

co, art. 1608, disponen tambien lo mismo en favor de los hijos, en este caso; pero no preveen expresamente aquel en que no los haya, aunque se deja entender, que entonces, los gananciales pertenecerán al cónyuge inocente.

369. *¿Quid* en orden á los gananciales, cuando ambos cónyuges sean de mala fé? Los Códigos de Veracruz y E. de México no preveen expresamente este caso, aunque se deja entender, por la igualdad de circunstancias de uno y otro esposo, que estos Códigos ordenan lo mismo que los del Distrito Federal (art. 2064 del actual y 2197 de el de 1870) y el de Tlaxcala (art. 1777), es á saber, que los gananciales de ambos se apliquen á los hijos, y en caso de no haberlos, á cada cónyuge en proporcion de lo que llevó al matrimonio.

NUMERO 3. DE LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO NULO
RESPECTO A LOS HIJOS.

370. El matrimonio nulo, contraido de buena fé por ambos cónyuges, ó de mala, por uno de ellos, produce todos sus efectos civiles en favor de los hijos, nacidos antes de su celebracion, durante él, y trescientos dias despues de la declaracion de nulidad. Así lo declaran los arts. 269 del Código de Veracruz; 218 de el de E. de México; 141 y 142 de el de Tlaxcala; 302 y 303 de el del Distrito Federal de 1870 y 278 y 279 de el que comentamos. En el propio sentido están concebidos los arts. 201 y 202 del Código de Napoleon. Debe notarse desde luego, que si hay mala fé por parte de ambos cónyuges; como esta union no es matrimonio putativo, los hijos procedentes de ella nunca podrán gozar de los beneficios atribuidos por las leyes á esta clase de matrimonios. Verdad es que tan inocentes son los hijos en un caso como en otro; pero este argumento prueba mucho y por lo mismo no prueba nada. Tambien son inocentes los hijos nacidos de las uniones pasajeras, de las adulterinas é incestuosas y en fin, de todas las que importan un delito ó una falta; ¿deberán, pues, ser declarados legítimos, por razon de su ninguna participacion en las faltas de sus padres? Evidentemente no, porque el matrimonio putativo, como lo hemos antes explicado, toma su naturaleza de una condicion principalísima, que es la buena fé, á lo menos, de uno de los contrayentes (1).

Así pues, en el caso de matrimonio putativo, los hijos gozan en todo tiempo, es decir, aun despues de pronunciada la sentencia ejecutoria de nulidad, de todos los derechos, prerogativas y consideraciones concedidos por las leyes á los legítimos. En consecuencia los hijos nacidos de un tal matrimonio tienen á su favor la presuncion de legítimos, cuando su nacimiento se haya verificado despues de ciento ochenta dias contados desde la celebracion del matrimonio, segun la regla antiquísima del Derecho Romano: *Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem Doctissimi viri Hippocratis, et ideo credendum est, eum qui justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse* (2), como la tienen tambien los nacidos dentro de los trescientos dias siguientes á la declaracion definitiva de la nulidad, segun la regla: *post decem menses mortis natus, non admittetur ad legitimam hereditatem* (3), supuesto que tales presunciones reconocidas respecto de los hijos nacidos de matrimonios válidos, deben favorecer á los hijos de matrimonios putativos. Pero, como estas no son sino presunciones que ceden á las pruebas en contrario de que habla la ley, aun respecto de matrimonios válidos, podrán desvanecerse tambien, respecto de los hijos de matrimonios putativos,

(1) Ferraris, *Promta Bibliotheca*, "Filius, Filii."

(2) *Dig.* lib. 1, tit. 5, l. 12.

(3) *Dig.* lib. 38, tit. 11, l. 3, § 11.

porque estos no pueden dar mas derechos que los legítimos. En otros términos, equiparados por favor á la buena fé de los cónyuges y á la inocencia de los hijos, los nacidos de matrimonios legítimos y de putativos, deben aplicarse á éstos las prescripciones contenidas en los arts. 290 á 324 del Código que comentamos, 314 á 351 de el del Distrito Federal de 1870; 224 á 254 de el de E. de México, 275 á 305 de el de Veracruz y 207 á 231 de el de Tlaxcala.

371. Establecida la filiacion segun esos preceptos, los hijos de que nos ocupamos tienen derecho á llevar el nombre de su padre, aun cuando éste fuera de mala fé, á educacion, á alimentacion y á sucesion. Hé ahí efectos del matrimonio putativo, que se realizan despues de la sentencia de nulidad, y que se extienden aun á personas extrañas al matrimonio. En efecto, ¿tales hijos no heredarán á los parientes de sus padres? ¿Por qué no, si ellos son miembros legítimos de la familia?

372. Por reciprocidad, ¿los parientes, aun del esposo de mala fé, no sucederán á los hijos? Entre los comentadores franceses, la afirmativa es opinion comun, que ha sido seguida por la jurisprudencia. Laurent, siguiendo á Duranton, dice: "Los arts. 201 y 202 no hablan sino de los hijos y de los esposos; se podria pues decir que el matrimonio no produce ningun efecto respecto á terceros. Pero esta interpretacion seria contraria á la esencia misma del matrimonio putativo. El representa al matrimonio verdadero, en los límites que hemos determinado; ahora bien, el matrimonio crea lazos entre los hijos y los parientes de sus padres, y estos lazos son recíprocos. ¿Se concebiria que el hijo fuese considerado, como el sobrino de los hermanos de su padre, y que estos no tuvieran la cualidad de tio respecto del hijo? Aquí hay que decir con Portalis (num. 359) que los lazos derivados de la sangre, no se dividen. Luego, todos los parientes de los esposos sucederán á los hijos, aun

cuando uno de ellos fuese de mala fé; los efectos de esta son personales; ella no impide que se forme el lazo de parentesco entre el hijo y los parientes, lo cual decide la cuestion (1)."

373. ¿Los hijos adulterinos é incestuosos son tambien reputados, como legítimos, por el matrimonio putativo? Hé aquí los casos: Un hombre casado, disimulando su estado, ó creyendo de buena fé que su consorte ha muerto por noticias muy graves y atendibles que ha recibido, contrae otro matrimonio, del cual tiene hijos; presente la primera esposa, que aun vive, el segundo matrimonio es nulo; pero no probada la mala fé, á lo menos en la segunda mujer, se pregunta: ¿esos hijos son legítimos, como nacidos de matrimonio putativo?—Un individuo, apartado desde niño de su familia, vuelve á su pueblo despues de muchos años, y con toda buena fé, habiendo perdido toda noticia de su origen y hasta con otro nombre, contrae matrimonio con una persona que resulta ser su hermana; pero de la cual ha tenido hijos; ¿serán estos considerados, como legítimos, por haber nacido de matrimonio putativo? Ambas cuestiones son de lo más árduo y controvertido en derecho. Segun el Canónico, las opiniones están divididas: unos, fundándose en las siguientes palabras de una Decretal: *Si autem vir, vivente uxore sua, aliam cognoverit, ex ea prolem susceperit, licet, post mortem uxoris, eandem duxerit, nihilominus spurius erit filius... quoniam matrimonium legitimum inter se contrahere non poterunt* (2), sostienen que los espurios no pueden ser considerados, como legítimos, en matrimonio putativo (3). Otros es-

(1) Laurent, tom. 2, num. 508.—Duranton, tom. 1, num. 953.—Demolombe, tom. 3, num. 362.—Du Caurroy tom. 1, num. 349.

(2) *Qui filii sint legitimi*, 6.

(3) Covarrubias, part. 2, *d. sponsal.* cap. 8, § 2, num. 16.—Gutiérrez, *Pract.* lib. 2, quæst. 105, num. 9.

tablecen que tales palabras solo deben aplicarse al caso ordinario, en que ambos padres tienen conciencia del impedimento con que contraen matrimonio; mas no al putativo, en el que como dice Ferraris: *bona fides alterutrius parentis ignorantis adulterium facit, ut filius ille legitimus fiat subsecuto inter eosdem parentes matrimonio* (1). De esta doctrina, con la mayoría de los autores, es también Schmalzgrueber, que dice: *Si tempore copulae hujusmodi matrimonium putativum inter parentes ejusdem jam fuisset initum, proles propter bonam fidem contrahentium fuisset legitima Proles ista nata est ex copula solum materialiter adulterina, vel incestuosa, formaliter autem fornicaria; igitur non spuria, sed naturalis solummodo erit* (2). Los anales de la S. Congregación de Roma nos suministran la siguiente causa, resuelta en este mismo sentido: *"Princeps Albertus Octavius de Serclaes Tilli matrimonium in sua privata capella contraxit coram sacerdote capellano exercitus Regis Catholici, et tribus testibus prævia speciali licentia Ordinari Mechliniensis cum Alexandrina Suere de conjugium iniit cum Maria Magdalena de Serclaes Tilli, obtenta apostolica dispensatione, adhuc vivente Alexandrina; quæsitum itaque fuit an constaret de matrimonio putativo inter Albertum et Alexandrinam? Et S. C. respondit dilata et ad mentem: Mechlinien., Legit. prolis, 6 julii 1726, dub. 2 Bacq, cum qua filiam nomine Albertinam suscepit: aliud inde pluries inde examinata causa declaratur fuit constare de primo matrimonio putativo; ita ut proles legitima foret judicanda, publice enim existimati fuerant, ut conjuges ac Albertus in epistolis ad Alexandrinam missis eam conjugem suam noncupaverat: 25 sept. 1728. Contendente vero prolis legitimitatem Maria Mag-*

(1) Ferraris, *Promta Bibliotheca*, "Filius, Filii," num. 39.

(2) Schmalzgrueber, tom. 9, pag. 336.

dalena secunda uxore, iterum proposita causa, rescriptum fuit, dilata, et ad mentem, die 3 sept. 1729, inde responsum fuit iterum proponatur et exhibeatur epistola comitis de Tillis: 24 ejusd. mensis et anni. Tandem exhibita epistola censuit S. C. standum esse in decisis: 28 januar. 1730."

La antigua legislación española es interpretada también por la mayoría de sus comentadores conforme á esta segunda opinión (1). Pero las más vivas controversias existen sobre esta materia en la antigua jurisprudencia francesa (2). Pothier llega hasta afirmar que el matrimonio putativo no puede legitimar, ni aun los hijos naturales, habidos antes de su celebración. "La buena fé de las partes, dice, ó de una de ellas, puede dar los derechos de hijos legítimos á los nacidos del comercio que aquellas han tenido después del pretendido matrimonio, cuyo vicio ignoraban; porque este comercio era, por razón de la buena fé, un comercio inocente, á lo menos respecto á aquella de las partes que era de buena fé; pero ésta que las partes han tenido al contraer tal matrimonio, no puede dar los derechos de hijos legítimos á los nacidos del comercio que ellas han tenido antes; porque este comercio es un comercio criminal respecto á ambas partes, cuyo vicio no puede ser purgado sino por un matrimonio verdadero (3).

En el moderno derecho francés, posterior al Código de Napoleón, la cuestión que nos ocupa no es tampoco uniformemente decidida. Así, unos autores, siguiendo la doctrina de Pothier, sostienen que ni los hijos naturales, habidos antes, pueden ser legitimados por el matrimonio subsecuente putativo.

(1) *Partida 4^a*, tit. 13. l. 1.—Murillo, tom. 2, lib. 4, tit. 17, num. 162.—Escriche, *Dicc.* "matrimonio putativo."

(2) Merlin, *Repert.* "Legitimation," sect. 2, § 2.

(3) Pothier, num. 441.

“El art. 202, dicen, es formal: respecto de los esposos y de los hijos nacidos del matrimonio; luego no puede aplicarse á los nacidos de un comercio anterior (1).” Otros, afirmando en mayoría que los hijos adulterinos é incestuosos, habidos antes ó despues, no pueden ser legitimados por el matrimonio putativo, enseñan que los naturales sí gozan, en uno y en otro caso, por un tal matrimonio, de los derechos de legítimos. “La regla, dicen, que rige los matrimonios putativos, es puesta en el art. 201; el 202 no hace sino traer un temperamento á la aplicación de aquel. Ahora bien, segun el art. 201, el matrimonio putativo produce los mismos efectos civiles que un matrimonio valido, tanto respecto de los esposos como respecto de los hijos. No se distingue entre los nacidos de matrimonio y los naturales nacidos anteriormente, pero hábiles para recibir el beneficio de la legitimación. La regla es general y absoluta; ella aprovecha á todos. Es verdad que, despues de haberla consagrado en términos generales, la ley no habla ya, en el art. 202, sino de los hijos nacidos de matrimonio; pero es evidente que, empleando estas expresiones, la ley ha entendido simplemente estatuir sobre el *plerumque fit*. Su disposición es, pues puramente enunciativa, y no exclusiva (2).”

Todas estas cuestiones nos parecen clara y terminantemente resueltas en nuestra legislación nacional. ¿Los hijos naturales habidos antes se legitiman por el subsecuente matrimonio putativo? Sí, á no dudarlo, porque los artículos de nuestros Códigos antes citados, advertidos probablemente de las contro-

(1) Toullier, tom. 1, num. 657.—Proudhon, tom. 2, premiere quest., pag. 170.—Vazeille, tom. 1, núm. 275.

(2) Mourlon, tom. 1, núm. 702.—Demolombe, tom. 3, núm. 366.—Marcadé, tom. 1, num. 697.—Laurent, tom. 2, num. 509.—Daloz, “Mariage” num. 606.

versias antiguas, declaran que el matrimonio contraído con buena fé á lo menos por uno de los cónyuges, produce todos sus efectos civiles en todo tiempo en favor de los hijos nacidos antes de su celebración, durante él y trescientos días despues de la declaración de nulidad. En consecuencia, en nuestro derecho, ya no es esta materia de discusión, sino de ley positiva, expresa y clara.

374. Pero ¿qué decidir respecto á los espurios, es decir, respecto á los adulterinos é incestuosos? Aquí, la claridad vuelve á nublarse para el intérprete, tanto por la influencia de las controversias tradicionales, cuanto por lo poco terminante de los textos. Desprendámonos, pues, de toda preocupación y estudiemos esta materia, sin mas auxilio que el de las leyes positivas. Desde luego hay que colocarse en dos puntos de vista: 1.º los hijos espurios habidos antes ¿se hacen legítimos, por el matrimonio posterior, putativo? Sí, á juzgar por solo lo dispuesto en los arts. 278 y 279 del Código que comentamos y sus concordantes. En efecto, estos artículos no distinguen entre los hijos sino que se refieren á todos y el beneficio de la legitimidad es concedido en homenaje á la buena fé de uno de los padres á lo menos; ahora bien, lo mismo puede existir esta circunstancia, en el caso de hijos naturales que en el de espurios. Pero la decisión contraria nos parece mejor fundada en la filosofía del matrimonio putativo y en el verdadero carácter de esta discusión. ¿De qué se trata aquí? Démosles á las cosas su nombre jurídico; se trata, no de *legitimidad*, sino de *legitimación*. Esto supuesto, preguntamos: ¿pueden ser legitimados por el matrimonio subsecuente los hijos espurios? No, segun los arts. 306 del Código de Veracruz, 255 de el de E. de México, 232 de el de Tlaxcala, 352 de el del Distrito Federal de 1870 y 325 del actual, todos los cuales dicen que *solo pueden ser legitimados por el matrimonio subsecuente los hijos naturales*.

Estamos en presencia de un matrimonio putativo, que, como sabemos, es la *imágen*, la *semejanza*, la *figura* del matrimonio válido. Este, dice la ley, no produce la legitimación de los hijos espurios. ¿Podrá producirla el matrimonio putativo? ¿Desde cuándo las figuras, las semejanzas, las imitaciones han de tener y dar más derechos que la realidad original?

375. La misma razón *ác ontrario* decide, en nuestro concepto, la cuestión bajo el otro aspecto: 2.º ¿son *legítimos* los hijos espurios habidos *después* del matrimonio, si este resulta putativo? Como aquí no se trata de legitimación, sino de *legitimidad*, no hay que aplicar los arts. 325 del Código que comentamos y sus concordantes, antes citados. Además, lo repetimos, si el matrimonio putativo es una ficción, por esto mismo debo ser interpretado en términos restrictivos. Ahora bien, los arts. 278 y 279 del Código que comentamos y sus concordantes no distinguen entre los hijos del matrimonio putativo, sino que á todos conceden los beneficios de la legitimidad, en consideración á la buena fé á lo menos de uno de los cónyuges. Sin embargo, no dejamos de reconocer que esta opinión es controvertible. Esperamos pues que la jurisprudencia venga á fijar un punto de tan grave importancia.

376. En cuanto á aquel de los cónyuges bajo cuyo poder y cuidado han de quedar los hijos, una vez que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, nuestros Códigos establecen que los hijos varones, mayores de tres años, queden al cuidado del padre, y las hijas, al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubo buena fé. Si esta ha existido de parte de uno solo de aquellos, todos los hijos deberán quedar bajo su cuidado, exceptuándose solo los hijos é hijas menores de aquella edad, que en todo caso, hasta que la cumplan, deberán permanecer al cuidado de la madre. Así lo prescriben los arts. 272 del Código de Veracruz, 221 de el de E. de México, 144, 145 y 146 de el de

Tlaxcala, 306, 307 y 308 de el del Distrito Federal de 1870 y 282, 283 y 284 del actual.

§ 2. DE LA TRASCRIPCIÓN DE LA SENTENCIA DE NULIDAD.

377. Como declarada por sentencia ejecutoria la nulidad de un matrimonio, los cónyuges dejan de estar ligados por las obligaciones y derechos de aquel, el cual solamente, cuando es putativo produce y continúa produciendo, aun después de aquella declaración, los efectos civiles, tanto para los esposos cuanto para los hijos, habría una flagrante contradicción con las constancias relativas del registro civil, si también en este no se cuidara de hacer notar la anulación definitiva del matrimonio, á cuyo efecto han dictado la mayor parte de los legisladores una regla muy conveniente y segura, respetando con ella el principio de que el estado civil de los hombres no debe probarse sino con los documentos que constituyen el Registro público del estado civil. Por esta razón, ejecutoriada la sentencia que declare la nulidad, el tribunal de oficio y sin necesidad por consiguiente de que el demandante lo pida, enviará copia autorizada de aquella al juez del Registro civil ante quien se celebró el matrimonio, para que al márgen del acta respectiva, ponga nota circunstanciada en que conste: el contenido de la sentencia, su fecha, el Tribunal que la pronunció y el número con que se marque la copia, que será depositada en el archivo; así lo disponen los arts. 268 del Código de Veracruz, 217 de el de E. de México, 140 de el de Tlaxcala, 301 de el del Distrito Federal de 1870 y 277 del actual.

SECCION 7.ª

DE LOS MATRIMONIOS ILCITOS.

378. En otro lugar de nuestra obra expusimos y explicamos los cuatro impedimentos *impedientes*, que subsisten, según la
TOMO III—64.