apoyo del matrimonio putativo, llegándose a decir que, si se quiere penetrar de verdad en el espíritu de la institución, el civilista tiene que partir de la función creadora de la buena fe, característica del Derecho canónico, sin que quepa objetar que la peculiaridad de este Derecho es tal que no consiente una purificación del fundamento del matrimonio putativo en el ordenamiento canónico y en el ordenamiento civil (57).

Pero lo cierto es que algunas legislaciones, y entre ellas la nuestra, conceden efectos civiles respecto de los hijos al matrimonio declarado nulo, aun cuando intervenga mala fe por parte de ambos cónyuges (58). Avanzando tanto hay forzosamente que reconocer que se ha renegado de la base tradicional del instituto y que ya no cabe poner la buena fe como fundamento exclusivo de los efectos del matrimonio putativo, so pena de decir que esas legislaciones innovadoras van más allá de las líneas arquetípicas de la institución y contemplan, junto al clásico matrimonio *putativo* (basado en la buena fe), un matrimonio *no putativo*, en el que, una vez declarado nulo, sobreviven efectos propios del matrimonio.

En nuestra opinión, el artículo 69 del C. c. se refiere a un solo instituto que no hay ningún inconveniente en seguir llamando «matrimonio putativo» (59), máxime teniendo en cuenta el significado que al calificativo *putativum* atribuyen González Téllez y Pegas (ops. et locs. cit.). Y, como dejamos sentado en la Introducción de este estudio, la buena fe de los cónyuges señala apenas la extensión de los efectos civiles del matrimonio declarado nulo con relación a aquéllos, no siendo ya un presupuesto, requisito o elemento subjetivo y autónomo del matrimonio aparente o putativo.

Concluyendo, la doctrina que explica el matrimonio putativo refiriéndose a la «función creadora de la buena fe» (60), aunque recoge uno de los fundamentos o bases tradicionales del instituto, es incompleta de cara a nuestro ordenamiento, pues en él la sola buena fe no basta para explicar por qué la correlación entre ciertos presupuestos y ciertos efectos, establecida por la norma del artículo 69 del C. c., debe funcionar.

#### 4. La equidad.

No ha faltado quien encuentre la justificación de nuestro instituto en la idea de equidad o *ius aequum*, como justicia benévola

(56) VASALLI, "El matrimonio putativo", cit., p. 148.

(57) Así MACCILLA, op. cit., p. 270.

(58) Vid., *supra*, Introducción y nota 6.

(59) Cfr. PIERES DE LIMA, op. cit., pp. 21-22.

(60) En España defiende esta doctrina GÓMEZ ACEBO, op. cit., pp. 231 y ss.

la o moderación benigna y prudente del *ius strictum*, según la dirección humanitaria cristiana, que hunde sus raíces en la Patrística y el Derecho canónico (61).

Así, para Macchia, la justificación del matrimonio putativo reside pura y simplemente en una razón equitativa. «No a otros elementos, fuera de la equidad —escribe—, ha apelado la doctrina canonista cuando quiso justificar aquella creación original suya, que es el matrimonio putativo; recuérdese la significativa expresión de un representante de dicha doctrina: ... *hic forte acquitas quaedam et benignitas nos movent...* (Palacotus)» (62).

Aplicando al Derecho civil esta actitud mental canonista —ya que no hay ningún motivo que lo impida, al no tomarse en consideración ningún elemento religioso peculiar del Derecho canónico—, resultaría que el artículo 62 del C. c. puede referirse a una idea tan simple como aquella sobre la que reposa el Derecho equitativo: la atenuación de las consecuencias de la nulidad del matrimonio, ese temperamento tan excepcional se admite y justifica por fuertes razones de equidad (*humanitas, pietas, benignitas*), en consideración a la trascendencia humana de la relación matrimonial (63).

Pues bien —afirma Macchia—, «es en la doble función de la equidad y de la buena fe donde, respectivamente, se debe buscar la justificación y el fundamento del instituto del matrimonio putativo al margen de cualquier otra consideración, que inevitablemente turbaría su espíritu y fisonomía, sin que por otro lado añadiera nuevos elementos a los que integran uno y otra» (64).

No cabe negar que la institución del matrimonio putativo sur-

(61) Sobre el concepto e historia de la equidad y las distintas direcciones doctrinales acerca de la misma, vid. los magistrales estudios de CASTÁN, "Teoría de la aplicación e investigación del Derecho", Madrid, 1947, pp. 39, 156, 159, 160, 193, 196 y 271-272; íd., "La idea de equidad en las letras españolas", Madrid, 1949; íd., "La equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea", Madrid, 1950; íd., "La idea de equidad y su relación con otras ideas, morales y jurídicas, afines", Madrid, 1950; íd., "La formulación judicial del Derecho y el arbitrio de equidad", Madrid, 1953.

(62) MACCHIA, *op. cit.*, p. 265.

(63) A la idea de equidad se refiere también FUENMAYOR, cuando sostiene que el tratamiento excepcional o atenuación de las consecuencias de la nulidad del matrimonio, frente a la rigurosa aplicación del viejo brocardo romanista "quod nullum est nullum producit effectum" —que acarrearía a los supuestos cónyuges, a la prole y a los terceros, ignorantes del vicio que provocó la anulación, una situación irreparable de desfavor jurídico y moral (PIRES DE LIMA, *op. cit.*, p. 15)—, "sólo puede admitirse por graves razones de equidad" (FUENMAYOR, "El derecho sucesorio del cónyuge putativo", *cit.*, pp. 432-433). Vid., además, PIRES DE LIMA (*op. cit.*, pp. 138, 142 y 161), quien alude a la equidad como base fundamental del matrimonio putativo, en combinación con la buena fe; y TRABUCCHI (*op. cit.*, p. 71 y s.), quien si bien se refiere al interés público, no niega que el matrimonio putativo responde a razones de equidad por lo que mira a los intereses privados.

(64) MACCHIA, *op. cit.*, p. 270. También nuestro GONZÁLEZ TÉLLEZ (*op. et loc. cit.*) ponía el fundamento del matrimonio putativo en la buena fe y en las exigencias de la equidad y de la justicia (*super casum*).

gió en el ámbito del Derecho canónico como una moderación prudente y benigna de la ley escrita, atendiendo a las particularidades de casos concretos de la vida real (65).

Mas hoy la institución ha pasado a ser objeto del *ius scriptum*. El artículo 69 no es uno de los preceptos del Código civil que se remiten a la equidad para adaptar el Derecho a la realidad o para suavizar la norma general en vista de las particulares circunstancias que concurren en cada caso. El artículo 69 del C. c. es ya *per se* una norma de carácter general.

Ahora bien, del innegable origen equitativo del precepto, resultante de la justa ponderación de determinados intereses, aún perduran éstos, como motivos o fin de la norma (*ratio legis*).

##### 5. *La protección de la prole inocente.*

¿Cuáles eran y continúan siendo esos intereses que constituyen el objetivo o punto de mira de la institución? El mismo Macchia apunta que la razón equitativa, origen del instituto del matrimonio putativo, está basada sobre el *favor legitimitatis* y sobre los intereses de la prole inocente (66).

Y, en efecto, las constituciones canónicas de los Papas Alejandro III, Celestino III e Inocencio III (siglos XII-XIII), al decidir algunos casos particulares (67), atienden, sobre todo, al bien de la prole (*in favorem prolis potius declinamus*): su preocupación fundamental es la de que los hijos sean, en la medida de lo posible, sustraídos del estado de ilegitimidad (*favor legitimitatis* o principio de la legitimidad de la prole). De ahí la inicial limitación de los efectos del matrimonio putativo a sólo los hijos nacidos o concebidos durante tal matrimonio y la exclusión de los cónyuges de cualquier efecto favorable del instituto, a pesar de exigírseles la buena fe.

Pero esa primitiva dirección canonista, que limitaba la eficacia del matrimonio putativo únicamente a los hijos, dejó pronto paso a otra más amplia, formada al calor de la opinión de algunos canonistas (68) y de los jurisconsultos civiles (69), según la

(65) Cir. Decretales de Gregorio IX, L. IV, tit. 17, *qui filii sint legitimi*, constituciones 2 (Alejandro III), 8 (Alejandro III), 10 (Celestino III), 14 (Inocencio III) y 15 (Inocencio III). FISCHER, "Die Ungültigkeit der Ehe", en "Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik", XXIX, 1800, p. 253, recuerda también una decretal de Celestino III, contenida en las "Quinque Compilationes".

(66) MACCHIA, op. cit., p. 265.

(67) Vid. las decretales citadas en la nota 65.

(68) Es a un español, Manuel GONZÁLEZ TÉLLEZ (op. et loc. cit.), a quien cabe la gloria de haber presentado por vez primera una teoría completa del matrimonio putativo. Adelantándose a las ideas de su tiempo, equipara los efectos del matrimonio putativo, hasta la declaración de nulidad, a los de un matrimonio válido; pone su fundamento en la buena fe y en las exigencias de la equidad y de la justicia; considera suficiente la buena fe inicial y unilateral, defendiendo el concepto ético de la misma; estima que el matrimonio ha de celebrarse *publice et in facie Ecclesiae*; reputa legítimos los hijos de tal matrimonio;

cual también se reconocen efectos al instituto respecto del cónyuge o cónyuges de buena fe, dirección recogida por el *Codex iuris canonici* y por los Códigos civiles latinos.

Así, pues, la protección de la prole inocente no es hoy en esos países el *único* interés al que la institución del matrimonio putativo mira, si bien en algunas legislaciones (como la nuestra, la portuguesa, la suiza y la mejicana) la idea inicial del *favor prolis* o *legitimitatis*, situada —según hemos visto— en la base del matrimonio putativo, se desenvuelve y potencia hasta el máximo, manteniendo en todo caso para los hijos la legitimidad, aunque hubiere intervenido mala fe por parte de los padres. 4

#### 6. La «utilitas» (pública y privada).

En la base de la norma que regula el matrimonio putativo se encuentran, frente a frente, un interés dirigido a la aniquilación del vínculo matrimonial por la violación de determinadas normas imperativas, y unos intereses que, por el contrario, operan en el sentido de salvar los efectos del matrimonio hasta la sentencia de nulidad. La destrucción de una familia, la ilegitimidad de la prole, los daños irreparables para los presuntos cónyuges y para los terceros de buena fe, pesan más en la balanza de la justicia y son los intereses que en aquella pugna prevalecen.

Por ello, se ha dicho que la *ratio iuris* del instituto del matrimonio putativo mira a la tutela de un interés superior del ordenamiento, definido en cuanto a su naturaleza como interés típicamente familiar (70), lo que no es nada nuevo, pues ya el Papa Inocencio III, con unas palabras muy vigorosas —*utilitate publica suadente*— expresaba las razones de utilidad pública en que la protección de la legitimidad de los hijos se resuelve (71).

El pensamiento pontificio, que Amendola desenvuelve, sigue teniendo valor actual, pero con un ligero retoque, impuesto por lo que acabamos de exponer en el número anterior.

Asentando el matrimonio putativo —como dice Fuenmayor (72)— sobre el interés público y social, hoy se le reconoce eficacia civil incluso respecto de los cónyuges.

y llega a tratar de sus efectos, personales y patrimoniales, con relación a los cónyuges.

(69) Sobre todo HERTIUS, autor de una monografía sobre la institución (cit. en nota 5), que ha ejercido gran influjo en la doctrina y codificación modernas.

(70) AMENDOLA, op. cit., pp. 18-19. Este interés, cuya tutela conduce a una derogación del rígido principio de la retroactividad de la anulación del matrimonio, es definido por el autor acabado de citar como "un interés superior del ordenamiento a que vengan eliminadas o limitadas las consecuencias dañosas de la anulación, consecuencias dañosas que se verifican a causa de la retroactividad".

(71) Vid. Decretales de Gregorio IX, Lib. IV, tit. 17, *qui filii sint legitimi*, constitución 15 (Inocencio III).

(72) Con apoyo en una interesante cita de D'AGUESSEAU, que nos permitimos transcribir con una apostilla entre paréntesis y un subrayado: "El nombre (título) de matrimonio es tan poderoso, que por sí mismo basta para purificar

Sigue siendo cierto que primordialmente el matrimonio putativo mira a proteger intereses familiares, superiores, mas —de rechazo— tutela también secundariamente intereses particulares o individuales de los cónyuges y aun de los terceros de buena fe (73).

De este modo, la *utilitas publica* y la *utilitas privata* se combinan, situadas ambas en sus respectivos planos, primario y secundario.

En definitiva —y he aquí el balance de nuestro recorrido o recapitulación estimativa— la verdadera *ratio iuris* del artículo 69 del C. c. consiste en la *utilitas*, pública y privada, en los intereses familiares de la prole y cónyuges inocentes, y en los intereses particulares o individuales de éstos y de los terceros de buena fe, subordinados a los primeros.

## II

### NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO PUTATIVO

Ya advertimos oportunamente (74) que las exigencias del intérprete no se agotan con la búsqueda de los motivos que están en la base del artículo 69 del C. c., o sea con la visión teleológica de dicha norma. Se torna preciso, además, encontrar la categoría jurídica que explique adecuadamente los efectos característicos de la figura del matrimonio putativo y que sea la expresión abreviada y esquemática de su estructura y eficacia.

Antes de exponer nuestra opinión en orden a la naturaleza jurídica o construcción dogmática del matrimonio putativo, conviene hacer una revisión crítica de las diferentes teorías presentadas por la doctrina para construir, desde el punto de vista técnico-jurídico, la institución objeto de nuestro estudio.

#### I. La teoría de la «fictio».

La manera más elemental de dar forma jurídica al instituto es la de recurrir al fácil y cómodo expediente de la *fictio*.

La tesis de la ficción ha sido, en efecto, admitida aun hoy

---

en favor de los hijos el principio de su nacimiento. La Iglesia y el Estado toman en cuenta la intención que tienen aquellos que contraen un matrimonio, de dar hijos legítimos a la Sociedad; ellos han formado un compromiso público y solemne, han seguido el orden prescrito por la ley para dejar una posteridad legítima. Un impedimento secreto, un acontecimiento imprevisto rompe su previsión: no se deja en estos casos de recompensar su voto, la apariencia, el nombre de matrimonio, y se mira menos aquello que los hijos son, que lo que los padres quisieron que éstos fuesen" (vid. *apud* FUENMAYOR, op. últ. cit., página 437, nota 3).

(73) Cfr. GARCÍA CANTERO, "El vínculo del matrimonio civil...", cit. p. 256 para quien el interés de los mismos cónyuges si están de buena fe, el de los terceros y el de la sociedad justifican la concesión por la ley de los efectos del llamado matrimonio putativo.

(74) Vid. *supra*. Introducción.

por muchos autores, tales como Laurent (75), Aubry y Rau (76), Pacifici-Mazzoni (77), Macchia (78) y otros (79).

Según esta directriz doctrinal, el matrimonio declarado nulo no tiene existencia jurídica, pero cuando su celebración va unida a la creencia en su validez, se supone por ficción esa existencia.

El matrimonio putativo sería de este modo un *quasi-coniugium* o *quasi-matrimonium*.

Ya Pedro Lombardo, en el siglo XII, al exponer las corrientes doctrinales de su tiempo sobre la materia, recogía dos opiniones de los doctores de la Iglesia: mientras unos sostenían la absoluta validez del matrimonio y la legitimidad consiguiente de los hijos, otros, reconociendo la legitimidad de éstos, negaban la validez de aquél y preferían aceptar la ficción del *quasi-coniugium* (80). Y, aunque se trate todavía de un mero atisbo del instituto, en un curioso rescripto conservado en el *Corpus iuris civilis* (D. 23, 2, 57, 1), ante un caso de matrimonio nulo, los emperadores Marco Aurelio y Lucio Vero mantuvieron a los hijos en el estado de legitimidad recurriendo a la idea de la *ficción*, tan cara a la mentalidad jurídica romana: «confirmamus statum liberorum vestrorum in eo matrimonium quaesitorum, quod ante annos quadraginta contractum est, *perinde atque si legitima concepti fuissent*».

Esta solución no puede ser admitida en el estado actual de la legislación sobre el punto concreto del matrimonio putativo. La ley, al regular éste directamente, no acude a ninguna ficción. Le basta con establecer preceptos nuevos, que pueden libremente derogar o constituir excepción a los formulados *alimunde*. Es lo que sucede con nuestro artículo 69 del C. c. respecto del principio general de Derecho «quod nullum est nullum producit effectum».

(75) LAURENT, "Principes de Droit civil français", t. II, 4.<sup>a</sup> ed., Bruselas-París, 1887, núms. 501 y 502, págs. 634-635.

(76) AUBRY y RAU, "Cours de Droit civil français", t. VII, 5.<sup>a</sup> ed., París, 1913, parágrafo 460, pp. 63 y ss., esp. p. 77, nota 25.

(77) PACIFICI-MAZZONI, op. cit., p. 216.

(78) MACCHIA, op. cit., p. 215.

(79) De "ficción legal" habla también, por ejemplo, TRABUCCI, op. cit., página 71, y GALLARDO, "Una nueva teoría...", cit., p. 106.

(80) "... Si autem ignoranter coniuncti fuerint in conspectu Ecclesiae, et postea, probata consanguinitate eiusdem iudicio separati, quaeritur utrum copula illa coniugium fuerit. Quibusdam videtur non fuisse coniugium quia non erant legitimae personae; sed tamen de crimine excusantur per ignorantiam et quasi coniugium reputatur, quia bona fide et per manum Ecclesiae convenerunt. Unde et filii eorum legitimi habentur. Alii vero dicunt fuisse coniugium, licet non essent legitimae personae, quia tales coniunctiones vocantur canones coniugia, ubi de personis agitur, quarum testimonio consanguineorum sit dirimenda coniunctio" (PEDRO LOMBARDO, "Sentent. lib. IV", dist. XLI, núm. 3). También el Cardenal inglés ROBERTO PULLEYN alude al *quasi coniugium* ("Sentent. lib. VIII", VII, cap. 38), pero la noción que de éste presenta es algo distinta de la dada por PEDRO LOMBARDO, Obispo de Pa-

2. *El matrimonio putativo como matrimonio excepcionalmente válido «ad tempus».*

La doctrina dominante ve en el matrimonio putativo un matrimonio que, pese a ser declarado nulo, es excepcionalmente mantenido en sus efectos. El matrimonio putativo, como excepción al principio «quod nullum est nullum producit effectum» o derogación de los efectos normales de la declaración de nulidad, constituiría de esta suerte un matrimonio excepcionalmente válido.

Así, según Fuenmayor, «el temperamento que el matrimonio putativo lleva consigo, consiste en privar de retroactividad a la sentencia de anulación. No se destruyen los efectos producidos desde la celebración; sólo dejan de producirse en lo futuro. *El matrimonio putativo es, más bien que un matrimonio anulado, un matrimonio disuelto*: la sentencia extingue el matrimonio, que continúa siendo eficaz en el pasado; es, propiamente, un matrimonio válido 'ad tempus'. Se trata de conservar los efectos ya producidos, no de producir efectos nuevos» (81). Más adelante añade: «al declararse la nulidad tendremos un matrimonio válido ad tempus» (82). Y, con referencia concreta a nuestro Código civil, sostiene que el art. 63, al decir «produce efectos civiles», *proclama la validez temporal del matrimonio* (83).

En estos pasajes que hemos transcrito se refleja muy bien la actual *communis opinio*.

La solución es vieja; ya Pedro Lombardo refería una tendencia de los doctores de la Iglesia, según la cual, frente a la tesis del *quasi coniugium*, defendida por algunos, sostenían otros la absoluta validez del matrimonio, estimando que aquí existe un verdadero *coniugium* (84).

La fórmula de un efectivo matrimonio *ad tempus* está ciertamente muy extendida en la doctrina (85), pero tiene el grave defecto de identificar completamente el matrimonio putativo con el matrimonio válido y eficaz, disuelto.

El hecho de que, en una visión superficial del fenómeno, la institución del matrimonio putativo dé aparentemente validez al matrimonio contraído concurriendo una causa de nulidad, no quiere decir que la doctrina científica deba contentarse con esa explicación, por otro lado falsa, y que únicamente acarrearía muchas complicaciones a la construcción dogmática del instituto. Afirmar —como hace la doctrina dominante— que éste tiene el alcance de tornar válidos los efectos, en principios nulos, del ne-

rís, quien parece beber en la fuente de Hugo de San Víctor (vid. Ruiz Jusúe, op. cit., pp. 61-62, 65 y 101-102).

(81) FUENMAYOR, op. últ. cit., pp. 441-442.

(82) FUENMAYOR, op. cit., p. 449.

(83) FUENMAYOR, op. cit., p. 451.

(84) Vid., *supra*, nota 80.

(85) Vid., últimamente, AMENDOLA, op. cit., p. 19.

gocio jurídico matrimonial anulado, es identificar matrimonio verdadero y matrimonio putativo, considerando también al último como nacido de un acto jurídico y, por tanto, de un *acto de voluntad*, lo cual es absolutamente inadmisibile (86).

Los efectos del matrimonio declarado nulo tienen, pues, su fuente exclusiva —como la técnica jurídica más depurada lo impone— no en un *acto jurídico* (jurídicamente inexistente, una vez declarada por sentencia su nulidad), sino en una *situación de hecho*, concurriendo determinados presupuestos. La ley, por tanto, al decir que el matrimonio nulo (o anulable) «producirá todos sus efectos civiles mientras subsista» (87), no expresa sino la idea de que los efectos a producir por el matrimonio putativo, son aquellos que *habría producido el matrimonio si fuera válido*; o sea, la ley determina los efectos del instituto por un procedimiento indirecto, remitiendo a los efectos del matrimonio válido.

El matrimonio putativo sólo aparentemente concede validez a los efectos del matrimonio celebrado mediando una causa de nulidad, apariencia ésta que resulta de que la ley hace integrar su contenido por el del matrimonio verdadero: con otras palabras, el artículo 69 del C. c. es una norma de remisión; al decir «produce efectos civiles» no proclama la *validez* del matrimonio declarado nulo, lo cual implicaría una contradicción en los propios términos (88).

### 3. *El matrimonio putativo como instituto independiente y autónomo.*

Otra manera de dar forma jurídica al instituto del matrimonio putativo, tan expedita y fácil como la cifrada en el recurso a la técnica de la  *fictio*, es la de concederle una especial carta de naturaleza. El matrimonio putativo vendría a constituir de esta guisa una figura *sui generis*, un instituto independiente y autónomo revestido *ministerio legis* de efectos análogos a los del matrimonio válido.

La fórmula atrae por su sencillez, en contraste con la complicación de la acabada de criticar.

Según Crisafulli, «en el matrimonio putativo parece que la voluntad de los esposos es la fuente esencia de la eficacia del instituto; pero atendiendo a que la voluntad nula no es voluntad jurídicamente relevante y a que, por otro lado, otros elementos deben cooperar en primera línea, como la buena fe de al menos uno de los esposos, debe concluirse que no hay un *acto jurídico*

(86) Cfr. *supra*, I, núm. 1. *in fine*.

(87) Cfr. el artículo 94 de la Ley de Matrimonio civil de 1870, que se expresaba con más propiedad que el artículo 69 del Código: "El matrimonio nulo —decía—, contraído de buena fe por ambos cónyuges, producirá todos sus efectos civiles mientras subsista y la legitimidad de los hijos".

(88) Compárese PÍRES DE LIMA, *op. cit.*, pp. 24-25.

(matrimonial), excepcionalmente mantenido en sus efectos, como dice la doctrina dominante, *sino un hecho jurídico que produce efectos semejantes a un acto contractual*» (89).

Y, más adelante, el mismo Crisafulli escribe: «Históricamente, el matrimonio putativo surgió como una desviación de los principios. Sin embargo, una vez que llegó a su pleno desenvolvimiento, adoptó una posición autónoma, incorporada a la teoría matrimonial, y que ya no constituye excepción a dicha teoría. En otras palabras: los efectos civiles respecto de los cónyuges y de la prole pueden ser producidos o por el *matrimonio válido* o por un *estado de hecho que caracteriza el matrimonio putativo*. Hay así una duplicidad, un dualismo de institutos distintos entre sí y autónomos, pero que no se colocan en el sistema como regla y excepción» (90).

Para Pires de Lima, quien sigue los mismos pasos de Crisafulli, si la ley atribuye—por el matrimonio putativo—eficacia a una materialidad, convirtiéndola en productora de consecuencias jurídicas, forzoso es dar a ese instituto fueros de entera autonomía, considerándolo *creador* y no como *convalidante* de efectos jurídicos. A su juicio, «el matrimonio putativo es el hecho material que se revela por la apariencia de un matrimonio y al que la ley atribuye efectos análogos a los de ese acto». Y agrega que «no se puede hacer intervenir en su concepto a la buena fe, aceptando cualquiera de las nociones clásicas del instituto (como la de Gentile: *matrimonium quod palam bona fide contrahitur*), porque tal presupuesto puede ser innecesario (cual ocurre en el Derecho portugués y en el español), ni el mayor o menor grado de validez jurídica de los matrimonios nulos, dado que, declarada por sentencia su nulidad, tales matrimonios, jurídicamente, son siempre inexistentes, y sólo la materialidad es susceptible de provocar efectos de derecho» (91).

La teoría en examen, aun negando la tesis de la ficción, no consigue dar a nuestro instituto una naturaleza distinta: el matrimonio putativo es—según ella, aunque no emplee la expresión—un «cuasi-matrimonio» que se coloca junto al «matrimonio» en una situación de analogía o semejanza de supuestos de hecho—como si fuera «matrimonio»—, establecida *ex lege*. No es diferente la estructura de la *ficção*. En realidad, estamos de nuevo ante el mecanismo característico de las ficciones (92). ¡El mismo perro con distinto collar!

Con todo, la tesis contiene algunas ideas muy aprovechables, especialmente la de presentar el matrimonio putativo como uno

(89) CRISAFULLI, op. cit., núm. 70.

(90) CRISAFULLI, op. cit., núm. 71.

(91) PIRES DE LIMA, op. cit., pp. 26 y 27. Lo que figura en el texto entre paréntesis está puesto por nosotros.

(92) Sobre éstas y sus distintas clases, vid. la fundamental monografía de ESSER, "Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen". Frankfurt, 1040.

de los casos en que la ley da eficacia jurídica a ciertas situaciones de hecho. Con razón escribió el principal fautor de la teoría que la ley no supone que el matrimonio nulo se mantenga válido, *sino que hace producir efectos civiles al estado «de facto» resultante de un matrimonio nulo* (93).

Por otra parte, decir que el matrimonio putativo es una figura *a se*, dotada de autonomía, es dejar sin resolver el problema de su naturaleza y estructura. Nada se adelanta, en efecto, afirmando que el matrimonio putativo es tan *sui generis*... que ¡es el matrimonio putativo! Era necesario comprobar ulteriormente si la particular tutela que se actúa en el artículo 69 del C. c. puede ser encuadrada en alguna de las categorías jurídicas de otros institutos del ordenamiento civil, donde la ley protege meras situaciones *de facto*: la posesión de estado familiar, la posesión de derechos, la posesión de cosas, la posesión en sentido amplio, la apariencia jurídica, en todas las cuales una simple relación de hecho es tutelada por el Derecho. Este paso decisivo no lo da ni Crisafulli ni Pires de Lima.

#### 4. La teoría que reconduce el matrimonio putativo a la figura general de la posesión.

Entre las contrucciones técnico-jurídicas del matrimonio putativo elaboradas por la doctrina se destaca, como una de las más interesantes, la de la tutela posesoria.

Es Finzi quien primero recondujo el matrimonio putativo a la figura de la posesión en sentido amplio y general. «En ocasiones—escribe—, a la extinción de una relación de posesión formal sobrevive, cooperando determinadas circunstancias, una relación jurídica análoga: tal es, por ejemplo, el matrimonio putativo.» Y agrega: «Yo considero el matrimonio putativo esencialmente como el efecto inmediato de la investidura de la relación jurídica de matrimonio. Yo veo la tutela jurídica del mismo religarse bastante más a la eficacia de la forma seguida que a una pretendida fuerza creadora de la buena fe» (94).

También Trabucchi, al plantearse el problema de la naturaleza jurídica del instituto, se refiere a la figura de la posesión (95).

A este propósito, Trabucchi excluye que pueda entrar en juego la figura de la posesión de estado familiar (96). Exclusión justa porque, aun cuando algunos canonistas de los primeros siglos de existencia del matrimonio putativo identificaron ambas instituciones, lo cierto es que la posesión de estado no se confunde con el matrimonio putativo, desde el momento que éste exige siempre una forma de celebración (título), y, si no es corriente, posible

(93) Vid. CRISAFULLI, op. cit., núm. 54.

(94) FINZI, "Il possesso dei diritti", Florencia, 1915, pp. 429 y ss.

(95) TRABUCCHI, op. cit., pp. 70 y ss.

(96) Sobre ésta vid. SALVI, "Il possesso di stato familiare", Milán, 1952.

es que los cónyuges vivan en la posesión de estado de casados sin que hayan mediado las formalidades destinadas a la constitución de aquel estado, no pudiendo en esta hipótesis aplicarse el artículo 69 del C. c. Presupuesto del matrimonio putativo es que exista un matrimonio *declarado nulo*. En el juicio tendente a esa declaración el actor tiene que probar que el matrimonio ha sido *contraído o celebrado*, y ello sólo puede hacerse «por certificación del acta del Registro civil, a no ser que los libros de éste no hayan existido o hubiesen desaparecido, o se suscite contienda ante los Tribunales, en cuyos casos será admisible toda especie de prueba» (art. 53, párrafo 2.º, C. c.). (97). Por consiguiente, así como para dar vida al matrimonio válido es necesaria la concurrencia de un elemento constitutivo consistente en la celebración formal, del mismo modo para dar vida a un matrimonio putativo se precisa que concorra la celebración en forma. Puede haber dificultades en la prueba de la celebración del matrimonio, también en el caso de que éste sea nulo, quedando imposibilitados los hijos de aprovecharse de los beneficios del matrimonio putativo. El artículo 54 del C. c., sin más finalidad que la de regular la prueba subsidiaria del matrimonio, trata de evitar a los hijos de personas fallecidas en la posesión de estado de casados, dificultades que acaso tuvieren en la prueba del matrimonio de sus padres.

Trabucchi excluye también la figura de la posesión de derechos, diciendo que «en el matrimonio putativo existe una situación que tiene exacta correspondencia, y se corresponde exactamente, por su naturaleza, con la posesión de las cosas». Pero tampoco se puede aplicar directamente esta figura, puesto que «el contenido de hecho del matrimonio putativo no consiste en la materialidad de la convivencia *more uxorio*». Por ello afirma que «hace falta remontarse desde la figura de la posesión de las cosas y de la posesión de los derechos hasta un concepto más amplio de la posesión como *relación de hecho tutelada por el Derecho*; y a su vez este estado de hecho se debe distinguir según que haya sido acompañado o no de la buena fe en su comienzo», añadiendo que, «a los efectos del instituto del matrimonio putativo, la figura de la posesión se debe considerar únicamente en el sentido más amplio de *investidura de hecho de una relación jurídica*. Mas de relación jurídica matrimonial sólo puede hablarse siempre en virtud de un título».

Separándose en parte de la opinión de Finzi, entiende Trabucchi que la investidura formal es solamente uno de los elementos constitutivos: el otro, característico y de igual modo fundamental, es la buena fe que en el primero manifiesta una eficacia crea-

(97) Cfr. también los artículos 2.º y 68 de la Ley de Registro civil. En el apartado II de su preámbulo, en los artículos citados y en el 3.º late la idea del «título de estado», tan bien expuesta por ROYO, op. cit., pp. 93 y ss. CASTRO prefiere, en cambio, hablar de «título de legitimación» (op. cit., pp. 78 y ss. y 571).

dora. La buena fe participa, a su juicio, en la creación de los efectos del matrimonio, sustituyendo los elementos que faltan al título.

En fin, para Trabucchi la relación matrimonial tiene un contenido totalmente diverso del contenido de la posesión en las relaciones de Derecho patrimonial, pues no sólo es diferente el objeto, sino que también son diversos los intereses (sociales, prevalentes sobre los de los particulares) que entran en la valoración de la norma jurídica (98).

Recientemente, las opiniones de Finzi y Trabucchi han encontrado fiel eco en Amendola, quien reitera las mismas ideas con escasísimas variantes (99).

Aun reconociendo el alto nivel científico de la teoría expuesta, no es del todo convincente.

Ante todo—como ha puesto de relieve Cicu—, la aplicación analógica de los principios generales de la tutela posesoria al instituto del matrimonio putativo, en tanto que sería apta para justificar, una vez celebrado el matrimonio (incluso de mala fe), la tutela correspondiente a la que en Derecho patrimonial se manifiesta en las acciones posesorias, debería conducir a la convalidación del matrimonio concurriendo la buena fe sobre la validez del título (100). Lo cierto, sin embargo, es que, de un lado, al ser declarado nulo, el matrimonio contraído de mala fe no produce efecto alguno respecto de los cónyuges; y, de otro lado, el matrimonio putativo es un matrimonio inválido (cfr. canon 1.015, párrafo 4.º, C. I. C. y arts. 69 del C. c. español y 128 del C. c. italiano).

Lógicamente, Trabucchi debería sostener —como hace Amendola (101)— que el matrimonio resulta convalidado *al tempus*,

(98) TRABUCCHI, op. cit., p. 79.

(99) AMENDOLA, op. cit., pp. 21-22.

(100) Según CICU, excluido que aquí venga en consideración analógica la figura de la usucapción inmobiliaria, que requeriría la perduración de la posesión de estado de los cónyuges durante diez años, la convalidación del título en virtud de la posesión de buena fe —cual se verifica en materia de muebles—, tanto más habría debido ser admitida, en cuanto es coherente con el principio fundamental de la indisolubilidad del matrimonio, una vez celebrado. Reducir la posesión a la existencia de la buena fe en el momento de la celebración —añade—, equivale a reducirla a aquella investidura formal de que habla FINZI, investidura que por sí sola no sería apta —a juicio de TRABUCCHI— para dar vida a la relación por causa del vicio (o existencia de impedimento); esa aptitud la adquiriría merced a la fuerza creadora de la buena fe. Siendo esto así la analogía con la adquisición de buena fe de los bienes muebles tendría fundamento: título no idóneo para constituir el matrimonio del cual uno de los esposos, o los dos, ignoraban el vicio (CICU, "Sul fondamento del cosiddetto matrimonio putativo", cit., pp. 10 y ss.).

(101) AMENDOLA, op. cit., p. 22, donde escribe que "en el matrimonio putativo la tutela del cónyuge de buena fe es como un medio para llegar a tornar válida la relación que era inválida". Por eso habla en otro lugar de "un efectivo matrimonio *ad tempus*" (p. 19).

hasta la sentencia de nulidad. La fuerza creadora de la buena fe conduce forzosamente a la convalidación del título constitutivo del matrimonio.

Con todo, Trabucchi niega que la buena fe convalide el título viciado, siendo a su modo de ver inadmisibles una convalidación temporal del matrimonio, porque en éste opera no el interés privado de los esposos, sino un interés más amplio (social) (102).

Ahora bien, si la inidoneidad del título no queda convalidada, la eficacia del matrimonio putativo debería atribuirse exclusivamente a la buena fe, cosa que es posible en el Derecho canónico, en el que rige el principio «mala fides superveniens nocet» (los efectos putativos duran en él mientras persiste la buena fe), pero no en el Derecho civil y menos en el nuestro, que otorga efectos al matrimonio declarado nulo respecto de los hijos, incluso cuando ambos cónyuges están de mala fe (103).

La teoría que reconduce el matrimonio putativo a la figura general de la posesión como relación *de facto* tutelada por el Derecho, aunque es criticable, apunta, sin embargo, una dirección muy fecunda, pues ¿qué es la posesión, así concebida, sino la apariencia de derecho?

Mas antes de exponer nuestro punto de vista acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio putativo, debemos hacernos cargo aún de la teoría de Cicu, uno de los últimos y más brillantes intentos de construcción dogmática del instituto.

##### 5. *La teoría de la eficacia constitutiva de la celebración del matrimonio.*

Cicu, invirtiendo el punto de partida de la doctrina del matrimonio putativo (fundada sobre el principio de la retroactividad de la sentencia de nulidad del matrimonio), sostiene que no es la anulación del matrimonio la que da lugar a la retroactividad de la misma anulación, sino que lo es tan sólo la eventual mala fe de uno o de ambos cónyuges, pues los efectos del matrimonio inválido subsistirían hasta la sentencia de anulación, en virtud de la celebración del matrimonio ante el oficial del estado civil y no ya en virtud de la buena fe unilateral o bilateral.

De acuerdo con su concepción del Derecho de familia (104)

(102) Según TRABUCCHI, lo que hay es una ficción legal, con un término *ad quem* de validez del título, ficción que se explicaría cual reconocimiento de fuerza creadora a la buena fe, en sustitución de los requisitos de validez del título (op. cit., p. 71). De este modo pone todo el acento del matrimonio putativo en la fuerza creadora de la buena fe e incurrir en los defectos, ya apuntados, de la teoría de la ficción.

(103) No obstante, MACCHIA (op. cit., pp. 208 y ss.), de cara al Derecho civil italiano, atribuye exclusivamente la eficacia del matrimonio putativo a la función creadora de la buena fe.

(104) Vid. CICCÒ, "Lo spirito del Diritto di famiglia", Macerata, 1914; id., "Il Diritto di famiglia", Roma, 1915; id., "La filiazione", Milán, 1927, pp. 1 y ss.; id., "Lo spirito del Diritto familiare nel nuovo Codice civile", en "Rivista di Diritto civile", 1930, pp. 3 y ss.; id., "Il Diritto di famiglia nello

y del matrimonio como «acto del Estado» (105), entiende que la celebración del matrimonio tiene eficacia constitutiva, con efectos hasta la sentencia de nulidad, salvo el obstáculo de la mala fe. La sentencia de anulación del matrimonio tendría así de ordinario eficacia *ex nunc*, no estando la retroactividad ligada a la anulación, sino apenas a la eventual mala fe de uno o de los dos cónyuges.

«Puesta la eficacia del matrimonio *putativo* (el contraído de buena fe al menos por uno de los cónyuges)—escribe Cicu—en la eficacia constitutiva de la celebración, con efectos hasta el día de la sentencia de anulación, así como en dicho matrimonio putativo la mala fe de un cónyuge es obstáculo para alguno de aquellos efectos, también en el caso de matrimonio *no putativo* (el contraído interviniendo mala fe por parte de ambos cónyuges), es la mala fe obstáculo para que se produzca el efecto de la legitimidad. En ambos casos la celebración constituye la relación: la sentencia la disuelve.» Así se equipara la anulación con el divorcio, si bien Cicu no confunde las dos figuras, puntualizando que el divorcio consiste en la disolución de un matrimonio válido, cuya causa es un hecho sobrevenido, provocable *ad libitum* por los esposos; la anulación consiste, en cambio, en la disolución de un vínculo nacido inválidamente y, por tanto, privado *ab origine* del carácter de la indisolubilidad (106).

Estamos ante una original posición que, como hemos dicho, invierte el punto de partida de la teoría clásica del matrimonio putativo, porque, una vez considerado inexistente el principio de la retroactividad de la sentencia de nulidad, es evidente que no cabe ya considerar a nuestro instituto como una excepción de dicho principio, sino que se debe estimar el matrimonio putativo como normal, constituyendo precisamente la irretroactividad de los efectos de la sentencia de anulación del matrimonio la regla, que tendría una excepción en el caso de mala fe de uno de los cónyuges o de entrambos.

La teoría de Cicu, ligada a su personal concepción del Derecho de familia y del matrimonio, es claramente inaceptable no sólo frente al ordenamiento canónico, sino también de cara a nuestro ordenamiento civil.

---

Stato fascista”, en “Ius”, 1940, pp. 373 y ss.; íd., “Cómo llegué a la sistematización del Derecho de familia”, en “Revista de Derecho privado”, 1952, pp. 185 y ss.; SANTA CRUZ y JIMÉNEZ ARNÁU, “La posición del Derecho de familia en la doctrina del Profesor Cicu”, *ibidem*, 1927, pp. 241 y ss.

(105) Vid. Cicu, “Matrimonium seminarium reipublicae”, en “Archivio giuridico”, 1921, pp. 111 y ss.; íd., “Lo spirito del Diritto famigliare nel nuovo Codice civile”, cit.; íd., “Il Diritto di famiglia nello Stato fascista”, cit.; íd., “Ancora sulla natura giuridica dell'atto di celebrazione del matrimonio civile”, en “Ius”, 1941, pp. 471 y ss.

(106) Cicu, “Sul fondamento del cosiddetto matrimonio putativo”, cit., p. 21. Lo que en el párrafo entrecorillado del texto figura entre paréntesis y los subrayados son nuestros.

No hemos de hacer aquí la crítica de su concepción del Derecho de familia como Derecho autónomo afín al Derecho público (107); es suficiente decir, dada la economía del presente trabajo, que para nosotros, como para la doctrina dominante, el Derecho de familia forma parte del más puro y genuino Derecho civil, una de cuyas ideas básicas es precisamente la familia.

Por lo que a la naturaleza jurídica del acto de celebración del matrimonio se refiere, Cicu sostiene que debe atribuirse valor *constitutivo* al pronunciamiento o declaración del oficial del estado civil y que el consentimiento de los esposos no tiene más valor que el de ser un simple *presupuesto* de aquel pronunciamiento o declaración. El matrimonio sería así un «acto del Estado» (108).

Esta opinión, harto discutible aun en la misma Italia, a pesar de que los textos de los artículos 94 del C. c. de 1865 y 107 del C. c. de 1942 le suministran cierto apoyo (109), es completamente inadmisibles frente al artículo 100 del C. c. español.

En nuestro matrimonio civil, el Juez municipal no pasa de ser un *testis qualificatus*, como el Párroco o su delegado en el matrimonio canónico. Son los contrayentes quienes *efectivamente* celebran o contraen el matrimonio al responder ambos afirmativamente a la pregunta del Juez de si persisten en su resolución de celebrarlo o contraerlo. El Juez se limita a *dar fe* en el acta correspondiente de que el casamiento se ha verificado en su presencia y en la de dos testigos cumpliéndose todas las formalidades prevenidas. En nuestro Derecho, el Juez municipal no hace pronunciamiento o declaración alguna tras de recibir el consentimiento matrimonial de los contrayentes (110). La función del Juez no es *constitutiva* del matrimonio, sino de mera *constatación* del mismo, aunque su intervención, como elemento formal del negocio, sea *necesaria*.

Así, pues, si la concepción semipublicista que del Derecho fa-

(107) Por todos, vid. HERNÁNDEZ-GIL, "El concepto de Derecho civil", Madrid, 1943, pp. 166 y ss.

(108) La tesis de Cicu fué duramente combatida por el P. CAPELLO, S. J. ("Esame di alcune recenti opinioni in materia matrimoniale", en "La civiltà cattolica", 1941, II, pp. 97 y ss.). Cicu respondió insistiendo en sus iniciales puntos de vista (vid. Cicu, "Ancora sulla natura giuridica dell'atto di celebrazione del matrimonio civile", cit.) y el P. CAPELLO replicó manteniendo los suyos (vid. CAPELLO, "Breve risposta", en "Ius", 1941, pp. 479 y ss.). Terció en la ruidosa polémica FENELLE ("In margine ad una polemica", en "Archivio di Diritto ecclesiastico", 1942, pp. 251 y ss.), poniendo de relieve el equívoco padecido tanto por Cicu como por el P. CAPELLO, derivado del diverso punto de vista, civil y canónico, desde el cual ambos consideraron la institución del matrimonio.

(109) Al emplear, respectivamente, los verbos *pronunzierà* y *dichiara*, referidos al oficial del estado civil.

(110) La primitiva Ley de Matrimonio civil de 18 de junio de 1870, en cambio, ordenaba que el Juez municipal pronunciara la frase: "quedáis unidos en matrimonio perpetuo e indisoluble", que había de consignarse en el acta de matrimonio, según el art. 67, núm. 12, de la antigua Ley de Registro civil de 17 de junio de 1870.

miliar Cicu tiene es falsa en su mismo fundamento (111) y si quiebran los elementos decisivos sobre los que él basa su actitud crítica frente a las diversas tesis sostenidas acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio, es evidente que hay que descartar su construcción dogmática del matrimonio putativo, pese a su innegable brillantez y agudeza.

\* \* \*

Recientemente García Cantero, aun no compartiendo el punto de vista inicial de Cicu sobre la eficacia constitutiva del matrimonio, entiende—como Cicu y Rouast (112)—que el matrimonio putativo constituye la regla general y no la excepción. A su juicio, normalmente, en tanto que el matrimonio no es anulado, produce los efectos del matrimonio válido. La sentencia firme de nulidad carece de efecto retroactivo respecto del cónyuge o de los cónyuges de buena fe, y en ningún caso respecto de los hijos y en cuanto a los bienes del matrimonio; en tales supuestos la sentencia es constitutiva. La sentencia tiene efecto retroactivo respecto de y en cuanto al cónyuge o cónyuges de mala fe; la sentencia en este caso tiene carácter declarativo. Y, también como Rouast, acude al carácter institucional del matrimonio para tratar de explicar el trato privilegiado dado por la ley al matrimonio putativo. En suma, para García Cantero, cuando se habla de matrimonio putativo quiere decirse que se ha anulado un matrimonio *válido hasta ese momento*, algunos de cuyos efectos no pueden menos de sobrevivir a la declaración de nulidad (113).

La tesis de García Cantero, en sustancia coincidente con la de Cicu y Rouast, es de igual modo inadmisibles. Que en nuestro Derecho la norma general sea la de la irretroactividad de los efectos de la sentencia firme de nulidad y la excepción la retroactividad lo deduce García Cantero tan sólo de la amplitud con que están concebidos los artículos 69 y 72 del C. c., menospreciando así la aplicación de los principios generales por no haberse apercibido de que las normas contenidas en los artículos 69 y 72 del C. c. son

(111) Presupuesto de la doctrina de Cicu es la distinción entre Derecho público y Derecho privado cifrada en el interés, en la voluntad y en la posición que ocupa el individuo en la relación jurídica. "La base no es, por tanto —escribe HERNÁNDEZ-GIL—, muy estable, en la situación actual de la ciencia jurídica, porque descansa en una distinción entre Derecho público y Derecho privado inaceptable" (HERNÁNDEZ-GIL, op. cit., p. 167).

(112) Vid., *supra*, nota 35.

(113) GARCÍA CANTERO, op. cit., pp. 246 y ss. y 251 y ss. A su modo de ver, el art. 69 C. c. debe entenderse así: "El matrimonio declarado nulo se disuelve para el futuro. La sentencia de nulidad no opera retroactivamente respecto al cónyuge o cónyuges de buena fe, ni respecto de la prole o de los bienes del matrimonio, sino que deja a salvo los derechos ya nacidos, e inmutados los derechos personales y las relaciones familiares, según se habían constituido hasta la fecha de la sentencia con base en el matrimonio reputado válido. La anulación en esta clase de matrimonios opera *ex nunc* y se equipara propiamente a una disolución. No se producen efectos nuevos, sino que se conservan los ya producidos" (op. cit., pp. 260-261).

normas equiparadoras o de remisión, en el sentido que explicaremos más adelante, pero que sin ello implique la inversión de aquellos principios, aunque sí una excepción de los mismos (vid. *infra*, núm. 6, b).

#### 6. Conclusiones sobre el problema de la naturaleza jurídica del matrimonio y del matrimonio putativo.

Tras de la revisión crítica de las diferentes teorías presentadas por la doctrina en orden a la naturaleza o construcción técnico-jurídica del matrimonio putativo, ha llegado el momento de exponer en breve síntesis nuestras propias ideas y conclusiones.

Mas antes de referirnos al matrimonio putativo en particular es oportuno aludir—aunque sea muy someramente— al matrimonio en general, pues acabamos de ver en Cicu cómo ambos problemas están inescindiblemente concatenados. En todo caso, el matrimonio es el arquetipo o prototipo del matrimonio putativo. Y es totalmente imposible hablar de éste sin hacerlo de aquél.

a) Sabido es cómo la doctrina canonista distingue con acierto entre matrimonio *in fieri* y matrimonio *in facto esse*, entre el acto de la celebración del matrimonio y el vínculo o estado matrimonial que nace de la celebración (*vinculum vel status matrimonii*) (114).

Pues bien, por lo que al primero respecta, la *communis opinio* de la doctrina canonista defiende la tesis contractual, afirmando resueltamente que el matrimonio es un verdadero contrato (115). Y el canon 1.012 del *Codex iuris canonici*, recogiendo esa opinión común, habla de *contractus matrimonialis*.

En cambio, la doctrina civilista es hoy, de ordinario, contraria a la naturaleza contractual del matrimonio en cuanto acto, prefiriendo hablar de «acto del Estado» (116), de «negocio jurídico complejo» (117), de «convención» (118) o de «acuerdo» (119) y de «negocio jurídico bilateral», típico del Derecho de familia (120).

(114) Vid., por todos, WERNZ-VIDAL, "Ius canonicum", t. V, "Ius matrimoniale", 3.<sup>a</sup> ed., Roma, 1946, núm. 21, p. 18.

(115) No obstante, hay quien —como GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, "La institución matrimonial según el Derecho de la Iglesia Católica", Madrid, 1943, p. 20 y siguiente— descarta la calificación contractual y negocial del matrimonio, defendiendo con particular vigor su completa caracterización institucional.

(116) CICU, *ops. cit.*, *supra*, nota 105.

(117) VASSALLI, "Lezioni di Diritto matrimoniale", vol. I, Padua, 1932, páginas 71 y ss.; RUGGERO-MAROI, "Istituzioni di Diritto privato", vol. I, 8.<sup>a</sup> edición, Milán-Messina, 1952, pp. 260 y ss.

(118) SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios de Derecho civil", t. V, vol. 1.<sup>o</sup>, Madrid, 1912, pp. 399 y ss.; DE DIEGO, "Curso elemental de Derecho civil español, común y foral", t. VI, Madrid, 1920, p. 32.

(119) CARNELUTTI, "Accertamento del matrimonio", en "Il foro italiano", 1942, IV, col. 41 y ss.; MACCHIA, "Definizione e natura giuridica del matrimonio", *loc. cit.*, p. 139.

(120) RAVA, *op. cit.*, pp. 9 y ss.; ROYO, *op. cit.*, p. 29; *id.*: "Notas acerca

Por lo que mira al matrimonio *in facto esse*, canonistas y civilistas coinciden en reconocer—como no podía ser menos—que al poder de la voluntad privada no lo es darle alterar o modificar en lo más mínimo el vínculo o estado matrimonial que nace con el acto del matrimonio. Y se habla de una «institución» (121), de un «sistema de vinculaciones jurídicas preestablecidas» (122), de «una situación legal objetiva» (123) o de cualquier otra fórmula que ponga de relieve los límites infranqueables de la autonomía y de la libertad del querer en materia matrimonial.

Acaso la tesis contractual del matrimonio en cuanto acto, defendida por los canonistas y hoy casi abandonada por los modernos iusprivatistas, pueda renacer en el campo del Derecho civil concibiendo el contrato como convención obligatoria de contenido lícito, patrimonial o no.

En efecto, la figura del contrato, basada en el *consensus* o la *conventio*, es una categoría general que puede comprender tanto los contratos atinentes a relaciones personales o familiares como a relaciones económicas o patrimoniales. Ha sido la identificación de la figura del contrato con el contrato patrimonial—llevada a cabo por la concepción individualista y burguesa, que plasmó en la codificación europea bajo el molde napoleónico (124)—la que ha inducido a muchos a negar que el matrimonio sea un contrato. Ahora bien, se trata de una identificación *histórica*, circunstancial, como la misma concepción patrimonializadora a la que corresponde.

Evidentemente, si contrato es igual a negocio jurídico bilateral de contenido patrimonial, el matrimonio no es contrato; pero si contrato es—como creemos—toda convención obligatoria de contenido lícito (patrimonial o no), el matrimonio es contrato.

Todas las dificultades invocadas en contra de la tesis contractual del matrimonio por la actual opinión reaccionaria de gran número de los civilistas pueden ser superadas.

Es cierto que la relación jurídica matrimonial está sustraída a la libre voluntad de las partes y que no cabe el mutuo disenso para disolver el vínculo cuando—como ocurre en el ordenamien-

---

de la naturaleza contractual del matrimonio”, en “Revista crítica de Derecho inmobiliario”, 1932, pp. 349 y ss., esp. 417 y ss. Cfr. también A. GARCÍA-VALDECASAS, “Naturaleza jurídica del matrimonio en el Derecho español”, en “Boletín del Colegio de Abogados de Madrid”, núm. 6, 1931, pp. 1 y ss., y GARCÍA CANTERO, op. cit., pp. 29 y ss.

(121) Vid., por ejemplo, TRABUCCHI, op. cit., pp. 59 y ss., y GARCÍA CANTERO, op. cit., pp. 30-31 y 256, quienes también apelan a la teoría de la institución para explicar los efectos del matrimonio putativo.

(122) GIMÉNEZ FERNÁNDEZ op. et loc. cit.

(123) VALVERDE, “Tratado de Derecho civil español”, t. IV, 4.<sup>a</sup> ed., Valladolid, 1938, p. 50, nota.

(124) A esta concepción responde nuestro Código civil (cfr. tit. II, lib. IV, artículos 1.254 y ss.). Pero la misma no vincula al intérprete. También, por ejemplo, el art. 348 C. c. refleja una concepción individualista y burguesa de la propiedad y, sin embargo, nadie la sigue manteniendo hoy.

to canónico y en el nuestro—se configura objetivamente imprimiéndole el cuño de la indisolubilidad.

Mas si es evidente que en el matrimonio falta la «libertad contractual» (125), es decir, la posibilidad de autorregular libremente el vínculo que de aquél nace, existe al menos la «libertad de contratar» (126), o sea, la posibilidad de entrar o no en el *vinculum vel status matrimonii* tal y como es forjado por el ordenamiento en atención a la trascendencia social de la relación (*matrimonium seminarium reipublicae!*). Y esto es suficiente para que pueda hablarse de contrato. También en el campo patrimonial hay contratos en los cuales falta o está extraordinariamente limitada la libertad contractual (por ejemplo, arrendamientos rústicos y urbanos, sometidos a la legislación especial) y hasta, en ocasiones, llega a desaparecer la libertad de contratar («contratos forzosos») (127). El Derecho contractual no es el reino del arbitrio individual. Así sería según la concepción individualista y burguesa. El mundo de las «situaciones» legales tiene en aquél cabida junto al mundo de las «relaciones» forjadas por la *lex privata* (128).

Sentado lo que antecede, concebimos el matrimonio como contrato de sociedad extrapatrimonial o contrato asociativo (129), creador de comunidad familiar y origen por ello de una situación jurídica preestablecida (129 bis).

(125) Sobre este concepto vid. MESSINEO, "Dottrina generale del contratto", 3.<sup>a</sup> ed., Milán, 1948, pp. 13 y ss.

(126) Sobre el concepto vid. MESSINEO, op. et loc. citis.

(127) Sobre el tema vid. Díez-PICAZO, "Los llamados contratos forzosos", en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1956, pp. 85 y ss.

(128) Cfr. D'ORS, "De la *lex privata* al Derecho privado y al Derecho civil", Coimbra, 1949, pp. 16 y ss.

(129) Nuestro Código civil, al exigir —como el resto de los latinos— una finalidad lucrativa (art. 1.655), tiene un concepto enteco y mezquino del contrato de sociedad, correspondiente a una mentalidad individualista y patrimonializadora. Yo me sumo sin reservas a la corriente moderna que critica la concepción latina del contrato de sociedad civil y preconiza que se suprima el requisito del fin de lucro (vid. CASTÁN, "Del contrato de sociedad", en el t. XXV, vol. 1.<sup>o</sup>, del Código civil de MUCIUS SCAEVOLA, p. 701). La sociedad —como expresa mejor el art. 530 del Código civil suizo de obligaciones— "es un contrato por el cual dos o más personas convienen en unir sus esfuerzos o sus recursos para obtener un fin común". Dentro de esta amplia fórmula tiene perfecta cabida el matrimonio, aunque suponga una entrega personal y no una simple aportación de actividad o de conducta. En caso de continuar aferrados al estrecho concepto del artículo 1.665 de nuestro Código civil, puede hablarse del matrimonio como de un contrato asociativo o *consortium*, según la conocida definición de MODESTINO: "Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio" (D., 22, 2, 1).

(129 bis) Compárese D'ORS, "En torno a la definición isidoriana del *ius gentium*", en "Papeles del oficio universitario", Madrid 1961, pp. 291-296, para quien el matrimonio es un negocio contractual que produce, sin embargo, un vínculo propiamente comunitario; o sea, un contrato que hace surgir no una simple relación de sociedad, sino un complejo de situaciones que integran la comunidad familiar; en suma, una relación de tipo societario, constitutiva de una comunidad familiar.

b) Pasando ahora al tema específico de la naturaleza jurídica del instituto objeto de nuestro estudio, estamos convencidos —como ya anunciamos en las primeras páginas de este trabajo— de que sólo recurriendo a la teoría de la apariencia jurídica (130) puede explicarse satisfactoriamente la esencia y el funcionamiento del matrimonio putativo, pues, a nuestro juicio, no hay por qué circunscribir la mencionada teoría al campo exclusivo de las relaciones patrimoniales (131).

(130) La apariencia jurídica es un concepto, una categoría o principio lógico que informa algunas hipótesis singulares (entre ellas la del matrimonio putativo), pero no un principio general del Derecho. En nuestro ordenamiento, los casos en que la apariencia prevalece sobre la realidad tienen carácter excepcional (vid. JORDANO, "La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros", en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1950, pp. 668 y ss., esp. pp. 669, nota 1 bis, y 711 y ss.). Siguen esta opinión LADARIA, "Legitimación y apariencia jurídica", Barcelona, 1952, p. 157; y TALÓN, "La apariencia jurídica", en "Revista jurídica de Cataluña", 1952, pp. 372-373. Vid., también, BÉRGAMO, "La protección de la apariencia jurídica en el Derecho español", en "Curso de conferencias, 1945", del I. C. N. V., Valencia 1946, pp. 241 y ss.

(131) Cfr. HERNÁNDEZ-GIL, "De nuevo sobre el artículo 464 del Código civil", en "Revista de Derecho privado", 1945, pp. 413 y ss., esp. pp. 424 y 425, para quien el matrimonio putativo es una de las situaciones en que se reconoce efectos a la apariencia de derecho no en base a la seguridad del tráfico, sino por razones éticas, lo cual a su juicio no significa que no se produzca aquí una apariencia de derecho con plena eficacia, sino demuestra más bien que ésta no se halla determinada siempre por consideraciones de un mismo tipo, pues junto a lo económico se encuentra lo moral. Contra: LADARIA, op. cit., p. 138 y TALÓN, op. cit., pp. 381-382, cuya crítica a la aplicación de la teoría de la apariencia jurídica en tema de matrimonio putativo, muy poco consistente, llega a reconocer que tal aplicación "tiene en nuestro Derecho positivo el argumento a su favor que le proporciona el último párrafo del art. 69 C. c., que, al independizar la legitimidad del hijo de la buena fe de los padres, anula la teoría defendida por los autores italianos, de que el reconocimiento de la legitimidad del hijo no es sino un reflejo de la protección concedida al cónyuge de buena fe, y parece que base la legitimidad en la apariencia de matrimonio".

En Francia, PORTALIS decía que "es suficiente la apariencia, la sombra de un matrimonio, para que el legislador le anude efectos" ("Discours préliminaire", *apud* LOCRE, "Legislation de la France", I, núm. 62, p. 292). Compárese la cita de la nota 72, *supra*.

En Alemania, FISCHER-HENLE ("Bürgerliches Gesetzbuch", Munich, 1923, parágrafos 1.344 y ss.) interpretan las normas del B.G.B. relativas al matrimonio putativo como *Rechtsscheinswirkungen*.

En el Derecho italiano, reconducen el matrimonio putativo al principio de la apariencia jurídica: SOTGIA ("Apparenza giuridica e dichiarazioni alla generalità", Roma, 1930, pp. 3 y ss.), para quien la apariencia jurídica se derivaría en este caso de la forma solemne de celebrarse el matrimonio; BOLAFFI ("Le teorie sulla apparenza giuridica", en "Rivista del Diritto commerciale", 1934, I, pp. 141-142), según quien el matrimonio putativo, puede ser considerado como un caso de tutela concedida a la apariencia; D'AMELIO, op. et loc. cit. Contra: TRABUCCHI (op. cit., pp. 73-74) y MACCHIA ("I problemi essenziali del matrimonio putativo", cit., pp. 267-268), cuyas críticas no nos alcanzan, ya que giran en torno a la exigencia —terminante en el Derecho italiano— del requisito autónomo de la buena fe, que en nuestro Derecho señala apenas la extensión de los efectos del matrimonio putativo con relación a los cónyuges, según razonamos oportunamente. TRABUCCHI sostiene, empero, que acudir a la apariencia en el matrimonio puta-

A nuestro modo de ver, la apariencia provocada por el matrimonio nulo, bajo los requisitos o presupuestos que señalamos en la Introducción y con relación a ciertas personas (hijos, en todo caso, y cónyuges y terceros de buena fe), es un equivalente jurídico del matrimonio válido y eficaz, disuelto.

Lo que el artículo 69 del C. c. preceptúa se podría sintetizar diciendo: «La apariencia del matrimonio nulo equivale en cuanto a su eficacia al matrimonio válido, desde la celebración en forma hasta la declaración de nulidad, sin más limitaciones que las impuestas por la mala fe.»

El matrimonio putativo es, pues, un matrimonio *nulo*, que no se sana, convalida o tiene como válido *ad tempus* por la ley, sino que ésta lo parifica en los efectos al matrimonio válido, en contra del principio «quod nullum est nullum producit effectum», del que, desde luego, constituye excepción («matrimonium nullum producit effectum»), mas no inversión («matrimonium nullum est matrimonium validum»). No deja la ley de considerar el matrimonio como *nulo*, si bien le atribuye efectos por vía de remisión, considerando equivalente *quoad effectum* el estado *de facto*, fundado en un título matrimonial legitimador (*titulus coloratus*), al estado *de iure* que aquél revela. No es suficiente ni tampoco se precisa (132) la cohabitación *more uxorio* de dos personas, aun acom-

---

tivo puede tener significado en tanto en cuanto se refiera *in genere* al requisito de la existencia de un título. Naturalmente, CICU ("Sul fondamento del cosiddetto matrimonio putativo", cit., p. 16) es un decidido adversario de la calificación del matrimonio putativo como matrimonio aparente, puesto que —según la tesis, ya criticada— se trata de un matrimonio verdadero hasta la sentencia de anulación, por la fuerza constitutiva del pronunciamiento del oficial del estado civil y la eficacia *ex nunc* de dicha sentencia. De no seguir la teoría de CICU, no hay más camino que el de la teoría de la apariencia para explicar satisfactoriamente el instituto del matrimonio putativo en nuestro Derecho. El reciente intento de GARCÍA CANTERO (op. cit., p. 256) no es muy convincente, ya que se basa en la pretendida normal irretroactividad y consiguiente carácter constitutivo de la sentencia de nulidad de matrimonio; irretroactividad que, a diferencia de CICU, afirma sin más apoyo que la amplitud con que están concebidos los arts. 69 y 72 C. c. Así, pues, si según la doctrina tradicional y la *communis opinio*, la sentencia de nulidad de matrimonio tiene un indudable carácter declarativo y el matrimonio putativo es una excepción al principio de la retroactividad, la teoría de la apariencia jurídica no sólo sirve para explicar los efectos que se producen en relación con los terceros, sino también los que se originan entre los mismos cónyuges y respecto de los hijos.

(132) Con la celebración del matrimonio se opera instantáneamente la legitimación de los hijos naturales ya reconocidos, abstracción hecha del estado de hecho que se instaure tras de la celebración, del que se prescinde. La convivencia de carácter matrimonial no es idónea por sí sola para producir los efectos civiles propios del matrimonio; de otra suerte también se darían en el concubinato y sería admisible el llamado "matrimonio por comportamiento" (vid. nota 28 y el texto a que se refiere). Todo esto significa que en el matrimonio putativo estamos ante una apariencia jurídica *formal*, no material (*formadat effectum!*), que prevalece sobre la realidad por razón de intereses superiores o familiares y de intereses particulares o individuales, subordinados a los primeros. TALÓN (op. et loc. cit.) no parece apercibirse de ello.

pañada de la posesión de estado de casados. Pero al menos se requiere siempre que haya una base objetiva (título) capaz de imponerse, aun cuando no se haya impuesto—dada la prescindibilidad de la buena fe—a la convicción de los nubentes o de los terceros, forma de celebración que es necesaria para la constitución del estado matrimonial. El título debe ser considerado como *instituta causa matrimonii putativum*.

Tenía, pues, razón Finzi cuando reconducía la eficacia del matrimonio putativo a la *investidura formal* operada por la celebración (133). Es que la celebración en forma, aunque después sea declarada nula, da vida mientras tanto a un matrimonio aparente o de hecho, revestido de efectos. Únicamente de esta manera puede explicarse que en legislaciones como la nuestra se conserve la legitimidad de los hijos, incluso cuando los cónyuges contraen el matrimonio de mala fe.

Habiendo nacido el instituto del matrimonio putativo para tutelar los intereses de los hijos, la legitimidad, que estuvo en un primer momento justificada dentro del Derecho canónico concurriendo la buena fe de ambos padres, como fruto de una unión no pecaminosa, pudo más tarde concederse también en el caso de buena fe unilateral, y hoy, desarrollando hasta el máximo la idea inicial del *favor prolis* o *legitimitatis*, situada en la base del matrimonio putativo, algunas legislaciones civiles modernas mantienen en todo caso para los hijos la legitimidad producida por la apariencia de matrimonio, eliminando los efectos ventajosos para los padres.

Resta explicar por qué se eliminan los efectos «ventajosos» para el cónyuge o cónyuges de mala fe (134).

Esa eliminación parcial de efectos se puede explicar como sanción de la mala fe. Se trata de una *pena privada* que recae sobre el cónyuge o cónyuges de mala fe, permaneciendo para la prole inocente la legitimidad producida por la apariencia de matrimonio. Del mismo modo, los terceros no están protegidos cuando obran de mala fe y, en cambio, sí lo están concurriendo la buena fe (135).

(133) FINZI, op. et loc. cit.

(134) Lo cual quiere decir que el cónyuge o cónyuges de mala fe, pese a que quedan en la situación de padres legítimos —pues, de lo contrario, el hijo no podría ser legítimo—, se ven privados de los efectos de la legitimidad que les puedan resultar favorables.

(135) El ámbito de la protección de los terceros en las relaciones patrimoniales sobre cosas muebles e inmuebles está naturalmente ceñido a los supuestos de hecho que contemplan los arts. 464 C. c. y 34 L. II., respectivamente. Han de concurrir, por tanto, con la buena fe todos los presupuestos que la aplicación de dichas normas exigen.

En lo demás, bastarán los requisitos generales (buena fe y onerosidad) de la protección del tercero.

El art. 151 del proyecto preliminar del nuevo Código civil italiano contenía

Si todo esto es así podemos concluir diciendo que el matrimonio putativo es el matrimonio aparente (*matrimonium coloratum* o *imago matrimonii*), el equivalente jurídico del matrimonio verdadero.

---

una disposición relativa a los efectos del matrimonio putativo respecto de los terceros. Decía así: "Al tercero que haya contratado con uno u otro cónyuge y obtenido contra él una sentencia definitiva, no se le puede oponer ninguna excepción, a menos que al tiempo del contrato, o en el curso del litigio, el matrimonio fuera ya declarado nulo, o él conociese la causa de nulidad". Esta disposición fué suprimida en el proyecto definitivo por considerarla superflua. También lo es en nuestro Derecho. En realidad, la misma regla se desprende ya del art. 69 C. c., con las particularidades —ya señaladas— que resultan del juego de los arts. 464 C. c. y 34 L. H.