

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 margen 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.



actual disciplina de la Iglesia y que hacen *ilicito* el matrimonio celebrado á pesar de ellos, en contraposicion á los *dirimentes*, de que hemos hablado en las secciones 3.<sup>as</sup>, 4.<sup>as</sup> y 5.<sup>as</sup>, que dirimen ó anulan el matrimonio, infectado por ellos (1). A lo dicho allí tenemos que añadir otras causas por las que los contrayentes del matrimonio incurren en penas canónicas de más ó menos gravedad. Conocemos la declaracion del Tridentino (núm. 303) por la que, renovando el precepto del Lateranense, aquella asamblea hizo obligatorias las proclamas ó amonestaciones previas al matrimonio. Ahora bien, resuelto ya que la falta de tal requisito no hace nulo el matrimonio (núm. 305) segun el Derecho canónico, debemos manifestar, que todos los autores afirman que tal falta hace el acto gravemente ilícito, imponiéndose por ella penas no poco severas á los contraventores, es decir, á los contrayentes y al mismo Párroco. En cuanto á los primeros, se les quita la esperanza de obtener dispensa, en el caso de impedimento: *Non enim dignum est, dice el Concilio de Trento, qui Ecclesie benignitatem facile experiantur, cujus salubria præcepta temere contempsit.* Si el impedimento no existe, dispone el mismo Concilio: *Insuper his, qui taliter etiam in gradu concesso copulari præsumunt, condigna pœnitentia injungatur.* Respecto á los Párrocos, el Concilio les impone la pena de suspension *ipso jure*: *Quod si quis Parochus vel alius sacerdos, sive Regularis, sive sæcularis sit, etiam si id sibi ex privilegio, vel immemorabile consuetudine licere contendat, alterius Parochie sponso sine iliorum Parochi licentia matrimonio conjungere, aut benedicere ausus fuerit, ipso jure tamdiu suspensus maneat quamdiu ab Ordinario ejus Parochi, qui matrimonio interesse debebat, seu á quo benedictio suscipienda erat, absolvatur.*

379. Del mismo modo son gravemente ilícitos los matrimonios

(1) Véase tomo. 2.<sup>o</sup> de esta obra, num. 274.

de los hijos de familia, celebrados sin el consentimiento de sus padres (1), segun ya lo hemos expuesto en varios lugares de esta obra, y atento solo el Derecho canónico (núm. 249).

En otro lugar (núm. 344), hemos tratado del impedimento dirimente de *disparidad de culto*, consistente en la diferencia de religion entre dos personas de las cuales una es fiel ó bautizada y la otra, infiel ó no bautizada. En cuanto á los matrimonios de católicos con herejes, si bien ninguna ley los irrita ó anula, la Iglesia los ha considerado siempre como ilícitos y prohibido por gravísimas causas, pero muy especialmente, al decir del Sr. Benedicto XIV, *propter flagitiosam communicationem in sacris, periculum subversionis catholice conjugis pravamque sobolis nascituræ institutionem* (2).

380. Segun nuestro derecho civil, son ilícitos los siguientes matrimonios: 1.<sup>o</sup> el contraido, pendiente la decision de un impedimento que sea susceptible de dispensa (arts. 312, fraccion 1.<sup>as</sup> de el Código del Distrito Federal de 1870 y 288, fraccion 1.<sup>as</sup> del actual). Los Códigos de Veraacruz (art. 274, fraccion 1.<sup>as</sup>), de el E. de México, (art. 223, fraccion 1.<sup>as</sup>) y de Tlaxcala (art. 149) marcan con mayor precision que los del Distrito, cuál debe ser la inteligencia de esta causa de ilicitud del matrimonio. En efecto, en tres supuestos puede encontrarse un matrimonio celebrado á pesar de un impedimento dispensable: ó se ha contraido, habiendose ya solicitado la dispensa, pero pendiente su decision, ó lo ha sido, ocultándose el impedimento, ó lo ha sido, despues de haberse resuelto que no era de dispensarse: en los dos primeros casos, el matrimonio es ilícito; pero, en el tercero, como el impedimento subsiste, ra-

(1) Véase tomo. 2.<sup>o</sup> de esta obra, num. 52.

(2) Benedicto XIV, Constitucion, *Magna novis.*



tificado por la autoridad, el matrimonio es nulo. Ahora bien, esto resulta mas claro, cuando se dice: "es ilícito el matrimonio contraído pendiente la decision de un impedimento denunciado, ú ocultándose éste" que si solo se afirma: "es ilícito el matrimonio contraído, *pendiente la decision* de un impedimento, que sea susceptible de dispensa," pues, cuando no se ha solicitado esta, no hay nada *pendiente*. 2.º el contraído sin el prévio consentimiento del tutor ó del juez en su caso. Ya hemos visto (1) en otro lugar de esta obra, que los dos Códigos del Distrito Federal (arts. 167 y 168 de el de 1870 y 163 y 164 del actual) prescriben que los hijos de ambos sexos, que no hayan cumplido veintiun años, necesitan, para casarse, á falta de ascendientes, del consentimiento del tutor, y si éste falta, de el del juez de 1.ª instancia. Ahora bien, estos Códigos hacen una justa diferencia entre el requisito del consentimiento de los ascendientes y el del de los tutores y jueces: la falta del primero, al contrario de lo que sucede en Derecho canónico (núm. 246), hace nulo el matrimonio contraído (núm. 253), mientras que la falta del segundo lo hace solo ilícito (arts. 312 fraccion 2.ª de el del Distrito Federal de 1870 y 288 fraccion 1.ª del actual). En el mismo sentido es constante el Código de Tlaxcala (art. 148, fraccion 2.ª). El Código de Veracruz, guardando un término medio, á nuestro juicio completamente arbitrario, entre el Derecho canónico y el Civil moderno, establece (art. 274 fraccion 2.ª) que, mientras es causa de nulidad la falta de consentimiento de los padres (núm. 253), lo es solo de ilicitud la falta de consentimiento de los abuelos ó tutores. El Código del E. de México, que siguiendo las tradiciones de la antigua legislacion española (2), exige para el matrimonio de los menores de edad, á falta de padres y abuelos,

(1) Véase tomo 2.º de esta obra, num. 60.

(2) Véase tomo 2.º de esta obra, num. 58.

el consentimiento de los hermanos mayores de edad; fiel á las prescripciones canónicas, solamente reconoce, como causa de ilicitud la inobservancia de cualquiera de estos requisitos (art. 223 fraccion 2.ª).

3.º Prohibido el matrimonio entre el tutor, curador y sus descendientes y la persona sujeta á tutela y curatela, ha debido tambien resultar de aquí un impedimento que nuestros códigos consideran, unos, como simplemente impediante y otros, aun como dirimente. Los dos códigos del Distrito Federal (arts. 312, fraccion 3.ª de el de 1870 y 288 fraccion id. del actual) consideran esta prohibicion, como mera causa de ilicitud y en el mismo sentido se manifiesta el Código de Tlaxcala, extendiendo la prohibicion, como ya lo hicimos notar en otra parte (1), aun á los ascendientes del tutor (art. 148, fracciones 5.ª y 6.ª. Los Códigos de Veracruz (art. 251 fraccion 3.ª) y de E. de México (art. 206 fraccion 8.ª) son los únicos que en nuestra legislacion hacen de este impedimento una causa de nulidad.

4.º Los Códigos de Veracruz (art. 274 fraccion 3.ª), de E. de México (art. 223 fraccion id.) y de Tlaxcala (art. 148 fraccion 1) consideran solamente segun ya lo expusimos antes (núm. 330), como causa de ilicitud, la falta de publicaciones ó amonestaciones prévias al matrimonio. Pero los dos Códigos del Distrito Federal (arts. 280 fraccion 3.ª de el de 1870 y 257 fraccion 3.ª del actual), diferenciándose en esto no solo de la legislacion antigua y canónica sino aun de la moderna en casi todos los países, establece que esta falta es causa de nulidad (núm. 333).

5.º Desde el Derecho romano era prohibido que la mujer contrajese nuevo matrimonio antes del trascurso de cierto

(1) Véase tomo 2.º de esta obra, num. 268.



tiempo, á contar desde la disolucion del primero, ya se verificase ésta por muerte de uno de los cónyuges, ya por nulidad del primer enlace, ó por divorcio. El espacio de tiempo que debía esperar la mujer en el caso de muerte de su primer marido y segun el primitivo Derecho, fué de diez meses, si hemos de creer á Plutarco, que en la vida de Numa Pompilio, segundo rey de Roma, refiere estas curiosas noticias: "Este rey, nos dice, arregló los duelos por edades y tiempos; como por un niño menor de tres años, que no se haga duelo; por uno de mas tiempo, el duelo no ha de ser de mas meses que años vivió, hasta diez, sin pasar de allí por edad ninguna, sino que el mas largo tiempo de duelo habia de ser de diez meses, el mismo porque las mujeres debian permanecer viudas: la que se casaba antes, sacrificaba una vaca preñada por ley del mismo (1)." Pero, con el trascurso del tiempo, las penas para las mujeres que infringieran este precepto fueron mas serias y pareciendo el plazo mencionado pequeño, se extendió hasta un año por los Emperadores Graciano, Valentiniano y Theodosio: *Si quæ ex fæminis perditto marito, intra anni spatium alteri festinaverit nubere (parvum enim tempus post decem menses servandum adjicimus; tametsi id ipsum exiguum putemus) probrosis inusta notis honestioris nobilisque personæ decore, et jure privetur: atque omnia, quæ de prioris mariti bonis, vel jure sponsalium, vel judicio defuncti conjugis concecuta fuerat, mittat* (2). Ulpiano, sin embargo, nos dice: *Fæminis lex Julia a morte viri anni tribuit vacationem; a divortio, sex menses; lex autem Papia a morte viri, bienium; a repudio, annum et sex menses* (3), lo que demuestra que se varió no poco en la fijacion del plazo de viudedad. El mismo jurisconsulto

(1) Plutarco. *Vita de Numa*.

(2) *Cod.* lib. 5, tit. 8, l. 2.

(3) Ulp. *Regular.* tit. 14.

to nos dá cuenta de la razon determinante de este precepto: *Et si talis sit maritus, dice, quem more majorum lugeri non oportet, non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari; Prætor enim ad id tempus se retulit, quo vir elugeretur; qui solet elugeri propter turbationem sanguinis* (1). Pero ¿cuál era la sancion de este precepto? ningun texto pronuncia la nulidad del matrimonio contrario á él, y mas bien se infiere, de una manera indirecta, su validez y subsistencia. En efecto los mismos emperadores, antes citados, hablando de las segundas nupcias, dicen: *si quis mulier nequaquam luctus religionem priori viro nuptiarum festinatione præstiterit: ex jure quidem notissimo sit infamis: præterea secundo viro ultra tertiam partem bonorum in dotem non det, neque ei ex testamento plus quam tertiam partem relinquat* (2). Ahora bien, segun el principio de otra ley del mismo cuerpo de derecho, *ubicumque matrimonii nomen non est, nec dos est* (3), no puede menos que ser matrimonio aquella union, en la que se permite la constitucion de dote, aunque disminuida hasta la tercera parte de los bienes de la mujer, por razon de la pena en que ella y su marido han incurrido, con la infraccion del plazo de luto ó viudedad. No quedan pues sino la nota de infamia y las demás penas de que hablan las leyes romanas, para castigar un tal matrimonio; luego, éste no era mas que ilícito, aun segun el derecho romano.

381. La antigua legislacion española habla tambien de este impedimento. Segun el Fuero Juzgo, el plazo de viudedad debía ser de un año, á no ser que se obtuviese dispensa del príncipe y comprendiéndose en las penas señaladas á la que durante aquel tiempo cometiese adulterio (4). Igual prohibicion se en-

(1) *Dig.* lib. 3, tit. 2, l. 11, § 1.

(2) *Cod.* lib. 5, tit. 9, l. 1.

(3) *Dig.* lib. 23, tit. 3, l. 3.

(4) *Fuero Juzgo*, lib. 3, tit. 2 l. 1.



cuenta en el Código de las Partidas (1); pero ella fué derogada por una ley recopilada, que ha merecido muy justamente la censura de los jurisconsultos (2).

382. La legislación moderna, desde el Código de Napoleon (art. 228) consigna la prohibición que nos ocupa, fijando el plazo de viudedad en diez meses cumplidos, y en este sentido están acordes nuestros Códigos (arts. 273 del Código de Veracruz, 222 de el de E. de Mexico, 148 fracción 8.<sup>a</sup> de el de Tlaxcala, 311 de el del Distrito Federal de 1870 y 287 del actual). Mas, como la cohabitación puede empezar á cesar, aun antes de la sentencia ejecutoria de nulidad, ya por que así haya sucedido de hecho, ó ya por la causa de que hemos hablado en otra parte (núm 223), nuestros legisladores, excepto el de Tlaxcala que no hace á este respecto ninguna distinción, previenen, en los mismos artículos citados, que en los casos de nulidad, el plazo de diez meses puede empezar á contarse desde que se interrumpió la cohabitación.

El Sr. Goyena, motivando el art. 56 de su Proyecto, dice: "El se funda en poderosas consideraciones de utilidad pública, de moral y delicadeza. La principal es el temor ó peligro de la turbación ó confusión de la sangre, de que se ingiera en una familia el que realmente no pertenece á ella; que uno pueda pasar por hijo de dos padres segun más convenga á él ó á una madre codiciosa."

383. Finalmente nuestros Códigos (arts. 274 de Veracruz, 223 del E. de México, 151 de Tlaxcala, 313 de el del Distrito Federal de 1870 y 289 del actual) sujetan á los infractores de las leyes, en los matrimonios ilícitos, á ciertas penas de que respectivamente trata el Código penal de cada una de esas entidades federativas.

(1) *Partida* 4.<sup>a</sup>, tit. 12, l. 3.

(2) *Nov. Recop.* lib. 10, tit. 2, l. 3.

## APENDICES