

religiosos, que apostataron durante la Revolución francesa, y se casaron civilmente.

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

SECCION 6.^a

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 contraído con impedimento dirimente, es considerado como válido y legítimo, por razón 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: 1.^a que haya esa buena fé, á lo menos de parte de uno de los contrayentes, y 2.^a que el matrimonio de que se trata, se haya celebrado *in facie Ecclesie*. «*Matrimonium putativum est*, dice Hertius, *quod bona fide, et solemniter, saltem opinione conjugis unius justa, contractum inter personas jungi veti-*

¹ Partida 4.^{ta}, tit. 2, ll. 11 y 16.

tas consistit.» La buena fé se presume, hasta la prueba en contrario, y se exige la celebración ante la Iglesia, porque de otra manera, habría razón más bien para presumir contraído 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 tál matrimonio sean considerados, como legítimos.¹

358. La legislación antigua española se muestra fidelísima también en esta materia al Derecho canónico: «Si acacesse, 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 ficiesen, 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 ficiesen 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 Eglefia, é ante que el embargo fuese probado, nin la sentencia dada, oviesen fijos, cuantos fijos ficieren entretanto que estuvieren en esta dubda todos serían legítimos.²

359. El Código de Napoleón reproduce también en este punto los antecedentes del Derecho canónico. Portalis, motivando los arts. 201 y 202 de ese Código, dice: «Aunque regularmente sólo 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 considera-

¹ *Qui filii sint legitimi.*

² *Partida 4.ª*, tit. 13, l. 1.

ción á la buena fé de los esposos, se ha considerado por equidad que, si había algún impedimento oculto que hiciera después nulo el matrimonio, los esposos, ignorantes del impedimento, y los hijos nacidos de su unión, conservarían siempre el nombre y prerrogativas de esposos y de hijos legítimos, porque los unos se han unido y los otros han nacido bajo el yelo, sombra y apariencia del matrimonio. De aquí esta máxima común, que el *matrimonio putativo*, para servirnos de la expresión 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 fe, sólo él puede reclamar los efectos civiles del matrimonio. Algunos antiguos jurisconsultos habían pensado que, en este caso los hijos debían ser legítimos con respecto á uno solo de los esposos, é ilegítimos en relación con el otro, pero esta opinión ha sido rechazada, porque el estado de los hombres es indivisible, y en el conflicto, hay que decidirse enteramente por la legitimidad.»

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

361. Mas ¿cómo debe entenderse la buena fé que se exige para el matrimonio putativo? ¿Es cualquiera ignorancia ó sólo la excusable? ¿Ha de recaer sobre el hecho ó vale también la del derecho? Berardi expone y resuelve estas graves cuestiones, en los 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 censebun-*

tur? *Multiplex esse potest impedimenti ignoratio, modo nimirum vel facti, vel juris, modo insuper excusationi digna, modo inexcusabilis. Quotis 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 solemnitatibus 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 omisis denunciationibus; eo enim ipso, quo in legem denunciationum deliquit, excusandus non est, qui ignorationem prætexit ignorationem inquam, quam vincere et potuisset, et debuisset, et quam fovere potius voluit negligentia, quando declinavit legem sibi dictam ad investiganda, quæ subesse posset, conjugii impedimenta, cap. 2 hoc tit. cap. 3 § Si quis vero de clandest. desponsat. Ytem inexcusabilem prorsus ignorationem allegaret, qui liberos ex matrimonio ignoranter cum consanguinea etiam rite contracto, post indictam ab Ecclesia conjugum separationem adhuc ginere 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 aprime perspectum esse debet, imprabata quacumque ignorationis allegatione. Sed et illud adjicio, neque ullam excusationem admitteri, etiam si 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, ignorationem juris nemini prodesse, atque ab his generalibus regulis nulla est in jure probata exceptio in conjugiiis recepta.*¹

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

§ 1. EFECTOS DEL MATRIMONIO PUTATIVO EN CUANTO A LOS ESPOSOS.

NÚMERO 1. CASO EN QUE AMBOS ESPOSOS SON DE BUENA FÉ.
362. «El matrimonio contraído de buena fé, dice el artículo 269 del Código de Veracruz, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges, mientras dura . . . » En el mismo sentido están concebidos los arts. 218 de el del Estado de México, 141 del de Tlaxcala, el 302 de el del Distrito Federal de 1870 y 278 del actual.

¹ Berardi, tomo 3, dissert. 6. °, quæst 2.

¿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 áquel, 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 sólo 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). Sólo una excepción tienen estas últimas palabras, y ella 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 esto, 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 ésta 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, ¿estos 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 supérstite 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 opinión,¹ que, sin embargo, nos resistimos á creer sostenible en el texto de nuestros Có-

¹ Laurent, tom. 2, núm. 511.

digos. 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 opinión del jurisconsulto belga, cuando la muerte se verifique antes de la declaración 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 del 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 cuestión 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 podría lograr el carácter de *putativo* el matrimonio celebrado, aunque de buena fé, sin publicaciones, por ejemplo, en los lugares, donde ellas son necesarias so pena de nulidad, supuesto que nadie puede 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 inexcusabilidad de la ignorancia de la ley no aprovecha á nadie ni por consiguiente, tampoco á la mujer. Y así sólo podrían ser putativos los matrimonios verificados con ignorancia excusable de un hecho, *verbi gratia*, el parentesco, el vínculo anterior, el crimen, etc., etc. ¿Será este el sentido de la ley? No lo creemos, porque si los Códigos entendieran hablar de ignorancia en esta materia, habrían empleado esa palabra y no la expresión *buenafé*, que no es técnica y que necesariamente depende en su aplicación, de las circunstancias de cada caso y de la apreciación moral que hagan los jueces. Entendemos, pues, que, así interpretadas esas palabras, la buena fé puede existir, aun tratándose de matrimonios nulos por infracción 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 ó instrucción moral é intelectual de los infractores.

«La buena fé en esta materia, dice Du Caurroy, consiste en la opinión errónea 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 apreciación del juez.¹ En derecho Canónico, verdadero fundador y legislador modelo de estas materias, la buena fé debe entenderse del mismo modo: *ita tamen*, dice Schmalzgrueber, *ut bonam fidem nec error juris, nec dubitatio circa matrimonii valorem excludat.*²

¹ Du Caurroy, *Comen aire theorique et pratique du Code civil*, tomo 1, número 352.

² Schmalzgrueber, tom. 8, págs. 105 y 106.

Según nuestros Códigos (arts. 269 del Código de Veracruz; 218 de el del 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 Merlín, 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. ¹

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 Canon: *cum parentes eorum publice sine contradictione Ecclesiæ, inter se contraxissent noscantur*; ² pero es muy dudosa esta interpretación, pues otro Canon dice: *Si quis vero hujusmodi clandestina vel interdicta conjugia inere præsumperit, in gradu prohibito etiam ignoranter, soboles de tali conjunctione suscepta, prorsus illegitima censeatur*, ³ de cuyas palabras podríamos 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 presunción cede á la prueba en contrario, como presunción *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 embargo, una ligera reflexión basta á comprender, que la celebración pública es uno de los elementos importantísimos para presumir la buena fé.

¹ Dalloz, "Mariage" núm. 593.

² *Qui filii sint legitimi* 2.—Sánchez, lib. 3, disput. 42, núm. 2.

³ *De clandest. desponsat.* 3.

NÚM 2. DEL CASO EN QUE UNO SOLO DE LOS ESPOSOS ES DE BUENA FÉ.

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 únicamente 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 del Estado de México, y 142 de el de Tlaxcala. En el mismo sentido está concebido el art. 202 del Código de Napoleón. En consecuencia, tanto el carácter y prerrogativas 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 realiza exclusivamente en favor del cónyuge inocente. ¿Qué sucederá en orden 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 también hasta que cause ejecutoria la sentencia de nulidad, si la continuación 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 del Estado de México, art. 1693, disponen también lo mismo en favor de los hijos, en este caso; pero no previenen expresamente aquel en que no los haya, aunque se deja entender, que entonces, los gananciales pertenecerán al cónyuge inocente.

360. *¿Quid* en orden á los gananciales, cuando ambos cónyuges sean de mala fé? Los Códigos de Veracruz y Estado de México no prevén 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 proporción de lo que llevó al matrimonio.

NÚMERO 3. DE LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO NULO RESPECTO Á LOS HIJOS.

370. El matrimonio nulo, contraído 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 celebración, durante él, y trescientos días después de la declaración de nulidad. Así lo declaran los arts. 269 del Código de Veracruz, 218 de el del Estado de México, 141 y 142 de el de Tlaxcala, 302 y 303 de el del Distrito Federal de 1870, y 278 y 279 del que comentamos. En el propio sentido están concebidos los arts. 201 y 202 del Código de Napoleón. Debe notarse desde luego, que si hay mala fé por parte de ambos cónyuges; como esta unión 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. También 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 ra-

zón de su ninguna participación en las faltas de sus padres? Evidentemente no, porque el matrimonio putativo, como lo hemos antes explicado, toma su naturaleza de una condición 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, prerrogativas y consideraciones concedidos por las leyes á los legítimos. En consecuencia los hijos nacidos de un tal matrimonio tienen á su favor la presunción de legítimos, cuando su nacimiento se haya verificado después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, según la regla antiquísima del Derecho Romano: *Septimo mense nasci perfectum partum jan receptum est propter auctoritatem Doctissimi viri Hippocratis, ei idcirco credendum est, eum qui justis nuptiis septimo mense natus ets, justum filium esse,* ² como lo tienen también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes á la declaración definitiva de la nulidad, según 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, debe 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 también, respecto de los hijos de matrimonios putativos, porque estos no pueden dar más 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 naci-

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

² *Dig.* lib. 1, tít. 5, l. 12.

³ *Dig.* lib. 38, tít. 11, l. 3, § 11.

dos 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 del Estado de México, 275 á 305 de el de Veracruz y 207 á 231 de el de Tlaxcala.

371. Establecida la filiación, según esos preceptos, los hijos de que nos ocupamos tienen derecho á llevar el nombre de su padre, aun cuando este fuera de mala fé, á educación, á alimentación y á sucesión. He ahí, efectos del matrimonio putativo, que se realiza después de la sentencia de nulidad, y que se extienden aún á personas extrañas al matrimonio. En efecto, ¿tales hijos no heredarán á los parientes de sus padres? ¿Por qué nó, 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 opinión común, 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 podría pues decir, que el matrimonio no produce ningún efecto respecto á terceros. Pero esta interpretación sería contraria á la esencia misma del matrimonio putativo. El representa al matrimonio verdadero, en los límites que hemos determinado; ahora bien, el matrimonio crea entre los hijos y los parientes de sus padres, y estos lazos son recíprocos. ¿Se concebiría que el hijo fuese considerado, como el sobrino de los hermanos de su padre, y que éstos no tuvieran la cualidad de tío respecto del hijo? Aquí hay que decir con Portalis (núm. 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 ésta son personales; ella no impide que se forme

el lazo de parentesco entre el hijo y los parientes, lo cual decide la cuestión.»¹

373. ¿Los hijos adulterinos é incestuosos son también reputados como legítimos por el matrimonio putativo? He 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 después 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. Según 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, eamdem duxerit, nihilominus spurius erit filius . . . quoniam matrimonium legitimum inter se contrahere non potuerunt*² sostienen que los espurios no pueden ser considerados como legítimos en matrimonio putativo.³ Otros establecen que tales palabras sólo 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 di-

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

² *Qui filii sint legitimi*, 6.

³ Covarrubias, part. 2, *de sponsal*, cap. 8, § 2, núm. 16.—Gutiérrez, *Pract.* lib. 2, quæst. 105, núm. 9.

ce 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 copulæ 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; agitur 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 Mechlinienis cum Alexandrina Suere de conjugium iniiit 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 feurant, ut conjuges ac Albertus in epistolis ad Alexandrinam missis eam conjugem suam noncupaverat; 25 sept. 1728. Contendente vero prolis legitimitatem Maria Magdalena secunda uxore, iterum proposita causa, rescriptum fuit, dilata, et ad mentem, die 3 sept. 1729, inde responsum fuit iterum proponatur et*

¹ Ferraris, *Promta Bibliotheca*, "Filius, Filii," núm. 39.

² Schmalzgrueber, tom. 9, pág. 336.

exhibeatur epistola comitis de Tillis: 24 ejusd. mensis et anni. Tandem exhibita 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. «El art. 202, dicen, es formal: respecto de los esposos y de los hijos *nacidos del matrimonio*; luego no pue-

¹ Partida 4^a, tít. 13, l. 1.—Murillo, tom. 2, lib. 4, tít. 17, núm. 162.—Escríche, *Dicc.* "matrimonio putativo."

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

³ Pothier, núm. 441.

de aplicarse á los nacidos *de un comercio anterior.*»¹ Otros, afirmando en mayoría que los hijos adulterinos é incestuosos, habidos *antes ó después*, no pueden ser legitimados por el matrimonio putativo, enseñan que los naturales si 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 artículo 201; el 202 no hace sino traer un temperamento á la aplicación de aquel. Ahora bien, según el art. 201, el matrimonio putativo produce los mismos efectos civiles que un matrimonio válido, 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, después 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 controversias 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

¹ Toullier, tom. 1, núm. 657.—Proudhon, tom. 2, premiere quest, pág. 170.—Vazeille, tom. 1, núm. 275.

² Mourlou, tom. 1, núm. 702.—Demolombe, tom. 3, núm. 366.—Marcadé, tomo 1, núm. 697.—Laurent, tomo 2, núm. 509.—Dalloz, "Mariage" número 606.

los hijos nacidos *antes* de su celebración, *durante* él y *trescientos días después* 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 decir 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 más 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 sólo 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, según los arts. 306 del Código de Veracruz, 255 de el del Estado de México, 232 de el de Tlaxcala, 352 de el del Distrito Federal de 1870 y 325 del actual, todos los cuales dicen que *sólo pueden ser legitimados por el matrimonio subsecuente los hijos naturales*. Estamos en presencia de un matrimonio putativo, que, como sabemos; es la *imagen*, 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 á contrario decide, en nuestro concepto, la cuestión bajo el otro aspecto: 2.º ¿Son *legítimos* los hijos espurios habidos *después* del matrimonio, si éste 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 debe 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 ésta ha existido de parte de uno solo de aquellos, todos los hijos deberán quedar bajo su cuidado, exceptuándose sólo 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 del Estado 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 éste 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 del Estado de México, 140 de el de Tlaxcala, 301 de el del Distrito Federal de 1870 y 277 del actual.

SECCION 7ª

DE LOS MATRIMONIOS ILÍCITOS.

378. En otro lugar de nuestra obra expusimos y explicamos lo cuatro impedimentos *impedientes* que subsisten, según la actual disciplina de la Iglesia y que hacen *ilícito* el

matrimonio celebrado á pesar de ellos, en contraposición á los *dirimentes*, de que hemos hablado en las secciones 3^a, 4^a y 5^a, 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 declaración 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) según 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 experiatur, conjus salubria præcepta temere contempsit*. Si el impedimento no existe, dispone el mismo Concilio: *Insuper his, qui taliter etiam in gradu concessio copulari præsumunt, condigna pœnitentia injungatur*. Respecto á los Párrocos, el Concilio les impone la pena de suspensión *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 tandiu suspensus maneat quamdiu ab Ordinario ejus Parochi, qui matrimonio interesse debebat, seu á quo benedictio suscipienda erat. absolvatur*

¹ Véase tom. 2^o de esta obra, núm. 274.

379. Del mismo modo son gravemente ilícitos los matrimonios de los hijos de familia, celebrados sin el consentimiento de sus padres, ¹ según 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 religión 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 nascituroe institutionem.* ²

380. Según nuestro derecho civil, son ilícitos los siguientes matrimonios: 1º, el contraído, pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptibles de dispensa (arts. 312, frac. 1ª del Código del Distrito Federal de 1870 y 288, frac. 1ª del actual). Los Códigos de Veracruz (art. 274, frac. 1ª), del Estado de México (art. 223, frac. 1ª) y de Tlaxcala (art. 149) marcan con mayor precisión 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 contraído habiéndose ya solicitado la dispensa, pero pendiente su decisión, ó lo ha sido, ocultándose el impedimento, ó lo ha sido, despues de haberse resuelto que no

¹ Véase tomo 2º de esta obra; núm. 52.

² Benedicto XIV, Constitución, *Magnæ novis.*

era de dispensarse: en los dos primeros casos, el matrimonio es ilícito; pero, en el tercero, como el impedimento subsiste, ratificado por la autoridad, el matrimonio es nulo. Ahora bien, esto resulta más claro, cuando se dice: «es ilícito el matrimonio contraído pendiente la decisión de un impedimento denunciado ú ocultándose ésto» que si solo se afirma: es lícito el matrimonio contraído, *pendiente la decisión* de un impedimento, que sea susceptible de dispensa,» pues, cuando no se ha solicitado ésta, no hay nada *pendiente*; 2º, el contraído sin el previo 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 veintiún años, necesitan para casarse, á falta de ascendientes, del consentimiento del tutor, y si éste falta, de el del Juez de 1ª instancia. Ahora bien, estos Códigos hacen una justa diferencia entre el requisito del consentimiento de los ascendientes y el 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, frac. 2ª de el del Distrito Federal de 1870 y 288, frac. 1ª del actual). En el mismo sentido es constante el Código de Tlaxcala (art. 148, frac. 2ª), El Código de Veracruz, guardando un término medio, á nuestro juicio completamente arbitrario, entre el Derecho Canónico y el Civil moderno, establece (art. 274 frac. 2ª) que, mientras es causa de nulidad la falta de consentimiento de los padres (núm. 253), lo es sólo de ilicitud la falta de consentimiento de los abuelos ó tutores. El Código del Estado de México, que siguiendo las tradiciones de la

1 Véase tomo 2 º de esta obra núm. 60.

antigua legislación española,¹ exige para el matrimonio de los menores de edad, á falta de padres y abuelos, 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, frac. 2^a).

3^o Prohibido el matrimonio entre el tutor, curador y sus descendientes y la persona sujeta á tutela y curatela, ha debido también resultar de aquí un impedimento que nuestros códigos consideran, unos, como simplemente impendiente y otros, aun como diremente. Los dos códigos del Distrito Federal (arts. 312, frac. 3^a de el de 1870 y 288, frac. id. del actual) consideran esta prohibición, como mera causa de ilicitud y en el mismo sentido se manifiesta el Código de Tlaxcala, extendiendo la prohibición, como ya lo hicimos notar en otra parte,² aun á los ascendientes del tutor (art. 148, fracs. 5^a y 6^a). Los Códigos de Veracruz (art. 251, frac 3^a) y del Estado de México (art. 206 frac. 8^a) son los únicos que en nuestra legislación hacen de este impedimento una causa de nulidad.

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

1 Véase tomo 2^o de esta obra núm. 58.

2 Véase tomo 2^o de esta obra, num. 268.

5° Desde el Derecho Romano era prohibido que la mujer contrajese nuevo matrimonio antes del transcurso de cierto tiempo, á contar desde la disolución 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 según 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 más tiempo el duelo á de ser de más meses que años vivió, *hasta diez*, sin pasar de allí por edad ninguna; *sino que el más largo tiempo de duelo había de ser de diez meses, el mismo porque las mujeres debían permanecer viudas*: la que se casaba antes, sacrificaba una vaca preñada por ley del mismo.»¹ Pero, con el transcurso del tiempo las penas para las mujeres que infringieran este precepto fueron más serias y pareciendo el plazo mencionado pequeño, se extendió hasta un año por los emperadores Graciano, Valentiniano y Theodosio: *Si qua ex fœminis 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 decort, et jure privetur: atque omnia, quæ de prioris mariti bonis, vel jure sponsalium, vel judicio defuncti conjugis concecuta fuerat, miittat.*² Ulpiano, sin embargo, nos dice: *Fœminis lex Julia a morte viri anni tribuit vacationem; a divortio, sex menses; lex autem Papia á morte viri, bienium; a repudio, annum et sex menses,*³ lo que de-

¹ Plutarco. *Vida de Numa.*

² *Cod.* lib. 5, tit. 8, l. 2.

³ Ulp. *Regular*, tit. 14.

muestra que se varió no poco en la fijación del plazo de viudedad. El mismo jurisconsulto nos da cuenta de la razón 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, ¿cual era la sanción de este precepto? ningún texto pronuncia la nulidad del matrimonio contrario á él, y más bien se infiere, de una manera indirecta, su validez y subsistencia. En efecto los mismos emperadores, antes citados, hablando de la segundas nupcias, dicen: *si quis mulier nequaquam luctus religionem priori viro nuptiarum festinatione præstitit: 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, según 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 unión, en la que se permite la constitución de dote, aunque disminuida hasta la tercera parte de los bienes de la mujer, por razón de la pena en que ella y su marido han incurrido, con la infracción del plazo de luto ó viudedad. No quedan pues si no la nota de infamia y las demás penas de que hablan las leyes romanas, para castigar un tal matrimonio; luego, éste no era más que ilícito, aun según el Derecho Romano.

381. La antigua legislación española habla también de este impedimento. Según 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 prohibi-

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.

ción se encuentra 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 Napoleón (arts. 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 del del E. de México, 148, fracción 8ª del de Tlaxcala, 311 del del Distrito Federal de 1870 y 287 del actual.) Mas como la cohabitación puede empezar á cesar aún antes de la sentencia ejecutoria de nulidad, ya porque así haya sucedido de hecho, ó ya por la causa de que hemos hablado en otra parte (núm. 222), 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 según más convenga á él ó á una madre codiciosa.»

383. Finalmente, nuestros Códigos (arts. 274 del de Veracruz, 223 del del E. de México, 151 del de Tlaxcala, 313 del 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.ª, tit. 12, l. 3.

² Nov. Recop., lib. 10, tit. 2, l. 3.