

gan hijos legítimos que cumplan con este deber.

## CAPÍTULO II

### *De los efectos civiles del matrimonio*

Trataremos en el artículo primero cuáles son los efectos del matrimonio. En el segundo de la legitimación de los hijos nacidos antes del matrimonio, que es uno de los principales efectos civiles del matrimonio. En el tercero, de determinados matrimonios que, aunque válidos, no producen efectos civiles; y finalmente, en el cuarto, de la buena fe, que supone los efectos civiles de un matrimonio nulo.

### ARTÍCULO PRIMERO

#### *Cuáles son los efectos civiles de un matrimonio (1)*

396. Los efectos civiles de un matrimonio, son:

1.º Que confirma todos los pactos y donaciones otorgadas en los capítulos matrimoniales, porque éstos dependen de una condición tácita, *si nuptiae sequantur*, lo que no puede cumplirse sin la celebración de un matrimonio que tenga sus efectos civiles. Cuando el matrimonio no fuese válidamente contraído por las partes que firmaron los capítulos, ó siéndolo no produjese los efectos civiles, todos aquellos pactos y donacio-

(1) Véase el tomo IX, pág. XLI.

nes serían nulos, *ex defectu conditionis*. El hombre, en este caso, debe devolver á su mujer ó á sus herederos todo lo que de ellos había recibido, porque lo recibió sin título y no lo tiene para conservarlo.

A esto puede obligársele, no por *actione dotis*, sino por la denominada *conditio sine causa*, porque no hay dote cuando no existe matrimonio con sus efectos civiles: *Dos sine nuptiis esse non potest*.

397. 2.º En los países en que existe comunidad de bienes ó sociedad conyugal entre marido y mujer aun cuando no se haya estipulado, no existe este efecto civil del matrimonio cuando ésta unión no produce ninguno de sus efectos ante la ley; lo mismo debe decirse respecto de la viudedad.

398. 3.º La afinidad civil que cada uno de los cónyuges contrae con los parientes del otro es uno de los efectos civiles del matrimonio.

Es verdad que, aunque el matrimonio no produzca efectos civiles ni haya sido válidamente contraído, el comercio carnal entre un hombre y una mujer produce una afinidad entre cada uno de ellos y los parientes del otro; pero esta afinidad puramente natural no produce otro efecto que formar un impedimento dirimente del matrimonio en determinados grados, como hemos visto *supra*. Sólo los matrimonios que producen efectos civiles forman verdadera afinidad, que es reconocida en los diferentes actos de la sociedad civil.

399. 4.º Es uno de los efectos civiles del matrimonio la patria potestad sobre los hijos que de él nacen. Este poder, diferente en nuestras provincias del establecido por el derecho romano, es común al padre y á la madre, sólo que el pa-

dre lo ejerce solo mientras vive. Nos ocuparemos de la patria potestad en un tratado aparte.

Es cierto que, aunque el matrimonio no produzca efectos civiles por no haber sido válidamente contraído, no están desligados los hijos de cumplir con sus padres los deberes naturales; pero sólo el matrimonio válido con todos los efectos civiles da á los padres la patria potestad en toda su extensión.

400. 5.º Un efecto civil del matrimonio es obtener el marido el poder marital que tiene sobre la persona y bienes de su esposa; será objeto esta materia de un tratado especial.

401. 6.º Otro de los efectos civiles del matrimonio, que concierne particularmente á la mujer, es que ésta adquiere el nombre de su marido, lo que está fundado en que el marido y la mujer forman una sola persona, en la que el primero es el jefe: *Erunt duo in carne una.*

402. 7.º Uno de los efectos civiles del matrimonio, fundado en el mismo motivo que el precedente, es que la mujer, por el matrimonio, sigue la condición del marido; si perteneciese al estado llano se ennoblece casándose con un noble, y puede usar sus títulos. Si su marido es duque, marqués, conde, barón, etc., ella será duquesa, marquesa, etc.; goza de todos los honores, rango y preeminencias de su marido; y conserva, después de la disolución del matrimonio, la nobleza y títulos de su marido, mientras se conserve viuda.

*Vice versa*, cuando una mujer noble se casa con un hombre de baja condición, ella pierde su nobleza mientras subsista el matrimonio, y adquiere la misma condición que su marido; pero,

disuelto el matrimonio, recobra su nobleza, que ha sido como eclipsada por la interposición de la persona de su marido.

Sin embargo, obsérvese que, si durante el matrimonio ha hecho algunos actos derogatorios de la nobleza, como por ejemplo, comerciar al detall, debiera pedir rehabilitación para recobrar su nobleza.

403. 8.º Otro efecto civil existe con el mismo fundamento que los anteriores, y es que la mujer pierde su domicilio y adquiere el del marido, y esto luego que el marido ha recibido su confirmación por la bendición nupcial, aun antes de que se haya trasladado al domicilio del marido.

Por esto es que, cuando una mujer se casa con un hombre de diferente provincia, deja de poderse acoger, luego de casada, á las leyes de su provincia, y deberá sujetarse á las de la de su marido.

404. 9.º Es aún un efecto civil del matrimonio, el de que la mujer, en caso de sobrevivir al marido, adquiere los derechos de viudedad ó supervivencia que le otorgan las leyes de cada provincia en donde estén situados los bienes de su marido, sobre estos bienes. Trataremos en el tratado correspondiente de este derecho.

405. 10. Los hijos por el matrimonio adquieren al nacer la nobleza de su padre, á menos que ésta sea meramente personal.

Si el padre no es noble y lo es la madre, los hijos no participan de la nobleza de la madre; porque siguen respecto de esto la condición del padre.

406. 11. Un efecto civil del matrimonio es que á los hijos les da los derechos de familia de

su padre y de su madre, tales son los derechos de sepultura, capilla, patronato, etc. Debe, sin embargo, observarse que respecto á los de la madre no pasan á los hijos, si el que los fundó ó adquirió los hubiese circulado en sus descendientes por línea de varón.

407. 12. El principal derecho de familia que el matrimonio da á los hijos es el parentesco civil, que no sólo da respecto de sus padres, sino también respecto de sus parientes. De las uniones ilegítimas nace un parentesco ilegítimo, pero es puramente natural.

Únicamente los matrimonios que tienen efectos civiles producen verdadero parentesco.

Este parentesco civil da á los parientes el derecho de sucesión activa y pasiva, y el de retracto gentilicio.

Del mismo parentesco y afinidad nace el derecho que tienen los cognados y afines de nombrar tutores ó curadores de entre ellos, y deberán aceptar en caso de ser nombrados, á menos que tengan excusa legal.

408. 13. El derecho de legítima que compete á los hijos en la sucesión de su padre ó madre, es también otro de los efectos civiles del matrimonio, y que sólo ellos pueden pretender.

14. Finalmente, uno de los principales efectos civiles del matrimonio es el de legitimar los hijos habidos antes del matrimonio. De la legitimación trataremos en el artículo siguiente.

Un efecto civil del matrimonio es que á los hijos de los derechos de familia de

## ARTÍCULO II

### *De la legitimación de los hijos habidos antes de la celebración del matrimonio*

Trataremos:

- 1.º Del origen de esta legitimación y de su fundamento.
- 2.º Qué hijos pueden legitimarse por subsiguiente matrimonio.
- 3.º Qué matrimonios pueden operar esta legitimación.
- 4.º Cómo se verifica.
- 5.º Cuáles son sus efectos.

#### § I. *Del origen de la legitimación por subsiguiente matrimonio y de los motivos en que se funda*

La legitimación de los hijos *per subsequens matrimonium* trae su origen de una constitución del emperador Constantino, que no conocemos, pero que la insertó el emperador Zenón en la ley 5, Cód. de *Nat. lib.*

Esta ley indica que el emperador Constantino había dado una constitución en virtud de la cual cuando un hombre tenía hijos de una mujer de condición ingenua, á la que había tenido por concubina, sin tenerlos legítimos del matrimonio contraído anteriormente, si después contrajera matrimonio con la concubina, no sólo adquiere el título de *justa uxor*, sino que sus hijos tenían el título y los derechos de hijos legítimos, como si

hubiesen nacido de legítimo matrimonio, y eran en consecuencia *sui haeredes* y sucedían al padre junto con los demás hijos nacidos después de celebrado el matrimonio.

El emperador Zenón por dicha ley ordena la ejecución de la constitución de Constantino respecto sólo de los hijos habidos; pero derogándola respecto de los que nacen después *ex concubinato*, y prohibiendo que puedan ser legitimados *per subsequens matrimonium* que su padre celebrase con su madre, ya que al padre debe imputarse la culpa de no haberse unido con ella en matrimonio legítimo desde un principio.

409. Parece que después se restableció la legitimación que había derogado Zenón, pero se hicieron en ella algunas restricciones. Unos pretendían que los hijos nacidos *ex concubinitus* no fuesen legitimados ni admitidos, *tanquam sui haeredes*, á la sucesión de sus padres, sinó sólo en el caso que del matrimonio posterior celebrado con la concubina no hubiese nacido hijo alguno.

Otros oponían una restricción opuesta y querían que la legitimación sólo tenía lugar cuando había hijos de este matrimonio, por el que se comunicaban á los hijos *ex concubinitu* los derechos de *sui haeredes*. Justiniano, por las leyes 10 y 11, Cod. *ead. tit.*, condenó estas dos restricciones y restableció el derecho de Justiniano sobre esta clase de legitimación. Por sus novelas le dió la mayor extensión en los dos puntos siguientes:

1.º En que así como el emperador Constantino ordenaba que los hijos nacidos de una concubina no pudiesen ser legitimados *per subsequens matrimonium*, en el caso de tener el padre otros hijos legítimos, Justiniano, por su novela 12,

cap. 4, prescribió que á pesar de que el padre tenga tales hijos de legítimo matrimonio, disuelto antes de contraer el segundo con la concubina, puede, celebrado éste, legitimar los hijos que de ésta hubieran nacido antes.

Por la novela 28, cap. 3 y 4, dispensó Justiniano del permiso que se necesitaba del príncipe para obtener para los hijos los derechos de ingenuidad y mandá además que, sin necesidad de que el padre les otorgue expresamente la libertad, sean libres y legítimos en pleno derecho por el matrimonio legítimo que su padre ha contraído con su madre.

Parece también, por los términos generales en que está redactada esta Novela, que para la legitimación de los hijos habidos de esclava no exige que no tenga hijos legítimos de otra mujer.

410. El derecho canónico va aún más allá que las leyes romanas. Este concedía la legitimación por el subsiguiente matrimonio á los hijos nacidos *ex concubinitus*, es decir, de una unión autorizada por la legislación y que era un verdadero matrimonio natural, *supra*, núm. 7. De estos hijos nacidos *ex concubinitus* hablan cuantas leyes hemos citado; pero no hay ninguna que conceda el mismo derecho á los habidos de unión ilícita.

Por esto las leyes romanas, sobre esta materia, no pueden recibir aplicación en nuestro derecho francés, que condena el *concubinitus* y no permite otra unión entre el hombre y la mujer que el matrimonio legítimo.

El derecho canónico es más indulgente para la legitimación de los hijos nacidos antes del matrimonio, por el matrimonio subsiguiente de su padre y madre; pero exige la condición de que al

tener el comercio carnal se hallaban en condiciones hábiles para contraer matrimonio con otro.

Supone el derecho canónico que estas personas al tener el trato ilícito tenían la intención de casarse, y que sólo llevados por su violenta pasión sucumbieron y se anticiparon al tiempo legítimo; y considera este acto como si se anticipara el matrimonio que deseaban celebrar, y que celebraron después; y como consecuencia de ello los hijos habidos de aquella ilícita unión deben ser considerados como fruto anticipado de dicho matrimonio y como si de él hubiesen nacido. Por este motivo el papa Alejandro III, en su decretal inserta en el cap. 6, Extr. *Qui filii sint legit.*, dice: «Tanta est vis matrimonio, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium, legitimi habentur.»

El papa no limita su decisión, como lo hicieron las leyes romanas, á los hijos nacidos *ex concubinato*, que si no era una unión legítima, era una unión inocente y permitida; los términos generales en los que está redactado se ve que se refieren á todos los hijos nacidos antes del matrimonio, aunque sea ilícito, tal como la fornicación.

411. Parece que el papa sólo quiso exceptuar del principio que establece, el caso en que las partes no pudiesen contraer matrimonio al tener las relaciones carnales. Por esto añade que si un hombre viviendo su mujer tuviese relaciones carnales con otra, y muerta aquélla se casase con ésta, los hijos habidos en sus relaciones ilegítimas no quedarán legitimados por el subsiguiente matrimonio. Por este motivo dice el papa Alejandro III en su citada decretal: «Si autem vir, vivente uxore sua, aliam cognoverit, et ex ea prolem sus-

»ceperit, licet post mortem uxoris eamdem duxerit, nihilominus spurius erit filius... quoniam (1) »matrimonium legitimum inter se contrahere non »potuerunt.»

El motivo de esta excepción es que el aspecto que se da á la legitimación es en el supuesto que las relaciones carnales de las que nacieron hijos se tuvieron anticipándose al matrimonio, *supra*, número *praeced.*, cosa que no podría suponerse no pudiendo los interesados celebrar tal matrimonio, por hallarse casada una de las partes, y no puede suponerse intención de celebrarlo ni que se anticipara un contrato cuya espera de realización era criminal.

412. Los principios establecidos por el derecho canónico están basados en la equidad. Cuando una joven ha tenido la desgracia de tener relaciones ilícitas con un hombre, á él toca reparar esta falta y salvar su honor, por él mancillado, contrayendo matrimonio. Pero á menudo sucede que el hombre se cansa de la que le facilitó aquel trato, y por esto la ley ofrece al hombre algún aliciente poderoso para inducirle á casarse con la mujer que deshonoró. En verdad que no podía presentarse motivo más poderoso que el de conceder la legitimación de los hijos habidos fuera de matrimonio, siempre que éste se realizase entre los padres. La ternura que la naturaleza inspira á los padres hacia sus hijos naturales les impulsa á contraer el matrimonio para poder darles el título y los derechos de hijos legítimos. ☐

(1) Estas últimas palabras, á pesar del interés que encierran, se omitieron en la colección de Gregorio IX, con el objeto de abreviar, pero se insertaron en las compilaciones anteriores.

§ II. *Qué hijos pueden ser legitimados por el matrimonio que contraigan sus padres, y en qué casos*

413. No hay duda que si los hijos nacidos antes del matrimonio viven al celebrarse éste por sus padres, adquieren los derechos de familia en la del padre y en la de la madre, y quedan legitimados, no sólo ellos, sino sus descendientes, aunque hubiesen nacido fuera del matrimonio (1).

(1) Los hijos nacidos fuera de matrimonio, á menos que sean adulterinos ó espúreos, se hacen legítimos por subsiguiente matrimonio de sus padres naturales. (L. 2, tít. 6, lib. 3, del Fuero Real. L. 1, tít. 13, Part. 4.<sup>a</sup>)

Los hijos incestuosos podrán legitimarse por subsiguiente matrimonio siempre que haya mediado dispensa del impedimento de parentesco. (R. Cédulas de 6 Julio de 1803 y 11 Enero de 1837 y Sents. del T. S. de J. de 20 Junio y 11 Diciembre de 1865, 8 Febrero de 1853, 13 Junio 1862, 24 Febrero y 9 Octubre de 1865, 11 Junio de 1870, 5 Enero y 20 Abril de 1871 y 23 Marzo de 1872).

En defecto de la legitimación por subsiguiente matrimonio pueden ser legitimados por concesión Real los hijos naturales. (L. de 4 de Abril de 1838, art. 1.º R. O. de 19 Abril de 1838. L. 4, tít. 15, Part. 4.<sup>a</sup>)

Esta concesión sólo puede otorgarse mediante solicitud del padre y concurriendo motivos justos y razonables justificados debidamente en méritos del oportuno expediente instruído en el modo debido, con audiencia de los que tengan interés en el asunto. (L. de 14 de Abril de 1838, arts. 1.º y 2.º, y R. O. de 19 Abril de 1838.)

Sin embargo, esta legitimación puede tener también lugar á solicitud del hijo natural, si su padre hubiese fallecido instituyéndole heredero en su testamento y manifestando en él su deseo de legitimarle. (L. 6, tít. 15, Part. 4.<sup>a</sup> L. 1, tít. 13, Part. 4.<sup>a</sup> Novell. 74, cap. 2; Nov. 89, cap. 10.)

Los hijos legitimados por cualquiera de los modos expuestos quedan sujetos á la patria potestad de sus padres y tienen los mismos derechos y deberes que los hijos nacidos de legítimo matrimonio,

Existe mayor dificultad en el caso en que el hijo nacido con anterioridad al matrimonio muere sin haberse celebrado éste y deja descendientes. ¿Este matrimonio da á los descendientes los derechos de familia? Baldo y otros comentaristas citados por Fachin, Controv. III, 56, lo niegan, fundándose en que el hijo no gozó de los derechos de familia, porque había fallecido cuando tuvo lugar el matrimonio, y no le habían podido comunicar aquel derecho y, por lo tanto, que no puede transmitirse lo que no se pudo adquirir. Bartolo y otros doctores citados por Fachin, á los que sigue Pérez, *Ad tit. eod. de natur. lib.*, están por la afirmativa, y esta opinion me parece la más conforme. La legitimación no sólo fué introducida en obsequio de los hijos que los contrayentes hubiesen tenido de su unión anticipada, sino que alcanzaba á los descendientes, que son más dignos en verdad de alcanzar aquella gracia. La ley, por la ficción de la legitimación, purifica el vicio de la unión ilícita y hace considerar á tal unión como una anticipación al matrimonio que después celebraron, y en consecuencia considera á los hijos y descendientes como fruto anticipado del matrimonio. En vano se dirá que el matrimonio no pudo legitimar á un hijo que había fallecido; no es obstáculo para que á sus descendientes aun después de su muerte pueda considerárseles legítimos, en virtud de la fuerza retroactiva que tiene el matrimonio celebrado después de su nacimiento para purgar el vicio que tenía la unión anticipada.

salvo lo que se expresará al tratar de los testamentos. (L. 9, tít. 15, Part. 4.<sup>a</sup>; L. 7, tít. 2.º, lib. 10. Nov. Recop.; S. del T. S. de J. de 2 Abril y 17 Junio de 1861.)

414. Para que los hijos nacidos antes del matrimonio puedan ser legitimados con el matrimonio de sus padres, los principios establecidos por el derecho canónico, que se han admitido en nuestro derecho civil, no exigen otra circunstancia que aquéllos al tener las relaciones ilícitas tuviesen capacidad para casarse el uno con el otro. De este principio arranca la decisión de una cuestión planteada de muy antiguo por los canonistas, sobre si el hijo natural de un simple clérigo, aunque provisto de beneficio, puede ser legitimado por subsiguiente matrimonio, celebrado por dicho clérigo con su cómplice. No debe ponerse en duda, según el principio establecido, que puede legitimarse, porque sus padres, cuando tuvieron el comercio carnal, podían celebrar el matrimonio. El beneficio que dicho clérigo había recibido no es un impedimento del matrimonio; el clérigo pierde su beneficio en este caso. Esto es lo que se decidió por sentencia de 5 de Setiembre de 1675, publicada en el *Journal du Palais* (t. 1.º, p. 718).

Lo mismo debe decirse del comercio carnal que un hombre tuviese con una religiosa novicia. El hijo nacido de esta unión se puede legitimar por subsiguiente matrimonio que celebraran sus padres; porque entonces podían contraerlo, por haber tenido lugar el comercio carnal antes de la profesión religiosa solemne que le hace imposible.

Las partes pueden contraer matrimonio, y se reputa existir la capacidad para ello, aun cuando existiese un impedimento de fácil dispensa cuando tuvo lugar el comercio carnal, aunque no hubiese sido dispensado. Por esto, cuando dos pri-

mos se casan por dispensa, quedan legitimados los hijos habidos antes. A la dispensa se da efecto retroactivo, y purga el vicio de incesto que había tenido su anticipada unión.

415. Pero si los que tuvieron tales relaciones ilícitas no tuviesen capacidad para contraer el matrimonio que después contrajeron, no pueden legitimar á los hijos habidos de tal unión. Como sucede cuando un casado hubiese sostenido relaciones adulterinas con una mujer, el matrimonio que celebraran no legitimaría á los hijos, porque al nacer no podían unirse en matrimonio.

Por esto es que por regla general el matrimonio sólo puede legitimar á los hijos nacidos de un comercio *inter solutum et solutam*, es decir, que uno y otro sean libres y que puedan contraer matrimonio; no puede purgarse nunca el comercio adulterino, ni legitimar los hijos de él nacidos.

416. Esta cuestión ha sido muy debatida entre los doctores. Esta regla de derecho sufre excepción en el caso que una de las partes ignorase que la otra estuviese casada al tener relaciones carnales con ella. Los que admiten esta excepción sacan su principal argumento del cap. *Ex tenore*, Extr. *Qui filii sint legit.* Según esta decretal, como veremos *infra*, en el art. 4, cuando una parte contrae de buena fe un matrimonio nulo, que ella cree legítimo, á causa de ignorar el impedimento, como cuando una mujer se casase ignorando que su marido lo está con otra, la buena fe de esta parte, y el ignorar que exista este vicio que anula el matrimonio, es causa de que esta unión, aunque nula, tenga los efectos de un matrimonio legítimo, y por consecuencia los títulos

y derechos de hijos legítimos á los que de él hubieran nacido.

De ahí se sigue que por idéntica razón, añaden los doctores, cuando una mujer tuviese trato carnal con un hombre que ignoraba estuviese casado, comete con él sólo una fornicación, y no un adulterio; la ignorancia de la mujer al tener las relaciones es motivo suficiente para que las relaciones no se consideren adulterinas y que sean consideradas como simples fornicaciones, cuyo vicio puede purgarse por un matrimonio legítimo que después celebren.

En fin, para eludir el principio sentado de que un matrimonio posterior no purga el vicio de un comercio carnal entre personas incapaces de contraerlo en aquel entonces, suponen dichos doctores que si bien es cierto que no eran capaces las personas citadas para celebrar un matrimonio verdadero, lo eran para contraerlo putativo, el que, por la ignorancia de la mujer, produciría los efectos de un válido matrimonio.

Los que rechazan esta opinión dicen que el papa Alejandro III estableció en términos generales que los hijos habidos antes del matrimonio no podían ser legitimados por él si los padres estaban en situación para poderlo contraer, y que, en consecuencia, los hijos que un casado había tenido de una soltera no podían ser legitimados por el subsiguiente matrimonio después de muerta la mujer legítima de aquél; y no habiendo establecido el papa la distinción de si la mujer sabía si estaba casado ó no el hombre con quien tenía las relaciones, tampoco debe hacerse tal distinción: *Ubi lex non distinguit, nec nos debemus distinguere*, y en consecuencia, debe decidirse que el matrimo-

nio no legitima á los hijos habidos, si no se hallaban sus padres al tenerlos en estado de poderlo contraer.

Respecto del argumento que emplean los partidarios de la excepción, sacado del capítulo *Ex tenore*, que es el fundamento de su opinión, creo que no es oportuno comparar el caso del cap. *Ex tenore* con el que es objeto de esta cuestión. No hay término hábil de comparación entre una mujer que cree contraer un matrimonio legítimo casándose con un hombre que ignora sea casado, que es el caso del cap. *Ex tenore*, y una mujer que consienta en tener con un hombre relaciones carnales, que son criminales, aunque ignore que son adulterinas.

En el caso del capítulo *Ex tenore*, la mujer que se casa con un hombre, ignorando que estuviese casado, es inocente; ella cree celebrar un verdadero matrimonio. La ley tiene en cuenta su buena intención, al dar al Estado hijos legítimos en virtud de un matrimonio que cree legítimo, y se la recompensa dando esta consideración á los hijos nacidos de este matrimonio, aunque nulo, los títulos y derechos de legítimos.

Al contrario, en el caso de la cuestión presente, la mujer que tiene comercio carnal con un hombre que ignora sea casado no es inocente; aunque ella crea cometer con aquel hombre sólo una simple fornicación y no un adulterio, ella no ignora que está prohibido por la ley de Dios, que prohíbe ambos pecados.

Esta mujer, por su comercio carnal, *dabat operam rei illicitae*. La ignorancia en que estaba respecto del estado del hombre no es una ignorancia inocente, *inculpabilis*, y que hace que sus