

rios y por causas gravísimas que decidan en favor de la dispensa. S. Alfonso de Ligorio, con otros teólogos y canonistas, juzgan que la dispensa nunca puede ser aplicable á los Sacerdotes; pero por un lado nos afirman en lo que decimos las siguientes palabras del Sumo Pontífice Bonifacio VIII: *Voti solemnitas ex sola Constitutione Ecclesie est inventa* (1), de lo cual se sigue que el Romano Pontífice, como superior gerár-gico de la Iglesia y Supremo legislador del Derecho canónico, puede derogarlo; y por otro nos deciden á tal sentido ejemplos célebres de la Historia, escrupulosamente investigados y confrontados. En efecto, Benedicto IX, á instancia de los Polacos, concedió en 1032 dispensa á Casimiro, monge de Cluny y nieto del rey Boleslas, para que, á pesar de la Orden del Diaconado y de los votos solemnes á que estaba sujeto, pudiera abandonar el claustro, suceder á su abuelo y casarse, pues aquella nacion carecía de heredero de la corona; aquel Pontífice otorgó la dispensa, á condicion de que el agraciado, como los Diáconos, llevara la estola en cruz en las cuatro grandes fiestas del año y usara siempre los cabellos cortos en memoria de su primer estado. Pelino refiere que, habiéndose extinguido toda la familia real de la casa de Aragon, obtuvo dispensa, para casarse, un Religioso Sacerdote de aquella, el cual procreó una hija, que fué la esposa del conde Raymond (2). La historia de Inglaterra nos suministra el siguiente ejemplo: en tiempo de Guillermo el Conquistador, Duque de Normandia, que entró á saco en la isla, á mediados del siglo XI, muchas jóvenes se retiraron á monasterios para evitar el furor de los vencedores, habiendo llegado á profesar, con el fin de no ser reconocidas; vuelta al pais la tranquilidad, aquellas protestaron contra votos que les habia arrancado el miedo y pidieron ser repuestas en su ante-

(1) *Conferences d'Angers*, tom. 2, quest 2.

(2) Pelinus, sobre el cap. *Si quando, de rescriptis*.

rior libertad. Lanfranc, Arzobispo de Contorbery y con aprobacion de la Santa Sede, reunió un Concilio, el cual decidió que ellas podian salir de los claustros, porque no habian ratificado voluntariamente sus votos. Finalmente, el Papa Pio VII, por poderosas razones, dispensó de sus votos á algunos malos Sacerdotes y religiosos, que apostataron durante la Revolucion francesa y se casaron civilmente.

356. La doctrina canónica sobre estos impedimentos y las nulidades que les corresponden, es la constante tambien en la antigua legislación española (1),

#### SECCION 6ª

##### DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD. PRINCIPIOS GENERALES. DEL MATRIMONIO PUTATIVO.

357. Es un viejo adagio que: *quod nullum est nullum producit effectum*. Sin embargo ¿será conforme á la justicia, que consiste en dar á cada uno lo que es suyo, aplicar con todo rigor este principio al matrimonio nulo, á pesar de que haya habido buena fé en los contrayentes? La Iglesia Católica, elevándose sobre obstáculos de mera fórmula, y atenta siempre á los fueros de la inocencia, no menos que á los grandes intereses de la sociedad, dió, desde lejanos tiempos, á las legislaciones profanas, el concepto sapientísimo y salvador del *matrimonio putativo*, que es definido por los teólogos y canonistas: el que siendo nulo, por haberse contraido con impedimento dirimente, es considerado, como válido y legítimo, por razon de la buena fé é ignorancia excusable del impedimento, á lo menos de uno de los cónyuges. Dos cosas se requieren para que el matrimonio sea putativo: 1ª que halla esa buena fé, á lo menos de parte

(1) *Partida 4ª* tit 2, l. 1, 11 y 16.



de uno de los contrayentes, y 2.<sup>o</sup> que el matrimonio de que se trata, se haya celebrado *in facie Ecclesiæ*. "*Matrimonium putativum est, dice Hertius, quod bona fide, et solemniter, saltem opinione conjugis unius justa, contractum inter personas jungi veritas consistit.*" La buena fé se presume, hasta la prueba en contrario, y se exige la celebracion ante la Iglesia, porque de otra manera, habria razon mas bien para presumir contraido el matrimonio con conocimiento del impedimento. Los efectos del matrimonio putativo son que el esposo de buena fé conserve las prerrogativas y liberalidades de tal, y que los hijos, concebidos y nacidos en tal matrimonio, sean considerados, como legítimos (1).

358. La legislacion antigua española se muestra fidelísima tambien en esta materia al Derecho canónico: "Si acaesciese, dice una ley de Partida, que entre algunos de los que se casan manifestamente en faz de la Iglesia, oviese tal embargo porque el casamiento se debe partir, los fijos que ficiessen, ante que sopiesen que habia entre ellos tal embargo serian legítimos. Esto seria tambien si ambos non sopiesen que y habia tal embargo, como si non lo sopiese mas del uno dellos; ca el non saber deste solo, face los fijos legítimos. Mas si despues que sopiesen ciertamente que habia entre ellos tal embargo ficiessen fijos, todos cuantos fijos despues oviesen, non serian legítimos. Pero si algunos, mientras que oviesen tal embargo.....fuesen acusados ante alguno de los jueces de Santa Iglesia, é ante que el embargo fuese probado, nin la sentencia dada, oviesen fijos, cuantos fijos ficieren entretanto que estuvieren en esta dubda todos serian legítimos (2) "

359. El Código de Napoleon reproduce tambien en este punto los antecedentes del Derecho canónico. Portalis, motivando

(1) *Qui filii sint legitimi.*

(2) *Partida 4.<sup>a</sup>, tit. 13, l. 1.*

los arts. 201 y 202 de ese Código, dice: "Aunque regularmente solo el matrimonio legítimo y verdadero pueda hacer verdaderos esposos y producir hijos legítimos, sin embargo, por un efecto de favor á los hijos y por consideracion á la buena fé de los esposos, se ha considerado por equidad que, si habia algun impedimento oculto que hiciera despues nulo el matrimonio, los esposos, ignorantes del impedimento, y los hijos nacidos de su union, conservarian siempre el nombre y prerrogativas de esposos y de hijos legítimos, porque los unos se han unido y los otros han nacido bajo el velo, sombra y apariencia del matrimonio. De aquí esta máxima comun, que el *matrimonio putativo*, para servirnos de la expresion de los jurisconsultos, es decir, aquel que los cónyuges han creído legítimo, tiene el mismo efecto, para asegurar el estado de los esposos y de los hijos, que un matrimonio verdaderamente legítimo; máxima originariamente introducida por el Derecho canónico, largo tiempo ha, adoptada por nuestras costumbres, y hoy consagrada por el proyecto de ley. Cuando uno solo de los cónyuges es de buena fé, solo él puede reclamar los efectos civiles del matrimonio. Algunos antiguos jurisconsultos habian pensado que, en este caso los hijos debian ser legítimos con respecto á uno solo de los esposos, é ilegítimos en relacion con el otro; pero esta opinion ha sido rechazada, porque el estado de los hombres es indivisible, y en el conflicto, hay que decidirse enteramente por la legitimidad."

360. Nuestra legislacion nacional ha sido informada por los mismos principios del Derecho canónico, en este particular, como lo demostraremos en los números siguientes.

361. Más ¿cómo debe entenderse la buena fe, que se exige para el matrimonio putativo? ¿Es cualquiera ignorancia ó solo la excusable? ¿Ha de recaer sobre el hecho ó vale tambien la del derecho? Berardi expone y resuelve estas graves cuestiones,



en les siguientes términos: *Fingamus vero, conjugium quidem ipsum esse legibus improbatum, atque damnatum, sed á parentibus bona fide, nimirum ex impedimenti ignoratione contractum, num filii inde geniti legitimi censebuntur? Multiplex esse potest impedimenti ignoratio, modo nimirum vel facti, vel juris, modo insuper excusationi digna, modo inexcusabilis. Quoties ignoratio in facto consistat, sive ad factum referatur, eademque excusabilis sit, definitum est liberos inde natos legitimos esse. Exemplum est in eo, qui cum consanguinea, vel affine conjugium rite, ac servatis juris solennitatibus contraxerit, ignorans, consanguineam vel affinem esse illam, quam ducebat uxorem, cap. 2. hoc tit. Simile exemplum est in eo qui, mortuum conjugem esse certis argumentis credebat, et post adhibitam omnem diligentiam bona fide secundum conjugium contraxit palam, et publice, cap. 8. hoc tit. Secus tamen dicendum est, quoties qui factum ignorat, conjugium contraxisset omnis denunciationibus; eo enim ipso, quo in legem denunciationum deliquit, excusandus non est, qui ignoracionem prætexit, ignoracionem inquam, quam vincere et potuisset, et debuisset, et quam fovere potius voluit negligentia, quando declinavit legem sibi dictam ad investiganda, que subesse posset, conjugii impedimenta, cap. 2. hoc tit. cap. 3 § Si quis vero de clandest. desponsat. Ytem inexcusabilem prorsus ignoracionem allegaret, qui liberos ex matrimonio ignoranter cum consanguinea etiam rite contracto, post indictam ab Ecclesia conjugum separationem adhuc gignere pergeret; siquidem ipsa abs judice indicta separatio bonam olim habitam fidem abrumpit, dicto cap. 2. hoc tit. Quod si ignoratio non ad factum, sed ad legem refertur, certissimum est apud omnes, non posse ullo modo excusabile conjugium reddi quotiescumque agatur de jure naturæ, utpote quod omnibus a prime perspectum esse debet, imprabata quacumque ignoracionis allegatione. Sed et illud adjicio, neque ullam excusationem admi-*

*tti, etiamsi ignoratio versetur in jure positivo aut divino, aut humano, nisi talis, ac tanta ignoratio sit, ut fallere prudentes possit seu invincibilis esse credatur, et ab omni culpa excuset. Siquidem jura, quibus regimur, ac vivimus, unusquisque scire tenetur; et redarguendus de negligentia est ille, qui dum certa negotia gerit, addiscere negligit, quo ritu, qua formula, quibusque cautionibus gerenda sint, et sollicitudinem non adhibet, ut ritus, formulas, et cautiones calleat; præsertim vero cum de conjugio agitur, in quo et contractus gravitas, et Sacramenti dignitas ac majestas satis unumquemque de suo officio monet. Præterquamquod generales juris regulæ docent, ignoracionem juris nemini prodesse, atque ab his generalibus regulis nulla est in jure probata exceptio in conjugis recepta (1).*

De estas palabras, tomada la presentecue stion en concreto, podemos inferir según los Cánones: 1.º Ninguna ignorancia es aceptable, como excusa del matrimonio nulo, cuando se han omitido las proclamas previas; 2.º La ignorancia del hecho es la que constituye principalmente el matrimonio putativo, 3.º Jamas debe aceptarse la ignorancia del derecho natural y 4.º Es aceptable la ignorancia del derecho positivo, solamente cuando, por la materia sobre que versa, ó por razon de las personas de que se trata, es tal que varones prudentes pudieran pa decerla ó no acusa culpa ni leve (*omni culpa*) en los que la proponen.

#### § 1. EFECTOS DEL MATRIMONIO PUTATIVO EN CUANTO

A LOS ESPOSOS,

NUMERO 1. CASO EN QUE AMBOS ESPOSOS SON DE BUENA FE.

362. "El matrimonio contraído de buena fé, dice el art. 269 del Código de Veracruz, aunque sea declarado nulo, produce

(1) Beñardi, tom. 3, dissert. 6.ª, quæst. 2



todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges, mientras dura....." En el mismo sentido están concebidos los arts. 218 del de Estado de México, 141 del de Tlaxcala, el 302 de el del Distrito Federal de 1870 y 278 del actual. ¿Cuáles son los efectos del matrimonio? Administración por el marido de los bienes de la sociedad conyugal, necesidad por parte de la mujer de la licencia marital para contratar y litigar, sujeción de la misma á aquel en cuanto al domicilio; luego todos los actos practicados de esta manera por los cónyuges, cuyo matrimonio haya sido *posteriormente* declarado nulo, son válidos y deben producir todas sus consecuencias legítimas. Decimos *posteriormente* para cerrar desde luego la puerta á una equivocación, que consistiría en pensar que los efectos del matrimonio putativo se entienden para el porvenir y no solo para el pasado, como exclusivamente ha sido la mente de las leyes: "el matrimonio, contraído de buena fé, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges, *mientras dura*, es decir, hasta el momento en que haya sido declarado nulo por sentencia ejecutoria (núm. 206). Solo una excepción tienen estas últimas palabras, y élla aplicable únicamente á los actos practicados por el marido ó por la mujer, á contar desde la fecha de la demanda de nulidad, es á saber, la consignada en el art. 281 y sus concordantes (núm. 222). Fuera de ésto, todos los actos de administración, todos los contratos, todas las relaciones con los esposos, verificados, como si el matrimonio jamás debiera anularse, son perfectamente válidos y por consiguiente, irrevocables. Se nos dirá: pero esto no necesitaba decirlo la ley; se desprende por su propio peso, como que la declaración de nulidad no podía tener efecto retroactivo. Es verdad; mas considérese que muchas de esas obligaciones vienen á tener su desenlace ó cumplimiento después de la declaración de nulidad y, sin embargo, á pesar de esto y en consideración

á la buena fé que estamos suponiendo en ambos cónyuges, aquellas no se destruyen, sino que resultan válidas y exigibles. En consecuencia, y como un ejemplo típico de lo que decimos, habrá derecho para cobrar y obligación de cumplir las liberalidades ofrecidas en consideración al matrimonio. Pero hay relaciones jurídicas, de índole muy diversa á las anteriores, que se prolongan, aun después de la declaración de nulidad. No hablemos del deber de fidelidad, ni de la protección que el marido debe á su mujer, ni de la obediencia que esta debe á aquel. Sabemos que uno de los efectos del matrimonio es la patria potestad, con sus atributos ordinarios sobre la persona y los bienes de los hijos; ahora bien ¿éstos derechos, en caso de buena fé, por parte de ambos cónyuges, terminan por la declaración de nulidad del matrimonio? Indudablemente no, porque el matrimonio putativo es una ficción del matrimonio válido, que produce tales efectos.

363. ¿El esposo pobre tiene derecho á alimentos de parte del rico? Hemos visto que los Códigos así lo declaran (núm. 200) en el caso de divorcio. ¿Cómo no reconocerlo también, por razón de grande analogía, cuando se trata de nulidad, entonces sobre todo, que la buena fé, es decir, la inocencia es un incontestable título para reclamar los alimentos? Volvemos á decirlo: el matrimonio putativo es la figura del matrimonio válido; luego no debe negársele ninguno de los efectos que sean compatibles con la nulidad.

364. Se presenta una cuestión muy delicada: uno de los esposos muere; el superstite de buena fé ¿tiene derecho á la herencia? Siguiendo el rigor lógico de los principios, no vacilaríamos en responder afirmativamente, puesto que el derecho á heredar es uno de los efectos del matrimonio válido, por consiguiente, del putativo. ¿Se negaría este derecho á los hijos? No, luego tampoco al cónyuge sobreviviente de buena fé. Laurent es de esta



opinion (1), que, sin embargo, nos resistimos á creer sostenible en el texto de nuestros Códigos. En efecto, la frase *mientras dura*, antes mencionada, nos impide aceptar que un derecho tan importante como el de herencia, pertenezca á quien carece de la cualidad en que la ley se ha fundado para otorgárselo. En un caso sí, no podemos menos que aceptar la opinion del juriconsulto belga, cuando la muerte se verifique antes de la declaracion de nulidad del matrimonio, pues la capacidad para heredar se fija, atenta la época en que se realiza la muerte del autor de la herencia. Ahora bien, si el matrimonio no es reputado nulo, sino hasta la sentencia ejecutoria, todos los derechos adquiridos antes son otros tantos efectos, que por causa de la buena fé, ha querido la ley favorecer y respetar.

365. ¿Qué sucederá con los gananciales de la sociedad legal? En los casos de nulidad, dice el art. 2048 del Código que comentamos, la sociedad se considerará subsistente hasta que se pronuncie sentencia que cause ejecutoria, *si los dos cónyuges procedieron con buena fé*". En el mismo sentido están concebidos los arts. 1762 del Código de Veracruz, 1596 de el de E. de México, 1762 de el de Tlaxcala y 2181 de el del Distrito Federal de 1870.

366. ¿Cómo asegurarse de la buena fé de los cónyuges para que obtengan los beneficios del matrimonio putativo? La mayor parte de los autores, tanto antiguos como modernos, equivocan, en nuestro concepto, esta cuestion con la de la ignorancia de las leyes, deduciendo de aquí que no hay buena fé, es decir, ignorancia, cuando se trata del derecho, por el principio: *nemo jus ignorare censetur*. Conforme á este razonamiento, jamás podria lograr el carácter de *putativo* el matrimonio celebrado, aunque de buena fé, sin publicaciones, por ejemplo, en los lugares, donde allas son necesarias sopena de nulidad, supuesto que nadie pue-

(1) Laurent, tom. 2 núm. 511.

de alegar la ignorancia de esos Códigos, debidamente promulgados. Del mismo modo, la mujer, que jamás se hace cargo, al casarse, de las formalidades prescritas por la ley, sino que descansa en la eficacia y conocimientos del hombre, nunca sería de buena fé, cuando aquellas fuesen prescritas, porque la inescusabilidad de la ignorancia de la ley no aprovecha á nadie ni por consiguiente, tampoco á la mujer. Y así solo podrian ser putativos los matrimonios verificados con ignorancia excusable de un hecho, *verbi gratia*, el parentesco, el vínculo anterior, el crimen, etc., etc. ¿Será éste el sentido de la ley? No lo creemos, porque, si los Códigos entendieran hablar de ignorancia en esta materia, habrian empleado esa palabra y no la expresion *buena fé*, que no es técnica y que necesariamente depende en su aplicacion, de las circunstancias de cada caso y de la apreciacion moral que hagan los jueces. Entendemos, pues, que así interpretadas esas palabras, la buena fé puede existir, aun tratándose de matrimonios nulos por infraccion de leyes, cuya vigencia se ignoraba, ó cuyo espíritu no era comprendido, lo cual deberá deducirse ó no, principalmente de dos cosas: del carácter de las leyes de que se trata, y de la calidad é instruccion moral é intelectual de los infractores.

"La buena fé en esta materia, dice Du Caurroy, consiste en la opinion erronea de las personas que han ignorado los vicios de que resultaba la nulidad del matrimonio, cuando hay error de hecho; en cuanto al error de derecho, él no excluye *necesariamente* la buena fé, y todo depende, á este respecto, de las circunstancias, que quedan abandonadas á la apreciacion del juez (1)." En derecho Canónico, verdadero fundador y legislador modelo de estas materias, la buena fé debe enterderse del mismo modo: *ita tamen*, dice Schmalz-

(1) Du Caurroy, *Comen aire theorique et pratique du Code civil*, tom. 1, num. 352.



grueber, *ut bonam fidem nec error juris, nec dubitatio circa matrimonii valorem excludat* (1).

Segun nuestros Códigos (arts. 269 del Código de Veracruz; 218 de el de E. de México; 143 de el de Tlaxcala; 304 de el del Distrito Federal de 1870 y 280 del actual) la buena fé en estos casos, como en el Derecho Canónico, se presume. En Derecho francés, ciertamente no hay texto legal que así lo decida; pero la mayoría de los autores, siguiendo á Merlin, enseñan que no debe presumirse que alguno haya querido violar la ley, y que por regla general, la mala fé debe ser probada por el que la alega (2).

367 ¿La clandestinidad es incompatible con la buena fé? La mayor parte de los canonistas así lo afirman, fundándose en las siguientes palabras de un Cánón: *cum parentes eorum publice sine contradictione Ecclesie, inter se contraxisse noscantur* (3); pero es muy dudosa esta interpretacion, pues otro Cánón dice: *Si quis vero hujusmodi clandestina vel interdicta conjugia inere presumpserit, in gradu prohibito etiam ignominanter, soboles de tali conjunctione suscepta, prorsus illegitima censeatur* (4), de cuyas palabras podriamos inferir, no la incompatibilidad absoluta entre la buena fé y la clandestinidad, sino solamente que, en vez de presumirse la buena fé, lo que se presume es el conocimiento del impedimento. Ahora bien, esta presuncion cede á la prueba en contrario, como presuncion *juris*. En el derecho moderno creemos que son de grande utilidad estas distinciones, porque aunque los Códigos y los autores que establecen la *presumibilidad* de la buena fé, no hacen depender aquella de que el matrimonio se celebró ante el juez y testigos y previas las publicaciones correspondientes, sin

(1) Schmalzgrueber, tom. 8, págs. 105 y 106.

(2) Dalloz, "Mariage" num. 593.

(3) *Qui filii sint legitimi* 2—Sanchez, lib. 3, disput. 42, num. 2.

(4) *De clandest. desponsat.* 3.

embargo una ligera reflexion basta á comprender, que la celebracion pública es uno de los elementos importantísimos para presumir la buena fé.

NUMERO 2. DEL CASO EN QUE  
UNO SOLO DE LOS ESPOSOS ES DE BUENA FE.

368. "Si ha habido buena fé, dice el art. 279 del Código que comentamos, de parte de uno solo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles unicamente respecto de él . . . ." En los propios términos están redactados el art. 303 del Código del Distrito Federal de 1870, los 269 de el de Veracruz, 218 de el de E. de México, y 142 de el de Tlaxcala. En el mismo sentido está concebido el art. 202 del Código de Napoleon. En consecuencia, tanto el carácter y prerogativas de esposo legítimo, como todos los efectos que derivan del matrimonio, la patria potestad, el usufructo sobre los bienes de los hijos, el crédito alimenticio, etc., etc., se realizan exclusivamente en favor del cónyuge inocente. ¿Qué sucederá en órden á la sociedad legal? En este caso, ó sea, cuando uno solo de los cónyuges tuvo buena fé, el art. 2049 del Código que comentamos, previene que la sociedad legal subsista tambien hasta que cause ejecutoria la sentencia de nulidad, si la continuacion es favorable al cónyuge inocente: en caso contrario, deberá considerarse nula desde su principio. En el mismo sentido están concebidos los arts. 1763 del Código de Tlaxcala y 2182 de el del Distrito Federal de 1870. Pero ¿qué sucederá con los gananciales del cónyuge de mala fé? Ellos deberán aplicarse á los hijos, y en caso de no haberlos, al cónyuge de buena fé (arts. 2196 de el Código del Distrito Federal de 1870; y 2063 del actual y 1776 de el de Tlaxcala). Los de Veracruz, art. 1775, y de E. de Méxi-