

## Algunas anotaciones sobre el matrimonio putativo en nuestra Legislación

Por Patricio Aylwin.

Declarada judicialmente la nulidad de un matrimonio, desaparece éste de la vida jurídica. Y, aunque a ojos de todo el mundo haya tenido vida como válido y producido los efectos de tal, se considera, en virtud del efecto retroactivo con que opera la declaración de nulidad, y por ser su causa anterior al nacimiento del matrimonio, que no ha existido jamás. Siendo así, mal puede haber producido efectos; mas, como en el hecho los ha originado, se borran. Los presuntos cónyuges no han estado casados ni han tenido los derechos y obligaciones recíprocos que esta calidad proporciona; no ha existido potestad marital, ni incapacidad de la mujer por causa de matrimonio, ni sociedad conyugal. Y los hijos, si los hay, no son ni han sido legítimos.

Todo ello en estricta doctrina. Pero el rigor de estos principios no se concilia con la realidad. El sentimiento de los hombres y el interés social repugnan de su rigurosa aplicación; y como la lógica jurídica no es simple metafísica, sino que debe construirse en concordancia con la vida, hubo de hacer a ésta sacrificios. Nació así la teoría del Matrimonio Putativo, que nuestro Código Civil consagra en su art. 122, que dice: "El matrimonio nulo, si ha sido celebrado con las solemnidades que la ley requiere, produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que de buena fe, y con justa causa de error, lo contrajo; pero dejará de producir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges. Las donaciones o promesas que, por causa de matrimonio, se hayan hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fe, subsistirán no obstante la nulidad del matrimonio".

En atención a la buena fe de uno o de ambos cónyuges, el matrimonio que tuvo apariencias de válido por haberse contraído con las solemnidades legales, y que ha sido sin embargo anulado, se considera como simplemente disuelto, y en consecuencia, aunque desaparece para el futuro, produce en el pasado todos sus efectos civiles respecto de los hijos y del cónyuge o cónyuges de buena fe. Se trata de una excepción que, en razón

de la buena fe, hace la ley a la retroactividad con que generalmente actúa la declaración de nulidad.

En teoría suele decirse que el matrimonio nulo vale como putativo; y basta para ello que concurra el elemento buena fe en uno de los cónyuges, sin que sea necesario otra condición alguna.

Nuestro Código se separa algo de la doctrina general, asignando un significado diverso a la expresión "Matrimonio Putativo" y exigiendo nuevos requisitos para que produzca efectos. En él es putativo el matrimonio que se reputa o cree verdadero —conforme al significado etimológico de la palabra putativo, de putare, que significa creer, reputar—, que tiene apariencias de serlo, porque se ha celebrado con las solemnidades que la ley requiere. Para que este matrimonio putativo produzca efectos civiles, preciso es que concurran, en ambos cónyuges o en uno de ellos dos circunstancias: buena fe y justa causa de error en cuanto al defecto que hace nulo al matrimonio. Y sólo los produce mientras la buena fe perdura. Siguió en esto el legislador chileno al Derecho Canónico, a diferencia de Pothier y del Código Francés (1). Lo dicho se desprende de los arts. 35, 37 y 179 del Código, que hablan de matrimonio putativo "que produzca efectos civiles"; lo cual significa que no todo matrimonio putativo produce tales efectos.

### REQUISITOS:

Para que estemos en presencia de un matrimonio putativo que produzca efectos civiles —al que llamaremos simplemente "Matrimonio Putativo" en este trabajo— deben concurrir, pues, en nuestro Derecho, las siguientes circunstancias:

- 1.—Que se trate de un matrimonio nulo celebrado con las solemnidades legales.
- 2.—Que exista buena fe a lo menos en uno de los cónyuges; y
- 3.—Que esa buena fe se fundamente en una justa causa de error.

Se ha sostenido por don Rafael Moreno Echeverría (2), que es necesario, además, que el matrimonio se sujete a todas las disposiciones de la Ley de Matrimonio Civil de

En:

En: Revista "Mástil". Organ del Centro de Derecho de la U. de Chile  
 S. F. O. octubre de 1939  
 Segunda época N.º 1

1884. Apoya esta exigencia en el art. 1 de esa ley, según el cual el matrimonio que no se celebra con arreglo a sus disposiciones, "no produce efectos civiles". Según él, este artículo habría modificado al 122 del Código, pues "al exigir la celebración del acto" con arreglo a las disposiciones de esa ley", pide condiciones de forma y de fondo, o sea, solemnidades externas, y que no caiga en ninguna de las prohibiciones señaladas por dicha ley, lo cual constituye condición substantiva de la celebración del matrimonio para producir efectos civiles".

No podemos concurrir a esta opinión, que significa negar la existencia del matrimonio putativo en nuestro Derecho. Ciñéndose a ella, en efecto, ningún matrimonio nulo podría ser putativo, pues lo que hace nulo un matrimonio es precisamente el no haberse celebrado "con arreglo a las disposiciones de esa ley", el haber incurrido en alguna de las prohibiciones que ella establece y sanciona con nulidad. Aun más: no habría matrimonios nulos, pues todo aquél que se celebrara con violación de dicha ley sería inexistente, no produciría efectos civiles de ninguna clase. El texto mismo de la Ley de Matrimonio, al sancionar expresamente con nulidad algunas violaciones y dejar sin sanción otras, se encarga de refutar esa opinión.

En realidad, el art. 1º de la ley de 1884 no ha venido a imponer nuevas condiciones para que un matrimonio sea putativo, ni ha derogado tampoco el 122 del Código. Y aunque su letra podría prestarse para interpretarlo en otra forma, el sólo ha querido significar, como lo deja bien en claro la historia fidedigna de su establecimiento, que la ley no reconoce otro matrimonio que el civil (3). La necesidad de mantener entre todas las disposiciones legales la debida correspondencia y armonía, lleva, además, a idéntica conclusión.

Analizaremos ahora, uno por uno, los requisitos que más arriba señalamos.

"Matrimonio nulo celebrado con las solemnidades legales".— Debe tratarse de un matrimonio nulo; no puede ser putativo un matrimonio inexistente. Para asegurarse de que existe, de que está en presencia de un matrimonio y no de una simple relación de hecho o concubinato, exige la ley que haya sido celebrado con las solemnidades que ella impone.

¿Cuáles son esas solemnidades indispensa-

bles para que un matrimonio pueda ser putativo?

Atendido el fundamento de esta exigencia, es indiscutible que no alcanza a aquellas formalidades cuya omisión no acarrea consecuencias jurídicas que afecten al valor de matrimonio —manifestación, información, levantamiento de acta, inscripción de la misma.

Siendo así, sólo puede referirse a la circunstancia de que el matrimonio se efectúe ante el Oficial del Registro Civil correspondiente y en presencia de dos testigos hábiles. Aun resta la duda, sin embargo, de si la competencia del Oficial Civil y la habilidad de los testigos es o no indispensable para considerar que se ha cumplido con las solemnidades legales. Hay quienes se pronuncian por la afirmativa, ciñéndose al texto escueto de la ley (4). No nos parece acertada esta doctrina, que restringe enormemente el campo de aplicación del matrimonio putativo, contrariando sus fines y desentendiéndose de su razón de ser. La ley debe interpretarse como un sistema lógico y armónico, y no vemos qué razones podrían haber tenido sus autores para privar de los efectos civiles al matrimonio de buena fe, anulado por defectos de forma, y concedérselos al que lo ha sido por un vicio de fondo, generalmente de mayor gravedad (5).

Sin desatender el tenor literal de la ley, y sin que sea necesario, como se ha sostenido (6), recurrir a su historia en el Derecho Canónico, lo cual —aunque debe reconocerse que no es del todo clara— viene en abono de nuestra opinión, creemos que las solemnidades a que el art. 122 se refiere no pueden ser otras que la concurrencia de un Oficial Civil y de dos testigos. La competencia del primero y la capacidad de los segundos no constituyen solemnidad; sólo son condiciones para la validez de la solemnidad, y como consecuencia, del matrimonio. Aunque esas condiciones falten, la solemnidad existe, pero adolece de un defecto que acarrea la nulidad del matrimonio, mas, en ningún caso lo priva de efectos civiles, a menos que falte la buena fe o la justa causa de error en ambos cónyuges. Los tratadistas (7) y reiteradas resoluciones de los Tribunales (8), concurren en esta opinión.

"Buena fe y justa causa de error".— Estudiaremos juntos estos dos requisitos que aparecen íntimamente ligados. Y no es que sean una misma cosa, sino que se complementan en forma tal que son inseparables.

La buena fe es el elemento fundamental del matrimonio putativo. Consiste en la conciencia que tienen los cónyuges o uno de ellos de que su matrimonio es válido, en la ignorancia en que se hallan de los defectos que lo hacen nulo.

Esta buena fe debe existir al tiempo de celebrarse el matrimonio y mantenerse con posterioridad, pues desde el momento en que ella falta, el matrimonio deja de ser putativo, cesa de producir efectos civiles. Se apartó en esto, una vez más, el legislador chileno de la mayoría de los Códigos, que sólo exigen la buena fe inicial.

Pero no basta, dentro de nuestra ley, una buena fe cualquiera. Es preciso que ella se funde en una justa causa de error, que la ignorancia de las causales de nulidad que afectan al matrimonio sea excusable. Ejemplo característico de error justo o excusable es el ya clásico de Pothier: la mujer de un soldado a quien se cree muerto en una batalla, contrae un nuevo matrimonio en vista del certificado de defunción que otorgó el jefe militar del regimiento a que su marido pertenecía; pero el marido en realidad no ha muerto y al cabo de algún tiempo reaparece. El segundo matrimonio de la mujer es nulo, pues se encontraba ligada por vínculo matrimonial no disuelto, pero como creyó, con fundamentos razonables, que su primer marido estaba muerto, su nuevo matrimonio produce efectos civiles como putativo a pesar de subsistir el primero. Don Luis Claro observa que la justa causa de error habría faltado en el caso propuesto, "si la mujer del soldado que se creía muerto hubiera procedido a celebrar el matrimonio sin proporcionarse comprobante oficial alguno del fallecimiento" (9).

Cualquier error de hecho puede ser justo y la apreciación sobre el particular deberá hacerla en cada caso el tribunal. ¿Puede decirse igual cosa de un error de derecho? El problema fué planteado y discutido largamente en el Derecho Canónico, sin que se llegara a nada cierto (10), y continúa siéndolo hasta hoy. La moderna doctrina tiende, en esta materia, a admitir que el error de derecho puede, lo mismo que el de hecho, ser antecedente de la buena fe (11). Nada obsta, en verdad, a que la buena fe resulte del uno como del otro, tan digna de interés es la situación de los cónyuges en uno y otro caso y al no distinguir la ley no es lícito al intérprete hacerlo.

Esta solución, que es sin duda la más jus-

ta y en armonía con el espíritu de la institución en estudio, resulta difícil aplicarla a nuestro Derecho, en presencia de los arts. 8 y 706 del Código Civil chileno. En efecto, según ellos, ninguna persona puede alegar la ignorancia de la ley una vez promulgada y el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario. Se trata de disposiciones de aplicación general que junto con el art. 1452 forman un sistema completo que puede sintetizarse así: el error de derecho no es justo, no puede alegarse ni admite excusa, y se opone a la buena fe.

Como se ha hecho notar, admite este sistema excepciones —art. 2297 y según algunos el 1683— y bien podría considerarse entre ellas el caso del matrimonio putativo (12). Además, se ha dicho, la prohibición de alegar la ignorancia de la ley sólo persigue evitar que los particulares rehusen cumplirla escudándose en que no la conocen; "pero de esto no puede deducirse que la ignorancia de la ley no deba ser tomada en cuenta cuando se trata de apreciar la intención de las partes y la buena fe que ha precedido a sus actos". (13). A pesar del fundamento de estas razones pensamos que para admitir en nuestro Código el error de derecho como fundamento de la buena fe, sería preciso pasar por encima de sus arts. 8 y 706, ya citados, lo cual no es en modo alguno lícito.

"Prueba de la buena fe y de la justa causa de error".— ¿Debe probarse la buena fe por el que desea acogerse al beneficio del matrimonio putativo o ella se presume? Mucho se ha discutido sobre el particular y se hacen valer diversas argumentaciones.

Estiman algunos que el cónyuge que reclama un efecto civil del matrimonio anulado debe probar, en conformidad a las reglas generales del onus probandi, que concurren todas las circunstancias exigidas por la ley para que el matrimonio se considere putativo, y en consecuencia la buena fe, máxime cuando el matrimonio, una vez anulado, no puede producir efectos sino por excepción.

Pero otros dicen que la ley presume la buena fe como una regla general, salvo los casos en que establece la presunción contraria (art. 707), y, en esta forma, nada debe probarse para que un matrimonio anulado produzca efectos civiles; quien impugna la calidad de putativo del matrimonio es quien

debe probar la mala fe de ambos cónyuges. Agregan que no es el matrimonio putativo una excepción, más por el contrario, en la realidad de la vida, lo común y corriente. Nadie se casa a sabiendas de que contrae un matrimonio nulo, sino queriendo que sea válido y creyendo que lo es.

Así planteadas las cosas, el problema se reduce a averiguar si la presunción de buena fe del art. 707 es de aplicación general o sólo tiene valor en el título en que se halla ubicada.

En abono de esta segunda interpretación se ha sostenido que la presunción legal "es una situación de excepción, es una concesión de derecho estricto, porque encierra un beneficio excepcional y exorbitante que se otorga en casos calificados" y, por lo tanto, cada vez que la ley la establece, debe apreciarse restrictivamente, sin que sea permitido aplicarla por analogía a casos semejantes. (14).

Sin desconocer en absoluto la fuerza de esta argumentación, ni la verdad que la asiste, pensamos que la presunción de buena fe del art. 707 es de aplicación general. En efecto, ella no ha sido establecida, como otras, para una situación particular, dentro de cuyos límites deba restringirse y el hecho de que se encuentre ubicada en el título de la posesión no significa que sólo a la posesión deba aplicarse. No es esta la primera vez que un precepto de aplicación amplia se halla situado en un título particular. Los términos del art. 707 son absolutos; nada en ellos indica voluntad de restringirlos a la posesión; a la inversa, parecen abiertos a todo caso, de comprensión ilimitada. Y no podía ser de otra manera, dada la naturaleza de la presunción que establecen. La buena fe no es un simple requisito de una determinada institución jurídica como el matrimonio putativo o la posesión; es una actitud del hombre en la vida, actitud común y ordinaria, por lo cual el legislador la presume. No es posible pensar que el legislador sólo supone esta actitud en el hombre que va a adquirir la posesión y no en el que se va a casar. La ley debe interpretarse, por lo demás, como un sistema único y armónico, y suponer que pudiera presumir la buena fe en uno de dichos casos y en el otro no, es violar esta regla de hermenéutica legal e imaginar en el legislador una falta de lógica que no es dable concebir en él.

Concluimos, por esto, que la buena fe se

presume en el matrimonio anulado y es quien pretende negar efectos civiles al matrimonio el que debe probar que la buena fe no existió. Así lo han resuelto nuestros Tribunales y lo sostienen, entre otros, los señores Alesandri, Somarriva y Barros Errázuriz. (15) (16). Y en Francia sostienen igual opinión diversos tratadistas, fundándose en el art. 2268 del Código Francés, similar a nuestro 707 y ubicado en la prescripción. (17). Otros sostienen la opinión contraria (18), y no faltan quienes afirmen una tercera doctrina intermedia según la cual "la buena fe de los cónyuges debe en general presumirse cuando alegan la ignorancia de un hecho, no así cuando pretenden haber ignorado las disposiciones de la ley" (19). Pero la jurisprudencia francesa, después de haber vacilado, aplica pura y simplemente la presunción de buena fe a la nulidad de matrimonio. (20).

Para llegar a esta conclusión, suelen hacerse diversas otras argumentaciones que no estimamos del caso repetir aquí, por ser suficiente lo ya dicho y porque su fuerza no es tan grande como para insistir en ellas.

En cuanto a la justa causa de error, preséntase el mismo problema. ¿Debe probarse? A primera vista parece que sí, y hay quienes lo han afirmado categóricamente (21). Sin embargo, una observación atenta del problema nos lleva a pensar lo contrario. Si la justa causa de error fuera un requisito independiente de la buena fe para la existencia del matrimonio putativo, quien alegara éste debería probarla. Pero no ocurre así. Ella es sólo la causa de la buena fe, un antecedente suyo, y presumiéndose el efecto, presúmese también la causa; al existir la consecuencia, existirá también el antecedente, la presunción del art. 707 es amplia: comprende a toda buena fe, y por lo tanto a la que se funda en un error justo o excusable, con mayor razón que a otra alguna.

No significa esta opinión confundir la buena fe con la justa causa de error, ni restar a esta última importancia. Pues, el que impugne el carácter de putativo de un matrimonio, podrá hacerlo fundándose en cualquiera de estas tres circunstancias: 1 Que, no concurrieron las solemnidades legales; 2 Que, ambos cónyuges carecían de buena fe, y 3 Que, en el caso de haber existido buena fe estaba ella fundada en un error inexcusable. Probada cualquiera de estas tres circunstan-

cias, tendrá el tribunal que negar los efectos del válido al matrimonio anulado.

#### ROL QUE DESEMPEÑA EL TRIBUNAL EN EL MATRIMONIO PUTATIVO

¿Es preciso que el tribunal declare que un matrimonio ha sido putativo para que se le considere tal, o, por el contrario, debe estimarse que todo matrimonio anulado ha sido putativo, a menos que se le haya negado este carácter por sentencia judicial?

Como el matrimonio nulo no produce efectos civiles sino por excepción, cuando concurren en él todos los requisitos que el legislador le exige para concedérselos, parece necesario que el tribunal, en presencia de un matrimonio anulado, declare si reúne o no esos requisitos, y es en consecuencia putativo, o no.

Sin embargo, la ley no exige en parte alguna semejante declaración judicial; y si se medita un poco, se verá que ella no es bajo ningún respecto indispensable. En verdad, desde el momento en que la sentencia que anula un matrimonio queda ejecutoriada, aunque nada se diga en ella sobre el particular, debe considerarse a ese matrimonio como disuelto para el futuro, y en el pasado como putativo. Esta conclusión fluye espontáneamente como lógico corolario del sistema expuesto en este trabajo. Si la buena fe y la justa causa de error se presumen y no es preciso, por consiguiente, acreditarlas, ninguna necesidad hay de una sentencia que declare que ellas existen en un matrimonio para considerar a éste como putativo. Y el otro requisito; concurrencia de solemnidades legales, tampoco debe ser probado, pues su existencia va involucrada implícitamente en la resolución que declara la nulidad del matrimonio. Si éste no se hubiere efectuado con las solemnidades legales no podría haber sido declarado nulo, pues jamás habría existido, habría sido un simple concubinato. Sólo se declaran nulos aquellos matrimonios que siendo tales, adolecen de alguno de los defectos que la ley sanciona con nulidad. En síntesis, pensamos que desde el instante en que se declara la nulidad de un matrimonio, se reconoce que él ha sido celebrado con las solemnidades legales, y como la buena fe justa causa de error se presumen, puede y debe estimarse que ese matrimonio ha sido putativo. Esta es también la opinión de don Arturo Alessandri R., quien, tratando de la

sociedad conyugal, la que sólo puede existir en el matrimonio nulo cuando es putativo, afirma que, declarada la nulidad, ella se disuelve, "sin retroactividad, desde el momento en que la sentencia quede ejecutoriada y se subinscriba" al margen de la respectiva inscripción matrimonial (art. 4, N.º 4. de la ley de Registro Civil), y sin necesidad de que el juez la declare expresamente. Según él, "este es el efecto normal de toda declaración de nulidad del matrimonio". "Por consiguiente —agrega—, el cónyuge que pide la liquidación de la sociedad conyugal no necesita probar que el matrimonio nulo produjo efectos civiles, le bastará acreditar que se anuló" (22).

Claro está que toda persona interesada en que se desconozca el carácter de putativo del matrimonio anulado, o se declare que sólo lo tuvo hasta cierto instante anterior a la declaración de nulidad, o sólo se le permita producir efectos civiles respecto de uno de los cónyuges, conserva a salvo su derecho y puede presentarse en cualquier momento a los tribunales solicitando la correspondiente declaración. Pero es esta persona quien deberá probar, en cada caso, y respectivamente, que se omitieron las solemnidades legales o no concurrieron en los cónyuges las circunstancias de buena fe o justa causa de error, o que ellas faltaron en ambos desde antes de ser declarada la nulidad, o que sólo existieron en uno de ellos. Mientras no quede ejecutoriada la sentencia que acoja alguna cualquiera de estas peticiones debe considerarse que el matrimonio fué putativo hasta la fecha en que se inscribió en el correspondiente registro del Oficial Civil, la resolución que declaró la nulidad del matrimonio.

Claro está también, y de lo dicho se desprende, que este aspecto de putativo que presente el matrimonio anulado no tiene el carácter de definitivo mientras no sea declarado judicialmente. Entretanto, la situación de los presuntos ex cónyuges putativos y la de sus hijos es incierta; están expuestos a que en cualquier momento se declare que el matrimonio no fué putativo. Si quieren evitar esta incertidumbre deben probar, en el juicio mismo de nulidad o en otro posterior, que en dicho matrimonio concurrieron todos los requisitos exigidos por la ley para que produzca los efectos del válido. La sentencia que al respecto se dicte declara expresamente la putatividad del matrimonio, y estimamos que produce cosa juzgada absoluta, respecto

de todo el mundo, por cuanto se pronuncia implícitamente sobre el estado civil de los hijos (si son legítimos o ilegítimos) y en cierto modo sobre el que han tenido los padres (si han sido casados o no). Para que produzca tal efecto es, por supuesto, necesario, que se haya dictado contra legítimo contradictor, y puede reputarse que lo es, en ausencia de texto legal expreso sobre el particular, toda persona que tenga algún interés pecuniario en oposición con el de los que desean que el matrimonio produzca efectos de válido.

### EFFECTOS DEL MATRIMONIO PUTATIVO.

Se entiende por efectos del matrimonio putativo los que éste produjo mientras tuvo el carácter de tal, esto es, desde el instante de su celebración hasta el instante en que faltó la buena fe respecto de ambos cónyuges.

En el hecho, durante todo ese tiempo, el matrimonio era reputado verdadero, puesto que su nulidad no había sido declarada; como verdadero debe haber producido, en consecuencia, efectos. Una vez declarada la nulidad, si el matrimonio era nulo simplemente esos efectos se borran, desaparecen retroactivamente; pero si era putativo ellos perduran, se perpetúan, lo cual no significa que sigan produciéndose en el futuro, sino tan solo que la ley no los desconoce en el pasado; más al contrario, los reconoce expresamente.

Es lo que dice el art. 122 del C. Civil, al establecer que el matrimonio putativo "produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que de buena fe y con justa causa de error lo contrajo; pero dejará de producir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges".

¿Qué significa que "produzca los mismos efectos civiles que el válido"? Para determinarlo conviene distinguir si en el matrimonio anulado ha existido buena fe de ambos cónyuges o de uno sólo.

**Buena fe de ambos cónyuges.** Los efectos que este matrimonio produjo desde su celebración hasta que se declaró su nulidad, o al menos, hasta que cesó la buena fe respecto de ambos cónyuges, no se borran, sino que subsisten y se mantienen íntegramente.

Los cónyuges tuvieron en ese tiempo el estado de casados y los derechos y obligaciones recíprocas inherentes a él, y por consiguiente la violación que de tales obligaciones y derechos pueda haberse cometido por

cualquiera de ellos, acarrea todas sus consecuencias jurídicas, lo mismo que si el matrimonio hubiera sido válido.

El marido ejerció la potestad marital; la mujer fué relativamente incapaz. Conforme a esta estimación se valoran todos sus actos durante dicho lapso.

Fueron válidas y subsisten las donaciones por causa de matrimonio que se hicieron el uno al otro.

Existió entre ellos sociedad conyugal, y procede en consecuencia disolverla y liquidarla. Ya dijimos, citando al señor Alessandri, que ella se disuelve de pleno derecho, sin necesidad de declaración expresa del tribunal, desde que la sentencia que declara la nulidad del matrimonio queda ejecutoriada y se subinscribe al margen de la respectiva inscripción del matrimonio. Es éste un efecto normal de dicha sentencia; ello en conformidad al art. 1764 del C. C. y como consecuencia de la presunción de buena fe que ampara a los cónyuges. Desde ese mismo momento, cualquiera de éstos puede pedir la liquidación de la sociedad, la cual se practicará en la forma que dispone el párrafo 5 del Título XXII del Libro IV del C. Civil (23).

Los hijos que durante la buena fe de ambos cónyuges fueron concebidos, se reputan legítimos (arts. 35 y 179 del C. C.). Sin embargo, los concebidos antes del matrimonio y que hubieran sido legitimados en él, se consideran a pesar de todo, ilegítimos; su legitimación no vale (art. 203 del C. C.). He aquí una inconsecuencia del legislador, que repercute cruelmente sobre dichos hijos. Ello se debe a razones históricas: se decía por los antiguos tratadistas que esos hijos eran frutos de relaciones ilícitas y la buena fe posterior de sus padres, en el matrimonio, no tenía por qué beneficiarlos. En verdad, igual cosa podría decirse de todo hijo legitimado. En una reforma del Código esta disposición deberá cambiarse.

La patria potestad, en fin, que se haya ejercido por el padre o madre sobre los hijos, es perfectamente válida.

**Buena fe de uno solo de los cónyuges.** En este caso, sólo se reconocen y subsisten los efectos que el matrimonio anulado produjo respecto del cónyuge de buena fe y se consideran los demás como no producidos. Tal se desprende del art. 122.

Que subsisten los efectos que produjo sólo "respecto del cónyuge de buena fe" significa que sólo él puede invocarlos, pero no

que sólo  
fician  
puede  
razón  
yo; pr  
hijos.  
122, a  
sas qu  
hecho  
buena  
ción de  
1790 a  
cha nul  
nacione  
nio se  
mala fe  
gislador  
nio anu  
ge de b

Sin e  
se que  
buena  
indica  
trimoni  
to en su  
tó por  
frente a  
casados,  
herentes  
te, resp  
delidad.  
por ejer  
terio h  
sentenci  
nio no  
cobra en  
nanciales  
mujer.

Esa s  
la incap  
matrimo  
de buer  
arbitrio  
Igual  
los bier  
ciudad  
esta exi  
ne el d  
consien  
declarac  
forme  
conform  
nidad  
der que  
favorez  
perjudi

que sólo tienen valor en cuanto a él lo benefician y jamás en su contra. A primera vista puede pensarse lo contrario, atendiendo a la razón fundamental del matrimonio putativo: proteger al cónyuge de buena fe y a sus hijos. Además, el inciso segundo del art. 122, al decir que "las donaciones o promesas que por causa de matrimonio se hayan hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fe, subsisten no obstante la declaración de nulidad del matrimonio", y el art. 1790 al permitir que una vez declarada dicha nulidad, puedan "revocarse todas las donaciones que por causa del mismo matrimonio se hayan hecho al que lo contrajo de mala fe", parecen indicar que la idea del legislador hubiera sido dar valor al matrimonio anulado sólo en lo favorable al cónyuge de buena fe.

Sin embargo, no lo ha dicho así, y la frase que emplea: "respecto del cónyuge que de buena fe y con justa causa de error, etc.". indica otra cosa: la ley estima que el matrimonio tuvo valor para este cónyuge, tanto en su favor como en su contra. Le reportó por consiguiente todos los derechos que frente al otro cónyuge le daba su calidad de casados, pero también todos los deberes inherentes a esa calidad. Tuvo, por consiguiente, respecto del otro, las obligaciones de fidelidad, socorro y asistencia. Y si hubiera, por ejemplo, faltado a la fidelidad, y su adulterio hubiera dado motivo al divorcio, la sentencia posterior de nulidad del matrimonio no le quita el carácter de adúltero, ni recobra en virtud de ella su derecho a los gananciales ni al cuidado de los hijos, si fuera mujer.

Esa sentencia tampoco borra en la mujer la incapacidad de que fué objeto mientras su matrimonio produjo efectos, y el cónyuge de buena fe puede hacerla valer o no, a su arbitrio.

Igual cosa ocurre en cuanto al régimen de los bienes. Se ha discutido si hubo o no sociedad conyugal. Parece ser, en verdad, que esta existió, pero el cónyuge de buena fe tiene el derecho de hacerla valer o no, y por consiguiente, de pedir su liquidación una vez declarada la nulidad del matrimonio, conforme a las reglas de la sociedad conyugal o conforme a las del cuasi-contrato de comunidad (25). Claro está que no puede pretender que se aplique una regla en lo que le favorezcan y otra en lo que aquellas le sean perjudiciales.

Ya hemos dicho lo que sucede con las donaciones por causa de matrimonio.

En cuanto a los hijos, concebidos en este matrimonio putativo durante la buena fe de uno de los cónyuges, son legítimos y tienen frente a ambos los derechos de tales. Se ha sostenido, no obstante, lo contrario, sobre la base de una interpretación errada de las expresiones que usan los arts. 35 y 179 del C. C. al referirse al matrimonio putativo en que deben haberse concebido los hijos para que sean legítimos. Según el primero, son hijos legítimos "los concebidos en el matrimonio verdadero o putativo de sus padres que produzca efectos civiles, etc." y el segundo, insiste en que lo es el "concebido en matrimonio putativo mientras produzca efectos civiles según el art. 122". Se hace hincapié en las frases subrayadas: "que produzca efectos civiles" y "mientras produzca efectos civiles" y en que debe tratarse del matrimonio putativo "de sus padres" —de ambos—, para concluir que si en alguno cualquiera de ellos falta la buena fe, los hijos no pueden ser jamás legítimos. Don Rafael Moreno E., tratando del Matrimonio putativo y la Bigamia, dice textualmente: "... el Código exige que los hijos sean concebidos durante el matrimonio putativo de ambos padres que respecto de ellos produzca efectos civiles, porque la legitimidad es indivisible y supone relación legítima con el padre y la madre de manera que ambos estén de buena fe. De lo expuesto se sigue que en el caso de bigamia, el segundo matrimonio jamás ha sido ni será putativo porque el cónyuge bigamo, al estar casado legalmente con otra persona, estaba por lo mismo de mala fe al contraerlo". (26).

Sabemos nosotros, sin embargo, que el significado de las expresiones citadas es muy distinto del que le asignan quienes de esta manera opinan, cayendo en tan lamentable error. Dijimos al principio, que el Código Chileno llama "matrimonio putativo" al que tiene apariencias de válido por haberse celebrado con las solemnidades legales, sin importarle para llamarlo así que produzca o no efectos civiles. Agregamos que un matrimonio putativo, esto es, aparentemente válido, produce efectos civiles cuando reúne las condiciones que el art. 122 señala. En consecuencia, cuando el Código habla de "matrimonio putativo de sus padres" no quiere decir: "matrimonio que produzca efectos civiles respecto de ambos", sino sólo: "matri-

monio celebrado con las solemnidades legales". Si ha sido celebrado en esta forma, necesariamente lo será respecto de ambos cónyuges. Y de allí que agregue las expresiones: "que produzca efectos civiles" o "mientras los produzca," en las cuales nada indica que esos efectos deban producirse respecto de ambos padres. Por el contrario, bastan que se produzcan "según el art. 122" —lo dice el 179—, y el 122 habla de efectos "respecto del cónyuge que de buena fe y con, etc". esto es, se coloca precisamente en el caso en que uno solo de los cónyuges esté de buena fe.

Por lo demás, la historia de la ley demuestra que basta la buena fe de uno de los padres, para que los hijos sean legítimos. Entre los comentadores del Derecho canónico fué discutido este punto; algunos pretendían dividir los efectos del matrimonio: los hijos serían legítimos respecto del padre de buena fe e ilegítimos respecto al otro. Pero se comprendió lo absurdo de esta división, y la cuestión fué resuelta en el sentido que indicamos. Es la decisión del capítulo: "Qui filii sunt legitimi", el cual "se pone en el caso de un hombre que durante la vida de su mujer ha contraído matrimonio con otra, la cual ignoraba que estuviera casado. Inocente III decidió, que la buena fe de la madre hace reputar legítimos los hijos que ella haya tenido en ese matrimonio nulo, aun para los efectos de cobrar la sucesión de su padre que ha contratado de mala fe". (27). Se admitió así expresamente que el matrimonio del bigamo produjera efectos civiles, y que sus hijos fueran legítimos. Hemos indicado ya que nuestro Derecho siguió al Derecho canónico en materia de Matrimonio Putativo. El señor Claro Solar observa, por lo demás, que esta es la solución generalmente adoptada por legislaciones y tratadistas, y aunque hemos consultado diversas obras, no hemos hallado una sola que sostenga lo contrario.

Siendo los hijos legítimos, deben haberse hallado bajo la potestad del padre o de la madre. Los tratadistas opinan, eso sí, que sólo el padre o la madre de buena fe pueden haber ejercido esa patria potestad. Este tiene también derecho a suceder a los hijos, no así el padre de mala fe.

**Duración de los efectos.** Los efectos señalados sólo se producen, respecto de ambos cónyuges, hasta el instante en que cesa la buena fe de uno cualquiera, y cuando sólo uno está de buena fe, respecto sólo de ese, hasta

que su buena fe termina. Con posterioridad no siguen produciéndose. Pero los ya producidos se perpetúan en el futuro. Así los hijos siguen siendo legítimos, no pierden su calidad de tales ni los derechos que de ella derivan.

Sobreviene la duda de si la patria potestad que alguno de los padres ejercía sobre los hijos no emancipados mientras el matrimonio produjo efectos de válido puede continuar ejerciéndola o no. Creemos que si ambos padres estuvieron de buena fe pueden continuar ejercitando esos derechos, por cuanto son padres legítimos de sus hijos y esta sola circunstancia basta para concedérselos (art. 240). Ninguna otra exige la ley. Pero si uno estaba de mala fe no puede él ejercer la patria potestad de sus hijos una vez declarada la nulidad del matrimonio, porque no produciendo éste efectos jurídicos a su respecto, no es padre legítimo, aunque los hijos y su cónyuge tengan el carácter de legítimos, por beneficiar de los efectos del matrimonio.

Una cuestión interesante de resolver es la relativa al cuidado de los hijos menores una vez disuelto el matrimonio. La ley en ninguna parte se pronuncia sobre ella, pero como suele asimilarse la declaración de nulidad de un matrimonio putativo a la de divorcio, por cuanto respeta al pasado y disuelve el matrimonio para el futuro —sería un divorcio con disolución de vínculo—, piensan algunos que puede aplicarse las reglas que en materia de divorcio establece el legislador. Si ambos cónyuges estuvieron de buena fe, el cuidado de los hijos menores de diez años sin distinción de sexo y el de las hijas de toda edad tocaría a la madre, y el de los hijos varones mayores de diez años al padre. Si uno solo estuvo de buena fe, a este sólo correspondería, junto con la patria potestad, el cuidado de todos los hijos, sin distinción.

Para terminar, debemos anotar que la tendencia moderna en materia de matrimonio putativo es la de reducir al minimum los requisitos y dar la mayor generalidad y amplitud posible a sus efectos. Especialmente hay interés en proteger a los hijos, y se llega a consagrar en obsequio de la justicia, que repugna que la mala fe de los padres recaiga sobre los hijos, un principio según el cual los hijos son legítimos aunque sus padres no se hubieran casado de buena fe. (Códigos



Suizo, Brasileño y Mejicano). También se establece expresamente, para que no haya dudas, que el carácter de putativo se presume

en todo matrimonio anulado, salvo prueba en contrario.

Nuestro derecho, lo esperamos, evolucionará pronto en ese sentido, para terminar con las discusiones y en honor a la equidad.

*Bien, joven! Continúe.*  
*8-xi-39. M.A.C.*

Referencias

- 1) Pothier.— Oeuvre de... Tomo VI, pág. 197, Código Civil francés. arts. 201 y 202.
- 2) Moreno Echavarría, Rafael.— Apuntes sobre el Matrimonio Putativo y la Bigamia. Revista de Derecho, Tomo XXXIV, pág. 37.
- 3) Claro Solar, Luis.— Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo I, N.º 516 y 530.  
Somarriva, Manuel.— Derecho de Familia.  
Alfonso, Paulino.— Estudio sobre la Ley de Matrimonio Civil.
- 4) Moreno Echavarría, Rafael.— Ob. cit.
- 5) Fuentes Quezada, Raúl.— Del Matrimonio Putativo. Memoria de prueba.
- 6) Del Río Rondanelli, Aurelio.— El Matrimonio Putativo y la Incompetencia del Oficial del Registro Civil. Memoria de Prueba.
- 7) Claro Solar, Luis.— Ob. cit. Tomo Primero, N.º 756.  
Somarriva, Manuel.— Ob. cit. Memorias citadas.
- 8) Corte Suprema. Cas. Eppe con Mohr. 10-octubre-1931. R. D. y J. Tomo XXIX. Sección Primera, pág. 73.  
Corte de Talca. 3-diciembre-1934. Gaceta de 1934, 2.º semestre, pág. 384.  
Corte de Valparaíso. 26-septiembre-1922. Gac. de 1922, 2.º sem. pág. 760.
- 9) Claro Solar. Ob. cit. Tomo Primero. N.º 759.
- 10) Esmein A.— Le mariage en Droit Canonique.
- 11) Zacharie, Demolombe, Laurent, Planiol et Ripert, Aubry e Rau, Baudry Lacantinerie, Ricci, etc.
- 12) Claro Solar.— Ob. cit. Tomo I. N.º 757.  
Somarriva.
- 13) Claro Solar, idem.
- 14) Moreno Echavarría. Op. cit.
- 15) Corte Suprema. Cas. Citada.  
Corte de Concepción. 2-diciembre-1926. Gaceta de 1926, 2.º Sem. pág. 646.
- 16) Alessandri Rodríguez, Arturo.— Tratado Práctico de las Capitulaciones matrimoniales de la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer casada. N.º 765.  
Somarriva, M.— Ob. cit.
- 17) Colin y Capitant, Dalloz, Merlin, Planiol et Ripert.  
Barros Errázuriz.— Comentarios de Derecho Civil.— Tomo III.
- 18) Laurent, Baudry Lacantinerie, Hue. Con ellos Ricci en Italia.
- 19) Zacharie, Demolombe, Mercade, Aubry e Rau.
- 20) Planiol et Ripert.— Traité pratique de Droit Civil Française. Tomo Segundo, pág. 248 y sig.
- 21) Fuentes Quezada. Memoria citada.
- 22) Alessandri R., Arturo.— Ob. cit. N.º 765.
- 23) Alessandri R., Arturo.— Ob. cit. N.º 765.
- 24) Pothier.— Ob. cit.
- 25) Alessandri R., Arturo.— Ob. cit. cit. N.º 767.  
Somarriva.— Ob. citada.  
Planiol y Ripert.— Ob. cit.  
Baudry Lacantinerie.— Précis de Droit Civil. Tomo I.
- 26) Moreno Echavarría.— Ob. cit.
- 27) Pothier.— Ob. cit.  
Esmein.— Ob. cit.

túen las inscripciones especiales que prescribe el art. 688.

Tratándose de la condición resolutoria ordinaria y no habiendo fideicomiso no se aplica tampoco la disposición que comentamos en el caso del pacto de retroventa ni en el caso del artículo 1896.

Como se ve, el principio del art. 1486 inc. 2.º tendría demasiadas excepciones.

6.º Una última razón para no aplicar esta razón a la condición resolutoria sería el siguiente: Si el que tiene la cosa bajo condición la enajena a un tercero que está de mala fe, cumplida la condición el acreedor puede reivindicar la cosa que se poseía bajo condición resolutoria y operada la reivindicación entre reivindicante y el tercero, tendrían lugar las prestaciones mutuas que deberían regirse por el art. 904 y siguientes y entonces llegaremos a la siguiente conclusión: Al ter-

cer adquirente, aunque esté de mala fe, el reivindicante va a tener que restituir lo que ha gastado en mejoras necesarias; en cambio, al que era verdadero dueño no tendría que darle nada por concepto de mejoras. Es este en realidad un absurdo; una imposición odiosa, que según los dictados del derecho social debería interpretarse restrictivamente; pero nuestro C. C. no acepta esta interpretación restrictiva o extensiva, pues dice en su art. 23: "Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en consideración para ampliar o restringir su interpretación". Afortunadamente creemos que los argumentos anteriores son suficientes para decidirse por la doctrina que sostenemos.

Roberto Betancour.

## PERFIL DE COLABORADORES

### PATRICIO AYLWIN

Hijo de un prestigioso jurisconsulto chileno, heredando de éste la pasión por las jornadas del pensamiento, alumno meritorio de nuestra Facultad, Patricio Aylwin significa una noticia de juventud estudiosa en nuestra revista.

Su trabajo ha sido recomendado especialmente como digno de divulgarse por el profesor de Derecho Civil, don Manuel Somarriva Undurraga, lo que es su mejor tarjeta de presentación.

### ROBERTO BETANCOUR

Llegado de la Universidad de Concepción, Roberto Betancour demuestra una dedicación por los problemas jurídicos que le proporciona frutos tan significativos, como el que aparece en el primer número de "MASTIL".