

A. Verdugo

DERECHO CIVIL

MEXICANO



3

KM19
.M6
V4
v.3

CAPILLA ALFONSINA

1080035326

ABEL. [illegible]L LEAL

IC.692.

UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

DC 692

PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO.

UANL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

PRINCIPIOS

DE

DERECHO CIVIL MEXICANO

Comentados segun los más célebres jurisconsultos,
las leyes antiguas ROMANAS y ESPAÑOLAS y las ejecutorias
de los diversos Tribunales de la República,

POR EL

LIC. AGUSTIN VERDUGO,

PROFESOR ADJUNTO

de la cátedra de Elocuencia de la Escuela Nacional de Jurisprudencia.

Une jurisprudence forte et savante n'est pas seulement une distraction d' erudit, mais un élément necessaire à la vie d'un peuple.—LERMINIER.

Bono sui sæculi quisque, citrá obtrectationem alterius, utatur.—TACITUS.

TOMO III.

MÉXICO

TIPOGRAFIA DE ALEJANDRO MARCUÉ,

CALLE DE TIBURCIO NUM. 18.

1887.

FONDO
ABELARDO A. LEAL LEAL
Capilla Alfonsina
Biblioteca Universitaria
74776

CAPILLA ALFONSINA
V.3
FONDO
ABELARDO A. LEAL LEAL

Esta obra es propiedad del autor. Cualquier ejemplar que no lleve su firma manuscrita en este lugar, se considerará como falsificado. Se reservan los derechos de traduccion en general.

Quedan hechos los depósitos de ley, (arts. 1,154, 1,201, 1,208, 1,234, 1,235 y 1, 248 del Codigo Civil).



CAPITULO V.

DEL DIVORCIO.

Art. 226. El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio: Suspende solo algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos de este Código.

1. Hé aquí una de las mas graves cuestiones que han agitado á los espíritus en los tiempos modernos. La filosofía, la historia y aun el arte han sido empleados en el estudio y resolucion del problema, que surge de las desgracias que al matrimonio aquejan. Si en alguna materia se han visto con el mayor encarnizamiento los asaltos librados á la doctrina católica por sus enemigos es en esta, que envuelve en su aparente sencillez un conjunto imponente de cuestiones y dificultades, de intereses y temores, todos relativos al bienestar público y social. La pasion, libre de los consejos prudentes y oportunos del entendimiento, ha dominado el asunto del divorcio de tal modo que, oscurecidas aun las nociones mas triviales de moral y de derecho, muchos tratadistas se han dejado ofuscar por el espectáculo de las

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

desgracias conyugales y para remediarlas, no encuentran otro medio que la ruptura completa de unos lazos que ya se consideran relajados sin esperanza de reanudacion.

Hay un lado comun á las dos escuelas que se dividen el campo de esta trascendental discusion y es que ambas convienen, en que, sea cual fuere el ideal religioso y social en órden al matrimonio, el cual no puede ser otro que la perpetuidad del vínculo, y por muy sanos que sean los propósitos de los contrayentes al comprometerse en obligaciones tan graves como las de esposo y padre, la realidad fustra muy frecuentemente tales esperanzas, viniendo el hogar á convertirse en triste mansion de insoportables dolores, de amarguras indecibles y de desengaños sin cuento. El Catolicismo, sin negar tales hechos, defiende la subsistencia del vínculo matrimonial, permitiendo y autorizando solamente la simple separacion de lecho y habitacion, *quoad thorum et habitationem*. Sus enemigos van mas allá y defienden la ruptura de un lazo, que segun ellos no debe fortalecerse ni sostenerse con agravio del derecho de los esposos, para ir á buscar la felicidad en otra union. Nada hay pues mas opuesto que ambas escuelas, de las cuales la una sujeta nuestra variable nuturaleza al yugo de un principio, mientras la otra, amedrentada, así queremos creerlo por las desventuras del hogar, cede á ellas y proporciona al hombre la ocasion de remediarlas por medio del cambio de obligaciones.

Largo seria exponer los antecedentes jurídico-históricos en los varios pueblos y legislaciones antiguos sobre el punto del divorcio. Conformémonos pues con mencionar los principales, es decir, los de aquellas naciones, cuya civilizacion ha influido notoriamente en la moderna.

2. Entre los judíos era permitido el divorcio (1); pero los

(1) *Deuteronomio*, cap. 23, v. v. 1, 2, 3 y 4.

hebraizantes mas eminentes convienen en que tal permision fué una condescendencia del legislador temporal á un abuso necesario y como el único medio eficaz para prevenir abusos mayores S. Juan Crisóstomo expone con toda claridad el verdadero espíritu de la ley mosaica. "El judío estaba dispuesto, dice, á matar á su mujer, si no le era permitido despedirla. Moisés estableció, pues, el divorcio, no como un bien, sino como remedio de un mayor mal. Esta ley solo podia producir la paz exterior: el crímen de homicidio, delante de Dios, está todo entero en el ódio y en la venganza de que el corazon se llena, y el divorcio mismo es un nuevo pecado." El mismo Padre dice en otro lugar: "Este reglamento ha sido hecho para prevenir otro género de crímen mucho mas atroz. Si hubiera sido mandado que se conservase la mujer odiosa, el ódio habria concluido al homicidio. Tal era la nacion de los Judíos, que no perdonaban ni á sus propios hijos, que asesinaban á los profetas, que esparcian la sangre humana como el agua. Moisés respetó el menor crímen para evitar el mas grande. Que esta ley no tuvo por objeto directo y principal autorizar el divorcio, resulta de las siguientes palabras de Jesucristo: *Moisés ha acordado esta indulgencia á la dureza de vuestros corazones;* él ha preferido el repudio á la muerte secreta de las mujeres (1)." S. Gerónimo dice: "Notad que Jesucristo no dijo: *á causa de la dureza de vuestros corazones, el divorcio os ha sido permitido por Dios, sino por Moisés.* Hé aquí una ley humana, un reglamento, una indulgencia, una invitacion del hombre, pero no un mandato de Dios, segun las expresiones del Apóstol (2)." S. Pablo escribia á los Corintios: *Hæc dico secundum indulgentiam, non secumdum imperium.* Del mismo modo se expresa Buxtorf: "Es evidente, dice este célebre orientalista, que los judíos han in-

(1) S. Juan Crisostomo, Homilias 12 y 17, cap. 5.
(2) S. Geronimo, *sobre S. Mateo*, cap. 19.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

terpretado mal las expresiones de Moisés, y que su verdadera explicacion se encuentra en las palabras de Jesucristo (1)."

Los Judíos mismos no podian dudar de esto ante las siguientes palabras del profeta Malaquías: "Habeis cubierto el altar del Señor de lágrimas y de gemidos. El mismo santo lugar está de luto á la vista de vuestros crímenes; yo no miraré ya vuestros sacrificios y rechazaré vuestros presentes expiatorios. ¿Por qué?.....Por que el Señor mismo ha intervenido como testigo entre vosotros y la mujer de vuestra juventud; por que la habeis menospreciado, aunque fuese vuestra mitad, vuestra esposa por una alianza solemne. ¿No es ella la obra del mismo Dios, el producto del mismo soplo? El no pide sino una raza de hijos de Dios. Guardad pues vuestro espíritu puro, y no desprecieis á la mujer de vuestra juventud. El Señor Dios de Israel ha dicho: despedidla si habeis concebido aversion hácia ella. Pero el Dios de los ejércitos ha dicho: cualquiera que obra así, es cubierto de iniquidad. Guardad vuestro espíritu puro y no menosprecies á vuestra mujer." De este pasaje ha sido tomada la frase del Talmud, en el capítulo del Sanhedrin; "que el altar llore sobre aquel que despide á su primera mujer.....; que su espíritu disminuya: *Non custodit espiritum suum.*" Ante estas autoridades Merlin no puede menos que declarar que tal es el carácter de la ley del divorcio entre los judíos. Es una condescendencia del legislador temporal, dice este autor, á un abuso necesario, la única que podia prevenir abusos más grandes. Así, esos lugares de prostitucion que presentan en las grandes ciudades una red tan funesta á las costumbres de la juventud, ninguna policía en ningun país ha podido llegar á suprimirlos: muchos reglamentos han sido dados para hacerlos menos perniciosos y más tolerables, sometiendolos al ojo del

(1) Buxtorf, *De sponsalibus et divortiis*, pág. 99.

magistrado; muchas leyes les han sido impuestas por los príncipes más religiosos y más sabios. ¿Se dirá por esto que la prostitucion es permitida, que el desórden es autorizado, que la licencia se ha hecho legítima? (1).

En cuanto á las causas de divorcio entre los judios debe tenerse presente que las dos escuelas, la de Hillet y la de Samaias esplicaban de diverso modo la ley de Moises. La primera se mostraba excesivamente indulgente hácia la ruptura del lazo conyugal; miéntras que la segunda era mas severa, interpretando mas rigurosamente el Deuteronomio.

3. La legislacion romana va á suministrarnos datos no menos interesantes que los precedentes sobre el divorcio antiguo. Fundada la familia romana sobre la exclusiva y omnipotente autoridad del varon, á quien pertenecian todos los derechos y prerrogativas, facil es comprender que el matrimonio romano desde su orígen no podia ser indisoluble. Así Plutarco dice: "entre las leyes de Romulo hay una muy dura: es aquella que prohibiendo á las mujeres dejar á sus maridos, autoriza á estos para repudiar á aquellas cuando se han hecho culpables de una suposicion de parto, se han procurado llaves falsas, han preparado un veneno, cometido un adulterio ó embriagado (2)." Tales eran las únicas causas admitidas, en el principio de la historia romana, para el divorcio. Esta ley de Romulo no autorizaba el divorcio sino en beneficio del marido, debiendo creerse segun Montesquieu, que el derecho de repudiacion fué igualmente dado á la mujer, cuando esta recibió de la ley de las XII Tablas el derecho de sustraerse á la *manus* (3). Pothier enseña que es-

(1) Merlin, *Repert.* "Divorce," sect. 1. —Segun las tradiciones rabinicas, el primer matrimonio era el mas honrado en las costumbres, de tal manera que no se podia repudiar á la primera mujer. (M. Drach, *sur le divorce*, pag. 34).

(2) Plutarco, "*Vita Romuli.*"

(3) Montesquieu, *Esprit des lois*, lib. 16, chap. 16.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ta legislacion permitia el divorcio á voluntad al marido y á la mujer; pero es fuera de duda que subsistió siempre cierta desigualdad entre los derechos del marido y los de la mujer. Así leemos en Aulo-Gelio: "si tu sorprendieres á tu mujer en adulterio podrias impunemente matarla sin necesidad de juicio; si tu cometieres este delito, ella no osaria tocarte ni aun con la punta del dedo, porque no está en su derecho (1)."

Refiere la historia que durante muchos años no se dio en Roma, sino un caso de divorcio, el cual fué el primer ejemplo de ese derecho, que desde entónces empezó á ser uno de los disolventes más eficaces de la sociedad romana. Espurio Carvilio Ruga repudió á su esposa en el año 520 por causa de esterilidad. Sin embargo la crítica histórica no ha podido aceptar que en quinientos años la fidelidad al lazo conyugal fuese tan firme, que nadie se sintiera tentado de usar de las facilidades dadas por las leyes para obtener la ruptura. Por esto Montesquieu comentando este pasaje dice: "basta conocer la naturaleza del espíritu humano para comprender qué prodigio sería que la ley diese á todo un pueblo un derecho semejante, sin que nadie usase de él." En apoyo de esta observacion vienen dos hechos los cuales tambien se recuerdan por lo señalado de las personas que en ellos intervinieron. Valerio Máximo refiere que en el año 447 Lucio Antonio fué expulsado del Senado por haber repudiado á su mujer, sin tomar consejo de sus amigos, y que Sempronio Sofo en 470 repudió tambien á su mujer porque habia asistido á los juegos públicos sin su permiso (2). Tito Livio dice apropósito del divorcio de Carvilio Ruga, que este suceso desagradó al pueblo, no tanto por su novedad *(non magis novitas)* cuanto por su atrocidad; se consideraba inadmisible que fuesen repudiadas por una causa

(1) Lib. 10, cap. 23.

(2) Valerio Máximo, lib. 2, cap. 9. núm. 2.

cualquiera mujeres que se habian dado en matrimonio en vista de una sociedad perpetua (1). Mr. Klenze observa que el divorcio de Carvilio causó tanta emocion y adquirió tanta celebridad porque el pueblo olvidó las antiguas reglas y empezó á referir á Carvilio el punto de partida de la nueva doctrina, como sucede generalmente en la historia en la cual se elige un acontecimiento cualquiera para que sirva de derrotero en las investigaciones.

4. Pero poco despues el divorcio arrastró tras sus incentivos á multitud de ciudadanos, hasta el extremo de convertirse en costumbre muy generalmente seguida. Las conquistas de Roma en el Oriente trajeron á ella toda la molicie y liviandad de los pueblos del Asia. Plinio que conocia el orígen del mal gritaba: *Græci vitiorum omnium genitores.* Sulpicio Galo repudia á su mujer porque habia resultado ser calva (2). Antistio Vera hace otro tanto, porque habia sorprendido á su esposa de paseo con una liberta mal alimentada. Diéronse casos de repudio aun sin motivo. Paulo Emilio despidió á la virtuosa Papiria, madre del segundo Scipion el *Africano*, diciendo: mi calzado está nuevo, bien hecho y sin embargo me veo obligado á cambiarlo; ninguno sabe como yo donde él me oprime." Plutarco aprueba este razonamiento, porque, dice, la sociedad de ciertas mujeres acaba por inspirar una aversion irresistible en razon de ofensas ligeras, de incompatibilidad de carácter y de disgustos secretos de que el marido solo puede darse cuenta. Bruto se casó con Valeria el dia mismo de su divorcio. Syla repudió á su mujer Cecilia para casarse con Metela. Pompeyo se divorció para unirse con Emilia, hija de Syla, la cual era casada y se hallaba en cinta. César repudió á Pompeia por una simple sospecha, diciendo á los tribunos: "de la mujer de César no debe ni

(1) Tito Livio, lib. 20, cap. 21.

(2) Valerio Máximo, lib. 6, cap. 3, núm. 10.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

aun sospecharse." Plutarco refiere que Hortensio, amigo y admirador de Caton de Utica, suplicó á este que le cediese á su mujer Marsia que se hallaba en cinta, en lo cual consintió Caton, reservandose consultar al padre de aquella; firmado el contrato, el nuevo marido vivió hasta el fin de sus dias con tal mujer, la cual una vez viuda, volvió á casarse con Caton (1). Ciceron que no escapó al contagio general, pues repudió á Terencia, so pretexto de que era pródiga, nos dice que una rica heredera tenia un medio muy sencillo de desembarazarse del culto de los *sacra privata*: casada con un anciano pobre y hecha la *coemtio* con él, pasaba bajo su *manus*, trasportandole sus bienes y sus *Sacra*. Pero despues por una emancipacion rompia el poder marital, recobraba sus bienes y los *Sacra* quedaban en casa del anciano, á quien ella podia desde entónces repudiar, asignandole un cierto salario por los sacrificios prescritos. La ceremonia de la Confarreacion, caida casi en desuso en esta época, podia ser destruida por la de la Disfarreaccion. En medio de la fácil disolucion de todos los matrimonios, ¡cosa extraña y digna de ser meditada! solo el matrimonio del *flamin*, es decir, de los grandes sacerdotes, era indisoluble.

5. La corrupcion de costumbres habia llegado á tal extremo, que no era necesario ni aun la presencia de los conyuges para el divorcio. Así Celio escribia sencillamente á Ciceron, que Paula Valeria acababa de divorciarse sin causa, casandose con Bruto el dia mismo en que el marido volvia de la provincia (2).

6. El jurisconsulto Paulo dice: *Bene concordans matrimonium separari á patre divus pius prohibuit: itemque a patrono libertum, á parentibus filius filiamque, nisi forte quæratur ubi utilius morari debeat* (3). Luego hasta el emperador Antonino habia bastado para el divorcio la voluntad del *pater familias*. Por

(1) Plutarco, *Vida de Caton*, § 2.

(2) Cic. *ad div*, VIII, 7.—*Pro Cluent*, 5.

(3) *Sent de Paul*, lib. 5, tit. 6. § 15.

esto Augusto envió el *repudium* en nombre de su hija Julia á su yerno Tiberio, y Caligula rompió el matrimonio de ciertas mujeres en nombre de sus maridos ausentes. "Las mujeres, dice Mr. Troplong, viendo que no eran protegidas ni por su virtud, ni por su amor, se entregaban sin freno á los mas espantosos desórdenes, lo cual es una nueva prueba de esa verdad que atestigua la experiencia de todos los siglos, es á saber, que el exceso del divorcio conduce á la mujer al adulterio. Se les veia pues ostentar la misma licencia que los hombres, tomar parte en sus orgías, desafiar á los más intrépidos para ver quien cargaria el estómago de más vino y alimentos, sobrepasarlos aun por los refinamientos de su lujuria, siendo al fin condenadas á pagar por enfermedades precoces y extrañas á su sexo la culpa de estos vicios que no habrian jamas debido conocer (1)."

7. Una vez admitido el divorcio por consentimiento mútuo, *bona gratia*, el desbordamiento de las mujeres no tuvo ya límite y los maridos empezaron á ser sometidos á la más caprichosa de las tiranías. Caton lo habia previsto al decir en su discurso sobre la ley *Oppia:* "Desde el dia en que ellas fueren nuestras iguales, se harán nuestros tiranos. Soltad las riendas á esa naturaleza fogosa, á ese animal indómito, y esperad en seguida que ellas mismas pondrán límites á su licencia." Delante de esta depravacion general el mayor elogio que se podia hacer de una mujer era manifestar que no habia tenido sino un solo esposo. Sobre los monumentos funerarios se fijaba la siguiente inscripcion: *Conjugi piæ inclytæ, univiræ*. Juvenal satirizaba á las damas romanas que cambiaban de marido ocho veces en cinco años (2). Séneca hace la siguiente pintura de su tiempo: "¿que mujer se avergüenza hoy de divorciarse, cuando tantas damas ilustres no cuentan ya sus años por el número de

(1) Troplong. *Influence du chistianisme sur le droit civil des Romaines.*

(2) Juvenal..... *Sic fiunt octo mariti, quinque per autumnos.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cónsules sino por el de sus maridos? Se ha llegado á tal punto de depravacion que una mujer no tiene un marido sino para provocar el adulterio. Pasan por locas aquellas que ignoran que el matrimonio no es otra cosa que el adulterio. Las mujeres se divorcian para volver á casarse y vuelven á casarse para divorciarse (1)". Se conoce la amarga queja de Metelo Numidio: "Si pudieramos vivir sin mujeres, nos libertariamos de este mal; pero puesto que la naturaleza ha querido que no se pueda vivir sin ellas, es necesario pensar en la perpetuidad de la raza mas bien que en goces pasageros (2)."

8. La fórmula usada para el divorcio no podia ser más sencilla. Petronio en el Satyricon trae la siguiente: *Qui fidem solere violasti, et communem amicitiam, res tuas ocius tolle et alium locum quem polluas, quaere.* El Digesto dice tambien: *Tuas res tibi habeto; Tuas res tibi agito; Tua conditione nom utor* (3).

9. Cuando Augusto subió al poder, dice la historia, que se impuso la mision divina de conducir á Roma á la primitiva austeridad; pero el mal habia echado tan profundas raíces, que no era humanamente posible que una tan colosal revolucion se cumpliese. El adulterio se desbordaba, *magna adulteria* al decir de Tácito (4). Añádase á esto que el príncipe mismo y muchas personas notables de su córte no estaban limpios de la gangrena, que habia corrompido á la sociedad en los últimos tiempos de la República. Si las costumbres de los grandes tienen que reflejarse sobre la multitud, que no conoce otra ley que los ejemplos de aquellos que mandan, ¿como pudiera Augusto restablecer la dignidad del matrimonio, cuando él mismo repudiaba á Scribonia para casarse con Libia, á quien arrancaba en cinta de seis meses á su marido Tiberio Neron? Mas tarde el

(1) Séneca. *De beneficiis*, lib. 3, cap. 16.
(2) Aulo Gelio, lib. 1, cap. 6.
(3) *Dig.* lib. 24, tit. 2, l. 2.
(4) Tacit, *Hist.* l. 2.

emperador se hacia entregar las mujeres de los principales ciudadanos. Séneca refiere que Mecenas, se casó mil veces; pero la verdad es que repudió y recobró á su mujer un número de veces incalculable, de lo cual Horacio, compañero y amigo de Mecenas, se muestra indignado. Suetonio dice: *Augustus divortiis modum imposuit.* Esta asercion del historiador no es exacta. Las leyes *Julia* y *Papia Poppæa* no hicieron sino establecer ciertas formalidades para que el divorcio fuese pronunciado. *Nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habetur* dice Ulpiano (1). ¿Cuales eran estas formalidades? Paulo dice: *Nullum divortium ratum est nisi septem civibus romanis puberibus adhibitis præter libertum ejus qui divortium faciet. Libertum accipiemus etiam eum, qui á patre, avo, proavo, et cæteris sursum versum manumissus sit* (2). Desde que estas formalidades eran cumplidas, empezaba el divorcio segun la ley *Julia de adulteriis.* En cuanto á las causas que motivaban la ruptura del matrimonio, Augusto trató de restringir el número de divorcios, pero no osó tocar á aquel que se hacia por consentimiento mútuo. *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est.* (3). Se recurria sobre todo á esta especie de divorcio, cuando la esterilidad, la vejez, la enfermedad, el servicio militar ú otra causa de carácter público ó social impedia que el matrimonio subsistiera comodamente. *Vel senectutem, aut valetudimen, aut militiam satu commode retineri matrimonium non possit.* Cuyacio llamaba esto romper el matrimonio *dulciter, sine querella et sine libello repudii, sine causa et ratione nulla.* Las causas legitimas de divorcio eran casi las mismas señaladas por Plutarco, debiendo añadirse solamente la cautividad, la ausencia del marido (4), la impotencia de este, el

(1) *Dig.* lib. 38, tit. 11, l. 1.
(2) *Dig.* lib. 24, tit. 2, l. 9.
(3) *Dig.* lib. 50, tit. 17, l. 35.
(4) *Dig.* lib. 24, tit. 2, l. 1.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

adulterio y la locura. Ulpiano expone con motivo de la causa de locura las siguientes curiosas reflexiones: *Si maritus vel uxor constante matrimonio fureri cœperint, quid faciendum sit, tractemus: et illud quidem dubio procul observatur, eam personam, quæ furore detenta est, quia sensum non habet, nuncium mittere non posse. An autem illa repudianda est, considerandum? Et, si quidem interva.lum furor habeat, vel perpetuus quidem morbus est, tamen ferendus his qui circa eam sunt, tunc nullo modo oportet dirimi matrimonium: sciente ea persona, quæ cum compost mentis esset, (et) ita furenti, quemadmodum diximus, nuncium miserit, culpa sua nuptias esse diremptas: quid enim tam humanum est quam fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri participem esse? Sin autem tantus furor est, ita ferox, ita perniciosus, ut sanitatis nulla spes supersit, circa ministros teribiles; et forsitam altera persona (vellit) vel propter sœvitiam furoris, vel quia liberos non habet, procreandæ sobolis cupidine tenta est (dirimere): licentia erit compoti mentis personæ, furenti nuncium mitere: ut nullius culpa videatur esse matrimonium disolutum, neque in damnum alterutra pare incidat* (1). El adulterio era causa de divorcio, cualquiera de los conyuges que de él fuese culpable. El marido debia repudiar á su esposa convicta de este delito, so pena de ser considerado como *leno* por la ley Julia: *Lenocinii quidem crimen lege Julia de adulteriis præscriptum est: cum sit in eum maritum pœna statuta, qui de adulterio uxoris suæ quid seperit; item in eum, qui in adulterio deprehensam retinnerit* (2). Si ambos conyuges eran culpables de ofensas recíprocas, Papiniano era de opinion que el divorcio no debia ser acordado, *paria enim delicta mutua pensatione disolvuntur* (3).

(1) *Dig.* lib. 24, tit. 3, l. 22, § 7.
(2) *Dig.* lib. 48, tit. 5, l. 2, § 2.
(3) *Dig* lib. 24, tit. 3, l. 39.

10. El efecto natural é inmediato del divorcio era la disolucion radical del matrimonio. Los esposos divorciados no solamente quedaban libres, sino que mas tarde fueron casi forzados á contraer un nuevo matrimonio, para evitar las penas en que declaraban incursos á los *cœlebs* las leyes *Julia* y *Papia Poppœa*. El marido podia inmediatamente volver á casarse; en cuanto á la mujer, Ulpiano dice: *Feminis lex Julia a morte viri anni tribuit vacationem; a divortio, sex menses: lex autem Papia a morte viri, biennium; a repudio, annum et sex menses* (1).

11. La mujer que se encontraba en cinta al pronunciarse el divorcio, debia manifestar su estado á su marido ó á su padre en los treinta dias que seguian al divorcio. El Senado Consulto *Planciano* prevenia, que marido ó padre pudieran mandar guardianes para vigilar á la mujer (2).

12. En cuanto á los hijos, al principio la ley romana no habia considerado justo romper el lazo que unia aquellos á su padre. Se comprende que, en el orígen de esta legislacion, fuesen sacrificados el interes y los derechos de los hijos á la omnipotencia del *pater familias*, que, segun Gayo, no tenia igual en las instituciones de ningun otro pueblo. Pero mas tarde, habiendo disminuido las facultades del poder paternal romano, los Pretores empezaron á confiar los hijos, en caso de divorcio, al uno ó al otro de los padres, segun las circunstancias. Así leemos en una constitucion de los emperadores Diocleciano y Maximiano: *Licet neque nostra, neque divorum parentum nostrorum ulla constitutione caveatur, ut per sexum liberorum inter parentes divisio celebretur: competens tamen judex æstimabit, utrum apud p.trem, an apud matrem matrimonio separato fili morari, ae nutriri debeant* (3). Antes Antonino Pio y Marco Aurelio se

(1). Ulpiano. *Regul.* tit 14.
(2). *Dig.* lib. 25, tit. 3.
(3). *Cod.* lib. 5 tit. 24.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

habian ocupado tambien en el interes de los hijos de los esposos divorciados, declarandose que, cuando el padre era indigno podian los hijos vivir al lado de su madre, pero sin perjuicio de la autoridad paternal. *Si vero mater sit quæ retinet, apud quam interdum magis, quam apud patrem, morari filium debere ex justissima scilicet causa, et divus Pius decrevit, et á Marco et á Severo rescriptum est; æque subveniendum ei erit per exeptionem* (1).

13. Muchas otras disposiciones pudieramos mencionar, relativas á los efectos del divorcio romano en cuanto á los bienes; pero preferimos dejarlas para otro lugar. Tal fue la legislacion vigente con respecto al punto que nos ocupa, durante los primeros siglos del imperio. Las leyes caducarias, cuyo fin inmediato era impulsar los matrimonios, de cuyos deberes huia cada vez más el Ciudadano romano, no habian servido sino para crear uniones mal concertadas é imprudentes, pues solo se trataba al contraer matrimonio de evitar el golpe de la ley que heria á los celibatarios con grandes penas. "El pueblo romano dice Gide, que asistia con una muda indiferencia á la perdida de todas sus libertades, se sublevaba, desde que se queria tocar á sus vicios (2)". La pureza del matrimonio habia ido cada dia desapareciendo y el divorcio, al decir de Tertuliano, era el voto de todos los que se casaban. Dion Casio refiere que, al llegar al Consulado, habia tres mil acusaciones de adulterio.

14. Pero el Cristianismo, que durante tres siglos habia tenido que sufrir persecuciones y tormentos, se hizo por fin la religion de Estado, reconocida por el emperador Costantino. La influencia de las nuevas ideas no podia menos que hacerse sentir sobre la familia, caida en tan hondo grado de depravacion. No se piense sin embargo, que la trasformacion se operó súbitamente, pues por un lado se oponia á ella lo arraigado del mal, y por el

(1) *Dig.* lib. 43, tit. 30, l. 1, § 3.

(2). Gide, *Etude sur le condition privée de la femme*, pág. 140.

otro ejercia tambien resistencia la volubilidad de los mismos principes cristianos. "En efecto, dice M. Troplong, si el emperador era cristiano, el mundo continuaba siendo pagano. Antes de convertir las instituciones, urgia sobre todo convertir los corazones. Las revoluciones no son verdaderamente eficaces, sino cuando las ideas y los hechos son análogos. El paganismo se hallaba profundamente arraigado en la sociedad. Menospreciado como culto, vivia en las costumbres. Mas de un cristiano por la fé, era todavía pagano por los habitos civiles y domésticos. Ahora bien, nada exige del legislador mas moderacion y sabiduria que ese poder de las costumbres, que resiste tan firmemente, cuando se trata de arrojarlo". Así es que, sin negar los importantisimos esfuerzos hechos en esta época para restituir al matrimonio la dignidad perdida, debe reconocerse que, en todo el período trascurrido desde Costantino hasta Justiniano, apenas empezó á asomar el principio de la indisolubilidad del vínculo conyugal, que, como despues veremos, fué desde su aparicion y en todos los tiempos sustentado y defendido por la Iglesia, subsistiendo el divorcio y limitandose las reformas á disminuir los casos de disolucion, á sujetar el divorcio á reglas fijas y aumentar las penas pecuniarias del esposo culpable. Segun una constitucion de Constantino del año 331, solo por tres causas podia haber divorcio: la mujer podia repudiar á su marido, cuando era declarado culpable de homicidio, de violacion de sepultura ó de mágia; del mismo modo el marido podia repudiar á su mujer, cuando era adultera ó se entregaba á infame comercio ó á los maleficios (1). Estas reformas fueron mal recibidas por la sociedad, ansiosa siempre de mayor licencia y prostitucion. Asi en 421 los emperadores Teodosio y Honorio tubieron que conceder alguna amplitud á las causas de divorcio, retrocediendo en el camino de las reformas.

(1). Código Teodosiano, *de Repudiis* l. 10.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Se distinguieron tres especies de divorcio; *el divorcio sin causa legítima;* la mujer que, pretendia divorciarse sin causa legítima, era condenada á perder su dote, la donacion ante nupcial y á la deportacion con prohibicion absoluta de volver á casarse. Las mismas penas, excepto la deportacion, eran impuestas al marido tambien en el caso de que hubiera pretendido divorciarse sin causa, y entónces la mujer podia volver á casarse al cabo de un año. El divorcio *ob mores;* si el marido era culpable de hechos que dieran lugar al divorcio, debia restituir la dote, conservaba la donacion ante nupcial y podia volver á casarse al cabo de dos años. La mujer culpable perdia la dote y la donacion y no podia nunca volver á casarse. Y *el divorcio ob crímen grave,* que tenia lugar por un crimen ó accion vergonzosa. Si el marido era culpable, la mujer recobraba su dote y la donacion ante nupcial, pudiendo volver á casarse despues de cinco años. Si lo era la mujer, el marido guardaba la dote y la donacion, pudiendo volver á casarse inmediatamente (1). Apesar de tantas facilidades concedidas al divorcio, Teodosio el Jóven abrogó en el año 439 esta legislacion, estableciendo el divorcio por consentimiento mútuo y las antiguas leyes del viejo mundo pagano (2) Los emperadores Teodosio y Valentiniano III. dieron una constitucion en cuyos términos se revela ya el profundo descredito en que el divorcio habia caido. "Considerando, dicen, que el divorcio es un remedio funesto, pero necesario, *infaustum tamen necessarium auxilium*". Las causas de divorcio, que la mujer podia invocar contra su marido, eran las siguientes: el adulterio, el homicidio, el envenenamiento, la conspiracion contra el Estado, la falsificacion, la violacion de sepulturas, el robo, la venta de un hombre libre etc., etc. Las causas establecidas en favor del marido eran las mismas y además el haber la

(1). Código Teodosiano, *De Repudiis*, l. 2.
(2) Selden, *De Uxore hebraica*, lib. 3, cap. 28.

mujer sentádose á la mesa con extranjeros sin conocimiento de su marido y á pesar de su prohibicion, el haber pasado la noche anterior fuera de la casa conyugal sin motivo razonable y el haber asistido al circo sin permiso del marido (1). Justiniano conservó las precedentes causas de divorcio, añadiendo tan sólo la de impotencia del marido, persistente durante dos años (2). El mismo emperador restringió el divorcio *bona gratia* al caso en que uno de los esposos quisiera abrazar la vida religiosa, hacer voto de continencia, y en una palabra, segun la misma expresion de Justiniano, emigrar hácia una vida mejor (3). Más tarde la legislacion Justiniana restringió las causas de divorcio anteriormente establecidas á seis en beneficio del marido y á cinco en beneficio de la mujer. Las demas quedaban derogadas, como insuficientes para romper el lazo matrimonial, *quæ nobis indignæ ad solvendas nuptias visæ sunt* (4). No se detuvieron aquí las reformas para disminuir los extragos del divorcio, sino que Justiniano estableció penas severísimas en contra de la mujer adultera (5). Los sucesores de Justiniano conservaron esta legislacion, estableciendo solamente que los esposos podian separarse por mútuo consentimiento, cuando surgieran entre ellos esas incompatibilidades de carácter, *non aliquæ atroces irreconciliabilesque inimicitiæ*, capaces de hacer la vida comun imposible. En cuanto al divorcio *bona gratia*, se decia: *ubi pusillanimitas eo progressa sit, ut, quod odium inter conjuges obortum fuerit, mitigari et componi nequeat* (6).

15. De todo lo que precede, aparece cuánto se habia apartado el mundo, en las varias corrientes de su vida, del primero y ori-

(1) *Cód* lib, 5, tit, 17, l. 8.
(2) *Cod.* lib. 5, tit 17, l. 10.
(3) *Novela* 22, caps. 4 y 5.
(4) *Novela* 117 caps. 8 y 9.
(5) *Novela* 134, cap. 10.
(6) *Novela* 140.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ginal principio del matrimonio *uno é indisoluble, et erunt duo in carne una*. El divorcio, que es la negacion del carácter de unidad, habia atravesado los siglos, alentado casi siempre por el gran cortejo de los vicios humanos, dejando por doquiera estragos de su paso, unas veces pujante y orgulloso, como en los postreros dias de la República romana, otras tímido y embozado, como en tiempo de Constantino y sus sucesores. ¿No nos ofrece la historia alguna institucion, que haya enseñado y defendido siempre, con sus predicaciones y autoridad, el principio de la indisolubilidad del matrimonio? Sí, como vamos á verlo en seguida, y esa institucion fué la Iglesia Católica. En efecto, se lee en el Evangelio de S. Mateo: *omnis, qui dimiserit uxorem suam, excepta fornicationis causa, facit eam mœchari: et qui dimissam duxerit, adulterat* (1). Y en otra parte: *Dico autem vobis, quia quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem, et aliam duxerit, mœchatur: et qui dimissam duxerit, mœchatur* (2). El mismo Evangelista refiere, que habiendo los judíos dirigido á Jesucristo esta pregunta: "¿Por qué mandó Moisés dar carta de divorcio á la mujer y repudiarla?" Jesucristo les respondió: "Porque Moisés, por la dureza de vuestros corazones, os permitió repudiar á vuestras mujeres; mas al principio no fué así (3)." "Aquel, dice S. Lucas, que despide á su mujer y se casa con otra, comete adulterio (4)." S. Pablo, escribiendo á los Corintios, les decia: *Iis autem, qui matrimonio juncti sunt, præcipio non ego, sed Dominus uxorem á viro non discedere: Quod si discesserit, manere innuptam, aut viro suo reconciliari. Et vir uxorem non dimittat* (5). Se ve pues que el

(1) S. Mateo, cap. 5, v. 32.
(2) Idem, cap. 19, v. 9.
(3) Idem, cap. idem, v. 8.
(4) S. Lucas, cap. 16, v. 18.—S. Márcos, cap. 10, v.v. 11 y 12.
(5) S. Pablo 1 *Corinth.* cap. 7, v.v. 10 y 11.

principio de la indisolubilidad del matrimonio ha sido proclamado, desde su aparicion, por el Cristianismo. Es verdad que grandes disputas se han empeñado y duran todavia sobre la interpretacion que debe darse á las palabras del Evangelista S. Mateo, *nisi ob fornicationem*, de las cuales se pretende inferir que, al ser interrogado Jesucristo por los fariseos sobre si era lícito el repudio permitido por Moisés, la respuesta fué negativa, pero escluyendo el caso de adulterio. La Iglesia ha enseñado siempre por el órgano de sus Pontífices, Concilios y Doctores, que la indisolubilidad del vínculo matrimonial comprende aun el caso de adulterio (1). Para no citar otras autoridades entre las mas antiguas, véase el siguiente pasaje del Concilio de Elvira, verificado en el año 305: *Fidelis fœmina quæ adulterum maritum reliquerit fidelem, et alterum duxerit, prohibeatur, si nubat; si autem duxerit, non prius communionem accipiat, quam is quem reliquerit de seculo exierit, nisi necessitas infirmitatis dare compulerit.* San Agustin escribia tambien, sacando argumento de los textos evangélicos: *Qui sumus ut dicamus, est qui mœchatur uxore sua dimissa alteram ducens, et est qui hoc faciens non mœchatur, quum Evangelium dicat omnem mœchari qui hoc fecit? Proinde si omnis qui hoc fecerit, ut uxore sua dimissa alteram ducat, mœchatur; sine dubitatione ibi sunt ambo, et qui præter causam fornicationis dimittit uxorem.*

El más antiguo testimonio, despues de los Apóstoles, que tengamos sobre la indisolubilidad del matrimonio, como doctrina católica, es el de Hermas, y desde él empieza la larga y no interrumpida serie de autoridades eclesiásticas en pro de ese principio (2). S. Justino (3), Athenagoras (4), Tertuliano (5),

(1) Perrone *De Matrimonio Christiano*, tom. 3.
(2) Hermas, *Pastor.* Mand. 4, núm. 19.
(3) *Apolog. 1*, núm. 16.
(4) Legat. 33.
(5) *De monogamia.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

S. Clemente de Alejandría (1), Orígenes (2), S. Cipriano (3), Lactancio (4), S. Basilio (5), San Gregorio Nacianceno (6), S. Ambrosio (7), S. Epifanio (8), S. Juan Crisóstomo (9), Teodoreto (10), Asterio Amaseno (11), S. Hilario Pietaviense (12), y San Cromasio Aquilellense (13), intérpretes todos autorizadísimos de la doctrina de la Iglesia, sin discrepancia alguna, y durante los primeros siglos, sostuvieron siempre que el matrimonio es una union perpetua é indisoluble. S. Gerónimo enseñó el mismo principio en términos tan claros, que no consienten la menor duda (14). Hablando de la conducta que debe observarse con la esposa adúltera, dice, que merece ser abandonada por su marido; pero tiene cuidado de añadir, que el marido no puede casarse con otra mujer, en vida de la que ha repudiado, del mismo modo que nadie puede tomar esta mujer repudiada por esposa. S. Agustin igualmente, y con mayor extension que todos, en distintos lugares de sus obras, enseñó siempre y defendió el mismo principio (15), que además se encuentra apoyado en las decisiones de diversos Concilios y en las decla-

(1) *Stromat.* cap. 23.
(2) *In Math.* 14, núm. 24.
(3) *Just. ad Quir.*
(4) *Div. Inst.* lib. 6, cap. 23.
(5) *Epist. ad Amphil.*
(6) *Orat. 31.*
(7) *Expos. in S. Luc.* lib. 8.
(8) *Hæres.* 59.
(9) *Homilia.* 17 sobre San Mateo.
(10) *De leges*, serm. 9.
(11) *Homil.* S. Math.
(12) *San Mateo*, cap. 4, núm. 22.
(13) *Tract. novenus in S. Math.*
(14) *Epist. ad Amand.*
(15) *De adulterinis conjugiis.—De bono conjug.*

raciones del Papado (1). Esta doctrina de la indisolubilidad del matrimonio se hallaba tan generalizada en la Iglesia Latina en tiempo del Concilio de Trento, que sus *Cánones* relativos están concebidos en términos de tal manera absolutos, que, al leerlos, su sentido y aplicacion no pueden ménos de referirse á todo el pasado de la Iglesia: CAN. V. *Si quis dixerit, propter hæresim, aut molestam cohabitationem, aut affectatam absentiam á conjuge, dissolvi posse Matrimonii vinculum; anathema sit.*

CAN. VII. *Si quis dixerit, Ecclesiam errare, cum docuit, et docet, juxta Evangelicam, et Apostolicam doctrinam, propter adulterium alterius conjugum matrimonii vinculum non posse disolvi; et utrumque vel etiam innocentem, qui causam adulterio non dedit, non posse, altero conjuge vivente, aliud matrimonium contrahere; mœcharique eum, qui, dimissa adultera, aliam duxerit, et eam, quæ dimisso adultero, alii nupserit; anathema sit.*

CAN. VIII. *Si quis dixerit, Ecclesiam errare, cum ob multas causas separationem inter conjuges, quo ad thorum, seu quo ad cohabitationem, ad certum incertumve tempus fieri posse decenit; anathema sit.*

Sin embargo el Derecho Canónico acepta dos causas de disolucion del matrimonio: 1ª la muerte espiritual; es decir, la profesion religiosa de uno de los cónyuges en el matrimonio *rato* y no consumado (2). Así leemos en el *Canon* 6.° del mismo Concilio ántes citado: *Si quis dixerit, matrimonium ratum non*

(1) *Concil. Iliber'*, cans. 8, 9, 10 y 72.—*C. Arelat*, can. 10.—*C. Milev.* can. 10.—*C. Herford*, can. 10.—*C. Aurel*, can. 11.—*C. Nannet*, can. 12.—*C. Tolet*, can. 8.—*C. Suession*, can. 9.—*C. Foroj*, can. 10.—*C. Cabill. II*, can. 30.—*C. Tulon II.*—*C. Bituric*, can. 16.—*C. Rhem*, can. 12.—*C. Turon*, can. 9.—*C. Gerund*, can. 4.—*C. Rotom*, can. 14.—*Szabolch*, can. 20.—*C. Later III.*—*Gregor I*, 9 Epl. 45, 50 y 51.—*Zacc.* Epl. 7, *ad Pipin.*—*Joan. VIII.* Epl. 65 y 128.—*Innoc. III*, Epl. 4.—*Eugen. IV.*

(2) Can *Scripsit nobis 37*, quæst. 2.—Can. *Verum.*—Can. *Ex publico, de Convers. conjug.*—Can. *Commissum, de Spons.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

consumatum, per solemnem religionis profesionem alterius conjugum non dirimi, anathema sit. 2.ª La conversion á la Fé Católica por uno de los cónyuges infieles, si el otro no quiere absolutamente continuar viviendo con aquel, sino con ofensa de la religion. Esta causa de disolucion está fundada en la autoridad de Inocencio III, que apoyandose en la de S. Pablo dice: *Si enim alter infidelium conjugum ad fidem catholicam convertatur, altero vel nullo modo, vel non sine blasphemia divini nominis, vel ut eum pertrahat ad mortale peccatum et cohabitare volente, qui relinquitur, ad se unda, si voluerit, vota trancibit, et in hoc casu intelligimus quod ait Apostulus: Si infidelis discedit discedat; frater aut soror non est servituti subjectus in hujusmodi.* (1).

Fuera de estos casos el matrimonio es indisoluble, no pudiendo existir, sean cuales fueren las causas invocadas, sino la simple separacion *quoad thorum et cohabitationem.* Los motivos reconocidos para obtener la separacion son los siguientes: 1.º La herejía (2); 2.º la provocacion á delitos graves (3); 3.º la sevicia (4). 4.º la enfermedad contagiosa (5); 5.º el adulterio (6).

16. La antigua legislacion española no se manifestó resuelta y claramente por el principio de la indisolubilidad del matrimonio, sino hasta el siglo trece, en el célebre Código de las Par-

(1) Yoncencio III, *quanto 7, de Divortiis.*—Lancelot, *Inst. can.* lib. 2, tit. 16.

(2) *De Illa 6, de Divortiis.*

(3) *Idolatria 5,* Caus. 28, quæst. 1.—Cap. *Quæsunt 2, de Divortiis.*

(4) Cap. *Ex transmissa 8.*—Cap. *Litteras 13, de Restit. Spoliat.*

(5) Cap. 1, *de Conjugio leprosorum.*

(6) *Ex pluribus Juris canonici.*—Cap. *quam periculo sum 3,* Caus. 7, quæst. 2.—Cap. *Significasti 4, de Divortiis.*—Cap. *In Lectum,* caus. 34, quæst. 1.—Cap. *Discretionem 6, de Eo qui cognovit.*

tidas. El Fuero Juzgo contiene varias disposiciones en sentido contrario (1), autorizando el divorcio *quoad vinculum* por causa de adulterio, fuera del cual, el matrimonio es indisoluble. El comentador Villadiego dice, con este motivo: *Aliter et sine causa matrimonium separari minime potest, nam per matrimonium capulam inducitur nexus divinus, qui vocatur fœdus matrimonii* (2). El Código Alfonsino se expresa así: "*Divorcio* tanto quiere decir como separacion del marido y la mujer, por justo impedimento, probado en juicio"—"Por dos causas se hace propiamente el divorcio: la una si uno de los casados, despues de consumado el matrimonio, se entra en religion con consentimiento del otro, y por mandato del Obispo, permaneciendo aquel en el siglo, y guardando castidad, y la otra es por adulterio de la mujer, siendo acusada y probado el pecado, y asimismo por adulterio espiritual: esto es, volverse hereje, moro, ó judio alguno de ellos."—*Contumelia creatoris,* es lo mismo que denuesto de Dios y de la Fé, y así el que se convierte á la Religion siendo casado con infiel, se puede divorciar por seduccion ó blasfemias dichas contra la Fé, y puede casarse con quien quiera. Pero antes debe llamar á hombres buenos que las hayan oido, y entónces puede el cristiano, sin que preceda juicio y licencia, separarse." —*Innitiatum, ratum, consumatum,* es lo mismo que iniciado, rato y consumado, que son los tres modos en que se encuentra el matrimonio entre los católicos. *El divorcio no dirime el matrimonio de tal suerte que se pueda casar el uno viviendo el otro.* Entre los infieles, solo hay matrimonio iniciado y consumado, pero no rato; por lo cual verificado el divorcio, pueden casarse con quien quieran".—El marido divorciado de la mujer por delitos de adulterio de esta, si aquel se mezcla con otra, puede la primera demandarle se junte con ella, y la Iglesia le precise á

(7) *Fuero Juzgo,* lib. 3, tit. VI.—Gutierrez Fernandez, *Códigos Españoles,* tom. 1, pág. 353.—García Goyena, *Proyecto,* art. 74.

(1) Villadiego, *Glosa primera.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ello, á causa de que iguales delitos con mútua compensacien se resarcen (1)".

17. El derecho francés, en sus diversas épocas, nos proporciona tambien, antecedentes dignísimos de estudio con respecto al divorcio. El matrimonio *galo*, asi como era un acto religioso celebrado bajo la influencia de los Sacerdotes Druidas (2), era igualmente un compromiso indisoluble. Julio César, que habitó en la Galia durante diez años, dice de sus habitantes: *Uter eorum vita superarit ad eum pars utriusque* (3) Sin embargo, Laferrière observa que la afimacion de César solo es exacta respecto de las familias nobles, pues las leyes de Howel preveian la separacion que resultaba de la repudiacion ejercida por el marido, y el sábio Wotton considera esta facultad de repudiacion como un uso céltico, que resistió hasta el siglo décimo á la influencia cristiana (4). El uso del divorcio debió hacerse general con el trascurso del tiempo y pasar así á la legislacion comun de todo el pueblo. Desde entónces parece que el marido, segun las leyes galas, podia arrepentirse de la repudiacion y recobrar á su mujer; pero si se habia casado con otra, despues de la repudiacion de la primera, esta se hacia libre para casarse una segunda vez (5). El primer matrimonio era el más honrado en las costumbres, como se observa en las tradiciones rabínicas y por esto, si la segunda esposa era admitida en el mismo lecho que la primera, tenia esta derecho á una reparacion fundada en que su recuerdo no habia sido respetado. *Uxori repudiatæ mulcta honoris violati dabitur* dice una antigua ley gálica (6). La repudiacion era un acto libre del poder

(1) *Partida 4.ª*, tit. 10, l. l. 1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª
(2) Villemarqué, *Examen des sources bretonnes*, tom. 2.
(3) *Comm.* lib. 6, núm. 19.
(4) Laferriere, *Histoire de Droit français*, tom. 2, pág. 64.
(5) *Wallicæ Leges*, pág. 28, nota P.
(6) *Wallicæ Leges*, pág. 30.—*Ancient Laws and Institutes of Wales*, tom. 2, pág. 850, art. 46.

marital, pero sus consecuencias eran más severas, cuando la mujer habia abandonado el domicilio conyugal; entónces la mujer era castigada con una multa y con la pérdida de la dote. Las leyes galas no rehusaban completamente el divorcio á la esposa, la cual podia abandonar á su marido por causa de hidrofobia, aliento infecto é impotencia. Así, pues, debe reconocerse que el matrimonio, entre los bárbaros, se habia alejado mucho de esa nocion sublime, *consortium omnis vitæ*, en que la union de las almas domina la union de los cuerpos.

La historia recuerda varios divorcios célebres de la época merovingia, llevados á cabo á pesar de las enérgicas protestas de la Iglesia. Cariberto, rey de Paris, repudia á Inguberga para casarse con Meroflida; Chilperico, despues de divorciado, se casa en 566 con Galsvinta; Dagoberto se casó y ejerció el derecho de repudio varias veces; Carlos Martel repudió á Gertrudis para casarse con Alpaida, y mas tarde Enrique el *Pajarero* despidió á Hatburga (1). Bajo los Carlovingios el divorcio no fué proscrito de una manera absoluta, pues parece que algunas capitulares, por ejemplo la de Verneuil dada en 742, permitia al marido, cuya mujer habia intentado matarlo, repudiarla y tomar otra. La misma ley permitia al marido, que habia seguido á su señor á la guerra, sin esperanza de volver al hogar doméstico, casarse de nuevo en el país á donde fuese: pero no se concedia el mismo derecho á la mujer así abandonada, porque estaba prescrito que debia permanecer en la viudedad (2). Sin embargo, el divorcio, aun en el caso de adulterio que era el motivo en apariencia menos injustificable en que podia fundarse y que tenia la sancion y respeto del Derecho romano, aun bajo los emperadores cristianos, como Constantino y Justiniano, iba cada

(1) *Greg. Tur.* tom. 4, 26 y 27.—Rouel, *Hist. des Franc.* tom. 1, pág. 39.
(2) *Cap. de Verneuil*, caps. 5 y 9.
(3) *Theod.* de Repud.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dia perdiendo crédito en las nacientes legislaciones, cuyo espíritu recibia las constantes y civilizadoras influencias de la Iglesia. "Esta, dice Laboulaye, que desde el primer dia de la conquista, tendió á hacer considerar el matrimonio como un Sacramento, y á hacer prevalecer la ley religiosa sobre la ley civil, atacó de frente el divorcio, y no solo ya no lo admitió ni en el caso de adulterio probado, sino que, además, fiel á las ideas de S. Agustin, que contenian la mas pura doctrina cristiana, prohibió al esposo, aun inocente, volverse á casar, mientras viviese el otro esposo; en otros términos; sustituyó la separacion de cuerpo al divorcio (1)". La influencia cristiana es patente en las siguientes Capitulares de Carlo-Magno, donde no pueden menos que admirarse la sabiduría y perseverancia del Clero Católico de la antigua Francia, á quien se debe esa legislacion tan pura del matrimonio, que hará siempre la gloria y la superioridad de las uniones verdaderamente cristianas. *Nullus conjugem propriam, nisi ut sanctum Evangelium docet, fornicationis causa relinquat. Quod si quisque propriam expulerit conjugem legítimo sibi matrimonio conjuctam, si christianus esse recte voluerit, nulli alteri copuletur, sed aut ita permaneat, aut propriæ reconcilietur conjugi—Placuit ut fornicationis causa non sit uxor secundum domini sententiam dimittenda, sed potius sustinenda. Et quod hi qui fornicationis causa dimissis uxoribus suis alias ducunt, Domini sententia adulteri esse notantur.* D'Espinay, encomiando esta legislacion, dice con sin igual acierto: "Cualquiera idea que se forme sobre la conveniencia ó necesidad del divorcio, es necesario reconocer un pensamiento bien conmovedor en esa Capitular que, fiel á las palabras del Apóstol, prohibe un segundo matrimonio, porque prevee el perdon posible del otro esposo y quiere, de cierto modo, atraerlo por la soledad. "*Ita per-*

(1) Ed. Laboulaye, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes*, pág. 156.

maneat aut propriæ reconcilietur conjugi ¿no es el lenguaje de la caridad cristiana? (1)".

La legislacion canónica sobre el matrimonio y la separacion *quoad thorum et habitationem* estuvo vigente en Francia hasta la Revolucion de 1789 (2). Las nuevas teorías del siglo XVIII tuvieron una primera manifestacion en la obra de Bouchotte *Observations sur le divorce*, en la cual su autor se muestra partidario de la más fácil disolucion del matrimonio: él admite que los esposos podrán ser desunidos, sin que el cónyuge ofendido pueda ser forzado á descubrir los motivos de la ruptura. Bouchotte acuerda al esposo ultrajado una pension que debia pagarle el esposo culpable y que duraria hasta nuevo matrimonio. En cuanto á los hijos, Bouchotte los deja á todos al cuidado de la madre hasta la edad de siete años, desde la cual en adelante pertenecen al padre. Estas ideas engendraron la ley de 20 de Setiembre de 1792 Para comprender su espíritu, basta fijarse en las consideraciones que la precedieron. "Habeis decretado que el divorcio tendrá lugar en Francia, decia un relator á la Asamblea legislativa. La *Declaracion de los derechos* y el artículo de la Constitucion, que quiere que el matrimonio sea considerado por la ley como un contrato civil, os han parecido que habian consagrado el principio, y este decreto no es sino la declaracion de aquel.... El Comité ha creido que debia acordar ó conservar la mayor latitud á la facultad del divorcio, á causa de la naturaleza del matrimonio, que tiene por base principal el consentimiento de los esposos, y porque la libertad individual no puede jamas ser enajenada de una manera indisoluble por

(1) G. D'Espinay, *De l'influence du droit canonique sur la legislatiou francais.*—Baluze, tom. 1. pág 159.

(2) *Assises de Jerusalem*—Bouteiller, *Somme rurale*, tom. 2, tit. 8. *Grand Coutumier.*—Loisel, *Inst. Cout.*, tom. 1, núms. 3 y 39.—Beaumanoir, *Cout. Beauvoisis*, cap. 57.—Pothier, *Contrat de mariage*, cap. 3.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ninguna convencion (1)." "El hombre, decia Vergniaud, no ha recibido solamente de la naturaleza el amor de la independencia, sino tambien una multitud de otras pasiones, con la industria que las satisface y la razon que las dirige. Todo legislador debe consultar la naturaleza y la política; la naturaleza, porque él hace leyes para hombres; la política, porque él hace leyes para hombres en sociedad. La Constitucion más perfecta será aquella que hiciere gozar de la mayor suma posible de felicidad, así al cuerpo social como á los individuos que lo componen (2)." Estas doctrinas eran el eco de la filosofía del siglo XVIII. Segun Diderot, el matrimonio perpetuo es un abuso; es "la tiranía del hombre que ha convertido en propiedad la posesion de la mujer (3)." Este filósofo considera que el pudor, como el vestido, es una invencion y una convencion, y su doctrina es la misma que la de todos los novadores de su época (4). Diderot describe con grande admiracion y pone como modelo las costumbres de Otaití, donde los matrimonios no duran frecuentemente sino un cuarto de hora (5). El célebre filósofo moderno Taine dice sabiamente: "La moral de los sexos parece muy pesada á los hombres del placer, á los compañeros de Richelieu, de Lauzun y de Tilly, á los héroes de Crebillon hijo, á todo ese mundo galante y libertino, para quien la irregularidad se ha hecho la regla. Nuestras hermosas gentes adoptan sin dificultad una teoría que justifica su práctica. Ellas se considerarán muy felice sal saber, que el matrimonio es una convencion y una preocupacion, y aplaudirán á Saint-Lambert

(1) *Rapport.* de Leonard Robin (seance du 9 Septembre 1792).

(2) Discours du 8 Mai 1793.

(3) *Supplement au voyage du Bougainville.*

(4) *Memoires de Mme. D'Epinay* —Rousseau, *Confessions*, premiére part. lib. 5.

(5) *Memoires de Diderot*, Lettres á Mlle. Volant, tom. 3, pág. 66.

cuando en su cena, levantando un vaso de champagne, propusiere la vuelta á la naturaleza y las costumbres de Otaiti (1)."

La ley de 1792 admitia el divorcio con gran facilidad; segun ella, la ruptura del matrimonio podia fundarse ó en causas determinadas, ó en el mutuo consentimiento ó en la voluntad de uno solo de los esposos por incompatibilidad de carácter. Las causas eran las siguientes: condenacion de uno de los esposos á una pena aflictiva ó infamante; crímen, sevicias, ó injurias graves de uno de los esposos contra el otro; desarreglo notorio de costumbres; abandono de uno de los esposos por el otro, durante dos años á lo ménos. A estas causas es añadida la emigracion prohibida por las leyes. La ausencia y la demencia ¡cosa extraña! son tambien causa de divorcio. Esto es inferior á la idea que Ulpiano tenia del matrimonio, cuando dijo: *quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri participem esse.* En cuanto al divorcio por consentimiento mutuo, los esposos debian previamente convocar una asamblea de seis parientes ó amigos, á quienes ambos elegirian por mitad. Era preciso dejar trascurrir á lo ménos un mes de intervalo entre la convocacion y la asamblea de familia. En el dia fijado, los parientes ó amigos debian tratar de reconciliar á los esposos y de decidirlos á permanecer unidos. Si no habian podido conseguirlo, debia levantarse por un Oficial municipal un proceso verbal en que constase, que los parientes no habian logrado decidir á los esposos á cambiar de determinacion. Un mes á lo ménos, y seis meses á lo más, despues de la fecha de este acto, los esposos podian presentarse ante el Oficial público, encargado de recibir las actas de matrimonio en la Municipalidad en que el marido tuviese su domicilio, y á su pedimento, este funcionario estaba obligado á pronunciar el divor-

(1) Taine, *Les origines de la France contemporaine*, tom. 1, página 372.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cio, sin entrar en el conocimiento de los hechos. Despues del plazo de seis meses, los esposos no podian ser admitidos al divorcio por consentimiento mutuo, si no es observando de nuevo las mismas formalidades y los mismos plazos.

El divorcio por la sola voluntad de uno de los esposos ó bajo pretexto de incompatibilidad de carácter, era más peligroso todavía; cada cónyuge podia romper el contrato por los motivos más fútiles. Las formalidades de este divorcio eran las mismas que las del divorcio por consentimiento mutuo; pero los plazos eran más largos, y durante ellos, los consortes debian presentarse sucesivamente á tres asambleas de familia, para tratar de reconciliarlos.

Esta ley (art. 7, § 1) suprimió la separacion de cuerpo, y fué despues adicionada por otras disposiciones que, lejos de restringir el divorcio, se esforzaron en facilitarlo más. "Habia quejas, dice Glasson, de que los tribunales de familia encargados de estatuir sobre las contestaciones entre esposos divorciados, y relativas, por ejemplo, á la educacion de los hijos y á los bienes de los esposos, dejaban prolongarse demasiado los negocios, con perjuicio de los intereses entregados al marido, que los disipaba muy frecuentemente. Para poner término á este abuso, una ley de 8 Nivoso del año II ordenó á los tribunales de familia fallar al mes de la demanda. Esta misma ley puso fin á las dudas que habian surgido, sobre si los esposos divorciados podian volver á casarse en seguida, pronunciándose por la afirmativa no solo en provecho del marido, sino tambien respecto de la mujer, con tal de que estuviese probado que el marido habia abandonado el domicilio conyugal y á su esposa, desde hacía diez meses á lo ménos; en otros casos, ésta debia esperar tal plazo antes de repetir matrimonio.

Una segunda ley adicional de 4 floreal del año II, vino todavía á extremar estas disposiciones. Se permitió á la mujer divorciada volver á casarse antes de diez meses y sin plazo,

siempre que ella probara su parto despues de la disolucion del precedente matrimonio (art. 7). Esta misma ley quiere que cada esposo pueda obtener el divorcio sin ningun tiempo de prueba, si demuestra por acto auténtico y de notoriedad, que vive separado de su consorte, desde hace más de seis meses. El esposo demandante puede probar igualmente por acto auténtico ó por acto de notoriedad, que ha sido abandonado por el otro esposo desde hace más de seis meses; él obtiene entonces su divorcio, sin estar obligado, ni aun á proceder previamente contra su cónyuge, por la sola presentacion de sus piezas.

Un poco más tarde se dispensó al esposo que pedia el divorcio, de citar al demandado, siempre que demostrase, por acto auténtico ó de notoriedad, que el segundo habia emigrado, ó residia en país extranjero ó se encontraba en las Colonias (Ley de 24 Vendimiario, año III).

Muy pronto se hicieron palpables los desastrosos efectos de estas leyes, y el legislador se apresuró á tomar algunas medidas parciales para atajar el mal. Una ley de 15 thermidor del año III suspendió la ejecucion de las leyes de 8 nivoso y 4 floreal año II; el divorcio por causa de incompatibilidad de carácter fué tambien sometido á un tiempo más largo de prueba por la ley del primer dia complementario del año V. Pero estas débiles medidas no tuvieron eficacia, escondido como se hallaba el gérmen del mal en los principios mismos de la ley de 1792, que, al autorizar el divorcio con no escasa facilidad, habia suprimido la firmeza y comprometido la existencia de la familia. La licencia de las costumbres no conoció ya límites, y ¡cosa notable! el divorcio produjo los mismos efectos que en la antigua Roma: fué inútil ó peligroso; inútil en los campos, donde el aldeano rehusaba ejercitarlo; peligroso en las grandes ciudades, donde hubo ardor en el abuso. En Paris, en los veintisiete meses que siguieron á la promulgacion de la ley de 1792, los tribunales pronunciaron 5,994 divorcios, y en el año VI el número de di-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

vorcios sobrepasó, en la capital, al de los matrimonios (1)." El diputado Mailhe habia dicho desde el año III: "La ley del divorcio es mas bien una tarifa de agiotaje que una ley. El matrimonio no es ya en este momento sino un negocio de especulacion; se toma una mujer como una mercancía, calculando el provecho de que ella es capaz, y se la abandona, desde que ya no produce ninguna ventaja; es un escándalo verdaderamente horrible (2)."

18. El Código Napoleon tuvo pues que reorganizar la familia, volviendo el matrimonio al primer rango que debe ocupar entre las instituciones sociales. Estos nobles y saludables propósitos, ¿fueron realizados? Creemos que no, por haberse mantenido el matrimonio civil y el divorcio. La exposicion de motivos de Treilhard al Cuerpo legislativo nos manifiesta, cuáles fueron las ideas dominantes que inspiraron á los redactores del Código Civil, al preparar el título VI. Desde luego se nota una marcada preferencia en favor del divorcio. "El divorcio en sí mismo, dice Treilhard, no puede ser un bien; es el remedio de un mal; para los esposos el divorcio es sin contradiccion preferible á la separacion. Yo no conozco sino una objecion á esto. Se la toma de la posibilidad de una reunion; pero yo pregunto: ¿Cuántas separaciones ha visto el último siglo y cuán pocas reconciliaciones?" Por lo que hace á los hijos, Treilhard exclama; "Pero los hijos, los hijos, ¿qué se harán despues del divorcio? Yo preguntaré á mi vez: ¿qué se harán despues de las separaciones? Sin duda el divorcio ó la separacion de los padres constituye en la vida de los hijos una época demasiado funesta; pero no es el acto de la separacion ó del divorcio el que engendra el mal, sino el cuadro horrible de la guerra doméstica que ha hecho estos actos necesarios. A lo ménos los esposos divorciados

(1) E. Glasson, *Le mariage civil et le divorce*, pág. 49.
(2) Seance du 2 thermidor, an III.—E. Combier, *Essai sur le divorce et la séparation de corps*, pág. 141.

tendrán el derecho de inspirar hácia su persona respetos y sentimientos, que un nuevo nudo podrá legitimar. Esto es tal vez lo más feliz que puede sucederles á los hijos.....En cuanto á la sociedad, es fuera de duda que su interes reclama el divorcio, porque los esposos podrán contraer en seguida nuevas uniones. ¿Por qué habria de herir ella de una fatal interdiccion séres que la naturaleza ha formado para experimentar los más dulces sentimientos de la paternidad? Esta interdiccion seria igualmente funesta á los individuos y á la sociedad: á los individuos que se ven condenados á privaciones que serian meritorias si fuesen voluntarias, pero que son demasiado amargas, cuando forzadas: á la sociedad, que se encuentra así alejada del gran número de familias con que pudiera enriquecerse". El código civil hizo renacer la separacion de cuerpo, la cual se colocó al lado del divorcio para que los esposos desgraciados pudieran usar libremente de la una ó del otro. Por esto, continuando su exposicion, decia Treilhard: "Pero el pacto social garantiza á todos los franceses la libertad de su creencia religiosa: si el divorcio fuese el único remedio ofrecido á los esposos desgraciados, ¿no se colocaria á muchos ciudadanos en la cruel alternativa de falsear su creencia ó de sucumbir bajo de un yugo que no podrian ya soportar? Al permitir el divorcio, la ley dejará el uso de la separacion. Así no habrá ninguna opresion en la opinion y toda libertad á este respecto será mantenida (1)." El legislador de 1803 permite el divorcio por causas determinadas ó por consentimiento mútuo; pero no admite que pueda ser pronunciado por incompatibilidad de carácter, como en 1792. Las causas determinadas eran: 1.° el adulterio de uno de los esposos, advirtiéndose que el marido no podia ser culpable de ese delito, sino cuando habia tenido una concubina en el domicilio conyugal; 2.° los excesos, servicias ó injurias graves; 3.° la condenacion á una pena

(1) Séance du 30 ventose an XI.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

aflictiva ó infamante. El divorcio por consentimiento mútuo, del Código civil, no podia ser pedido, si el marido tenia menos de 25 años y la mujer menos de 21, ni admitido, antes de dos años de matrimonio, ó despues de veinte, ó cuando la mujer tenia 45 años. Era necesario el consentimiento auténtico de los padres ú otros ascendientes. Los esposos divorciados por mútuo consentimiento no podian contraer un nuevo matrimonio, sino tres años despues de haberse pronunciado el divorcio de el primero, y eran además despojados de la mitad de su fortuna, la cual de derecho pasaba á los hijos. Esta legislacion subsistió hasta la ley de 8 de Mayo de 1816.

19. Despues de los Cien-Dias, M. de Bonald pidió en la sesion de la Cámara de los Diputados de 14 de Diciembre de 1815, "que su Majestad se sirviera ordenar que los artículos del Código civil relativos al divorcio fuesen suprimidos". Tomada en consideracion esta prohibicion el 26 de Diciembre del año siguiente, el proyecto de ley fue votado por la Cámara de los Diputados el 2 de Marzo de 1816 y por la Cámara de los Pares el 19 del mismo. El 8 de Mayo fué votada la ley, en virtud de la cual todas las demandas é instancias sobre divorcio, por causas determinadas, quedaban convertidas en demandas é instancias sobre separacion de cuerpo. Los juicios y sentencias que no habian sido ejecutados, por no haberse pronunciado el divorcio por el Oficial civil conforme á los artículos 227, 264, 265 y 266 del código, debian limitarse á los efectos de la separacion. Tambien se declaraba que todos los actos hechos para llegar al divorcio por consentimiento mútuo serian anulados, considerándose como no verificados, segun el art. 294 del propio código, todos los juicios y sentencias pronunciados en este caso, pero no seguidos de la declaracion de divorcio.

20. El restablecimiento del divorcio fué propuesto en 1831 por M. de Schonen, en 1832 y 1833 por M. Bavoux, siendo votado por la Cámara de los diputados, pero rechazado por la de los

Pares. M. Cremieux presentó en 1848 otra proposicion con el mismo fin, siendo abandonada y ni siquiera discutida. Durante cerca de treinta años, la cuestion del divorcio no reapareció. M. Naquet, en 6 de Junio de 1876, propuso el restablecimiento del divorcio por medio de un proyecto de ley, que se parecia más á la de 1792 que al código civil; esta proposicion no tuvo resultado alguno, por haber sido disuelta la Cámara. El mismo Naquet en 30 de Junio de 1878, propuso otra vez el divorcio; pero bajo la forma de retorno puro y simple á la legislacion de 1803. Aunque la comision elegida para examinar el proyecto adoptó el principio del divorcio, este fué combatido por el gobierno; pero presentada de nuevo otra proposicion igual en 11 de Noviembre de 1881, fué tomada en consideracion el 26 del mismo mes, votada por la Cámara los dias 8 de Mayo y 19 de Junio de 1882, conforme á las conclusiones de M. de Marcère y adoptada al fin por el Senado, haciendose la ley hoy vigente de 27 de Julio de 1884. Segun esta, ha quedado abrogada la ley de 18 de Mayo de 1816 , y restablecidas las disposiciones del código civil derogadas, con excepcion de aquellas que son relativas al divorcio por consentimiento mútuo. Tanto el marido como la mujer podrán pedir el divorcio por causa de adulterio, sin admitirse ya la antigua distincion entre el adulterio de la mujer y el adulterio del marido. Son tambien causas de divorcio los excesos, sevicias ó injurias graves de uno de los esposos hácia el otro y tambien la condenacion de uno de ellos á una pena aflictiva é infamante. Los esposos divorciados no podrán ya reunirse, si uno ú otro, posteriormente al divorcio, ha contraido un nuevo matrimonio seguido de un segundo divorcio. En caso de reunion de los esposos, será necesaria una nueva celebracion de matrimonio. En el caso de divorcio pronunciado por causa de adulterio, la esposa culpable no podrá jamas casarse con su cómplice. Los hijos deben ser confiados al esposo que ha obtenido el divorcio, á no ser que el tribunal, á demanda de

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la familia ó del ministerio público, ordene, para la mayor ventaja de los hijos, que todos ó algunos de ellos fueren confiados al otro esposo, ó á una tercera persona. En cuanto á la separacion de cuerpo, los esposos son libres de elegirla de preferencia al divorcio, y ella no puede tener lugar por consentimiento mútuo. Cuando la separacion de cuerpo hubiere durado tres años, podrá ser convertida en divorcio á demanda de uno de los esposos. Otras muchas disposiciones contiene la presente ley; pero nos decidimos á omitirlas, por ser relativas al procedimiento que ha de usarse en el juicio de divorcio, respecto al cual existe tambien la ley de 18 de Abril de 1886. El espíritu de esta nueva reforma nos es dado conocer por las siguientes palabras del Guardasellos Brisson: "El objeto que se ha propuesto la comision ha sido despojar el procedimiento de embarazos inútiles, disminuir las cargas de los litigantes y simplificar formalidades que, actualmente, sin provecho real para la justicia, roban á los magistrados un tiempo precioso"(1).

21. Largo y quizá impropio del carácter de nuestra obra, que tiene por objeto explicar el derecho civil nacional en el campo meramente jurídico, seria discutir la cuestion del divorcio bajo el punto de vista de la filosofía y de la historia. Sin embargo, probemos, ciñéndonos á nuestro programa, presentar las razones, en nuestro concepto mas sustanciales, que pueden alegarse sobre materia tan importante y trascendental. En el año de 1883 una de las Cámaras del Congreso de nuestra patria tuvo que ocuparse en una proposicion sobre establecimiento del divorcio, la cual ni siquiera fué tomada en consideracion. Con tal motivo, pronunciamos en la Escuela Nacional de Juris-

(1) Para mayor ilustracion sobre las leyes de 27 de Julio de 1884 y de 18 de Abril de 1886, véanse: *Le divorce* par Guillaume Poulle y *Manuel Formulaire du divorce et de la séparation de corps* par M. M. Coulon et Faivre.

prudencia, el discurso que corre agregado en esta obra (1), y en el cual emitimos ideas que, á pesar de lo mucho que se ha escrito en los últimos tiempos, y del deslumbramiento por ciertas obras ejercido, á causa del brillante estilo, sobre tantos espíritus, no han podido ni en lo mas mínimo variar. Nada mas contrario, mas pernicioso y perturbador de la naturaleza humana, que levantarse la ley sobre su pedestal de autoridad y prestigio, para decir á los contrayentes en el momento solemne de su union: "Estais casados, debeis ser buenos el uno para el otro; el marido protegerá á la mujer; la mujer obedecerá al marido; ambos tienen mutuamente la propiedad exclusiva de sus respectivos cuerpos; dad buen ejemplo á la sociedad con el espectáculo de vuestra concordia; educad bien á vuestros hijos; sed, en fin, el uno para el otro mas afectuosos que dos amigos, mas deferentes que dos hermanos, mas tiernos que padre é hijo, porque debeis ser esposo y esposa, dualidad estrechísima, en cuya firmeza deben empeñarse de consuno vuestro corazon con su amor, y vuestra inteligencia con su solicitud," si en seguida la misma ley les dice; "Pero aunque la perpetuidad de vuestra union es mi deseo, yo autorizaré su ruptura, cuando surja entre vosotros el adulterio ó alguno de esos desacuerdos que hagan insostenible la vida comun. Entonces cada cónyuge recobrará su mas perfecta libertad, y sin que sean parte á impedirlo ni aun los inocentes hijos, cuyo interes no vacilo en sacrificar al vuestro, podreis buscar en un nuevo matrimonio la felicidad que no habeis podido encontrar." No puede negarse que, en resúmen, tal es el lenguaje del legislador, quien, al mismo tiempo que parece anhelar la perpetua union de los esposos, les advierte la posibilidad de su radical y funesta separacion. Portalis decia que el voto de perpetuidad es el voto mismo de la na-

(1) Véase tomo I, Apéndice letra A.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

turaleza (1), como el jurisconsulto romano definia el matrimonio, *consortium omnis vitæ*. Todos los partidarios del divorcio desde el punto de vista en que se coloca M. Naquet (2), que se ha empeñado con sin igual y doloroso entusiasmo en pro de su tésis, en los últimos tiempos, hasta M. Laurent, que sobre este particular no puede ser mas explícito diciendo: "El matrimonio es la union de dos almas, y no se concibe que dos almas se unan por tiempo limitado" (3), no han podido menos que declarar que el ideal en órden al matrimonio es la indisolubilidad, pues, como decia el Primer Cónsul, cada uno de los esposos debe tener, en el momento del contrato, la mas firme intencion de no romperlo jamas, y ni debe preveer las causas accidentales, algunas veces culpables, que podrán hacer necesaria la disolucion (4). Treilhard expresaba el mismo pensamiento: "Es un punto incontestable que de todos los contratos, el matrimonio es aquel en que mas debe desearse la intencion y el voto de perpetuidad por parte de aquellos que lo forman (5). Odilon-Barrot, el fogoso abogado de la ley de divorcio propuesta en Francia en 1831, decia: "la indisolubilidod de la union conyugal puede, en el órden puramente civil, ser reclamada como *garantía de la pureza del matrimonio, de su duracion y de los felices efectos* que la sociedad tiene derecho de esperar, *para el bienestar, la seguridad y la fuerza del Estado.*" Ahora bien, si el matrimonio indisoluble es el *desideratum* de la legislacion, esto no puede explicarse sino aceptando que la indisolubilidad es el principio, por cuya realizacion debe afanarse con incansable empeño el legislador. Pero es no conocer la humana natu-

(1) Portalis, *Discours preliminaire du code civil.*
(2) Naquet, *Le divorce*, pág. 182.
(3) Laurent, *Droit civ. franc.*, tom. 3, núm. 171.
(4) *Séance du conseil d'Etat du 16 Vendimiaire an 10.*
(5) *Séance du 19 Ventose an .11*

raleza, desear que un principio ó regla sea cumplido, y establecer al mismo tiempo la posibilidad de su infraccion. En la varia urdimbre de la vida, se ha observado siempre que los preceptos son mejor cumplidos, mientras en términos mas absolutamente prohibitivos y con mas severa sancion se formulan. Nosotros, y con nosotros la experiencia de todos los siglos, creemos que las pasiones del hombre son tanto mas fácilmente domeñadas y reducidas al órden, cuanto menos es posible que se subleven, y mas limitado el número de sus halagos ó incentivos. ¿Cómo, pues, pretender que el matrimonio sea mejor respetado, si á la vez que se presenta á la vista de los contrayentes el cuadro de las graves obligaciones que él comporta, se les dice que pueden algun dia romperlo, sustituyéndolo con otro? El divorcio *quoad vinculum*, despues de desunir á los esposos, los autoriza para una nueva union legítima, y no puede negarse que esta sola perspectiva tiene que ser una tentacion terrible, capaz de corromper todos los matrimonios. La lectura de la historia romana basta á demostrar lo peligroso que es para las costumbres de un pueblo reconocer legislativamente que el matrimonio no es indisoluble, cualesquiera que sean las trabas y restricciones impuestas á la institucion del divorcio, basado sobre un semejante principio. Esto ha hecho decir á Gibbon: "Esa experiencia tan libre y tan completa de los romanos, prueba que la libertad del divorcio no contribuye á la felicidad y á la virtud." Ademas, como elocuentemente afirmaba el tribuno Carion-Nisas, "si sufrir es la mas grande fuerza del hombre, si ser perdonado es su mas frecuente necesidad, perdonar es su deber y su gloria." Mas ¡ah! la nueva union contraida por esa ley del divorcio, pone un valladar infranqueable al arrepentimiento y al perdon, porque despues de ser cómplice de la corrupcion de los buenos espíritus, cierra la puerta á la noble y tierna reconciliacion. Mentira que el divorcio sea el remedio de un mal, del cual, por ya existir en la realidad, el divorcio no es

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

sino la manifestacion y como la prueba. Es indudable que el delito de adulterio ó la discordia doméstica existen por desgracia en el mundo; pero la cuestion es saber si el divorcio, en vez de ser la curacion de esos males, no los engendra frecuentemente, ó por lo menos agranda y exacerba. El autor antes citado, decia lo siguiente, que no tiene réplica: "Frecuentemente en el estío de la vida, y bajo el ardiente sol de las pasiones, uno de los esposos ó ambos, arrastrados fuera de los senderos del deber, maldicen el lazo que los une y parecen abjurar de él para siempre; pero bien pronto la inanidad de sus persecuciones les advierte que su primer yugo era todavía mejor, que no hay reposo para el hombre sino en la virtud ó en la muerte; ellos abandonan esos caminos á primera vista floridos, pero en los cuales han encontrado muchos desiertos y lugares áridos; y entonces se regocijan y afanan por acabar de una vez su marcha mortal. Las alegrías de la vejez son todavía hechas para ellos; la paz del alma embellece sus últimos dias; y semejantes á los esposos de la antigua mitología, si han vuelto á la tierra, es para elevar juntos sus brazos hácia el cielo. Tal es, sin embargo, la consoladora perspectiva que quereis arrebatar á los esposos; la ley propuesta se opone á esto formalmente, pues el divorcio consagra, por decir así, un error momentáneo, del cual hace un error irreparable, una desgracia constante, sea por el escándalo, contra el cual es imposible guarecerse, sea por el ascendiente de una falsa vergüenza ó por las estrecheces de un nuevo lazo, que feliz ó desgraciado, seria todavía preciso romper con esfuerzo y dolor." "La separacion de cuerpo, escribe Malleville, deja siempre una puerta abierta á la reconciliacion. Un encuentro fortuito, el aislamiento en que se encuentran esposos habituados á vivir juntos, la presencia, sobre todo, de los hijos comunes pueden hacer brotar las lágrimas del arrepentimiento y de la piedad; pero el divorcio hace imposible esa reconciliacion tan deseable y no deja en pos de sí sino remordimientos y pesares (1)." El divorcio, pues, á mas de ser corruptor, no es ni siquiera un remedio para desgracias individuales.

Pero se nos dirá: tambien la simple separacion de cuerpo, es un desenlace que los contrayentes tienen que preveer en el momento de la union, y por lo mismo, tambien ella será tentadora y corruptora, contribuyendo su perspectiva á hacer malos los buenos matrimonios. Respondemos que de ninguna manera, porque la separacion *quoad thorum et habitationem*, dejando subsistir el vínculo de un primer matrimonio, tiene que halagar muchísimo menos nuestras pasiones y sentidos que el divorcio, y á ella no podrá recurrirse por placer sino solo por irresistible necesidad. Hé ahí una diferencia sustancial y digna de meditarse. El placer, la sensualidad, y hasta el crímen pueden ser y serán frecuentemente los móviles determinantes del divorcio, que brinda, solicita y tienta á los cónyuges con la esperanza de nuevos goces, de emociones no conocidas, de deleites tanto mas deseados cuanto mas fáciles y legítimos. En cambio, la simple separacion, imponiendo á los esposos el deber de fidelidad *usque ad mortem*, resulta ser mas bien una pena que un premio, un sufrimiento y no un halago, una desgracia, pero no un regocijo de nuestros sentidos. Así, mientras los cónyuges divorciados anhelarán una nueva union, donde esperan encontrar la felicidad que se les ha escapado, pasando su vida alegres y satisfechos de su triunfo, los esposos separados permanecerán tristes y pensativos, no podrán considerar su posicion sino como transitoria, y apenas serán capaces de otro sentimiento que del deseo de la reconciliacion. ¿En cuál de ambos casos ganarán mas la familia, que segun el ideal, debe ser una é indisoluble, y la sociedad, que se compone de las familias reunidas? La respuesta no es dudosa.

Se insistirá, diciendo, que en medio de las modernas socie-

(1) Malleville, *Analyse raisonnée du Code civil*, tom. 1, pág. 218.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dades, tan profundamente gangrenadas por los refinamientos de la civilizacion, la desunion de los hogares y el delito de adulterio se han hecho tan frecuentes y aun habituales, que urge poner un remedio mas radical y enérgico que la simple separacion de los esposos. Pero, suponiendo exacta la exagerada afirmacion que se hace, de ella se desprende mas bien que el divorcio debe ser hoy, con mayor afan que antes, combatido. En efecto, si en los pueblos nacientes las costumbres valen mas que las leyes, porque mientras aquellas son puras y severas, estas resultan siempre poco numerosas é insuficientes, en los pueblos envejecidos en la civilizacion, las leyes deben esforzarse en valer mas que las costumbres, las cuales van relajándose con la molicie y multiplicidad de placeres y separándose cada vez mas del ideal de órden y pureza. Modelar las leyes sobre las costumbres de hoy, es hacer de ellas las costumbres de siempre. "Cuando un pueblo, decia sabiamente Portalis, ha llegado á un alto grado de civilizacion, la multiplicacion de las relaciones, la promiscuidad de intereses, un concierto universal de todas las pasiones tienden sin cesar á hacer desaparecer el poder doméstico del libro de las leyes, y es entonces sobre todo, cuando urge mantenerlo, porque con su debilidad se debilitan y con su fuerza se mantienen las leyes."

Los partidarios del divorcio pretenden tambien justificarlo, descorriendo á nuestra vista el espectáculo de las naciones que lo tienen, sin que en ellas produzca los extragos que se le atribuyen. Pero en primer lugar, no es racional ese argumento que quiere fundarse en la asimilacion de leyes de otros países, porque las diferencias de costumbres, de creencias y de caractéres no permiten aplicar á un pueblo principios vigentes en otro. Ademas, si hemos de creer á escritores insignes de esos países donde el divorcio existe, muy lejos de haber sido favorable ó siquiera indiferente á la corrupcion de costumbres, él ha sido hasta el dia piedra de escándalo para muchos y causa de mil lamentaciones

y pesares. Citémos á este propósito algunas declaraciones. El obispo protestante de Rochester decia, respondiendo á lord Mulgrave y sin suscitar ni el menor asomo de contradiccion: "sobre diez demandas de divorcio que tienen por motivo el adulterio, nueve son preparadas de acuerdo entre el marido y un *fellow* muy complaciente, que se encarga de arrastrar á *milady* realmente ó en apariencia, teniendo cuidado de arreglar las pruebas y los testimonios que han de presentarse ante la justicia (1)." La Alemania ofrece hoy el cuadro más triste de inmoralidad en las costumbres y ve cada dia disminuir su reputacion legendaria de virtud y austeridad, por causa de la última ley que concede el divorcio con grande facilidad (2). En Berna, el senador Wein declaraba que la masa del pueblo es de tal manera disoluta, gracias al divorcio, que se encuentran hechos que recuerdan las costumbres de los Lapones y de los insulares del mar del Sur. Madame de Stael ha dejado escritas expresiones importantísimas sobre los desastrosos efectos del divorcio en los países protestantes. "El amor es una religion en Alemania, dice, pero una religion poética que tolera con demasiado buen grado todo lo que la sensibilidad puede excusar. *No puede negarse que la facilidad del divorcio en las provincias protestantes atenta á la santidad del matrimonio.* Se cambia tan sencillamente de esposo como si se tratara de arreglar los incidentes de un drama (3)." Muchos otros testimonios podriamos citar, como demostrativos de que el divorcio es incompatible con la moralidad pública y la pureza del matrimonio aun en los países que en diferentes formas y con más ó menos restricciones lo han aceptado. Esto no quiere de-

---

(1) Georges Berry, *Moralité du divorce*, pág. 80.—Discurso de Jorge Bowyer miembro de la Cámara de los Comunes, contra el bill del divorcio, pronunciado en la sesion de 30 de Julio de 1857.

(2) Combier. *Essai sur le divorce*, pág. 443.

(3) *De l'Allemagne*, 1ere. partie, chap. 3.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cir que desconozcamos, cómo á pesar del divorcio, se conserva todavía en muchos lugares cierto fondo de austera moralidad, que si bien cada dia tiende á disminuir, subsiste sin embargo y se esfuerza en no desaparecer completamente, en medio de la corrupcion que lo invade. Pero no hay que atribuir á la institucion del divorcio en algunos paises la pureza y austeridad de sus costumbres. La crítica imparcial juzga mejor este punto, diciendo que la antigua educacion católica, unida al carácter de ciertas razas, es como una saludable levadura que impide é impedirá todavía por mucho tiempo, que el matrimonio pierda del todo su dignidad y se convierta, como en la vieja Roma, en uso raro y hasta despreciable. Tiéndase la vista por la feroz disolucion de costumbres que caracterizaba las hordas bárbaras de los primeros siglos de nuestra era y que hoy, convertidas y trasformadas en pueblos cultos por la Iglesia, constituyen las modernas nacionalidades, y nos convencerémos de lo que serian el godo, el galo y el escandinavo, si continuando hasta aquí con sus libres y ásperos usos y con su fácil y opresivo divorcio, no hubieran escuchado en el tiempo preciso por la Providencia divina designado, la palabra de órden y civilizacion, ni visto los grandes ejemplos de moralidad y virtud, que produjo el catolicismo desde su nacimiento. ¿Cómo creer que hubieran de perderse por completo, á pesar de las modernas leyes, las semillas de bien depositadas en el mundo por mil y mil varones santísimos, que opusieron siempre con perseverancia heróica, su valiente alma á la inveterada corrupcion del mundo antiguo y á la naciente y opresiva inmoralidad de las nuevas razas? Se observa en la historia de todos los pueblos, que el mal tiende siempre á propagarse, cuando oportunamente no se le ataja con diques, en proporcion formidables, á su empuje. Y si esto es verdad, tratándose del mal en general ¿qué deberá decirse de aquel que es continuamente impulsado por el ardor de las pasiones y el general desórden? Así aconteció con el divorcio, que

tras porfiadas luchas y despues de suavizadas las costumbres, acabó por desaparecer en la mayor parte de los pueblos, haciendo plaza al principio de la indisolubilidad, sobre el cual se levantó la familia cristiana; tipo ideal de moralidad; institucion que realiza todo lo que puede concebirse de mas perfecto y venturoso para el hombre y la mujer; principio, en fin, que si pareció austerísimo é imposible de ser cumplido á los antiguos paganos, se hizo despues sencillo y fácil á las generaciones modeladas y disciplinadas por la Iglesia.

Los enemigos de la indisolubilidad suelen tambien atacarla, invocando la libertad de cultos, de los cuales muchos permiten la disolucion del vínculo matrimonial. A estos respondemos: aunque algunos sectarios de las nuevas religiones tienen entre sus costumbres la del divorcio, su práctica no ha sido por todos encomiada. Lutero mismo repetía frecuentemente: *si nollit uxor, ancilla venito*. Storck, Muncer y Carlostadt, los primeros y mas celosos discípulos de Lutero, le reprochaban haber introducido *una disolucion semejante á la del mahometismo* (1). De aquí deducimos que, miéntras el divorcio *quoad vinculum* es expresamente *prohibido* por la Iglesia Católica, solo es *tolerado* ó *permitido* pero no *impuesto* ó *mandado*, por las sectas disidentes. Ahora bien ¿qué es respetar un culto? ¿Es aprobar ó tolerar todo lo que él aprueba ó tolera? No, es no mandar lo que él prohibe, y no prohibir jamás lo que él manda (2). Además, si el Estado no tiene religion, si es ateo, dice á lo menos que tiene moralidad. Pero el divorcio es inmoral; luego los Estados modernos deben prohibirlo en nombre de las únicas consideraciones que proclaman respetar, es á saber, por el interes público y social. Seguramente que, despues de haberse declarado que el matrimonio no es mas que un contrato civil, se está expuesto á

(1) Dollinger, *La Reforma*, tom. 2, núm. 15.
(2) Abate Didon.—*Conferences*.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

proclamar el divorcio *quoad vinculum*, que parece ser una consecuencia de lo primero. Sin embargo, reflexiónese que la indisolubilidad, como ciertos impedimentos de que en otro lugar hemos hecho mencion, son tal vez el único resto de moralidad, de virtud y de pureza en órden al matrimonio, que las modernas leyes han conservado de las canónicas. Hacemos, pues, sinceros votos, desde nuestro punto de vista moral y religioso, para que el mal social no sea llevado á mayor extremo, ante la prevision de mas desastrosos efectos.

Confesémos con Paul Janet, que para pedir al corazon un encadenamiento irremisible, se necesitan graves razones; pero hay dos irrecusables: la dignidad de la mujer y el interes de los hijos (1). Nada importa que se nos presente el divorcio rodeado de obstáculos innumerables, ó quizá, de precauciones prudentísimas. Esto no quiere decir, sino que para dar la libertad á un pequeño número de cónyuges desgraciados, van á estrecharse las cadenas de todos esos esposos que encuentran en la simple separacion un remedio suficiente á sus dolores, y que no pueden manifestar quejas bastante serias, para que se rompa su union. Admitido el divorcio, desaparece el sentimiento del pudor que retiene á las mujeres, y se multiplicarán los adulterios. La infidelidad será el preludio de la promesa de un segundo matrimonio, y un pacto de alianza unirá á los maridos y á los seductores, come en otro tiempo era de usanza en Inglaterra.

Se pretende demostrar que la separacion hace sentir deseos monstruosos al corazon de los esposos; pero esos deseos se traducirán en horribles realidades, cuando se haga brillar á los ojos de aquellos el cebo del divorcio. Esos gritos ahogados de cólera contra la ley no han de extinguirse; como tampoco se contendrán esas magas que dan bebidas mortales á sus consortes con la sonrisa en los lábios, porque antes de llegar hasta allí, ya eran culpables.

(1) Janet. *La Famille.*

Se hace un cuadro de la jóven separada, á quien entregan á mil seducciones la libertad y el vacío de su existencia. No cabe duda que hay que compadecerse de esas tristes víctimas de la brutalidad del hombre; pero, como decia Mme. Necker, el divorcio por infidelidad es una herida para el culpable, y una desgracia para el ofendido. No puede ser mas permitido al perjuro formar nuevos lazos, que á un hombre puesto fuera de la ley volver al país donde ha sido condenado. En cuanto al esposo ó esposa ultrajados, debe decirse que la suerte ha caido sobre ellos para dar un grande ejemplo de delicadeza. Ellos llorarán como la hija de Jephté, pero viviván, como ella, solitarios por votos pronunciados ante el cielo. Muchas gentes se han dedicado al celibato, y no tenian motivos tan puros y tan respetados (1).

Lo que mancha la familia es la deificacion de la pasion, es la indiferencia y el menosprecio de la esposa virtuosa, es el fastidio de la vida íntima, de su quietud, de su regularidad, fastidio que una malsana literatura preconiza desde hace algunos años. La servidumbre maternal, tan dulce y tan santa delante de Dios, las nobles ansiedades y los dolores santificantes de la familia, aparecen insoportables, porque la vida ardiente de nuestros dias quiere reemplazarlos con el lujo, con los fréneticos placeres, con las bacanales sin fin. La cortesana, con sus móviles amores, es el ideal á donde quiere llevársenos, porque los corazones están enervados y no laten ya al calor de elevadas aspiraciones. No, no, no es la indisolubilidad la que crea la bigamía, el adulterio, las escandalosas revelaciones de que tienen que conocer los tribunales: es la inmoralidad de los hombres y la impudencia de las mujeres; es la mentira impía proferida al pie de los altares, cuando se jura una proteccion que no se quiere otorgar, una obediencia á la cual no queremos someternos, una fidelidad

(1) Mme. Necker, *De l'Education des femmes.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

que se tiene el propósito de violar. El divorcio no puede ser el remedio contra las malas costumbres, porque esos nudos que no se forman por el amor puro, no serán rotos sino para contraer otros nuevos, y como la saciedad es imposible para los corazones corrompidos, con el divorcio llegariamos á la poligamía sucesiva. Colocados en esa funesta pendiente, desearíamos el ultraje, el adulterio, todos los crímenes, como otros tantos recursos para obtener una ruptura que la severidad de las leyes rehusara.

Si las pasiones devastan el techo doméstico, la indisolubilidad protege sus restos y los muestra al hijo para que á ellos se refugie. Pero el divorcio funda dos nuevas familias, con lo cual resulta mas funesto que la separacion. Sin duda, algunos hijos sufrirán por la segunda la falta de unidad en su educacion. Como lo afirma M. Naquet, confiado el hijo á manos mercenarias, será privado de esas dulces alegrías que nos hacen amar la vida; pero esta orfandad, en el caso de simple separacion, solo dura algunos años. Llega un dia en que el hijo sabe cuál es el dolor que debe consolar, y tal vez entonces, uniendo la mano del ofensor y del ofendido, provoca entre ambos una sincera y entusiasta reconciliacion. Se dirá, que las lágrimas del hijo son impotentes, cuando los padres tienen que recordar graves ofensas mutuas. Lo aceptamos, y para ese caso, celosos ante todo del bienestar social, decimos que el hijo se resigne á tan magna desgracia, pero todavía insistimos en que ella es menor que la producida por el divorcio, toda vez que, no habiendo sobrevenido un nuevo matrimonio de los padres, puede el hijo repartir entre ambos los tesoros de su afecto, como despues de un duelo el amigo comun presta sus auxilios á los dos rivales heridos.

Inclinémonos, pues, ante la ley de la indisolubilidad, que es de institucion divina y reposa sobre la esperanza de una reconciliacion y la garantía del mejor órden social (1).

22. Esto es lo que ha hecho hasta el dia, por lo que respecta al punto que nos ocupa la legislacion mexicana. La ley de 23 de Julio de 1859 declara (art. 4) que el matrimonio civil es *indisoluble*, y que por consiguiente, solo la muerte de alguno de los conyuges es el medio natural de disolverlo, pudiendo los casados separarse temporalmente por alguna delas causas expresadas en el art. 20 de la misma ley (1). En el primer proyecto de un código civil mexicano, hecho por el Sr. Dr. D. Justo Sierra y por encargo del Supremo Gobierno, en 18 de Diciembre de 1859, se lee (art. 91): "El divorcio no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida comun de los casados." Igual declaracion y en términos mas amplios consta en los códigos de Veracruz (arts. 225 y 226), Estado de México (arts. 172 y 173), Tlaxcala (art. 167) y Distrito Federal de 1870 (art. 239). Por último, en las Reformas y Adiciones hechas á la Constitucion en 14 de Diciembre de 1874, el principio de la indisolubilidad del matrimonio ha sido elevado al rango de precepto constituaional y de derecho público. "El matrimonio civil no se disolverá más que por la muerte de uno de los cónyuges; pero las leyes pueden admitir la separacion temporal por causas graves, que serán determinadas por el legislador, sin que por la separacion quede hábil ninguno de los consortes para unirse con otra persona (2)." Ultimamente, ó sea en Noviembre de 1886, fué presentada de nuevo ante la Cámara de los diputados una proposicion sobre el restablecimiento del divorcio *quoad vinculum*, cuyo éxito fué tan infeliz y hasta irrisorio, que al proponerse apenas que fuese tomada en consideracion, resultó desechada, en medio de los gritos y las burlas de muchos diputados y del pueblo que llenaba las galerías. No cabe, pues, duda de que el divorcio es impopular en nuestra patria, aun entre los mismos reformadores de la legislacion canónica.

(1) Paul Bernard, *Etude sur le divorce.*

(1) Veáse tomo 1.º de esta obra, apéndice letra X.

(2) Seccion V, art. 23, base 9.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Art. 227. Son causas legítimas de divorcio:

I. El adulterio de uno de los conyuges:

II. El hecho de que la mujer dé á luz durante el matrimonio un hijo concebido ántes de celebrarse el contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo:

III. La propuesta del marido para prostituir á su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero ó cualquiera remuneracion con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer:

IV. La incitacion ó la violencia hecha por un conyuge al otro para cometer algun delito, aunque no sea de incontinencia carnal:

V. El conato del marido ó de la mujer para corromper á los hijos, ó la tolerancia en su corrupcion:

VI. El abandono del domicilio conyugal sin justa causa, ó aun cuando sea con justa causa, si siendo ésta bastante para pedir el divorcio, se prolonga por mas de un año el abandono sin que el conyuge que lo cometió, intente el divorcio:

VII. La sevicia, las amenazas ó las injurias graves de un conyuge para con el otro:

VIII. La acusacion falsa hecha por un conyuge contra el otro:

IX. La negativa de uno de los conyuges á ministrar al otro alimentos conforme á la ley:

X. Los vicios incorregibles de juego ó embriaguez:

XI. Una enfermedad crónica é incurable que sea tambien contagiosa ó hereditaria, anterior á la celebracion del matrimonio, y de que no haya tenido conocimiento el otro conyuge:

XII. La infraccion de las capitulaciones matrimoniales:

XIII, El mútuo consentimiento:

Art. 228. El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio; el del marido lo es solamente cuando en él concurre alguna de las circuntancias siguientes:

I. Que el adulterio haya sido cometido en la casa comun:

II. Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro ó fuera de la casa conyugal:

III. Que haya habido escándalo ó insulto público hecho por el marido á la mujer legítima:

IV. Que la adúltera haya maltratado de palabra ó de obra, ó que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos á la mujer legítima:

Art. 229. Es causa de divorcio el conato del marido ó de la mujer para corromper á los hijos, ya lo sean éstos de ambos, ya de uno solo de ellos. La tolerancia debe consistir en actos positivos, sin que sean causa de divorcio las simples omisiones.

Art. 230. Cuando un conyuge haya pedido el divorcio ó la nulidad del matrimonio, por causa que no haya justificado, ó que haya resultado insuficiente, así como cuando haya acusado judicialmente á su conyuge, el demandado tiene derecho para pedir el divorcio; pero no puede hacerlo sino pasados cuatro meses de la notificacion de la última sentencia. Durante estos cuatro meses, la mujer no puede ser obligada á vivir con el marido.

Art. 231.—Cuando ambos consortes convengan en divorciarse en cuanto á lecho y habitacion, no podrán verificarlo sino ocurriendo por escrito al juez y en los términos que expresan los artículos siguientes: en caso contrario, aunque vivan separados, se tendrán como unidos para todos los efectos legales del matrimonio.

Art. 232.—Los conyuges que pidan de conformidad su separacion de lecho y habitacion, acompañarán á su demanda un convenio que arregle la situacion de los hijos y administracion de los bienes durante el tiempo de la separacion.

Art. 233.—La separacion no puede pedirse sino pasados dos años despues de la celebracion del matrimonio. Presentada la solicitud, el juez citará á los conyuges á una junta, en que procurará restablecer entre ellos la concordia; y si no lo lograre, apro-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

bará el arreglo provisorio con las modificaciones que crea oportunas, con audiencia del ministerio público y cuidando de que no se violen los derechos de los hijos ó de un tercero.

Art. 234.—Trascurrido un mes desde la celebracion de la junta que previene el artículo anterior, á peticion de cualquiera de los conyuges, el juez citará otra junta en que los exhortará de nuevo á la reunion, y si esta no se lograre, decretará la separacion, siempre que le conste que los conyuges quieren separarse libremente, y mandará reducir á escritura pública el convenio á que se refiere el artículo anterior.

Art. 235.—La sentencia que apruebe la separacion fijará el plazo que ésta deba durar conforme al convenio de las partes.

Art. 236.—Lo dispuesto en los artículos anteriores se observará siempre que al concluir el término de una separacion, los conyuges insistan en el divorcio.

Art. 237.—Los conyuges de comun acuerdo pueden reunirse en cualquier tiempo.

Art. 238.—La demencia, la enfermedad declarada contagiosa ó cualquiera otra calamidad semejante de uno de los conyuges, no autoriza el divorcio, salvo el caso de la fraccion 11ª del art. 227; pero el juez, con conocimiento de causa, y solo á instancia de uno de los consortes, puede suspender breve y sumariamente en cualquiera de dichos casos la obligacion de cohabitar; quedando sin embargo subsistentes las demas obligaciones para con el conyuge desgraciado.

Art. 239.—El divorcio solo puede ser demandado por el conyuge que no haya dado causa á él, y dentro de un año despues que hayan llegado á su noticia los hechos en que se funde la demanda.

Art. 240.—Ninguna de las causas enumeradas en el art. 227 puede alegarse para pedir el divorcio, cuando haya mediado perdon ó remision expresa ó tácitamente.

Art. 241.—La reconciliacion de los conyuges deja sin efecto ulterior la ejecutoria que declaró el divorcio. Pone tambien término al juicio, si aun se está instruyendo; pero los interesados deberán denunciar su nuevo arreglo al juez, sin que la omision de esta noticia destruya los efectos producidos por la reconciliacion.

Art. 242.—La ley presume la reconciliacion, cuando despues de decretada la separacion ó durante el juicio sobre ella, ha habido cohabitacion de los cónyuges.

Art. 243.—El cónyuge que no ha dado causa al divorcio, puede aun despues de ejecutoriada la sentencia, prescindir de sus derechos y obligar al otro á reunirse con él, mas en este caso no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos que motivaron el anterior, aunque sí por otros nuevos aun de la misma especie.

SECCION 1.ª

Principios generales.

23. Si la union permanente de los cónyuges es el voto del legislador, aun la simple separacion de cuerpo no debe autorizarse judicialmente, sino por alguna de las causas enumeradas y perfectamente definidas en la ley. En efecto, la misma separacion es un mal que no conviene á la sociedad que se produzca, á no ser que surja uno de esos acontecimientos que el legislador no ha podido ménos que considerar graves y suficientes para motivar aquella. Es lo que enseñaba Pothier, cuando decia: "La union del marido y de la mujer, que es formada por Dios mismo, y el poder que cada uno de los cónyuges da sobre su cuerpo, en virtud del matrimonio, al otro cónyuge, no permiten á una mujer pedir la separacion de habitacion, si no es por causas muy

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

bará el arreglo provisorio con las modificaciones que crea oportunas, con audiencia del ministerio público y cuidando de que no se violen los derechos de los hijos ó de un tercero.

Art. 234.—Trascurrido un mes desde la celebracion de la junta que previene el artículo anterior, á peticion de cualquiera de los conyuges, el juez citará otra junta en que los exhortará de nuevo á la reunion, y si esta no se lograre, decretará la separacion, siempre que le conste que los conyuges quieren separarse libremente, y mandará reducir á escritura pública el convenio á que se refiere el artículo anterior.

Art. 235.—La sentencia que apruebe la separacion fijará el plazo que ésta deba durar conforme al convenio de las partes.

Art. 236.—Lo dispuesto en los artículos anteriores se observará siempre que al concluir el término de una separacion, los conyuges insistan en el divorcio.

Art. 237.—Los conyuges de comun acuerdo pueden reunirse en cualquier tiempo.

Art. 238.—La demencia, la enfermedad declarada contagiosa ó cualquiera otra calamidad semejante de uno de los conyuges, no autoriza el divorcio, salvo el caso de la fraccion 11ª del art. 227; pero el juez, con conocimiento de causa, y solo á instancia de uno de los consortes, puede suspender breve y sumariamente en cualquiera de dichos casos la obligacion de cohabitar; quedando sin embargo subsistentes las demas obligaciones para con el conyuge desgraciado.

Art. 239.—El divorcio solo puede ser demandado por el conyuge que no haya dado causa á él, y dentro de un año despues que hayan llegado á su noticia los hechos en que se funde la demanda.

Art. 240.—Ninguna de las causas enumeradas en el art. 227 puede alegarse para pedir el divorcio, cuando haya mediado perdon ó remision expresa ó tácitamente.

Art. 241.—La reconciliacion de los conyuges deja sin efecto ulterior la ejecutoria que declaró el divorcio. Pone tambien término al juicio, si aun se está instruyendo; pero los interesados deberán denunciar su nuevo arreglo al juez, sin que la omision de esta noticia destruya los efectos producidos por la reconciliacion.

Art. 242.—La ley presume la reconciliacion, cuando despues de decretada la separacion ó durante el juicio sobre ella, ha habido cohabitacion de los cónyuges.

Art. 243.—El cónyuge que no ha dado causa al divorcio, puede aun despues de ejecutoriada la sentencia, prescindir de sus derechos y obligar al otro á reunirse con él, mas en este caso no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos que motivaron el anterior, aunque sí por otros nuevos aun de la misma especie.

SECCION 1.ª

Principios generales.

23. Si la union permanente de los cónyuges es el voto del legislador, aun la simple separacion de cuerpo no debe autorizarse judicialmente, sino por alguna de las causas enumeradas y perfectamente definidas en la ley. En efecto, la misma separacion es un mal que no conviene á la sociedad que se produzca, á no ser que surja uno de esos acontecimientos que el legislador no ha podido ménos que considerar graves y suficientes para motivar aquella. Es lo que enseñaba Pothier, cuando decia: "La union del marido y de la mujer, que es formada por Dios mismo, y el poder que cada uno de los cónyuges da sobre su cuerpo, en virtud del matrimonio, al otro cónyuge, no permiten á una mujer pedir la separacion de habitacion, si no es por causas muy

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

grandes.....Los jueces no deben permitir con demasiada facilidad la separacion de habitacion; pero cuando hay justas causas deben permitirlo, por que segun reglas del órden político, se debe, no hacer, sino permitir un menor mal para evitar otro mayor (1)." De aquí se deduce que las causas de divorcio son de estricta interpretacion (2). No cabe pues en esta materia juzgar por analogía ni por tradiciones, porque, siendo la regla la indisolubilidad, y no habiendo el legislador aceptado la separacion *quoad thorum et habitationem* sino forzado por la debilidad humana, resulta ser esta una excepcion que no debe aplicarse, como ya lo hemos dicho en otro lugar, á caso alguno que no esté expresamente especificado en la ley (3).

24. Interpretacion estricta de las causas de divorcio no quiere decir que los jueces carezcan de facultad para examinar, si el motivo presentado en la demanda cabe ó no en los preceptos legales. Así lo decidió la córte de Colmar en Francia, fallando no ser causa de divorcio, presentada como injuria grave, el adulterio de uno de los cónyuges (4). Del mismo modo no podria, segun nuestras leyes, decretarse el divorcio por otra causa que la presentada en la demanda, supuesto que la sentencia no debe decidir una accion diversa de la deducida por el actor y nombrada en su demanda, aun cuando proceda de los mismos hechos, conforme al art. 711, fraccion 2.ª de nuestro código de Procedimientos civiles y á la jurisprudencia de la Córte de Casacion (5).

---

(1) Pothier, *Contrat de Mariag , chap. 3.*
(2) Laurent, *Droit civ. franc.*, tom. 3, num. 178.
(3) Véase tomo 1.° de este obra núms. 88 y siguientes.
(4) Dalloz, "Separation de corps" num. 438.
(5) *Anuario de legislacion y jurisprudencia.* Seccion de Casacion, Sentencia de 20 de Julio 1886—Massol. *De la separation de corps.* sect. 4, núm. 1.—Sentencia de 10 de Octubre de 1876 del Juzgado 2.° de lo civil, confirmada por la 3.ª sala del Tribunal Superior del D. F. en 12 de Agosto de 1877 (Foro. num. 84. tom. 7.° 1.ª época, y núm 41, tom. 2.° y 2.ª Epoca.)

25. Infiérese tambien de lo que precede, que la separacion no puede ser decretada por otras causas que las expresamente señaladas en la ley, aunque parezcan igualmente graves y suficientes para motivar aquella. La legislacion, como lo enseña Duranton, ha dejado sin duda, á los jueces una gran latitud en la apreciacion de los hechos que constituyen los excesos, sevicias ó injurias graves.....; pero las decisiones á este respecto están expuestas á ser reformadas por el superior, si ellas se fundan sobre causas no expresadas en la ley (1). Por esta razon, ya no podria admitirse una demanda de divorcio por causa de entrar uno de los cónyuges en alguna Orden religiosa, como lo prescribia la ley 2, tit. 10 de la Partida 4.ª ni por ningun otro motivo omitido en las palabras del legislador. García Goyena expresa el mismo pensamiento, diciendo que las causas de divorcio son *tacsativas* y no *extensivas* (2).

---

§ 1. Del adulterio.

26. No siempre ha sido una misma la significacion de esta palabra, cuyo sentido se comprende hoy tan generalmente. Segun el derecho romano, el estado de la mujer era lo único que doterminaba el adulterio. Modestino escribia: *adulterium in nupta admittitur: stuprum in vidua vel virgine, vel puero committitur* (3). En otros términos, el adulterio solo existia, independientemente del estado del hombre, al cual para na-

---

(1) Duranton, tom. 1, num. 1118.
(2) Garcia Goyena, *Proyecto*, art. 76.
(3) *Dig.* lib. 48, tit. 5, l. 34, § 1.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

da se atendia, cuando la mujer era casada. En consecuencia, si un hombre casado tenia comercio secsual con una viuda ó vírgen, no cometia adulterio sino estupro, *stuprum in vidua vel virgine committitur*. Esta arbitraria distincion era sin duda un eco todavía resonante, á pesar del trascurso del tiempo, de aquella abusiva y criminal doctrina, segun la cual solo era punible el adulterio de la mujer, y cuyo recuerdo nos ha sido trasmitido por Aulo Gelio, que pone en boca de Caton, refiriendo las costumbres de los primitivos romanos, las siguientea palabras: *De jure autem occidendi ita scriptum est: in adulterio uxorem tuam si deprenhendisses, sine judicio impune necares; illa te, si adulterares, digito non auderet contingere, neque jus est* (1). Es el Cristianismo quien dió á la ciencia jurídica una más recta nocion del adulterio, partiendo del principio de la monogamia y santidad del matrimonio. San Pablo escribia á los Corintios: *Propter fornicationem antem unusquisque suam uxorem habeat, et unaquæque suum virum habeat.....Mulier sui corporis potestatem non habet, sed vir. Similiter autem et vir sui corporis potestatem non habet, sed mulier* (2). San Agustin dice: "Los derechos de *esposo* no autorizan de modo alguno á los hombres culpables de adulterio, á reclamar en favor de ellos mas indulgencia que la que acordarian á sus mujeres; al contrario, este crímen debe ser castigado en los hombres con mayor severidad, porque ellos son más fuertes y deben dar el buen ejemplo." "Entre nosotros, enseñaba San Gerónimo, lo que está prohibido á la mujer, lo está igualmente al marido. Hay sobre este punto grande diferencia entre las leyes de Jesu-Cristo y las de los emperadores. S. Pablo y Papiniano no nos enseñan las mismas cosas, pues el segundo *suelta la brida á la impudencia de los hombres y no condena el adulterio sino con mujer casada.*

(1) Aulo Gelio, lib. 10, num. 23.
(2) 1.ª *Ad Corinth.* Cap. VII. v. v. 2 y 4.

Pero entre los cristianos no es así; si un marido puede repudiar á su mujer por causa de adulterio, una mujer puede dejar á su marido por el mismo crímen; en las condiciones iguales, la condicion es igual (1)." Luego, dicen los Canonistas, hay delito de adulterio, siempre que se viola la fe conyugal, sea por la esposa ó por el marido, *ex eo quod conjugalis fides et unitas duorum in carne una perfidè violatur* (2). Adulterio es pues segun la Iglesia: *accesus ad alterius thorum*. Y así leemos en los cánones: *Nemo blandiatur sibi de legibus hominum.....nec viro licet, quod mulieri non licet. Eadem a viro, quæ ab uxore debetur castimonia. Quidque in ea, quæ non sit legitima uxor, commissum fuerit, adulterii crimine damnatur. Nulli licet scire mulierem præter uxorem; ideo conjugii tibi datum est jus, ne laqueum incidas, et cum aliena muliere delinquas.....Nec hoc solum est adulterium, cum aliena peccare conjuge, sed omne, quod non habet potestatem conjugii* (3),

Esta doctrina tan pura del Cristianismo, que juzgaba de la moralidad de las acciones bajo el punto de vista del deber infringido, penetró tardíamente y con dificultad en la legislacion civil. Despues de Constantino, que declaró ser el adulterio causa de divorcio, cualquiera de los cónyuges que de él fuese culpable, renació la ley Julia, que prohibia á la mujer la acusacion de adulterio contra su marido, *publico judicio non habere mulieres adulterii accusationem, quamavis matrimonio suo violato queri veliut, lex Julia declarat* (4), y la diferencia de que hablamos pasó á España y á Francia, como lo demuestran sus respectivos monumentos jurídicos. A pesar de la mofa con que Juvenal se habia burlado, en tiempo de Domiciano, de la des-

(1) S. Gerónimo, *Vida de Sta. Faviola.*
(2) André, *Droit Can.*
(3) Cap. *Nemo blandiatur*, caus. 32, quæst. 4.
(4) *Cod.* lib. 9, tit. 9, l. 1.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

igualdad establecida por las leyes *Augustanas* entre el hombre y la mujer en órden al adulterio (1), Pothier enseñaba que los adulterios cometidos por el marido, no pueden servir á una mujer de fundamento para una demanda sobre separacion de habitacion. "Las mujeres, dice, no son admitidas en los tribunales á la prueba de estos hechos, mientras que el hombre es recibido á entablar contra su mujer la acusacion de adulterio. La razon de la diferencia es evidente: el adulterio que comete la mujer es infinitamente mas contrario al buen órden de la sociedad civil, puesto que tiende á despojar á las familias, y á hacer pasar sus bienes á hijos adulterinos que la son extraños; al contrario, el adulterio cometido por el marido, aunque muy criminal en sí, no tiene tan graves consecuencias. Añadid que no pertenece á la mujer, que es una inferior, tener inspeccion sobre la conducta de su marido, que es su superior. Ella debe presumir que su marido le es fiel, y el celo no debe arrastrarla á hacer investigaciones de la conducta de aquel (2)". El Fuero Juzgo confundia tambien el adulterio con el estupro y la violacion (3). El código de las Partidas expresa mejor que ningun otro monumento antiguo, la confusion existente sobre este punto en el órden civil, á pesar de la doctrina canónica: "*Adulterio es yerro que ome faze á sabiendas, yaciendo con muger casada, ó desposada con otro. E tomo este nombre de dos palabras del latin, alterius et thorus, que quieren tanto dezir como ome que va, ó fue al lecho de otro; por cuanto la muger es contada por lecho del marido con quien es ayuntada, e non el della. E por ende dixeron los sabios antiguos que maguer el ome casado yoguiesse con otra muger que ouiesse marido, que non lo puede acu-*

(1) Sátira 2, *Dat veniam corvis, vexat censura columbas.*
(2) Pothier, *Contrat de mariage*, núm. 516.
(3) Lib. 3, tit. 4, ll. 7, 8 y 14.

sar su muger ante el juez seglar sobre esta razon; como quier que cada uno del pueblo (á quien no es defendido por las leyes de este nuestro libro) lo puede fazer. E esto touieron por derecho, por muchas razones. La primera, porque del adulterio que faze el varon con otra muger non nace daño, nin deshonrra, á la suya. La otra, porque del adulterio que faze su muger con otro, finca el marido deshonrrado, recibiendo la muger á otro en su lecho; é demas, por que del adulterio della puede venir al marido gran daño. Ca si se empreñasse de aquel con quien fizo el adulterio, vernia el fijo estraño heredero en vno con los sus hijos; lo que non auernia á la muger del adulterio que el marido fiziesse con otra: e por ende pues que los daños e las deshonrras, no son yguales, guisada cosa es, que el marido aya esta mejoria, e pueda acusar á su muger del adulterio, si lo fiziere, e ella non á el; e esto fue establecido por las leyes antiguas, como quier que segund el juyzio de Santa Iglessia non seria assi (1)". Gregorio López en la glosa á esta ley, no deja duda sobre lo que afirmamos. *Adulterium*, dice, *est, cum conjugata, vel alterius sponsa scienter coire; et dicitur adulterium ab alter, et thorum, quia adulter ad alterius thorum vadit, eo quod uxor est thorus viri, et non è contra: mulier tamen non potest suum virum de adulterio accusare coram judice sæculari, licet possit alius de populo; ipse tamen vir uxorem sic, quia per mulierem vir vituperatur, eo qui alter in ejus thorum recipitur, et quandoque partus alienus est hæres sibi, quod cessat cum vir adulterium committit: secundum canones tamen potest ipsa maritum accusare.* La misma doctrina era sustentada por muchos eminentes tratadistas, aunque fué siempre combatida por el Derecho Canónico. El P. Sánchez, citando á Sto. Tomás de Aquino y gran número de cánones y decisiones eclesiásticas, enseña: *Conjuges sunt pares in divortio causa adulterii celebrando: ac proinde sicut vir innocens potest*

(1) *Partida* 7, tit. 17, l. 1ª

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ab adultera uxore divertere, ita e contra uxor innocens a viro adultero (1).

Los dos diversos modos de considerar el adulterio, segun que fuese del marido, ó de la mujer, aceptados, como hemos visto, desde el antiguo derecho civil, parecieron fundirse en la Novela 117 de Justiniano, que es como la primera fórmula por medio de la cual concedieron, por explicarnos así, los jurisconsultos romanos, que el adulterio del marido fuese tambien causa de divorcio para la mujer. La concesion no llegó, sin embargo, hasta el grado de igualar á ambos consortes en el derecho de acusar y pretender el divorcie, siendo uno mismo el delito. Mientras el hombre podia dejar á la mujer por simples sospechas de adulterio, *si de adulterio maritus putaverit posse suam uxorem convinci*, la mujer no podia divorciarse de su marido adúltero, sino cuando éste tuviera una concubina en la casa conyugal, ó fuese convicto de vivir habitualmente en otra casa con la cómplice, *si quis in ea domo in qua cum sua conjuge commanet, contemnes eam, cum allia inyeniatur in ea domo manens: aut in eadem civitate degens in allia domo cum allia mulliere frequenter manere convincitur.*

Tal es el orígen de la disposicion existente en la mayor parte de los códigos modernos, que como en nuestra legislacion, no considera el adulterio causa de divorcio, por lo tocante al marido, sino cuando éste ha cometido tal delito con una concubina y en la casa conyugal, mientras se reputa serlo en todos los casos el cometido por la mujer. Veamos cuáles son los principales razonamientos empleados para justificar esa distincion, que desde luego, mas parece referirse á la pena del delito y á su clasificacion, que al divorcio, respecto al cual se establece.

(1) P. Sánchez, *De Matrimonio*, lib. 10, disput. 3, núm. 6.—Div. Thom, *Summa Theológica*, Suppl. Quæst. 52, art. 4.—Joan. Gutierrez, *Tract. de Matrim.*, cap. 129.

Tácito habia escrito: *Neque fœmina, amissa pudicitia, alia flagitia abnuerit* (1). De aquí el adagio tan repetido por los antiguos jurisperitos: *adultera, ergo venefica.* M. D'Aguesseau, desenvolviendo este pensamiento, hace observar que "el adulterio es frecuentemente el primer paso que conduce al asesinato, de tal manera que esta conjetura parece haberse hecho una presuncion *juris* (2)." Otro abogado célebre exclamaba. "es raro ver una acusacion de adulterio intentada por un marido; el temor del escándalo le detiene: sabe que no puede publicar el crímen de su mujer, sin cubrirse de vergüenza. La preocupacion sola ahogaria sus quejas, si el deshonor real que es la consecuencia, no bastase para determinarle á devorar en secreto sus desgracias. Todas estas razones cesan del lado de la mujer; ella goza con mas gloria de su propia virtud, cuando su marido se deshonra por sus infidelidades. Alentada por esto mismo á perseguir á un marido culpable, nada podria, pues, poner un freno á su venganza: porque ella no arriesgaria nada, lo osaria todo; la mas ligera sospecha se convertiria en pretexto de una acusacion, y la fe solemne del lazo conyugal estaria comprometida á cada instante (3)." "La mujer, dice Bedel, tiene deberes domésticos; sus hijos le son, mas que al marido, confiados..... Una madre, infiel una vez, está desarmada para siempre, el pudor ha huido de ella; las seducciones avanzan en tropel para corromperla.....; de su falta nacen hijos, que son objeto de antipatía. El adulterio del hombre no enciende guerra sino entre dos mujeres, guerra rara vez mortífera; el de la mujer pone en disputa á dos hombres y la sangre corre (4)." Montesquieu expone con toda precision los motivos de la dife-

(1) *Annal*, lib. 4, num. 4.
(2) *Plaidoyer* 57.
(3) Gerbier, *Mémoire pour le comte Montboissier.*
(4) Bedel, *Traité d'adultere*, num. 7.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

rencia establecida por las leyes entre la infidelidad del hombre y la de la mujer. "Las leyes políticas y civiles de casi todos los pueblos, dice, han distinguido con razon estas dos cosas: ellas han exigido de las mujeres un grado de retencion y continencia que no piden á los hombres, porque la violacion del pudor supone en la mujer la carencia de todas las virtudes, porque la mujer, al violar las leyes del matrimonio, sale de su dependencia natural, porque la naturaleza ha marcado la infidelidad de las mujeres por signos ciertos. Ademas, los hijos adulterinos de la mujer están necesariamente á cargo del marido, mientras que los hijos del marido no están á cargo de la mujer (1)." Fácil es observar que todos los razonamientos que preceden, no consideran el adulterio sino bajo el punto de vista del derecho criminal, y como si se tratara, no tanto de saber si ese delito puede ó no, y en qué condiciones, ser causa de divorcio, sino mas bien de su castigo (2).

27. Al discutirse en el Consejo de Estado el Código Civil francés, Boulay confesó que en realidad el crímen de adulterio era igual en el hombre y en la mujer, y que por tanto no debia haber diferencia en el derecho de ejercer la accion que de él resulta. Lacuée dijo que castigar el adulterio del marido solamente en el caso en que tuviera concubina en la casa comun, equivalia á autorizarlo en los otros. Regnier manifestó que el adulterio, en materia de divorcio, no debe ser considerado sino en los efectos que produce entre los esposos; y que bajo este punto de vista, el crímen es el mismo, sea que pertenezca al marido, sea que pertenezca á la mujer (3). Tronchet acabó por adoptar la misma doctrina, exponiendo los verdaderos principios y considerando esta cuestion bajo el punto de vista del derecho civil y no del penal. "En efecto, dice, las leyes romanas pronunciaban una pena contra el adulterio, y entonces era justo establecer una distincion, que servia para graduar la pena segun las consecuencias; pero cuando el adulterio no es considerado sino con respecto al divorcio, todo debe ser igual entre los esposos (1)." Sin embargo, mas tarde este consejero volvia á los otros razonamientos y decia: "El adulterio rompe el lazo, atacando al esposo en la parte mas sensible: sus efectos son, con todo, muy diferentes en el hombre y en la mujer; por este motivo el adulterio del marido no da lugar al divorcio, sino cuando es acompañado de un carácter particular de menosprecio, por el establecimiento de la concubina en la casa comun, ultraje tan sensible á las mujeres virtuosas (2)." Los artículos 229 y 230 quedaron, pues, redactados de la manera siguiente: "El marido podrá pedir el divorcio por causa de adulterio de su mujer.—La mujer podrá pedir el divorcio por causa de adulterio de su marido, *cuando él hubiere tenido su concubina en la casa comun*."

(1) Montesquieu, *Esprit des lois*, lib. 26, chap. 8.

(2) Laurent, *Droit civ. franc.*, tom. 3, num. 179.

(3) Maleville, *Analyse raisonnée*, tom. 1, pág. 248.

28. Esta doctrina, que como antes (núm. 20) lo expresamos, no ha sido seguida en la última ley francesa sobre divorcio, habiéndose hecho la mas generalmente seguida por los legisladores de todos los pueblos (3), es tambien la que ha dominado hasta el dia, salvas muy ligeras modificaciones, en nuestra legislacion. La ley de 23 de Julio de 1859 declara (art. 21) que el adulterio del marido, acompañado de *concubinato público*, da

(1) Séance du 24 vend. an X.

(2) Séance du 19 vent. an XI.—Maleville, *Analyse raisonnée*, tom. 1, pág. 248.

(3) Se cita el Código Holandés (art. 264, 1º) como uno de los muy pocos, en los tiempos modernos, que admiten como causa de divorcio el adulterio del hombre y de la mujer, sin distincion alguna.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

derecho á la mujer para entablar la accion de divorcio. El primer proyecto de un código civil mexicano reconoce expresamente (art. 92) que el adulterio de la mujer es causa de divorcio en todo caso, y que el del marido sólo lo es, *cuando resulta escándalo público ó menosprecio de la mujer*. El Código de Veracruz (art. 228, 1.°) copia literalmente lo dispuesto en la ley de 23 de Julio de 1859. El del Estado de México (art. 175) establece que el adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio, declarando que el adulterio del marido sólo lo es, cuando concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª que el adulterio haya sido cometido en la casa comun; 2.ª que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro ó fuera de la casa conyugal; 3.ª que haya habido escándalo ó insulto público á la mujer legítima; 4.ª que la adúltera haya dado maltrato ó sido causa de que se dé á la mujer legítima.—Igual disposicion se encuentra en el Código Civil del Distrito Federal, de 1870 (arts. 241 y 242), que ha sido copiado, salva una modificacion de que nos ocuparémos despues, por el art. 228 del que comentamos. El Código de Tlaxcala (art. 170) contiene la misma declaracion, excepto la circunstancia de maltrato de la mujer legítima por la adúltera ó por su causa.

29. ¿Cuáles son las razones que, aunque no de una manera completa, pueden á lo menos motivar esa diferencia tan marcada entre el adulterio del hombre y el de la mujer, bajo el punto de vista del divorcio? En principio, creemos haberlo dado á conocer, somos adversarios de esa desigualdad que no se funda en la diversidad de los delitos, supuesto que ambos, del mismo modo, violan la fe jurada al contraer matrimonio, y si el adulterio de la mujer produce consecuencias mas deplorables que el del hombre, esto sólo justificaria un aumento en la penalidad. Pero, tratándose del divorcio, ó sea de la suspension del matrimonio, porque alguno de los cónyuges ha faltado á la principal de sus obligaciones, ¿deja de ser adulterio el cometido por

el marido *porque no lo haya sido en la casa comun, porque no haya habido concubinato entre los adúlteros, porque no haya habido escándalo público, porque la adúltera no haya maltratado á la esposa legítima?* Sin duda que no, pues el delito es el mismo, y la falta de tales circunstancias mas bien acusa en los culpables mayor maldad, mayor meditacion y preparativos para la ejecucion, mayores precauciones para no ser sorprendidos y castigados. Puede, pues, decirse que los legisladores han convertido el adulterio del hombre en un acto indiferente, que sólo deja de serlo, precisamente cuando acusa en el agente mayor depravacion. Como decia el jurisconsulto francés antes citado, considerar el adulterio del hombre como causa de divorcio sólo en ciertos casos, que, por conveniencia misma de los adúlteros, tienen que ser muy raros, es implícitamente autorizarlo en todos los demas.

Sin embargo, no inculpémos á la legislacion civil tan despiadadamente que no le quede ni el menor asomo de defensa. ¿Cuál puede ser ésta? No se invoquen, para presentarla, lo desastroso y trascendental de la desleal conducta de la mujer, porque, repetimos, esto no cambia la naturaleza del delito y sólo motivaria un aumento de pena. Creemos encontrar esa defensa mas bien en las condiciones por que se rige la humana y débil razon de las leyes. En efecto, mientras las prescripciones canónicas, partiendo del concepto eminentemente espiritualista del *Matrimonio-Sacramento*, es lógico que consideren como igualmente contrario á la fe conyugal el adulterio del hombre y el de la mujer, aunque el primero logre ocultar el delito en el fondo de su alma, las leyes civiles no pueden menos que ceder á la innegable dificultad con que frecuentemente se tropieza, para probar el adulterio del hombre, que no ha sido marcado con señales inequívocas por la naturaleza, teniendo en consecuencia que recurrir á esos indicios, que, como el concubinato y el escándalo, son demostrativos de la infidelidad masculina.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Pero si esto es así, el afan del legislador debe de ser ampliar, en cuanto sea posible, la causa de divorcio, consistente en el adulterio del marido, no restringiéndola sino á aquellos casos que imperiosamente exige la naturaleza (1). Lo contrario equivaldria á hacer cada vez mas grave la diferencia entre dos delitos que, no por pertenecer á agentes de diferente sexo, dejan de constituir la misma falta, sobre la cual se quiere establecer una causa de divorcio.

30. Pero aunque nuestra legislacion sea contraria á los verdaderos principios, es necesario interpretarla conforme al espíritu que la ha dictado. Varias y muy importantes son las controversias que pueden suscitarse ante los tribunales, con motivo de la anterior legislacion nacional.

El art. 228, declara, que mientras el adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio, el del marido sólo lo es cuando con el concurre alguna de las circuntancias que en él se enumeran. Ahora bien, una de ellas es que el adulterio haya sido cometido en la *casa comun*. ¿Qué significan estas palabras? El Código penal vigente (art. 816) emplea indiferentemente las expresiones *casa* y *domicilio conyugal* (2); pero declara (art. 822) que por *domicilio conyugal* debe entenderse *la casa ó casas que el marido tiene para su habitacion*, equiparándose al domicilio conyugal *la casa en que sólo habita la mujer* (3). Supuesto que uno mismo ha sido el espíritu que dictó, en órden al adulterio, las prescripciones del Código civil y del penal, como puede verse por el cotejo entre el art. 228 del primero y los 816 y 821 del segundo, no debemos vacilar en aceptar como la más legal definicion de las palabras *casa comun*, la habitacion del marido, cualquiera que sea, y por cualesquiera motivos que lo

(1) Maleville, *Analyse raisonnée*, tom. 1, pág. 248.
(2) Véase el art. 816 del Código penal anterior.
(3) Véase el art. 822 del Código penal anterior.

hayan determinado á escoger más bien una que otra. Hemos dicho en otro lugar (1) que la mujer casada no tiene otro domicilio que el de su marido, y que ella debe seguirle, así como que el marido le debe proteccion y alimentos, en cuya obligacion entra tambien la casa habitacion ó casa conyugal. El caso más comun, pues, de adulterio del marido en la casa conyugal, será aquel en que la esposa legítima se encuentre en la casa misma en que el delito ha sido cometido y al amparo y bajo la respetabilidad del marido. Pero tambien puede suceder que la esposa habite sola la casa donde el adulterio ha tenido lugar, y esto, ó á causa de abandono de hecho del marido, de que la esposa no se haya quejado, ó porque ambos cónyuges estén legalmente separados. Este adulterio del esposo ¿es causa de divorcio en el sentido del inciso 1.° del art. 228 del Código civil? Creemos que sí, atento el espíritu del legislador, que manifiestamente ha querido castigar el adulterio del marido, dando á la esposa derecho para quejarse de él, cuando en su comision se revele que el culpable no sólo ha violado la fe conyugal, sino que ha puesto en práctica procedimientos indicativos de desprecio profundo hácia la esposa legítima. Y ¿qué mayor prueba puede haber de que el adúltero no siente ya por la esposa legítima ni el más pequeño resto de consideracion, que inferirle el ultraje de la infidelidad en la apartada casa que ella ha tomado para vivir sola con sus dolores, y donde quizá llora sin consuelo su triste suerte? Ademas, al prevenir la ley que el adulterio del marido sólo es causa de divorcio en ciertas circunstancias, ha tomado en cuenta no sólo la gravedad de la injuria, sino la menor dificultad de la prueba contra el culpable. El Código penal, que es la única de nuestras leyes, que con motivo del adulterio, define el domicilio conyugal, no deja (art. 822) duda alguna sobre lo procedente

(1) Véanse tomo 1.° nums. 141 y sigts., y tomo 2, nums. 331 y 332.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de la interpretacion que damos. Dedúcese, pues, 1.° que *casa comun*, por lo que hace al adulterio y en el sentido más obvio, es la habitacion del marido, aunque no sea su *domicilio* en la significacion jurídica que tiene esta palabra (1); 2.° que por extension debe entenderse tambien por *casa comun* la que habita sola la mujer, sea que haya sido abandonada de hecho por el marido, sea que esté legalmente separada.

En cuanto á la segunda conclusion que deducimos, podrá objetársenos que ella no debe tener aplicacion, cuando si bien es cierto que la mujer vive sola ó aparte de su marido, esto sea porque ella ha abandonado sin razon la casa conyugal. Nosotros contestamos que este punto ciertamente importa una innovacion en nuestras leyes, que no se encuentra en las de otros países, los cuales siguen lo dispuesto por la Novela 117 de Justiniano, *si quis in ea domo, in quâ cùm suâ conyuge commanet, contumnens eam, cùm aliâ inveniatur in eâ domo manens;* pero que, siguiendo siempre el espíritu de nuestro legislador de restringir las prerogativas de que por las antiguas leyes patrias gozaba el marido en sus adulterios, aun en el caso que se supone, el adulterio del marido revela el menosprecio hácia la mujer legítima, considerado por el legislador, y cierto propósito de sañuda é implacable venganza que se hace bien en castigar. Sobre todo la ley no distingue y ya que el adulterio del marido goza de tantas preeminencias, muy racional es que el intérprete restrinja lo amplio, *amplia restringenda*. ¿Habria de ser delito denunciable ante los jueces correccionales para la imposicion de una pena de prision el adulterio cometido por el marido en la casa donde sólo habita la esposa legítima, y ese mismo hecho dejaria de ser causa de divorcio? No se comprende tal diferencia, supuesto que si se argumenta diciendo que nuestras leyes, siguiendo á las antiguas, han querido escudar al hombre

(1) Véase tomo 1.° de esta obra, nums. 119 y sigts.

contra las quejas frecuentemente ligeras y apasionadas de la mujer, no dando á ésta el derecho de hacer una causa de divorcio del adulterio del marido sino dentro de ciertas circunstancias, puede responderse, que tambien el derecho de acusacion contra el marido no es concedido á la mujer, sino proponiéndose el mismo fin de escudar al hombre, y que igualmente, tratándose del delito, es sólo el cónyuge ofendido el que tiene facultad para acusar, segun lo dispuesto en el art. 820 del Código penal. En una palabra, el que permite lo más, permite lo ménos, y no cabe duda de que es de mayor importancia para los respetos y prerrogativas del marido ser arrastrado como delincuente ante un tribunal correccional, que demandado en el terreno meramente civil, por simple separacion de habitacion.

31. Se pregunta tambien, si deberá considerarse como adulterio del marido en la *casa comun* el cometido en el edificio, aunque en dependencia distinta de la habitada por los esposos. M. Massol enseña que la separacion puede ser acordada, aun cuando el delito haya sido perpetrado en otro departemento que el que sirve de habitacion al matrimonio, con tal de que lo haya sido *bajo el mismo techo* (1), Massé y Vergé opinan que esta cuestion no puede resolverse sino sabiendo de antemano, cuáles son la disposicion, destino y colocacion del departamento donde el hecho ha tenido lugar, y si constituye ó no parte del domicilio conyugal ó de la casa comun (2). Esta nos parece ser la doctrina mas acertada y conforme á las expresiones y espíritu del inciso 1.° de nuestro art. 228. *Casa comun* no puede significar todo el edificio, por ejemplo un hotel ó una de nuestras casas de vecindad, á que pertenece la vivienda, departamento ó habitacion de los esposos, pues los distintos compartimientos cons-

(1) M. Massol. *De la separation de corps*, 2d. edit., sect. 1er, num. 13.

(2) Massé y Vergé *sobre Zacharías*, tom. 1, pág. 249.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tituyen otros tantos centros de familias, otros tantos hogares, pertenecientes á diversos propietarios y perfectamente separados entre sí por extraños derechos y obligaciones. La esposa legítima no podria penetrar en el departamento donde se supone cometido el adulterio por su marido, contra la voluntad de la ó las personas que lo habitaran, sino incurriendo en el delito de *allanamiento* de morada, segun lo dispuesto en el art. 637 del código penal: luego, independientemente de la extension del lugar, se trata aquí de una casa diversa de la que constituye la *comun* de los esposos (1). Pero se dirá, ¡esto es un escándalo! la adúltera y la mujer legítima pueden encontrarse, injuriarse públicamente y aun herirse, ¿el marido no injuria de ese modo á la esposa á quien debe respetar? Respondemos que sí, pero insistimos en que la causa de divorcio entonces indicada podrá ser la *injuria grave*, el *escándalo* ú otra, mas no el adulterio en la *casa comun*, pues la interpretacion contraria forzaria visiblemente los términos del inciso 1.° del art. 228.

32. Supóngase que el marido separado de hecho, aunque no judicialmente de la mujer, comete adulterio en la casa que él ha tomado desde la separacion, ¿se ha cometido el delito en la *casa comun*? "La *casa comun* de los *esposos*, la *casa conyugal* es esencialmente, dice Merlin, aquella en que el marido ha fijado su residencia; porque es allí donde la mujer debe residir y es allí, en consecuencia, donde se juzga que ella reside efectivamente. Esto resulta necesariamente del art. 108 del código civil (2), segun el cual *la mujer casada no tiene otro domicilio que el de su marido;* ¿qué importa, pues, que la mujer haya de-

(1) Demolombe, tom. 4, num. 371.—Laurent, tom. 3, num. 184.—Dalloz, *Repert.* "Separat. de corps" Chap. 2, sect. 1, art. 3. núm. 76.

(2) El art. 108 del Código civil francés dispone lo mismo que el art. 32 del que comentamos, en cuanto al domicilio de la mujer casada—Véase el tomo 1.° de esta obra, num. 141.

jado de hecho la casa conyugal, ó que el marido haya abandonado la habitacion comun, para ir á vivir bajo otro techo con una concubina? En uno y en otro caso, es siempre en la casa conyugal donde tiene lugar el desórden que da accion á la mujer, para denunciar á su marido como culpable de adulterio (1)". Es tambien la doctrina de Duranton, segun el cual la causa de separacion existe tambien por adulterio del marido en la *casa comun*", aunque la mujer haya cesado de residir con él, *puesto que ella no ha perdido por esto el derecho de hacerse recibir en la habitacion conyugal, y puede presentarse allí cuando quisiere...* Se debe decidir del mismo modo, y con mayor razon, cuando el marido abandona á su mujer y tiene una concubina en el nuevo domicilio que él ha elegido: la mujer tiene el derecho de ser recibida en este nuevo domicilio; y por otra parte, la primera falta del marido, dejándola, no puede atenuar la que él comete teniendo una concubina *en la casa que no deberia ser ocupada sino por la esposa legítima:* el domicilio del marido es siempre la casa comun (2)." Esta interpretacion ha sido desde antiguo seguida por los tribunales franceses y especialmente por la Corte de Casacion (3).

En nuestro derecho la cuestion apenas puede suscitarse, dados los términos demasiado explícitos y claros del art. 822 del

(1) Merlin, *Questions de droit*, "adultere" § 7.

(2) Duranton, tom. 1, num. 1132.

(3) Arret du 14 Oct. 1830, C. de Bruxelles; Cass. 17 Aout 1825; Cass. 21 Dec. 1818; Agen. 27 Janv. 1824, etc., etc. (Dalloz, *Repert.* "Sep. de corps." num. 70. —*Journal du Palais*, tom. 29, pág. 546. —*Bulletin civil de la cour de cassation*, an. 1818, pág. 308.—*Journal des Audiences de la cour de cassation*, an. 1819, pág. 122.—Arret de la cour d'appel de Poitiers, du 28 Messidor an 12; Arret de la cour d'appel de Douai du 2 Juillet 1810.—Arret du tribunal de premiere instance de Dunkerque du 24 Juillet 1812 (Merlin, "*Quest. de droit*" Adult. § VII.)

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Código penal, combinado con el inciso 1.° del 228 del código civil. "Por domicilio conyugal se entiende la *casa ó casas* que el marido tiene para su habitacion." No es necesario, pues, que la casa donde el marido ha cometido adulterio sea habitada por la esposa legítima, bastando que sea la casa del marido, aunque ni éste la habite continuamente, porque la misma pluralidad de casas á que la ley se refiere, no deja lugar á duda sobre lo indiferente aun de esa circunstancia. Pero se dirá: esa casa no es entónces la *casa comun* porque las miradas de la esposa no son ofendidas por el espectáculo de una odiosa rivalidad. Se invocará la ley romana: *Si quis in ea domo, in qua cum sua conjuge manet, contemnens eam, cum inveniatur*. Respondemos que eso no es interpretar la ley, sino reformarla: el legislador no ha dicho *habitacion*, sino *casa* comun; luego querer que la casa sea *habitada* tambien por la esposa legítima, es añadir una condicion que no está en el texto de la ley. Esta es demasiado indulgente hácia los desórdenes del marido, ¿para qué exagerar más esa indulgencia? Hemos dicho en otro lugar (1) que uno de los principales deberes de la esposa es habitar con su marido, el cual está obligado á su vez á recibirla. Hénos, pues, ante una mujer que no habita con su marido; ¿no podrá ella en cualquier instante dirigirse á la casa de aquel, para cumplir el deber de cohabitacion que la ley le impone? Sin duda que sí, como puede el marido obligarla al cumplimiento de esa obligacion. Por esto, cuando la mujer ha dejado de habitar desde largo tiempo la casa del marido, fuera del caso de legal separacion, debe presumirse que siempre ha permanecido en ella, supuesto que la esposa no puede tener otro domicilio ni habitacion que los de su marido. Siendo esto así, la mujer *puede* y *debe* ir á habitar con su marido, y al hacerlo, no podria ménos que realizarse ese menosprecio ó escándalo grave del marido contra la mujer, que el

(1) Véase tomo 2.° de esta obra, nums. 331 y siguientes.

legislador ha tomado en cuenta, para hacer una causa de divorcio del adulterio del primero (1).

33. Pero ocurre preguntar: ¿la decision que precede se aplicará tambien al caso en que el marido haya cometido adulterio en una casa, que aunque de su propiedad, no ha sido *jamas* habitada por la esposa legítima? Esta especie se presentó en Francia, ante el Tribunal civil de Orleans, siendo decidida por sentencia de 15 de Mayo de 1820, confirmada en 16 de Agosto del mismo año, en el sentido de que por *casa comun* debe entenderse siempre la del marido, independientemente de que la mujer la habite ó no. "La ley como la moral, dice este fallo, entienden por casa comun el domicilio del marido, puesto que en derecho la mujer puede, en cualquier instante, forzar á su marido á recibirla, y en moral, el marido debe emplear todos los medios para hacerla vivir con él (2)." Subsisten, pues, para este caso las mismas razones dadas para el anterior, del cual no se diferencia sino en un ligero matiz, que no lo hace cambiar de naturaleza.

34. El mismo art. 228 del código que comentamos, declara (inciso 2.°) que el adulterio del marido es tambien causa de divorcio cuando haya habido "concubinato entre los adúlteros, dentro ó fuera de la casa conyugal." Esto quiere decir que nuestro legislador ha considerado tambien como igualmente grave y suficiente para motivar la separacion, no sólo el adulterio del marido en la casa comun, sino tambien *fuera de ella*. Sin embargo, no todo adulterio del marido en tal circunstancia, constituye causa de divorcio, necesitándose que presente cierto carácter de gravedad, en virtud del requisito que se menciona. Así, pues, formulando en términos mas claros el pensa-

(1) Massol sect. 1er. num. 13.—Demolombe, tom. 4, num. 375.—Laurent, tom. 3, num. 182.—Massé y Verge, *sobre Zacharias*, tom. 1, pág. 249.

(2) Dalloz, *Séparation de corps*, num. 194.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

miento de la ley, podemos decir, que el hecho de ser cometido en la casa comun basta, segun el inciso 1.° del art. 228, para que el adulterio del marido constituya causa de divorcio; pero que el mismo delito reviste igual carácter, aun fuera de la casa comun ó conyugal, cuando se convierte en una serie de actos repetidos y habituales, ó lo que es lo mismo, cuando hay *concubinato* entre los adúlteros. ¿Qué significa esta palabra? El Diccionario de la Academia dice, que *concubina* "es manceba ó mujer que vive y cohabita con un hombre, como si éste fuera su marido." Tal definicion es conforme á la dada por todos los jurisconsultos. Así dice Demolombe, que para que haya concubinato en el adulterio, se necesitan *relaciones mas ó menos continuadas y sostenidas, una de esas ligas vergonzosas*, que entregan la esposa legítima á la mas injuriosa rivalidad (1). Sólo el jurisconsulto aleman Zacharias, interpretando el art. 230 del código francés, pretende que la palabra *concubina* no debe ser interpretada en el sentido de continuidad de un comercio ilegítimo (2); pero la opinion contraria es mas generalmente seguida (3).

Desde la ley de 23 de Julio de 1859 (art. 21, inciso 1.°) se advertia la importancia particular dada por nuestro legislador al *concubinato* de los adúlteros; pero parecia exigirse que el concubinato fuese *público*, es decir, escandaloso. Esta idea de la *publicidad* persistió tambien (art. 92, inciso 1.°) en el primer proyecto de un Código civil mexicano, que exponia este punto en términos tan vagos ó amplios, que no podia menos que caber en ellos cualquier adulterio del marido. En efecto, para que éste fuese causa de divorcio, bastaba que resultase "es-

(1) Demolombe, tom. 4.°, num. 370.

(2) Zacharias, tom. 1, pág. 249.

(3) Laurent, tom. 3, num. 180.—Marcadé, *sur l'art.* 230.—Mourlon, tom. 1, num. 830.—Duranton, tom. 1, num. 1,134.

cándalo público ó menosprecio de la mujer." Ahora bien, puede preguntarse: ¿cuál adulterio del marido es una prueba de que estima á su esposa (1)? El Código de Veracruz (art. 228, inciso 1.°) copió lo dispuesto en la ley de 1859. Convenia sin duda precisar este punto, que desde la Novela 117 de Justiniano habia venido presentándose en las varias legislaciones de los diferentes países, unas veces como dudoso y no bien definido, otras como absolutamente claro en favor del marido, cuyos adulterios era muy difícil denunciar. El Código de Napoleon, influido por añejas tradiciones, aunque llegó á considerar, por lo que hace al marido, el *concubinato* de los adúlteros, púsole empero la tacsativa de que fuese cometido dentro de la *casa comun*, para poder servir á la mujer de causa de separacion ó divorcio. Necesitábase, pues, la gran perversidad, ó mas bien dicho, torpeza del esposo adúltero, de llevar la concubina á la casa conyugal, para que la esposa tuviese el derecho de quejarse. En otros términos, era lícito, por lo que hace al marido, el concubinato de los adúlteros fuera de la casa comun, ó sea, la forma mas usada y frecuente de adulterio. Odiosa y á la par infundada clasificacion, pues á la vez que de un *solo acto* de adulterio de la mujer, aun cometido *fuera* de la casa comun, se hacia una arma para el marido, la ley sólo tendia, en cuanto á éste, á reprimir con la pena civil del divorcio ó de la separacion los casos mas raros, dejando impunes, para que continuasen gangrenando el matrimonio, los mas continuos, comunes y triviales.

De tal imputacion está libre, aunque no del todo, nuestro Derecho civil moderno desde el año de 70, en que empezaron á formarse, con mas atento estudio, los nuevos Códigos de los diferentes Estados, que aun subsisten. Así el Código del Distri-

(1) Vease *Proyecto del Cod. civ. español* por G. Goyena, art. 76, inciso 1.°

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

to Federal, de 1870, (art. 242, inciso 2.º), el del Estado de México (art. 175, inciso 2.º) y el de Tlaxcala (art. 170, inciso 2.º) reconocen, lo mismo que el que comentamos, que el solo hecho del *concubinato* entre el marido y la adúltera constituye una causa de divorcio á favor de la mujer, independientemente de cualquiera otra circunstancia que acompañe al delito, como por ejemplo las de *casa comun* ó *publicidad* del hecho. Son éstas ciertamente circunstancias que agravan la delincuencia del esposo adúltero; mas el desórden de costumbres, la vida licenciosa que se revelan en la osadía de haber sustituido el hogar por el concubinato, la esposa, quizá la madre de los propios hijos por la impura manceba, deben bastar por sí solas para armar á la víctima de tamaño ultraje, libertándola de estar sumisa y obligada á quien no ha sabido respetarla. En este punto, como en los que preceden, están de perfecto acuerdo las leyes civiles y las penales (1).

35. ¿Son los anteriores los únicos casos en que el adulterio del marido da á la mujer derecho para pedir la separacion?—Desde Justiniano se habia dicho que la mujer podia divorciarse, cuando su marido *in eadem civitate degens, in alia domo cum alia muliere frequenter manere convincitur, et semel et secundo culpatus, aut per suos, aut per mulieris parentes, aut per alias aliquas fide dignas personas hujusmodi luxuria non abstinuerit* (2). Estas consideraciones de que habla la ley romana, y que consistian en las advertencias hechas al marido adúltero una y dos veces *(semel et secundo)* por sus parientes ó los de la mujer, no tenian seguramente razon de ser prescritas con tanta seriedad en la legislacion, supuesto que ellas lo eran en favor de aquel de los cónyuges, que por la fuerza de su espíritu y el mayor dominio sobre sí mismo, hallábase y se halla siempre muy

(1) *Código penal*, art. 821, inciso 2.º

(2) *Novela* 117, cap. 9, § 5.

léjos de necesitar y merecer, para la correccion de sus vicios, de pueriles y prudentes admoniciones. Ellas debieron, pues, desaparecer, al reformarse en Francia la antigua legislacion, tan indulgente hácia el adulterio del marido, conservándose como causa de divorcio en su contra el hecho de que, aun sin tener concubina en la casa comun, llevase en público una vida licenciosa, bastante á hacer comprender á todos, que la esposa legítima no recibia del marido, suplantada como estaba por mujeres perdidas, las atenciones y respetos debidos sólo á la legítima compañera del hombre. Sin embargo no fué así, atentos los textos expresos del código de Napoleon, que se limitan á dar á la esposa el derecho del divorcio por causa de adulterio del otro cónyuge, sólo cuando éste hubiere tenido como concubina á su cómplice en la casa comun. Los jurisconsultos empero y la jurisprudencia no han podido ménos que sublevarse contra tan infundada restriccion, que implícitamente obliga á la esposa legítima á continuar sumisa al marido, aunque éste, si bien escudado por la ley, arrastre el honor de aquella por el fango, reserve sus caricias para mujeres impúdicas y quizá prodigue en sus vicios el caudal perteneciente sólo á la familia. De aquí es que, unas veces erigiendo en causa especial de divorcio la vida públicamente licenciosa del marido, otras considerándola como injuria grave prevista en el art. 231 del Código, tribunales y comentadores, de comun acuerdo, han establecido que tal conducta del esposo adúltero, aunque no constituya concubinato de los culpables en la casa comun, es suficiente para motivar el divorcio en favor de la mujer. Dalloz cita varias sentencias pronunciadas en ese sentido (1), de las cuales se desprende: 1.º que el adulterio del marido, aunque no haya tenido lugar en la casa comun, puede sin embargo hacerse una causa suficiente para pro-

(1) Limoges, 21 mai 1835; Cass. 14 Juin 1836; Bordeaux, 19 mai 1828; Nimes, 14 mars 1842 (Dalloz, "*Sép. de corp.*," 79.)

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nunciar la separacion, *si ha adquirido el carácter de una injuria grave por la publicidad que ha recibido, y sobre todo por el conocimiento* que la mujer ha podido tener de él; 2.° que especialmente, la circunstancia de que la concubina haya sido colocada por el marido *al alcance de su mujer, de manera que ésta haya sido forzada á ser testigo de la mala conducta ó á no ignorarla, por que estuviese expuesta sin cesar á encontrar à su rival y á ser insultada por ella, ó porque las relaciones del marido con su concubina fuesen conocidas de todo el mundo,* ha sido considerada bastante para hacer pronunciar la separacion, y 3.° que el adulterio del marido, aunque no sea por sí solo una causa de separacion de cuerpo, puede sin embargo, en ciertas circunstancias, *constituir una injuria grave,* suficiente para hacer pronunciar aquella, como si, por ejemplo, el marido *hace ostentacion* de una conducta lujuriosa (1).

Estos precedentes, síntoma inequívoco de grave omision en las leyes francesas, no podian ménos que servir á nuestros legisladores sobre tan importante materia. En efecto, si se exceptúan la ley de 23 de Julio de 1859 (art. 21, inciso 1.°) y el Código de Veracruz (art. 228, inciso id.) que no consideran, respecto al adulterio del marido sino el caso de *concubinato público,* todos los demas códigos nuestros mencionan tambien la circunstancia de *escándalo ó insulto público,* hecho por el marido adúltero á la mujer legítima, aun cuando no haya concubinato entre los culpables, ni comision del delito en la casa comun. Tales son: el Código del Distrito Federal de 1870 (art. 242, inciso 3); el del Estado de México (art. 175, inciso 3.°); el de Tlaxcala (art. 170, inciso 3.°) y el que comentamos. Sábia legislacion, sin duda, que se esfuerza en ir rompiendo cada dia

(1) Duranton, tom. 1, num. 1134.—Massol. sect. 1er., num. 16.—Vazeille, *Trait. de mariage.* tom. 2, num. 546.—Demolombe, tom. 4, num. 377.—Laurent, tom. 3, num. 183.

el imperio de antiguas preocupaciones, que el Cristianismo señaló, desde el primer momento de su aparicion en el mundo, como contrarias á la naturaleza del matrimonio, y sólo nacidas del materialismo pagano que pesaba sobre la familia. Por lo demas, nunca será bastante encomiada una disposicion que toma en cuenta esos sufrimientos íntimos de la esposa legítima, ese martirio de cada instante, esa corona de espinas agudísimas que ciñe su frente á la vista ó noticia de las públicas y repetidas humillaciones del hogar, cuya dignidad ella continúa guardando, mientras el esposo adúltero ostenta por todas partes el vicio y la indecencia mas cínica.

36. El mismo art. 228, inciso 4.° dice que el adulterio del marido es tambien causa de divorcio para la mujer, cuando "la adúltera haya maltratado de palabra ó de obra, ó que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos á la mujer legítima". Siguiendo nuestro legislador el principio de que el adulterio del marido debe ser causa de divorcio para la mujer, siempre que se presente acompañado de algun otro acto, que no sólo haga ménos difícil de lo que lo son por la naturaleza la averiguacion y prueba de tal delito, sino que tambien revele menosprecio hácia la mujer legítima, no ha podido menos que establecer, que la injuria y los malos tratamientos de la adúltera en contra de aquella, ó del marido mismo, ó de un extraño por causa-siempre de la adúltera, son motivos suficientes para que la esposa legítima pueda pedir y obtener el divorcio, fundándose en el adulterio del marido. El maltrato de palabra ó de obra constituye por sí solo generalmente un delito penado por las leyes, y por consiguiente la esposa legítima ó es víctima de una injuria grave, que como despues veremos es tambien una causa de divorcio, sea cual fuere el cónyuge culpable de ella, ó tiene que soportar un escándalo ó insulto público, que segun ya vimos, importa una de las circunstancias necesarias para que la esposa legítima puede divorciarse de su marido, por causa de

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

adulterio de éste. En el "maltrato de obra ó de palabra" se encuentra, pues, el *contemnens eam* del § V del capítulo 9 de la Novela 117 de Justiniano. En esta parte puede tambien afirmarse que están conformes los varios códigos de la República, como puede verse por los preceptos siguientes: (art. 242, inciso 4.°) Código del Distrito Federal 1870; (art. 175, inciso 4.°) Código del Estado de México. Los códigos de Veracruz (art. 233) y de Tlaxcala (art. 170, inciso 3.°), aunque expresamente no consideran la circunstancia de maltrato de palabra ó de obra, como motivo suficiente para que la mujer legítima obtenga el divorcio por causa de adulterio de su marido, sin embargo, contienen preceptos, cuyos términos ámplios y generales no rechazan tal interpretacion.

---

§ 2. Del divorcio por causa del nacimiento de un hijo ilegítimo.

37. La segunda causa de divorcio mencionada en el art. 227 es "el hecho de que la mujer dé á luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo." Esta causa de divorcio no data en nuestras leyes civiles, sino desde el código de 1884. Sin embargo, el hecho á que ella se refiere, no ha podido menos que ser siempre motivo de grave desavenencia entre los cónyuges, no sólo por el engaño trascendental de que, en virtud de él, la esposa resulta culpable ante el marido, sino tambien por el derecho que incuestionablemente asiste á éste para desconocer la legitimidad de un hijo que puede no ser suyo. La Comision revisora del Código Civil del Distrito Federal, de 1870, no

hizo, pues, sino legalizar una separacion que de hecho las mas veces se verifica entre los consortes, despues de un acontecimiento tan funesto para la familia.

Esta causa de divorcio ha sido tambien, aunque teniendo numerosos y caracterizados contradictores, considerada por los tratadistas y por la jurisprudencia en Francia. Los unos han dicho que supuesto que los hechos que la ley ha convertido en causa de divorcio ó separacion, se refieren á faltas de los *esposos*, y son por consiguiente posteriores al contrato de matrimonio, no puede ser tomada con tal carácter la causa que se hace consistir en el hecho de que la mujer haya concebido un hijo, que no es la obra de su marido, *antes* del matrimonio. Así dice Laurent: "Como lo ha expresado Portalis, es la violacion de los deberes que el matrimonio impone, lo que justifica la disolucion del lazo conyugal. ¿Se puede decir que aquel que no es casado falta á sus compromisos? Esto no tiene sentido..... El espíritu de la ley es evidente..... para que haya divorcio es necesario la violacion de un derecho conyugal..... Para calificar un hecho, debe atenderse al momento en que ha pasado. Luego cuando la mala conducta de la mujer es anterior al matrimonio, aunque ella sea hasta despues de celebrado el contrato culpable de reticencia, no debe ser considerada como causa de divorcio (1)." Demolombe responde: "Se dice que un hecho *anterior al matrimonio* no puede ser una causa de separacion. Yo respondo que la injuria hecha al hombre por la mujer en cinta y que antes de casarse ha guardado silencio sobre su estado, es contemporánea del matrimonio, se ha consumado con la celebracion y ha continuado aun despues. La injuria ciertamente no consiste en el comercio que esa mujer, libre entonces, ha te-

---

(1) Laurent, tom. 3, num. 192.—*Zacharias*, por Massé y Vergé, tom. 1, pág. 250.—Toullier, tom. 2, num. 673.—Marcadé, *sur l'art. 386*, num. 4.—Demante, *Cours analyt.*, tom. 2, num. 7 bis·

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nido con otro hombre antes de su matrimonio..... La injuria está en la reticencia, en la culpable y odiosa disimulacion, al celebrarse el matrimonio; luego ella es concomitante de la celebracion misma de este matrimonio. Se reconoce que el marido *ha sido engañado cruelmente*. ¿y no se quiere oirlo, cuando pide que se le separe de esa mujer que ha comprometido y perdido todo su porvenir? (1)." En este mismo sentido se ha manifestado la jurisprudencia. La Corte de Burdeos pronunció en 22 de Marzo de 1826, una sentencia de la cual tomamos el "considerando" que sigue: "Atendido que si es verdad que hay pocas injurias mas graves para un esposo, que el disimulo usado respecto á él por una mujer que contrae matrimonio, llevando en su seno el fruto de su mala conducta, que procura introducir en la familia de su esposo un hijo que debe ser para él extraño, que recompensa por una incalificable ingratitud el testimonio de afecto que recibe de aquel que va á unir con ella su destino..... (2)"

El código, pues, que comentamos ha hecho de esta causa de separacion, contenida segun el Derecho francés, en la generalidad de las *injurias graves* de un cónyuge contra el otro, una causa especial que, sin duda por su trascendencia, bien merecia la particular clasificacion que se le ha concedido. Mas deben notarse los términos en que está concebido el inciso 2.° de nuestro art. 227. En Derecho francés parece no ser necesario el parto prematuro para que sea pronunciada la separacion entre los consortes, cuando la preñez puede ser establecida de una manera cierta. Así lo enseña Dalloz, añadiendo que habria

(1) Demolombe, tom. 4, num. 392.—Massol, *De la séparation de corps*, pàg. 80.—Coulon-Faivre, *Divorce*, pág. 80.—Poulle, *Le divorce*, pág. 121.

(2) Dalloz, *Repert.*,"Separat. de corps,"num. 61.—Paris, 25 mai 1837.—Trib. Anvers, 24 février 1873.—Id. 27 mai 1876.

dureza y aun imprudencia en forzar á los cónyuges á esperar, en medio de las habitudes de la vida comun, el acontecimiento que debe separarlos. Por tanto, aunque la preñez sea incierta, esto no puede ser una razon para rechazar la demanda del marido, debiendo solamente aplazarse la sentencia hasta el dia en que la duda no fuere ya posible, y permaneciendo entre tanto los esposos provisionalmente separados (1). Pero en nuestro Derecho, para que la causa de divorcio de que nos ocupamos exista, se exige, no sólo el alumbramiento prematuro con respecto á la fecha del matrimonio, sino tambien que el fruto de ese alumbramiento sea judicialmente declarado ilegítimo. De aquí se deduce: 1.° que la preñez de la esposa, por muy sospechosa que sea para el marido, y aun cuando pueda ser demostrada de una manera cierta é indudable, no basta por sí sola para fundar la causa de divorcio de que tratamos; 2.° que el hijo nacido ha de ser declarado ilegítimo, mediante demanda y juicio en toda forma.

Ahora bien, ¿cuáles son las reglas establecidas por nuestro código sobre paternidad y filiacion? Apuntémoslas ligeramente, á reserva de comentarlas con toda la extension que ellas merecen, al llegar al título 6.° de este libro. La ley, de acuerdo con la ciencia, ha establecido que no pudiendo durar el estado de preñez, ni menos de ciento ochenta dias ni mas de trescientos, deben presumirse legítimos los hijos nacidos despues de 180 dias contados desde la celebracion del matrimonio, y los nacidos dentro de los 300 dias siguientes á la disolucion del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, ya de muerte del marido. Sin embargo, el marido no podrá desconocer la legitimidad de un hijo nacido dentro de los 180 dias siguientes á la celebracion del matrimonio: 1.° Si se probase que supo antes de casarse, el embarazo de su futura consorte,

(1) Dalloz, *Repert.* "Separat. de corps," núm. 62.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

para lo cual se requiere un principio de prueba por escrito; 2.° Si asistió al acta del nacimiento, siendo firmada por él, ó conteniendo su declaracion de no saber firmar; 3.° Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer; 4.° Si el hijo no nació capaz de vivir.—Supuesto que el inciso 2.° del art. 227 exige, para que proceda la causa de divorcio, que se hace consistir en el nacimiento prematuro de un hijo ilegítimo, que éste sea judicialmente declarado tal, las reglas para esa declaracion no pueden ser otras que las constantes en el mismo código con tal objeto. La ley, despues de considerar lo grave de la ofensa inferida por la esposa á su marido, al llevar al seno de la familia un miembro á ella extraño, haciendo de este hecho una causa de divorcio, no ha podido menos que ceder en su justísimo rigor, cuando está probado que, si bien el hijo no es del marido, éste no se considera ofendido y se resigna á sobrellevar las obligaciones que ese hijo extraño importa, y aun expresamente lo reconoce como suyo.

§ 3. De la prostitucion de la mujer por el marido.

38. El simple Derecho natural enseña que para acusar á otro de un delito, lo mismo que para hacer recaer sobre él cualquiera pena civil, llámese divorcio ó separacion de cuerpo, es necesario que el acusador ó denunciante no sea culpable de los mismos hechos en que funda su queja, acusacion ó denuncia. Esta consideracion se encuentra mas ó menos clara y explícita, así en las leyes de los pueblos mas antiguos, como en las de los modernos. Siempre se ha creido que es indigno de solicitar el respeto y sancion de un derecho, aquel que ha sido el primero

en conculcarlo ó en dar lugar á que fuese vejado. El Libro de Job, capítulo 11, nos hace pensar que la oracion en él contenida, se refiere á la excepcion resultante de esa indignidad, como admitida por los judíos. El sabio Seldeno lo afirma terminantemente, sosteniendo que el marido, culpable de adulterio, no puede repudiar á su esposa infiel: *Improbus est qui ab uxore pudicitiam exigit, ipse alienarum corruptor mulierum.* En Roma, aun en la época en que no era permitido á la mujer romper su matrimonio por causa del adulterio del marido, podia ella defenderse contra el divorcio que aquel reclamaba, alegando su culpabilidad del mismo delito. La célebre ley *Julia* sobre los *adulterios*, imponia al juez la obligacion de examinar la conducta del acusador, para ver si éste no habia dado ejemplo de honradez y pureza de costumbres: *Judex adulterii ante oculos habere debet, et inquirere, an maritus pudice vivens, muliere quoque bonos mores colendi auctor fuerit? periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat: quæ res potest et virum damnare, non rem ob compensationem mutui criminis inter utrosque communicare* (1). El Derecho Canónico no permite que el marido pueda pedir el divorcio por causa de adulterio de la mujer, cuando él mismo la ha prostituido, le ha aconsejado el adulterio, ó al menos lo ha consentido: *Cum adulterium ei non possit objicere qui eam adulterandam tradidit* (2). Por esto era apotegma entre los canonistas el siguiente: *Puram quæris, purus esto* (3), el cual reconoce por razon este otro: *Volenti non fit injuria.* A reserva de tratar este punto mas extensamente en otro lugar, basten los precedentes expuestos para darnos cuenta de los motivos que han determinado á los legisladores modernos para no prescin-

(1) *Dig.*, lib. 48, tit. 5, l. 13 § 5.
(2) Cap. *Discretionem 6, de Eo qui cognovit.*
(3) Despeisses, tom. 1, part. 1, sect. 4, num. 17.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dir, al ocuparse de las causas de divorcio, de la conducta observada por aquel de los cónyuges que lo pide, relativamente á la causa misma ó fundamento que se invoca. Seria ciertamente absurdo, á la par que injusto, atender la demanda del marido que, despues de haber él mismo prostituido á su mujer, no vacilara en pedir contra ella la separacion por causa de adulterio. Pero nuestro legislador ha visto en la conducta misma del marido que precipita á su esposa á delinquir, una causa especial de divorcio en favor de ella. Desde la ley de 23 de Julio de 1859 (art. 21, inciso 1.°), se habia considerado que la prostitucion de la esposa por el marido era una excepcion eficazmente oponible á la demanda del segundo contra la primera, para obtener el divorcio por causa de adulterio. Mas con posterioridad se vino á establecer que era tambien causa de divorcio en favor de la mujer, cualquier acto del marido que tuviera por objeto incitar á la esposa legítima á la comision del adulterio. En este punto están conformes los códigos del Estado de México (arts. 174, inciso 2.° y 176), de Tlaxcala (art. 169, inciso 5.°) y del Distrito Federal de 1870 (art. 240, inciso 2.°) con el que comentamos, cuyos términos explícitos y claros no dejan lugar á duda sobre el pensamiento del legislador: "Es causa de divorcio la propuesta del marido para prostituir á su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero ó cualquiera remuneracion con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer."

El ilustre jesuita Sanchez considera esta causa de divorcio comprendida en la general de incitacion de uno de los cónyuges al otro para que cometa pecado mortal. Su doctrina es importante. Despues de sentar que el adulterio de uno de los casados no es la única causa de separacion, dice: *Hinc deducitur, justam præbere causam divertendi uxor iipsi, si sit vir ejus leno, quoniam incitat ad peccandum. Secundo deducitur, justam esse causam si vir domi admittat viros procaces, et parum pudicos, sitque ita incautos, ut aliquo eorum domi relicto, foras tendat, uxorque solicitetur ab illo, vervis aut nutibus, aut astrictus, et rogatus vir ab uxore ne eos admittat, negligat. Quia est idem animæ periculum* (1). La legislacion de Justiniano habia tambien otorgado á la mujer el derecho del divorcio por tal motivo: *Si maritus uxoris castitati insidiatus aliis etiam eam adulterandam tentaverit tradere* (2).

39. La corrupcion de la esposa por el marido constituye tambien un delito penado por la ley, si bien este carácter no le ha sido reconocido por todas las legislaciones. El código de las Partidas así la consideraba bajo el nombre de *lenoncinio*, colocándola en la 4.ª clase de las cinco en que el rey sábio dividia los actos de ese infame comercio (3). Actualmente en la República sólo los códigos de Veracruz (art. 673) y del Estado de México (art 923) castigan á los maridos que cooperen á la corrupcion de sus mujeres.

40. El hecho es, pues, grave y con sobradísima razon lo ha enumerado el legislador entre las causas de divorcio. Su prueba sin embargo tiene que ser generalmente muy difícil, porque á ello han de oponerse, no sólo la autoridad misma que el marido ejerce en la familia, sino tambien lo monstruoso y raro del delito, no menos que lo engañoso y ocasionado á error de ciertas apariencias. No creemos, por consiguiente, que sea ni una presuncion de culpabilidad por parte del marido, que el adulterio se haya cometido por la mujer en la casa conyugal. De que en público se diga que la mujer tiene relaciones con un individuo determinado, tampoco podrá inferirse que el marido lo sepa y

---

(1) Th. Sanchez, *De matrimonio*, lib. 10, Disput. 17.

(2) *Novela* 117, cap. 9, § 3.—G. Goyena, *Proyecto*, art. 76, num. 3.

(3) *Partida*, 7, tit. 22, l. 1. 1.ª y 2.ª—Escriche *Dic. de leg. y jurisp.* "Lenocinio"

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

consienta, pues como acertadamente lo enseña Massol, aquellos que conversan sobre la infidelidad de una mujer, de ordinario no gustan de avisar al marido. Del mismo modo no podria inculpársele, porque le hubiesen llegado avisos escritos ó verbales, pues no es delictuoso que tenga una entera confianza en su mujer, y que no considere sino como erróneas las comunicaciones oficiosas de que se trata. La conducta del marido en estos casos debe ser amplia y escrupulosamente depurada, para que á la vez que no se obligue á la esposa á vivir unida con un hombre que quiera dia á dia é instante por instante, precipitarla al crímen, no se caiga en la injusticia de alejarla de sus legítimos deberes, haciendo caer sobre el esposo inocente la mas ignominiosa de las tachas, sin mas motivo que haberse tomado como pruebas de complicidad actos inocentes ó quizá virtuosos y aun heróicos. Nuestra opinion es, siguiendo á respetables autores en ambos derechos, que la presente causa de divorcio no debe ser aceptada por los jueces sino cuando se probare, 1.° que el marido lleva una conducta licenciosa; 2.° que ha propuesto á su mujer la prostitucion directamente ó por medio de otro; y 3.° que ha recibido remuneracion del seductor.

---

§ 4. De la incitacion ó la violencia para la comision de un delito.

41. Los Emperadores Teodosio y Valentiniano, despues de considerar que el interes de los hijos era un obstáculo digno de todo respeto para disolver el matrimonio, establecieron causas para tal efecto, las cuales en su concepto eran, aunque infaustas, de urgente necesidad. La principal de todas es expuesta de la

manera siguiente: *Si qua igitur maritum suum adulterum, aut homicidam, aut veneficum, vel certe contra nostrum imperium aliquid molientem, vel falcitatis crimene condemnatum invenerit, si sepulchrorum dissolutorum, si sacris ædibus aliquid subtrahemtem, si latronem, vel latronum susceptorem, vel abactorem, aut plagiarum, vel ad contemptum (sui) domusve suæ ipsa inspiciente cum impudicis mulieribus (quod maxime etiam castas exasperat) cœtum ineuntem, si suæ vitæ veneno, aut gladio, aut alio simile modo insidiantem, si se berberibus (quæ ingenuis aliena sunt) afficientem probaverit, tunc repudii auxilio uti necessario permittimus libertatem et causas dissidii legibus comprobare* (1). El Derecho canónico no podia ser extraño tampoco á esta causa de separacion entre los cónyuges, toda vez que la verdadera Religion no sólo consiste en la pureza de la Fe, sino tambien en la integridad de las costumbres. S. Agustin dice con este motivo: *Ex quo intelligitur quòd propter illicitas concupiscentias non tantùm, quæ in stupris cum alienis viris, aut feminis committuntur, sed omnino quaslibet, quæ animam corpore male utentem á Lege Dei aberrare faciunt, perniciosé turpiderque corruptum, possit sine crimine et vir uxorem dimittere, et uxor virum: quia exceptam facit Dominus, causam fortificationis: quam fornicationem (sicut supra commemoratum est) generalem, et universalem intelligere cogimur* (2). Sto. Tomas de Aquino, fundándose sobre aquellas palabras de Jesucristo en S. Mateo, cap. 18: *Si vuestra mano ó vuestro pié os es motivo de escándalo, cortadlos y arrojadlos lejos de vosotros*, enseña que el cónyuge que es solicitado para el mal, puede separarse del otro por el peligro de sucumbir (3). Vése, pues, que la ley eclesiástica trata del mal ó delito en general á que puede ser incitado uno de los consortes. Sin embar-

---

(1) *Cod.* lib. 5, tit. 17, l. 8, § 2.—*Novela* 22, cap. 15, § 1.
(2) S. Agust. *In sermone dom. in monte.*
(3) Div. Thom. de Aquin. *Sent. dist. 39, quæst. unic,* art. 6.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

go suelen citarse las siguientes palabras del Papa Alejandro III, para probar que segun el derecho Canónico, la separacion de los casados no puede obtenerse sino cuando uno de elles solicita al otro á apostatar: *Nos itaque respondemus, quod mulier pro furto vel alio crimine viri sui, nisi fidei suæ religionem corrumpere velit, ab eo separari non debet* (1); pero todos los Canonistas dicen que el Pontífice, á la manera de todos los legisladores, sólo atendió en este punto á lo que frecuentemente sucede, no diciendo nada de lo raro y poco comun. "Ahora bien, dice un célebre expositor, sucede que los apóstatas tratan ordinariamente de atraer á su partido á aquellos con quienes están ligados, miéntras que es raro que un hombre y una mujer se induzcan á cometer otros crímenes, ó que un marido quiera hacer á su esposa tan viciosa como él, porque su interés propio lo desvia de esto, aun cuando conciba tal designio (2)."

42. Esta causa de divorcio viene repitiéndose en nuestras leyes desde el año de 1859. La ley de 23 de Julio consideraba con tal carácter: "La induccion con pertinacia al crímen, ya sea que el marido indujera á la mujer, ó ésta á aquel." Las mismas palabras han sido reproducidas por el Código de Veracruz (art. 228, inciso 4.°). Los códigos del Estado de México (art. 177), del Distrito Federal de 1870 (art. 240, inciso 3.°) y de Tlaxcala (art. 169, inciso 6.°) consideran tambien, como el 227, inciso 4.° del que comentamos, que son causa de divorcio, los medios físicos ó morales, ó sea, las violencias é incitaciones puestas en práctica por uno de los cónyuges, para inducir al otro á cometer algun delito. La justicia y conveniencia social de tales prevenciones se desprenden de su simple enunciacion, porque, por mucho que sea de desear la permanente union de los casados, tal voto debe ceder ante el peligro de que esa misma continuidad de vida comun sirva al crímen, para encontrar agentes y sostenedores, no sólo desnaturalizando el elevado carácter del matrimonio, que debe ser muy principalmente una escuela de virtud para los cónyuges y los hijos, sino tambien arrojando sobre la sociedad el pesado y funesto fardo de nuevos y mas poderosos enemigos.

(1) Alejándro III. Cap. *Quæsivit, de divortiis.*

(2) *Conferences d'Angers sur l mariage.*—S. Gerónimo, *Epist. ad Amandum.*—Sanchez, *De matrim.*, lib. 10, Disput. 17.

---

§ 5. De la corrupcion de los hijos.

43. Si los actos del marido encaminados á arrastrar á la esposa al vicio ó al crímen son una causa de divorcio justamente establecida en favor de la segunda, con mas razon deben serlo aquellos que tienen por objeto corromper á los hijos, depósito sagrado cuya celosa guarda es encomendada por la naturaleza y la sociedad á los padres. El simple derecho natural basta á convencer de la grave y trascendental obligacion que éstos reportan en cuanto á la educacion, moralidad y porvenir de los hijos. Este es un deber que las leyes no han hecho sino reconocer, fundado como está en los sentimientos mas íntimos del corazon. Su trasgresion, pues, ha debido ser considerada por el legislador como suficiente, no sólo para ameritar un castigo, sino ademas para que sirva de motivo de alejamiento respecto á aquel de los cónyuges á quien puede imputarse. Ella no se encuentra formulada en términos explícitos en todos los códigos, pero sin embargo, dada su posibilidad y gravedad, creemos hallarse comprendida en la expresion genérica de *injurias graves* hechas por uno de los consortes al otro. El Código que comentamos ha sido en este punto tan escrupuloso, que aun el simple

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

conato del marido ó de la mujer constituye causa de divorcio; luego con mas razon los actos positivos y eficaces. Ademas, tambien es causa de divorcio la *tolerancia* en dicha corrupcion, entendiéndose por ella, no las simples omisiones, sino los procedimientos claros é inequívocos, que no dejen lugar á duda sobre la intencion, y esta responsabilidad comprende aun á los hijos que sólo lo sean de alguno de los cónyuges. Sobre esta materia están tambien conformes con los arts. 227, inciso 5.° y 229 del Código que comentamos, los arts. 174, inciso 3.° y 178 del Código del Estado de México, los 240, inciso 4.° y 243 del Distrito Federal de 1870 y el 169, inciso 7.° de Tlaxcala.

44. La conducta del cónyuge culpable en el presente caso constituye, ademas, un delito previsto por el art. 334 del Código penal francés y por el 806 del Distrito Federal.

---

§ 6. Del abandono del domicilio conyugal.

45. La vida comun y la mutua y continua asistencia de ambos cónyuges son una consecuencia natural del matrimonio. Las varias y graves obligaciones que éste importa serian cuando menos muy defectuosamente cumplidas, si un mismo hogar no abrigara á los dos consortes, para que con toda la posible igualdad se repartiesen entre ambos los deberes y mutuamente se ayudasen á sobrellevar el peso de la vida. De aquí se deduce que el abandono del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes, debe constituir una grave y funesta infraccion de una de las principales condiciones del contrato matrimonial.

Mas no debe confundirse el *abandono* con la *ausencia*, pues mientras aquel implica intencion de menosprecio ó falta de afecto, ésta significa solamente alejamiento ó separacion.

46. Desde la ley francesa de 1792 se habia considerado como causa de divorcio *quoad vinculum*, el abandono de la mujer por el marido ó el de éste por aquella, durante dos años á lo menos. El código de Napoleon no mencionó especialmente esta causa de divorcio; pero todos los comentadores y la jurisprudencia están conformes en que ella se comprende bajo el nombre general de injurias graves (1), no necesitando para existir, que trascurra determinado espacio de tiempo, con tal de que acuse en el culpable la intencion de ofender al otro cónyuge (2). Puede, pues, decirse que segun el Derecho francés y aun el establecido por las leyes de 27 de Julio de 1884 y 20 de Abril de 1886, el abandono del domicilio conyugal, considerado en sus elementos puramente materiales, es decir, aparte todas las circunstancias que den á conocer su intencion y alcance, no constituye por sí solo una causa perentoria de divorcio. Pero si nada justifica el abandono, ó á él se unen ya un disgusto grave, ya un largo tiempo trascurrido, ora noticias de resolucion de no volver, ora, en fin, manifestacion pública y continua de menosprecio y aversion, adquiere entonces significacion injuriosa y gravedad bastante para motivar el divorcio (3).

47. Nuestra legislacion nacional empezó á considerar expresamente, desde 1870, el abandono del domicilio conyugal como causa de divorcio. En este punto son iguales las expresiones

---

(1) Demolombe, tom. 4, num. 388.—Vazeille, tom. 2, num. 547.—Massol, pág. 76.—Laurent, tom. 3, num. 194.

(2) Pau, 26 janvier 1885.—Conf. Trib. de Langres, 13 aout 1884.—Orleans, 4 mars 1885.—Trib. civ. d'Orleans, 25 fev., 1885.

(3) Coulon-Faivre, *Divorce*, pág. 83.—Poulle, *Le Divorce*, pág. 114.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

del primer código del Distrito Federal (art. 240, inciso 5.°) y del Estado de México (art. 174, inciso 5.°), segun los cuales dos condiciones son necesarias para que el abandono pueda ser alegado como causa de separacion: 1.ª que sea sin justa causa y 2.ª que se prolongue por mas de dos años (1). A semejanza, pues, de la legislacion francesa, la nuestra considera que el abandono del domicilio conyugal debe de ser injustificado, para motivar el divorcio.

48. Estas prevenciones han sido reformadas en el código que comentamos (art. 227, inciso 6.°), declarándose que el abandono del domicilio conyugal sin *justa causa* es motivo de divorcio, *cualquiera que sea el tiempo de su duracion* y que lo es tambien, aun cuando sea *por justa causa*, si siendo ésta bastante para pedir el divorcio, se prolonga por mas de un año el abandono, sin que el cónyuge que lo cometió, pida la separacion. De aquí se deduce que la esposa ó el marido que abandona el domicilio conyugal, no habiendo precedido algun motivo ó acontecimiento que sin culpa del autor del abandono, lo haya determinado á verificarlo, incurre en un hecho que es causa de divorcio, pues él revela la resolucion en el agente de poner término sin motivo á la vida conyugal, de ofender al otro cónyuge á quien ha prometido fidelidad y respetos, y de cambiar la vida honesta y arreglada del hogar por el libertinaje y la licencia de costumbres.

Se deduce tambien, que si el abandono ha sido cometido por justa causa, podrá igualmente convertirse en fundamento de divorcio, si se prolonga por mas de un año, siendo la causa que lo motivó bastante para pedir el divorcio. ¿Qué debe, pues, entenderse aquí por *justa causa?* Lo será sin duda, atentos la letra y el espíritu de la ley, cualquier acto del hombre ó la mujer, que diera motivo al otro cónyuge para solicitar la separacion (1).

(1) Sentencia del Juzgado 5.° de lo civil del D. F. de 1.° de Febrero de 1877. ("Foro," 2.ª época, tom. 1, núm. 25).

§ 7. De la sevicia, de las amenazas y de las injurias graves.

49. "Son éstas, dice el Sr. García Goyena, causas de divorcio reconocidas por todos los códigos antiguos y modernos." En efecto, de ellas se encuentran rastros, si bien sólo relativos á la sevicia ó crueles tratamientos de un cónyuge para con el otro, en la legislacion romana imperial. Leemos en una constitucion de los emperadores Theodosio y Valentiniano, que era causa de divorcio que uno de los cónyuges atentase contra la vida del otro: *Si suæ vitæ veneno, aut gladio, aut alio simili modo insidiantem* por lo que hace al hombre; *vel sibi veneno, vel gladio, vel alio simili modo insidiatricem* por lo que hace á la mujer (2). Justiniano conservó tales prevenciones, extendiéndolas al caso en que el cónyuge no hubiera denunciado á aquellos que se proponian atentar contra la vida del otro cónyuge: *Si quolibet modo mulier vitæ viri fuerit insidiata; aut aliis hoc facientibus consentiens, viro non indicaverit.—Si quolibet modo vir insidiatus fuerit vitæ mulieris, aut aliis hoc volentibus sciens non manifestaverit uxori, et studuerit secundum leges ulcisci* (3).

(1) *Anuario de Leg. y Jurisp.*, sec. de Casacion. Sentencias de 10 de Agosto y de 29 de Noviembre de 1886.

(2) *Cod.*, lib. 5, tit. 17, l. 8. §§ 2 y 3.

(3) *Novela* 117, cap. 8, § 3 y cap. 9, § 2.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

50. El Derecho Canónico no ha sido tampoco extraño á esta causa de divorcio, pues como tal es considerada la sevicia de uno de los cónyuges, si llega al grado de que el otro no pueda continuar viviendo con aquel, sino con grave peligro de su vida ó de daño temporal: *Si vero tanta sit sevitia, ut mulieri trepidanti non possit sufficiens securitas provideri, non solum non debet ei restitui, sed ab eo potius amoveri (si fieri potest) securitate provisa profecto videtur conjux ante causæ cognitionem restituenda marito* (1). En otra parte se lee: *Ipsam ei restitui facietis recepto tamen sufficienti cautioni quod illi non debeat aliquod malum inferre. Si autem capitali odio ita mulierem vir prosequatur, quod merito de ipso diffidat, alieni probæ et honestæ mulieri usque ad causæ descissionem, custodienda studiosius committatur* (2).

51. La antigua legislacion española guarda silencio sobre este punto, que era dejado á las prescripciones canónicas. Véase, sin embargo, la siguiente doctrina de un magistrado del pasado siglo, la cual abraza en su amplitud, no sólo el caso de *sevicia*, sino tambien los de *amenazas é injurias graves*. "Los malos tratamientos del marido á la mujer ó de ésta á aquel, dice Elizondo, son tambien causa de la separacion de los cónyuges, cuando aquellos pasan á la clase de graves y atroces, ó aunque sean leves, fuesen cuotidianos sin justa causa; de modo que lleguen á conmover la ira, provocar el odio, y dar márgen al peccado, siendo suficiente un solo acto atrocísimo para no deber esperarse al segundo, que acaso podrá ser inevitable, y si bien no es posible constituirse regla, acerca de cuáles se llaman injurias atroces, por ser qualesquiera grave con respecto á la mujer noble, pondremos por via de exemplos: el trato inhumano

(1) Cap. *Literas* 13, *de Restit. spoliat.*

(2) Cap. *Ex transmissa*, 8.—Th. Sanchez, *De matrim.*, lib. 10, Disput. 18, num. 16.—Donoso, lib. 3, pág. 420.

en la casa; las palabras contumeliosas, las persecuciones, la maquinacion contra la vida de la mujer al auxilio de un veneno; los actos proporcionados á herir, ó matar, la pertinacia en el concubinato, el desprecio diario é incesante; la denegacion del médico ó de medicinas en la enfermedad y del alimento en todos tiempos; cuyos extremos han de calificarse judicialmente por testigos idoneos, en su clase, aun cuando sean familiares, domésticos, mujeres; y pobres, si se hallasen adornados de la buena fama, por mas que no concuerden en el tiempo, como sean contestuales en los hechos sobre que fuesen producidos, á que agregamos el reconocimiento de peritos con presencia de las señales, ó libores, admitiéndose igualmente la prueba del marido contra la sevicia, deponiendo los testigos acerca del lugar, y tiempo precisos de que testifiquen los opuestos (1)."

52. Nuestra ley de 23 de Julio de 1859 tambien consideró como causa de separacion (art. 21, inciso 5.°) el maltrato de uno de los cónyuges contra el otro, pero sólo si consistia en una *excesiva crueldad*. Por primera vez se habló en nuestra legislacion nacional, en lo relativo á este punto, de algo más que la sevicia, en el primer proyecto de un código civil mexicano, cuyo art. 92, inciso 2.° expresa que son causa legítima de divorcio "los malos tratamientos de obra ó *injurias graves*." Los códigos de Veracruz (art. 228, inciso 5.°), del Estado de México (art. 174, inciso 6.°), de Tlaxcala (art. 169, inciso 2.°) y del Distrito Federal de 1870 (art. 240, inciso 6.°) se han limitado á reproducir en esta materia el pensamiento de la ley de 1859. Es, pues, el código que comentamos el único que, interpretando ampliamente esta causa de divorcio, no sólo en el sentido de las modernas legislaciones sino tambien de nuestros precedentes en la antigua española, considera con tal carácter ade-

(1) Elizondo, *Pract. univ. foren.* tom. 7, cap. 13, num. 22.—*Nuevo Febrero Mexicano* por Galvan Rivera, tom. 1, pág. 40.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mas de la sevicia, las injurias graves de palabra ú obra. "Son causas legítimas de divorcio (inciso 7 del art. 227): *la sevicia, las amenazas y las injurias graves de un cónyuge para con el otro.*"

53. El Código de Napoleon (art. 231) lo mismo que la nueva ley de 27 de Julio de 1884, expresan esta causa de divorcio en términos análogos á los empleados por el legislador mexicano: "Los esposos podrán recíprocamente pedir el divorcio por *excesos, sevicias* ó *injurias graves* de uno de ellos hácia el otro." Como las leyes deben en lo general abstenerse de definir, ambos legisladores han usado, en esta materia de suyo tan amplia y comprensiva, vocablos genéricos, cuyo sentido preciso y exacta aplicacion deben esforzarse en dar los intérpretes, ayudados por la jurisprudencia.

54. ¿Qué significan, pues, esas palabras *sevicia, amenazas é injurias graves?* El tribuno Savoye-Rollin va á decírnoslo, refiriéndose al código francés: "Los excesos, sevicias ó injurias graves son tambien causa de divorcio. La primera parte de este artículo emplea términos tan formales, que no podrian dar lugar á la arbitrariedad de los jueces. Las expresiones *injurias graves* no tienen la misma precision; pero desde luego su aproximacion á las de *excesos y sevicias* indica que aquellas son en lo moral lo que éstas en lo físico; las primeras *(injurias)* son la violencia de los sentimientos, y las segundas *(excesos ó sevicias)* son la violencia del cuerpo. En seguida, la naturaleza de la accion intentada, su importancia moral y civil, la severidad misma de la ley al acoger el divorcio, enseñan bastante el verdadero sentido de tales palabras (1)". "Los excesos, las sevicias, las injurias graves, dice Treilhard, son tambien causas de divorcio; seria superfluo observar que no se trata aquí de simples movimientos de vivacidad, de algunas palabras duras escapadas en instantes de cólera ó de descontento; de algunas negativas, aun imprudentes

(1) *Rapport*, seance du 27 vent. an 11.

de parte de uno de los esposos; sino de verdaderos excesos; de malos tratamientos personales, de sevicias en la rigurosa acepcion de esta palabra (crueldad) y de injurias que tengan un marcado carácter de gravedad (1)". En afan de mayor precision de esas palabras, vemos que por *excesos* se entienden los actos de crueldad que ponen en peligro la vida del esposo que es víctima de ellos. En el proyecto del Código civil francés el artículo decia: *el atentado de uno de los esposos á la vida del otro;* pero esta frase, á peticion del Tribunado, fué reemplazada por la palabra *excesos* como mas genérica (2). *Sevicias* son todos los actos duros, los malos tratamientos de obra, pero que no ponen la vida en peligro. Esta palabra corresponde, pues, á la definicion canónica antes expuesta: *si tanta sit viri sœvitia, ut mulieri trepidanti non possit sufficiens securitas provideri* (3). *Injurias* es otra expresion genérica que comprende, como á semejanza de todos los códigos lo explica el nuestro penal (art. 641), toda palabra proferida ó toda accion ejecutada con la intencion de manifestar á otro desprecio ó de hacerle una ofensa.

Nuestro código civil sólo habla de sevicias é injurias graves, por lo cual debe tener la aprobacion de autores tan respetables como Ducaurroy, Bonier y Roustain, quienes hacen observar que, atento si no la letra, el espíritu de la ley, sólo existen realmente esas dos causas de separacion, pues los *excesos* entran en la categoría general de *sevicias* (4). Empero la crítica exigente encontrará siempre que las palabras conservadas por nuestro legislador son susceptibles de varias é infinitas aplicacionos; pero el Código no podia expresarlas todas porque son tan innumera-

(1) *Expos.*, seance du 30 vent. an 11.

(2) Laurent. tom, 3, num· 186.—Locré, *Legisl. civ.*, tom. 5, págs. 103, 183 y 262.

(3) Pothier, *Contrat de Mariage.*

(4) *Commaintaire sur le Code civil*, tom. 1, pág. 274.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

bles como inagotable la malicia humana. Dependerá por tanto en cada caso de los tribunales apreciar, si la especie controvertible constituye ó no una sevicia ó una injuria grave, suficiente, en el sentido de la ley, para motivar la separacion. Es lo que ha hecho decir á algunas córtes francesas, que los jueces ejercen, en cierto modo y en esta materia, las funciones propias de los jurados (1). "A la sabiduría de los magistrados, dice Demolombe, á su dicernimiento, á su experiencia se ve precisada la ley á confiar los grandes y serios intereses á que estas cuestiones se refieren: el interes de los esposos mismos, á quienes no es debido ni separar ligeramente por querellas pasajeras, ni hacer desesperar por la prolongacion insoportable de la existencia comun; el interes de la sociedad, que exige, sin duda y ante todo, el mantenimiento de los matrimonios, pero que se encuentra mas bien satisfecha que comprometida por el juicio que pone un término á disenciones y escándalos domésticos (2)".

55. Son, pues, estos puntos de necesaria arbitrariedad judicial. Mas para que ella no traspase los límites de la verdadera justicia, adulterando los textos legales, ya por inmoderada y excesiva aplicacion, ya por exigua y raquítica, vamos á exponer en seguida las reglas que la experiencia judicial y las doctrinas de los mas autorizados intérpretes han dictado, para que ellas sirvan á los tribunales de nuestra patria de guía segura en la apreciacion de las sevicias ó injurias sobre que se pretenda fundar demanda de divorcio.

1. = Debe siempre atenderse á la condicion social de las personas. "Una bofetada, dice Pothier, que un hombre da á su mujer, podria ser una causa de separacion entre personas de esmerada educacion; pero no lo seria entre gentes del bajo pue-

(1) Cass. 14 janv. 1861; Cass. 6 mai 1863; Cass. 11 avril 1865.
(2) Demolombe, tom. 4, num. 385.

blo, á menos de que actos semejantes fuesen reiterados (1)." Laurent se subleva contra esta regla, á la cual califica de ultraje sangriento al pueblo, diciendo con Vauvenargues, que tambien hay canalla de guantes amarillos y corazones altivos entre los obreros (2). Mas, sin que dejemos de anhelar en el mismo grado que el ilustre jurisconsulto belga la universalidad del progreso moral é intelectual, creemos que la regla debe ser mantenida, mientras no se realice ese ideal de igualdad absoluta y de instruccion en todas las clases sociales, porque entre tanto ella responde á un hecho cuotidiano é innegable. En hora buena que se nos repita á cada instante que nuestro estado social no es el del antiguo régimen; que la aristocracia ha cedido el lugar á la democracia; que la desigualdad que menosprecia ha sido reemplazada por la santa igualdad. Son hermosos deseos que por desgracia distan todavía de la realidad, tanto como antes de que por primera vez se expresaran. Pero para el legislador y el intérprete, sobre todo en materia civil, deben importar mas los hechos que los deseos, por loables que sean. Y si el hecho es cierto, ¿cuál será su resultado? Si las ideas no son las mismas, si la instruccion y la educacion no han esparcido por igual su benéfica influencia en todos y cada uno de los individuos de un pueblo, ¿podrá ser igual la sensibilidad? Sin duda que no. Ahora bien, la sensibilidad, es decir, la mayor ó menor impresion que el ultraje de palabra ú obra cause á la persona ofendida, tiene que ser el objetivo á que los jueces atiendan en esta materia, pues de lo contrario se expondrian á separar definitivamente cónyuges, sin necesidad, tomando por causas de divorcio hechos ó palabras sin trascendencia ni gravedad alguna; ofensas pasajeras á las cuales, sin el funesto fallo judicial, no habrian tardado mucho tiempo en seguir la calma

(1) Pothier, *Contrat de Mariage*, num. 509.
(2) Laurent, tom. 3, num. 194.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

y la reconciliacion. Hay personas que están acostumbradas desde la infancia á un lenguaje grosero, á las palabras mas ultrajantes, que sin embargo no hieren en lo mas mínimo su sensibilidad. Hay mujeres sobre cuyo corazon aletargado ó deforme, no dejan ninguna huella de resentimiento los golpes de un marido brutal, mujeres en quienes hemos observado que la calma mas perfecta y aun el mas entusiasta cariño, suceden á esas tempestades pasajeras y casi continuas en cierta clase social. Pero hay otros séres, delicados y sensibles hasta el exceso, para quienes nada es indiferente, que ven ultrajes en un gesto ó en una mirada, que atienden mas que á las palabras, á la intencion que las inspira y que, por fin, consideran las expresiones mas ofensivas como dardos punzantes, que desgarran el alma dejándole heridas incurables. ¿No deberá el juez tomar en cuenta todas estas diferencias? Recuérdese que el ideal del legislador es la permanente union de los esposos, y que no consiente en que ella termine sino en casos extremos y gravísimos, por cuya causa la vida conyugal se haya hecho insoportable. Luego la separacion no debe ser pronunciada por razon de acontecimientos que, aunque de gravedad para algunos individuos, no son sino pasajeros é insignificantes para las personas que solicitan aquella, guiadas sólo por un mal consejo ó llevadas de la impresion del momento (1). Esta manera de entender la ley francesa no dejó de ser tambien la expresada en el Consejo de Estado en Francia, al discutirse el código civil (2).

---

(1) Merlin, *Repert.* "Separat. de corps," § 1, num. 3.—Vazeille, tom. 2, num. 541.—Massol, sect. 2, num. 2.—Corbier, pág. 176.—Demante, tom 2, num. 7 bis.—Zacharias, tom. 1, pàg. 250.—Gilbert, *Code anno'é*, sur l'art. 231.—Duranton, tom. 1, num. 1137.—Toullier, tom. 2, num. 672.—Poulle, *Le Divorce*, pág. 111.—Coulon-Faivre, *Divorce*, pág. 63.

(2) Maleville, *Analyse raisson.*, tom. 1, pág. 258.—Locré, tom. 2, págs. 64 y 116.

2.ª Debe atenderse á si los ultrajes, amenazas ó injurias han sido causados por motivos graves y serios. La razon de esta regla estriba en que, exigiendo la ley para la presente causa de divorcio la circunstancia de *gravedad*, ella no puede existir, si el cónyuge culpable ha sido en cierto modo forzado, como por vía de correccion, á obrar con enérgica dureza (1).

3.ª Conviene tambien examinar si se trata solamente de un hecho aislado, pues, aun suponiéndolo grave, quizá seria efecto de un movimiento pasajero del espíritu, indigno de ameritar la separacion de los cónyuges (2).

4.ª La edad de los esposos es circunstancia no menos atendible en estos casos. "Guardémonos, dice Demolombe, si no es por hechos muy graves, de separar á jóvenes que no han tenido todavía tiempo de entenderse, así como de destruir un viejo matrimonio, cimentado por largos años de habitudes comunes y de recíproca tolerancia."

5.ª ¿Los hechos han pasado en secreto ó en público? Conforme al art. 656 del código penal, la publicidad es circunstancia agravante de la injuria, de la difamacion y de la calumnia (3). Esto no quiere decir que la publicidad sea condicion *sine qua non* para que la injuria exista; pero fácilmente se comprende que ciertas injurias, inferidas en el secreto del hogar, son frecuentemente fáciles de condonarse, porque la implacable murmuracion no ha tenido tiempo de agravarlas con la exaltacion de los espíritus y el aguijon del amor propio.

6.ª Es igualmente un principio que el hecho presentado como injurioso, no debe haber sido ejecutado en ejercicio de un derecho. (4).

---

(1) Toullier. tom. 2. num. 764.—Merlin, *Repert.*, "Correction," num. 2.

(2) Demolombe, tom. 4. num. 385.

(3) Duranton, tom. 1 num. 1141.

(4) Laurent, tom. 3, num. 191.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

7.ª y última. Las violencias y las injurias dejarán de ser causa de divorcio, como dejan de ser delitos, cuando faltan el dolo y la intencion de ofender (1).

La prudencia jurídica que ha dictado las precedentes reglas, aconseja seguirlas, para no dar entrada al remedio funesto de la separacion de los cónyuges, sino en extremos casos, cuando la vida comun se haya hecho insoportable, cuando todo otro recurso sea imposible, y la situacion crítica y peligrosa á que ha venido la familia imponga el deber de salvar, aunque sea por tal medio, sus últimos restos, como el hábil cirujano se resuelve á amputar el miembro gangrenado para salvar al enfermo ó como el marino experto y honrado da la voz de "salvavida" en medio del naufragio.

56. Mas como las *sevicias*, *amenazas* é *injurias* constituyen las causas mas frecuentes por que se solicita el divorcio ante los tribunales, para mayor claridad é ilustracion sobre esta materia, expongamos los varios y mas importantes casos que la jurisprudencia nos ofrece, con las resoluciones que, en conformidad con las anteriores reglas, les han recaido.

Se ha juzgado que para que haya sevicias graves no es necesario que ellas hayan puesto la vida del otro cónyuge en peligro, bastando que hayan sido tan habituales y frecuentes que hagan la vida comun insoportable (2). "Las tristezas, las penas, los trabajos, dice Merlin, pueden y deben, hasta cierto punto, ser considerados como malos tratamientos. ¿Qué importa en efecto, que una mujer perezca víctima de los efectos lentos, pero irresistibles, del dolor que le causan los ultrajes contínuos de

(1) Arts. 4, 641 y 642 del código penal del Distrito Federal. Laurent, tom. 3. núm. 190.

(2) Besançon, 15 vend., an 13. (Dalloz, "Separat de corps." núm. 25)—Pothier, *Contrat de Mariage*, num. 510.

un marido que la ódia, ó que espire bajo el esfuerzo mortífero de golpes rápidos é inmediatos? (1)".

57. Se ha juzgado que los reproches públicos de adulterio, cualesquiera que sean el rango y el estado de los esposos, autorizan á la mujer á pedir su separacion (2).

58. En otros juicios se ha decidido: 1.° que un marido hace á su mujer una injuria grave cuando le imputa que adolece de una enfermedad vergonzosa (3); 2.° que la demanda de separacion por adulterio, ya sea hecha por el marido ó por la mujer, despues de que se declara no probada, es del mismo modo una injuria grave, bastante á motivar el divorcio (4). Sin embargo Vazeille opina y en nuestro concepto con razon, que si la queja de adulterio no carece á lo menos en apariencia de fundamento, si bien no ha podido producir ningun efecto jurídico por la incertidumbre ó insuficiencia de las pruebas, no debe reputarse como injuria grave, bastante á motivar la separacion, pues así no revela en el quejoso el *animus offendendi* que esencialmente constituye la injuria (5).

59. Tambien se ha decidido: 3.° que no es causa de divorcio la publicacion hecha en un periódico, por medio de la cuul el marido declara que no pagará las deudas de su mujer (6), como que tampoco lo son las imputaciones cambiadas entre los esposos durante la secuela del juicio, con tal de que no hayan traspasado los límites de una legítima defensa (7).

(1) Merlin, *Repert.* "Separat de corps."—Trib. civ. de Versalles, de 15 de Junio de 1810.

(2) Burdeos, 10 de Abril de 1826. (Dalloz, *id.* num. 26.)

(3) Rennes, 17 Fev. 1835. (Dalloz, *id.* núm. 68).

(4) Paris, 15 Junio 1812 (Dalloz, *id.* nums. 35 y 436.

(5) Vazeille. tom. 2, num. 550.

(6) Douai, 14 Enero 1857. (Dalloz, 2, 133).—Laurent, tom 3, núm 191.

(7) Rouen, 13 marzo 1816. (Dalloz, *id.* num. 34.)

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

60. Se ha preguntado: ¿es causa de divorcio la negativa del marido de recibir á su mujer en la casa conyugal? ¿lo será tambien la negativa de la mujer, de reintegrar dicho domicilio? Todos los autores opinan que, siendo la cohabitacion de la esencia del matrimonio, cuando ella deja de existir, no hay matrimonio; hay divorcio moral. Luego el juez, al pronunciar la separacion de los cónyuges, no hace sino declarar un hecho ya existente. Pero se trata de saber, si este hecho, en la intencion de aquel de los cónyuges que lo ha ejecutado, ya sea el marido que rehusa recibir en la casa á la esposa, ya sea ésta que se resiste á ir á ocupar aquella, constituye una injuria grave, bastante á motivar la separacion. Hemos dicho que no puede haber injuria, sin el designio de ofender; en consecuencia cualquiera de los dos actos mencionados dejará de tener ese carácter, si el *animus offendendi* falta en virtud de que así lo denoten las circunstancias. M. Dalloz considera que el marido no es culpable de negarse á recibir á la esposa en el domicilio conyugal, sino cuando ella es *demente furiosa* ó ha manifestado designios inequívocos de *atentar contra la vida* de aquel (1). Ciertamente tales motivos no pueden menos de quitar á la negativa del marido el calificativo de *injuriosa;* pero ¿serán ellos los únicos, que puedan justificarla? ¿Qué se dirá del marido, que al no querer recibir á la esposa en la casa conyugal, da por razon, que ella lo ha abandonado muchas veces, que no quiere reintegrarlo sino para ocasionar desórdenes y escándalos? Fundar la separacion sobre la renuencia del marido así justificada, sería premiar los extravíos de la mujer, precisamente cuando quiere reiterarlos (2). Del mismo modo la negativa de la mujer á reintegrar el domicilio conyugal no podrá ser una causa de separacion, cuando la conducta anterior del marido hu-

(1) Dalloz, *Repert.* "Separat de Corps". num. 46.
(2) Massol, pág. 6.

biere dado lugar á ella, pues entónces desaparece toda sospecha de que la esposa quiere injuriar á su marido, del cual no hace sino defenderse (1).

61. Ha sido tambien decidido que el marido infiere á la esposa un ultraje grave, suficiente para motivar la separacion, cuando consiente en que los criados la insulten, ya sea mostrándose sereno é impasible delante de tal conducta, ya no despidiéndolos sino mas bien obstinándose en conservarlos (2).

62. La demanda de nulidad de matrimonio ¿puede ser una causa de separacion? M. Merlin cita una sentencia del Parlamento de Paris de 1730, por la cual se decidió este punto afirmativamente (3). Mas la opinion contraria es casi universal entre los comentadores. Sin embargo, nosotros creemos que, debiendo reputarse injurioso todo acto de cualquiera de los cónyuges que claramente manifieste deseo de poner término á la vida conyugal, sea por odio ó por otros motivos, la misma demanda de nulidad de matrimonio, se convertirá en causa de separacion, segun las circunstancias, es decir, segun la causa por la cual la nulidad se pida, y segun los medios puestos en práctica para lograrla (4).

63. La negativa de uno de los dos esposos católicos á proceder á la ceremonia religiosa del matrimonio, despues de realizado el civil, ¿importa una injuria grave para el otro? En otro lugar de esta obra (5) hemos demostrado que ese mismo caso, á pesar de su indiscutible gravedad, no es causa de error, que dirima el matrimonio, contradiciendo con esto las doctrinas autorizadísimas de jurisconsultos como Bresolles, Demolombe y

(1) Laurent, tom. 3, num. 195.
(2) Dalloz, *id.* num. 56.
(3) Merlin, *Repert.* "Separat. de corps," § 1. num. 5.
(4) Demolombe, tom. 4, num. 391.
(5) Véase tomo 2.°, nums. 99 y siguientes.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Marcadé. La cuestion se presenta hoy bajo faz diversa, si bien no es inoportuno recordar todas las consideraciones que esos autores han hecho valer para fundar la decision afirmativa. Nadie negará que la dificultad es grave en paises que como el nuestro, á pesar de las leyes modernas, y precisamente por causa de la persecucion de ellas procedente, conservan todavía vivo y aun cada vez mas exaltado el sentimiento religioso. La cuestion se ha presentado no pocas veces ante los tribunales franceses, siendo siempre resuelta en sentido afirmativo, ó sea considerándose la negativa de que hablamos, como una injuria grave, bastante á motivar la separacion. De los jurisconsultos, sólo Laurent emite una doctrina contraria. "La injuria, dice, supone la violacion de un deber impuesto por la ley. ¿Dónde está la ley que impone á los esposos el deber de celebrar el matrimonio religioso? Despues de todo, si la mujer tiene sus escrúpulos, el marido tiene tambien los suyos y ademas el deber de rehusarse al papel odioso de hipócrita que se le quiere hacer jugar (1)." Mas esto es rehuir la cuestion. No se afirma que las convicciones de uno de los cónyuges sean mas respetables que las del otro, ni hay para qué investigar si la ley impone á los esposos el deber de celebrar el matrimonio religioso, sino que únicamente se trata de ver, si uno de los cónyuges, frecuentemente la mujer, ha podido contar, antes del matrimonio, con la consagracion religiosa de su union; de si el marido ha anunciado ó no previamente tales intenciones á su futura. Desde este punto de vista se pregunta: ¿hay ó no una injuria grave, bastante para la separacion, en la renuencia á la ceremonia religiosa? "Yo creo, dice Demolombe, que el *esposo felon* hiere profundamente á su cónyuge, *violando una promesa expresa ó tácita*. Cuando, en efecto, la celebracion religiosa ha sido prometida, sea expresa, sea aun tácitamente, y el otro esposo ha descansado en ella, (lo cual es una cuestion de hecho), la negativa del otro cónyuge es hácia aquel una falta de fe que puede constituir una injuria, puesto que el renuente quiere forzar al otro, á vivir en un estado que, á sus ojos, no es sino un concubinato (1)." La jurisprudencia es conforme á esta doctrina (2).

(1) Laurent, tom. 3, num. 196.

Muy ligeras reflexiones bastan á convencer de que en efecto, el engaño del marido en este caso importa la mas grave injuria que pueda inferirle á su esposa. Niéguese cuanto se quiera la verdad de la religion; esta negativa no podrá hacerse extensiva á su creencia sincera y profunda en el espíritu del mayor número de séres que forman la humanidad. Ahora bien, para la Religion Católica (y es la de la mayoría absoluta del pueblo mexicano) el matrimonio civil no es sino un torpe concubinato, reprobado por la moral, aunque sancionado por las leyes. El católico no se cree casado, sino despues de que ha manifestado su voluntad de casarse ante el cura propio, que bendice la union en nombre del cielo. Fuera de esto, cualquiera solemnidad impuesta por las leyes, aunque sea obedecida por la sancion con que se la hace necesaria, será como ha sido hasta el dia, reprobada por la conciencia, cuyo criterio moral se norma por el criterio religioso. Primero, pues, la inteligencia y despues el corazon consideran y sienten, que toda otra forma que no sea el matrimonio canónico, es inmoral, contraria al pudor, causa de vergüenza y motivo de grave escándalo. Esto se palpa sobre todo en la mujer, para quien las costumbres y el juicio social, por preocupacion ó por lo que se quiera, son mas exigen-

(2) Dalloz, *Répert.* "Separat. de corps," num. 58.—Arret de la Cour d'Angers, 29 janv. 1859.—Montpellier, 4 mai 1847.—Aubry et Rau, tom. 5, pág. 176.—Corbier, *Essai sur le divorce*, pág. 181.—Massol, pág. 83.—Coin-Delisle, *Rev. critique*, tom. 3, pág. 175.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tes que para el hombre. La mujer católica, en consecuencia, no podrá menos que sentirse lastimada cuando el hombre pretenda arrastrarla al hogar, sin la previa bendicion nupcial. Esto es una violencia moral. Creerá y sentirá que se la confunde con los tristes séres que forman las filas de la prostitucion, y el sonrojo cubrirá sus mejillas, considerando que el hombre á quien va á unir su destino, pretende usar de sus encantos antes del matrimonio. ¿Cómo, pues, negar que tal conducta del marido constituye una injuria? ¿Qué importa que las leyes no consideren sino el matrimonio civil? Esta no es la cuestion, sino solamente si es ó no injurioso, dada la credibilidad religiosa que es un hecho innegable, que uno de los esposos rehuse sujetarse á la ceremonia prescrita por el culto, defraudando así las esperanzas del otro. La afirmativa se impone aquí con tanta fuerza, que de no aceptarse tal causa de separacion, ésta tendria que venir tarde ó temprano por otro motivo literalmente legal: resistiéndose la mujer católica á la vida comun, antes de la bendicion nupcial, ó se suscitarian querellas domésticas, ó vendria el abandono del domicilio conyugal, causas ambas de inevitable divorcio.

64. Se pregunta tambien: ¿es causa de separacion, como injuria, el cambio de religion de uno de los esposos? El Derecho Canónico así lo considera, por el peligro que la mujer corre de que su marido la pervierta (1). Segun el moderno derecho, creemos no poderse decidir tal cuestion del mismo modo, pues no se trata aquí sino de un acto, que no es relativo al otro esposo y que ademas importa el ejercicio de un derecho, hoy dia reconocido por nuestras leyes.

65. Se pregunta igualmente, si la oposicion del padre á que los hijos sean bautizados constituye, como injuria grave, una causa

(1) Cap. *Quæsivit*, Extr. *de divort.*—Pothier, *Contrat de Mariage*, num. 513.

de separacion. Demolombe opina que no, pues aunque esto seria, dice, un abuso de los mas deplorables de la autoridad paternal, seria difícil encontrar, en este solo hecho, un ultraje hácia el otro esposo, á no ser que vinieran á añadirse otras causas por las cuales la separacion fuese pedida (1). Massol sostiene la afirmativa; pero en nuestro concepto, partiendo este autor de conceptos que, aunque son sin duda verdaderos, no son rigurosamente ajustados á las leyes vigentes, carece de razon como intérprete de éstas (2). Nosotros tenemos, en nuestro Derecho civil, una prevencion, cuyos términos absolutos nos obligan á aceptar mas bien la enseñanza de Demolombe. El art. 192 del Código que comentamos, manda que la mujer obedezca al marido, así en lo doméstico *como en la educacion de los hijos* (3).

66. Puede ocurrir otra cuestion análoga á las anteriores: la oposicion del marido á que la mujer cumpla sus deberes religiosos ¿es tambien, con el carácter de injuria grave, una causa de separacion? La respuesta afirmativa no puede ser dudosa, supuesto que esa conducta del marido seria altamente opresiva para la mujer, sobre quien pesaria la mas injusta de todas las tiranías. Así el Código de Tlaxcala (art. 169, inciso 4.°) considera que es causa de separacion la violencia moral ó física ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla á cambiar de religion.

67. Hemos dicho antes (núm. 62) que la opinion mas comun entre los autores es que la *demanda de nulidad* de matrimonio no importa causa de separacion, debiendo aceptarse sin embargo lo contrario, segun el motivo alegado y los medios puestos en práctica por el demandante. Los códigos del Estado de México (art. 179), del Distrito Federal de 1870 (art. 244) y el

(1) Demolombe, tom. 4, num. 390.
(2) Massol, pág. 88.
(3) Véase tomo 2.° de esta obra, num. 322.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

que comentamos (art. 230) deciden que la demanda de nulidad será causa de separacion, cuando el cónyuge que la ha suscrito *no haya justificado* el motivo ó éste haya resultado *insuficiente*, no pudiendo el demandado deducir tal causa de separacion, *sino pasados cuatro meses de la notificacion de la última sentencia.*

§ 8. De la acusacion de un conyugé contra el otro.

68. La simple enunciacion de este hecho basta para comprender, que constituye una injuria gravísima de parte del cónyuge acusador contra el cónyuge acusado. ¿Qué desconfianzas, qué querellas tan amargas han debido preceder al momento de la acusacion, y cuántas recriminaciones incompatibles con la paz doméstica no la han de seguir? ¿Qué consideraciones podrá guardar al cónyuge el otro que no ha vacilado en hacer recaer sobre él el peso de la infamia, arrastrándolo sin piedad ante los tribunales? La intencion de ofensa y menosprecio es entonces manifiesta, y en nuestro concepto ella existe del mismo modo, aun en el caso de que sean verdaderos los hechos afirmados por el acusador.

Nada importa, para que esa intencion malévola se revele, que sólo trate la acusacion de hechos ajenos al acusador ó que no puedan ser calificados de graves. La injuria y el deshonor que es su consecuencia, no dejarán por eso de causarse, haciéndose siempre la vida conyugal insoportable. Si bien se reflexiona, revela en el cónyuge acusador mayor animosidad y menor consideracion la queja por hechos á él extraños é insignificantes, que la que versa sobre hechos diversos, pues entonces no

se ve sino la intencion de deshonrar al acusado, sin la disculpa de la exaltacion que producen la ofensa recibida ó el crímen escandaloso.

Principios tan sencillos, que más bien se sienten que se explican, y que lo mismo se refieren al hombre que á la mujer, no han sido sin embargo considerados del mismo modo por todos los legisladores. El derecho romano expresaba que era causa de separacion, solamente la acusacion de adulterio hecha por el marido contra la esposa, si resultaba no probada: *Si vir de adulterio inscripserit uxorem et adulterium non probaverit, licere mulieri volenti, etiam, pro hac causa repudium destinare viro, et recipere quidem propriam dotem, lucrari autem et antenuptialem donationem, etc.*, (1).

En el antiguo derecho español, si hemos de creer á Elizondo y otros autores, era tambien causa de divorcio la acusacion "criminal objetada á la mujer por su marido, si no fuese probada, ni éste se separase de la querella como errónea (2)"

Bajo el mismo punto de vista consideraba esta causa de divorcio el antiguo derecho francés. "¿Se podrá, exclama D'Agueseau, rehusar á una mujer, acusada falsamente de un crímen capital, la justa satisfaccion de separarse para siempre de un marido que ha querido deshonrarla por una calumnia atroz? ¿Se la obligará á sostener, durante toda su vida, la presencia de su acusador y se expondrá á ambos á todas las consecuencias funestas de una sociedad desgraciada, que haría el suplicio del inocente más que del culpable (3)?" Merlin, hablando en términos generales de la difamacion como causa de divorcio, dice: "Es posible á una mujer, á quien la religion ilustra y consuela,

---

(1) *Novela* 117, cap. 9, § 4.

(2) Elizondo, *Pract. foren.*, tom. 7, cap. 13.

(3) D'Agueseau, Plaidoyer, 34.—Pothier, *Contrat de Mariage*, num· 512.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

devorar en silencio las tristezas de que la colma el ódio solícito y constante de un marido. Se han visto esposas soportar las miradas amenazantes de un marido furioso, y desafiar los estallidos de su cólera; pero una mujer que se respeta á sí misma ¿puede sin estremecerse, ver que se le quita su honor, ese depósito tan precioso á su sexo? ¿Se la supondrá bastante vil para sobrellevar la presencia de aquel que la ha difamado y cubierto de oprobio (1)?" Se citan varias importantes sentencias dadas en este sentido (2).

El Código de Napoleon, segun todos los comentadores, y la jurisprudencia, comprende tambien el presente caso bajo el nombre general de *injurias graves* (3); pero entendiéndose que ésta puede cometerse no sólo por medio de juicio criminal y tratándose de la imputacion de cualquier delito, sino tambien en materia civil, por ejemplo, cuando uno de los esposos pida la separacion por causa de adulterio, que no se llegue á probar. Entónces el cónyuge demandado tiene derecho, por tal antecedente, á obtener la separacion segun el art. 231 (4).

69. Nuestra ley de 23 de Julio de 1859 y el código de Veracruz (art. 228, inciso 2) sólo reputan causa de divorcio *la acusacion de adulterio hecha* por el marido á la mujer, ó por ésta á aquel, siempre que no la justifiquen en juicio. Los códigos del

(1) Merlin, *Repert.* "Separat. de corps," § 1, num. 4.

(2) *Arret du Parlement de Paris* du 16 juillet 1695.—*Journal des Audiences*, 1 fev. 1716.—*Traité des injures*, sect. 1, num. 27; arret 7 juillet 1755.

(3) Duranton, tom. 1. num. 1140.—Vazeille, tom. 2, nums. 550 y 551.—Laurent, tom. 3, num. 193.—Demolombe, tom. 4, num. 387.

(4) Dalloz, *Repert.* "Separat de Corps". nums. 29, 30 y 35—Metz, 7 mai 1807.—Génes, 18 aout 1811.—Paris, 15 juin 1812.—Paris, 14 dec. 1810—Rennes, 15 sept. 1810.—Paris, 17 mars 1826.

Estado de México (art. 174, inciso 7.°) del Distrito Federal de 1870 (art. 240 inciso 7.°) y el que sirve de base á nuestro comentario (art. 227, inciso 8.°) consideran en general, como causa de separacion, la *acusacion falsa* de un cónyuge contra el otro, cualquiera que sea, en consecuencia, el delito falsamente imputado. Sólo el código de Tlaxcala (art. 169, inciso 10.°) exige que la acusacion falsa verse sobre *delito grave*.

70. Los anteriores preceptos de legislacion nacional dan lugar á la siguiente crítica: 1.° No sólo la *acusacion* que es como la demanda del juicio criminal y que tiene por objeto el castigo corporal del delincuente, sino tambien la afirmacion del hecho delictuoso, aun en juicio civil y sin más objeto por parte del afirmante que un interes meramente jurídico, como la separacion por ejemplo, debiera ser causa de divorcio. La razon es que en uno y en otro caso, independientemente de la sancion legal, debe verse el atentado de uno de los esposos para arrojar injusta y falsamente el deshonor sobre el otro, lo cual, á menos de un superveniente perdon, no puede ménos que hacer la vida comun insoportable, cerrando la puerta á las mútuas y sinceras consideraciones. 2.° No sólo la *acusacion falsa de adulterio*, sino la de cualquier otro delito, debe ser tambien causa de separacion. ¿No será deshonra ser acusado de robo, suposicion de parto, etc., etc? 3.° Nada debe importar que la acusacion no se refiera á *delito grave*. Fuera de ser muy vaga esta expresion, hay delitos que podrán llamarse *leves* por razon de su escasa pena, por ejemplo, el robo de unos cuantos centavos, de lesiones que tardaron en sanar menos de 15 dias, etc., etc., cuya acusacion ante los jueces correccionales tiene que importar siempre la nota infamante del procesado como delincuente.

71. El código que comentamos (art. 230), el del Distrito Federal de 1870 (art. 244) y del Estado de México (art. 179) parecen, no obstante las precedentes prevenciones, ceder á la verdad de lo que acabamos de asentar, pues tras de expresar que

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

es causa de divorcio la *acusacion falsa* hecha por uno de los cónyuges contra el otro, declaran, que lo son tambien las *demandas de divorcio ó nulidad de matrimonio por causa no justificada.* Se ha comprendido, pues, que la publicidad dada por uno de los esposos á las faltas del otro, y de la naturaleza de las que motivan la separacion, aun en juicio civil, causa á éste cierto inevitable deshonor, suficiente para que ya no puedan vivir ambos bajo el techo comun.

72. Respecto á estos tres artículos de los códigos antes mencionados, no podemos menos que notar dos cosas igualmente graves en toda buena codificacion: 1.ª Estos artículos están mal colocados en su lugar, supuesto que, pareciendo como explicativos del general que considera como causa de separacion sólo la *acusacion falsa* de un cónyuge contra el otro, son en realidad preceptivos de nuevas causas de separacion, que no pueden nunca comprenderse bajo el nombre de *acusacion*, es á saber, las demandas (juicios civiles) de divorcio y nulidad de matrimonio, y ya no sólo por causa falsa ó no *justificada*, sino tambien por causa *insuficiente*. 2.ª Los mismos artículos son perfectamente antinómicos, en cierta parte, con el general á que nos hemos referido. En efecto, éste, es necesario repetirlo, trata de la *acusacion falsa*, y los otros consideran cualquiera acusacion; luego aun la *no falsa*. Se dirá que estos artículos deben ser entendidos en el sentido del anterior, al cual se refieren. Pero contestamos, que á esto se opone su redaccion y que si se leen con atencion, dichos preceptos no consienten sino una interpretacion enteramente contraria.

§ 9. De la negativa de alimentos.

73. Ya en otro lugar (1) hemos manifestado que los cónyuges tienen el deber de suministrarse alimentos, explicando que tal obligacion descansa sobre el derecho natural, y que ella comprende no sólo el sustento material sino tambien, para servirnos de los términos del art. 211 del Código que comentamos, *el vestido, la habitacion y la asistencia, en caso de enfermedad.* De tales preceptos fácil es deducir que la renuencia de uno de los consortes á cumplir hácia el otro deber tan grave y necesario, no puede menos de ser vista como un ultraje trascendental, que revela en el culpable grande menosprecio y odio hácia su víctima. Hay entonces algo mas que injuria; hay crueldad de sentimientos, extremo al cual no se llega sino por las funestas inspiraciones de una alma gangrenada por el vicio y por el crímen.

El antiguo derecho español, segun puede verse por la doctrina antes citada de Elizondo (núm. 51) consideraba "la denegacion del médico ó de medicinas en la enfermedad y del alimento en todos tiempos," como causa necesaria de separacion entre los cónyuges. El Derecho francés anterior al Código expresaba tambien, en términos generales, el mismo principio (2), que á pesar de la falta posterior de texto expreso, es seguido por todos los autores y por la jurisprudencia (3).

Nuestra legislacion no ha sido tampoco extraña á esta causa de separacion, que tanta crueldad arguye en el que de ella

(1) Véase tomo 2.° de esta obra, nums. 344, 420 y siguientes.
(2) Pothier, *Contrat de Mariage*, num. 511.
(3) Vazeille, tom. 2, num. 548.—Massol, pág. 78.—Dalloz, *Repert.* "Separat. de corps," num. 50.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

es culpable. Por eso puédese considerar comprendida en el art. 21, inciso 5.° de la ley de 23 de Julio de 1859, en el 228, inciso 5.° del Código de Veracruz, en el 174, inciso 6.° del Estado de México, en el 240, inciso 6.° del Distrito Federal de 1870 y en el 169, inciso 2.° de Tlaxcala. Mas el Código que comentamos expresamente trata, como causa especial de divorcio, de la negativa de uno de los cónyuges á ministrar al otro alimentos conforme á la ley.

74. Establecido este nuevo motivo de separacion de los esposos, sea que expresamente se le designe, sea que se le considere incluido en las palabras genéricas "crueldad, sevicia, malos tratamientos ó injurias," conviene precisar sus casos de aplicacion. Creemos que él tiene lugar, atenta la significacion que de la palabra "alimentos" nos da el art. 211 del Código que comentamos, no sólo cuando uno de los cónyuges niegue al otro la *comida*, sino tambien cuando se rehuse á darle el *vestido*, ó *la habitacion* ó *la asistencia en caso de enfermedad* (1), pues todas estas cosas se comprenden jurídicamente bajo aquel nombre.

75. Pero supóngase que es la mujer quien, teniendo bienes propios, solicita alimentos de su marido. Si éste, fundándose en la falta de necesidad de la mujer, se los niega ¿habrá razon para el divorcio? Segun el art. 224 cesa la obligacion alimenticia, cuando el alimentista *deja de necesitar los alimentos* (2). Luego la respuesta negativa no es dudosa; sin embargo, ella parece no ser conforme á los principios. El art. 227, inciso 9.° que comentamos, declara causa de divorcio la negativa de uno de los cónyuges á ministrar al otro alimentos *conforme á la ley*. Hay que investigar, pues, las condiciones legales de la deuda alimenticia, entre cónyuges. Ahora bien, como en otro lugar lo

(1) Véase tomo 2.° de esta obra, num. 421.
(2) Véase tomo 2.° de esta obra, num. 460.

hemos expuesto ampliamente, el marido está obligado á dar alimentos á la mujer *en todo caso*, y aunque esta no haya llevado bienes al matrimonio, miéntras que la mujer que tiene bienes propios, solo debe dar alimentos al marido, cuando este carece de aquellos y está impedido de trabajar. La obligacion alimenticia, en consecuencia pesa sobre el marido, aunque la mujer sea rica. Por eso el legislador de 1870, refiriéndose á los arts. 200 y 202 que son los 191 y 193 que hemos comentado (1), decia: "el marido de una mujer rica verá que tiene obligacion de trabajar, y que la sola pobreza no le autoriza para vivir á expensas de su consorte (2). Luego, volviendo á la cuestion propuesta, el marido que niega alimentos á la mujer rica, fundandose en su falta de necesidad, incurre en la causa de divorcio prevista por el inciso 9 del art. 227, toda vez que deja de ministrar alimentos debidos *conforme á la ley*. Parece pues que este es un caso de excepcion del art. 224, porque entre cónyuges y cuando el acreedor alimentista es la mujer y el deudor el marido, la obligacion de dar los alimentos *no cesa* por la falta de necesidad de la primera.

Empero no podemos aceptar la solucion afirmativa, aunque se desprenda rigurosamente de los principios, porque, en nuestro concepto se opone á ello el punto de vista especialisímo bajo el cual debe considerarse la negativa de dar alimentos, como causa de divorcio. La ley ha juzgado que el cónyuge que rehusa alimentos al otro, comete hácia este un ultraje rayano en crueldad, una injuria grave que acusa en su autor un odio y menosprecio profundos ¡Negar lo necesario para la vida al ser con quien la compartimos y al que debemos honrar y proteger! Mas ese ultraje y crueldad ¿existirán tambien, cuando la negativa de

(1). Véase tomo 2.° de esta obra num. 342.
(2) *Parte expositiva del codigo del Distrito Federal de 1870.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

alimentos responda no á la necesidad de la mujer sino á su riqueza? Entónces el hombre solo es culpable de no trabajar, quizá de que lleva una existencia ociosa é infecunda. Ahora bien, á esto viene á reducirse, en el caso propuesto, la negativa imputada al marido; pero *falta de trabajo, ociosidad* no son causas de divorcio.

§ 10. De los vicios de juego y embriaguez.

76. Entre nuestros códigos, solo el que comentamos (art. 228 inciso 10.°) considera como causas de divorcio el *juego y la embrieguez*. Mas es necesario que ambos hechos constituyan *vicios incorregibles*, es decir, que se manifiesten por una pertinacia mas ó menos larga y presenten el alarmante caracter de la obstinacion, á pesar de todas las advertencias y funestos efectos. La ebriedad fué tambien reputada por los antiguos jurisconsultos como causa de divorcio: "Ella, dice Elizondo, si es continua, justifica el divorcio entre los cónyuges, pudiendo decirse que es la raíz de todos los vicios y que llegó á oscurecer las glorias de los mayores héroes del mundo, entre los cuales se hace un lugar muy memorable Alejandro Magno, porque á la verdad el ébrio es propenso á la lascivia, al adulterio, á la corrupcion de costumbres, á las contiendas incesantes en las familias, á los homicidios, y otros males, que lloran perpetuamente las mujeres y los hijos, viendo que la ebriedad fué orígen de la ruina de sus casas (1)". Si esto que es á no dudarlo exactisimo, se ha escrito por un jurisconsulto grave y concienzudo respecto á la ebriedad ¿qué deberá pensarse del vicio del juego, que tanto preocupa el espíritu de los que por él son dominados, incapacitándolos para toda ocupacion útil y honesta; que tambien arrastra á sus víctimas al deshonor y á la ruina; que convierte, en fin, en seres despreciables y capaces de todo mal á personas las mas sérias y respetables?

(1) Elizondo, *Pract. forens.* lib, 10, num. 24.

La jurisprudencia francesa, á pesar de no existir en ninguna de las leyes texto expreso sobre la ebriedad, la ha considerado en varias importantes sentencias como injuria grave, bastante á motivar el divorcio (1).

§ 11. De la enfermedad de uno de los esposos.

77. Extraño parecerá que entre las causas de separacion de los cónyuges se enúmere el caso de enfermedad de uno de ellos, siendo así que el matrimonio es la union mas intima y respetable de los dos seres para amarse, socorrerse mutuamente y ayudarse á llevar el peso de la vida. Sin embargo debe reflexionarse 1.° que la voluntad humana no es siempre extraña á ciertas enfermedades, de las cuales algunas son frecuentemente la prueba de nuestro delito ó falta; 2.° que es muy posible el engaño por la ocultacion de la enfermedad, lo cual quiza importe un fraude en perjuicio del otro cónyuge y 3.° que con este punto se relaciona intimamente el porvenir de la prole, que es uno de los fines del matrimonio. El legislador, pues, sin desatender ese ideal bellísimo de la permanente union de los esposos, no ha podido menos que considerar expresa ó implícitamente la desgracia de que uno de ellos adolezca de alguna de

(1) Arrets de Liage, 10 aout 1854; Bruselles, 10 aout 1868; Gand 26 dec. 1871; Cass., 22 Juin 1883.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

esas enfermedades, que son desastrosas no solo para el otro, sino tambien para los hijos, procurando en cuanto es posible que no sean estos sacrificados al principio de la inseparabilidad, con la cual deben conciliarse asi el bienestar y respeto de la familia, como el interes social tan comprometido en estos casos.

Materia es esta, abundante en dificultades que provienen del choque de los diversos principios aplicables, ya se considere que enfrente de la inculpabilided del esposo enfermo se levanta en son de protesta la injusticia de condenar al otro á los graves sufrimientos de semejante estado, ya se atienda á lo incierto y dudoso de los fenómenos médicos, cuyas reglas son frecuentemente desmentidas por la realidad, ora en fin se recuerde que no deben castigarse en toda buena legislacion sino aquellos hechos ejecutados con elformal propósito de ofender á individuos ó á la sociedad. El matrimonio ciertamente entraña las ideas de proteccion, de abnegacion recíproca, de sacrificio de si mismo en aras de la union, que, al crear á la mujer despues del hombre, Dios no hizo sino con el fin de que esos dos séres se amasen y prestasen mútua ayuda, lo mismo en medio de la felicidad que bajo el peso de la desgracia. Esto ha hecho decir á Merlin: "El matrimonio es una sociedad de bienes y de males, de placeres y de penas que se forma para no acabar sino con la vida del uno ó del otro contratante. La mujer ha debido pues preveer, al casarse, que podian sobrevenir enfermedades á su marido; y por horribles que ellas sean, no pueden privar á este de los derechos que tiene sobre la persona y bienes de aquella. De otra manera ¿cuál seria el hombre bastante poco sensato para buscar una compañera? Dependeria de los caprichos de la naturaleza arrebatarle en un momento lo que para él habria de mas caro en el mundo, su mujer, sus hijos, su reposo, su fortuna y esto precisamente cuando los socorros le son más necesarios. ¡Estar aislado en su familia, abandonado de aquellos cuya felicidad hacía, cuando él gozaba de la salud! No le quedaria sino gemir sobre la crueldad de su destino, y libre en medio de la desesperacion, terminaria prematuramente, falto de consuelo y de apoyo, una vida dolorosa que se habria prolongado, si su esposa y sus hijos se hubieron reunido para salvarlo. Si existiera una semejante ley, seria bárbara y la humanidad se apresuraria á abolirla (1)" Es lo que decia tambien el jurisconsulto Ulpiano: *Quid enim tam humanum est, quám fortuitis casibus mulieri maritum vel uxorem viri participem esse* (2). Esto es considerar la cuestión bajo uno solo de sus puntos de vista, el del interés del cónyuge enfermo, que, sin disputa, padecerá con menos consuelo y resignacion su desgracia, despues de abandonado por el otro y por sus hijos. Pero, ¿qué diremos del cónyuge inocente que sin saberlo ni poderlo evitar, se vé de súbito condenado á la más funesta de las calamidades, no solo sujeto á enfermedades molestísimas sino tal vez deshonrado ante la opinion pública; qué dirémos de los infelices vástagos de una union gangrenada y mortífera, que no da nacimiento, por la ley fatal de la herencia, sino á seres que deplorarán mas tarde hasta el haber nacido, carga pesada de la familia y ciudadanos inútiles á la sociedad?

"¿Qué se exige, preguntaba un célebre abogado francés patrocinando á una mujer que demandaba el divorcio por causa del mal venereo de que habia sido contaminada por su esposo, qué se exige para ordenar las separaciones? ¿Sevicias? ¿las hay mas crueles que aquellas de que nos quejamos? ¿Difamaciones? Ah, Señores, ¿donde encontrar una mas deshonrosa? Por un movimiento pasajero, por un golpe rápido al cual sigue las mas veces el arrepentimiento y que apenas deja frecuentemente huellas sensibles, una mujer es sustraida al imperio de su marido y

(1) Merlin, *Repert.* "Separat. de corps," § 1. num. 8.
(2) *Dig.* lib. 24, tit. 3. l. 22, § 7.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ella ¿no lo será despues de un atentado que hace circular en las venas un tósigo cruel, cuyos efectos no se detienen ni por las mas enérgicos y encomiados remedios; despues de un atentado que hiere sus encantos, que consume su juventud y su vigor, que la condena ó á una muerte precoz, ó á una vida enferma, mas horrible que la muerte misma, porque arroja sobre cada instante el dolor de los pesares, y el horror de la desesperacion? Una palabra equívoca, un epíteto injurioso pronunciados en el estallido de la cólera, una mera señal de menosprecio han bastado algunas veces para decidiros á castigar á un marido imprudente con la privacion de una esposa á quien él respetaba tal vez en el fondo del corazon; y ¿considerareis á aquel que, sin miramiento á la inocencia de su mujer, la ha expuesto á convertirse en el ludibrio y aun en el espanto de la sociedad (1)?"

La justicia pues que debe satisfacer con sus principios todas las exigencias fundadas en el verdadero derecho, impone aquí la necesidad de buscar una formula en la cual sean respetados, en cuanto es posible, así el ideal inmejorable de la union cristiana, que es la participacion por ambos cónyuges de los bienes y males de esta vida, como el justísimo interes del esposo inocente, el no menos atendible de los hijos y el grave y trascendental de toda la sociedad.

78. Las leyes romanas no nos suministran mas antecedentes sobre esta materia sino algunos fragmentos que, aunque no expresa mente relativos á ella, pueden servir como de punto de partida para ilustrarla. Recordemos lo que en otra parte (num. 9) hemos dicho respecto al divorcio *bona gratia* que en tiempo de las leyes *caducarias* tenia lugar, entre otros casos, en el de *enfermedad* de uno de los esposos; *Vel senectutem*, dice Gayo, *aut valetudinem.....satis commode retinere matrimonium non po-*

(1) *Recueil d'Augeard*, tom. 1, § 69.

ssit (1). Ulpiano pensaba (núm. 9) que la locura no bastaba para permitir á uno de los cónyuges que enviase el *repudium* al otro, ni aun en un intervalo lúcido, á no ser que la locura fuese incurable y pusiera en peligro la vida de las personas cercanas al paciente. A pesar de esto, el mismo jurisconsulto no entra en tales distinciones al referirnos la opinion de Juliano: *Iste quærit, an furiosa repudium mittere, vel repudiari possit: et scribit, furiosam repudiare posse, quia ignorantis loco habetur: repudiare autem non posse, neque ipsam propter dementiam, neque curatorem ejus; patrem tamen ejus nuncium mittere posse; quod non tractaret de repudio, nisi constaret retineri matrimonium: quæ sententia mihi videtur vera* (2). Es verdad que el atentado contra la vida, ya por arma, ya por veneno, era causa de divorcio; pero debe confesarse que esos actos eran interpretados en su sentido obvio y literal, no comprendiendose en ellos la indignidad de aquel de los consortes que vierte el veneno de sus enfermedades en el seno del otro, pues nada autoriza á enseñar lo contrario, ni en las leyes, ni entre los comentadores.

79. Necésitase venir á tiempos menos remotos, para encontrar datos mas precisos, y son aquellos en que tanto abunda el derecho canónico sobre la enfermedad, como causa de separacion en el matrimonio. El texto mas antiguo qua se señala, relativo á este punto, es el siguiente de S. Agustin: *Si uxorem quis habeat sterilem vel difformem corpore, sive debilem membris, vel cæcam vel surdam, vel claudam, vel si quid aliud, sive morbi, et doloribus, languoribusque confectam, et quidquid (excepta fornicatione) cogitari potest vehementer horribile, pro fide et societate sustineat* (3). Existe tambien la célebre Decretal del Papa Alejandro

(1) *Dig.* lib. 24. tit. 1. l. 61.
(2) *Dig.* lib. 24. tit. 2. l. 4.
(3) Van Espen *Jus Eccles. univ*, pars. 2. tit 15. *De divortiis*, cap. 2.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

III sobre el matrimonio de los leprosos: *Parvenit ad nos, quod cùm hi qui Lepræ morbum incurrunt, de consuetudine generali, á communione hominun separentur, nec uxores viros, nec viri uxores taliter ægrotantes sequuntur. Quoniam igitur cum vir et uxor una caro sint, non debet alter sine altero esse diutius: mandamus, quatenus, ut uxores viros et viri uxores, qui Lepræ morbum incurrunt, sequantur, et eis conjugali affectione ministrent, solicitis exhortationibus inducere non postponas. Si verò ad hoc induci non poterunt, ei arctius injungas, ut uterque altero vivente continentiam servet. Quod si mandatum tuum servare contempserint, vinculo excommunicationis adstringas* (1). Sobre este texto han sido diversas las opiniones, pues entre otros, Pothier enseña que de él se desprende que la lepra no es en ningun caso causa de separacion entre los cónyuges (2); pero la doctrina mas generalmente seguida y sustentada por los canonistas es la que decide, que dicha enfermedad, como cualquiera otra que sea contagiosa, no obliga al débito conyugal, cuando hay peligro cierto de infeccion, á no ser que ella haya precedido al matrimonio, no siendo ignorada por el otro cónyuge: *Tertia sententia (cui omnino adhæreo) docet minime teneri ubi judicio medicorum, notabilis infectionis periculum immineret sano ex debiti redditione. Nec obviat textus cap. 2 de conjugio leprosorum intelligitur enim ubi ea reditio non redit in reddentis notabile damnum.....Quia nullus se obligat per matrimonium contractum ad reddendum nisi salva individui incolumitate.....Observandum tamen est, si ex frecuenti coitu timeatur infectio, non autem ex uno, vel altero, teneri conjugem semel, vel iterum reddere, non autem frequenter. Quia tota ratio cessationis præcepti reddendi est timor infectionis, ac proinde in tantum cessavit, in quantum fuerit talis timor. Idem prorsus est*

(1) *De conjugio leprosorum*, cap. 1.
(2) Pothier, *Contrat de Mariage*, num. 514.

dicendum, si alter conjux morbo gallico laboret, non enim tenetur conjux sanus cum periculo notabilis infectionis ei debitum solvere.....Quidam vero casus excipiendus est, in quo quamvis probabile sit infectionis periculum, tenetur sanus leproso debitum reddere; is autem est, quando lepra matrimonium praecessit, nec ab altero conjuge ignorata fuit. Quia sciens et prudens ad id per matrimonium contractum se axtrinxit.....Quamvis autem sanus conjux non teneatur leproso debitum reddere cum periculo notabilis infectionis: at si non curans de propria infectione ex contagione lepræ, aut morbi gallici, utatur matrimonio cohabitetque cum illo, opus meritorium exercet, si ex amore matrimonii id efficiat (1). Esta es tambien la doctrina de Sto. Tomas de Aquino y de los mas célebres téologos y canonistas (2). Ferraris compendia la exposicion y motivos de tales decisiones, diciendo. *Et ratio est, quia ea naturali interpretatione conjuges in matrimonii contractu corporum potestatem inter se dant, et se obligant ad cohabitandum, salva suarum personarum incolumitate, adeoque cum timetur probabiliter grave periculum salutis corporalis ex cohabitatione cum conjuge infecto lepra, morbo gallico, aut alio contagioso morbo, tunc non urget obligatio reddendi debitum, nec simul cohabitandi. Rursus enim ordo naturæ postulat, aut saltem concedit, ut prius consulatur incolumitati proprii individui, cum ordinati charitas incipiat á seipso.....Si quis autem sponte contrazit cum persona, quam prius sciebat lepra, vel morbo gallico, aut alio simile morbo contagioso laborare, non potest licite divortium facere nec quoad torum, nec quoad cohabitationem, quia censetur cessisse juri suo sienti is, qui sciens vitium mercis, nihilominus emit* (3). Resulta pues de las anteriores citaciones, que

(1) Th. Sanchez, *De matrim.*, lib. 9, disput, 24.
(2) D. Thom., 4 dist. 32, qu. unica, art. 1.
(3) Ferraris, *Prompta Bibliotheca* "Divortium" num. 33.—Berardi, *Coment. in jus eccl. univ. Quæst.* 1.—Donoso, tom. 2. pág. 420.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la enfermedad contagiosa de uno de los cónyuges solo deja de ser causa de separacion, cuando el otro haya contraido el matrimonio, á sabiendas de la enfermedad, porque entónces se presume que ha renunciado al derecho de pedirla y resuelto á sacrificarse en favor de aquel.

80. El antiguo derecho español se hizo tambien cargo de este punto, pues el jurisconsulto antes mencionado dice: "La enfermedad contagiosa de uno de los cónyuges, de la cual amenace peligro de vida al otro como sucede al morbo gálico, á la fiébre ética, á la lepra, y otras causas igualmente graves, es suficiente motivo para el divorcio, probándose aquellas, no por sola la fé de los testigos, y si por la disposicion de los peritos, que han de reconocer al paciente, y deponer de su inhabilidad, pues en otros términos, cualesquiera separacion debe ser por el tiempo que necesite para su perfecta curacion y no más (1)."

81. En el antiguo derecho francés esta cuestion ha sido vivamente controvertida. Pothier sostiene que ni la epilepsía, por violentos que sean sus accesos, ni ninguna otra enfermedad aun contagiosa, puede ser causa de separacion de habitacion, porque los cónyuges están obligados á vivir bajo el mismo techo y á prestarse recíproca ayuda. En cuanto al mal venereo, dice este autor, "que aun cuando haya grandes sospechas de que el marido se lo ha atraido por su mala conducta, puede con menos razon servir de fundamento á una demanda de separacion, porque no es ya una enfermedad incurable (2)" Merlin distingue las enfermedades que son el resultado de nuestra voluntad ó de nuestros vicios y aquellas que deben considerarse como una verdadera desgracia, de que es irresponsable el paciente. Respecto á estas, enseña, que no pueden ser causa de separacion,

(1) Elizondo, tom. 7, cap. 13, num. 19.—Zaquias, *Quæstiones. medico legales.*, lib. 9, tit. 10.

(2) Pothier, *Contrat de Mariage*, num. 514.

como aquellas, por que son los vicios del corazon, la crueldad, el ódio, los actos que la justicia y las leyes ponen en la clase de *sevicias*; ellas no toman en cuenta las enfermedades accidentales que se pueden reprochar á la naturaleza, pero que no dependen nunca de nuestra voluntad, y respecto á los cuales hay que quejarse pero no vituperar al infortunado que es su víctima (1). De aquí se sigue que para este autor el mal venereo, en ciertas circunstancias, es la única enfermedad suficiente para motivar el divorcio, y en este sentido cita varias importantes sentencias pronunciadas por tribunales franceses (2).

82. Despues del Código de Napoleon, la controversia ha continuado todavia sobre este punto. Varias sentencias establecen que la comunicacion del mal venereo de un cónyuge al otro, no constituye necesariamente una injuria grave, capaz de motivar el divorcio. (3). Los autores tampoco están de acuerdo, pues mientras Massol distingue si esa enfermedad ha sido comunicada por el marido ó por la mujer, estableciendo "que si está probado que es ésta la que primero se habia inficionado del mal, aquel podrá arrastrarla ante los tribunales, aun cuando su queja no tuviera otro fundamento," Demolombe propone considerar "si es un mal anterior al matrimonio y que no estaba bien curado, si siendo posterior al matrimonio, el esposo ignoraba que estuviese enfermo cuando ha comunicado el mal á su esposa....., si es la primera vez ó si ha habido reincidencia. (4)." Queda pues indecisa la cuestion y cada negocio que se presenta

(1) Merlin, *Repert.* "Separat. de corps." § 1, num. 8.

(2) Arrets du Parlement des Metz de 12 Juillet et 14 décembre 1691 (*Recueil d'Augeard*, tom. 1, § 69); Id du Parlement de Paris de 16 dec. 1771.

(3) Cass., 16. fev. 1808; Rennes, 19 mars 1817; Lyon, 4 avril 1818; Toulouse, 30 Janv. 1821.—*Contra:* Bordeaux, 5 mai 1870.

(4) Massol, pág. 79.—Demolombe, tom. 4, num. 389.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

motiva una especial descision, fundada mas bien en circunstancias particulares que sobre la base de un principio fijo é invariable, que los legisladores ni la jurisprudencia han podido preveer.

83. Nuestra legislacion nacional se ha manifestado en esta materia de muy diversos modos que conviene precisar. Segun la ley de 23 de Julio de 1859 (art. 21 inciso 6 º) es causa de divorcio toda *enfermedad grave y contagiosa de alguno de los esposos*, cuya prevencion ha sido fielmente seguida por el código de Veracruz (art. 228 inciso 6 º), añadiéndose solo la circunstancia de que la enfermedad comprometa la existencia del otro cónyuge. De aqui resulta que conforme á estas leyes, para que proceda la presente causa de divorcio, nada importa que la enfermedad sea anterior ó posterior al matrimonio, ni crónica é incurable, ni hereditaria, ni que pertenezca mas bien al marido que á la mujer ó *viceversa*. Los códigos del Distrito Federal de 1870 (art. 261.) y del E. de México (art. 189) no consideran como causa de separacion el hecho de que nos ocupamos, y sí solamente como motivo bastante á suspender por algun tiempo la obligacion de cohabitar, quedando en pié todas las demas obligaciones para con el cónyuge desgraciado. El espíritu de estos artículos se encuentra claramente expresado en las siguientes palabras de la parte expositiva del legislador. "Algunas opiniones colocan entre las causas de divorcio la demencia y la enfermedad contagiosa. La comision, reconociendo la fuerza de ellas se decidió sin embargo en contra; por que no le pareció justo aumentar con un mal moral la desgracia del cónyuge enfermo. Mas no creyendo tampoco equitativo obligar al sano á sufrir contra su voluntad, dejó á la prudencia del juez suspender la cohabitacion, sin tocar á las demás condiciones del matrimonio."

No puede negarse la sabiduría de estas reflecsiones, que en su alta prevision logran sin duda conciliar todos los intereses que con igual gravedad se presentan aqui en juego. ¿Es el interes

del cónyuge enfermo el que habla con acentos á los cuales tienen que responder la caridad y la conmiseracion, nunca mas necesarias y debidas como tratandose de dos seres, que se han prometido confundirse en uno solo para todos los eventos de la vida? El legislador satisface á tan justa y moral exigencia, por que previene que el matrimonio subsista y que continúen por lo mismo todos los cuidados y toda la asistencia hácia el cónyuge enfermo de parte del otro. ¿Son el interés de los hijos porvenir y el de la sociedad entera los que reclaman ser atendidos? La ley responde que por eso mismo ha ordenado que se suspenda la cohabitacion, para alejar la posibilidad del débito conyugal, que en tales circunstancias se haria funesto y peligroso. No habia dicho mas el profundo Sto. Tomás de Aquino cuando enseñaba: "*Vir tenetur uxori debitum reddere in his quæ ad generationem prolis spectant; salva tamen prius persona incolumitate.*"

Mas el código que comentamos contiene una fórmula que de ninguna manera satisface en nuestro concepto á esos justos reclamos. El art. 227 inciso 11 declara que es causa de divorcio toda enfermedad que reuna las siguientes condiciones: *cronica é incurable, contagiosa ó hereditaria, anterior* á la celebracion del matrimonio y de que *no haya tenido conocimiento* el otro cónyuge. Este artículo nos parece censurable bajo todos respectos. Desde luego no concilia los graves intereses comprometidos en esta cuestion, sino que pronuncia el triste fallo de la separacion, aun sacrificando al cónyuge enfermo, que puede ser inocente y carecer aun él mismo del conocimiento de su enfermedad. El legislador parece sorprenderse de solucion tan absoluta en todos les casos, y mas adelante, en el art. 238, copia el 261 del Código del Distrito Federal de 1870, otorgando al juez la facultad de limitarse á solo suspender la cohabitacion. Mejor hubiera sido dejar el principio como estaba, pues ó el nuevo artículo no expresa el mismo concepto que el anterior y entonces es injusto por la razon antes dicha, ó meramente lo reproduce y en ese cas

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

el pensamiento del legislador aparece tímido y vacilante y atenta su letra, aun contradictorio consigo mismo.

Por otra parte ¿cuáles son segun la ciencia las enfermedades *incurables?* Nosotros creemos con respetables autores, que ese carácter puede pertenecer, en virtud de causas congénitas al organismo del paciente, aun á padecimientos los menos alarmantes al principio. (1). La sífilis, que es á no dudarlo, la mas repugnante de las enfermedades aun bajo el aspecto *moral*, es *curable;* luego segun el Código actual no seria causa de divorcio, aunque es contagiosa, y lo que es mas grave, aunque el cónyuge que la padece se la haya procurado por sus desórdenes. Mas lo que sobre todo llama la atencion en el artículo, es que se exija la circunstancia de *anterioridad* de la enfermedad respecto del matrimonio. No negamos que importa una grave ofensa la ocultacion de un mal que puede traer desastrosas consecuencias; pero ¿lo será menos una enfermedad contraida *despues* del matrimonio por vicios y desórdenes? En el primer caso se trata de un mal antiguo; en el segundo, se ha buscado el mal con pleno conocimiento de la obligacion especial que se infringia y con esacta prevision de los tristes resultados que podrian sobrevenir.

84. Nuestra opinion es que la ley no debe considerar la enfermedad contagiosa como causa de divorcio sino en muy determinadas circunstancias, por ejemplo, cuando esté probado que el cónyuge enfermo, conociendo el mal y sus peligros, ha tenido el formal propósito de dañar al otro, de contaminarlo, de atentar de esa manera contra su vida. Fuera de esto no creemos que tal evento deba motivar otro remedio que la simple suspension de la cohabitacion; pero quedando subsistentes las demas obligaciones del matrimonio. Considérese que la muerte es el término fatal de todo lo que existe. Los seres, sin excepcion de ninguno, tienen que pasar necesariamente por la etapa fatal de la enfermedad. Todos los hombres estaremos más ó ménos largo tiempo enfermos ántes de morir ¿Porqué alejarnos entónces de aquel ser, encargado por especial destino, de ayudarnos y cuidarnos? ¿porqué entregarnos así á manos extrañas y mercenarias? Esto nos parece inhumano y contrario á los nobles fines del matrimonio, á cuyo calor y amparo tienen que ser ménos amargos los dolores y ménos tétrica é imponente la perspectiva de la muerte. Armese de rigor la ley para el que puede soportar su dureza; pero no castigue con el abandono y el alejamiento de los suyos al infeliz que inspiraria lástima á los extraños. Tal es el espíritu que resplandece en la siguiente ley de partida, toda ella animada de sublime caridad cristiana: *Si alguno de los que fuesen casados cegase, ó se ficiese sordo, ó contrahecho, ó perdiese sus miembros por dolores, etc., por ninguna de estas cosas, nin aunque se ficiese gafo, non debe el uno desamparar al otro; por guardar la fe é la lealtad que se prometieron en el casamiento; ante deben vevir todos en uno, é servir el sano al otro, é proveerle de las cosas que menester le ficieren segun su poder* (1).

(1) Dr. Fiaux, *Etude de phisiologie et de sociologie*, pág. 198.

§ 12. De la infraccion de las capitulaciones matrimoniales.

85. Hasta aquí solo hemos expuesto, como causa de separacion de los cónyuges, hechos que, aparte de revestir siempre un carácter injurioso, porque revelan en el agente la intencion de desprecio ú ofensa, van directa é inmediatamente encaminados contra la persona, sin interesar para nada los bienes. El adul-

(1) *Partida* 4.ª, tit. 2, l. 7.—Gutierrez Fernandez, *Códigos Españoles*, tom. 1, pág. 358.—Duranton, tom. 1, núm. 1120.

terio, la incitacion al crimen, las sevicias é injurias, etc. etc., son actos que podriamos llamar *personales* en el sentido de que, siendo absolutamente extraños á las cosas, á los intereses materiales, á los bienes de fortuna, guardan cierta semejanza con aquellos delitos que se cometen contra la vida ó el honor, y se diferencían de los otros que, como el robo, la falsificacion, la estafa, etc. etc., tienen por objeto los bienes ó sean el lucro indebido y criminal.

El matrimonio es ciertamente una sociedad que comprende, entre otros deberes, el de contribuir con el trabajo y el ahorro al aumento del haber de la familia, para que sirva al bienestar de los cónyuges y á la educacion y establecimiento de los hijos. Falta pues á tal obligacion aquel de los consortes que, olvidando ó despreciando lo que debe hacer como esposo y como padre, se abstiene del trabajo, ó no administra honradamente los bienes ó los dilapida en vicios y prodigalidades. Esto es incuestionable. Pero semejante falta ¿deberá motivar el divorcio ó separacion de los conyuges? La respuesta afirmativa no nos parece conforme á los principios que dominan esta materia. Una mala administracion, gastos excesivos son hechos que por si solos y á menos que no vayan acompañados de otras circunstancias, en nada se parecen á esos actos de carácter injurioso y criminal que por hacer la vida comen insoportable, la ley ha considerado con razon como suficientes para apartar á los cónyuges. Tales hechos al contrario son por su naturaleza extraños al mutuo afecto, á la íntima union que debe reinar en el matrimonio. Hacer depender la permanencia de este de tales faltas, nos parece que es no comprender en toda su verdad la dignidad de la familia, ver en el matrimonio no la union de las almas sino una comun y ordinaria sociedad de bienes, en la cual todo se norma y dirige por el bajo y mísero interés del lucro material.

¿Es esto decir que en el matrimonio pueda uno de los dos esposos apropiarse impunemente los bienes del otro, dilapidarlos,

sustrayéndolos así á su verdadero objeto? De ningun modo. Sostenemos que no debe haber allí una causa de divorcio ó separacion personal; pero á la vez creemos que tales hechos deberían motivar una simple separacion de bienes.

86. Estas son nuestras ideas sobre la presente materia, la cual ha sido del mismo modo considerada por nuestra antigua legislacion en sus varias épocas y tambien por la francesa, madre de la mayor parte de las leyes modernas. Ni en una ni en otra se encuentra principio alguno segun el cual la infraccion, ni aun la mas grave de los deberes que importa una buena administracion de intereses, el abuso, la prodigalidad etc. etc., puedan ser consideradas como causa de divorcio.

87. Mas de estos antecedentes han venido á separarse entre nosotros el Código del Estado de México (art. 174, inciso 8°) y el que sirve de base á nuestro comentario (art. 227, inciso 12°). Segun uno y otro es causa de divorcio la infraccion ó violacion de las *capitulaciones matrimoniales*, es decir, de aquellos pactos que los esposos celebran ántes ó despues del matrimonio, para arreglar la administracion de los bienes. El primero de estos códigos llega (art. 180) hasta autorizar el divorcio, porque de antemano los cónyuges hubieran convenido por cláusula especial en separarse, caso de que uno de ellos no cumpliese con determinada condicion. ¡Convenio inmoral sin duda, no solo porque hace depender la suerte del matrimonio del cumplimiento de tal ó cual cláusula sobre bienes, sino porque de antemano pacta y concierta la suspension de la vida conyugal! (1)

§ 13. Del mutuo consentimiento.

88. Ya hemos dicho en otro lugar (núm. 9) que en derecho romano era admitido el divorcio por voluntad de ambos cónyuges

(1) Merlin, *Repert* "Separat. de corps," § 1, num. 11.—Massol pág. 92.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

bajo la denominacion de divorcio *bona gratia* conforme al principio: *nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est.* Esta legislacion que habia hecho del matrimonio el más vulgar de los contratos, no vino á modificarse sino hasta Justiniano bajo la influencia de las ideas cristianas. Segun el Derecho Canónico, aun siendo secretas y muy graves las causas de *separacion*, no pueden los esposos separarse ántes de la sentencia judicial, á no ser que hubiese peligro en la dilacion, pues de otro modo, dicen los autores, muchas veces se separarian por los motivos mas frívolos y llenarian la sociedad de alborotos y escándalos. Sin embargo, cuando las causas de separacion son de pública notoriedad, enseñan los canonistas, que las partes pueden separarse por autoridad privada, sin esperar la sentencia del juez, porque en tales casos el cónyuge que se retira, no da lugar á escándalos ni difamaciones. *Si notorium est mulierem ipsam adulterium commisisse, ad eam recipiendam, vir, qui illam dimisserat, cogi non debet* (1).

89. El antiguo derecho francés no admitia tampoco las separaciones voluntarias, lo cual claramente se manifiesta por una sentencia del Parlamento de Paris de 14 de Mayo de 1695 (2). "La muger, dice Pothier, no puede obtener la separacion de habitacion sino por una sentencia del juez, dada con perfecto conocimiento de causa. Una acta otorgada ante notarios, en la cual una muger expusiera todos los hechos por los cuales pide la separacion, y en la que el marido, por su parte, reconociera la verdad de tales hechos, y aun consintiera en la separacion, seria un acto absolutamente nulo, que no produciria ningun efecto. Siendo el compromiso del matrimonio formado por el mismo Dios, resulta no solamente que es indisoluble, sino que no

(1) Cap. *Significat de Divortiis.*—André. *Droit Can.* "Separat. de corps."—*Conferences d'Angers*, Quest. 4.

(2) *Journal des Audiences*, tom. 5, lib. 11, chap. 7.

debe ser permitido á las partes que lo han contraido, atentar de manera alguna á los efectos que debe producir, á no ser por grandes causas, cuyo valor debe ser examinado y reconocido por el juez (1)."

90. Nuestro antiguo derecho patrio, segun todos los comentadores, y siguiendo en esto al Derecho Canónico, rechazaba tambien el divorcio por autoridad privada, y esto claramente se deduce del tenor literal del proemio y de la ley 7ª del título 10 de la 4ª Partida (2).

91. En la discusion que precedió al código civil francés se nota que el principio del divorcio por consentimiento mutuo no fué propuesto y defendido por sus autores sino mediante perífrasis y aun sofismas en los cuales, si no puede menos que admirarse el ingenio, la reflexion descubre tambien que los verdaderos principios fueron confundidos. Portalis dice y repite que el matrimonio no es un contrato ordinario que se disuelve de la misma manera que se forma, es decir, por el concurso de voluntades (3). Sin embargo el mismo jurisconsulto admite el consentimiento mutuo como causa de divorcio, dando por razon que ese *consentimiento mutuo*, tal como la ley lo organiza, es la prueba de otra *causa legítima*. Treilhard dice en la exposicion de motivos, que hay dos causas que el esposo ofendido no puede manifestar públicamente: son los excesos y el adulterio. La palabra vaga "excesos" oculta un atentado á la vida. ¿Cómo se quiere que el esposo alegue una causa de divorcio que, si resulta probada, conducirá á su cónyuge al cadalso? De la publicidad resultarian grandes daños para el inocente, para toda la familia y para el culpable. Lo mismo, dice, sucede con el adulterio,

(1) Pothier, *Traité du contrat de Mariage*, num. 517.—Lacombe, *Recueil de Jurisprudence civile* pág. 615.

(2) Elizondo, *Pract. Univer.*, tom. 7, nums. 23, 24, 25, 26 y 27.

(3) Séance du 24 vendemiaire, an 10, num. 5.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

no por que la pena sea tan grave como para los otros delitos, sino por que segun nuestras costumbres, el marido que acusa á su mujer de adulterio, se cubre de ridículo y de infamia. "Hé aquí, dice Treilhard, el resultado funesto que los autores del código han querido evitar, admitiendo el divorcio por consentimiento mutuo. Ellos han trazado un modo especial de consentimiento, han prescrito condiciones, han establecido privaciones y han vendido en fin, si es permitido hablar así, tan caro el divorcio, que no puedan obtenerlo sino aquellos á quienes sea absolutamente necesario comprarlo. (1)" El primer Cónsul confesaba que las únicas causas que legitiman el divorcio son aquellas que el código admite como causas determinadas. Pero ¡qué desgracia, decia, será verse forzado á exponerlas, y á revelar hasta los detalles mas íntimos y mas secretos del interior del hogar! En el sistema del código, añadia el primer Cónsul, el consentimiento mutuo no es la *causa* del divorcio, sino un *signo* de que el divorcio se ha hecho necesario. Así es que el tribunal pronunciará el divorcio, no *porque* hubiere en él consentimiento mutuo, sino *cuando* hubiere en él dicho consentimiento, y se detendrá en este signo y no irá hasta las causas reales que pueden haber traido la ruptura entre los esposos.

Segun los partidarios del consentimiento mútuo muy rara vez habrá una demanda de divorcio fundada sobre el adulterio. Para esto seria preciso, decia Real, que el hombre hubiera perdido toda vergüenza. ¿Qué sucederia pues si se rechazara el divorcio por consentimiento mútuo? Seria rehusar el uso del divorcio á la mayoría de los ciudadanos; y sin embargo el divorcio es un derecho desde que hay una causa tan legítim ₂ como el adulterio. En este sentido, el divorcio por consentimiento mú-

(1) Treilhard, *Expos. des motifs*, num. 1.2,

tuo es el complemento necesario del divorcio por causa determinada. Si este es legítimo, aquel es una necesidad (1).

De esta discusion resultó el art. 233 que dice: "El consentimiento mútuo y perseverante de los esposos, expresado de la manera prescrita por la ley, probará suficientemente que la vida comun les es insoportable."

92. Nuestra legislacion nacional no es uniforme sobre el punto que nos ocupa. Miéntras la ley de 23 de Julio de 1859, el código de Veracruz y el de Tlaxcala para nada hacen mencion de él, los códigos del Estado de México (art. 182) el del Distrito Federal de 1870 (art. 246) y el que comentamos (art 227 inciso 13) expresamente admiten el divorcio por consentimiento mútuo. La parte expositiva del segundo de esos cuerpos de leyes, dice lo siguiente: "Al examinar esta delicada materia surgió una cuestion grave en su esencia y grave en sus resultados; el divorcio voluntario. La primera impresion que deja en el alma este pensamiento, le es totalmente desfavorable; porque no solo parece poco moral, sino contrario á los fines del matrimonio y perjudicial para los hijos y para los mismos cónyuges. Pero, si penetrando al hogar doméstico, se examina concienzudamente la horrible situacion de dos personas que no pueden ya vivir juntas: si se estudia en todos sus pormenores la vida conyugal: si se atiende á la educacion de los hijos y se calculan los amargos frutos que respecto de ellos produce la desavenencia de los padres, es seguro que se conocerá fácilmente la tristísima verdad de que nada hay peor que un matrimonio en desacuerdo.

"Por otra parte: cuando este desacuerdo llega al extremo d hacer conveniente la separacion, casi siempre es fundado en alguna causa de las que autorizan el divorcio. Algunas veces su-

(1) Séance du Conseil d'Etat du 24 Vendemiaire an 10, num. 25

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cederá lo contrario; pero la experiencia nos prueba que el solo desamor, aunque terrible por si mismo, casi nunca inspira á los consortes la idea de separarse. Lo más probable es, que no queriendo revelar, por vergonzosas quizá, las causas de su determinacion, apelen al divorcio voluntario, que poniendo algun remedio á los males que sufren, les evite la vergüenza ó tal vez la afrenta, envuelva en el misterio los secretos de la familia y no deje en el corazon de los hijos la negra huella del crímen de alguno de sus padres ó acaso de entre ambos.

"La cuestion, examinada prácticamente, cambia de aspecto; y el divorcio voluntario es, ya que no un bien, un mal mucho menor; porque evita la deshonra de la familia y los malos ejemplos que la desavenencia de los padres deja á los hijos en triste legado. Y como no es perpetuo; y como la simple voluntad de los consortes puede ponerle término á cualquier hora, queda siempre la fundada esperanza de que el tiempo, el amor de los hijos y mil circunstancias que de pronto no pueden preveerse, aceleren el momento de la reconciliacion.

"Por tan fundados motivos la comision estableció reglas para el divorcio voluntario, fijando tiempo y edad para pedirlo, y poniendo prudentes trabas en el curso del juicio, á fin de dar tiempo á que se calmen las pasiones. Previno tambien que por escritura formal se arregle la suerte de los hijos, y dió todos los recursos que en los juicios de mayor interes. Y al fin, para cuando no haya otro arbitrio, autorizó la separacion por tres años, que pueden prorogarse, previo nuevo juicio, seguido con los mismos requisitos que el primero.

"Algunas razones tuvo presentes la comision para no autorizar nuevas separaciones, despues de los primeros tres años; pero se decidió á consentirlas, porque le pareció concluyente una observacion fundada en la experiencia y deducida de la índole misma del corazon humano. Si pasados los tres años, no han sido parte para restablecer la armonía, ni el amor de los hijos,

ni la conciencia del deber, ni el aislamiento, ni la edad, ni otras mil consideraciones sociales, fuerza es convenir en que los peligros de completa desgracia crecen á la par que se robustece la probabilidad de que la causa del divorcio sea tan justa como irremediable. Y pues que á pesar de todo, y previo un nuevo juicio, los consortes insisten en separarse, la prudencia, el órden de la familia y la misma justicia autorizan la nueva separacion. Inútil es decir cuánto se agravan estas razones, pasados nuevos plazos; puede creerse entonces, que ya no hay esperanza."

Fácil es comprender por los argumentos empleados durante la discusion del código francés y por los que preceden de nuestro legislador en pró del divorcio voluntario, que la principal razon aducida para justificarlo no es otra que cierta pretendida necesidad ó conveniencia, así para los cónyuges como para los hijos y aun para la sociedad en no hacer públicas algunas de las causas mas graves del divorcio, no viniendo en consecuencia á ser la admision del consentimiento mútuo, como decia el jurisconsulto francés ántes citado, sino un signo ó velo que encubre sérios motivos de disentimiento entre los cónyuges. Pero ¿es exacto que siempre se recurrirá á la simple alegacion del mútuo consentimiento por no revelar esas causas de divorcio? De seguro que no, pues las acusaciones mas escandalosas de adulterio, las quejas y delaciones más vergonzosas han estallado delante de los tribunales sin miedo á la publicidad, y muy léjos de querer huir del escándalo, buscandolo y procurando su aumento, que la pasion de la venganza y los desahogos del rencor sobrepujan en ciertos casos á la vergüenza que pudiera sentirse. Tal es el corazon humano y por lo mismo, la puerta abierta por la causal del *consentimiento mútuo* solo servirá para que tentados y como arrastrados los esposos por los atractivos de un fácil divorcio, acudan á él por los motivos mas frívolos, ó sea por esos pequeño

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

disgustos que de seguro ninguna legislacion ha considerado suficientes para motivar la separacion de los esposos. El verdadero escándalo, pues, vendrá con hacer las separaciones de cuerpo mas fáciles, cuando ya no exista el temor de comprometer la reputacion y de hacer conocer del público las desgracias y secretos de familia.

Por otra parte es inmoral toda convencion que tiene por objeto atentar á las obligaciones que resultan del matrimonio; luego del mismo modo que cuando el contrato se forma, no es permitido convenir en que los esposos vivirán separados, tampoco se puede estipular despues que ellos se separarán, suspendiendo las sagradas obligaciones de su union. Del mismo modo que la voluntad de los esposos es insuficiente para romper el lazo indisoluble del matrimonio, debe ser igualmente ineficaz para suspender sus efectos. ¿A qué queda reducida la indisolubilidad del matrimonio, si las obligaciones que de él emanan, quedan entregadas al cambiante capricho de los que las han aceptado?

Otorgar á los casados la facultad de descidir por sí solos las más graves cuestiones y resolver con su propia é individual autoridad las delicadas é íntimas dificultades del hogar doméstico, sobre las cuales ejerce tan inevitable influencia la pasion, equivale en último término á llegar quizá á algo mas perturbador que el divorcio *quoad vinculum*, al matrimonio por tiempo determinado, que es la mas inconcebible corrupcion de la familia.

Finalmente, como ya lo hemos manifestado en otro lugar (1), el matrimonio es una institucion que pertenece al derecho público y á las buenas costumbres de cada nacion y por lo mismo no está ni puede estar en poder de los particulares la facultad de alterar ó modificar por convenio entre ellos nada de lo

(1) Véase tomo 2.° de esta obra, num. 305.

que esencialmente se refiere á él y ménos aun á un efecto tan importante como es el cumplimiento de las obligaciones que encierra. No dudamos pues de que, perfeccionándose mas tarde nuestra legislacion civil, llegue á desaparecer este medio fraudulento de divorcio, que no tiene en el terreno del verdadero derecho nada que lo justifique, en cuyo abono solo pueden alegarse fútiles pretextos y un ridículo miedo á la publicidad de los debates judiciales, y que tan mal se compadece con la respetabilidad, decoro y el salvador principio de la indisolubilidad del matrimonio (1).

93. Mas entretanto, siguiendo nuestra mision de intérpretes, expongamos las trabas y condiciones á que el legislador ha sujetado el divorcio por consentimiento mutuo.

Num. 1. Condiciones relativas á las personas.

94. El consentimiento mutuo no ha sido admitido, como causa de divorcio sino con condiciones rigurosas de las cuales vamos á ocuparnos. El antiguo código de Napoleon decia en su art. 275 que el consentimiento mutuo de los esposos no seria recibido con el carácter mencionado, si el marido tenia ménos de 25 años ó la mujer ménos de 21. Treilhard daba por razon la necesidad de que los esposos tuvieran tiempo para *conocerse* y *experimentarse*, no debiendo ser aceptado su consentimiento en tanto que se pudiera suponer que era una consecuencia de la *ligereza de la edad*. El art. 276 del mismo código expresaba que

(1) La ley española de 18 de Junio de 1870, el código Portugués de 1.° de Julio de 1867 y la ley de 27 de Julio de 1884 en Francia han abolido el divorcio por consentimiento mutuo.—Amandi, *Código civil de España*, art. 145.—Massol, pág. 449.—Demolombe, tom. 4, núm. 400.—Laurent, tom. 3, núms. 273 y siguientes.—Th. Huc, *Le code civil italien*, pág, 82.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tampoco seria admitido dicho consentimiento, sino despues de dos años de matrimonio, y el 277, que no podia haber divorcio por consentimiento mutuo despues de 20 años de matrimonio, ni cuando la mujer tuviera 45 de edad. Estas dos últimas disposiciones fueron reproducidas por nuestro código civil del Distrito Federal de 1870 en sus arts. 247 y 250 y la segunda se encuentra tambien en el art. 183 del código civil del Estado de México. El jurisconsulto francés antes citado da por razon para motivar los artículos precedentes la larga y pacífica cohabitacion de los esposos, que atestigua *la compatibilidad de su carácter* (1). Emmery decia sobre el particular: *"La incompatibilidad de carácter* será la causa real de estas especies de divorcios, y no es razonable admitirla, despues de que los esposos han vivido durante veinte años en buena inteligencia." Por último Gillet, orador del tribunado, se expresaba así: "La ley dice á los esposos: No desdeñeis, en la estacion del otoño, lo que formó el encanto de vuestra primavera. ¿Dónde encontrarias en otra parte la misma constancia é iguales recuerdos? (2)." El art. 278 francés exige además otra condicion: "En ningun caso, el consentimiento mutuo de los esposos bastará, sino es autorizado por sus padres, ó por sus otros ascendientes vivos segun las reglas prescritas por el art. 150 en el título *del matrinio* (3)." Treilhard dice que esta condicion importa una garantia contra el abuso del divorcio. "Cuando dos familias enteras, cuyos intereses y afectos son casi siempre contrarios, se

(1) Trailhard, *Exposé des motifs*, núm. 23.

(2) Discours de Gillet, núm. 13.

(3) Art. 150 francés: *Si el padre y la madre han muerto, ó si están en la imposibilidad de manifestar su voluntad, los abuelos y abuelas los remplazan: si hay disentimiento entre el abuelo y la abuela de la misma línea, basta con el consentimiento del abuelo. Si hay disentimiento entre las dos líneas, equivaldrá á consentimiento.*

reunen para atestiguar la necesidad de un divorcio, es muy dificil que él no sea en efecto indispensable (1)". El art. 283 prescribe que los ascendientes den su autorizacion en una declaracion autentica, y finalmente el 285 quiere que los esposos renueven tres veces su propio consentimiento, asi como la prueba por acto público, de que sus padres y todos sus ascendientes que viven, mantienen su primera determinacion. Preguntado en el Consejo de Estado, cuál era el objeto de esta repeticion de consentimientos, Emmery respondió, que daria los ascendientes la manera de revocar una condescendencia arrancada por sorpresa ó ligeramente acordada (2).

95. De las condiciones precedentes aceptadas por los Códigos del Distrito Federal de 1870 y del Estado de México fué suprimida en el que comentamos la relativa á que el divorcio voluntario no tenga lugar despues de cierto tiempo de matrimonio ó de determinada edad de la mujer. "Estas restricciones, dice la Primera Comision de Justicia de la Cámara de Diputados, parecieron infundadas, porque no existiendo las mismas para el divorcio necesario, su resultado práctico no será impedir la separacion, sino que en estos casos se ocurra al divorcio por causa legítima, ocasionándose mayor escándalo en la sociedad. Además, las razones que fundan la conveniencia del divorcio voluntario, la fundan igualmente para cuando la mujer tiene menos de cuarenta y cinco años que para cuando tiene más, para ántes de veinte años de matrimonio que para despues de ese tiempo, y por lo tanto, no hay motivo alguno para la limitacion que establece el art. 241, cuya supresion se consulta."

(1) *Exposé des motifs*, núm. 23.

(2) Séance du conseil d'Etat du 22 fructidor an 10, num. 14.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

NUM. 2. DE LOS ARREGLOS RELATIVOS A LOS CONYUGES ENTRE SI, A LOS HIJOS Y A LOS BIENES.

96. Comprendiendo el matrimonio derechos y obligaciones no solo entre los consortes sino tambien con respecto á los hijos y á la administracion de los bienes, natural es que los legisladores, al tratar del divorcio, se hayan ocupado de la situacion en que, despues de él, hayan de quedar los unos y los otros. Cualquier olvido en este punto importaria graves desordenes y una trascendental confusion. Pero hay una diferencia entre las medidas que hayan de tomarse en este sentido, cuando se trata de divorcio voluntario y en los casos de divorcio legítimo ó por causa determinada. En estos los arreglos ó medidas de que nos ocupámos, son determinados por la autoridad judicial, sin que intervenga la voluntad de los cónyuges, y en aquel son los consortes mismos quienes hacen su composicion, pidiendo solo á la autoridad que la apruebe. Fácil es comprender la razon de esa diferencia, con solo que se atienda á que en el divorcio voluntario no sucede lo que en el legítimo, es á saber, que siempre hay desacuerdo entre los casados, apareciendo uno como culpable de la causa de divorcio que se invoca y el otro como inocente, de lo cual resulta la necesidad de que la autoridad arregle la condicion en que hayan de quedar, así los cónyuges enemistados entre sí como los hijos y sus respectivos bienes.

97. El código de Napoleon (art. 279) manda que los esposos resueltos á divorciarse hagan previamente inventario y estimacion de todos sus bienes, muebles é inmuebles, y arreglen sus respectivos derechos amigablemente y por escrito. Si hay hijos, deberán asistir á tales arreglos prévios personalmente, si son mayores de edad ó representados por un tutor especial, si son menores. Segun el art. 280 las convenciones de los esposos deben comprender precisamente los tres puntos que siguen: 1.° ¿á quién serán confiados los hijos nacidos de ambos consortes, ya durante el juicio, ya despues de pronunciado el divorcio? 2.° á qué casa deberá retirarse la mujer y dónde residirá durante el tiempo del juicio? 3.° ¿qué cantidad de dinero deberá el marido suministrar á su mujer durante el mismo tiempo, si ésta carece de rentas suficientes para subvenir á sus necesidades?

98. Segun el código del Distrito Federal de 1870 (art. 248), los cónyuges que pidan de conformidad su separacion de lecho y habitacion, deben acompañar á su demanda una escritura que arregle la situacion de los hijos y la administracion de los bienes, durante el tiempo de la separacion. Mas como tiene que trascurrir algun tiempo y observarse ciertos procedimientos, segun despues veremos, antes de que la sentencia de separacion sea pronunciada, el art. 249 prescribe que, mientras se resuelve de un modo definitivo sobre la separacion, los cónyuges vivirán y administrarán los bienes conforme al convenio constante en la escritura de que habla el artículo anterior, si es aprobado por el juez; y mas claramente prescribe lo mismo el art. 256 para todo el tiempo que trascurra, sin que la sentencia de separacion cause ejecutoria. En otros términos, no son dos los convenios ó proyectos de arreglo que los cónyuges deben presentar, uno para mientras la sentencia de separacion se pronuncia y otro para despues, lo cual tal vez pudiera deducirse de la equívoca redaccion de los arts. 248 y 249; sino que el mismo convenio presentado con la solicitud de separacion es aprobado por el juez, primero con el carácter de provisional, y despues como definitivo, para que sirva durante todo el tiempo de la separacion.

99. El código del Estado de México impone á los consortes que pidan de conformidad el divorcio, obligaciones análogas á las precedentes, de las cuales sin embargo difieren aquellas, pues este código, á juzgar por el tenor literal del art. 184, parece tratar, no de uno sino de dos convenios, segun los cuales

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

hayan de quedar los cónyuges, los hijos y la administracion de los bienes. La idea seguida por este legislador es siempre la de convenio *provisional* y la de *definitivo*. La reproduccion literal del artículo será la mejor prueba de que, segun esta legislacion, deben ser *dos* los arreglos hechos por los cónyuges. "Los casados..... acompañarán á su peticion un contrato escrito, arreglando el modo cómo han de quedar, durante el tiempo de la separacion, los hijos y la administracion de bienes. Este contrato podrá ser aprobado por el juez, ó reprobado, si encuentra que viola los derechos actuales de los hijos..... *Igualmente* sujetarán á la aprobacion del juez el *modo provisorio* con que deben vivir, mientras no se resuelva *definitivamente* sobre su pretension."

100. El código que comentamos ha seguido al del Distrito Federal de 1870 en el punto que nos ocupa, en sus arts. 232 233 y 234.

101. Los tres códigos mencionados, al hablar de los proyectos de arreglo que deben presentar los cónyuges, otorgan al juez la facultad de aprobarlos ó reprobarlos, segun que estén ó no formados de acuerdo con la ley. ¿Cuándo podrá el juez reprobar esos arreglos? Cuestion es esta que se relaciona con diversos puntos del derecho, toda vez que en ella pueden estar interesados, no solo los mismos cónyuges, y los hijos, sino tambien extrañas personas. No intentarémos pues tratarla en las diversas formas de aplicacion con que puede presentarse en la práctica, considerando suficiente exponer algunos ejemplos. Por lo que hace á los cónyuges entre sí, supóngase que ambos han pactado algo depresivo para la autoridad que respectivamente les pertenece en la familia, ó bien alguna condicion contraria á las buenas costumbres; el convenio deberia ser reprobado en esta parte, como opuesto á las leyes y á la moral. Respecto de los hijos, tampoco deberia ser aprobado el convenio, si en él se contubiese alguna cláusula por la cual no debieran aquellos recibir los alimentos que les señala la ley. En cuanto á terceros, no hay duda que tambien deberia ser reprobado el arreglo, siempre que no quedasen asegurados sus créditos, porque los contratantes hubiesen pactado alguna condicion desventajosa para sus intereses.

Num. 3. Del procedimiento.

102. ¿Cuáles sean los trámites porque debe pasar la solicitud de divorcio voluntario hasta llegar á la sentencia? El art. 281 francés prescribe que los esposos se presenten juntos y personalmente ante el Presidente del Tribunal civil de su Departamento, ó ante el juez que hiciere sus veces y le manifiesten su voluntad de divorciarse, en presencia de dos notarios que al efecto llevarán. El 282 impone al juez la obligacion de dirigir á los esposos reunidos y á cada uno de ellos separadamente en presencia de los dos notarios todas las exhortaciones que juzgare eficaces para reconciliarlos, leyéndoles ademas el capítulo 4.° del código sobre los *efectos del divorcio*, y presentándoles todas las consecuencias de su realizacion. El 283 declara que, si los esposos persisten en su resolucion, se levante por el juez y se les comunique acta, en la que conste que ellos mismos piden el divorcio y consienten mutuamente en él; y que están obligados á exhibir y depositar inmediatamente en manos de los notarios, ademas del inventario y avalúo de los bienes, así como de los convenios ó arreglos provisorios: 1.° las partidas de su nacimiento y de su matrimonio; 2.° las de nacimiento y defuncion de todos los hijos nacidos de su enlace; y 3.° la declaracion auténtica de sus padres ó ascendientes en defecto de aquellos, en las que consten que, por causas de ellos conocidas, autorizan á sus respectivos hijos ó nietos, casados con las per-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

sonas que en el mismo documento se determinarán á pedir y consentir el divorcio. Se presumirá la existencia de los padres y abuelos, hasta que se presenten sus partidas de defuncion. Segun el art. 284, los notarios deben formar diligencias de todo lo que se haya hecho y dicho en esta primera comparecencia delante del Presidente, haciéndose mencion de la órden que el Presidente da á la mujer para que se retire, en el término de veinticuatro horas, á la casa convenida entre ella y su marido, y resida allí, hasta que la sentencia de divorcio sea pronunciada. Segun el art. 285, esta tentativa de reconciliacion deberá ser renovada tres veces, mediando entre cada una de ellas el plazo de tres meses y observándose las mismas formalidades prescritas en los artículos anteriores. Mas el código prescribe todavia una última tentativa de reconciliacion. El art. 286 manda, que en la quincena siguiente al dia en que se haya cumplido el año trascurrido desde la primera declaracion, los esposos, asistidos cada uno de dos amigos, personas notables en el Departamento y de edad de 50 años por lo menos, se presenten juntos y en persona ante el Presidente del Tribunal, entregándole todos los antecedentes y documentos de las cuatro comparecencias ya realizadas, y solicitando de él, cada uno separadamente y en presencia de los cuatro notables, la admision del divorcio. La tentativa de conciliacion, tiene lugar entonces, y el art. 287 ordena que el juez y los asistentes hagan sus observaciones á los cónyuges. Si estos perseveran en su propósito, se lés dará acta de su solicitud y de los documentos que respectivamente hayan presentado, y el secretario del Tribunal levantará de todo diligencias, que firmará con las partes, los cuatro testigos y el juez. El art. 288 prescribe que el juez dicte auto sobre que en el plazo de tres dias, se de cuenta por él mismo al Tribunal pleno de todos los antecedentes del negocio, rindiendo previamente dictámen escrito el Promotor fiscal, á quien se comunicarán las diligencias por el secretario. El 289 dice que, si el Ministerio

público encuentra en las piezas, que se ha cumplido con la ley en todos los puntos, tanto por lo que concierne á las condiciones del divorcio, como por lo que mira á las formalidades prescritas, pondrá sus conclusiones en estos términos: *la ley permite*, y en el caso contrario: *la ley impide*. El 290 declara que, una vez dada cuenta al Tribunal, éste se limitará á esclarecer, si se ha cumplido puntualmente con la ley, en lo concerniente á las condiciones y formalidades prescritas. Si el resultado de estas verificaciones es favorable á la demanda de los esposos, el Tribunal admitirá el divorcio, citando á las partes para ante el oficial del estado civil, á fin de que lo haga pronunciar. En caso contrario, el Tribunal declarará que no hay lugar á admitir el divorcio y fundará su decision. Esta, segun el art. 291, es apelable, con tal de que el recurso haya sido interpuesto por ambas partes, aunque sea separadamente, en el término de diez dias por lo menos, y de veinte á lo mas de la fecha de la sentencia de 1.ª instancia. Las apelaciones, segun el 292, se notificarán recíprocamente á los cónyuges y al promotor fiscal. Finalmente el 293 ordena, que en el término de diez dias á contar desde el de la notificacion de la segunda apelacion, el Promotor fiscal remita al fiscal del Tribunal de alzada certificacion de la sentencia y de los documentos en que se haya fundado. Aquel funcionario dará su dictámen por escrito á los diez dias siguientes de haber recibido las diligencias. El Presidente ó el juez que le supla, dará cuenta al Tribunal pleno, que dictará fallo definitivo en el término de diez dias.—Todos los comentadores están de acuerdo en el principio, segun el cual la inobservancia de uno solo de los procedimientos que preceden es causa para que el divorcio no sea admitido, lo cual se deduce, no solo de los arts. 280 y 290 combinados, sino del objeto de esas reglas que tienden, por la multiplicidad y rigor de las formalidades, á impedir en cuanto es posible, el divorcio por consentimiento mutuo. Merlin cita una sentencia de la Corte de

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Casacion, en la cual encontramos las siguientes palabras: "La intencion evidente del legislador ha sido erizar de dificultades el divorcio por consentimiento mutuo, para hacerlo lo mas raro que sea posible; es pues su deseo que todas las formalidades que él ha prescrito, como todas las condiciones que ha impuesto, sean rigurosamente ejecutadas." (1)

103. Nuestro código del Distrito Federal de 1870 prescribe las siguientes formalidades para obtener el divorcio por consentimiento mutuo. Ambos consortes deben ocurrir por escrito al juez, acompañando la escritura de que ya se hizo mencion (núm. 98) sobre el arreglo de la situacion de los hijos y administracion de los bienes (arts. 246 y 248). Al escrito el juez provee, citando á los cónyuges á una junta, en la cual deberá procurar restablecer entre ellos la concordia. Si no lo consigue, deberá aprobar el arreglo antes mencionado con las modificaciones que crea oportunas, no citando á nueva junta á los esposos sino hasta despues de tres meses (art. 250). Pasado este tiempo y solo que lo pida alguna de las partes, el juez citará otra junta en que de nuevo los exhortará á la reconciliacion. Si no lograre esta, el juez dejará pasar aun otros tres meses (art. 251) y trascurrido este segundo plazo, si alguno de los cónyuges pidiere que se decida sobre el divorcio, el juez pronunciará éste, aprobando en definitiva el arreglo de que antes se ha hablado, si él no es contrario á la ley (arts. 252 y 253). Esta sentencia es susceptible de los recursos que la ley concede en los juicios de mayor interés (art. 254). Si trascurren ocho dias, despues de cualquiera de los plazos antes señalados, sin que promueba ninguno de los cónyuges, dichos plazos tienen que correr de nuevo (art. 255). En la sentencia que decida sobre la separacion, deberá fijarse el plazo que ella deba durar conforme al convenio de las partes, con tal de que no exceda de tres años (art. 257). Si pasado el plazo de duracion del divorcio, los esposos insisten en continuar separados, ellos y el juez volverán á observar las formalidades antes prescritas; pero duplicándose todos los plazos señalados. Lo mismo se hará, si concluido el término de la segunda separacion, insisten en ella los consortes; pero en esta vez, así como en otras posteriores demandas de separacion, no se duplicarán ya los plazos (arts. 258 y 259).

(1) Arret du 3 de Octobre 1810, (Merlin, *Questions de droit* "Divorce" § 7.)—Arrét de Bruxelles du 2 août 1858 *(Pasicrisie,* 1860 2,405)

104. El código del Estado de México prescribe análogos procedimientos, con las diferencias que en seguida se exponen. El juez, ántes de conceder ó negar su aprobacion al arreglo sobre los hijos y la administracion de bienes con que deben acompañar los cónyuges su demanda de divorcio, oirá el informe de dos abogados que al efecto nombre (art. 184). Con respecto á las juntas á que el juez debe citar á los cónyuges y al empeño para restablecer entre ellos la concordia, aprobando en la primera, si no lo lograre, el arreglo provisorio ya mencionado; no citándolos á la segunda sino hasta despues de tres meses y solo á peticion de alguno de los consortes; y finalmente por lo que hace á la sentencia de separacion y á la aprobacion definiva del convenio, los arts. 185 y 186 de este código disponen lo mismo que los 250, 251, 252 y 253 del código anterior, con la diferencia de que el código del Estado de México concede á las partes quince dias, en vez de ocho, para promover, despues de los plazos de tres en tres meses. Debe notarse sin embargo una particularidad, y es que, segun el código que en este momento nos ocupa, si uno de los cónyuges faltare á la junta, se tendrá por fenecido el término y el juez aprobará ó reprobará *definitivamente* el convenio. De paso no podemos ménos que señalar lo injusto de esta disposicion, no menos que su contrariedad con las verdaderas miras del legislador en materia de divorcio vo-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

luntario. En efecto, la falta de asistencia de uno de los consortes á la junta para que se le ha citado en la secuela de un juicio incoado por su voluntad, todo podra ser, ménos motivo para que el juez acelere la marcha de aquél y se apresure á dar por terminado un negocio, que seria de desear no hubiese ni aun tenido principio. Si el legislador ha aceptado el divorcio voluntario, es, como ya lo hemos visto ántes, muy á su pesar y cediendo á la decidida y mútua voluntad de los consortes, á través de la cual se presume existir, temerosa y avergonzada, una de esas causas graves que hacen imposible la vida comun (núm. 92). Pero desde el momento en que uno de los solicitantes del divorcio se retira del juicio ¿porqué interpretar esta conducta de otra manera que como cesacion de voluntad, es decir, como falta de una de las condiciones esencialísimas para el divorcio por mútuo consentimiento? No lo comprendemos, y la no concurrencia de uno de los consortes á la junta, á que se refiere la última parte del art. 186 del código del Estado de México, en vez de ser causa de que se dé por fenecido el término y el juez apruebe ó repruebe en definitiva el convenio, nos parece que solo debiera motivar una nueva citacion, ó la suspension del procedimiento.

El art. 187 de este código es igual al 256 del Distrito Federal de 1870. Finalmente el 188 expresamente declara no conceder como máximo plazo para la separacion sino el de tres años, concluidos los cuales, el marrimonio se entiende reunido por ese solo hecho para todos los efectos civiles y aunque los cónyuges continuen en realidad separados.

105. Como ya lo expusimos en otro lugar y por los motivos expresados (núm. 95) el código del Distrito Federal de 1884 ha abreviado varias de las formalidades que preceden, añadiendo otras que reconocen por orígen la nueva organizacion dada al Ministerio póblico. Los arts. 231, 232 y 233 disponen lo mismo que los dos códigos citados ántes, en órden á la solicitud de divorcio voluntario, al convenio sobre los hijos, á la administracion de los bienes y á la junta á que el juez deberá citar á los cónyuges para exhortarlos á la reconciliacion. La sola diferiencia que podemos notar en este punto consiste en que por el actual código ya no es el juez solo como está prescrito en el código de 1870, ni el mismo funcionario despues de oido el informe de dos abogados segun lo ordena el codigo del Estado de México, quien aprueba ó reprueba el arreglo provisorio presentado por los cónyuges, sino que lo hace con audiencia del Ministerio publico el cual, representado por uno de los varios agentes que comparten sus labores, manifiesta si está ó no conforme con el arreglo de que se trata. El art 234 solo exige que trascurra un mes, despues de la celebracion de la junta de que acabamos de hablar, para que, á peticion de cualquiera de las partes, el juez cite nueva junta en que, exhortando otra vez á los consortes á la reunion, si no logra esta, decretará desde luego la separacion, siempre que le conste que los cónyuges quieren separarse libremente. Este mismo artículo declara que, al decretar el juez la separacion, mande redúcir á escritura pública el convenio sobre la situacion de los hijos y administracion de los bienes, lo cual no está sino en términos muy equívocos prescrito por los códigos del Distrito Federal de 1870 y el del Estado de México. El art. 235 ordena que en la sentencia sobre separacion se fije el plazo que ella deba durar conforme al convenio de las partes. En otros términos, este código no establece, como los anteriores, un término improrrogable á la separacion, sino que deja el arreglo de este punto á la entera voluntad de los solicitantes del divorcio. Por último el 236 quiere que todas estas formalidades se observen siempre que, al concluir el termino de una separacion, los cónyuges insistan en el divorcio.—Se ve pues, que segun este código, ni han de ser dos las aprobaciones hechas por el juez del convenio ó arreglo que presenten las partes, una como *provisional* y la otra como *definitiva*, ni tampoco son dos los convenios, sino que, aprobado en la primera junta el arreglo provi-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

sorio, solo résta reducirlo á escritura pública despues de la segunda. ¿Es de aplaudirse la festinacion con que este código se apresura á dar por terminado el juicio de divorcio voluntario? Nos resistimos á dar una respuesta afirmativa. Hemos visto (núms. 88, 89 y 90.) cómo la antigüedad se negó á dar entrada en sus instituciones jurídicas á esta especie de divorcio que, concertándose por la sola voluntad frecuentemente ligera y apasionada de los cónyuges, no permite al juez conocer la verdadera causa que lo ha motivado, pudiendo muchas veces ser un simple capricho ó un disgusto pasajero, que se desvaneceria sin consecuencia alguna ante el exigente análisis de los hechos y el extricto cumplimiento de la ley. La legislacion francesa inaugurada por el código de Napoleon aceptó, es verdad, la causa del consentimiento mútuo; pero véanse las declaraciones de los autores de aquél, así como sus explicaciones no ménos que la multitud de formulas y lo prolijo de los plazos, todo lo cuál hace comprender que, segun el espíritu de esos legisladores, hay necesidad de ser muy riguroso y aun nimiamente exigente en esta materia. Nada importa que se diga que el peligro de una separacion por motivos fútiles desaparece con las tentativas de reconciliacion que el juez está obligado á hacer entre los cónyuges; por que, fuera de que esto no pasará de ser ordinariamente en los juicios una vana formula, el simple buen sentido comprende que semejante medio tiene que ser muy poco eficaz, desde el momento en que el magistrado conciliador ignora la verdadera causa del divorcio que los esposos piden; y generalidades, frases de sentido moral pero que no hieren directamente el motivo por el cual los esposos quieren vivir separados, tienen que ser solo meras palabras, inútiles y aun ridículas. Es pues solo el trascurso del tiempo y la variedad de procedimientos lo único que puede garantizar al legislador, de que el divorcio voluntario, tan peligroso y ocasionado á males, sea en algun caso esa pretendida necesidad que lo ha hecho admitir.

Num. 4. De los efectos del divorcio por consentimiento mutuo.

106. Ya antes dejamos expresado, cúales son los efectos del divorcio voluntario por lo que respecta á los cónyuges entre sí, á los hijos, á la administracion de los bienes y á terceras personas, todo lo cual está subordinado al mútuo acuerdo de aquellos, no teniendo el juez otra intervencion que la de aprobar ó reprobar el arreglo presentado, segun que sea ó no conforme á la ley.

107. Mas ¿qué influencia tiene un cambio de voluntad de los consortes con respecto á la separacion? A reserva de explicar extensamente este punto al comentar los arts. 241 y 242, vamos por el momento á decir solo algunas palabras. El código de Napoleon considera la reconciliacion de los consortes divorciados bajo dos puntos de vista bien diversos. El art. 272 declara que la accion de divorcio se extingue por la reconciliacion de los cónyuges, acaecida despues de los hechos en que la accion pudiera fundarse, ó despues de la demanda de divorcio, y el 295 claramente ordena que los cónyuges divorciados por cualquiera causa, no puedan volver á unirse. La diferencia existente entre ambas reconciliaciones parece desde luego no ser otra que la del tiempo en que ellas se verifican, ó lo que es lo mismo, la existente entre la excepcion que se opone á una accion y un hecho posterior á la sentencia, que se considera como impedimento del matrimonio. En otros términos, si la reconciliacion de los cónyuges se verifica despues de los hechos en que la accion de divorcio pudiera fundarse, ó despues de la demanda, y ella es opuesta en el juicio por el demandado, la accion tiene que extinguirse allí, como herida por una excepcion que no le permite continuar. Pero si la reconciliacion tiene lugar cuando ya se ha pronunciado la sentencia definitiva de divorcio, de nada sirve que sea alegada por los cónyuges, cuya reunion no puede

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nunca considerarse como matrimonio. Se sabe que este código aceptó el divorcio *quoad vinculum* á que los artículos anteriores se refieren y la *simple separacion de cuerpo*, habiendo pretendido algunos autores hacer de uno y otro dos instituciones paralelas que se rigen por los mismos artículos, excepto aquellos puntos en que el legislador expresamente declaró lo contrario. Es así como Demolombe y otros autores han procedido, completando los seis artículos de que únicamente se compone el capítulo sobre *separacion de cuerpo* con los numerosos de que consta el el título sobre *divorcio* (1). Ahora bien, el código de Napoleon no dice una palabra sobre reconciliacion de los consortes simplemente separados. De aquí dos cuestiones: ¿podrá colmarse este vacío por lo que hace á la reconciliacion como excepcion con la disposicion sobre divorcio ántes citada ó sea con el art. 272? La mayor parte de los comentadores opinan que si, siguiendo á Pothier que, desde la antigua jurisprudencia, enseñaba que la reconciliacion de los cónyuges, sin distincion alguna, ponia término á le separacion. "Cuando ha estallado un principio de ruptura entre un marido y una mujer, siendo seguido de una reconciliacion, los malos tratamientos que han precedido á este principio de ruptura, son cubiertos por la reconciliacion, que impide á la mujer quejarse de ellos. Hé aquí por que la mujer no debe ser escuchada, despues de una reconciliacion, en una demanda sobre separacion, si no es por hechos nuevos..... Todos los efectos de la separacion cesan cuando la mujer separada de habitacion ha vuelto voluntariamente al lado de su marido (2)". Laurent que no acepta la analogía entre el divorcio *quoad vinculum* y la *separacion*, admite sin embargo que debe aplicarse tambien á ésta el art. 272, en razon á que la excepcion por él

(1) Demolombe, tom. 4, num. 366.

(2) Pothier, nums. 520 y 524.—Toullier, tom. 2, num. 761.—Proudhon et Valette, tom. 1, pág. 532.—Demolombe, tom. 4, num. 402.

establecida, por su misma naturaleza, no puede menos de corresponder igualmente á ambos como principio general (1).

Por el contrario, en cuanto á la prohibicion ó impedimento establecido por el art. 295, es igualmente doctrina comun de los autores, que á pesar del silencio del código sobre este punto en el capítulo sobre *separacion*, dicho artículo de ningun modo puede aplicarse á ésta, cuyo carácter esencial y distintivo del verdadero divorcio consiste precisamente en la subsistencia del vínculo conyugal, que no se rompe sino por la muerte, importando aquella solamente la suspension de algunas de las obligaciones que el matrimonio impone (2). En consecuencia, la reconciliacion, aun posterior á la sentencia de divorcio voluntario, muy lejos de no producir el efecto de que el matrimonio vuelva, por decir así, á continuar, está en la naturaleza misma de la *separacion* de los consortes, cuya union ha sido solo interrumpida por el mutuo consentimiento. Así dice Laurent en términos generales: "La separacion de cuerpo cesa desde el momento en que los esposos están de acuerdo en restablecer la vida comun. El código no lo dice, pero no tenia necesidad de decirlo. En efecto *el juicio que pronuncia* la separacion de cuerpo no condena á los esposos á vivir siempre separados: él no hace sino darles un derecho. Ahora bien, ellos son libres de renunciar á un derecho que solo es establecido en su favor. Lejos de impedir la reunion de los esposos, el legislador la desea y la espera (3).

108. Nuestro código civil del Distrito Federal de 1870

(1) Laurent, tom. 3, num. 317.

(2) Demolombe, tom. 4, num. 506.

(3) Laurent, tom. 3, num. 357.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

(art. 260); el del Estado de México (art. 188) y el que comentamos (art. 237) reconocen que los cónyuges separados pueden *en cualquier tiempo* reunirse de comun acuerdo, haciendo de este modo cesar la separacion. Las palabras subrayadas que son las de la ley, no dejan duda sobre que nada importa para nuestra legislacion, que la voluntad de los cónyuges en volver á unirse se haya manifestado antes ó despues de la sentencia de separacion, porque entre nosotros, á diferencia de lo que acabamos de ver en el código francés, la reconciliacion es eficaz para poner término al divorcio, ya se encuentre éste en el estado de demanda, ya revista el caracter de cosa juzgada. No cabe pues aquí considerar el hecho de la reconciliacion como una excepcion susceptible de ser opuesta á la accion de divorcio.

109. Finalmente, otro de los efectos del divorcio por mutuo consentimiento, y que le es comun con el divorcio necesario segun adelante veremos, es el consignado en el art. 279 del código del Distrito Federal de 1870 y en el 256 de el que comentamos. Como el divorcio importa necesariamente una grave y trascendental modificacion en el estado civil de los esposos á causa del cambio que se opera en los derechos y obligaciones de uno y otro, dichos artículos prescriben que, ejecutoriada una sentencia sobre divorcio, el juez de 1ª Instancia remita copia de ella al del Estado civil, y que éste, al margen del acta de matrimonio, ponga nota, expresando la fecha en que se declaró el divorcio y el Tribunal que lo declaró. Esta prescripcion no se encuentra en el código del Estado de México. La conveniencia de ella es tanto mas evidente despues del código que comentamos, cuanto que éste, no limitando el tiempo que ha de durar la separacion voluntaria, deja enteramente su fijacion al convenio de las partes, de lo cual resulta que el cambio operado en el estado civil de los consortes puede durar ilimitadamente, y se hace no solo útil sino aun necesario, que aparte del expediente formado ante el juez, exista otro medio de prueba que hacer valer ante los tribunales.

§ 14. De la causa de divorcio consistente en la condenacion de uno de los esposos.

110. En nuestra legislacion es solo el código civil del Estado de México el que considera este hecho, como motivo suficiente para motivar la separacion de los consortes. Ni el derecho romano ni el Canónico mencionan esta causa de divorcio. El antiguo derecho francés tampoco habia decidido este punto, pues Merlin, trae dos sentencias en sentido contradictorio. Es realmente la ley francesa de 20 de Setiembre de 1792 la primera que ha considerado este hecho con el carácter de que tratamos. Despues el art. 232 del código de Napoleon dice: "la condenacion de uno de los esposos á una pena infamante será para el otro una causa de divorcio". Las razones dadas para motivar esta disposicion parecen ser las siguientes: Los esposos deben asistirse en sus desgracias; pero esto no es verdad sino tratándose de aquellas que recaen sobre ellos y que no son merecidas; porque seria muy aflictivo para aquel que no ha contravenido jamas á sus deberes, y que se ha conducido siempre de un modo irreprochable verse obligado á pasar la vida en la compañia de una persona deshonrada y cubierta para siempre de infamia. (1) Asi Boulay decia: "Se estipula aquí para el esposo honrado y delicado en contra del esposo culpable y manchado. Querer que ellos vivan juntos, es querer reunir un cadáver con un hombre vivo. Esta causa de divorcio debe ser admitida, sin duda, en todos los pueblos; pero sobre todo en una nacion cuyo sentimiento característico es el honor (2)." La ley

(1) Massol, pág. 93.

(2) Séance du conseil d'Etat du 24 Vendémiaire an 10.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de 10 de Mayo de 1816 reprodujo la disposicion del código. "Es con mucha razon, se dijo en la discusion, como el código habia adoptado este medio, haciendo de él una causa de separacion. ¿Cómo se querria obligar á un hombre ó á una mujer honrados á la vergüenza de continuar la más íntima de las sociedades con un individuo manchado por la ley y arrancado de la sociedad civil por sus crímenes?. El honor y la razon se sublevan igualmente ante esta idea cuya realizacion equivaldria á renovar el suplicio de Mazepa, á unir un cuerpo vivo con un cadáver y á condenar la pureza y la inocencia misma á la ignominia (1)."

Por lo que hace á este punto, la jurisprudencia y los autores han dilucidado las siguientes cuestiones: Supuestos los términos del art. 232, *condenacion de uno de los esposos*, se deducen varias consecuencias: primera, es necesario que haya habido condenacion, de tal manera que la simple acusacion no es bastante (2); segunda, es suficiente que haya habido condenacion, no importando nada que el plazo de ella se haya vencido, ni que por conmutacion ó indulto, no se sufriese la pena impuesta. Sin embargo la rehabilitacion (3) que borra la mancha del delito haria imposible de admitirse esta causa de divorcio (4), contra cuya decision, aceptada por la mayoría de los comentadores, solo se han manifestado Massé y Vergé, segun los cuales, aunque la rehabilitacion restituye al condenado los derechos de que había sido privado, no quita al hecho su criminalidad ni á la condenacion su infamia. Tercera, es necesario que la condenacion sea definitiva, no pudiendo ya ser revocada ó reformada por ninguna via legal (1); cuarta, es indiferente que la condenacion sea impuesta por delitos cometidos *antes ó despues* del matrimonio (2).

(1) Locré, tom. 5, pág. 549.

(2) Arrét de la C. de Paris du 16 juill, 1839 (Dalloz, "Separat de corps" num. 81.)—Demolombe, tom. 4, num. 396.—Massé y Vergé *sobre Zacarias*, tom. 1, pág. 251, nota 17.

(3) La rehabilitacion equivale á nuestro *indulto necesario*, ó sea, al descubrimiento y prueba de la inocencia del sentenciado.

(4) Grenoble, 17 août 1821 (Coulon-Faivre "Le divorce.")—Paris 19 août 1847.—Vazeille, tom. 2, num. 557.—Massol, pág. 97.

111. El código del Estado de México se sirve de las siguientes expresiones (art. 174 inciso 4°). Es causa legítima dedivorcio *la pena impuesta por el delito infamante*. De desear sería que desapareciese esta prescripcion de uno de nuestros mas importantes códigos, pues ella se conforma muy mal con el carácter elevado y el grandioso destino á que el Cristianismo elevó la institucion de la familia. No es que neguémos los sufrimientos del cónyuge inocente ni aun cierta deshonra con que la opinion pública mancha su nombre las mas veces que el otro esposo ha cometido un delito por el cual se le ha impuesto una pena; muy léjos de esto vamos hasta reconocer que no carece de injusticia el obligar al esposo honrado, que será frecuentemente la mujer, sér débil y digno de especial consideracion, á que comparta la vida con quien no ha sido detenido en su mala conducta, ya que no por el respeto de las leyes, ni siquiera por el amor y pureza de su hogar. Sin embargo de todo esto, al ver cómo los lazos del matrimonio mas se extrechan precisamente en los tristes dias en que alguno de los cónyuges gime encerrado en una cárcel y apartado durante un largo tiempo del trato social; y comprendiendo que esta abnegacion, no enervada en sus actos, ni por los sufrimientos que la acompañan, ni por la vergüenza que la aqueja, es una de las mas sublimes pruebas de que nuestra al-

(1) Vazeille, tom. 2, num. 554.—Demolombe, tom. 4, num. 397.—Nogent-sur-Seine, 9 mars 1840 (Dalloz, num. 82.)

(2) Massé y Vergé *sobre Zacarias*, pág. 251, nota 18.—Poulle, *Le divorce*, pag. 126.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ma siente por natural tendencia, compasion hácia todo lo que sufre en el mundo, nos parece que es no conocer la humana naturaleza venir á ofrecerle medios legales para que tales sentimientos no existan, y tentarla con facultades de cuyo ejercicio no se acordara jamás, á no decirle la ley que ellas eran una realidad. Por otra parte el matrimonio tiene por objeto la moralidad y el perfeccionamiento de los esposos; él es el complemento de la personalidad de cada uno de ellos, y si el hombre y la mujer son séres incompletos y débiles separadamente, con su union forman una entidad robusta y respetable. Cuando pues uno de ellos es moralmente desgraciado, en vez de abandonarle el otro, exacervando mas su infortunio y produciendole con el alejamiento la desesperacion, debe apresurarse á tenderle la mano y á verter sobre sus heridas el dulcísimo bálsamo de la ternura y del consuelo. ¡Cuántos sentenciados por otra parte se regeneren con esta conducta y se conviertan en padres de familia ejemplares y en ciudadanos útiles, dígalo con sus elocuentes cifras la estadística! Esta cuestion es cuestion jurídica y para resolverla nada deben significar las preocupaciones de la pública opinion, sobre todo cuando ellas son funestas y constituyen un obstáculo á las naturales y loables tendencias de nuestro espíritu.

112. Dos importantes cuestiones pueden presentarse con motivo del artículo preinserto. La primera nace de los términos nada precisos en que está redactado. En efecto, nuestra razon no alcanza á comprender cuáles delitos no sean *infamantes*, desde el momento en que, siendo el legislador quien habla, la interpretacion mas natural exige que, supuesto que todas las leyes sin excepcion alguna son igualmente respetables, deben ser reputados *infames* todos los delincuentes. De seguro el legislador del Estado de México no ha querido dar á sus palabras una extension tan absoluta. Fuera de este criterio no tenemos para apreciar la *infamia* de los delitos sino las calificaciones muy vagas y

apasionadas de los particulares, cuyos intereses han sido atacados por el delito, ó las ideas de determinadas agrupaciones sociales, que jamás podrán fijar de una manera cierta el concepto, cuya claridad buscamos. Así todos parecen convenir en que el robo es un delito infamante; y sin embargo, sería monstruoso declarar infame á aquel que solo ha incurrido por tal delito en una pena de breves dias de prision, impuesta por un juez correccional. Del mismo modo hay quienes aseguran que la diferencia característica entre los delitos políticos y los privados es que, mientras estos infaman y deshonran, los otros son loables ó por lo menos merecedores de disculpa; pero si se examinan las consecuencias de unos y otros, se ve al punto que el homicidio, por ejemplo, causa la muerte de un solo hombre, y la sedicion acaba con la vida de multitud de ciudadanos. En este sentido no seria inexacto afirmar que hay delitos políticos más merecedores de la nota de infamia que ciertos delitos privados. Los ejemplos pudieran multiplicarse, principalmente atendiendo al elemento de las circunstancias *atenuantes* y *agravantes* que tanto papel hacen en la materia criminal y que no pueden menos que ser atendidas en la graduacion de los hechos delictuosos. Es pues solamente el legislador, el único que podria darnos la verdadera base para fijar la clasificacion de que se trata, pues aparte de lo débil y variable de cualquiera otra, debe tenerse presente que, á menos de ser el juez quien ponga en esto su arbitrario é individual parecer, la *infamia* de un delito ha de ser siempre el resultado de una sentencia, la cual tiene que fundarse necesariamente en una ley.

Pero ni el legislador del Estado de México, que nada dice sobre esto en el Código penal, ni otros que lo han intentado desde antiguo, han logrado presentar el cuadro perfecto de los delitos *infamantes* y *no infamantes*, que seria indispensable tener á la vista, para evitar la arbitrariedad tan peligrosa en esta materia. Varias leyes del código de las *Partidas* tenian por delitos

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

infamantes el de usura, el de traicion, el de falsedad, el de adulterio, el de cohecho y el dolo cometido por el socio, tutor, procurador y depositario; pero la siguiente frase "ó algun otro yerro que oviesse fecho" contenida en aquellas, destruye toda clasificacion; pues parece extender la infamia á todos los yerros ó delitos. (1) Las leyes Recopiladas no son mas explícitas ni conformes al concepto racional de la infamia, pues en tiempo de Felipe V se declara infame el delito de duelo y en el de D. Cárlos III se hace otro tanto con el de azonados ó alborotos. Se ve, pues, que en estas leyes, ó se evita entrar en una franca exposicion de los delitos llamados *infamantes*, ó se enumeran entre estos aquellos que, aunque muy dignos de castigo, no responden á la nocion legal que nos ocupa. Esto proviene de la suma dificultad que existe para reducir á fórmuas precisas un concepto que como este, por depender de innumerables circunstancias, ya del grado de civilizacion de la época en que se legisla, ya de los varios elementos morales que por necesidad entran en la composicion de los delitos, se escapa á una enumeracion perfecta é irreprochable en el terreno del derecho abstracto.

Podrá objetársenos que la nocion de delito infamante debe deducirse de la pena con que es castigado; mas tampoco es este un seguro punto de partida, no solo porque, no correspondiéndose exactamente las penas y los delitos, resulta que una misma, sin exceptuar la de muerte, puede imponerse por hechos muy diversos, cuya vileza ó atrocidad no es igual ni ante la pública opinion, sino porque, habiéndose abolido en gran parte de las legislaciones modernas las penas infamantes, como eran las de azotes, marca, afrenta pública, &., &., falta para el fin que buscamos aun el medio que se propone. El célebre jurisconsulto italiano Rossi escribía á propósito de las llamadas penas in-

(1) Partida 7.ª, tit. 6, ll. 4 y 5.

famantes las siguientes importantísimas palabras, que tienen toda su oportunidad en este lugar: La primera idea que se presenta al espíritu con motivo de esta clase de penas es la de preguntar: ¿existe en realidad eso que se llama pena infamante? En efecto, la conciencia pública entiende y juzga la inmoralidad de las acciones, y aprecia mejor que la justicia penal su valor relativo y los diversos matices que de elogios ó vituperios las han de hacer dignas. Ahora bien; elíjase uno de estos dos extremos: ó la opinion pública, acomodándose á la ley y á la par con ella, declara infame al autor de estas acciones, ó lo que frecuentemente sucede, en política sobre todo, venera y aplaude el pueblo á los que el juez notó de infamia. En el primer caso obra el legislador inmoral y peligrosamente, agravando la reprobacion debida á los actos por él señalados, y perturbando, por consecuencia de su influjo político, las nociones verdaderas é instintivas de la conciencia pública. En la segunda hipótesis, trabaja en valde ó únicamente para desacreditar la ley y á sus autores, cuyos decretos desaprueba la opinion: en una palabra, hay una dispensacion artificial y arbitraria de la infamia que el legislador determina; pero los sentimientos morales no se dejan gobernar á merced de la ley positiva. Ademas, las penas infamatorias, perpetuas por su naturaleza, levantan una barrera entre la sociedad y el condenado, quebrantando todos los lazos que los unian. ¡Qué esperanza le queda al que ha sido públicamente expuesto al desprecio y al horror de sus semejantes?..... Perdida la reputacion se acabaron para él la confianza y la beneficencia; y no teniendo nada que esperar de los hombres, y por consiguiente nada que temer, su estado no puede ser peor. Si no le es dado subsistir con su trabajo, porque la desconfianza y el desprecio general le quitan este recurso, no le queda otro que el de mendingar ó robar..... Ademas estas penas son indivisibles, pues no es posible ninguna distribucion equitativa de la infamia: son inapreciables, pues unos las des-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

precian, y otros las temen mas que la muerte; y son irreparables porque oponen un obstáculo invencible á la enmienda moral de los condenados. (1)

Conforme á estas ideas, nuestra Constitucion política (art. 22) ha abolido las penas infamantes, y sus intérpretes han llegado hasta considerar contraria á ella esa pena tan comunmente impuesta por nuestros códigos al delito de robo, es á saber, la inhabilitacion perpetua para toda clase de honores, empleos y cargos públicos. (2) Resulta pues, que el artículo del código del Estado de México de que nos hemos venido ocupando, ó no descansa sobre una base cierta y segura, ó es anticonstitucional y en consecuencia inaplicable por los tribunales.

113. Sin embargo se ha querido dar al hecho de la condenacion de uno de los esposos el carácter de *injuria grave* cometida contra el otro, para de este modo hacerle entrar en otra causa de divorcio, de que ya hemos hablado (3). En nuestro concepto este modo tan absoluto de juzgar es contrario á los verdaderos principios que rigen esta materia. Ante todo debe tenerse presente que para que ciertos hechos sean motivos de divorcio, es necesario que constituyan una ofensa directa de parte de uno de los cónyuges contra el otro. Actos extraños á la paz doméstica y que no perturban el afecto de los esposos; por graves y punibles que sean, seria error muy grande, cuando el matrimonio puede ser á pesar de ellos la union de los esposos, convertirlos en causas de separacion, pues tanto equivaldria, á hacer de ésta un medio de castigo público, lo que es contrario á la

(1) Rossi, *Tra'ado del Derecho penal*, tom. 3, pág. 189.

(2) Sentencia de la Suprema Corte de 12 de Marzo de 1884 (*Semanario Judicial de la Federacion*, 2.ª época, tom. 7).

(3) Vazeille, tom. 2, 553.

verdadera idea del matrimonio y de sus efectos (1). A pesar de estas razones la interpretacion existe y para su defensa cuenta con el sufragio de acreditados autores. Siendo pues todavía controvertible, examinémos la segunda cuestion á que el texto de la ley puede dar lugar. Las palabras *pena impuesta* ¿se refieren á una época, *posterior ó anterior* al matrimonio? ¿Que sucederá, si se descubre *durante el matrimonio* por uno de los cónyuges, que el otro habia sido condenado *antes* por un delito infamante? ¿Habrá causa para la separacion? Ya hemos tratado este punto por lo que hace al consentimiento entre los contrayentes del matrimonio (2) y visto que, sean cuales fueren los motivos invocados para considerar aquel como no existente, la sana doctrina enseña que el matrimonio no debe ser anulado porque no ha habido error en la persona. Por lo que hace á la separacion ¿qué decidir? Algunos comentadores responden negativamente á la anterior cuestion y sus razones son las siguientes: La separacion de cuerpo no es concedida sino para el alivio de los males que uno de los esposos hace sufrir al otro por su inobservancia de los deberes que ha jurado cumplir. Antes del matrimonio, estos deberes no existian para aquellos que no estaban unidos; y por consiguiente no se pueden buscar motivos de separacion en la época que ha precedido al matrimonio (3). Pero esta teoría es combatida por otros autores que, atendiendo á la razon por la cual el legislador ha aceptado, como causa de separacion para uno de los cónyuges, el hecho de que el otro fuese sentenciado á una pena, razon que no es otra mas que la injusticia y aun crueldad en sujetar á la deshonra

(1) Massol. pág. 447.

(2) Véase tom. 2.º de esta obra núm. 110.

(3) Vazeille, tom. 2, núm. 560.—Massé y Vergé *sobre Zacarias*, tom. 1, pág. 250, nota 15.—Proudhon, tom. 1, pág. 491.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

y á la infamia al inocente, enseñan que, subsistiendo la misma consideracion, ya sea que la sentencia se haya pronunciado antes ó despues del matrimonio, en uno y en otro caso debe reconocerse la misma causa de divorcio (1). Finalmente no faltan quienes insistan en que solo la condenacion posterior al matrimonio debe ser causa de divorcio, en razon á que repugna que se pueda pedir por una causa anterior, porque debe presumirse que el cónyuge inocente conocia la conducta de aquel con quien se ha unido, no solo por una curiosidad muy natural, sino porque las sentencias pronunciadas en materia criminal son públicas y perfectamente susceptibles de ser conocidas por todo el mundo.

En nuestro concepto, es necesario para resolver este punto, considerar que el hecho de que se trata entra en la calificacion general de *injuria grave* y establecer la distincion sobre si el cónyuge que solicita el divorcio conocia ó no los antecedentes de el demandado. Si lo primero, la demanda es inaceptable porque no puede fundarse en el engaño; el demandante sabia cuál era la conducta anterior de la persona de quien se queja y por lo mismo no debe ser escuchado, cuando deplora la deshonra que dice haber caido sobre él. *Volenti non fit injuria.* Si lo segundo, el demandante está obligado á probar que no habia sido informado de la condenacion de que se queja. Hecho esto, no podria menos que verse una injuria de las mas graves en la ocultacion y disimulo de su condicion por parte del sentenciado, del mismo modo que el legislador novísimo del Distrito Federal lo ha establecido expresamente por lo que hace al nacimiento de un hijo ilegítimo despues del matrimonio. (2) Así

(1) Marcadé *sur l'art 306*, tom. 2, núm. 4.

(2) Véase núm. 37 de este tomo.—Massol, pág. 100.—Delvincourt, tom. 1, pág. 78, nota 7.—Demolombe, tom. 4, núm. 392.—Duranton, tom. 2, núm. 562.

el código italiano en su art. 151 ha obviado á todas estas dificultades, diciendo que la separacion puede ser pedida contra el esposo que ha sido condenado á una pena criminal, *excepto en el caso en que la sentencia fuese anterior al matrimonio, y en que el otro esposo hubiera tenido conocimiento de ella.*

SECCION 2.ª

¿QUIEN PUEDE INTENTAR LA ACCION DE DIVORCIO?

114. Parecerá extraño que la anterior pregunta pueda formularse, cuando salta á la vista que el divorcio es la posible satisfaccion dada á las ofensas que uno de los cónyuges ha recibido del otro, de lo cual rectamente se infiere que la accion para pedirlo solo puede ser deducida por el ofendido. Sin embargo, verdad tan obvia no fué vista con toda claridad por las legislaciones antiguas, y aun hoy no deja de ser materia de controversia, pues los diversos puntos de vista desde los cuales puede considerarse la institucion del matrimonio influyen en que lo que parece tan personal como la reparacion de una injuria se haga extensivo, unas veces por razon de la misma persona ofendida, otras por causa de los bienes que con el matrimonio se ligan, á individuos extraños, que como adelante veremos, solo por una confusion de ideas puedan intervenir en los debates judiciales sobre divorcio.

115. Claro es que en el antiguo derecho romano la accion de divorcio ha debido pertenecer exclusivamente al *pater familias*, cuyo poder sobre los hijos, si se recuerda la expresion del jurisconsulto Gallo, no tenia por lo riguroso y absorvente, igual en ningun otro pueblo de la tierra, no siendo una excepcion de aquello sino los hijos emancipados. Ulpiano nos hace saber que el padre podia provocar el divorcio de sus hijos en los casos de fuerza mayor, ó cuando se encontraban, por causa de su estado

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

y á la infamia al inocente, enseñan que, subsistiendo la misma consideracion, ya sea que la sentencia se haya pronunciado antes ó despues del matrimonio, en uno y en otro caso debe reconocerse la misma causa de divorcio (1). Finalmente no faltan quienes insistan en que solo la condenacion posterior al matrimonio debe ser causa de divorcio, en razon á que repugna que se pueda pedir por una causa anterior, porque debe presumirse que el cónyuge inocente conocia la conducta de aquel con quien se ha unido, no solo por una curiosidad muy natural, sino porque las sentencias pronunciadas en materia criminal son públicas y perfectamente susceptibles de ser conocidas por todo el mundo.

En nuestro concepto, es necesario para resolver este punto, considerar que el hecho de que se trata entra en la calificacion general de *injuria grave* y establecer la distincion sobre si el cónyuge que solicita el divorcio conocia ó no los antecedentes de el demandado. Si lo primero, la demanda es inaceptable porque no puede fundarse en el engaño; el demandante sabia cuál era la conducta anterior de la persona de quien se queja y por lo mismo no debe ser escuchado, cuando deplora la deshonra que dice haber caido sobre él. *Volenti non fit injuria.* Si lo segundo, el demandante está obligado á probar que no habia sido informado de la condenacion de que se queja. Hecho esto, no podria menos que verse una injuria de las mas graves en la ocultacion y disimulo de su condicion por parte del sentenciado, del mismo modo que el legislador novísimo del Distrito Federal lo ha establecido expresamente por lo que hace al nacimiento de un hijo ilegítimo despues del matrimonio. (2) Así

(1) Marcadé *sur l'art 306*, tom. 2, núm. 4.

(2) Véase núm. 37 de este tomo.—Massol, pág. 100.—Delvincourt, tom. 1, pág. 78, nota 7.—Demolombe, tom. 4, núm. 392.—Duranton, tom. 2, núm. 562.

el código italiano en su art. 151 ha obviado á todas estas dificultades, diciendo que la separacion puede ser pedida contra el esposo que ha sido condenado á una pena criminal, *excepto en el caso en que la sentencia fuese anterior al matrimonio, y en que el otro esposo hubiera tenido conocimiento de ella.*

SECCION 2.ª

¿QUIEN PUEDE INTENTAR LA ACCION DE DIVORCIO?

114. Parecerá extraño que la anterior pregunta pueda formularse, cuando salta á la vista que el divorcio es la posible satisfaccion dada á las ofensas que uno de los cónyuges ha recibido del otro, de lo cual rectamente se infiere que la accion para pedirlo solo puede ser deducida por el ofendido. Sin embargo, verdad tan obvia no fué vista con toda claridad por las legislaciones antiguas, y aun hoy no deja de ser materia de controversia, pues los diversos puntos de vista desde los cuales puede considerarse la institucion del matrimonio influyen en que lo que parece tan personal como la reparacion de una injuria se haga extensivo, unas veces por razon de la misma persona ofendida, otras por causa de los bienes que con el matrimonio se ligan, á individuos extraños, que como adelante veremos, solo por una confusion de ideas puedan intervenir en los debates judiciales sobre divorcio.

115. Claro es que en el antiguo derecho romano la accion de divorcio ha debido pertenecer exclusivamente al *pater familias*, cuyo poder sobre los hijos, si se recuerda la expresion del jurisconsulto Gallo, no tenia por lo riguroso y absorvente, igual en ningun otro pueblo de la tierra, no siendo una excepcion de aquello sino los hijos emancipados. Ulpiano nos hace saber que el padre podia provocar el divorcio de sus hijos en los casos de fuerza mayor, ó cuando se encontraban, por causa de su estado

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de demencia en la imposibilidad de manifestar su voluntad. (1) Estos escasos datos son los únicos que de tan remota legislacion pueden presentarse y segun una de las sentencias de Paulo, ellos responden á la ley existente, aun muy avanzada ya la época imperial. (2) Por lo que hace al adulterio, y dado que el marido que no repudiaba á su mujer adúltera era castigado como culpable del delito de *lenocinio*, la ley que invitaba á todo ciudadano á denunciar á la justicia criminal el adulterio así como su complicidad, tiene que haber influido en que la accion de divorcio por tal causa no fuese exclusiva del cónyuge ofendido. Pero mas tarde vemos que Constantino ordenó que la acusacion no seria ya permitida sino á las personas *proximae et necessariae*, es decir, el marido y á su falta el padre, el tio paterno y la tia materna, *quos verus dolor ad accusationem impellit*. (3) Justiniano decidió que el marido solo podria divorciarse por causa de adulterio de su mujer, si antes la habia perseguido y hecho condenar, castigándola primero y despues encerrándola en un claustro, de donde podia sacarla y perdonarla á los dos años. (4)

116. En el antiguo derecho frances se distinguian las causas de divorcio que la mujer podia invocar contra el marido y aquellas que éste podia hacer valer contra la primera. La mujer podia exclusivamente quejarse para obtener el divorcio de los malos tratamientos de su marido, de la negacion de alimentos, de la acusacion de un crímen capital y de la profesion pública de herejía. "Los adulterios cometidos por el marido, dice Pothier, no pueden servir á una mujer de fundamento para una demanda en separacion de habitacion: las mujeres no son admitidas en los tribunales á la prueba de estos hechos;..... porque no pertenece á la mujer, que es una inferior, tener inspeccion sobre la conducta de su marido, que es su superior. Ella debe presumir que le es fiel, y el celo no debe llevarla hasta hacer investigaciones sobre su vida." (1) En cuanto al marido, se consideraba que eran indignas de su seriedad todas las causas de divorcio, excepto la de adulterio, única que podia servirle, para divorciarse de su mujer. Esta separacion se verificaba, segun estaba ya prescrito por la legislacion de Justiniano, encerrando á la esposa adúltera en un monasterio, donde el marido podia verla y visitarla, y de cuyo lugar solo podia salir á los dos años, si el marido queria recobrarla y recibirla en su casa. En caso contrario, debia ser rapada y permanecer el resto de sus dias en el convento, declarándosela ademas privada de su dote y donaciones matrimoniales. (2) Si el marido habia muerto, sin intentar la accion de divorcio, sus herederos no eran recibidos á invocar el crímen de adulterio contra la viuda, ni á su prueba, para no verse obligados á pagarle la donacion marital. Lo mismo sucedia, si el marido se habia desistido de la querella, ó habia declarado que perdonaba á su mujer. Pero si la muerte se verificaba despues de la instancia y sin desistimiento, los herederos tenian derecho de continuarla segun la regla: *Omnes actiones quæ tempore aut morte pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent*. (3) Cuando el marido no se quejaba, ni el Ministerio público tenia facultad de intentar la acusacion, ya durante el matrimonio, ya despues de su disolucion.

---

(1) *Dig.*, lib. 24, tit. 2, l. 4.
(2) *Sent. de Paulus*, lib. 5, tit. 6, § 15.
(3) *Cod.* lib. 9, tit. 9, l. 30.
(4) *Novela* 134, cap. 8, § 2.

(1) Pothier, num. 516.
(2) Arréts du 3 Juin 1766 et 21 id 1684 *(Journal des Audiences)*, tom. 3, lib. 10, chap. 21.
(3) *Dig.*, lib. 50, tit. 17, l. 139.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

117. Estos principios no fueron admitidos por el código de Napoleon, cuyo art. 231 declara que la accion de divorcio ó de separacion es recíproca del uno al otro cónyuge por las mismas causas de divorcio, dándose por razon que la mujer es tambien capaz de ofensas graves, tanto físicas como morales. De este artículo han inferido los comentaderes que la accion de divorcio es de tal modo personal al cónyuge ofendido, que por ningun motivo puede ser ella intentada por otra persona de cualquier carácter que sea. Sin embargo, la falta de un texto mas explícito que el anterior ha dado márgen á no pocas controversias sobre este punto, y por ellas podemos decir que él no está aun completamente definido en la jurisprudencia francesa.

118. Nuestro antiguo derecho patrio contiene una disposicion terminante sobre la pertenencia de la accion de divorcio á favor de los cónyuges, con exclusion de cualquiera otra persona y aun de aquellas que la ley romana de Constantino, ántes citada, llama *proximæ et necessariæ*. Ciertamente el derecho de acusacion del adulterio pertenecia, fuera del caso de divorcio, *é que el casamiento non fuese partido*, no solo al marido, sino tambien al padre de la esposa adúltera, á su hermano, á su tio, hermano de padre ó de madre (1); pero la accion de divorcio era exclusivamente de los cónyuges, lo cual con toda claridad se deduce del tenor literal de las leyes relativas: *Ca por ninguno de estos embargos non los puede otro acusar, si non ellos mesmos; porque ellos son mas sabidores ende que otro.—Por tal razon non los puede otro ninguno acusar, si non ellos mismos uno á otro* (2).

119 Estos mismos principios en lo sustancial han sido seguidos en nuestra legislacion. La ley de 23 de Julio de 1859 declaró (art.

(1) *Partida* 7, tit. 17, l. 11.

(2) *Partida* 4.ª, tit. 9, ll. 1 y 2.

23) que la accion de adulterio *es comun* al marido y á la mujer en su caso, no siendo lícito á ninguna otra persona ni aun la denuncia. Segun el 24 la *accion de divorcio* es igualmente comun al marido y á la mujer, la cual podrá solo ser amparada por sus padres ó abuelos de ambas líneas. El código civil del Distrito Federal de 1870 (art. 262) reconoce tambien la pertenencia exclusiva de la accion de divorcio á favor de los cónyuges, y la misma idea se encuentra reproducida por los arts. 229, 230 y 231 del Código de Veracruz, por los 175 y 190 del Estado de México, por el 174 de Tlaxcala y por el 239 del que comentamos.

Así pues toda nuestra legislacion se separa completamente en este punto de la legislacion francesa, pues miéntras ésta no era absoluta en cuanto á las personas que podian ejercer la accion de divorcio, aquella ha sido desde antiguo explícita y terminante en favor de los cónyuges, con exclusion de cualquiera otra persona. ¿Débese encomiar ó reprobar por la ciencia jurídica esta exclusion? Examinémos este punto bajo todos los aspectos con que puede presentarse en la práctica.

120 No cabe duda de que la accion de divorcio es esencialmente personal, porque fundándose en la ofensa inferida por uno de los cónyuges contra el otro, solo el ofendido es suficientemente capaz, así para sentir y apreciar el grado de la ofensa, como para decidirse ó no á su perdon. Además, la intervencion de personas extrañas en la accion de divorcio produciria la mayor confusion, y sería causa de que por motivos enteramente ajenos á ambos esposos, el juicio no llegára al término, tan deseado por el legislador, de una franca y sincera reconciliacion. Por esto todos los autores y la jurisprudencia están conformes en que los acreedores de uno de los consortes carecen de derecho para intervenir en el juicio de divorcio, apesar de que sus créditos estubiesen de algun modo interesados, ya fuera para que el divorcio se declarase, ya para impedir su sentencia. "Los acreedores dice Poulle, no tienen ninguna cualidad para intervenir en la ins-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tancia ó para formarla. Su intervencion importaría un grave atentado á la dignidad del matrimonio. Cuando una demanda de divorcio es presentada, no se trata de cuidar intereses pecuniarios, sino de resolver una cuestion de estado, enteramente personal de los esposos. (1)"

121. ¿Puede ejercitar la accion de divorcio el curador por el cónyuge incapacitado contra el otro? En otros términos y suponiendo el caso de un marido incapacitado bajo la tutela de su mujer, que lleva una vida licenciosa, ¿tiene aplicacion, por lo que hace á la accion de divorcio, el art. 585? El curador está obligado á defender los derechos del incapacitado en juicio ó fuera de él, cuando esten en oposicion con los del tutor, y á primera vista no podrá negarse toda la moralidad y conveniencia que habría en que la persona, designada por la ley para vigilar la conducta del tutor respecto al incapacitado y sus bienes, se apresurara á tomar la defensa de éste, en ocasion en que su esposa, haciéndose indigna de la confianza en ella depositada para cuidar á su esposo enfermo, abusa de su desgracia y puede deshonrarlo impunemente. Tal es nuestra opinion, no obstante el carácter eminentemente personal de la accion de divorcio, establecido por el art. 239 y demas correlativos. Pero este punto ha dado márgen á importantes discusiones entre los jurisconsultos franceses, aunque partidarios todos de que la accion qne nos ocupa pertenece solo á los cónyuges. Laurent dice con este motivo: "Aunque se admite generalmente que el tutor puede pedir el divorcio en nombre del incapacitado, y cuando el otro cónyuge es tutor, se acuerda este derecho al tutor subrogado, no vacilamos en rechazar esta opinion, como contraria al texto y al espíritu de la ley. No hay accion mas personal que la de

(1) Poulle, *Le divorce*, pág. 133.—Massol, pág. 112.—Demolombe, tom. 4, num. 427.

divorcio; ella tiene por objeto la disolucion del matrimonio; la ley no la dá sino forzada; solo al esposo ofendido conviene intentarla. Su conciencia puede oponerse á esto. ¿Con qué derecho un tercero haría en nombre del incapacitado lo que este tal vez no querría hacer? Las causas de divorcio son de tal modo personales, que no se concibe que el tutor intervenga en ellas: se trata de una injuria, es decir, de lo que hay mas personal en el mundo; la injuria se borra por el perdon; ahora bien, tal vez el incapacitado ha perdonado. El procedimiento exige á cada paso la presencia del demandante, ya para asegurarse de su voluntad persistente, ya para obtener de él una reconciliacion. ¿Acaso el tutor puede representar al incapacitado en lo que tiene de mas íntimo, su voluntad (1)." Esta doctrina no es conforme, en nuestro concepto, ni con las obligaciones que importa la tutela, ni con los fines que tiene por objeto la separacion de cuerpo. Con justicia pues ella permanece aislada en la jurisprudencia francesa, porque en último análisis, por no establecer el legislador una excepcion al principio de que la accion de divorcio es personal de los cónyuges, viene á sancionar la mas inícua de todas las ofensas, no solo por lo que importa en sí misma, violacion de la fé conyugal, deshonra del marido, introduccion al hogar de hijos extraños, dilapidacion de los bienes, etc., etc., sino porque ella procede del ser destinado para servir de amparo y escudo al ofendido, quien ya no podrá ni exhalar la mas ligera queja, ni la menos agresiva reconvencion en contra de su triunfante opresor. El tutor y en ciertos casos el curador ó el protutor debe representar en todos sus actos á la persona del incapacitado. La proteccion de la ley debe servir para cuidar no solo los intereses pecuniarios, sino tambien todo lo que constituye la existencia del incapacitado, es decir,

(1) Laurent, tom. 3, num. 216.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

su reposo y su honor. Si la enfermedad de que adolece uno de los cónyuges, en vez de atraerle las atenciones y consuelos del otro, solo le vale menosprecio y crueldad; si á pesar de los débiles destellos de inteligencia en el esposo incapacitado, indicios probables de que no toda sensibilidad se ha extinguido en él, se le quiere hacer sufrir brutalidades como á un perro que se rechaza con indiferencia, ¿será justo que la ley le abandone porque es impotente para pedir justicia? ¿qué puede justificar, si no es la inexorable lógica de un principio, de antemano establecido, esa especie de cumplicidad en los duros tratamientos, en la crueldad, en el oprobio que se hace sufrir á un ser desgraciado precisamente de parte de aquel que debiera ayudarlo? ¿porqué tolerar ese escándalo con detrimento del honor de toda una familia y del interés de los hijos? Podrá repondérsenos: el mismo art. 585 con sus correlativos antes citados y el art. 446 del Código de Napoleon (1) dan, sin necesidad de separacion pedida por el curador, un medio eficaz para evitar los males é inconvenientes que se mencionan, es á saber, la destitucion del cónyuge tutor y el nombramiento de otro á pedimento del curador. Nosotros replicamos que ciertamente tal medio existe, habiendo sido sin duda establecido por el legislador, para impedir que la tutela sea desempeñada por personas indignas de ella por su mala conducta; pero de seguro la eficacia de este medio no es comparable con el de la separacion de cuerpo. Desde luego no es resolver la cuestion decir que el curador tiene una facultad cuyo ejercicio basta para la defensa de la honra é intereses del cónyuge incapacitado contra el otro que es tutor, pues se trata de saber, si el curador puede ó no sustituirse al cónyu-

(1) El art. 446 francés dice: Siempre que hubiere lugar á una destitucion de tutor será pronunciada por el consejo de familia, convocado á pedimento del tutor subrogado.....

ge incapacitado para pedir el divorcio respecto del otro. Fuera de esto ¿es una verdad que las razones, antes expuestas para motivar tal sustitucion, quedan contestadas diciendo que basta la sola destitucion del cónyuge tutor? No lo creemos, pues el deshonor, arrojado sobre el cónyuge incapacitado, la participacion indebida del cónyuge culpable en los bienes del inocente y la introduccion de hijos extraños al matrimonio, subsistiendo éste con todas sus obligaciones y derechos recíprocos entre ambos consortes, son causas demasiado graves que, por no ser atendidas en el sistema que se propone, tienen siempre bastante fuerza para convencer de que la accion de divorcio en ciertos casos debe de ser ejercitada por el curador (1).

Tal es la opinion que nos parece más satisfactoria en el terreno de la ciencia ¿Ha sido seguida por nuestros codigos? Con pesar reconocemos que no, y á decidirlo así nos obligan textos clarísimos y los preceptos de una buena interpretacion. En efecto, despues del art. 239 y sus correlativos mencionados, concebidos en terminos absolutos sobre el principio de que la accion de divorcio exclusivamente pertenece al cónyuge ofendido ó inocente, se encuentra el 497 segun el cual el tutor está obligado á administrar y á educar al menor; á cuidar de su persona; á administrar sus bienes, y representarle en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, *con excepcion del matrimonio, el reconocimiento de hijos, el testamento y otros de la misma clase*. A este artículo corresponden el 594 del código del Distrito

(1) Paul Bernard "La séparation de corps réformée," chap. 2.—Demolombe, tom. 4, num. 428.—Massé y Vergé, *sobre Zacarias*, tom. 1, pág. 253, nota 3.—Massol, pág. 118.—Combier, *Essai sur le divorce* pág. 198.—Poulle, pág. 136 —Colmar, 16 fev. 1832.—Paris, 21 août 1841 (Dalloz, num. 89).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Federal de 1870; el 442 de Veracruz; el 400 del E. de México y el 385 de Tlaxcala. Si pues el tutor representa la persona del menor en todos aquellos actos civiles que no sean puramente personales, es indudable que el curador ó protutor, cuando funge de tutor, no puede sustituirse al cónyuge incapacitado para pedir contra el otro el divorcio, cuya accion es declarada personal por el art. 239 y sus correlativos. Esto nos parece evidente y no queda en consecuencia en contra del esposo culpable y á favor del inocente otro medio de salvacion que la remocion de la tutela, á peticion del curador ó de los parientes del incapacitado. Hay, pues, un lamentable vacío en nuestras leyes, que ojalá sea colmado en el sentido indicado en un ulterior perfeccionamiento de nuestras leyes civiles.

SECCION 3.ª

De las excepciones contra el divorcio.

Número 1. Del perdon.

122. La accion de divorcio ha sido establecida por el legislador en favor de uno de los cónyuges y en contra del otro, á quien se considera culpable de alguno de los hechos, mencionados como causas de aquel. Esto quiere decir que la ley, aunque deseosa de la permanente union de los esposos, no ha podido menos, obligada por una necesaria justicia, que ceder á las quejas del cónyuge ofendido, ya para libertarlo del otro, ya para no continuar concediendo al culpable los derechos del matrimonio, inmerecidos por su falta; ora para castigarlo, ora para impedir que el inocente sea envuelto en la deshonra. El divorcio, pues, de las leyes modernas, aunque objeto de un principio legal, no importa, como en la antigua Roma, bajo la ley *Julia*, una obligacion para el cónyuge inocente, sancionada con

la pena del delito de *lenocinio*, sino que es un acto voluntario del esposo ofendido, el ejercicio de uno de sus derechos mas personales, porque él es el único que debe graduar la ofensa, á quien incumbe hacer respetar su honor ultrajado, y, como miembro del matrimonio, procurar la reparacion ó cesacion de todas las injurias recibidas. Los tribunales, en consecuencia, no pueden de oficio, empezar un juicio de divorcio, porque es necesaria la demanda previa del esposo ofendido, quien es muy dueño de remitir ó perdonar la ofensa por cualesquiera consideraciones ó motivos que se le ocurran.

129. Sapientísima es sobre este punto la doctrina canónica por lo que hace al adulterio, la mas grave de las causas de divorcio. El cónyuge ofendido no solo puede separarse del otro, sino que está obligado á hacerlo, cuando, despues de agotados otros recursos, se convenciere de la necesidad de la separacion. *Fatuus est et injustus qui retinet meretricem, nam patronus turpitudinis ejus est, qui crimen celat uxoris* (1). Cayetano enseña que un marido no está obligado á despedir á su mujer adúltera, miéntras que hay alguna esperanza de poderla retirar del desórden; es conveniente que antes de pedir judicialmente la separacion, use de todos los medios que la prudencia y la caridad le dicten, para hacer cambiar de conducta á la mujer; de suerte que si un marido, á pesar de todos sus esfuerzos, no ha podido retirar á la adúltera de su mala conducta, puede emplear los castigos antes de la separacion, que es casi siempre seguida de escándalo. Con mayor razon, si una mujer se ha retirado de la vida licenciosa y ha hecho penitencia de su crímen, el marido no está obligado á despedirla (2). Santo Tomas enseña: *Vir si di-*

---

(1) *Can. Sicut crudelis*, cap. 23, quæst. 1.—Div. Agust. *Retract.* lib. 1, cap. 19.—Div. Hieron, *in S. Math.*, cap. 19.

(2) Cayetano, *Opusc.*, tom. 1, tract. 29.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Federal de 1870; el 442 de Veracruz; el 400 del E. de México y el 385 de Tlaxcala. Si pues el tutor representa la persona del menor en todos aquellos actos civiles que no sean puramente personales, es indudable que el curador ó protutor, cuando funge de tutor, no puede sustituirse al cónyuge incapacitado para pedir contra el otro el divorcio, cuya accion es declarada personal por el art. 239 y sus correlativos. Esto nos parece evidente y no queda en consecuencia en contra del esposo culpable y á favor del inocente otro medio de salvacion que la remocion de la tutela, á peticion del curador ó de los parientes del incapacitado. Hay, pues, un lamentable vacío en nuestras leyes, que ojalá sea colmado en el sentido indicado en un ulterior perfeccionamiento de nuestras leyes civiles.

SECCION 3.ª

De las excepciones contra el divorcio.

Número 1. Del perdon.

122. La accion de divorcio ha sido establecida por el legislador en favor de uno de los cónyuges y en contra del otro, á quien se considera culpable de alguno de los hechos, mencionados como causas de aquel. Esto quiere decir que la ley, aunque deseosa de la permanente union de los esposos, no ha podido menos, obligada por una necesaria justicia, que ceder á las quejas del cónyuge ofendido, ya para libertarlo del otro, ya para no continuar concediendo al culpable los derechos del matrimonio, inmerecidos por su falta; ora para castigarlo, ora para impedir que el inocente sea envuelto en la deshonra. El divorcio, pues, de las leyes modernas, aunque objeto de un principio legal, no importa, como en la antigua Roma, bajo la ley *Julia*, una obligacion para el cónyuge inocente, sancionada con

la pena del delito de *lenocinio*, sino que es un acto voluntario del esposo ofendido, el ejercicio de uno de sus derechos mas personales, porque él es el único que debe graduar la ofensa, á quien incumbe hacer respetar su honor ultrajado, y, como miembro del matrimonio, procurar la reparacion ó cesacion de todas las injurias recibidas. Los tribunales, en consecuencia, no pueden de oficio, empezar un juicio de divorcio, porque es necesaria la demanda previa del esposo ofendido, quien es muy dueño de remitir ó perdonar la ofensa por cualesquiera consideraciones ó motivos que se le ocurran.

129. Sapientísima es sobre este punto la doctrina canónica por lo que hace al adulterio, la mas grave de las causas de divorcio. El cónyuge ofendido no solo puede separarse del otro, sino que está obligado á hacerlo, cuando, despues de agotados otros recursos, se convenciere de la necesidad de la separacion. *Fatuus est et injustus qui retinet meretricem, nam patronus turpitudinis ejus est, qui crimen celat uxoris* (1). Cayetano enseña que un marido no está obligado á despedir á su mujer adúltera, miéntras que hay alguna esperanza de poderla retirar del desórden; es conveniente que antes de pedir judicialmente la separacion, use de todos los medios que la prudencia y la caridad le dicten, para hacer cambiar de conducta á la mujer; de suerte que si un marido, á pesar de todos sus esfuerzos, no ha podido retirar á la adúltera de su mala conducta, puede emplear los castigos antes de la separacion, que es casi siempre seguida de escándalo. Con mayor razon, si una mujer se ha retirado de la vida licenciosa y ha hecho penitencia de su crímen, el marido no está obligado á despedirla (2). Santo Tomas enseña: *Vir si di-*

---

(1) *Can. Sicut crudelis*, cap. 23, quæst. 1.—Div. Agust. *Retract.* lib. 1, cap. 19.—Div. Hieron, *in S. Math.*, cap. 19.

(2) Cayetano, *Opusc.*, tom. 1, tract. 29.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mittat uxorem fornicantem livore vindictæ, peccat; si autem ad infamiam propriam cavendam, ne videatur particeps criminis vel ad vitium uxoris corrigendum, vel ad evitandum prolis incertitudinem, non peccat. (1)

130. Todo esto que parece tan natural puede, sin embargo, presentar en la práctica una dificultad. Supuesto que tanto la accion de divorcio como la remision de la ofensa son derechos pertenecientes al esposo ofendido, ocurre preguntar ¿es tambien derecho de éste revocar el perdon otorgado? La afirmativa se halla fundada en los principios mas elementales de la ciencia. El autor de un beneficio puede revocarlo; el que da una cosa, puede, mejor informado, recogerla; el autor de una concesion, puede retirarla En el mismo sentido se decia en el antiguo derecho: *ejus est non velle cujus est velle.* Luego el cónyuge ofendido, que ha perdonado al otro la ofensa, puede retirar el perdon y demandar el divorcio. La negativa puede defenderse, invocando los graves inconvenientes que se seguirian de respetar esos cambios de voluntad, de hacer depender consecuencias tan sérias, como las del matrimonio y la separacion, de las veleidades del capricho, lo cual en muchos casos contribuiria á quitar toda base cierta á multitud de actos y convenciones, con grave daño de las personas en su permanencia interesadas. Por esto era una regla de derecho: *nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam.*

Conforme á estos principios ha procedido nuestro legislador por lo que hace al perdon del cónyuge culpable por parte del ofendido, declarando en el art. 240 del código que comentamos, que ninguna de las causas de divorcio puede ser invocada en juicio, *cuando haya mediado perdon ó remision* de la ofensa. En otros términos, cuando despues de perdonada la injuria, ó el hecho

(1) Div. Thom. *in 4 sentent.* dist. 35 quæst. 1.

que podria ser causa de divorcio, el esposo ofendido demanda este por causa de aquella, el demandado puede oponerle la excepcion de perdon, con lo cual la accion se vuelve inaceptable. Dos razones encontramos desde luego para justificar la anterior disposicion: Primera; si la separacion de cuerpo es concedida por la ley como una satisfaccion á la parte ofendida, su razon de ser cesa, desde el momento en que se considera que el perdon, una vez otorgado, revela conformidad ó negligencia respecto de la ofensa. Ahora bien, en un caso no hay necesidad de separacion; en el otro, el cónyuge ofendido es indigno de ella. Segunda; la separacion es el remedio de un mal; luego no debe otorgarse cuando ella puede ser el orígen de mayores males Así, despues del perdon del esposo justamente ofendido y armado con la ley, el otro habia consentido en que la vida conyugal no seria interrumpida, y quizá movido por el ejemplo de tan noble abnegacion, formaba el propósito de la enmienda. La ley pues, muy lejos de oponerse á tales sentimientos, debe favorecerlos y alentarlos. La revocacion del perdon frustraria esperanzas ya bien fundadas y disiparia la resolucion del arrepentimiento, para dar lugar al rencor y á la reincidencia.

131. El artículo mencionado no exige que el perdon sea *expreso* ¿cuál será el perdon *tácito?* Reconocemos que es no poco difícil probarlo y, como el perdon de que aquí se trata puede ser anterior al juicio de divorcio y aun extrajudicial, admitimos con nuestro compañero el Sr. Lic. Mateos Alarcon, que aquel precepto se presta al fraude, proporcionando al culpable los medios de burlar la accion del ofendido (1). Un ejemplo de perdon tácito se encuentra en el abandono del juicio de divorcio por el actor: *si el marido acussase á su mujer de adulterio.....*

(1) Mateos Alarcon, *Estudios sobre el Código civil,* tom. 1, pág. 133.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dice una ley de Partida, *si el por si dexase el acusamiento con intencion de lo non seguir dende en adelante; si despues quisiere tornar otra vez á la acusacion, puede poner ante si esta defension el acusado, diziendo, que non es tenudo de responder á la acusacion nin de seguir el pleito, por que otra vez lo comenzo e se dexo dende* (1). El abandono de una accion *sub judice* puede traer la pérdida del juicio; luego el actor que tal hace, manifiestamente da á entender que renuncia á su derecho. Este ejemplo se ha verificado ante el tribunal de casacion Belga en un negocio célebre, sobre el cual recayó sentencia en un todo conforme á lo que decimos. (2). En cuanto al perdon *expreso*, puede probarse por todos los medios que el derecho establece.

132. El perdon de que aquí se trata no siempre irá acompañado de la reunion de los esposos, bastando que conste de una manera cierta, para que pueda oponerse como excepcion á la demanda de divorcio. Un ejemplo pondrá de manifiesto lo anterior. Los esposos han convenido en celebrar divorcio voluntario, á causa, aunque sin expresarla, de que, durante la ausencia del marido, la mujer ha concebido adulterinamente, pactándose en el convenio de separacion que ésta duraría cierto tiempo y entregando el esposo ofendido al otro una carta, en la cual le manifestaba su mas absoluto perdon y olvido de la injuria. Antes de cumplirse el plazo de la separacion, el marido tiene noticia de que la esposa ha incurrido en nuevos adulterios ó en algun otro hecho de los que motivan la separacion. Presentándose el cónyuge ofendido en demanda de divorcio ¿podrá alegar el primer adulterio? No, segun el art. 240, supuesto que ha seguido al delito el perdon del demandante; de tal manera que, si los demas capitulos de divorcio no son demostrados, éste no podrá

(1) *Partida* 7.ª, tit. 17, l. 8.

(2) Cass. belge 23 mai 1872 (*Pasicrisie*, 72, 1, 348).

ser concedido. Luego la excepcion de perdon no implica la union legal de los consortes.

De todo lo dicho se infiere: 1º que para que el perdon surta sus efectos, es necesario que haya sido otorgado con posterioridad á la ofensa y con un perfecto conocimiento de ella por parte del ofendido. Un perdon anterior, aunque refiriendose á hechos futuros, no seria suficiente para rechazar la accion de divorcio, porque, fuera de la inmoralidad de que adolece, mas bien podria ser un medio empleado por el cónyuge para conjurar ofensas en el porvenir. Ademas, siendo tan varios los hechos, surgiria siempre en el ánimo judicial la duda, sobre si la especie en cuestion entraba ó no en los términos generales del perdon que se supone. Un perdon, sin conocimiento de la ofensa por parte del ofendido, no podria tampoco servir de excepcion porque el perdon es la renuncia de un derecho, la cual no tiene valor sino por la voluntad y esta no se ejercita sino previo el conocimiento. (1).

Se infiere tambien 2º que el antecedente del perdon no quita el derecho de pedir el divorcio por nuevas causas ó aun por las antiguas, *si han sido nuevamente descubiertas*. En cuanto á *las ya conocidas* al otorgarse el perdon, nuestro art. 240 no deja duda sobre la imposibilidad legal de alegarlas, aun cuando el cónyuge inocente las invoque en un juicio de divorcio por otras semejantes y para robustecer éstas. Tal es el texto de la ley, que en nuestro concepto, por su absoluto rigor, peca contra la moral y aun contra el noble fin tenido en vista por el legislador, al dar al perdon el valor de una excepcion. En efecto y segun lo que ántes expusimos, si el perdon destruye la accion de divorcio, es sin duda bajo la condicion de que á él subsiga

(1) Massol, pág. 67.—Demolombe, tom. 4, num. 405.—Casacion 4 Dic. 1876 *(France Judiciaire)*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la enmienda, pues lo contrario equivaldria á que el perdon, acto noble y digno de alabanza, cediera en mengua del que lo habia otorgado y sirviese como de disculpa á nuevos crímenes. El esposo perdonado debe ser bueno en lo de adelante, so pena de mostrarse indigno de tal gracia. Sus nuevos estravíos deben hacer revivir los antiguos y agravarlos. (1).

NUMERO 2.

De la Reconciliacion.

133. La mayor parte de los legisladores han confundido en una sola excepcion ésta y la que precede, considerando que el esposo inocente no puede verdaderamente *reconciliarse* con el culpable, sin *perdonarle*. El perdon pues y la reconciliacion son una misma cosa, de tal manera que no se acepta aquél como excepcion, si la segunda no se verifica. Nuestro Código actual ha seguido otro sistema, segun el cual ambos hechos constituyen dos medios distintos para destruir la accion de divorcio. En tal virtud puede decirse que, entre la reconciliacion y el perdon, hay la misma diferencia que entre el género y la especie, porque de los cónyuges *reconciliados* siempre se afirmará que el ofendido ha perdonado al culpable; pero de este segundo hecho no siempre puede deducirse que los cónyuges se han reconciliado. En otros términos la reconciliacion, es decir, la reanudacion de la vida conyugal, supone el perdon; este no supone aquella, pues lo contrario se demuestra con el ejemplo propuesto en el número anterior. Sin embargo, no puede negarse que existe no

(1) Cass. 8 juill. 1813; Paris 28 janv. 1822; Caen 28 juin 1815; Cass. 5 janv. 1874 (Sirey, *Recueil periodique des arrêts*).

poca inmediata afinidad entre ambas excepciones, en razon á que una y otra proceden de la voluntad del cónyuge ofendido, de su completo olvido de las injurias recibidas y de su renuncia al derecho del divorcio, lo cual significa que las explicaciones hechas respecto al perdon, salvo uno que otro punto, son igualmente aplicables á la reconciliacion.

Inutil insistir sobre los clarísimos motivos que han decidido en todos tiempos al legislador á aceptar la reconciliacion como término del divorcio. La accion para pedir éste es de interés privado, y nada mas natural que el que pueda renunciar á ella el esposo inocente y que á la renuncia siga la conformidad del otro esposo.

134. Esta excepcion no fué ignorada en el derecho romano en el cual se encuentran las siguientes disposiciones de la ley *Julia de adulteriis: Volenti mihi ream adulterii postulare eam, quæ post commissum adulterium in eodem matrimonio porseveraverit, contradictum est; quæro, an justum responsum sit. Respondit: ignorare non debuisti, durante eo matrimonio, in quo adulterium dicitur esse commissum, non posse mulierem ream adulterii fieri, sed nec adulterum accusari posse (1). Sed et si qua repudiata mox reducta sit, non quasi eodem matrimonio durante, sed quasi alio inteposito, videndum est, an ex delicto, quod in priore matrimonio admisit, accusari possit. Et puto non posse; abolevit enim prioris matrimonii delicta reducendo eam (2) Plerique opinantur, quum eadem mulier ad eundem virum revertatur, id matrimonium idem esse; quibus assentior, sin non multo tempore interposito reconciliati fuerint, nec inter moras ant illa alii nupserit, ant hic aliam duxerit, maxime si nec dotem vir rediderit (3).*

(1) *Dig.*, lib. 48, tit. 5, l. 11, § 10.
(2) *Dig.*, lib. 48, tit. 5, l. 13, § 9.
(3) *Dig.*, lib. 23, tit. 2, l. 33.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

135. La reconciliacion es de grande importancia en el derecho eclesiastico. Atenta la Iglesia al mayor respeto y veneracion de los Sacramentos de los cuales es uno el matrimonio, cuya legislacion reclama aquella con esclusivo derecho, á menos que se trate de los bienes materiales, ha procurado siempre con sin igual afan y por medio de sus ministros, que los casados no vivan separados sino por causas graves y despues de frustradas todas las medidas que ella aconseja para lograr la reconciliacion. El derecho canonico sigue en esta materia, aun para el caso de que ya se haya pronunciado por el juez la sentencia de divorcio, la siguiente máxima: *Quilibet ad renuntiandum juri suo liberam habet facultatem (1).* Sto. Tomás enseña expresamente que cuando un hombre, despues de haber tenido conocimiento de la infidelidad de su mujer, ha habitado con ella, pierde el derecho de separarse por el adulterio anterior (2).

136. En estos principios imbuido nuestro antiguo derecho pátrio, aceptó tambien el medio de la reconciliacion como eficaz no solo para poner término al juicio de divorcio, sino aun á la situacion creada por éste despues de la sentencia. En tal sentido son terminantes las citaciones que siguen: *E todo home que sopiere que su mujer le faze adulterio, tenudo es de la acusar, si entendiere que se non quiere partir del pecado, e que quiere usar del; e si lo non faze peca mortalmente. Pero si entendiere que se parte del pecado, e que faze penitencia del, estonce, si la non quiere acusar, non peca. E aun touo por bien Santa Eglesia que si alguno fuesse departido de su mujer por razon de adulterio; de manera que non ouiessen á beuir en uno; que si despues de esto la quissiese perdonar el marido, que lo puede fazer; e que*

(1) Cap. *ex conscientia de crimine falsi.*

(2) Div. Thom. *in 4 Sent. dist. 35, quæst. 1.*—Can. *benedictio*, cap. 32, quæst. 1.—Cap. *Quemadmodum, de jurejurando.*

biuan en uno, e se ayunten carnalmente, tambien como si non fuessen departidos (1). Otrosi dezimos, que si despues que la mujer ha fecho el adulterio, la recibe el marido en su lecho á sabiendas, o la tiene en su casa como su mujer, que del yerro oviese fecho en ante que la agogiesse, non la podria despues acusar; e maguer la acusasse, non seria tenudo de responder á la acusacion, poniendo ante si tal defension como esta. Ca, pues que assi la acogió en su casa, entiendese que la perdonó, e non le pesó del yerro que fizo. (2). Así pues la antigua frase: *nunquam transibat in rem judicatam*, era una exacta verdad en órden al divorcio en el Derecho canonico y Civil por aquel informado, y mas adelante veremos, cómo esta tradicion se ha mantenido en nuestros Códigos.

137. Por lo que hace al antiguo derecho francés, nuestras observaciones tienen que ser las mismas en este punto que la que ya expusimos en otro lugar (núm. 107), fundadas en la autoridad de Pothier.

138. El Código de Napoleon vino á trastornar por completo este sistema con el reconocimiento del divorcio *quoad vinculum*, establecido en 1792, al lado de la simple separacion. El debe, pues, ser estudiado bajo ese doble punto de vista, no aplicando á la segunda, que fué en el código muy ligeramente tratada, sino las disposiciones del primero, que sean compatibles con el principio capital de la indisolubilidad del matrimonio. Dos artículos contiene este código relativos á la reconciliacion: el 272, segun el cual la *accion de divorcio* se extingue por la reconciliacion de los cónyuges *acaecida despues de los hechos en que la accion pudiera fundarse, ó despues de la demanda de divorcio;* y el 295 que prohibe á los cónyuges *divorciados*, por cualquiera

(1) *Partida* 4.ª, tit. 9, l. 2.ª

(2) Partida 7.ª, tit. 17, l. 8.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

causa que haya sido, *volver á unirse*. Del texto literal de ambos artículos, se deduce: 1.°, que la reconciliacion, para poder ser opuesta á la accion de divorcio, requiere ante todo haberse verificado antes de la sentencia definitiva; y 2.°, que la autoridad de la *cosa juzgada* tiene aquí lugar en todo su vigor. Comentadores cristianos, y aun colocándonos por un momento en el falso concepto del divorcio *quoad vinculum*, no podemos comprender la justicia siquiera aparente de la cruel prohibicion contenida en el artículo 295, que sin tardanza creemos con Laurent, fué tomada de Montesquieu quien á su vez la habia encontrado *entre las leyes* de nuestra Patria, durante su período de barbarie (1).—Treilhard que habia dicho: "si hay algun contrato en que mas deba desearse la perpetuidad, es el matrimonio," no tuvo reparo en añadir para motivar aquel artículo las siguientes contradictorias palabras: "El divorcio no debe ser pronunciado sino previa la prueba de una absoluta necesidad y cuando está bien demostrado á la justicia que la union entre los esposos es imposible: una vez probada esta imposibilidad, *la reunion no podria ser sino una ocasion nueva de escándalo*. Importa que los esposos estén de antemano penetrados de toda la gravedad de la accion que van á intentar, que no ignoren que *el lazo será roto sin remedio* y que no puedan mirar el uso del divorcio como una *simple ocasion de someterse á pasajeras pruebas*, para reanudar en seguida la vida comun, *cuando ya se han creido suficientemente corregidos*. (2)." ¡Cómo! ¿sería ocasion nueva de escándalo la reunion de los cónyuges divorciados, que tambien responde al voto de perpetuidad, y no lo sería la celebracion de nuevos enlaces? Si el voto de perpetuidad es una verdad, ¿dónde encontrar la importancia dada al hecho de que los esposos ignoren que con el divorcio, su union será disuelta sin remedio? Se llama "prueba pasajera" á la reconciliacion de los esposos y ¿no se ve que ese calificativo solo conviene á los nuevos matrimonios? ¿Porqué hablar con tanto desden del arrepentimiento de los cónyuges divorciados, que los hace volver al hogar, si se quiere sinceramente que el lazo conyugal sea perpetuo? Volvemos á decirlo, ó nada de esto se comprende, ó la prohibicion de la reconciliacion peca contra los mas elementales principios sobre que descansa la institucion de la familia. A lo menos la Roma pagana, al prohibir la reconciliacion, solo era en los casos de que hubiera pasado largo tiempo entre la ruptura y aquella, ó que otro matrimonio se hubiese interpuesto entre ambos hechos; se temia entonces la falta de sinceridad ó que sobreviniese confusion entre los miembros de la familia. Pero prohibir la reanudacion de la vida conyugal de un modo absoluto, apenas es digno de un pueblo bárbaro é inculto, que á tamaños absurdos solo puede conducir el afan desatentado de innovarlo todo. (1).

(1) Laurent, tom. 3, num. 289.—Montesquieu, *Esprit des lois*, lib. XVI, chap. 15.—Solis, *Historia de la Conquista*, pág. 499.

(2) Seance du 30 vent. an 11.

139. Nuestra legislacion vigente en los varios Estados, que componen la República, no es completamente uniforme sobre las condiciones de la reconciliacion, como pasamos á demostrarlo en el análisis que sigue. Los arts. 263 del Código del Distrito Federal de 1870; 241 del que comentamos; 191 del Estado de México y 234 de Veracruz, disponen igualmente que la reconciliacion deja sin efecto el divorcio, no solo cuando tiene lugar, mientras se está instruyendo el juicio, sino tambien aun despues de pronunciada la sentencia. Es este pues un punto en que esencialmente difiere nuestro derecho del francés. El Código de Tlaxcala, igual á los anteriores en este particular, limita sin em-

(1) Laurent, tom. 3, num. 289.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

bargo los efectos de la reconciliacion á los casos de adulterio de uno de los cónyuges, malos tratamientos del uno contra el otro, violencia ejercida por el marido para hacer cambiar de religion á la mujer y abandono del domicilio conyugal. Quedan en consecuencia exceptuados de las saludables influencias de aquella los juicios de divorcio que se intenten ó sean fallados por las siguientes causas que tambien se mencionan en el art. 169 de este Código: malos tratamientos de obra, contra los hijos si pusieran en peligro su vida; tentativa del marido para prostituir á su mujer; seduccion de ésta, conocida y consentida por aquél; atentado de alguno de los casados contra la vida del cónyuge anterior para casarse contra el que quede viudo, no siendo éste cómplice ni habiendo tenido conocimiento del crímen antes del matrimonio y acusacion falsa de delito grave hecha por uno de los esposos contra el otro. ¿Cuáles hayan podido ser los motivos que decidieron al legislador á proceder así? No se nos ocurren sino dos, que salvos nuestros respetos al autor del importante Código que nos ocupa, de ningun modo se conforman con los principios que dominan toda esta materia. Sea el primero, la consideracion de que, fuera de los hechos exceptuados, los demás constituyen verdaderos delitos, cuyo castigo, es de derecho público, no pudiendo por lo mismo ser objeto de transacion. Mas este razonamiento confunde en un solo derecho, el civil y el penal, haciendo de la separacion de cuerpo un castigo y dando á enteder que este se frustra, porque aquella no ha tenido lugar á causa de la reconciliacion. Ambos supuestos son absolutamente falsos. Enhorabuena que en términos generales se diga que la separacion ó el divorcio es para el esposo inocente una reparacion, un castigo; pero el rigorismo científico solo acepta la una ó el otro como el ejercicio de un derecho por parte del esposo ofendido, lo cual es muy diverso de la accion ejercida por el Ministerio público en contra de los delitos. El cónyuge ofendido por el otro puede ó no demandar el divorcio,

cualesquiera que sean las causas existentes y mientras esa demanda no es presentada, el matrimonio continúa. ¿A donde iria á parar la sociedad, si respecto del castigo de los delitos se procediera por el magistrado de esa manera? Luego la separacion no es pena en el sentido técnico de esta palabra, sino que importa un derecho privado, segun ya lo expusimos antes y lo proclama en términos bastante claros el art. 174 del mismo código de Tlaxcala. Ahora bien, si la separacion no es pena, no debe buscarse en ella el castigo de los delitos, sino en los medios con tal fin establecidos por la ley; pero quedando siempre aquella, como lo exige su naturaleza, á merced de un cambio de voluntad de los interesados. *Ejus est non velle cujus est velle.* Ademas cerrar la puerta á la reconciliacion para los divorcios, intentados ó fallados por ciertas causas, es, á no dudarlo, ir contra el voto de la sociedad, interesada en que los matrimonios descompuestos vuelvan al órden, siquiera uno de los esposos gima por su delito en una cárcel ó haya sido extraordinariamente grave el hecho que sirvió á aquellos de fundamento. En uno y en otro caso la reconciliacion es de desearse, pues con ella triunfa la familia en un momento interrumpida, ganan los hijos y es mas probable la regeneracion del cónyuge culpable.

El otro motivo que quizá haya determinado la exclusion contenida en el art. 275 es que, entre las causas de divorcio, hay algunas tan graves que el divorcio por ellas pronunciado no es digno de la reconciliacion. Nosotros opinamos de otro modo: fuera de que el arrepentimiento no es incompatible con la gravedad del crímen, él debe ser aceptado con todas sus consecuencias donde se encuentra y se manifiesta con señales inequívocas. La familia con sus infinitas ternuras es muchas veces el refugio de los grandes dolores que pueden atenacear el corazon del culpable, sirviendo ella no solo de lenitivo sino tambien de regeneradora correccion. ¿Porqué impedir lo uno y lo otro para

siempre? Si la misma pena material impuesta al delito tiene un término ¿porque no tenerla esa pena moral de la separacion? Esta se la ha impuesto á sí mismo el cónyuge inocente por su voluntad, sobreponiéndose en un momento sus sufrimientos al amor del esposo y de la familia, que es un sentimiento natural y loable; cabe pues, mejor aplicar aquí aquellas dos reglas del derecho romano: *nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est* y *Jus civile jura naturalia corrumpere nequit.*

140. Mas, supuesto que la reconciliacion es una excepcion que tiene por objeto segun nuestras leyes oponerse al divorcio, ya sea que este se encuentre *sub judice*, ya despues de la sentencia, y para el caso de que el esposo ofendido quiera todavia, á pesar de aquella, ó continuar el juicio ó hacer valer sus derechos, es esta la oportunidad de exponer en qué consiste la reconciliacion y cómo puede probarse, toda vez que el rencor de uno de los cónyuges es capaz de hacer surgir dudas sobre la existencia de aquella. Ante la negativa, pues, del demandante en divorcio sobre el hecho de la reconciliacion ¿cuáles son los actos que el demandado debe probar como constitutivos de ella? La importancia de la cuestion se palpa con solo reflexionar en las innumerables formas que puede revestir la reanudacion de relaciones tan íntimas como las del matrimonio, susceptibles de ser interrumpidas ó alteradas por modos tan varios é imprevisibles. Esto mismo ha sido causa de que ningun legislador haya pretendido hasta ahora contener en una fórmula precisa y clara las infinitas cuestiones á que la negativa de la reconciliacion en un juicio de divorcio puede dar lugar. Todos los autores convienen en consecuencia en que este punto del derecho depende de la soberana apreciacion de los tribunales, quienes darán ó no entrada á la accion de divorcio, segun que á su juicio particular, la reconciliacion haya sido ó no una verdad en virtud de los hechos demostrados. La jurisprudencia francesa nos suministra en esta

materia rico caudal de especies, de las cuales consideramos muy util exponer las principales, pues el poder discrecional del juez no debe ir hasta aceptar, como constitutivos de la excepcion que nos ocupa, hechos que no lo son, ni *viceversa*, porque de lo contrario su fallo seria justamente revocado. La despedida de la concubina de la casa comun y la falta, durante un cierto tiempo, de toda queja de adulterio ¿constituye una prueba de que la mujer se ha reconciliado con el esposo culpable? Si, segun una sentencia de la corte de Basançon de 24 de Noviembre de 1807.—La superveniencia de un hijo legítimo durante el divorcio, ya sea antes, ya despues de la sentencia ¿constituye la reconciliacion de los cónyuges? Si, segun la corte de Grenoble en su sentencia de 23 de Agosto de 1822; pero es necesario, como lo declara otra de Rouen de 27 de Junio de 1844, que la época de la concepcion sea posterior, por lo que hace á la demanda en separacion de la mujer, á las causas que le han servido de fundamento.—El mismo hecho, siendo alegado por la mujer contra la demanda de divorcio del marido ¿constituye reconciliacion? Si, segun la doctrina mas comunmente seguida en la jurisprudencia; pero nos parece oportuno advertir que este hecho no puede tener en todos los casos la misma fuerza probatoria de reconciliacion, cuando es la mujer quien lo alega como excepcion contra la demanda del marido, principalmente si esta se funda en la causa de adulterio. Ademas, como lo enseña Duranton, la presuncion de reconciliacion depende, ya sea que se trate de la mujer, yá del marido, demandantes en divorcio, de la clase social á que pertenezcan. "En efecto, dice este autor, entre gentes de las clases inferiores de la sociedad, que se ven obligadas á vivir continuamente unidas, el nacimiento de hijos no es una presuncion tan poderosa como entre personas de un rango mas elevado. No estando estas en la necesidad de vivir continuamente unidas; buscando, al contrario, medios de disipacion en la sociedad, y encontrando el marido en la independencia de

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

una vida comoda y tranquila, así como en su fortuna, la ocasion y la facilidad de entregarse á sus inclinaciones, se debe mirar el nacimiento de los hijos como el efecto de un apoyo recíproco, que desmiente la alegacion de los hechos fijados en la época de la concepcion, ó como la prueba de una reconciliacion que ha borrado los hechos anteriores (1)."—La vuelta, por su entera voluntad, de la mujer demandante al domicilio conyugal, ¿debe ser considerada como una fuerte presuncion en favor de la reconciliacion? Si, segun sentencias de Riom de 18 nivoso año 12; de casacion de 12 de Noviembre de 1862 y de Bruselas de 11 de Mayo de 1868 (2).—Un convenio celebrado entre los cónyuges para fijar su domicilio en un nuevo lugar, ¿es un elemento suficiente de reconciliacion? Si, segun sentencia de Besançon de 1 º de Junio de 1811.—La cohabitacion posterior á los hechos en que se funda la demanda de divorcio, ó al decreto de separacion, ó acaecida durante el juicio, ¿importa presuncion de reconciliacion? Si, segun la opinion mas comun (3), y así lo reconocen nuestros varios códigos: arts. 235 de Veracruz; 192 del Estado de México; 176 de Tlaxcala; 264 del Distrito Federal de 1870 y 242 de el que comentamos. Era esta tambien la desicion de nuestro antiguo derecho (núm. 136). Sin embargo, basta reflexionar un poco para convencerse de que la cohabitacion, por si sola y separada de otras circunstancias que no dejen lugar á duda sobre la reconciliacion, es insuficiente para fundar en favor de esta ninguna presuncion. En efecto, si la reconciliacion importa una excepcion contra la demanda de divorcio, es á causa de que revela que el cónyuge ofendido ha perdonado al culpable; luego todo hecho que no sea inconpatible con la subsistencia del disgusto esperimentado por el esposo inocente, tiene que ser un indicio muy poco seguro de reconciliacion. Ahora bien, es lo que sucede con la cohabitacion, como se deduce de las siguientes consideraciones: Si es *la mujer* la que solicita el divorcio, ¿qué puede significar en pro de la reconciliacion el hecho de que haya continuado habitando con su marido, cuando por la debilidad natural del sexo tiene que vivir siempre bajo la dependencia de aquel? Además, cuando la demanda de divorcio, segun lo veremos más adelante, no supone culpa en la mujer, esta no debe ser depositada en casa diversa de la conyugal sino á solicitud suya. Es pues por parte de ella una *facultad* y no una *obligacion* el continuar ó no habitando con su marido despues de la demanda de divorcio; pero el ejercicio de una facultad es una circunstancia indiferente, que nada puede significar respecto á la actitud de la mujer ofendida en pro del marido culpable. Si los consortes son pobres, hay que atender á lo difícil que se hace la cesacion de la vida comun, y finalmente aun supuesta esta, precisa investigar hasta que grado de intimidad han llegado las relaciones de los esposos. En este sentido se han manifestado siempre el código y la jurisprudencia franceses (1); pero los nuestros fundan en la cohabitacion una prusuncion *juris* en favor de la reconciliacion, lo cual quiere decir que al demandante en divorcio incumbe la prueba de que, apesar de aquella, no ha habido reconciliacion.

141. Hay pues casos dudosos y no poco controvertibles de reconciliacion, que solo la sabiduria de los jueces puede resolver, aplicándose á descubrir la verdadera intencion de las partes, al

(1) Duranton, tom. 1, núm. 1,158.
(2) Dalloz, núms. 206 y sigts.
(3) Coulon—Faivre, pag. 186.

(1) Demolombe, tom. 4, núm. 410.—Vazeille, tom. 2, núm. 576.—Combier, pág. 207.—Laurent, tom. 3, núm. 211.—Massol, pág. 140, núm. 10.—Arrets: Pau 27 mars 1813; Besançon, 1 fev. 1806; Génes, 19 août 1811; Rennes, 2 avril 1814.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

practicar los actos en los cuales se pretende hacer consistir aquella El caso más comun y ordinario es ciertamente el de un arreglo franco y esplícito entre los casados, ¿cómo probar éste? Dos sistemas se presentan aquí en juego: ó los interesados deben, sopena de seguir siendo considerados como separados, manifestar su reconciliacion al tribunal que pronunció el divorcio, ó el mero hecho de su reunion basta para que sean tenidos como reconciliados, "Yo entiendo, dice Goyena, que es mucho más conveniente que no se haga en este caso por autoridad privada la reunion de los esposos divorciados. Es bien natural que cada cosa se anude ó estreche como se desanudó ó aflojó: la reunion con la intervencion de la autoridad judicial es más solemne y propia de la dignidad del matrimonio: será por lo mismo más estable; se evitarán escándalos, se asegurará la legitimidad de la prole que sobrevenga, y parece finalmente más conforme á la letra y espíritu del art. 1,361 (1)." Esta doctrina es sin duda la más sábia que puede concebirse, pues entre otras recomendaciones, tiene la no poco importante de cerrar la puerta á las mil controversias que se suscitan, para saber si realmente ha habido ó no la reconciliacion que se trata de oponer á la accion de divorcio. El derecho antiguo admitía en esta materia las presunciones, y de aquí no podian ménos que originarse innumerables litigios, con grave daño de la dignidad del matrimonio, de la legitimidad de los hijos y aun de los intereses materiales de los consortes y extrañas personas. La experiencia pues aconsejaba al derecho moderno, que evitase ese sistema de sutilizas aplicadas al descubrimiento de la verdadera intencion de los casados, al practicar actos de tan diverso carácter como son los que caben en la inagotable y varia actividad de la vida real, fijándose en un medio con el cual nada tu-

(1) G. Goyena, art. 80.

biese que hacer el arbitrio judicial y que, observado por las partes, esclareciese, sin sombra alguna de duda, el hecho concreto y preciso de la reconciliacion.

Sin embargo, desde el Código de Napoleon se ha conducido de muy diferente manera el legislador, y asi vemos que nuestro Código ha preferido el sistema contrario, dejando á la voluntad de las partes, sin condicion ninguna, la reconciliacion con todos sus efectos y á lo sumo imponiéndoles, pero fuera de toda sancion, el deber moral de hacer constar su voluntad de volver á unirse ante el tribunal que pronunció la separacion. En este sentido están concebidos los artículos: 234 del Código de Veracruz; 191 del Estado de México; 176 de Tlaxcala; 263 del Distrito Federal de 1870 y 241 del que comentamos.

142. Hasta aquí hemos hablado de la reconciliacion en el sentido de que ámbos cónyuges consientan en reanudar la vida matrimonial; pero, si solo el inocente ú ofendido, sea antes, sea despues de la sentencia de divorcio, quiere la reconciliacion ¿basta su individual consentimiento para restablecer el matrimonio, aun apesar de la renuencia del otro cónyuge? Esta cuestion apenas podia proponerse en el antiguo derecho, pues unanimemente se decidía que, siendo el divorcio efecto de un acto personal, desagravio de ofensas particulares, ó satisfaccion concedida por la ley al esposo ofendido, importaba por lo mismo un derecho que no podia convertirse en su perjuicio y cuyo desistimiento debia en consecuencia poner término á la situacion creada por la demanda, independientemente de la voluntad del otro esposo, segun la relga, *quad ob gratiam alicujus conceditur, non est in ejus dispendium retorquendum.* En este sentido ha sido siempre terminante la doctrina del derecho canónico, como puede verse en varios lugares (1) y muy especialmente en Santo

(1) Gregor. IX, cap. *Gandeamus, de convers. conjugat.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Tomás de Aquino que dice: *quod inducitur in favorem alicujus, non facit ei præjudicium. Unde cum divortium fit inductum in favorem viri, non aufert ei jus petendi debitum, vel revocandi uxorem. Unde uxor tenetur ei reddere, et ad eum redire, si fuerit revocata; nisi de licentia ejus votum continentiæ emiserit.* (1).

Este principio ha pasado á las legislaciones modernas, más ó ménos combatido, sobre todo en los últimos tiempos. Duranton lo esplica en términos tan claros que despues de ellos parece que debiera ser imposible toda controversia. Despues de manifestar la razon general de que el que ha obtenido la sentencia puede renunciar al beneficio de sus disposiciones, dice, refiriéndose especialmente al marido en cuyo favor ha sido pronunciado el divorcio, que como la regla *pater est quem nuptiæ demonstrant* pesa siempre sobre el hombre, no obstante la separacion decretada contra la mujer, seria injusto obligarlo á permanecer en una situacion que no carece de peligros para él (2). El art. 309 del Código de Napoleon parece responder á esta doctrina. "El marido puede detener los efectos de la condenacion á que hubiere sido sentenciada la mujer por adulterio, consintiendo en recobrarla."

143. Nuestra legislacion es decisiva en esta materia, no solo por lo que hace al adulterio sino á todas las demás causas de divorcio, y comprende lo mismo al hombre que á la mujer en su caso. En este sentido han sido concebidos los artículos 193 del Código del Estado de México; 177 del de Tlaxcala; 265 del Distrito Federal de 1870 y 243 del que comentamos.

El principio que desarrollan estas disposiciones tiene respetables adversarios. Laurent no vacila en llamarlo erróneo, diciendo que, si podemos renunciar á un derecho establecido en

(1) D. Thom. *Summ. Theol*, Q. 62, art. 6.

(2) Duranton, tom. 1, núm. 1,205

nuestro favor, no podemos ciertamente privar, por esta renuncia, á un tercero del derecho que le pertenece (1). Demolombe dice: "La separacion de cuerpo es una modificacion del estado personal de los esposos, es decir, de los dos esposos; es la declaracion hecha por la justicia de la imposibilidad de la vida comun, declaracion sin duda obtenida del uno por el otro, pero que, una vez dada, cambia la situacion, relajando para ambos el lazo del matrimonio.....Es necesario que el esposo, que se sienta obligado á pedir la separacion, sepa que esto es muy grave, que no es un juego que pueda hacer cesar cuando le plugiere y segun su fantasía, y que tampoco el esposo, contra el cual la sentencia ha sido dada, puede siempre permanecer en un estado precario, á merced del otro. No es autorizarle á prevalerse de sus faltas permitirle responder á su consorte, una vez terminado el juicio: sois vos quien lo habeis querido (2)."

Mas en nuestra opinion razonar así es no interpretar debidamente el juicio de separacion, ni en el sentido de su naturaleza, que es absolutamente excepcional, ni conforme al interés de la sociedad, á la cual no conviene que los divorcios se vuelvan irrevocables. El juicio de separacion no se parece á los juicios ordinarios que producen derechos para ambas partes, sino que tiene que ser una solicitud ó una decision unilateral á nombre ó en favor del cónyuge ofendido. Si este se desiste de su derecho; atendido que solo por su queja ha podido interrumpirse la vida conyugal, todo debe volver al antiguo estado, sin que obste la resistencia del otro cónyuge, pues de no ser así, resultarian ventajas y derechos para este del juicio mismo en que se proclamaba su culpabilidad. La separacion de cuerpo es un ac-

(1) Laureut, tom. 3, núm. 357.

(2) Demolombe, tom. 4, núm. 532.—Demante, tom. 2, núm. 34 bis II.—Vazeille, tom. 2, num. 595.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

to funesto que el legislador debe esforzarse en abreviar. Que no se diga que ella es de órden público y que por tanto no debe quedar á merced de una de las partes. Esto es una verdad en el sentido de que el demandante no puede obtenerla por su sola voluntad ni con la adhesion del otro esposo; pero no, cuando se atiende á la base sobre que la demanda descansa, pues en este sentido, así como la ofensa es algo personalísimo, lo es tambien la satisfaccion solicitada y obtenida, y desde entonces nada más natural y justo que hacer cesar los efectos del ejercicio de una accion, á la cual voluntariamente se renuncia. Massol, que al principio habia opinado como los adversarios antes citados, ha venido en los últimos tiempos á proclamar la justicia y utilidad de la doctrina que defendemos. "Si uno de los esposos, dice en la última edicion de su monografía, se dirije á los tribunales, es porque el otro lo ha puesto en esa necesidad; de que el juicio admita la queja, vanamente se querria deducir un título para aquel que ha sido condenado, pues una falta no puede ser la fuente de un derecho (1)."

Numero 3. De la Compensacion.

144. El perdon lo mismo que la reconciliacion suponen que su autor es inocente del hecho, que pudiera motivar el divorcio. ¿Habrá lugar á éste cuando el demandante es culpable de los mismos hechos que imputa al demandado? Se conviene generalmente en que la jurisprudencia romana aceptaba la compensacion, fundándose en la siguiente decision de Papiniano: *Viro adque uxore mores invicem accusantibus causam repudii dedisse utrumque pronuntiatum est; id ita accipi debet, ut ea lege, quam ambo contemserunt, neuter vindicetur, paria enim delicta mutua pensatione disolvuntur* (1). Ulpiano da por razon la iniquidad que habria en que el marido, por ejemplo, exigiese castidad de su mujer, cuando él mismo no la revelaba: *periniquum enim videtur esse ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat* (2).

(1) Massol, *De la separat. de corsp* 2d edit. pág. 419.

145. Esta doctrina fué recogida por el Cristianismo, y asi se encuentra sustentada en diferentes lugares de los canonistas (3). *Nihil iniquius*, dice un Canon, *quam fornicationis causa dimittere uxorem si et ipse convincitur fornicari.....quaproter quisquis fornicationis causa vult abjicere uxorem, prior debet esse a fornicatione purgatus, quod similiter etiam de faemina dixerim* (4). *Occurit enim illud*, dice San Agustin, *in quo alterum judicas, teipsum condemnas: eadem enim agis, quæ judicas* (5).

146. La legislacion española aceptó al principio el sistema de la compensacion; pero despues se encuentra expresamente proscrito, como vamos á verlo. El Fuero Real decía: "Si el marido que ficiere adulterio, quisiere acusar á su mujer, que fizó adulterio, y ella dijere, ante que diga de si ó no, que no la puede acusar, *por que el fizo adulterio*, si ge lo probare, *puédalo desechar de la acusacion* (6)." El Código de las Partidas dice: "Aviniendo que acusasse alguno á su mujer, que ficiera adulterio, de manera que lo provasse, segund dize en el Título ante deste, e que diessen sentencia de divorcio cañera ella; si despues desto fiziese fornicio el marido con otra mujer, *por tal razon*

(1) *Dig.* lib. 24 tít. 3, l. 39.
(2) *Dig.* lib. 48, tit. 5, l. 12.
(3) Cap. *Significasti, de divortiis; Id, Intelleximus; Id, Tua fraternitas.*
(4) Can. *Nihil iniquius*, cap. 32, Q 6.
(5) Div. August, *In sermone Domini*, cap. 28.
(6) *Fuero Real*, lib. 4, tit. 7, l. 4.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

como esta puedelo demandar la mujer, que torne á ella. e deue la Eglesia apremiar que lo faga; e non se puede escusar que non torne á ella, maguer diga que fueron departidos por juyzio de Santa Eglesia. E esto es, porque cayendo *en semejable pecado de aquel que fizo su mujer*, entiéndese que renunció la sentencia que era dada por él (1)." El mismo dice en otra parte: "Ome vil, é de malas maneras, que oviere fecho adulterio, si quisiere acusar á su mujer dese mesmo yerro, *non seria la mujer tenida de responder, poniendo tal defencion ante si, é probando que tal era*, ante quel pleito sea comenzado por demanda é por respuesta (2)." Más en sentido contrario se expresaba el Ordenamiento de Alcalá, diciendo:"Y que la mujer *no se pueda escussar* de responder á la acusacion del marido, ó del esposo, por que diga que quiere probar quel marido ó *el esposo cometió adulterio* (3)."

147. El antiguo derecho francés aplicó tambien constantemente el mismo principio antes de la época de 1793. Se lee en Despeisses: "Sin embargo, la dicha separacion no tiene lugar cuando el marido que la solicita por el adulterio de su cónyuge, ha cometido el mismo igual delito (4)." Del propio parecer son Domat (5) y Coquille, que expresamente acuerda la compensación á efecto de impedir la separacion (6).

El Código de Napoleon no contiene en términos explícitos

(1) *Partida* 4ª tit. 10, l 6ª

(2) *Partida* 7ª, tit. 17, l. 3ª

(3) *Ordenamiento de Alcalá*, 1, tit. 21, (*Nov. Recop.* lib. 12, tit. 28, l. 2.)

(4) Despeisses, tom. 1, sect. IV, num. 17.

(5) Domat, *Suppl.* tom. 2, part. 1ª sect. II, num. 4.

(6) Coquille, *Inst. du Douaire*, Quest 151.—Fournel, *Trait. d'adult.* pág. 166.—Voet. *ad Pandect. de injur. et fam. libel.* num 20.

más excepcion contra el divorcio, que la reconciliacion. Una sentencia de casacion declara que *por haberse rechazado la excepcion resultante de la imputacion de adulterio hecha por el demandante á su mujer, no se ha violado ningun texto de la ley* (1). En consecuencia depende de los tribunales aceptar ó no, respecto al divorcio, en ciertos casos la compensacion, que no ha sido expresamente excluida por el Código. De aquí interminables controversias entre los comentadores y en la jurisprudencia. Los unos piensan, que supuesta la prescripcion del artículo 339 del Código penal, la excepcion de compensacion tiene que ser admitida tambien en lo civil y en el caso de divorcio. (2). Así Duranton, refiriéndose al art. 272 del Código Civil, dice: "Los jueces que, fundándose extrictamente en la regla, tan frecuentemente falsa: *Inclusio unius fit alterius exclusio*, acogieran la demanda en separacion, no obstante la excepcion de indignidad, desconocerían el verdadero espíritu de la ley y herirían profundamente el buen sentido y la razon general. El art. 272 no dice que la accion no será extinguida *sino* por la reconciliacion; dice simplemente que ella será extinguida por esta causa, lo que es muy diverso.....¿Porqué rehusar el argumento sacado de la ley penal? Nunca lo hubo más poderoso. En efecto, en materia criminal, es de principio que el delito del uno no escusa el del otro, aun cuando fuese cometido por represalias; y si se hace flaquear tal principio en el caso de adulterio, es porque no pudiendo este delito ser denunciado sino por el esposo, víctima de las infidelidades del otro, no ha parecido razonable escuchar las quejas de aquel, que ha dado el mismo ejemplo al otro de desarreglo y deshonra. Ahora bien, con más razon se debe obrar así en materia de separacion,

(1) Deneville, 1821, pag. 401.

(2) Vazeille, tom. 2, núm. 536.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

en la cual el demandante no obra en interés de la vindicta pública, ni aun para vengarse de una ofensa recibida, sino en interés propio y para recobrar su independencia (1)."

Otros, como Merlin, sostienen, que la compensacion no existe en el Código, sino tratándose de deudas pecuniarias, supuesto que, ocupándose aquel *del divorcio* en una seccion especial, y tratando en seguida de las *excepciones contra la accion en divorcio por causa determinada*, guarda el más profundo silencio sobre el caso en que el esposo demandante en divorcio ó en separacion de cuerpo, sea él mismo culpable de las faltas que reprocha al esposo demandado (2). Esta interpretacion es sin duda la más aceptable, y solo así puede explicarse que los autores del Código no incluyeran en el capítulo sobre excepciones á la accion de divorcio la compensacion, despues de que la Córte de Agen habia propuesto añadirla en el proyecto. El silencio definitivo del legislador decide toda la cuestion. "Convendría dijo ese tribunal, admitir la excepcion resultante de la compensacion. Ella se encuentra expresamente establecida en la ley 39. D. *Soluto matrimonio*. Hay que estudiar esa bella ley del sabio Papiniano. Los motivos que la dictaron, deben hacernos adoptar sus disposiciones. Como entre los romanos, el matrimonio es entre nosotros un contrato que impone á los esposos una fidelidad recíproca, costumbres exactas, una conducta igualmente irreprochable. Ahora bien, es propio de semejantes contratos rechazar las quejas de aquel de los esposos, culpable de la misma infraccion del contrato (3)." Laurent,

(1) Duranton, tom. 1, núm. 1161.

(2) Merlin, *Repert.* "Adultere" § 9.

(3) *Projet du Cod. Civ.* pag. 7.—Demolombe, tom. 4, núm 415.—Laurent, tom. 3, núm. 213.—Marcadé, tom. 1, art. 307, núm. 4.—Poulle, *Le divorce*, pag. 170.

adversario tambien del principio de la compensacion en materia de divorcio, no solo en teoría sino como fundada en el Código, enseña que toda la dificultad se resuelve, reconociendo á ambos esposos culpables el derecho del divorcio. Esta solucion, dice, se funda sobre los principios de derecho, porque allí donde hay una causa de divorcio, debe haber disolucion del matrimonio. En este sentido se encuentran varias sentencias en Dalloz (1).

148. Nuestra legislacion nacional no es uniforme sobre la presente materia. La ley de 23 de Julio de 1859 expresamente acepta la compensacion en el caso de adulterio (art. 21, inciso 1°), y en el mismo sentido han sido redactados los artículos 228, inciso 1° y 233 del Código de Veracruz; 181 del Estado de México y 245 del Distrito Federal de 1870, los cuales, sin embargo, dejan al juez la facultad de otorgar el divorcio, apesar de la reciprocidad del adulterio, cuando *lo crea conveniente, atendidas las circunstancias del caso*. El Código de Tlaxcala (art. 171) declara que, siendo comun á los dos cónyuges el delito de adulterio, solo podrá decretarse el divorcio *á peticion de ambos*. El Código actual del Distrito Federal no reconoce en ningun sentido la compensacion, la cual *se creyó poco conforme con los preceptos de la moral*, segun lo expresa el dictámen de la comision de justicia de la Cámara de Diputados, pues parece, dice este documento, *sancionar la doctrina de que un hecho reprobado justifica y autoriza otro hecho igualmente reprobado*. Con respecto al arbitrio judicial para decidir, aun en el caso de compensacion, si el divorcio era ó no de otorgarse segun las circunstancias, la misma Comision expresa que lo considera *inconveniente, porque además de desvirtuar en lo absoluto el precepto legal, lo hace odioso y de difícil aplicacion*.

(1) Dalloz, *Repert.* núm. 194.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Con esta reforma en el órden civil ha quedado en nuestro derecho establecida en el Distrito Federal la más completa conformidad entre lo prescrito por el Código que nos ocupa y el penal de 1.º de Abril de 1872, cuyo art. 829 dice: "El cónyuge acusado de adulterio, no podrá alegar, como excepcion, que su cónyuge ha cometido el mismo delito, antes de la acusacion ó despues de ella."

149. La presente cuestion es por demás difícil en la esfera de los principios, pues en ella vienen á tomar parte, en sentido contradictorio, los dos principales que dominan esta materia y que constituyen el doble aspecto fundamental bajo que debe ser considerada. Si es el divorcio la satisfaccion concedida por la ley al cónyuge inocente y ofendido, la moral á la par que el derecho parecen exigir que sea declarado indigno de obtenerla aquel de los esposos, que aunque autor de una queja, se encuentre él mismo culpable del propio hecho porque pide el divorcio. Lo contrario equivaldria á convertir el juicio de separacion en un sistema injusto que, en vez de ser el amparo de la inocencia, serviría en muchos casos solo para pasto de ruines y miserables pasiones. Más si se atiende á que el legislador, al establecer el remedio del divorcio, ha querido moralizar los matrimonios en desórden; y á que este es mayor cuando ambos esposos son culpables, el interés social á grandes voces nos parece pedir con más empeño que en el caso de un solo cónyuge culpable, que el divorcio sea pronunciado, para que cuanto antes se quite de la contemplacion pública ese espectáculo escandaloso de vicios y crímenes recíprocos. Muy léjos pues, puede decirse, de que la reciprocidad de faltas entre los casados sea un motivo para no decidir sobre su separacion, la dignidad del matrimonio impone la necesidad de que en este caso sea mas pronto pronunciada. Ahora bien, ¿cuál de estos principios debe prevalecer? Sin vacilar respondemos que el segundo, porque el interés social debe pesar mas

que el privado en la balanza del legislador. Es bajo este mismo punto de vista como el Derecho Canonico ha considerado la cuestion, si bien entendiendo el interés social de otro modo y concibiendo esperanzas de correccion de parte de ambos esposos culpables, que á nosotros nos parecen de muy difícil realizacion. A la sociedad evidentemente interesa que el mayor número de matrimonios permanezca unido y extraño aún á las menores perturbaciones; ¿cómo se obtendrá con mas seguridad este resultado, supuestas siempre aquellas, si cuando se impide que venga el divorcio por faltas mútuas de los cónyuges, ó cuando se declara improcedente por tal circunstancia? Respondan á esta pregunta aquellos que, destinados por su ministerio á dirijir á los pueblos por la senda de la más estricta moral, escudriñan dia á dia la conciencia del hombre, pues solo ellos son aptos para saber, cuando es ménos probable el arrepentimiento, si subsistiendo el matrimonio con todas sus obligaciones entre ambos cónyuges culpables, ó separados entre sí uno y otro, y disponiendo de la facilidad que tal estado proporciona para reiterar los desórdenes.

Numero 4. De la Provocacion.

150. Otra de las excepciones comunmente aceptadas para rechazar la accion de divorcio es la provocacion, ó sea la conducta de uno de los cónyuges, que induce al otro á practicar el hecho, considerado como causa de aquel. El fundamento jurídico de esta excepcion, es siempre, como en el número anterior, el principio de que el divorcio ha sido establecido para satisfacer solo al esposo inocente y ofendido. El derecho romano reconoció los efectos de la provocacion, segun se desprende de la siguiente doctrina del jurisconsulto Scévola: *Quum mulier viri lenocinio adulterata fuerit, nihil ex dote retinetur, cur enim improbet maritus mores, quos ipse aut ante corrupit, aut postea*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

probavit? Si tamen ex mente legis sumet quis, ut nec accusare possit qui lenocinium uxori præbuerit, audiendus est (1).

151. El derecho canónico es terminante en favor de esta excepcion, siendo segun él aplicable no solo al caso en que el marido prostituya directamente á la mujer, que comete adulterio, sino tambien á aquel en que sabiendo su crímen lo disimule y retenga á la culpable consigo, ó cuando la induzca por hechos ó palabras á delinquir (2). Esta amplitud de la presente excepcion se deduce de los términos en que todos los canonistas han interpretado las siguientes palabras del Papa Inocencio III: *Cum adulterium ei non possit objicere, qui eam adulterandam tradidit* (3). Las razones que se dan para fundar en derecho esta excepcion son tres sustancialmente. Primera: Estando el marido implicado en el mismo crímen, debe considerarse como si hubiera él mismo cometido adulterio. Segunda: Siendo la causa y fundamento del divorcio la injuria inferida al varon por el adulterio, cesa, cuando él consiente. Tercera: No puede reputarse injuriado, el que conoce y consiente la injuria.

152. Nuestro antiguo derecho pátrio menciona tambien esta excepcion. Así el Fuero Real dice: El marido no puede acusar á la mujer de adulterio, que fiziere *por su consejo ó por su mandado* (4). El Código de las Partidas dice: E otro si non debe ser cabida la acusacion de aquel, *quel mismo trae su mujer, ó es mensajero, ó toma precio por que faga ella adulterio con alguno* (5).

153. El antiguo derecho francés admitía tambien la provoca-

(1) *Dig.* lib. 24, tit. 3, l. 47.

(2) Inocencio III, cap. *Discretionem, de eo qui cognovit consanguineam uxoris suæ.*

(3) Sanchez, *De matrimonio*, lib. 10, disput. 5, nums. 3, 4 y 5.—Van-Espen, tom. 1, pars. 2, tit. 15, cap. 2.

(4) *Fuero Real*, lib. 4, tit. 7, l. 5.

(5) *Partida* 4ª, tit. 9. l. 6.

cion, si hemos de creer á Pothier que, refiriéndose á las circunstancias á que debe atender el juez, en la calificacion de la causa de divorcio por malos tratamientos, dice: "Debe entrar en consideracion, sobre si es por motivos lijeros, ó solo despues de que la mujer habia colmado toda medida en materia de palabras ofensivas, como el marido le ha inferido golpes (1)."

El Código de Napoleon guarda tambien silencio respecto á esta excepcion; pero ella es reconocida por la mayoría de los autores y por la jurisprudencia, habiendose establecido que los tribunales son soberanos para apreciar el carácter de los hechos de que se hace resultar la provocacion (2). En este sentido ha sido decidido que las violencias y sevicias no son una causa de divorcio, cuando han sido provocadas por la mala conducta de la mujer (3).

154. Nuestra legislacion nacional se ha manifestado de diferente modo, segun las épocas sobre esta materia. Desde luego debe notarse que la excepcion que nos ocupa solo ha sido tratada por nuestros legisladores respecto al adulterio, dejándose entender que, segun su criterio, la provocacion no cabe ni en el caso de sevicias á malos tratamientos, que es sin embargo el más frecuente. Esta excepcion se encuentra establecida en términos que no permiten la menor duda en las leyes siguientes: arts. 21, inciso 1º de la ley de 23 de julio de 1859; 228, inciso 1º Código de Veracruz; 181 del Estado de México; 172 de Tlaxcala y 245 del Distrito Federal de 1870. Este último artículo ha sido

(1) Pothier, *Contrat de mariage*, num. 509.

(2) Toullier, tom. 2, num. 764.—*Zacharias*, por Masse y Verge, tom. 1, pag. 253.—Massol, num. 17.—Duranton, tom. 1, num. 1162.

(3) Arrets de Metz, 7 mai 1807; Toulouse, 9 janv. 1824; Rennes, 23 fev. 1849 (Dalloz, "Separat." num 198.)

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

suprimido en el Código que comentamos, dándose por razon, pero unicamente en cuanto á la excepcion de *compensacion* de que tambien trata dicho precepto legal, y que si tiene semejanza con la presente, suele ser muy diversa de esta en no pocos casos, la inmoralidad que habria en declarar inseparable un matrimonio, precisamente cuando estaba más indicada la separacion, ó sea, en el caso de que ambos consortes, con agravio de la dignidad del hogar y con peligro del escándalo público, se hacían reos de iguales crimenes.

El silencio de este Código, aun supuesta la inaplicabilidad en términos absolutos de su parte expositiva á la provocacion, ¿será un motivo para declarar que ella no debe ser aceptada? Supongamos algunas especies: Un marido demanda el divorcio por causa de adulterio, despues de haber dejado á su mujer en un lugar y entre gentes notoriamente peligrosos para las costumbres de esta; una mujer demanda el divorcio por injurias, teniendo ella un carácter agresivo, que la hace lanzar con frecuencia los más crueles ultrajes contra el esposo; un marido, en fin, pretende divorciarse por haber sido su esposa condenada por robo, despues de haberla él incitado á cometer el delito. En los dos primeros casos se invocan causas de divorcio previstas en el art. 227, incisos 1° y 7° del Código actual del Distrito Federal; en el último, se trata de la causa de divorcio mencionada en el inciso 4° del art. 174 del Código del Estado de México, que como antes lo indicamos, es de los que, aunque aceptan *la provocacion*, es solo para el caso de adulterio. ¿Habrá lugar al divorcio? Creemos que no, atenta la naturaleza de cada una de las causas que se invocan y supuestos los antecedentes á que ellas han seguido más ó ménos de cerca. El fundamento jurídico-racional del divorcio es la necesidad que hay de satisfacer al esposo injustamente ofendido; luego, cuando no puede decirse que haya ofensa, el divorcio deja de ser necesario y caso de concederse, se convertiría en un sistema arbitrario. En este sentido deberemos decir respecto al adulterio: enhorabuena que el derecho de divorcio se conceda al esposo atacado en su honor y herido en sus más caros sentimientos por el adulterio de la esposa; ¿pero en qué se parece á esto el miserable que abandona su honra á merced de todos los ataques y peligros? Aquí ya no hay ofensa, sino un complot infame en contra de la virtud, preparado por él mismo que finje quejarse de su mancilla. De la misma manera no tiene derecho de quejarse por malos tratamientos la esposa que los provoca y arranca, por decir así, de parte de su marido, á quien injuria y humilla habitualmente. La ley exige que la injuria y los malos tratamientos sean *graves* para constituir causa de divorcio, y tal circunstancia se refiere no solo á los resultados de la ofensa, sino muy principalmente á la intencion malévola de su autor.—¿Qué deberémos decir del esposo, que pretenda separarse de la mujer condenada por haber cometido un delito, cuya apología y atractivos escuchó ella más de una vez de boca del mismo quejoso?

Es pues, el exámen concienzudo de cada una de las causas de divorcio, con todos los pormenores de cada caso; tomadas en cuenta las circunstancias anteriores del hecho que se propone como fundamento de la demanda, y muy principalmente la intencion y carácter de la persona, lo que hará que sean desechadas todas aquellas pretensiones de divorcio que, aunque apoyadas en hechos ciertos, carezcan sin embargo, por razon de la conducta del demandante, del valor jurídico necesario para motivar aquél (1). Como lo enseña Mr. Laurent, los tribunales deben considerarse como una especie de jurado destinado á decidir, si las causas alegadas por el demandante tienen la gravedad que la ley requiere para la disolucion del matri-

(1) Arrêt du 14 prairial an 13 (Merlin, *Repert.* "Divorce" sect. 4, § 13).—Rennes, 12 juill. 1813; Orleans, 11 avr. 1832 (Dalloz, 198.)

monio. Si la conducta de uno de los esposos es tal, que produzca en el otro una irritacion en cierto modo permanente, las faltas de éste deben ser atenuadas, porque pierden la gravedad que tendrian sin esa circunstancia (1).

Numero 5. De la Prescripcion.

155. ¿La accion para pedir el divorcio es prescriptible? En otros términos ¿puede el cónyuge ofendido ejercitar la accion que le corresponde, *en todo tiempo?* El legislador tiene aquí no solo que atender á los intereses del esposo culpable, sino tambien que interpretar la voluntad del inocente ofendido. Si por un lado sería cruel el desengaño que sufriese el esposo culpable, cuando despues de pasado cierto tiempo de su delito, y ya confiado en que el arrepentimiento posterior le libraría de la pena de la separacion, todavía y quizá en el momento más inesperado, tuviera que comparecer ante los tribunales, por el otro, se manifiesta demasiado clara de parte del cónyuge inocente la voluntad de perdonar en virtud del prolongado silencio guardado, despues de conocida la ofensa. Además la ley, al conceder el derecho del divorcio, no procura satisfacer tanto al rencor y á la venganza cuanto á la dignidad injustamente ofendida. Tras currido mucho tiempo de la ofensa, si la queja se hace oir ¿será la dignidad y el deseo de justicia quienes hablen, ó más bien el ódio despreciable, la pasion aviesa, ó quizá un interés infame? La respuesta no es dudosa y por tanto es no solo moral sino justísimo y muy conforme á la dignidad del matrimonio, que la accion de divorcio prescriba, trascurrido cierto tiempo despues de la ofensa.

156. A primera vista parece que la cuestion no puede presentarse sino bajo el aspecto de la ya tratada en estos comentarios,

(1) Laurent, tom. 3, núm. 214.—Poulle, *Le divorce*, pag. 171.—Combier, *Essai sur le divorce*, pag. 216.

es decir, si ha habido ó no perdon por parte del esposo inocente. Es una verdad que ámbas tienen, sobre todo en la vida real, muchísima conexion, pues las más veces, si el tiempo pasa sin que la demanda de divorcio se presente, es porque el esposo ofendido ha perdonado. Más el caso contrario es tambien posible.

157. ¿Cuál deberá ser el punto de partida para contar el tiempo de esta prescripcion? La más obvia reflexion aconseja que sea el momento en que han llegado á noticia del esposo ofendido los hechos, que son causa de la separacion, pues solo desde entonces se puede saber, si el cónyuge ofendido quiere ó no ejercitar la accion correspondiente.

158. El antiguo derecho confundía la excepcion de prescripcion con la reconciliacion, haciendo el siguiente razonamiento: El hecho de que haya pasado bastante tiempo, sin que la demanda de divorcio haya sido presentada, no se comprende sino aceptando que el esposo ofendido se ha reconciliado con el otro; de aquí el principio aplicado á la accion de divorcio: *Hæc actio dissimulatione aboletur* (1). Fácil es comprender lo falso de tal razonamiento, pues á lo sumo el silencio del esposo ofendido importa una de tantas presunciones en pro de la reconciliacion, sin que jamàs constituya una prueba segura de su existencia. La reconciliacion, en efecto, explica el silencio del ofendido; pero el silencio no supone siempre la reconciliacion. Por otra parte, quedaba siempre por fijar en el antiguo derecho la cantidad de tiempo necesaria para dar por renunciada la accion, abierta con motivo de la ofensa recibida.

159. El Código de Napoleon no menciona esta excepcion contra el divorcio, habiéndose originado de esto muy diversas interpretaciones entre los comentadores (2).

(1) *Inst. tit. de injuriis*, § 12.

(2) Toullier, tom. 2, pag. 762.— Massol, 7.—Demolombe, tom. 4, núm. 409.—Laurent, tom. 3, núm.215.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

160. De tal omision no adolece nuestra legislacion, como se demuestra por las siguientes citas: los arts. 239 del Código que comentamos y 262 de el del Distrito Federal de 1870 declaran, que la accion de divorcio solo puede ser intentada *dentro de un año,* despues que hayan llegado *á noticia* del cónyuge ofendido los hechos en que se funde la demanda. El Código de Tlaxcala (art. 174) señala solo *seis meses* para el término de la accion. El de Veracruz (art. 229) y el del Estado de México (art. 190) señalan tambien *un año;* pero este debe contarse, *desde que los hechos hayan acaecido.*

Art. 244. Al admitirse la demanda de divorcio, ó antes si hubiere urgencia, se adoptarán provisionalmente y solo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

I. Separar á los cónyuges en todo caso.

II. Depositar en casa de persona decente á la mujer, si se dice que ésta ha dado causa al divorcio y el marido pidiere el depósito. La casa que para esto se destine, será designada por el juez. Si la causa por la que se pide el divorcio no supone culpa en la mujer, ésta no se depositará sino á solicitud suya:

III. Poner á los hijos al cuidado de uno de los cónyuges ó de los dos, observándose lo dispuesto en los arts. 245, 246 y 247:

IV. Señalar y asegurar alimentos á la mujer y á los hijos que no queden en poder del padre:

V. Dictar las medidas convenientes para que el marido, como administrador de los bienes del matrimonio, no cause perjuicios á la mujer:

VI. Dictar en su caso las medidas precautorias que la ley establece respecto de las mujeres que quedan en cinta.

SECCION 4ª

DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES A QUE PUEDE DAR LUGAR LA DEMANDA DE DIVORCIO POR CAUSA DETERMINADA.

Número 1. Principios Generales.

161. Si el divorcio, segun queda ya expresado en el art. 226, solo suspende algunas de las obligaciones de que es orígen el matrimonio, con mayor razon deben estas subsistir en toda su integridad, mientras no se pronuncie la sentencia que separe á los cónyuges, ó sea, durante el juicio que se sigue para obtener aquel.

162. Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio se refieren unos á los cónyuges entre sí; otros á los hijos y algunos á los bienes. En cuanto á los primeros, debe tenerse presente que la mujer no tiene otro domicilio que el de su marido; que éste la debe alimentos, los cuales ella debe darle tambien, cuando él es pobre y está impedido de trabajar, y por último, que el marido es el administrador y legítimo representante de la esposa, que no puede, sin licencia de aquel, celebrar contratos ni comparecer en juicio, todo lo cual consta ampliamente explicado con sus limitaciones y excepciones en el tomo 2º de esta obra.

En cuanto á los hijos, el título VIII del Código, de que nos ocuparemos despues, habla de otro de los efectos del matrimonio, que es la pátria potestad, la cual se ejerce primero por el padre y solo á su falta por la madre. La pátria potestad comprende los derechos de domicilio, educacion, correccion, representacion y administracion legal de los bienes del hijo.

Por lo que hace á los bienes, hay que considerar que, siendo dos los sistemas bajo los cuales puede celebrarse un matrimo-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

160. De tal omision no adolece nuestra legislacion, como se demuestra por las siguientes citas: los arts. 239 del Código que comentamos y 262 de el del Distrito Federal de 1870 declaran, que la accion de divorcio solo puede ser intentada *dentro de un año,* despues que hayan llegado *á noticia* del cónyuge ofendido los hechos en que se funde la demanda. El Código de Tlaxcala (art. 174) señala solo *seis meses* para el término de la accion. El de Veracruz (art. 229) y el del Estado de México (art. 190) señalan tambien *un año;* pero este debe contarse, *desde que los hechos hayan acaecido.*

Art. 244. Al admitirse la demanda de divorcio, ó antes si hubiere urgencia, se adoptarán provisionalmente y solo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

I. Separar á los cónyuges en todo caso.

II. Depositar en casa de persona decente á la mujer, si se dice que ésta ha dado causa al divorcio y el marido pidiere el depósito. La casa que para esto se destine, será designada por el juez. Si la causa por la que se pide el divorcio no supone culpa en la mujer, ésta no se depositará sino á solicitud suya:

III. Poner á los hijos al cuidado de uno de los cónyuges ó de los dos, observándose lo dispuesto en los arts. 245, 246 y 247:

IV. Señalar y asegurar alimentos á la mujer y á los hijos que no queden en poder del padre:

V. Dictar las medidas convenientes para que el marido, como administrador de los bienes del matrimonio, no cause perjuicios á la mujer:

VI. Dictar en su caso las medidas precautorias que la ley establece respecto de las mujeres que quedan en cinta.

SECCION 4ª

DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES A QUE PUEDE DAR LUGAR LA DEMANDA DE DIVORCIO POR CAUSA DETERMINADA.

Número 1. Principios Generales.

161. Si el divorcio, segun queda ya expresado en el art. 226, solo suspende algunas de las obligaciones de que es orígen el matrimonio, con mayor razon deben estas subsistir en toda su integridad, mientras no se pronuncie la sentencia que separe á los cónyuges, ó sea, durante el juicio que se sigue para obtener aquel.

162. Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio se refieren unos á los cónyuges entre sí; otros á los hijos y algunos á los bienes. En cuanto á los primeros, debe tenerse presente que la mujer no tiene otro domicilio que el de su marido; que éste la debe alimentos, los cuales ella debe darle tambien, cuando él es pobre y está impedido de trabajar, y por último, que el marido es el administrador y legítimo representante de la esposa, que no puede, sin licencia de aquel, celebrar contratos ni comparecer en juicio, todo lo cual consta ampliamente explicado con sus limitaciones y excepciones en el tomo 2º de esta obra.

En cuanto á los hijos, el título VIII del Código, de que nos ocuparemos despues, habla de otro de los efectos del matrimonio, que es la pátria potestad, la cual se ejerce primero por el padre y solo á su falta por la madre. La pátria potestad comprende los derechos de domicilio, educacion, correccion, representacion y administracion legal de los bienes del hijo.

Por lo que hace á los bienes, hay que considerar que, siendo dos los sistemas bajo los cuales puede celebrarse un matrimo-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nio, el de comunidad ó sociedad conyugal y el de separacion, de lo cual nos ocuparemos en otra parte, es el primero el único que el legislador ha debido tomar en cuenta respecto al divorcio, puesto que en él, el marido es el administrador de los bienes, que puede enajenarlos, si son muebles, sin el consentimiento de la mujer, y existe el peligro de que abusara de tal autoridad en perjuicio de ella, movido por el disgusto de la demanda de divorcio.

Pero presentada la demanda de éste por causa determinada que haya interrumpido la armonía de los consortes, tienen necesariamente que modificarse los anteriores derechos y obligaciones, en todo aquello que las circunstancias indiquen, porque de no hacerse así, los abusos de la fuerza serían funestos para el esposo demandado, para los hijos y para los bienes del matrimonio. De aquí es que en todo tiempo se ha procurado tomar por el legislador ciertas providencias, que si bien relajan los principios severos de la vida conyugal, es para evitar que, durante el juicio, el fuerte cause al débil daños irreparables, sea mayor el escándalo de la separacion y puedan los inocentes hijos presenciar los disgustos de sus padres ó ser tal vez víctimas de infames atropellos ó de torpes venganzas.

Numero 2. Medidas relativas a los conyuges.

163. Desde el momento en que uno de los esposos demanda contra el otro el divorcio por causa determidada es fuera de duda que la union de voluntades ha desaparecido entre ambos, no pudiendo ya ser la vida comun sino orígen de frecuentes desavenencias y escándalos. Tal estado de cosas tiene que ser una realidad, sea cual fuere la causa de divorcio que se invoque, pero sobre todo cuando es el adulterio. ¿Cuál será pues la primer providencia que debe tomar el juez ante quien se presenta la demanda? Antiguamente y conforme al derecho canónico se exigía, en los casos de excesiva sevicia, que el marido pres-

tase á la mujer, demandante en divorcio, la caucion de *non offendendo*, si, por razones de especiales circunstancias, había de volver al lado de aquel (1). Dependía pues del prudente arbitrio del juez eclesiástico decretar ó no la separacion de los cónyuges, segun los casos.

164. El derecho moderno, comprendiendo que la cohabitacion, despues de presentada cualquier demanda de divorcio, sería peligrosa, ha decidido que *en todo caso* el juez proceda á separar á los cónyuges, sin que este punto dependa ya, en lo absoluto, de la prudencia judicial.

Si se exceptúa el código civil de Tlaxcala que no trata sino de los efectos del divorcio despues de pronunciada ya la sentencia relativa, todos los demas, vigentes en la República Mexicana, prescriben la medida de la separacion provisional de los casados, en seguida de presentada la demanda de divorcio, como necesaria y urgente en todos los casos. En este sentido son terminantes los arts. 236, inciso 1º del Código de Veracruz; 194, inciso 1º del Estado de México; 266, inciso 1º del Distrito Federal de 1870 y 244, inciso 1º del actual.

165. Mas sin perjuicio de la simple separacion, que deja á cada uno de los cónyuges, dueño y señor de sus acciones, no teniendo que responder sino él mismo de ellas, puede hacerse necesario que á ella se añada el depósito ó guarda de la persona, ya sea porque no preste satisfactorias garantías de buena conducta durante el juicio, ya porqué necesite del cuidado y asistencia de alguna familia respetable, para gozar de toda libertad y quietud en el ejercicio de sus derechos. Esto constituye otra de las medidas provisionales que el juez debe tomar en el caso de divorcio.

---

(1) *Decretal.* tit. 19, lib. 4.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Sin embargo, como ella importa la sujecion de uno de los cónyuges á persona extraña al matrimonio, que debe vigilarlo y asistirlo, las leyes desde antiguo solo han referido esta medida á la mujer, prescribiendo que se tome en cuenta, para decretarla, si ella es ó no culpable de el hecho que motiva el divorcio. Por manera que, si la demanda supone culpa en la mujer, el depósito deberá hacerse á pedimento del marido que, conociéndola con anterioridad, está en aptitud de temer por parte de ella nuevas ofensas y atentados contra su honra. En el caso contrario, ó sea cuando la mujer es inocente, el depósito solo podrá decretarse á solicitud suya, pues solo ella puede saber, si el marido es ó no capaz de impedirle el ejercicio de sus derechos. Conforme á esta doctrina han sido redactados los artículos siguientes de nuestra legislacion: 236, inciso 2.º del Código de Veracruz; 194, inciso 2.º del Estado de México; 266, inciso 2.º del Distrito Federal de 1870 y 244, inciso 2.º de el actual, todos los cuales prescriben que el juez, y no las partes, hagan la designacion de la casa que ha de servir de depósito.

Nuestro jurisconsulto D. Blas J. Gutierrez opina, en cuanto al depósito de mujer casada, que no debe depender de las circunstancias de su culpabilidad ó inocencia, ni de la solicitud de ella ó del marido, el que sea ó no decretado por el juez, sino que es más conveniente que éste lo decrete de oficio, cuando segun su criterio sea necesario. "No es prudente, dice este autor, la disposicion anterior, porque si la mujer dió causa al divorcio; por osadía ó imprudente confianza no teme seguir en la casa comun; el marido *no pide el depósito* de ella; y por esto conforme á la letra de la misma fraccion, no se provee el secuestro; se la expone en la casa marital á sufrir males, que en momento dado se lance á inferirle el marido indignado con el recuerdo de la ofensa; y si por el contrario es la mujer inocente, y por esto se le deja seguir viviendo con el culpable de quien se queja, la sola noticia de la demanda puede mal aconsejarle un acto violento con la ofendida (1)." Es esta tambien la doctrina seguida por Laurent en su proyecto de un Código civil belga (art. 238,) y no cabe duda que es la mas conforme á razon en las difíciles circunstancias que contra la mujer, ser débil y sometida á la autoridad marital, crea siempre la demanda de divorcio. Pero á ella se opone en términos que no admiten duda los textos legales antes citados y muy especialmente los artículos 1500 y 1515 del Código de procedimientos, vigente en el Distrito Federal.

Los artículos de nuestros códigos, antes citados, son además censurables, porque hacen depender el secuestro de la mujer cuando es culpable de la causa de divorcio, del pedimento del marido. Por manera que, si la mujer es demandada por adulterio, *vervigratia*, el depósito dejará de verificarse, caso de que el marido no lo solicite. ¿Cómo no ver lo inconveniente de tal disposicion, con la cual la mujer queda expuesta á las venganzas y rencores del esposo ofendido? En este punto el art. 268 francés aventaja á nuestra legislacion, pues él no distingue, si la mujer es *demandante* ó *demandada*, y solo ve las graves disenciones levantadas entre los esposos, de los cuales el hombre tiene siempre en su favor la autoridad y la fuerza, elementos con que puede saciar su ódio sobre la mujer, ser débil y tanto más menesteroso de amparo, cuanto que se ha hecho culpable á los ojos de aquel. "La mujer *demandante* ó *damandada* en divorcio podrá dejar el domicilio del marido durante el juicio etc." La ley española de Enjuiciamento civil de 1.º de Enero de 1856 adoptó en esta materia un término medio, concediendo á ambos esposos, en el caso de ser demandada la mujer, el derecho de pedir el secuestro de ésta. Los Sres. Manresa y Reus, en el comentario del art. 1298 dicen: "La locucion impersonal que usa este artículo da á entender que pueden pedir

(1) *Código de la Reforma*, tom. 2, parte 3.ª, pag. 308.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

el depósito tanto la mujer como el marido, y esto es tambien lo que aconseja la razon y lo que está admitido en la práctica. Violento y repugnante será al marido seguir viviendo con una mujer á quien considera culpable de haber faltado á la fé conyugal, y debe, por tanto, tener el derecho de pedir que se la separe de su compañía, constituyéndola en depósito, luego que resulte probada esa presuncion de culpabilidad con la admision de la demanda de divorcio ó querella de adulterio: y si el marido no lo pide, ha de tener ella el derecho de solicitarlo, porque no le será ménos repugnante y violento seguir viviendo al lado de un hombre, que ha lanzado contra su honra tan tremenda acusacion. Y lo mismo cuando el divorcio se funde en cualquiera otra causa, pues siempre afecta profundamente la honra de los cónyuges, ó la paz del matrimonio."

Nuestros códigos, como el francés (arts. cits.,) imponen al juez la obligacion de ser él, quien designe la casa que ha de servir de depósito.

166. Esto supuesto, ocurre preguntar: ¿la residencia provisional de la mujer puede fijarse fuera del lugar donde está radicado el juicio? La cuestion es contravertible lo mismo en nuestro derecho que en el francés por la falta de textos literalmente aplicables. Si se considera que la autoridad marital no se suspende por causa del depósito provisional, y que el esposo está interesado en que la mujer no resida demasiado léjos de él, para poder vigilar su conducta y estar siempre cierto de que no abandona la residencia que le ha sido fijada, parece que ésta no puede situarse en otra parte que en el territorio jurisdiccional donde el juicio se sigue, y en este sentido pueden citarse dos sentencias de tribunales extranjeros: una de la corte de Paris de 4 de Diciembre de 1810 y otra del Tribunal Supremo de España de 1866 (1). Sin embargo, si los parientes de la mujer

(1) Dalloz, *Separat.* núm. 136.—*Escriche* por Caravantes y Vera, "Depósito de personas."

residen en otra parte; si su madre, por ejemplo, una tía ó cualquier otra persona, que pudiera influir eficazmente sobre la conducta de aquella, tienen su domicilio fuera del territorio jurisdiccional, ¿no será mas prudente fijar el depósito de la mujer allí, aunque así esté léjos del marido? Se conviene generalmente que el depósito se señala en determinado lugar por consideracion á la persona ó familia que es responsable de él; luego sobre esta cuestion es mas sábio decir con Demolombe, que todo esto no constituye sino un punto de conveniencia y apreciacion, abandonado al prudente arbitrio del juez (1).

La misma doctrina creemos aplicable por el juez al caso de que la persona en cuya casa se ha fijado el depósito, cámbie de domicilio, lo cual importa un incidente que deberá sustanciarse conforme á lo prescrito en el art. 1510 del Código de procedimientos civiles, vigente en el Distrito federal.

167. La jurisprudencia francesa nos suministra la siguiente especie: ¿puede haber casos en que la mujer, en vez de ser reducida á buscar un asilo, imponga ésta necesidad á su marido y permanezca en posesion de la habitacion comun? En otros términos, ¿el juez puede designar, como lugar del depósito, la casa misma conyugal, haciendo salir de ella al marido é introduciendo á la persona responsable del depósito? Segun los términos del art. 268 francés parece que no, porque ellos suponen siempre que el marido permanecerá en la casa comun y que la mujer vivirá en otra parte. La opinion contraria, sin embargo, ha prevalecido entre los autores y en la jurisprudencia. Escuchad á Demolombe: "Esta mujer, dice, demandante ó demandada en separacion de cuerpo tiene una casa de comercio; la tenía antes de su matrimonio y es el marido quien ha venido á ella; puede suponerse, que no ha establecido la casa mercantil sino despues del matrimonio; pero que es ella quien la

(1) Demolombe, tom. 4, núm. 456.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

administra por sí sola; la mujer es modista por ejemplo..... ¿Quereis arrancar esta mujer á su comercio, y dejarlo al marido? ¡Esto equivaldria á destruir el establecimiento, á arruinar á la mujer y á los hijos y tal vez tambien al marido mismo! Yo no vacilo pues en creer que el presidente tiene el poder de ordenar provisionalmente la expulsion del marido en estos casos y otros semejantes; como sí, por ejemplo, todavía, la mujer, víctima de las brutalidades del marido, se encontrase en un estado tal de debilidad, que no pudiera ser trasportada á otra parte. El texto legal no ha previsto sino le caso mas ordinario, y no tiene sobre el particular sino un valor demostrativo. En cuanto á los principios, no me parecen oponerse al empleo de esa medida puramente provisional y conservatoria, ordenada, cuando las circunstancias lo exigen, por el magistrado en nombre de la ley misma y para el mayor interes de los esposos (1).''

Hé ahí ciertamente casos escepcionales, que á pesar de todo no nos parecen deber motivar, ni en la teoría ni en la práctica, relajacion alguna del principio que prescribe el señalamiento del depósito fuera de la casa comun. La expulsion del marido del domicilio conyugal será siempre, aun siendo él el culpable, un acto injurioso y atentatorio á la dignidad de la familia, que no puede caber en el pensamiento prudente del legislador. Nuestras costumbres rechazan esa sola idea de que el marido, jefe del hogar y autoridad para la esposa y los hijos, sea vejado hasta el extremo de que se le arroje del domicilio comun y se le prohiba la vuelta. Si la mujer tiene allí un establecimiento mercantil, que lo traslade á otra parte, sin que para esto obste

---

(1) Demolombe, tom. 4, núm. 457.—Laurent, tom. 3, núm. 258. —Arrêts: Limoges, 21 mai 1845; Paris, 2 août 1841; Douai, 3 avr. 1852; Orleans, 10 juin. 1853 (Dalloz, 140).

que la dislocacion sería perjudicial á sus intereses, porque la autoridad marital, institucion social y de derecho público, debe ser, sobre tales consideraciones, protegida y escudada contra todo atentado. Supóngase aun el caso más grave: el domicilio conyugal es una casa parafernal. Pues ni aun entonces debe ser expulsado el marido para fijar en ella el depósito de la mujer. Habiendo ésta consentido en que el domicilio conyugal fuese su propia casa, débese presumir que no se reservó el derecho de interrumpirlo brusca y caprichosamente. ¿Cómo? Un arrendatario no puede ser expulsado violentamente y, ¿deberá serlo el marido, representante del nombre y dignidad del matrimonio? Entre nosotros la cuestion apenas puede concebirse, pues el art. 1504 del Código de procedimientos antes citado dice textualmente: *el juez.....extraerá á la mujer de la casa del marido* y constituirá el depósito. Este, en consecuencia en ningun caso puede consistir en la ocupacion de la casa comun, con exclusion del marido, porque sería violentar el sentido de la ley, dándole ademas una interpretacion odiosa y contraria á la autoridad, que en la familia tiene el marido.

168. Constituido el depósito, y en aptitud ya la mujer para litigar en el juicio de divorcio contra su marido, natural es que necesite elementos pecuniarios para subsistir y subvenir á los gastos del litigio, no menos que todos aquellos efectos que le pertenezcan y sean indispensables para la vida, como son el lecho cuotidiano y la ropa. El Código de procedimientos vigente en el Distrito Federal ha previsto esta medida, prescribiendo al juez el deber de hacer entregar á la mujer aquellos efectos, bajo inventario, una vez designada la persona del depositario (art. 1502). Mas ¿que deberá decidirse á este respecto, si se suscita por parte del marido alguna cuestion relativa á los objetos que pretenda llevarse la mujer; si por ejemplo, el marido resiste á que le sean entregados los vestidos de lujo? Autores hay que, fundándose en la naturaleza de la situacion crea

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

da á la mujer por la demanda de divorcio, sostienen, que, pues ella se refugia en otra habitacion que la de su marido y tiene que guardar una conducta reservada y por todo estremo cauta y sencilla, le son inútiles ó impropios los ricos vestidos, los objetos de lujo, solo indicados para las damas que se divierten en público y alegran los salones. En apoyo de esta doctrina se invoca tambien la autoridad de Pothier, que solo habla, para este caso, de vestidos y de ropa de que la mujer tenga necesidad *para su uso diario* (1). En este sentido ha sido redactado el art. 878 del Código francés de procedimientos. Pero Dalloz sostiene que, interpretar esa disposicion rigurosamente conforme á su letra, sería atribuir al legisledor una severidad exsagerada y casi miserable, que no puede ser conforme á sus altas y desapasionadas miras. En apoyo de esta manera de ver cita las siguientes palabras de Debelleyme: "El presidente *estiende ó restringe* la disposicion relativa á los efectos, ropa y muebles, segun la *condicion de las partes y las circunstancias*.....Esta disposicion es abandonada á la sabiduría del juez, á fin de que la mujer no abuse de ella y que la negativa del marido no sea demasiado rigurosa (1)." El artículo de nuestro Código de procedimientos antes citado habla de *toda* la ropa de la mujer, sin la taxativa de solo la que sea de *uso diario é indispensable*, y en caso de oposicion por parte del marido, el art. 1503 del propio Código, encomienda tambien al juez la desicion, contra la cual no cabe ulterior recurso, y que debe darse *segun las circunstancias de las personas*.

169. En cuanto á los alimentos provisionales de que la mujer tiene tambien necesidad durante el juicio de divorcio, y una vez decretado su depósito, nuestros códigos han prescrito que se

(1) Pothier, núm. 518.—Massol, 238.—Demolombe, tom. 4, num. 458

(2) Dalloz, *Separat.* núm. 145.

le señalen y aseguren en cantidad bastante segun las necesidades de la mujer y la posibilidad del marido. Arts. 244, inciso 4º del Código que comentamos; 266, inciso 4º del Código del Distrito Federal de 1870; 236, inciso 4º de Veracruz y 194, inciso 4º del Estado de México.

170. Este deber de alimentacion está sometido á las reglas y principios establecidas en general para la deuda alimenticia. Por consiguiente, los de que aquí se trata comprenden no solo el sustento necesario para la vida, sino tambien el vestido, la habitacion y la asistencia en caso de enfermedad; son recíprocos, ó lo que es lo mismo, el que los dá, tiene á su vez el derecho de pedirlos; no son fijos é invariables, sino que aumentan ó disminuyen en cantidad, segun la posibilidad del deudor y las necesidades del acredor, é importan una obligación de tal manera sagrada y respetable que, cumplida en favor del cónyuge necesitado por persona extraña, el otro cónyuge está obligado á indemnizar á ésta de todos los gastos erogados (1).

Esto supuesto se sigue: 1º que es indiferente para que la deuda alimenticia proceda de un cónyuge en favor del otro, que éste sea demandante ó demandado en divorcio. ¿Podria el marido demandado dar por razon para no cumplir esta deuda, que es injusto suministre á la mujer demandante medios de atacarle? ¿podría él mismo, siendo demandante, alegar que no es acreedora á proteccion la mujer culpable? No, porque la deuda alimenticia se funda en el deber superior que obliga á los casados por solo este carácter á socorrerse y ayudarse mutuamente, sobre cualquiera otra consideracion, é independientemente de las conveniencias personales de cada individuo. Además, medida provisional la que en este momento nos ocupa, no puede suponer, ni culpabilidad ni inocencia, en ninguno

(1) Véase el tomo 2º de esta obra, núms. 421 y siguientes.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de los consortes, lo cual queda para la desicion definitiva del juicio de divorcio.

Se sigue 2º que si el peticionario de alimentos tiene elementos suficientes para la vida, ó el que debe darlos carece de ellos, cesa la obligacion alimenticia, la cual debe ser proporcionada á la posibilidad del deudor y á las necesidades del acreedor.

Se sigue 3º que si la mujer tiene bienes y el marido carece de ellos y está impedido de trabajar es ella quien debe dar alimentos á él, segun ya lo expusimos en otro lugar (1). En efecto, el código habla del caso más frecuente y ordinario, que es aquel en que el marido reporta la obligacion alimenticia en favor de la mujer, pero esto no quiere decir, que en caso de que el marido sea el necesitado, no pese sobre la mujer una obligacion, que como la alimenticia, es por naturaleza recíproca.

Se sigue 4º que la cantidad de dinero por vía de alimentos debe variar segun las circunstancias, de tal manera que ella depende de las necesidades del esposo que la pide y de los recursos de aquel que debe suministrarla.

Se sigue 5º que si un tercero ha suministrado á la mujer las cantidades de dinero necesarias para la subsistencia y aun para los gastos del litigio, el marido está obligado al rembolso, pues de la obligacion que de darse alimentos tienen los esposos, nace, como necesaria consecuencia, la que uno de ellos tiene de indemnizar las cantidades que al otro se hayan ministrado por un extraño. Sobre este punto habria siempre que atender á las circunstancias, para evitar los abusos que podrian cometerse, como si se diesen al alimentista cantidades de dinero excesivas y fuera de límites razonables (2).

---

(1) Véase tomo 2º de esta obra núm 340.

(2) Véase tomo 2º de esta obra, num 435.

171. La provision alimenticia ¿deja de ser obligatoria para el marido en favor de la mujer, cuando ésta abandona el depósito? El Código de Napoleon (art. 269) resuelve afirmativamente esta cuestion y sobre ella están de acuerdo todos los comentadores (1). Gutierrez Fernandez enseña lo mismo, citando una sentencia de 10 de Junio de 1873 del Tribunal Supremo de España (2). Pero en nuestra legislacion no consideramos que puede apoyarse tal doctrina, por faltar en lo absoluto prescripcion aplicable. La suspension de la deuda alimenticia importa en el presente caso una verdadera pena, y ninguna puede hacerse efectiva sin la fuerza de un principio exactamente aplicable.

172. Esto no quiere decir que sobrevenido el incidente del abandono del depósito por la mujer, el marido no pueda solicitar su reintegro. Es este uno de los casos previstos en términos generales por el art. 1510 del Código de procedimientos civiles.

173. Respecto de las mujeres en cinta, al demandarse el divorcio, prescriben nuestros códigos otra medida provisional de la mayor importancia. Sus motivos se encuentran expuestos en las siguientes palabras de nuestro maestro D. Blas J. Gutierrez: "Respecto á las precauciones legales relativas á las mujeres grávidas, no pueden ser otras que las del cuidado ó velacion del vientre, para que no haya facilidad de ocultacion, suposicion, suplantacion ó exposicion del parto, ó de aborto procurado ó infanticidio, delitos muy posibles, bien para hacer desaparecer la prueba de una infidelidad, bien vengándose del marido en su hijo, ó bien haciendo pasar por su hijo al que no lo es; porque ya que la ley, separando al marido de la mujer, le

---

(1) Laurent, tomo 3, num 263.—Coulon-Faivre, *Le divorce*, pag. 132.

(2) Gutierrez Fernández, *Codigos españoles*, tom. 1, pag. 412.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

impide que sobrevigile por su honra, por sus afectos y por sus intereses, justo es que la misma ley se encargue de tales cuidados (1)." Estas precauciones son las mismas que deben adoptarse á la muerte del marido, con respecto á la viuda grávida. Aplicando pues los arts. 3637 y siguientes del Código que comentamos, resulta que, si al ser separada la mujer del marido, está ó cree estar en cinta, debe ponerlo dentro de cuarenta dias en conocimiento del juez, para que lo notifique al marido.—Este puede pedir al juez que se proceda oportuna y decorosamente á la averiguacion de la preñez.—Aunque ésta resulte cierta ó el marido no la contradiga, podrá pedir al juez que dicte las providencias convenientes para evitar la suposicion del parto, ó que el hijo que nazca pase como viable, no siéndolo en realidad.—Cuando el resultado de la averiguacion fuere contrario á la certeza de la preñez y la mujer insista en que aquella es verdadera, podrá pedir al juez que, con audiencia del marido, le señale una casa decente, donde sea guardada á vista y con todas las precauciones necesarias, hasta que llegue el tiempo natural del parto.—El marido puede pedir en cualquier tiempo que se repita la averiguacion.—Esta tendrá lugar, aunque el marido haya reconocido en instrumento público ó privado la certeza de la preñez de su consorte.

174. Estas mismas prevenciones, sálvas insignificantes diferencias, existen en los demás códigos de la República y deben tambien ser tomadas con respecto á la mujer demandante ó demandada en divorcio, segun los artículos siguientes: 236, inciso 6.º del Código de Veracruz; 194, inciso 6.º de el del Estado de México; 266, inciso 6.º de el del Distrito Federal de 1870, y 244, inciso 6.º del que comentamos.

---

(1) B. J. Gutierrez, *Cod. de la Reforma*, tom. 2, part. 3.ª pag 308.

Numero 3. De las medidas provisionales relativas a los hijos.

175. La separacion de los cónyuges no puedeménos que ejercer influencia sobre los hijos. Por eso el legislador en todo tiempo ha cuidado de prescribir reglas para fijar, en poder de cuál de los padres deben quedar estos inocentes frutos de las uniones mal avenidas. ¡Ojalá que tales reglas hubieran sido siempre dictadas en interés de ellos y no más bien sacrificándolos á las exajeraciones del poder doméstico! En el primitivo derecho romano, y en virtud de la autoridad absoluta y exclusiva del padre sobre los hijos, era muy natural que estos quedasen siempre bajo la guarda de aquel, cualquiera que fuese su edad y aun siendo el marido culpable de la causa de divorcio. ¿Podía ser de otra manera ante una legislacion que daba al padre derecho de vida y muerte sobre los hijos y que excluia á la madre de la patria potestad? Fueron los emperadores Antonino *Pio*, Marco Aurelio y Severo los primeros que establecieron una excepcion al principio del antiguo derecho, en favor de la madre, para el caso en que el padre se hiciese indigno del poder sobre los hijos. Así nos lo refiere Ulpiano en las siguientes palabras: *Si vero mater sit, quæ retinet, apud quam interdum magis, quam apud patrem, morari filium debere, ea justissima scilicet causa, et divus Pius decrevit, et a Marco et a Severo rescriptum est: æque subveniendum ei erit per exceptionem—Etiam si maxime autem probet filium pater in sua potestate esse: tamen, causa cognita, mater in retinendo eo potior erit; idque decretis divi Pii quibusdam continetur: obtinuit enim mater ob nequitiam patris, ut sine deminutione patriæ potestatis apud eam filius moretur* (1).

---

(1) *Dig.* lib. 43, tit. 30, l. l. 1, § 3 y 3, § 5.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Más tarde los emperadores Diocleciano y Maximiano establecieron que *el juez decidiese*, atendiendo al interés de los hijos, á quien de los padres deberian estos ser confiados: *Licet neque nostra, neque divorum parentum nostrorum ulla constitutione caveatur ut per sexum liberorum inter parentes divisio celebretur, competens tamen judex æstimabit, utrum apud patrem, an apud matrem matrimonio separato filii morari, ac nutriri debeant* (1). Finalmente Justiniano ordenó que el *cónyuge inocente* guardase los hijos, y caso de ser ambos culpables, que el juez diese la guarda á una persona designada por él: *Et si quidem pater occasionem separationis præbeat, et mater ad secundas non venerit nuptias: apud matrem nutriantur, expensas patre præbento. Si vero per causam matris ostendatur solutum matrimonium: tunc apud patrem maneant filii, et alantur.—Si autem ambo parentes in hujusmodi vitium incidant, tunc utriusque parentis substantiam filiis applicari: dispensatorem autem eis, qui in minori sunt ætate constituti ordinari providentia competentis judicis et aliorum quibus hæc ex nostris legibus sunt commissa* (2).

176. El antiguo derecho español siguió las prescripciones justinianas en esta materia. *E si acaesciesse, que se parta el casamiento por alguna razon derecha, aquel por cuya culpa se partió, es tenudo de dar de lo suyo de que crien los hijos, si fuere rico, quier sean mayores de tres años, ó menores; é el otro que no fué en culpa, les deue criar é auer en guarda* (3).

177. El Código de Napoleon (art. 267) manda que el marido sea durante el juicio de divorcio el guardian de los hijos, excepto el caso en que el tribunal ordenare otra cosa, ya á pedimento

(1) *Cod.* lib. 5, tit. 24, l. 1.
(2) *Novela* 117, caps. 7 y 10.
(3) *Partida* 4ª, tit. 19, l. 3.

de la madre, ya de la familia ó del Ministerio Público, por razon de la mayor ventaja de los hijos.—De esta disposicion se sigue que la patria potestad, durante el juicio que nos ocupa, pertenece en principio al padre, siendo indiferente para el caso, que figure como demandante ó demandado; y que ella puede ser otorgada á la madre, lo mismo que á una extraña persona, si en opinion del tribunal, así lo exije el mayor bien de los hijos.

178. Nuestra legislacion es uniforme sobre que la patria potestad pertenese de derecho al cónyuge inocente. Para el caso de que ambos sean culpables, los códigos de Veracruz (art. 237) y del Estado de México (art. 196) establecen que se provea á los hijos de tutor, á diferiencia de el del Distrito Federal de 1870 (art. 268) y el que comentamos (art. 245), que ordenan que solo se acuda al nombramiento de tutor, cuando no hubiere otro ascendiente en quien recaiga la patria potestad. Pero todos reconocen que, á pesar de las disposiciones anteriores, pueden los tribunales, á pedimento de los abuelos, tíos ó hermanos, mayores de los hijos, acordar cualquier medida que se considere benéfica á estos (arts. 238, Código de Veracruz; 197, del Estado de México; 269, del Distrito Federal de 1870 y 246, del actual).

Son estas las disposiciones legales que, aun siendo referentes á la situacion definitiva de los hijos despues de *ejecutoriado* el divorcio, deben observarse como medida provisional, durante el juicio, segun lo prescrito en los arts. 236, inciso 3º del Código de Veracruz; 194, inciso 3º de el del Estado de México; 266, inciso 3º de el del Distrito Federal de 1870 y 244, inciso 3º de el que comentamos. Siendo pues medida *provisional* la que aquí quiere establecer el legislador, ¿cuál de los sistemas mencionados es más conveniente y conforme á los principios? Dar siempre durante el juicio de divorcio, el derecho de patria potestad al padre, solo puede sostenerse, como consecuencia de las inhumanas leyes vigentes en esa primitiva

época de la legislacion de Roma, en que era tan excesivo el poder del *pater familias* y estaba su respeto tan arraigado en las costumbres, que Antonino *Pio*, deseoso de restringirlo, apenas se atrevió á proponer que se persuadiese al padre á un ménos acerbo ejercicio de sus omnimodas facultades: *ut patri persuadetur, ne acerbe, patriam potestatem exerceat* (1). Decir que la patria potestad pertenece durante el juicio al *cónyuge inocente* es una *petitio principii*, pues antes de la sentencia de divorcio no hay conyuge inocente ni culpable. En consecuencia nosotros opinamos que, debiendo ser la providencia que nos ocupa, tomada exclusivamente en interés de los hijos, se establezca, como principio, que sea el juez quien designe la persona, aun extraña, bajo cuya guarda han de quedar aquellos, atentos la causa por la cual se ha pedido el divorcio, el carácter y educacion de los conyuges, la edad y el sexo de los hijos. Era la opinion de Cambaceres en el Consejo de Estado en Francia: "Sería preciso á lo ménos dar á los tribunales una instruccion que los hiciese capaces de decidir segun las circunstancias. La situacion, en efecto, no es la misma, cuando el divorcio es pedido por el marido, que cuando lo es por la mujer; cuando los hijos son varones ó pertenecen al sexo femenino."

179. Supuesto que puede haber casos en que los hijos queden en poder de la madre, la obligacion alimenticia que en favor de ellos pesa sobre el padre, tiene que continuar viva, aun despues de la separacion, pues fundada tal deuda en las relaciones naturales entre los hijos y los padres, nada indica que se suspenda su cumplimiento por razon del divorcio. Mas como podría ser que el alejamiento de los hijos inspirara al autor de sus dias repugnancia á continuar pagando los alimentos, nuestros códigos han establecido, como medida provisional, que

(1) Bernard, *L'autorite paternelle á Rome*, pag. 27.

puede tomarse durante el juicio de divorcio, ó antes si hubiere urgencia, que el juez señale y asegure alimentos á los hijos que no queden en poder del padre. En este sentido son expresos los arts. 236, inciso 4º del Código del Estado de Veracruz; 194, inciso 4º de el del Estado de México; 266, inciso 4º de el del Distrito Federal de 1870 y 244, inciso 4º de el que comentamos.

Numero 4. Medidas provisionales relativas a los bienes.

180. Como lo hemos manifestado en otro lugar (1), el marido es el administrador legítimo de los bienes del matrimonio, pudiendo con tal carácter, aun sin consentimiento de la mujer, enajenar y obligar á título oneroso los bienes muebles, aun preciosos; y ejercer en una palabra, todos los actos y derechos de la administracion, en los términos prevenidos por la ley. Ahora bien, interrumpida la armonía de los consortes por la demanda de divorcio, serían no poco frecuentes los casos en que la mujer tuviera justísimas razones para temer perjuicios en su contra de parte del marido, colocado por la ley, en aptitud de abusar de sus facultades. La situacion formada por la ley del matrimonio á los cónyuges, se funda sobre previsiones que, despues de la queja de uno de ellos, han dejado de realizarse; y habría gravísimos inconvenientes en mantenerla hasta el éxito del juicio de separacion. Por eso el legislador ha procurado prevenir tales inconvenientes, en la forma expresada en los números anteriores, tanto por lo que respecta á los cónyuges entre sí, como por lo que hace á los hijos del matrimo-

(1) Véase el tomo 2º de esta obra, núm. 344.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nio. Pero los bienes son tambien dignos de ser tomados en cuenta por el peligro que corren de que sean sustraidos, ocultados ó mal administrados durante el juicio de separacion.

181. El Código francés (arts. 270 y 271) declaran que la mujer, cuyos bienes estén en comunidad con los del marido, bien sea demandante ó demandada en divorcio, podrá en cualquier estado de la causa.....pedir para la conservacion de sus derechos, que se sellen los efectos muebles de la comunidad. Los sellos no se levantarán sino despues de hacer inventario con avalúo, con obligacion por parte del marido de presentar las cosas inventariadas y de responder de su valor, como depositario judicial.—Toda obligacion contraida por el marido con cargo á la comunidad de bienes, toda enajenacion hecha por él de inmuebles dependientes de la sociedad conyugal,.....se declarará nula, si se prueba que se ha hecho en fraude de los derechos de la mujer. —La jurisprudencia se presenta no poco contradictoria sobre la extension de las facultades concedidas al juez en esos dos artículos. La cuestion puede formularse de la manera siguiente: la imposicion de sellos y el inventario de los bienes de la comunidad conyugal ¿son las *únicas* medidas precautorias que el juez puede tomar contra el marido para que no cause perjuicios en los bienes á la mujer? Dos sentencias de los tribunales belgas, la una de Liege de 17 de Febrero de 1847 y la otra de Casacion de 7 de Enero de 1860 declaran, que la imposicion de sellos autorizada por el art. 270 *no excluye* cualquiera otra medida conservatoria, porque los tribunales tienen sobre ésta materia un poder absoluto de apreciacion (1). Los tribunales franceses no han sido mas uniformes. Una sentencia de Metz de 28 de Junio de 1810 declara que se puede ordenar que el dinero perteneciente á la comunidad sea depositado en la caja de depósitos

(1) *Pasicrisie*, 47, 2, 145 y 60, 1, 38.

y consignaciones; pero lo contrario se encuentra decidido por la corte de Paris en 4 de Marzo de 1825 (1). ¿Puede pedirse, en calidad de medida conservatoria, el secuestro judicial de los bienes de la comunidad? Negativamente resuelven esta cuestion dos sentencias de la corte de Bruselas, la una de 16 de Junio de 1832 y la otra, de 13 de Noviembre de 1847 (2). Mr. Laurent, comentando el art. 270, dice: "Si la mujer reclama otras medidas que las que dicho artículo le permite requerir, medidas mas onerosas, por ejemplo, el tribunal no tendria el derecho de ordenarlas. Ese artículo es restrictivo; porque deroga á los poderes que el marido tiene como gefe de la comunidad; ahora bien toda derogacion del derecho comun es de estricta interpretacion (3)." Massol al contrario enseña que, siendo el objeto de la prevencion contenida en el art. 270, prevenir los fraudes del marido, el juez tiene la facultad de tomar cualquiera medida que le sugieran las circunstancias, sin sujecion á los medios que solo por vía de ejemplo menciona dicho artículo (4). El punto pues es contravertible, no solo segun la jurisprudencia sino tambien en la opinion de los autores, y no ha dejado de serlo hasta la ley francesa de 27 de Julio de 1884 que en su art. 242, siguiendo la opinion de Massol, menciona expresamente la imposicion de sellos, no como la única medida conservatoria, sino como la mas notable y frecuente que pueden tomar los tribunales, para prevenir los fraudes sobre los bienes de la comunidad conyugal durante el juicio de divorcio.

Debe notarse tambien que para la adopcion de estas medidas precautorias, nada importa que quien las pide sea demandado

(1) Coulon-Faivre, "Le Divorce" pag. 160.
(2) *Pasicrisie*, 32, 2, 179.
(3) Laurent, tom. 3, num. 268.
(4) Massol, 23 y sigts.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ó demandante en divorcio, pues en realidad han sido establecidas, independientemente de la circunstancia de culpabilidad, para evitar los perjuicios que puede causar sobre los bienes aquel de los cónyuges á quien pertenece la administracion.

182. Veamos ahora cómo se ha manifestado nuestra legislacion sobre esta importante materia. El primer proyecto de un Código civil mexicano (art. 98), siguiendo las doctrinas del jurisconsulto español Goyena (1), decía: "Dictar las medidas convenientes para que el marido, como administrador de los bienes del matrimonio, no cause perjuicios á la mujer, *si ésta pide el divorcio.*" Nada pues de determinacion en la naturaleza de las medidas preventivas; pero sí limitacion de ellas en favor solo de la mujer demandante en divorcio.

Promulgados los varios códigos, ha venido á establecerse la misma generalidad de las medidas que, á juicio del juez sean convenientes para precaver los perjuicios que podrian resultar de la desavenencia de los cónyuges, suprimiéndose la taxativa que, desde el Sr. Goyena, se habia fijado para la mujer demandante. En nuestro concepto nada es más justo que tal supresion, porque tambien son de temerse graves perjuicios de parte del marido y en contra de la mujer, cuando es ésta la que, por haber ofendido al primero, es demandada en divorcio. ¿Acaso la indignacion del esposo ultrajado no podrá sujerirle la idea de venganza, privando de sus recursos á la mujer? Esta, por otra parte, tiene el más indiscutible derecho á que sus intereses sean preservados contra todo fraude, tanto más cuanto que podria suceder que el marido no probase los hechos en que funda su accion. En este sentido han sido redactados los arts. 236, inciso 5º del Código del Estado de Veracruz; 194, inciso 5º de

(1) *Proyecto*, art. 81, inciso 5º

el del Estado de México; 266, inciso 5º de el del Distrito Federal de 1870 y 244 inciso 5º del que comentamos. Así, dada la latitud de las medidas que el juez puede tomar con el fin indicado, al presentarse la demanda de divorcio, ó antes si hubiere urgencia, puede privarse aun de la administracion de los bienes comunes al marido, con lo cual queda dicho que el embargo, el inventario, nombramiento de interventor, etc., etc., son tambien actos perfectamente legales, que pueden ser ordenados por el juez segun las circunstancias. En este sentido han sido pronunciadas diversas sentencias por nuestros tribunales.

Art. 245. Ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos ó se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable; pero si ambos lo fuesen y no hubiere otro ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá á los hijos de tutor conforme á los arts. 446, 447 y 458.

Art. 246. Sin embargo de lo dispuesto en los artículos anteriores, antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad ó tutela de los hijos, podrán acordar los tribunales, á pedimento de los abuelos, tíos ó hermanos mayores, cualquiera providencia que se considere benéfica á los hijos menores.

Art. 247. El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos á todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

Art. 248. El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo su poder y derechos sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente, á ménos que el divorcio haya sido declarado con motivo de enfermedad; pero los recobrará muerto aquel, si el divorcio se ha declarado por las causas 7ª, 8ª y 12ª señaladas en el art. 227.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Art. 249. En los demás casos, y no habiendo ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proverá de tutor á los hijos á la muerte del cónyuge inocente.

Art. 250. El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo lo que se le hubiese dado ó prometido por su consorte ó por otra persona en consideracion á éste: el cónyuge inocente conservará lo recibido, y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

Art. 251. Ejecutoriado el divorcio, vuelven á cada consorte sus bienes propios, y la mujer queda habilitada para contraer y litigar sobre los suyos sin licencia del marido, si no es ella la que dió causa al divorcio.

Art. 252. Si la mujer no ha dado causa al divorcio, tendrá derecho á alimentos, aun cuando posea bienes propios, mientras viva honestamente.

Art. 253. Cuando la mujer dé causa para el divorcio, conservará el marido la administracion de los bienes comunes, y dará alimentos á la mujer si la causa no fuere adulterio de ésta.

SECCION 5ª

De los efectos de la separacion de cuerpo.

183. Hasta aquí y en los números que preceden de la seccion anterior, hemos hablado de las medidas *provisionales* que deben tomarse durante el juicio de separacion. Vamos ahora á ocuparnos de los *efectos* de ese mismo juicio, una vez pronunciada la sentencia definitiva, ó sea, cuando se han agotado ya todos los recursos que las leyes conceden en esta especie de litigios.

No debe perderse de vista, cual es la naturaleza del juicio de separacion, que partiendo del concepto de la indisolubilidad del vínculo conyugal, solo tiene por objeto suspender algunas

de las obligaciones nacidas del matrimonio, bajo la esperanza, siempre consoladora para la sociedad, de una reconciliacion entre los cónyuges.

Inútil pues buscar antecedentes de esta materia, ni en el derecho romano que admitía la disolubilidad del vínculo, ni en la legislacion de los países influidos por la doctrina protestante, que si al principio limitó el permiso del divorcio al caso de adulterio, lo extendió despues, segun la interpretacion de Lutero, aun al de desercion maliciosa del domicilio conyugal, llegando la facultad de las segundas nupcias, en vida de los consortes, á obtenerse en algunos paises de Alemania, aun por favor especial del Soberano (1).

Pero la indisolubilidad es una de las excelencias del matrimonio segun el Cristianismo, que para dar una idea de la elevacion y espiritualidad de este vínculo, lo ha simbolizado en la union mística de Jesucristo con la Iglesia, no aceptando ni aun la simple separacion de los cónyuges sino como una funesta necesidad, á la cual conviene siempre poner el más pronto término, mediante las exhortaciones al perdon y á la reconciliacion. Esta, como ya lo hicimos notar en otro lugar, es sin duda alguna la más indiscutible recomendacion que el principio de la indisolubilidad tiene sobre el divorcio perfecto.

En consecuencia, aceptando el sistema de la simple separacion, el legislador debe procurar, que tan solo se suspendan entre los esposos aquellas obligaciones, cuyo cumplimiento sea incompatible con la cesacion de la vida comun.

Ahora bien, como son tres los objetos sobre que recaen los deberes nacidos del matrimonio, es á saber, los esposos entre sí, los hijos y los bienes, á estos mismo s deben referirse las modificaciones producidas por la separacion.

---

(1) Walter, *Manuel du Droit Eeclesiastique.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Art. 249. En los demás casos, y no habiendo ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proverá de tutor á los hijos á la muerte del cónyuge inocente.

Art. 250. El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo lo que se le hubiese dado ó prometido por su consorte ó por otra persona en consideracion á éste: el cónyuge inocente conservará lo recibido, y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

Art. 251. Ejecutoriado el divorcio, vuelven á cada consorte sus bienes propios, y la mujer queda habilitada para contraer y litigar sobre los suyos sin licencia del marido, si no es ella la que dió causa al divorcio.

Art. 252. Si la mujer no ha dado causa al divorcio, tendrá derecho á alimentos, aun cuando posea bienes propios, mientras viva honestamente.

Art. 253. Cuando la mujer dé causa para el divorcio, conservará el marido la administracion de los bienes comunes, y dará alimentos á la mujer si la causa no fuere adulterio de ésta.

SECCION 5ª

De los efectos de la separacion de cuerpo.

183. Hasta aquí y en los números que preceden de la seccion anterior, hemos hablado de las medidas *provisionales* que deben tomarse durante el juicio de separacion. Vamos ahora á ocuparnos de los *efectos* de ese mismo juicio, una vez pronunciada la sentencia definitiva, ó sea, cuando se han agotado ya todos los recursos que las leyes conceden en esta especie de litigios.

No debe perderse de vista, cual es la naturaleza del juicio de separacion, que partiendo del concepto de la indisolubilidad del vínculo conyugal, solo tiene por objeto suspender algunas

de las obligaciones nacidas del matrimonio, bajo la esperanza, siempre consoladora para la sociedad, de una reconciliacion entre los cónyuges.

Inútil pues buscar antecedentes de esta materia, ni en el derecho romano que admitía la disolubilidad del vínculo, ni en la legislacion de los países influidos por la doctrina protestante, que si al principio limitó el permiso del divorcio al caso de adulterio, lo extendió despues, segun la interpretacion de Lutero, aun al de desercion maliciosa del domicilio conyugal, llegando la facultad de las segundas nupcias, en vida de los consortes, á obtenerse en algunos paises de Alemania, aun por favor especial del Soberano (1).

Pero la indisolubilidad es una de las excelencias del matrimonio segun el Cristianismo, que para dar una idea de la elevacion y espiritualidad de este vínculo, lo ha simbolizado en la union mística de Jesucristo con la Iglesia, no aceptando ni aun la simple separacion de los cónyuges sino como una funesta necesidad, á la cual conviene siempre poner el más pronto término, mediante las exhortaciones al perdon y á la reconciliacion. Esta, como ya lo hicimos notar en otro lugar, es sin duda alguna la más indiscutible recomendacion que el principio de la indisolubilidad tiene sobre el divorcio perfecto.

En consecuencia, aceptando el sistema de la simple separacion, el legislador debe procurar, que tan solo se suspendan entre los esposos aquellas obligaciones, cuyo cumplimiento sea incompatible con la cesacion de la vida comun.

Ahora bien, como son tres los objetos sobre que recaen los deberes nacidos del matrimonio, es á saber, los esposos entre sí, los hijos y los bienes, á estos mismo s deben referirse las modificaciones producidas por la separacion.

---

(1) Walter, *Manuel du Droit Eeclesiastique.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Numero 1. De los efectos del divorcio con respecto a los conyuges

184. Siendo la primera obligacion del matrimonio la vida comun de los casados, claro es que el divorcio produce, como necesaria consecuencia, la suspension de ella, adquiriendo por lo mismo cada una de las partes el derecho de vivir independientemente, y sin que ya la mujer esté obligada á vivir bajo el mismo techo que el marido. La separacion pues que con el carácter de provisional, hemos dicho que debe el juez decretar, al presentarse la demanda de divorcio, se convierte en definitiva, despues de la sentencia. No se concibe en efecto, como pudiera ser tranquila y sin funestas consecuencias para ambos consortes la vida comun, despues de un juicio que ha puesto en claro las faltas del uno contra el otro, sus resentimientos y desacuerdos. Solo una excepcion existe de este principio, la del divorcio por causa de enfermedad, de la cual hemos hablado ya en el lugar oportuno (núm. 83).

185. Suspensa la obligacion de la vida comun, se sigue 1º que la mujer no está ya obligada á seguir á su marido, pudiendo establecerse donde ella quisiere y aun en país extranjero, con tal de que esto no sea incompatible con los derechos de patria potestad, dejada al padre, segun lo manifestaremos mas adelante. Es esta una cuestion de hecho que los jueces deben resolver segun las circunstancias, atendiendo sobre todo á la mayor ó menor distancia que separaría á los esposos y al interés de los hijos.

186. Se sigue 2º que en virtud del mismo efecto del divorcio el domicilio de la mujer no es ya el del marido (1).

(1) Véase tomo 1º de esta obra. núms. 141 y siguientes.

187. Hemos dicho que el divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio, lo cual produce para ambos cónyuges el deber importantísimo de la mutua fidelidad. Establecido sin embargo que el divorcio dá derecho á la mujer para proporcionarse una casa independiente de la de su marido, ¿es esto compatible con ese deber para ambos esposos igualmente? En derecho canónico la cuestion apenas puede proponerse, pues el marido y la mujer son iguales, sin diferiencia alguna, en el deber de fidelidad y por consiguiente en la responsabilidad del adulterio. Pero no es así en el derecho civil, y he aquí por lo mismo una nueva prueba de la necesidad de que el matrimonio sea amparado por la religion, la cual lo considera, no solo bajo el punto de vista de los intereses materiales, sino muy principalmente como un estado de perfeccion, en el que contribuyen por igual el hombre y la mujer, incurriendo por lo mismo, al infringir sus obligaciones, en iguales penas canónicas uno y otro: *Cónjuges sunt pares in divortio causa adulterii celebrando* (núm. 26). El adulterio, segun el derecho civil, no es delito ni causa de divorcio, siendo cometido por el hombre, sino cuando haya sido perpetrado en la *casa comun* ó *domicilio conyugal*, ó con una concubina, ó con escándalo é injuria en contra de la mujer legítima (núm. 26). Supóngase pues que el marido divorciado comete adulterio en la casa que le sirve de habitacion, sin ninguna otra de las circunstancias mencionadas; ¿podrá decirse que ha habido ese delito en el sentido de la ley civil? No, porque ya no hay casa comun ó domicilio conyugal en virtud de la independencia producida entre ambos esposos por la separacion (1).

188. Hemos dicho en otro lugar (2), que la mujer es legalmente incapaz para celebrar contratos, aun á título gratituo, y para

(1) Laurent, tom. 3. núm. 346.—Demolombe, tom. 4, núm 500. —Massol, pag. 267.

(2) Véase tomo 2º de esta obra, núm. 386.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

litigar, sin licencia de su marido. ¿Cuál es el efecto de la sentencia del divorcio sobre tal incapacidad? Cuestion es esta de la mayor importancia, pues aunque en apariencia se refiere sólo á los intereses materiales de los esposos, su resolucion no puede menos que ligarse con la responsabilidad moral que á cada uno pertenezca en el juicio de divorcio. ¿Será indiferente para decidir este punto que la mujer haya sido declarada culpable? Si así fuera, la plenitud de facultades que se le otorgase sería, como el premio de su mala conducta. Pero si se toma en cuenta su culpabilidad, ¿cuáles no serán los abusos que cometa el marido inducido por el odio y la venganza contra la mujer culpable? Dos sistemas se presentan aquí en juego: el francés que no eceptúa en ningun caso del principio de la autorizacion marital á la mujer casada, aun separada de cuerpo y aun inocente (1), y el español que no resuelve la dificultad, sino atendiendo á la responsabilidad moral que en el divorcio quepa á la mujer (2). Nuestros códigos se han dividido tambien en esta materia: unos, como los de Veracruz (art. 243), el de Tlaxcala (art. 179) y el del Estado de México (art. 200) declaran que, ejecutoriado el divorcio, la mujer adquiere la capacidad para contraer y litigar sobre sus propios bienes, sin licencia del marido, siendo indiferente que resulte ó no culpable de la causa por que se pronunció aquel. Otros, y son el del Distrito Federal de 1870 (art. 274) y el que comentamos (art. 251) no conceden á la mujer dicha capacidad, sino en el caso de que sea declarada inocente por la sentencia de divorcio.

---

(1) Demolombe, tom. 4, núm. 119.—*Contra*, Massol, pág. 279.
(2) Gutierrez Fernandez, *Códigos Españoles*, tom. 1, pág. 415.

Numero 2. De los efectos del divorcio en cuanto a los hijos.

189. Habiendo en los números anteriores (núms. 175 y siguientes) tratado de la condicion en que quedan los hijos durante el juicio de divorcio, condicion que es la misma que definitivamente han de guardar despues de la sentencia, remitimos al lector á lo ya expuesto y solo agregarémos lo que nuestros códigos prescriben, como necesariamente posterior á dicha sentencia. ¿Cuáles son los efectos del divorcio sobre la persona y derechos de los hijos? Sabemos ya que el sistema seguido por nuestros códigos con respecto á la guarda de los hijos es el establecido, como última reforma por el Emperador Justiniano, ó sea, que ellos deben quedar bajo el poder del cónyuge inocente; en el caso de que ambos fueren culpables, en poder del ascendiente á quien pertenezca la patria potestad, y en caso de no haberlo, en poder del tutor que al efecto se nombre. ¿Es esto decir que aquel de los cónyuges, á quien se niegue la guarda de los hijos, quedará exonerado de las obligaciones de la patria potestad? Privar al cónyuge culpable de los derechos y facultades que como padre le corresponden sobre la persona de los hijos, podrá ser considerado como un justo castigo, aunque el que no ha sido buen esposo, bien pudiera ser excelente padre, de tal manera que, juzgada así esta cuestion, solo debiera privarse de la patria potestad útil, cuando la causa por la cual se hubiese pronunciado el divorcio fuese contraria al interés de los mismos hijos. Pero nuestros legisladores han establecido otra cosa, prescribiendo que los derechos á que dá nacimiento la patria potestad con respecto á la persona de los hijos, sean quitados al cónyuge culpable, cualquiera que sea la causa por la cual el divorcio ha sido pronunciado. De esto no existe sino una sola exep-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cion, nueva en nuestro derecho, como que data del código que comentamos (art. 248), es á saber, el caso en que el divorcio haya sido fallado por causa de enfermedad crónica é incurable, contagiosa ó hereditaria, anterior al matrimonio y de que no haya tenido conocimiento el cónyuge demandante del divorcio.

190. Pero ¿que sucederá despues de la sentencia con las obligaciones de la patria potestad? Ciertamente es de difícil aplicacion en la práctica discernir, cuáles son derechos y cuáles, obligaciones en la patria potestad, pues fuera de lo que á los bienes concierne, parece como que se confunden las cargas y las facultades en órden á los hijos, sin que se pueda decir con toda exactitud dónde acaba lo útil y empieza lo oneroso para los padres. Es sin duda que la naturaleza ha colocado el deber en esta especie de obligaciones, allí mismo donde existe el placer de cumplirlo. Sin embargo podemos afirmar, siguiendo las interpretaciones de la jurisprudencia, que pertenecen á la patria potestad *útil ó* sea á los derechos del que la ejerce: 1º el honor y respeto de los padres; 2º la guarda de los hijos; 3º la facultad de corregirlos y castigarlos: 4º la autorizacion para contraer y litigar y 5º la representacion y administracion legal de sus bienes; y son cargas ú obligaciones, ó pertenecen á la patria potestad *onerosa:* 1º la educacion de los hijos; 2º su alimentacion y 3º la vigilancia de su conducta. Ahora bien, nuestra legislacion establece que el cónyuge culpable es privado de la patria potestad útil; pero continúa obligado á la onerosa y en este sentido son manifiestos los arts. 240 y 241 del código de Veracruz; 198 de el del Estado de México; 178 inciso 3º de el de Tlaxcala; 268 y 270 de el del Distrito Federal de 1870 y 245 y 247 de el que comentamos.

191. La privacion de los derechos de la patria potestad en contra del cónyuge culpable y su atribucion á favor del inocente son de tal manera necesarias, que deban permanecer, aun muerto el primero? La solucion de esta cuestion ha sido diversamente dada por

los legisladores, segun la mayor ó menor influencia que las causas por las cuales se ha pronunciado el divorcio, tienen, en su concepto, sobre el bienestar de los hijos. Unos, razonando sobre el supuesto de que cualquiera de las causas recibidas por la ley para motivar el divorcio, son en si mismas bastante graves para revelar en el culpable á lo ménos cierta indignidad en órden á la patria potestad, han establecido que la privacion de esta es perpetua en contra del cónyuge culpable, aun muerto el inocente. Otros no declaran ese efecto sino á condicion de que el divorcio haya sido decretado por una de esas causas que acusan en el culpable una grave degeneracion moral, suficiente para tenerlo por indigno de dirijir y dar buen ejemplo á los hijos. Entre los que así piensan existen ademas diversas apreciaciones, pues no hay una regla exacta, conforme á la cual pueda decidirse cúales causas de divorcio ameritan la perdida radical y perpetua de la patria potestad y cúales, solo su suspension para mientras viva el cónyuge inocente. A los primeros pertenecen el código del Estado de México que declara incondicionalmente la perdida de la patria potestad en contra del cónyuge culpable. A los segundos pertenecen los otros códigos de la República en los términos y bajo las condiciones que siguen: el código de Veracruz (art. 240) prescribe que la patria potestad vuelve ó pasa al cónyuge culpable, muerto el inocente en los divorcios por *adulterio, acusacion falsa del mismo, copula con la mujer contra naturam, induccion al crímen* y *sevicia,* no sucediendo otro tanto en los divorcios por *enfermedad contagiosa* ó por *demencia peligrosa para la vida del otro cónyuge.* El código de Tlaxcala (art. 182) decide lo mismo en los divorcios por *sevicia, violencia hecha por el marido sobre la mujer para hacerla cambiar de religion y abandono del domicilio cónyugal,* á diferencia de los divorcios por *adulterio, sevicia contra los hijos, conato de prostitucion contra la mujer, incitacion al crímen, corrupcion de los hijos y atentado contra la vida del cónyuge anterior.* El código del Dis-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

trito Federal de 1870 (art. 271) declara tambien la mera suspension de la patria potestad en contra del cónyuge culpable y para mientras viva el inocente en los divorcios por *incitacion al crímen, abandono del domicilio conyugal y sevicia,* destituyendo para siempre de aquella al cónyuge culpable de *adulterio, prostitucion de la esposa, corrupcion de los hijos, y acusacion falsa de un cónyuge contra el otro.* Finalmente el código que comentamos hace la misma distincion (art. 248) entre las causas de divorcio, decidiendo el punto que nos ocupa en el primer sentido por lo que hace á los casos de *sevicia, acusacion falsa de un cónyuge contra el otro é infraccion de las capitulaciones matrimoniales,* y en el segundo, por lo que respecta á los de *adulterio, nacimiento de hijo ilegitimo, posterior al matrimonio, prostitucion de la esposa, incitacion al crimen, corrupcion de los hijos, abandono del domicilio conyugal, negativa de alimentos de un cónyuge al otro y vicios incorregibles de juego ó embriagues.* Es este pues un punto en que se aplican los principios legales que rigen sobre patria potestad, expresados en los arts. 363, inciso 2.º del Código de Veracruz; 296, inciso 2.º de el de Tlaxcala; 416, inciso 2.º de el del Distrito Federal de 1870 y 389, inciso 2.º del que comentamos.

Numero 3. De los efectos del divorcio sobre los bienes.

192. Todas las legislaciones han reconocido la necesidad y conveniencia de que el marido sea el administrador de los bienes aportados al matrimonio, cuando ménos interviniendo en su manejo en el sentido de que la mujer, inferior á él por por razon de la debilidad de su sexo, no pueda practicar ciertos actos importantes, sino mediante el consejo y el consentimiento de aquel. ¿Qué mejor administrador y consejero de la esposa en sus bienes que el sér á quien ha confiado su destino sobre la tierra, y

con quien la ligan los íntimos y estrechísimos afectos de la familia? Prescindiendo, pues, por el momento, por pertenecer á materias posteriores de nuestros códigos, del régimen de separacion de bienes, bajo el cual puede tambien celebrarse el matrimonio ó que puede existir durante éste por convenio expreso de los consortes, la union conyugal presenta el cuadro de dos personas, enlazadas, no solo en cuanto á sus afectos sino ademas por lo que respecta á sus bienes materiales. El divorcio que separa, tras de gravísimas alteraciones en el hogar doméstico, al marido y á la mujer, y hace que los hijos no continúen ya subordinados á ambos padres, ¿no ejercerá tambien funesta pero necesaria influencia sobre los bienes de unos y otros? Sin duda alguna que es un mal el término de una sociedad cuya base principal se fundaba sobre el amor y la confianza de los interesados; pero ¡cuan peor mil veces no sería la conducta observada por aquel de los cónyuges á quien correspondiese la administracion de los bienes, si inspirado por el odio y la venganza, producidos por el divorcio, se esforzara en llevar á cabo, con toda impunidad, fraudulentos y malévolos manejos! El legislador pues, ante la desunion inevitable de los consortes, ha debido proveer no solo á los inconvenientes de que continuaran unidas las personas, sino tambien al grave peligro de que sus bienes y los de los hijos fuesen dilapidados.

No es nuestro animo exponer en esta vez toda nuestra legislacion sobre una materia que, como la actual, es vastísima y fecunda en dificultades, pues preferimos tratarla con la extension que requiere en el comentario sobre el *contrato de matrimonio,* limitándonos por ahora á breves indicaciones en órden al punto que nos ocupa. Tres son las clases de bienes que intervienen en el matrimonio: 1.ª bienes propios de cada cónyuge; 2.ª bienes comunes y 3.ª bienes de los hijos. ¿Cuáles son los efectos del divorcio sobre ellos?

193. 1.ª *Bienes propios.* Los arts. 243 del Código de Vera-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cruz; 200 de el del Estado de México; 179 de el de Tlaxcala; 274 de el del Distrito Federal de 1870 y 251 de el que comentamos, declaran que, ejecutoriado el divorcio vuelven á cada consorte sus bienes propios. Igualmente se establece por los arts. 242 de el de Veracruz; 199 de el del Estado de México; 178 inciso 4.° de el de Tlaxcala; 273 de el del Distrito Federal de 1870 y 250 de el actual, que el cónyuge culpable debe perder todo lo que se le hubiera dado ó prometido por el inocente ó por otra persona en consideracion á éste, mientras el segundo tiene derecho á conservar lo recibido y á reclamar lo pactado en su provecho.

194. 2.ª *Bienes comunes.* Si la mujer es culpable del divorcio prescriben los arts. 245 de el Código de Veracruz; 202 de el del Estado de México; 276 de el del Distrito Federal de 1870 y 253 de el actual, que el marido conserve la administracion. Varias y muy importantes son las cuestiones á que dan lugar estos artículos.

195. Desde luego ocurre preguntar: si el marido conserva la administracion de los bienes comunes ¿cuál es el efecto producido por el divorcio? ¿qué se hacen los gananciales de la mujer culpable? Difícil por todo extremo es en nuestro concepto resolver con los preceptos mencionados tales cuestiones y de desear seria mayor claridad y presicion en los códigos. Cuando la mujer es culpable del divorcio, el marido conserva la administracion de los *bienes comunes*, dicen esos preceptos; ¿no hay pues separacion de bienes? Ante el silencio, ó por lo ménos, confusion de nuestras leyes, recurrámos á sus orígenes inmediatos. Dichos artículos están sin duda tomados del 88 del Proyecto de código civil español del Sr. Goyena. "Como en este caso, dice este autor, *no ha lugar á la separacion de bienes*, continúa rigiendo respecto del marido inocente, no solo en cuanto á la administracion y usufructo sino en cuanto á las cargas etc." Por lo que hace á los gananciales, una tradicion

constante y que se remonta hasta el derecho romano, nos enseña, que ellos son perdidos por la mujer culpable, unas veces en favor del marido, otras en favor del fisco, no pocas, en favor de monasterios. La ley 11.ª, tít. 4, lib. 10 de la Novísima Recopilacion, que es la 11.ª, tít. 9.°, lib. 5, de la Nueva Recopilacion, como esta es la 78 de Toro, que á su turno reprodujo la 15.ª, tit. 17 de la Partida 7.ª nos dice que "la mujer, durante el matrimonio, por delito pueda perder en parte ó en todo sus bienes dotales ó de ganancia, ó de qualquier qualidad que sean." Y no cabe duda que estas leyes son un eco de las romanas que decían: "*et omnis omnino maritus salvas actiones contra fiscum habet* (1). Puede tambien citarse la Novela 134, cap. 13 del Emperador Justiniano que, deseando moderar las penas, no solo corporales sino tambien pecuniarias, impuestas por sus antecesores á los esposos delincuentes, dice: "*Si vero mulieres habeant qui condemnati sunt: omnibus modis jubemus istas et dotem et antenuptialem donationem accipere*, sobre cuyas palabras, por ser segun su letra relativas solo á los maridos culpables, dice, en nuestro concepto, con todo acierto, Llamas y Molina, que, dado el propósito del emperador de reducir las antiguas penas fiscales, es de presumirse quisiese se observara en favor del marido inocente lo que disponía en gracia de la mujer, cuanda aquel era culpable. Antonio Mateo da otra razon: "*Si publicentur*, dice, *bona mariti non solum paraphernas res, sed et dotem recuperat uxor. Cui consequens est, ut si publicantur bona uxoris, etiam donationem propter nuptias salvam habeat maritus. In primis, cum minus juris in ea donatione constante matrimonio habet uxori, quam maritus in dote: non enim ut maritus res dotales administrat, fructus percipit pro oneribus matrimonii, ita vicissim uxor res antidotales* (2).

(1) *Dig.* lib. 48, tít. 20, l. 4.

(2) A. Matheo, *De criminibus*, lib. 48, tit. 2, § 22.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Creemos pues, fundados en esos antecedentes y en la comun doctrina de los autores, segun la cual cualquiera de los cónyuges que diere causa al divorcio, libra al otro de sí, mas no se libra del otro (1), que nuestros códigos, en las disposiciones citados, expresan que, cuando la mujer es culpable del divorcio, la comunicacion de gananciales solo se acaba para ella, continuando subsistente para el marido, que desde allí en adelante adquiere aquellos exclusivamente.

196. Decimos *desde allí en adelante* ó sea, desde la fecha de la sentencia, y necesitamos domostrarlo. ¿Qué se hace pues con los gananciales de la mujer anteriormente adquiridos? No lo dicen nuestros códigos en órden al divorcio y de este silencio han de surgir tambien nuevas dudas é incertidumbres. Sin embargo la razon natural aconseja que no se haga efectiva una pena sin ley penal, tanto mas cuanto que la mujer culpable es ya castigada con la privacion de los gananciales futuros. Su delito no puede en rigurosa justicia servir de fundamento para que el castigo, posteriormente merecido, se extienda á una época anterior, en que aun era inocente. ¿Se dirá que tienen aquí aplicacion las disposiciones antes citadas, segun las cuales el cónyuge culpable debe perder todo lo que se le hubiera dado ó prometido por el inocente ó por otra persona, en consideracion á éste? Pero los gananciales son cosa muy diversa, no constituyen una mera liberalidad sino que forman un derecho, derivado inmediata y directamente de la ley. Precisa pues, al entregarse al marido solo la administracion de los bienes comunes, empezar por hacer una liquidacion de los gananciales, dando á la mujer aquellos que le pertenezcan hasta la fecha indicada. El código que comentamos es el único que presenta una excepcion explícita de este principio. "El abandono injustificado del domicilio con

(1) *Sala novísimo mexicano*, tom. 1, pag. 111.—*Nuevo Febrero mexicano* por Galvan, tom. 3, tít. 7, cap. 3, núm. 12.

yugal, por uno de los cónyuges, hace cesar *para él desde el dia del abandono*, los efectos de la sociedad legal, en cuanto le favorezcan," dice el art. 1974. Esta reforma, solo relativa al caso de abandono injustificado del domicilio conyugal, pretende sin duda fundarse en la interpretacion literal de la ley 205 del Estilo, reproducida por la 1ª tit. 4, lib. 10 de la Novísima, en las cuales se encuentran las palabras *estando de consuno ó estando en uno con su mujer*, y de aquí se ha inferido que no existe la sociedad conyugal sino por la coahabitacion de los cónyuges, que se interrumpe *desde el dia del abandono* (1). Pero este modo de interpretar dichas leyes era dudoso desde antiguo, habiendo Matienzo, Acevedo, García y otros autores opinado siempre lo contrario, con fundamento en la frase, *durante el matrimonio* de que usa otra ley de la Recopilacion, la 5ª tít. 9, lib. 5º, donde se explica la citada del Estilo y de que se infiere que las palabras *estando de consuno* no deben entenderse rigurosamente (2). Sin embargo tal es la ley vigente.

197. Otra cuestion de la mayor importancia, tampoco no prevista por nuestros códigos ya mencionados, es la relativa á los efectos del divorcio sobre los bienes comunes, cuando el marido sea el culpable. Hasta aquí hemos supuesto que el divorcio ha sido pronunciado por culpa de la mujer; pero ¿qué hacer en el caso contrario? Para decidir que entonces se priva de la administracion al marido culpable y se entrega á la mujer inocente, no encontramos ley en que fundarnos y ademas nos lo impide la consideracion de que en principio tal administracion pertenece prin-

(1) Sentencia de Casacion del Distrito Federal de 10 de Agosto de 1886, considerando 2º (*Anuario de leg. y jurisp.*, Sec. de Casacion, año de 1886.)

(2) Pedimento del Ministerio Público á cargo del Sr. Lic. Diego Baz (*Anuar. de leg. y jurisp.*, Sec. de Casacion, año de 1886.)

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cipalmente al marido y solo en un sentido secundario á la mujer. ¿Cómo pues trastornar este sistema del legislador, sin una ley expresa y clara que para ello nos autorize? Pero esto no es decir que el marido culpable continúe en una administracion de que se ha hecho indigno. Creemos pues que en este caso procede la separacion de los bienes comunes, haciéndose la liquidacion de los gananciales correspondientes á cada cónyuge. Es verdad que así se incurre en una notable inconsecuencia, por no hacerse en favor de la mujer, víctima del marido, lo que se hace cuando éste es inocente; pero, lo repetimos, tal es el sistema del legislador; que considera siempre más grave la culpa de la mujer, que la del hombre. De la nota de omisos con que señalamos á nuestros códigos, forma excepcion el de Tlaxcala, que en su art. 180 declara, que *la administracion de los bienes comunes la tendrá el cónyuge inocente*, sin distincion de si es el marido ó la mujer. A este debe tambien agregarse el código que comentamos, que en su art. 1975 declara, que aun que el marido es, en principio, administrador legítimo de la sociedad conyugal, la mujer administrará entre otros casos, *cuando aquel haya abandonado injustificadamente el domicilio conyugal.*

198. Supongámos otro caso, igualmente no previsto por nuestros códigos, excepto tambien el de Tlaxcala: ambos cónyuges son culpables, ¿qué sistema seguir en órden á la administracion de los bienes comunes? Creemos que ella pertenecerá á cada esposo, respecto á los bienes que en virtud de la separacion le correspondan. El Código de Tlaxcala (art. 180) decide para este caso que la administracion pertenecerá al marido, si hay hijos y en caso contrario, á cada cónyuge.

199. Los efectos del divorcio en órden á los bienes comunes ¿empiezan á producirse desde la fecha de la demanda ó solamente desde la sentencia? Algunos autores y entre ellos, nuestro ilustrado compañero Mateos Alarcon, sostienen que hay que reconocer aquí una necesaria retroactividad por "el principio general que establece que el actor que obtiene una sentencia favorable, debe tener las mismas ventajas que habria obtenido si se hubiera pronunciado esa sentencia el mismo dia de la demanda; porque desde entonces se suspendió la buena fé del demandado (1)." Deben distinguirse por razon de las personas á quienes interesan dos clases de efectos: los relativos á los cónyuges entre sí y los referentes á extrañas personas. En cuanto á los segundos es terminante el art. 2053 del código que comentamos, con el cual concuerdan los siguientes: 2186 de el del Distrito Federal de 1870; 1786 y 1787 de el de Veracruz; 1616 y 1617 de el del Estado de México y 1766 de el de Tlaxcala, segun todos los cuales, la disolucion ó suspension de la sociedad conyugal no producirán efecto respecto de los acreedores, sino desde la fecha en que se les notifique el fallo judicial. En cuanto á los esposos entre sí, no podemos ménos tambien que profesar la misma doctrina. La separacion de bienes de que aquí se trata y la consiguiente liquidacion de la sociedad conyugal no son sino el resultado ó efecto de la separacion de cuerpo. Ahora bien, ¿desde cuando el efecto ha de producirse primero que la causa? Y este no es un razonamiento de mera fórmula, por que en realidad la separacion de bienes, consecuencia de la de cuerpo, se funda sobre la culpabilidad de uno de los cónyuges, en virtud de la cual se presenta, como indigno de continuar unido, aun en bienes, con la persona á quien ha ofendido. Pero ¿cuál es el punto de partida para empezar á llamar culpable á una persona, fuera de la sentencia que así lo declara? ¿Acaso antes de ella hay otra cosa que meras sospechas, que pueden ser y son muchas veces desvanecidas en

---

(1) Mateos Alarcon, *Estudios sobre el Código Civil*, tom. 1, pag. 132.—Merlin, *Repert.* "Separat de corps." § 4, num. 4.—Troplong, *Contrat de mariage*, nums. 1386 y sigts.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la sentencia misma? Pero se nos dirá: si los efectos de la separacion de bienes no se retrotraen al dia de la demanda, la ley consagrará entonces todos los abusos que el conyuge que ha dado causa al divorcio pudiera cometer, en prevision de que en definitiva fuese declarado culpable. No podemos ménos que aplaudir el sentimiento de justicia que ha dictado esta objecion; pero desde luego vemos que la misma ley ha previsto ese peligro, ordenando al juez que, al presentarse la demanda de divorcio, ó antes si hubiere urgencia, ó durante el juicio, tome, sin limitacion alguna, todas las medidas que le parecieren convenientes para que el marido, como administrador de los bienes del matrimonio, no cause perjuicios á la mujer (núm. 182). Por otra parte, cuando la ley expresa la observancia de un principio solo en un caso determinado, esto es demostrativo de que el legislador ha querido establecer una exepcion. Ahora bien, es regla de vulgar jurisprudencia que las execpciones no deben hacerse estensivas á otros casos que á los expresamente mencionados en ellas. Así es que cuando el art. 1974, antes mencionado, establece que la separacion de bienes por *abandono injustificado del domicilio conyugal* hace cesar para el cónyuge culpable los efectos de la sociedad legal *desde el dia del abandono*, no nos parece jurídico convertir en regla esta exepcion, aplicándola á todas las separaciones de bienes por divorcios de cualquiera causa, aunque sean esencialmente diversos del motivado por abandono, que supone, desde su fecha, la mas absoluta separacion entre ambo sconyuges. Finalmente, si la opinion contraria podía contar en otro tiempo con los respetables sufragios de Duranton y Massol, hoy dia estos jurisconsultos han venido á sostener lo que nosotros profesamos (1).

(1) Demolombe, tom. 4, num. 514.—Duranton, tom. 2, num. 622.—Massol, pag. 282.—Coin-Delisle, *Revue de la Jurisprudence* tom. 8.

200. En cuanto á los alimentos que se deben entre sí los esposos, el principio que domina la deuda alimenticia nos dice que ellos se deben por razon del matrimonio, independientemente de cualquiera otra consideracion, que no sean las de la posibilidad en el deudor y las de la necesidad del acredor (1). Sin embargo las legislaciones han tratado este punto, atendiendo por un lado á la culpabilidad y por otro á la calidad de los bienes de que quede como administrador el cónyuge, deudor de los alimentos. ¿Deberá el consorte inocente alimentos al culpable? Voet enseña que sí y da por razon, *quia vinculum non dirimitur* (2). "Puesto que el matrimonio subsiste siempre, dice Duraton, no es extinguible la obligacion para los esposos de socorrerse; en consecuencia, aquel que no tuviera medios de vivir, podría reclamar del otro una pension proporcionada á sus necesidades y á las facultades de éste. Tal derecho no es limitado al que ha obtenido la separacion, como lo es en el caso de divorcio *quoad vinculum*, al esposo que lo ha obtenido; la reciprocidad debe subsistir, puesto que el lazo conyugal subsiste siempre. Pero, generalmente, en la fijacion del *quantum* de los socorros, los tribunales deberán mostrarse mas favorables al esposo inocente, que al culpable (3)."

Este sistema parecen haber seguido nuestros Códigos en las disposiciones siguientes, sálvas algunas diferencias. Los Códigos del Distrito Federal (arts. 275 y 276 del de 1870 y 252 y 253 del actual) declaran que, si la mujer es inocente, tendrá derecho á alimentos, aun cuando posea bienes propios, mientras viva honestamente; pero, si es culpable, solo tendrá ese derecho, cuando la causa del divorcio no sea adulterio. De aquí se sigue: 1° que, tratándose de mujer inocente, los alimentos se le deben,

(1) Véase num. 170 de este tomo y 439 del 2° de esta obra.
(2) Voet, *Ad Pandect*, tom. 2, pags. 117 y 139.
(3) Duranton tom. 1, núm. 1220.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

aun siendo rica y hasta que sea honrada. Sin duda el legislador ha pretendido castigar con ese gravamen al marido culpable; 2º que si la mujer no es inocente, tiene sin embargo derecho á alimentos, como la única compensacion que la ley le concede por la privacion de sus gananciales futuros, pues en este caso, como ya lo hicimos notar, la administracion de los bienes comunes pertenece al marido. Solo una taxativa pone la ley á la deuda alimenticia en favor de la mujer culpable: que el divorcio haya sido pronunciado en su contra por adulterio; 3º que si el marido es inocente y por falta de bienes comunes, no hay administracion que darle; pero la mujer tiene bienes propios, ella es la obligada en favor de él á los alimentos, pues, no exeptuado expresamente este caso por la ley, debe aplicarse la regla general (1); 4º que la deuda alimenticia en favor del marido inocente no tiene para la ley la importancia que la deuda alimenticia en favor de la mujer inocente, pues ésta disfruta expresamente de alimentos, aun teniendo bienes propios, y desde el momento que el Código no expresa otro tanto respecto al marido inocente, sino que mas bien parece contentarse con la administracion de los bienes comunes, no hay razon de aplicar en tal caso la reciprocidad. Por manera que podemos decir, que mientras la mujer inocente, *aun siendo rica*, tiene derecho á alimentos, el marido inocente deja de tenerlo, con solo que la administracion de los bienes comunes le corresponda.

201. Algunas particularidades separan de esta legislacion la de los Estados de Veracruz, México y Tlaxcala. La del primero (art. 244) otorga alimentos á la mujer inocente en todo caso y no solo mientras viva honestamente, como lo hacen los Códigos antes citados y tambien los del Estado de México (art. 201), y de Tlaxcala (art. 181). En cuanto á la mujer culpable, el Código

(1) Véase tomo 2º de esta obra, núm. 439.

de Veracruz (art. 245) sigue á los del Distrito Federal para el caso de que el motivo del divorcio haya sido el adulterio; pero los del Estado de México (art. 202) y de Tlaxcala (art. 181) otorgan alimentos, aun á la adultera, si despues de la sentencia, ha vivido honestamente.

Art. 254. La muerte de uno los cónyuges, acaecida durante el pleito de divorcio, pone fin á él en todo caso y los herederos del muerto tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrian si no hubiera habido pleito.

Art. 255. En todo juicio de divorcio las audiencias serán secretas, y se tendrá como parte al Ministerio Público.

Art. 256. Ejecutoriada una sentencia sobre divorcio, el juez de primera instancia remitirá copia de ella al de estado civil, y éste, al márgen del acta del matrimonio, pondrá nota, expresando la fecha en que se declaró el divorcio y el tribunal que lo declaró.

SECCION 6ª

De la cesacion del pleito de divorcio por la muerte de uno de los conyuges.

202. Hemos dicho en otro lugar (núms. 114 y siguientes) que la accion de divorcio es personal de los cónyuges. De aquí se infiere la opinion universalmente sostenida por los autores modernos, es á saber, que la muerte de cualquiera de los esposos impide que la demanda de divorcio pueda ser empezada por ó contra los herederos del esposo muerto. Pero ¿qué decidir en el caso de que la muerte sobrevenga, intentado ya el juicio? La cuestion puede presentarse bajo un doble punto de vista: muer-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

aun siendo rica y hasta que sea honrada. Sin duda el legislador ha pretendido castigar con ese gravamen al marido culpable; 2º que si la mujer no es inocente, tiene sin embargo derecho á alimentos, como la única compensacion que la ley le concede por la privacion de sus gananciales futuros, pues en este caso, como ya lo hicimos notar, la administracion de los bienes comunes pertenece al marido. Solo una taxativa pone la ley á la deuda alimenticia en favor de la mujer culpable: que el divorcio haya sido pronunciado en su contra por adulterio; 3º que si el marido es inocente y por falta de bienes comunes, no hay administracion que darle; pero la mujer tiene bienes propios, ella es la obligada en favor de él á los alimentos, pues, no exeptuado expresamente este caso por la ley, debe aplicarse la regla general (1); 4º que la deuda alimenticia en favor del marido inocente no tiene para la ley la importancia que la deuda alimenticia en favor de la mujer inocente, pues ésta disfruta expresamente de alimentos, aun teniendo bienes propios, y desde el momento que el Código no expresa otro tanto respecto al marido inocente, sino que mas bien parece contentarse con la administracion de los bienes comunes, no hay razon de aplicar en tal caso la reciprocidad. Por manera que podemos decir, que mientras la mujer inocente, *aun siendo rica*, tiene derecho á alimentos, el marido inocente deja de tenerlo, con solo que la administracion de los bienes comunes le corresponda.

201. Algunas particularidades separan de esta legislacion la de los Estados de Veracruz, México y Tlaxcala. La del primero (art. 244) otorga alimentos á la mujer inocente en todo caso y no solo mientras viva honestamente, como lo hacen los Códigos antes citados y tambien los del Estado de México (art. 201), y de Tlaxcala (art. 181). En cuanto á la mujer culpable, el Código

(1) Véase tomo 2º de esta obra, núm. 439.

de Veracruz (art. 245) sigue á los del Distrito Federal para el caso de que el motivo del divorcio haya sido el adulterio; pero los del Estado de México (art. 202) y de Tlaxcala (art. 181) otorgan alimentos, aun á la adultera, si despues de la sentencia, ha vivido honestamente.

Art. 254. La muerte de uno los cónyuges, acaecida durante el pleito de divorcio, pone fin á él en todo caso y los herederos del muerto tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrian si no hubiera habido pleito.

Art. 255. En todo juicio de divorcio las audiencias serán secretas, y se tendrá como parte al Ministerio Público.

Art. 256. Ejecutoriada una sentencia sobre divorcio, el juez de primera instancia remitirá copia de ella al de estado civil, y éste, al márgen del acta del matrimonio, pondrá nota, expresando la fecha en que se declaró el divorcio y el tribunal que lo declaró.

SECCION 6ª

De la cesacion del pleito de divorcio por la muerte de uno de los conyuges.

202. Hemos dicho en otro lugar (núms. 114 y siguientes) que la accion de divorcio es personal de los cónyuges. De aquí se infiere la opinion universalmente sostenida por los autores modernos, es á saber, que la muerte de cualquiera de los esposos impide que la demanda de divorcio pueda ser empezada por ó contra los herederos del esposo muerto. Pero ¿qué decidir en el caso de que la muerte sobrevenga, intentado ya el juicio? La cuestion puede presentarse bajo un doble punto de vista: muer-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

to el demandante, ¿sus herederos pueden continuar la accion? muerto el demandado, ¿puede el demandante continuar la accion contra los herederos de aquel? Sobre la primera, dos testos clarísimos nos aseguran que era resuelta afirmativamente en el antiguo derecho: *Defuncto marito adulterii rea mulier postulatur* y *Omnes actiones quæ tempore aut morte pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent.* (1) Pothier tiene esta resolucion por indudable (2), y de ella hay partidarios respetables, aun despues del Código de Napoleon, si bien solo en el sentido de los intereses pecuniarios (3). Sin embargo la interpretacion contraria ha prevalecido, no solo en cuanto á que los herederos del demandante no pueden continuar la accion, sino tambien en el sentido de que ella termina por completo, respecto á los herederos del demandado.

Nuestros Códigos se han afiliado tambien á esta doctrina y á fé que con sobradísima razon. Cuando la muerte ha puesto término á los odios de los esposos, ¿para qué continuarlos *ultratumba*? ¿Se querrá tentar á los hijos para que registren el pasado de su madre y descubran en él las pruebas de su mala conducta? ¡Entónces vendrán esos mismos hijos á proclamar, que son el fruto del adulterio, rechazarán á sus hermanos, marcándolos con el extigma de los espurios ó harán reaparecer querellas ya extinguidas, haciendo que el mundo no deje de ver al padre que se arma colérico é indignado contra su compañera! Pero se dirá: pueden ser extraños los interesados en que el juicio de divorcio continúe; es su derecho y no es justo privarlos de él. Y ¿dónde está la justicia para pretender insultar las cenizas de un muerto? Por un puñado de oro, ¿será justo remo-

(1) *Dig. lib.* 48, tít. 5, l. 11, § 8 y lib. 50, tít. 17, l. 139.

(2) Pothier, *Contrat de mariage*, núm. 526,

(3) Duranton, tom. 1, núm. 1,167.—Vazeille, tom. 2, núm. 585.—*Zacharías* por Massé y Vergé, tom. 1, § 140.

ver las ignominias de los que ya no existen? La vindicta pública ¿no se desarmará por la muerte? El magistrado mismo ¿no se inclina delante de la tumba del criminal para pronunciar el perdon? (1). En nombre pues de la moral, de la piedad filial, y de la inviolabilidad de la familia, aplaudimos los preceptos siguientes: arts. 254 del código que comentamos; 277 de el del Distrito Federal de 1870; 246 de el de Veracruz; 184 de el de Tlaxcala y 203 de el del Estado de México.

203. La importancia de los juicios de divorcio y su trascendenciasocial han hecho que nuestros legisladores prescrivan el secreto de todas las audiencias y la intervencion del Ministerio Público. Así consta en los arts. 247 del código de Veracruz; 204 de el del Estado de México; 278 de el del Distrito Federal de 1870 y 255 de el que comentamos.

204. Sobre el art. 256 de este código remitimos al lector á lo antes dicho (núm. 109). Con este artículo concuerdan los 279 de el del Distrito Federal de 1870 y 185 de el de Tlaxcala.

CAPITULO VI.

De los matrimonios nulos é ilícitos.

Art. 257. Son causas de nulidad las siguientes:

I. Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo alguno de los impedimentos enumerados en las fracciones 1ª y 3ª á 9ª del art. 159, ó faltando el consentimiento de la persona que conforme á la ley tiene la patria potestad:

II. Que se haya celebrado en contravencion á los arts. 119 y 120:

III. Que no se hayan hecho las publicaciones en los términos prevenidos en los arts. 110 á 113 y 118:

(1) Demolombe, tom. 4, núm. 429.—Marcadé, sobre el art. 307 núm. 5.—Laurent, tom. 3, núm. 217.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

to el demandante, ¿sus herederos pueden continuar la accion? muerto el demandado, ¿puede el demandante continuar la accion contra los herederos de aquel? Sobre la primera, dos testos clarísimos nos aseguran que era resuelta afirmativamente en el antiguo derecho: *Defuncto marito adulterii rea mulier postulatur* y *Omnes actiones quæ tempore aut morte pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent.* (1) Pothier tiene esta resolucion por indudable (2), y de ella hay partidarios respetables, aun despues del Código de Napoleon, si bien solo en el sentido de los intereses pecuniarios (3). Sin embargo la interpretacion contraria ha prevalecido, no solo en cuanto á que los herederos del demandante no pueden continuar la accion, sino tambien en el sentido de que ella termina por completo, respecto á los herederos del demandado.

Nuestros Códigos se han afiliado tambien á esta doctrina y á fé que con sobradísima razon. Cuando la muerte ha puesto término á los odios de los esposos, ¿para qué continuarlos *ultratumba*? ¿Se querrá tentar á los hijos para que registren el pasado de su madre y descubran en él las pruebas de su mala conducta? ¡Entónces vendrán esos mismos hijos á proclamar, que son el fruto del adulterio, rechazarán á sus hermanos, marcándolos con el extigma de los espurios ó harán reaparecer querellas ya extinguidas, haciendo que el mundo no deje de ver al padre que se arma colérico é indignado contra su compañera! Pero se dirá: pueden ser extraños los interesados en que el juicio de divorcio continúe; es su derecho y no es justo privarlos de él. Y ¿dónde está la justicia para pretender insultar las cenizas de un muerto? Por un puñado de oro, ¿será justo remo-

(1) *Dig. lib.* 48, tít. 5, l. 11, § 8 y lib. 50, tít. 17, l. 139.

(2) Pothier, *Contrat de mariage*, núm. 526,

(3) Duranton, tom. 1, núm. 1,167.—Vazeille, tom. 2, núm. 585.—*Zacharías* por Massé y Vergé, tom. 1, § 140.

ver las ignominias de los que ya no existen? La vindicta pública ¿no se desarmará por la muerte? El magistrado mismo ¿no se inclina delante de la tumba del criminal para pronunciar el perdon? (1). En nombre pues de la moral, de la piedad filial, y de la inviolabilidad de la familia, aplaudimos los preceptos siguientes: arts. 254 del código que comentamos; 277 de el del Distrito Federal de 1870; 246 de el de Veracruz; 184 de el de Tlaxcala y 203 de el del Estado de México.

203. La importancia de los juicios de divorcio y su trascendenciasocial han hecho que nuestros legisladores prescrivan el secreto de todas las audiencias y la intervencion del Ministerio Público. Así consta en los arts. 247 del código de Veracruz; 204 de el del Estado de México; 278 de el del Distrito Federal de 1870 y 255 de el que comentamos.

204. Sobre el art. 256 de este código remitimos al lector á lo antes dicho (núm. 109). Con este artículo concuerdan los 279 de el del Distrito Federal de 1870 y 185 de el de Tlaxcala.

CAPITULO VI.

De los matrimonios nulos é ilícitos.

Art. 257. Son causas de nulidad las siguientes:

I. Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo alguno de los impedimentos enumerados en las fracciones 1ª y 3ª á 9ª del art. 159, ó faltando el consentimiento de la persona que conforme á la ley tiene la patria potestad:

II. Que se haya celebrado en contravencion á los arts. 119 y 120:

III. Que no se hayan hecho las publicaciones en los términos prevenidos en los arts. 110 á 113 y 118:

(1) Demolombe, tom. 4, núm. 429.—Marcadé, sobre el art. 307 núm. 5.—Laurent, tom. 3, núm. 217.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

IV. Que no se hayan dispensado dichas publicaciones conforme al art. 114.

V. Que no hayan concurrido los testigos que exigen los arts. 109 y 128:

VI. Que se haya celebrado no concurriendo los contrayentes personalmente ó por apoderado especial, conforme al art. 128:

VII. Que haya impotencia incurable para la cópula. La impotencia debe ser anterior al matrimonio y legalmente comprovada.

Art. 258. La edad menor de catorce años en el hombre y de doce en la mujer, dejará de ser causa de nulidad:

I. Cuando haya habido hijos.

II. Cuando no habiendo habido hijos, el menor hubiere llegado á los veintiun años y ni él ni el otro cónyuge hubieren intentado la nulidad.

Art. 259. La nulidad por falta de consentimiento de los ascendientes, solo puede alegarse por el ascendiente á quien tocaba prestar aquel, y dentro de treinta dias contados desde aquel en que tenga conocimiento del matrimonio.

Art. 260. Cesa esta causa de nulidad:

I. Cuando han pasado los treinta dias sin que se halla pedido la nulidad:

II. Cuando, aun durante ese término, el ascendiente ha consentido expresa ó tácitamente en el matrimonio, ya dotando á la hija, ya haciendo donacion al hijo en consideracion al matrimonio, ó recibiendo á los consortes á vivir en su casa; ó presentando á la prole como legítima al registro civil; ó practicando otros actos que á juicio del juez sean tan conducentes al efecto como los expresados.

Art. 261. El parentesco de consanguinidad no dispensado anula el matrimonio; pero si despues se obtuviese la dispensa, y ambos cónyuges, reconocida la nulidad, quisieren espontáneamente reiterar su consentimiento, lo que se hará por medio de una acta

ante el juez del registro Civil, quedará revalidado el matrimonio y surtirá todos sus efectos legales desde el dia en que primeramente se contrajo.

Art. 262. La accion que nace de esta causa de nulidad, puede deducirse por cualquiera de los cónyuges y por sus ascendientes, y seguirse tambien de oficio.

Art. 263. El error respecto de la persona anula el matrimonio solo cuando entendiendo un cónyuge contraerlo con persona determinada, lo ha contraido con otra.

Art. 264. La accion que nace de esta causa de nulidad, solo puede deducirse por el cónyuge engañado.

Art. 265. Si éste no denuncia el error inmediatamente que lo advierta, se tiene por ratificado el consentimiento, y queda subsistente el matrimonio, á no ser que exista otro de los impedimentos dirimentes.

Art. 266. El miedo y la violencia serán causas de nulidad, si concurren las circunstancias siguientes:

I. Que uno ú otra importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud ó una parte considerable de los bienes:

II. Que el miedo haya sido causado ó la violencia hecha al cónyuge ó á la persona que le tenia bajo su patria potestad, al celebrarse el matrimonio:

III. Que uno ú otra hayan subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio.

Art. 267. La accion que nace de estas causas de nulidad, solo puede deducirse por el cònyuge agraviado y dentro de sesenta dias contados desde la fecha del matrimonio.

Art. 268. El vínculo de un matrimonio anterior existente al tiempo de contraerse el segundo, anula este aunque se contraiga de buena fé, creyéndose fundadamente que el consorte anterior habia muerto. La accion que nace de esta causa de nulidad, puede deducirse por el cónyuge del matrimonio primero, por los hijos

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

y herederos de aquel, y por los cónyuges que contrajeron el segundo. No deduciendola ninguna de las personas mencionadas, el juez, si tiene conocimiento de dicha causa, podrá proceder á instancia del Ministerio público ó de oficio.

Art. 269. La accion de nulidad provenida de la causa que se señala en el art. 159, fraccion 6ª, puede ser deducida por el cónyuge inocente, por los hijos y herederos del primer cónyuge y por el Ministerio público.

Art. 270. La nulidad que se funda en la falta de formalidades esenciales para la validez del matrimonio, puede alegarse por los cónyuges y por cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio. A falta del denunciante, el juez puede proceder á instancia del Ministerio público ó de oficio.

Art. 271. No se admitirá á los cónyuges la demanda de nulidad por falta de solemnidades, contra el acta de matrimonio celebrado ante el juez del registro civil, cuando á la existencia del acta se una la posesion de estado matrimonial.

Art. 272. La nulidad que se funda en impotencia ó locura incurable, solo puede ser pedida por los cónyuges y por el tutor del incapacitado.

Art. 273. El matrimonio, una vez contraído, tiene á su favor la presuncion de ser válido: solo se considerará nulo cuando así lo declare una sentencia que cause ejecutoria.

Art. 274. Acerca de la nulidad no hay lugar á transaccion entre los cónyuges, ni á compromiso en árbitros.

Art. 275. El Ministerio público será oido en este juicio.

Art. 276. El derecho para demandar la nulidad del matrimonio, no corresponde sino á aquellos á quienes la ley lo concede expresamente, y no es trasmisible por herencia ni de cualquiera otra manera. Sin embargo, los herederos podrán continuar la demanda de nulidad entablada por aquel á quien heredan.

Art. 277. Ejecutoriada la sentencia que declara la nulidad, el tribunal de oficio enviará copia autorizada de ella al juez del registro civil ante quien pasó el matrimonio, para que al márgen del acta respectiva ponga nota circunstanciada, en que conste: el contenido de la sentencia, su fecha, el tribunal que la pronunció y el número con que se marque la copia, que será depositada en el archivo.

Art. 278. El matrimonio contraído de buena fé, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges, mientras dura; y en todo tiempo á favor de los hijos nacidos antes de su celebracion, durante él, y trecientos dias después de la declaracion de nulidad.

Art. 79. Si ha habido bena fé de parte de uno solo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos.

Art. 280. La buena fé en estos casos se presume: para destruir esta presunción se requiere prueba plena.

Art. 281. Si la demanda de nulidad fuere instaurada por uno de los cónyuges, se dictarán desde luego las medidas provicionales que establece el art. 244.

Art. 282. Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, los hijos varones mayores de tres años, quedarán al cuidado del padre y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiere habido buena fé.

Art. 283. Si solo uno de los cónyuges ha procedido de buena fé quedarán todos los hijos bajo su cuidado.

Art. 284. Los hijos é hijas menores de tres años se mantendrán, en todo caso, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre.

Art. 285. El marido dará cuenta de la administracion de los bienes, en los términos convenidos en las capitulaciones matrimoniales; y faltando éstas, conforme á las prescripciones es-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tablecidas en este código, para el caso de disolucion de la sociedad legal.

Art. 286. Si al declararse la nulidad la mujer está en cinta, se dictarán las precauciones á que se refiere la fraccion 6ª del art. 244, si no se han dictado al tiempo de instaurarse la accion de nulidad.

Art. 287. La mujer no puede contraer segundo matrimonio sino hasta pasados trecientos dias después de la disolucion del primero. En los casos de nulidad puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitacion.

Art. 288. Es ilícito, pero no nulo, el matrimonio:

I. Cuando se ha contraído pendiente la descicion de un impedimento que sea susceptible de dispensa:

II. Cuando no ha precedido á su celebracion el consentimiento del tutor ó del juez en su caso:

III. Cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requieren los arts. 170, 171 y 172:

IV. Cuando no ha trascurrido el tiempo señalado en el art. 287 á la mujer para contraer nuevo matrimonio.

Art. 289. Los que infrinjan el artículo anterior, serán castigados conforme al Código Penal.

SECCION 1ª

Antecedentes de la materia y principios generales.

205. No es bastante seguramente haber expresado bajo qué condiciones puede contraerse el matrimonio, sí ademas no se establecen las correspondientes sanciones para los que infrinjan aquellas. Es este el objeto del presente capítulo de nuestro código.

Para estudiarlo en toda su latitud, repetimos una vez más que es convenientísimo no perder de vista, que refiriéndose la materia de las nulidades á la esencia ó elementos constitutivos

del matrimonio mismo, su legislacion pertenece á la Iglesia Católica, que recibió de su Divino Fundador el derecho exclusivo de fijar los impedimentos que hacen obstáculo á la validez de aquel y de cuyo derecho la Iglesia no ha usado sino con una gran sabiduría, fundándose siempre en motivos de órden, de justicia, de libertad y de economía social y para el mayor bien de la familia y de la humanidad (1). Así lo reconocen aun escritores hostiles al catolicismo, de los cuales para no ser prolijos solo citaremos al celebre Macaulay, que declara, como verdad indiscutible, que la influencia de la Iglesia fué eminentemente saludable á la sociedad (2). ¿Cómo negar que ella luchó con tanto empuje como buen éxito contra la barbarie y la ignorancia? La sabiduría antigua, la filosofía pagana, aun en toda la plenitud de su desarrollo, no fueron sin duda las que dieron á las razas del Norte esas ideas elevadas, esas reglas de moral y de justicia que contitnyen la base de las principales instituciones modernas. Entre ellas, para no citar sino las que á nuestro asunto presente se refieren, podemos ver, en primera línea, la igualdad absoluta de la esposa y del marido, la unidad del matrimonio, su indisolubilidad, la necesidad de una celebracion pública que lo distinguiera claramente del concubinato y ofreciera á todos los medios de prueba que no podia darles el sistema de la clandestinidad, y en fin, la mayor parte de los impedimentos para contraerlo, beneficios inmensos, á cuya sola dádiva son deudores el derecho y la civilizacion modernos y que sería soberanamente injusto olvidar (3).

---

(1) *Concilio Tridentino* Ses. 24, caps. 3 y 4, *de ref. martr.*—Véase tambien tomo 2º de esta obra, núms. 8 y siguientes.

(2) Macaulay, *Histoire d'Anglaterre, depuis l'avenement de Jacques II.*

(3) Por considerarlas de grande interes, como legislacion canónica sobre el matrimonio y las causas que lo tienen por objeto, reproducimos en esta obra la Encíclica de Nuestro Santísimo Padre Leon XIII de 10 de Febrero de 1880 y la Bula de Benedicto XIV "*Dei Miseratione*" de 3 de Noviembre de 1741, pudiendo ambas verse al fin de este tomo, Apéndice letra A.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Siendo así, nada estraño debe parecer que en el comentario que vá á seguir, recurramos siempre, para explicar la naturaleza y condiciones de las causas de nulidad, á la fuente del derecho canónico, monumento no remplazado de sabiduría y acierto en lo tocante á la familia, y tesoro precioso donde se encuentran las mas sanas desiciones sobre todas las controversias relativas á esta materia.

Numero 1. Principios generales.

206. Uno de los principios de mayor importancia, que deben tenerse presentes en esta materia, es el relativo á la manera de hacerse efectiva la nulidad, cuando el matrimonio se haya celebrado en contra de las prescripciones legales. En otros términos, no basta que se haya infringido la ley en este punto para que la nulidad se declare, sino que es necesario que se haya pronunciado sentencia ejecutoria, pues el matrimonio, una vez contraido, tiene á su favor la presuncion de ser válido y solo se considerará nulo, cuando así lo declare una sentencia de la cual ya no haya recurso alguno que interponer. Es este uno de los más importantes casos de excepcion á que se refiere el art. 7 del Código que comentamos y al cual pueden aplicarse con toda exactitud aquellas notables palabras de Arnaldo Vinio. *Multa fieri vetantur, quæ tamen facta tenent* (1). La razon es que, siendo el matrimonio una institucion eminentemente social, vale mas mantenerlo, aun con agravio de la ley en muchos casos, que destruirlo con el grave peligro de herir en la destrucion los sagrados intereses del hogar. El legislador pues ha preferido dejar subsistente un acto de tanta trascendencia como el que nos ocupa á introducir trastornos en la familia, si no es en los casos en que

(1) Veáse tomo 1º de esta obra, núms. 86 y 87.

la gravedad de la infraccion legal es de tal magnitud, que la más obvia justicia exige ser reparada por la declaratoria de nulidad. En derecho romano no era así, pues una regla única, casi universal, prescribía que todas las violaciones de ley quedaban sometidas á la misma sancion, es á saber, la nulidad más absoluta. Un gran número de textos formulan claramente esta doctrina: Gayo con su acostumbrada energía dice: *Si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere videtur, neque liberos* (1). Ulpiano escribe: *Si quis eam quam non licet uxorem duxerit, incestum matrimonium contrahit; ideoque liberi in potestate ejus non fiunt, sed quasi vulgo concepti spuri sunt* (2). Modestino, aunque indirectamente, profesa la misma doctrina: *Vulgo concepti dicuntur, qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quam habere non licet* (3). La Instituta del Emperador Justiniano es igualmente explícita: *Si adversus ea quæ diximus aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos inteligitur. Itaque ii qui eo ex coitu nascuntur in potestate patris non sunt, sed tales sunt ii quos mater vulgo mater concepit* (4). Y la verdad es que esta suerte de nulidad era rigurosamente aplicada á toda infraccion de ley, en cualquier clase de pactos y convenciones: *Non dubium est*, dice una ley de Teodosio, *in legem committere eum, qui verba legis amplexus, contra legis nititur voluntatem. Nec pœnas legibus evitavit, qui se contra juris sententiam sœva prærogativa verborum fraudulenter excusat. Nullum enim pactum, nullam con-*

(1) Gaius, *Com.* 1, § 64.
(2) *Ulpiani Regular*, tit. 5, § 7.
(3) *Dig.* lib. 1, tit. 5, l. 23.
(4) *Inst.* lib. 1, tit. 10, § 12.—Ortolan, *Explicat. hist. des Inst.* tom. 1.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes tam veteres, quam novellas trahi generaliter imperamus: ut legislatori quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat: cæteraque, quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere: hoc est, ut ea, quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur; licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est: sed et si quid fuerit subsecutum ex eo, vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse præcipimus (1). El derecho cononico es el primero que, en los anales de la jurisprudencia, estableció la necesidad de pruebas precisas y completas, debiendo en la duda tenerse por subsistente el matrimonio (2) y ordenándose que en todas las causas matrimoniales interviniese en cada diócesis el *Defensor de matrimonios*, para sostener su validez. (3)

Estos principios de la Iglesia católica no podian ménos que ejercer su saludable influencia en la legislacion moderna. Así es que el derecho francés, orígen inmediato del nuestro, nos presenta tambien, por la voz de sus comentadores mas autorizados, el principio segun el cual es necesario que se abra un juicio, para declarar la nulidad del matrimonio, sin que ésta pueda presumirse *ipso jure*. "Cuando un matrimonio, dice Duranton, es atacado, como contraido con menosprecio de las disposiciones de la ley, es necesario hacer pronunciar su nulidad. El matrimonio no es nulo de pleno derecho, cualesquiera que sean los

(1) *Cod.* lib 1, tit. 14, l. 5.

(2) *Can.* 1. *De consanguin.* X (4. 14).

(3) Véase en este tomo, apéndice letra A, *la Bula de Benedicto XIV.* "Dei miseratione."

vicios de que está infectado: hay un título público y auténtico, cuyo efecto es necesario aniquilar, y las partes á quienes se aplican no podrian constituirse sus propios jueces. El vicio de que ellas tienen que quejarse hace solamente nacer una cuestion, que debe ser sometida á los tribunales, encargados de aplicar el derecho al hecho alegado: estos son los únicos apreciadores de los caracteres de ese hecho, competentes para decidir si, en el espíritu de la ley, aquel produce una nulidad del matrimonio, y si esta nulidad no está cubierta. Así es que, trazando las condiciones requeridas para el matrimonio, el legislador habria sin duda dejado imperfecta su obra, si en seguida no hubiese agregado, como sancion, la pena de nulidad por la inobservancia de ellas; pero tambien, no dando en todos los casos á solo los tribunales el poder de aplicar esta pena, habria abandonado el matrimonio á la discrecion de aquellos, para quienes ya no fuese sino un yugo importuno, y de éste modo habria entregado con frecuencia á la avidez de los colaterales el estado de los hijos y la tranquilidad de las familias (1)."

207. Nuestra legislacion es conforme á éstas doctrinas y precedentes, como se desprende de los arts. 265 del Código de Veracruz; 214 de el de Estado de México; 139 de el de Tlaxcala; 296 de el del Distrito Federal de 1870 y 273 del actual.

208. De el principio que todo matrimonio, una vez contraido, tiene á su favor la presuncion de ser valido, mientras una sentencia ejecutoriada no venga á declarar lo contrario, se sigue, como necesaria consecuencia, que la no validez de este acto, bajo cualquiera forma que se pretenda, no puede ser, sino el resultado de un juicio, ni obtenido sino mediante los procedimientos por la ley establecidos. ¿No hay pues otras nulidades, ni otros medios de hacerlas valer que los reconocidos por el código? Esta cues-

(1) Duranton, tom. 1, num. 850.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tion ha adquirido el mayor interés en los tiempos modernos, con motivo de la doctrina defendida brillantemente por Demolombe Marcadé, Laurent y otros autores sobre los actos *inexistentes* y que lo mismo se aplica al matrimonio que á otras diversas hipótesis y particularmente á los contratos. "Toda convencion, dice Demolombe, todo acto tiene sus condiciones *de ser*, sus condiciones esenciales y orgánicas, fuera de las cuales no existe. ¿Acaso, por ejemplo, la celebracion delante de un oficial del estado civil no es una condicion *sine qua non* de la existencia misma del matrimonio? Un hombre y una mujer han vivido en concubinato ó han declarado unirse, casarse delante de un juez de paz; delante de un sacerdote, ¿creis que me seria preciso intentar una demanda en nulidad de matrimonio, para oponerme á las pretenciones que esos individuos, que se llamarían lejítimos, podrian levantar contra mi?..... Una demanda en nulidad de matrimonio! pero no hay ninguna especie de matrimonio! no hay de él sombra ni apariencia! no hay nada! Este ejemplo es casi demasiado claro; pero por esto lo he adoptado, por que no se trata en este momento sino de probar la exactitud de la distincion; ahora bien, cualesquiera inconvenientes que pudieramos encontrar, aun cuando fuera necesario prescisar las hipótesis á las cuales se aplica, es cierto á lo menos que la distincion es fundada. Se objetará sin embargo que el código de Napoleon no la ha hecho; que él aplica al contrario, las palabras *nulo* y *nulidad* á matrimonios, que la distincion declara existentes, pero sotamente *anulables;* y que en fin esta distincion es la misma que el código ha solamente consagrado, es á saber, entre las nulidades *relativas* y las *absolutas*. Nuestra lengua jurídica es, á la verdad, bien imperfecta; y es sobre todo en lo que concierne á las *nulidades*, donde la terminología está llena de confusion y de equívocos. Los autores, las sentencias, los textos mismos parecen por doquiera confundir el acto nulo ó inexistente con el acto existente y anulable, *la nulidad* en fin con la *anulabilidad*. Por

manera que será siempre muy difícil discernirlas. Pero todo esto no podria destruir la incontestable verdad de nuestra distincion. Por lo demas el código de Napoleon mismo la ha consagrado. Ved las vicisitudes á travez de las cuales el art. 142 nos ha llegado, tal como es. ¿Hay que referirlo desde luego al capítulo que trata de las *demandas en nulidad?* No! dijo el primer Cónsul: "Sería mezclar los casos en que no hay matrimonio y aquellos en que puede ser casado." Se propone entónces la redaccion siguiente: "No hay matrimonio, donde no hay consentimiento. No hay consentimiento, cuando hay violencia ó error sobre la persona." El primer Cónsul insiste todavía: "Se han distinguido dos casos en la discusion: 1º *no hay matrimonio*, cuando falta el consentimiento delante del oficial del estado civil, y si se ha escrito que la mujer ha dicho *si*, cuando ha dicho *no;* 2º si la mujer habiendo dicho *sí*, pretende en seguida haber sido forzada, *hay matrimonio;* pero puede ser anulado." Y el art. 146 es finalmente redactado segun este pensamiento. En cuanto á la distincion entre las nulidades relativas y las nulidades absolutas, no se confunde ciertamente con la que separa el matrimonio *nulo* ó no existente del matrimonio *anulable;* porque el matrimonio, aun herido de nulidad absoluta, no existe menos legalmente, en tanto que no ha sido anulado; y esto es tan verdadero, que la nulidad absoluta, aunque en general perpetua é irreparable, puede sin embargo algunas veces cubrirse, ó no ser indistintamente proponible por cualquiera persona. Y ademas, en fin, he advertido ya que esta teoría de las nulidades absolutas no nos daria ningun medio de ataque contra ciertos matrimonios imposibles de mantener, y que sinembargo serian necesariamente válidos una vez que se reconociese que existen. En resúmen pues, es necesario distinguir entre las condiciones esenciales, cuya ausencia impide absolutamente que el matrimonio se forme, que exista y las otras, cuya ausencia ó irregularidad no impiden la formacion y existencia del matrimonio, aun cuando

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

sean capaces de hacer pronunciar la nulidad. En el primer caso, el matrimonio es *nulo;* no hay matrimonio; en el segundo, el matrimonio existe, es solamente *anulable.* Y la diferencia es muy grande! El acto nulo ó inexistente ha nacido muerto (*mort-né*) por decir así! ó más bien es la nada misma! El acto anulable no está sino viciado; es susceptible, á la verdad, de perecer, pero tambien de ser purgado y salvado (1)." La misma doctrina se encuentra profesada por Marcadé (2) y ultimamente por Laurent (3) y de ella se deducen dos importantes consecuencias. 1ª Si el acto es inexistente, no es necesario que su anulacion sea pedida ni pronunciada despues de un juicio por sentencia; 2ª es imposible, ni organizar una accion para pedir aquella, ni determinar por lo mismo, ya las personas que tendrian derecho de intentarla, ya su duracion, ora en fin las exepciones que podrian serle opuestas. Luego cualquiera persona, en todo tiempo, podria rechazar los efectos de un tal matrimonio, sin que pudiera oponersele ni prescripcion ni ratificacion. Cuatro son las hipótesis á que esta doctrina se aplica: 1ª la igualdad de sexo; 2ª la falta de consetimiento de los futuros esposos, como si hubiera ausencia total de voluntad, al verificarse el acto del matrimonio; 3ª la falta de manifestacion solemne de ese mismo consentimiento delante de un oficial del estado civil y 4ª la falta de declaracion del enlace de los dos esposos por este funcionario.

¿Esta doctrina es verdadera? ¿Ha sido aceptada en nuestra legislacion? ¿La no existencia de un matrimonio puede obtenerse de otra manera que por medio de la accion de nulidad y despues de una sentencia ejecutoriada? En cuanto á la primer cuestion, ó sea, la clasificacion entre actos *anulables* é *inexistentes*, sin vacilar reconocemos que debe ser decidida afirmativamente. Hay en efecto ciertas condiciones de tal manera sustanciales en los actos jurídicos, que no se pueden estos ni aun concebir, si aquellas faltan. Al contrario hay otras, cuya necesidad, por ser ménos esencial para los actos, se presenta al espiritu ménos clara y obvia que las anteriores y no ha sido proclamada sino por las legislaciones positivas, que las han encontrado útiles y convenientes. Las primeras son la esencia, el ser del acto mismo de que se trata, su naturaleza misma nocional, algo que constituye el propio acto y cuya ausencia nos hace comprender en seguida que no estamos en presencia del acto que creiamos. Así son, por ejemplo, la diferencia de sexo en los contrayentes del matrimonio, el consentimiento en los contratos, la cosa y el precio en la venta, etc. etc. Las segundas importan propiedades verdaderamente añadidas al acto y que, aunque fundadas en su naturaleza, no son el acto mismo, que puede concebirse sin ellas, por ejemplo, ciertas formalidades externas con que deben celebrarse los contratos. No cabe pues duda sobre la verdad de la clasificacion de los actos jurídicos en inexistentes y anulables. La razon la concibe sin esfuerzo alguno, y se comprende que la ciencia ha debido adoptarla.

209. En cuanto á la segunda cuestion, sobre si nuestra legislacion ha aceptado tal doctrina, nuestra respuesta tiene que ser en el mismo sentido, fundada en los términos mismos de que se sirven muchos de los artículos de nuestros códigos. Así se deduce de lo dispuesto en el art. 1670 del código que comentamos y que no hace sino reproducir la ley romama: *obligationes quæ non propriis viribus consistunt, neque officio judicis, neque prætoris imperio neque legis potestate confirmantur. Veluti si quis homicidium, vel sacrilegium se facturum promittat. Sed et officio quoque prætoris con-*

(1) Demolombe, tom. 3, num. 240.

(2) Marcadé, tom. 1, nums. 617 y sigts.

(3) Laurent, tom. 2, nums. 440 y sigts.—*Contra:* Toullier, tom. 1, num. 601.—Delvincourt, tom. 1, pag. 70.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tinetur ex hujusmodi obligationibus actionem denegari (I). Indudablemente tambien pertenece á la esencia del matrimonio, que los contrayentes sean hombre y mujer, supuesto que ese acto es definido por el art. 155 del código "la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer etc." Luego la identidad de sexo hace nulo ó inexistente el matrimonio, el cual no puede ni concebirse faltando aquella circunstancia. ¿Se quiere mayor claridad sobre este punto? Oigase lo asentado por uno de los más ilustres jurisconsultos de nuestro Foro, por el Sr. D. Agustin Rodriguez, actual Presidente de la Comision de Derecho civil en la Sociedad de Abogados de ésta capital, cuyos estudios son siempre modelos de elocuencia y de doctrina: "La jurisprudencia moderna, que si no puede gloriarse de ser la creadora de las más importantes teorías jurídicas, sí puede reclamar con justo título el privilegio de ser la que con su espíritu generalizador las ha precisado y esclarecido, presenta sobre la materia, objeto de la cuestion que me propongo analizar, la enseñanza más completa que pueda apetecerse, porque sastisface sin duda á las exigencias de la razon, y es aceptada por los principios de la ley positiva.

"La ciencia, por los labios del eminente jurisconsulto Laurent, enseña que son cuatro las condiciones que se requieren para la existencia de una convencion: consentimiento, objeto, causa y solemnidad en los contratos solemnes. Si una de estas condiciones necesaria para la existencia de un contrato, falta, carece de vida á los ojos de la ley, es inexistente, ó como dicen enérgicamente muchos Códigos, no puede tener efecto alguno. Pero si ninguna de esas condiciones falta, de un modo absoluto, y solo se advierte que en alguna de ellas hay irregularidad ó imperfeccion, el convenio no deja de existir, únicamente dá lugar á una accion de nulidad. Los Códigos modernos generalmente

(1) *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 27.

no adoptan términos técnicos para distinguir los contratos que carecen de existencia, de aquellos que son simplemente anulables: se sirven de la palabra *nulos* para los unos y para los otros. Los autores tampoco estan conformes en el uso de los términos: llaman nulo, nulo de pleno derecho ó inexistente, al contrato que carece de algunas condiciones requeridas para su exitencia, y llaman anulable al que tiene existencia legal, pero que no puede reputarse válido. Entre éstas expresiones deben escogerse, sin duda, las más sencillas, y llamar inexistente al contrato que no tiene existencia legal, y nulo al contrato anulable. Esta última expresion es legal, es la que generalmente se adopta por las leyes: la primera no lo es, pero es más sencilla que la de nulo de pleno derecho, evita la confusion que presenta la palabra nulo en nuestros textos y marca con claridad, que el contrato inexistente no puede producir efecto alguno, porque un acto inexistente es la nada.

"Explicando así lo que debe entenderse por contrato inexistente y por contrato nulo, y mostrada la razon que existe para adoptar esa terminología, veamos cúales son las circunstancias que separan al contrato inexistente del contrato nulo. El contrato inexistente es la nada; luego no se necesita demandar su nulidad; ni depende de las partes validar el acto, confirmandolo: ni el tiempo, que basta para cubrir los vicios de un acto, es poderoso para darle vida. "Esto está en la naturaleza de las cosas, dice Laurent, porque la nada no necesita la declaracion de que es tal, ni puede confirmarse lo que no existe, ni el tiempo tiene influencia sobre ella, porque la nada siempre es nada, y no hay prescripcion capaz que la trasforme en acto existente."

"El acto nulo existe: la imperfeccion ó irregularidad de alguna de sus condiciones, motiva una accion en nulidad; puede validarse por la confirmacion, y el solo lapso del tiempo la legitima y sanciona. En resúmen, el acto nulo requiere que se declare tal por virtud de accion ó excepcion; no así el inexis-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tente: aquel puede purificarse por la ratificacion ó cumplimiento voluntario de las obligaciones que envuelve; no así éste: por último la accion en nulidad es prescriptible, mientras la accion contra un contrato inexistente nunca muere.

"Esta distincion apoyada en los principios que el derecho establece, sastiface sin duda á las exigencias de la razon humana. Cuatro son efectivamente, en la jurisprudencia de todos los pueblos, las condiciones que generalmente se requieren para que un contrato tenga existencia: Consentimiento, objeto, causa y solemnidad en los casos en que ésta se exije, como requisito esencial.

"No puede, á la verdad, concebirse un contrato sin consentimiento: el convenio, como lo revela su misma etimología, es un concurso de voluntades. Si no hay acredor que estipule, ni deudor que prometa, es evidente que ni aquel adquiere derechos, ni este queda sometido á las consecuencias, casi siempre ineludibles, de una obligacion eficaz.

"*Si interrogatus fuerit*, dice Ulpiano, *sub conditione, responderit purè, dicendum erit eum non obligari Cum adjicit aliquid vel detrahit obligationi, semper probandum est vitiatam esse obligationem: nisi stipulatori, diversitas respontionis illico placuerit; tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur.*" Paulo que esparció sobre todas las partes de la jurisprudencia la prodigiosa actividad de su espíritu, y que léjos de abatirse por el destierro á que lo condenó la tiranía, parece haber encontrado en él nuevas fuerzas para la filosofía del derecho, es, si se quiere, sobre este punto, más preciso. En el libro 72 *ad Edictum* se expresa de este modo: "*Si Stichum stipulatus, de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit.* Ulpiano, como se ve, juzga que, cuando hay diversidad entre la pregunta y la respuesta, entre la estipulacion y la promesa, no hay obligacion por parte del promitente *eum non obligari.* Si al responder, algo si quitare ó añadiere á la pregunta, tampoco hay obligacion, en sentir del

mismo jurisconsulto, á no ser que la diversidad de la respuesta fuese desde luego aceptada por el estipulante. En este caso hay obligacion, pero no es la antigua, sino que se entiende formada una nueva. La razon que alega el jurisconsulto es clarísima: *tunc enim*; dice, *alia stipulatio contracta esse videtur:* la antigua, en su concepto, ninguna significacion tenia. Paulo, como dije, es más explícito: ha usado de la palabra de que yo me he valido, siguiendo el ejemplo de Laurent, para calificar la inexistencia de un contrato: un acto inexistente por falta de consentimiento, es la nada, *nihil actum erit.* Y la razon por la que, en estos casos, el contrato no existe, es porque la diversidad de la respuesta revela la falta de consentimiento. "*Et ratio est,* dice el maestro Gomez en el cap. 9 lib. 4° de sus Varias Resoluciones, *quia ex diversitate qualitatis inducitur dissensus contrahentium.*"

"Pero no debe confundirse la ausencia de consentimiento con los vicios del consentimiento, ni con la incapacidad para consentir. Los vicios del consentimiento, cualesquiera que sean, error, violencia ó dolo, no hacen la convencion nula de pleno derecho, ó inexistente, como lo hace la ausencia de consentimiento. Y la razon es clara, dice Laurent, porque las partes han consentido, y aunque su consentimiento esté viciado, el concurso de voluntades existe, el contrato ha nacido. ¿Cuál es entónces la influencia del vicio sobre la convencion? ¿Es un motivo suficiente para que la ley misma anule el contrato, sin que sea necesario introducir una accion en nulidad? De ninguna manera, porque esta es una cuestion de interés privado que el legislador no puede, ni debe prejuzgar. En materia de contratos la ley nada impone á las partes: léjos de ponerse en lugar de ellos, los deja en plena y absoluta libertad. Debe, pues, abandonar á su juicio, exclusivamente, el ejecutar un convenio, cuya anulacion pueden pedir, si les conviene, ó renunciar á ese derecho. ¿Y por qué no sucede lo mismo con el contrato inexis-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tente? Porque en este caso es imposible darle un efecto cualquiera al convenio. Aunque las partes estén dispuestas á ejecutarlo, nada hay que ejecutar, porque nada se ha convenido: si el legislador sanciona las convenciones, es para utilidad de los contratantes, y la nada nunca ha producido utilidad. Si conviene á los interesados llevar á efecto un contrato inexistente, son libres para hacerlo, pero en este caso habrá nueva obligacion. *Tunc enim*, repetiré con Ulpiano, *alia stipulatio contracta esse videtur*.

"La capacidad para consentir, es de la misma naturaleza que los vicios del consentimiento, para el efecto de anular el contrato. La capacidad para consentir no es una cosa necesaria para la existencia de las convenciones. Hay incapacidades naturales que impiden todo consentimiento, y se confunden por consiguiente con la primera condicion requerida para la existencia de una convencion. El infante que no ha llegado á la edad de la razon, no puede ni estipular ni prometer: si lo hace, su consentimiento no es más que aparente, porque no hay manifestacion de la voluntad, donde la razon no brilla. El hombre privado del uso de sus facultades mentales por una enfermedad que apaga el uso de la razon, tampoco puede consentir: el contrato en que interviene es por completo inexistente. Gayo, ese entendido jurisconsulto que hizo la obra maestra de todos los tiempos, aliando en sus comentarios la historia y la teoría, consigna así sobre esta materia los pensamientos de la jurisprudencia romana: *furiosum, sive stipulatur sive promitat, nihil agere, natura manifestum est*. Respecto del infante, Justiniano, hablando de su aptitud para contratar, se expresa de este modo: *Nam infans et infantiæ próximus non multum a furioso distat, quia hujusmodi œtatis pupilli nullum habent intellectum*. Y Vinnio, comentando esas palabras, las explica de este modo: *Infans in his, quæ animo et affectu geruntur, non multum a furioso distat, ut qui non magis intelligat quod agitur, aut affectu acquirendi ducatur, quam furiosus. Proinde nec cum tutoris auctoritate quicquam gerere potest, nec contrahendo obligari, aut obligationem sive acquirere.*

"Hay otras incapacidades que pueden llamarse civiles. Son incapaces de contratar, los menores, los sujetos á interdiccion, las mujeres casadas. La ley es la que establece estas incapacidades y la que arregla su extension y sus efectos. Pero esta incapacidad evidentemente no es absoluta: la incapacidad de la mujer es por razon del poder marital; la del sujeto á interdiccion proviene de la presuncion legal que resulta de la sentencia de interdiccion; la de los menores nace de la falta de experiencia para el manejo de sus negocios. Si tal es el fundamento de esas incapacidades, sin esfuerzo se percibe que ellas son impotentes para hacer que el contrato carezca de existencia: el fin que se ha propuesto el legislador, al declarar incapaces á ciertas personas, faltaria sin duda, si estableciese de pleno derecho la anulacion de los actos que celebran.

"¿Porqué ha de anular la ley lo que las partes se interesan en que subsista? La mujer contrata sin la autorizacion de su marido; pero el convenio que forma le es provechoso; el marido lo aprueba; la mujer lo ejecuta. ¿Qué razon hay entónces para que el legislador se oponga á la existencia de un contrato, que todos los interesados se empeñan por mantener? La ley garantiza suficientemente los intereses de la mujer y del marido, concediéndoles la accion en nulidad: ir mas lejos, anulando lo que las partes contratantes quieren validar, es traspasar su propósito y traspasandolo, es faltar á él. Lo mismo puede decirse de los contratos que celebra el que está sometido á interdiccion. No hay razon para que se declaren nulos de pleno derecho: son perjudiciales al incapacitado, su tutor pedirá la anulacion, y los tribunales la declararán sin duda: le son provechosos, el incapacitado debe tener derecho para validarlos, porque es unicamente en su interés por lo que la ley los anula El legis-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

lador tampoco puede anular de pleno derecho los actos ejecutados por los menores: declararlos inexistentes, sería frecuentemente perjudicar á los menores mismos, cuando el único fin del legislador es ponerlos al abrigo de toda lesion, protegiéndolos contra la inesperiencia de su edad.

"Solo, pues, la falta absoluta de consentimiento, produce la inexistencia de un contrato: los vicios del consentimiento y la incapacidad para consentir, solo engendran su nulidad. La justicia, la razon en que descansa esta diferencia, es palpitante.

"El segundo elemento ó condicion para la validez de un contrato, es el objeto. Esto resulta de la esencia misma de las cosas. Si los contratos son el medio para que los hombres se procuren las cosas de que necesitan para la vida material, intelectual y moral, evidentemente no se conciben sin una cosa que constituya su objeto. Esto es tan evidente que parece hasta inútil repetirlo. Si aquí hago mencion de esta circunstancia es porque la teoría de los contratos inexistentes ha sido siempre controvertida y es bueno demostrar que ella descansa en la evidencia, reservándose examinar si la ley consagra lo que la razon proclama como evidente. Habiendo objeto, hay contrato; pero si el objeto adolece, digamos así, de algun vicio, el contrato entónces será nulo, pero no inexistente.

"La venta de cosa agena, por ejemplo, la de los bienes dotales contra las prevenciones de la ley, son ventas en que hay objeto, pero con cierto vicio que influye de algun modo sobre el contrato. Este vicio engendra la nulidad de la operacion, pero nunca su inexistencia. Materia de interés privado, debe abandonarse á la apreciacion de las personas, en cuyo beneficio se establece la prohibicion, decidir si confirman ó anulan aquel contrato: la ley traspasaría su propósito, si sancionara la inexistencia de esos contratos.

"Es tercera condicion para la existencia de un contrato su causa, y su causa lícita. Si el motivo jurídico del contrato

falta, la obligacion no se concibe: no hay venta cuando faltando el objeto, la obligacion de pagar el precio carece ya de motivo. Esto se hace mas sencible en la causa ilícita. La obligacion que descansa sobre una causa ilícita no puede tener efecto: no puede concebirse que el legislador sancione aquellas convenciones por las cuales las partes violan una prohibicion que la ley establece. Ni basta que los declare nulos, porque dependerá entónces de las partes no obrar en nulidad y dar así efecto á un acto al que el legislador no puede ni quiere dárselo. Y la causa es ilícita cuando es contraria á las buenas costumbres, aunque la ley no declare inmoral la causa. Laurent, apesar de sus avanzadas ideas, se expresa así sobre este punto. "Hay una ley que Dios ha gravado en nuestros corazones; es la de nuestro desenvolvimiento moral, fin supremo de nuestra vida. Es para secundar á los hombres en su trabajo de perfeccionamiento, para lo que el legislador les da entera libertad de contratar; pero esa libertad tiene límites por razon del mismo fin que la hace consagrar: si el legislador deja á los hombres libres, es para que se perfeccionen: ¿los contratos, instrumentos de progreso moral, pueden alguna vez convertirse en medios de corrupcion? La conciencia responde que las convenciones inmorales deben ser heridas de una nulidad absoluta, radical, de pleno derecho." La honrada respuesta de Laurent no es mas que la fiel reproduccion del pensamiento de Ulpiano: *generaliter novimus*, dice este insigne jurisconsulto, *turpis stipulationes nullius esse momenti*. Es tambien ilícita la causa, cuando es contraria al órden público, tomando esta palabra en su extension más lata. Cuando los contratantes lastiman el interés general con sus convenciones, estas deben reputarse inexistentes. No basta para conservar el interés de la sociedad declarar nulo el acto, esto seria hacer que el interés social estuviese á merced del individual, lo que arruinaria sin duda las bases del órden público.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

"Por último, la solemnidad de los contratos solemnes, es una condicion para su existencia. La solemnidad se confunde con el consentimiento en esta clase de contratos, porque se reputa que el consentimiento no existe, cuando no se ha expresado en la forma legal. La donacion, por ejemplo, bajo el imperio de la legislacion francesa, es radicalmente nula ó inexistente cuando no se hace constar en una acta auténtica ó en documento privado. La hipoteca, entre nosotros, faltando la escritura, carece de vida: ni la confirmacion le da fuerza, ni la prescripcion la sanciona. No sucede así cuando la escritura se requiere para hacer constar una obligacion: las formas nada tienen de comun con el consentimiento: ellas conciernen á la prueba, pero son extrañas á la existencia de la obligacion. El defecto de prueba no puede asimilarse á la nada.

"Los principios de la ciencia, como acaba de verse, justifican la distincion que existe entre los actos inexistentes y los actos nulos: la palabra de luz que brota siempre de los labios de los grandes jurisconsultos de Roma se encuentra en el mismo sentido al través de los siglos. La razon, fundamento científico del derecho, segun la frase del jurisconsulto Labion, la demuestra y la reconoce.

"Esta teoría no está eliminada de los principios y de las doctrinas que han venido á compilarse en nuestra nueva legislacion. Confieso desde luego, como lo hice al principio, que ni nuestro Código Civil, ni alguno de los códigos modernos que he podido consultar, consignan esta teoría en términos precisos y claros. Todos la reconocen, sin embargo, de una manera evidente, aunque implícita y por induccion. Ya se han visto las diferencias que separan á los contratos nulos de los contratos inexistentes. Contrato que debe anularse por el ejercicio de una accion en nulidad, es nulo, pero no inexistente: contrato cuya nulidad puede extinguirse por la ratificacion ó el cumplimiento voluntario, es anulable; pero no inexistente; contrato, en fin,

cuya nulidad puede alegarse solo por aquellas personas en cuyo beneficio la ley pronuncia esa nulidad, es anulable, pero no inexistente. En nuestro Código Civil encontramos estas diferencias: voy simplemente á apuntar los artículos que las consignan, porque ellos bastan para justificar que esta teoría consagrada por la jurisprudencia, tiene su fundamento en la ley positiva. El Código Civil en sus artículos del 1778 al 1781, establece una accion en nulidad para pedir, que se declare la de aquellos contratos que adolecen de incapacidad en los contratantes, de error ó violencia. En los artículos del 1782 al 1786, una accion para pedir, no que se declare la nulidad del contrato, sino para reclamar lo que el contratante, inocente de la ilicitud del objeto, hubiere entregado. Es decir, se concede por estos artículos, lo que en el lenguaje de los jurisconsultos de Roma se llama *condictio sine causa*. Sin tomar para nada en consideracion el contrato cuyo objeto es un delito ó un hecho moralmente reprobado, nuestro Código concede esa accion para repetir lo que se hubiere satisfecho por consecuencia ó en ejecucion de ese convenio. Distingue, pues, nuestro Código, los actos nulos de los actos inexistentes, puesto que para combatir los primeros concede una accion en nulidad, mientras que con respecto á los segundos, concede el derecho de repetir lo que se hubiere dado, sin establecer que se declare primero la nulidad del contrato.

"En los artículos del 1791 al 1793, establece que los contratos nulos por incapacidad, intimidacion, error ó falta de solemnidad, pueden ser purificados de todos esos vicios por la ratificacion y el cumplimiento voluntario de las obligaciones que envuelven. En el artículo 2961, establece que no puede ser objeto de compra-venta el derecho á la herencia de una persona viva, y agrega, aunque esta preste su consentimiento. Los artículos 2975 y 2977, denuncian otros casos en que la operacion es radicalmente nula, de tal manera, que ningun efecto puede

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

producir. De aquí se infiere que en el sistema de nuestro Código hay contratos cuya nulidad puede purgarse por la ratificacion y el cumplimiento voluntario, y otros cuyo vicio es tan radical, que ni el cumplimiento voluntario les puede dar vida.

"Por último, el artículo 1788, concede la accion en nulidad solo á las partes principales y á sus fiadores, mientras que el 3332, al establecer que los contratos que deben registrarse no producen efecto contra tercero, si no estuvieren inscritos en el oficio respectivo, claramente indica que la inexistencia del acto puede alegarse por cualquiera persona, por extraña que haya sido á la formacion del contrato. Es, pues, indudable, que nuestro Código Civil establece, sobre este punto, la misma diferencia que la doctrina consagra entre los contratos inexistentes y los contratos nulos (1)."

La clasificacion propuesta nos parece, pues, evidente en el sistema del Codigo, no obstante que para aplicarla exactamente á cada disposicion legal, tiene siempre que tropezarse con dudas, nacidas, ya de la naturaleza misma del asunto de que se trata, ya de las poco apropiadas expresiones que haya empleado la ley

210. En efecto, no siempre es fácil y esto es general en la legislacion positiva, discernir lo *inexistente*. Dumoulin habia asentado la siguiente regla: *negativa præpósita verbo "potest," tollit omnem potentiam juris et facti; et inducit necessitatem præcisam designans actum impossibilem;* pero en seguida él mismo la destruye por las restricciones, excepciones y reservas que le añade: *Intellige, quando hoc respicit formam, quæ dat esse rei; vel quando lex absolute prohibet; secus, quando ultra procedit providendo de remedio; etiam secus, quando subjecta materia ostendit dictum esse præsumtive, vel propter certum finem, qui cessare potest et se*

(1) Informe ante el Sr. Juez 4 ° de lo civil en el juicio de Tercería de preferencia de Barrena contra Sanchez.

parari ab actu; Unde Alciat male impugnat hanc regulam, quam debuit limitare ex materia subjecta (1). La nulidad, pues, y la inexistencia de los actos tiene que deducirse en la ley, segun este autor, del asunto en cuestion, *ex materia subjecta.* Vinio, fijándose para clasificar la nulidad en los términos mismos de la ley, en las expresiones de que se ha servido el legislador, trae la siguiente doctrina, que nos parece menos expuesta á errores é incertidumbres y sobre todo, menos que la anterior, subordinada á la arbitriaridad judicial: *Quæritur autem an semper et sine exceptione verum sit quod diximus, pro infecto et nullo haberi, quod contra legem fit, sive contra quam lege cautum est? Et si quidem lex simpliciter aliquid fieri vetet, nec ullam nominatim adjiciat pœnam, recte colligimus et statuimus ea, quæ contra legem fiunt, pro infectis haberi, et ipso jure esse nulla: tunc enim hanc esse pœnam legis et hoc velle legem intelligimus, ut quod factum est infectum sit, id est, cassum et irritum prorsus, veluti si filius sine consensu patris matrimonium contraxerit, si vir uxori, aut uxor viro aliquid donaverit, si pater filium, quem in potestate habet, prœterierit, aut sub conditione, quæ non sit in ejus potestate, hæredem instituerit, si quis in fraudem creditorum manumiserit, si minor natu majorem adoptaverit; etc. Sed et si lex ulterius procedat, et poenam adjiciat, idem adhuc dicendum est, modo poena adjiciatur annullationi actus, ut loquuntur: nam et tunc nullum est ipso jure, quod factum est; et prœterea poena adjecta annullationi præstanda est; exempla habemus in legibus, cum simil. quibus locis incoestæ et prohibitæ nuptiæ non solum cassæ et irritæ esse jubentur, verum etiam qui tales nuptias contrahunt, variis poenis pro varietate delicti afficiuntur. At enim vero cum lex aliquid fieri vetat, et poenam, si contra factum erit nominatim constituit, non actum annullando, sed ita ut quod factum est, valere aliquo modo, et subsistere patiatur, cæterum*

(1) Dumoulin, sobre la ley 1, *de Verb. obligat.* núm. 2.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

remedium, suppeditet, quo id postea rescindatur aut alias infirmetur, poenave aliqua facienti irrogetur, quod factum est; ipso jure subsistet, ut lex vult, sed rescindi aut irritum reddi poterit, eritque ea poena quam lex constituit. Exemplo sint Senatusconsulta Macedonianum et Vellejanum: quorum illud vetat filiofamilias mutuam pecuniam dari: hoc comprhensum est, ne fœminæ pro ullo intercedant, et tamen si aut filiofamilias mutua pecunia data sit, aut fœmina pro alio intercesserit, actus iste non est ipso jure nullus, quoniam neutro Senatusconsulto plane annullatur; sed aut actio contra filiumfamilias, mulieremve denegatur, aut si de eo ambigatur, contra actionem datur exceptio [*1*]

211. Pero supuesto el reconocimiento de la distincion que nos ocupa por parte de nuestra legislacion, ¿podrá sostenerse lo asentado por Demolombe y otros autores, es á saber, que la *inexistencia* del matrimonio no necesita, para ser declarada, ni de la accion de nulidad, ni de un juicio sobre el cual recaiga sentencia ejecutoria? ¿Podrá pedirse la simple é inmediata declaracion de la inexistencia del acto, sin necesidad de pruebas, sin oir á los interesados, en una palabra, fuera de un juicio contradictorio? "Un matrimonio que no existe, dice Laurent, *no puede subsistir hasta que el tribunal lo haya anulado*, porque si subsistiera, produciría efectos, miéntras que no puede producir ninguno (2)" Al contrario Tronchet, en el consejo de Estado, habia dicho: "Desde que existe un acto material, hay matrimonio, que puede sinembargo ser nulo, si no ha intervenido consentimiento, y este matrimonio *subsiste hasta la sentencia que pronuncie su nulidad* (*3*)" Nuestro art. 273 y sus concordantes ántes citados (núm. 207.); reproducen sin duda alguna esta misma idea;

(1) Vinnio, *Selectar. Juris Quæst*, lib. 1, cap. 1.

(2) Laurent, tom. 2, núm. 440.

(3) Locré, *Legislat. civ.* tom. 2, núm. 7.

luego conforme á nuestro derecho, podrá decirse que, ni aun la *inexistencia* de un matrimonio, puede ser declarada en otra forma que su anulabilidad. ¿Es esto exacto? La jurisprudencia mexicana se ha pronunciado resueltamente en este sentido ante la primera especie presentada en los tribunales. La novedad de esta materia y lo erudito del fallo hacen que no podamos prescindir de mencionar íntegros varios de los fundamentos de derecho, en que se apoya, con fecha 12 de Diciembre de 1885, el ilustrado Juez 4º. de lo civil, Lic. D. José María Gamboa, resolviendo negativamente un escrito en que se pedia fuese desechado el testamento cerrado del Sr. Lic. D. B. J. G., fuera de juicio, por no hacerse mencion en la cubierta, de que los testigos instrumentales conocian al testador, lo cual ameritaba, en concepto del promovente, que tal instrumento debia considerarse como inexistente, en virtud de lo dispuesto en el art. 3788 del Código civil del Distrito Federal de 1870. Los considerandos que creemos conveniente reproducir son los siguientes: "Segundo: Que respecto á si esa division (*la de actos anulables è inexistentes*) está consagrada en nuestras leyes, motivos de sobra hay para creerlo así: no tanto por las razones y por las citas en que se apoya la Sra. G., cuanto por el contesto del art. 1791 del Código Civil de 70, repetido en el 1677 del vigente, de cuyas palabras se desprende, por medio del argumento indeclinable en legislacion, que los lógicos llaman *á contrario*, que cuando la nulidad del contrato no depende, ni de incapacidad, ni de intimidacion, ni de error, aun cuando sea ratificado, cesando el vicio ó motivo de la nulidad, no por eso adquiere validez y eficacia. Asimismo, y argumentando de idéntica manera, sirve el tenor de los artículos 1792 y 1793 del Código Civil de 70 (1678 y 1679 del vigente), para inferir que los pactos en que solo la falta de solemnidades extrañas es lo que motiva su nulidad, son *anulables* pero no *inexistentes*, y consiguientemente, que hay estipulaciones *inexistentes* y estipulaciones *anulables*.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

"Tercero: Que si la parte de la Sra. G. comprendió perfectamente bien que las dos cuestiones de que se ha tratado en los dos *considerandos* anteriores son premisas necesarias para decidir el punto que esta interlocutoria resuelve, se olvidó de que hay otra premisa de no ménos importancia, como que es factor indeclinable para el estudio completo de la cuestion; el cual factor es nada ménos que el exámen del efecto que esa division de los pactos nulos en inexistentes y anulables produce en el enjuiciamiento, para saber si casos hay en que *de plano* ó sin sustanciacion pueden los tribunales desoir las pretenciones de los demandantes, ó si, por el contrario, solo en sentencia definitiva que, como se sabe, es el fin y el remate de la legítima *contienda* entre actor y reo ante juez competente que, en derecho, se llama *juicio*, es dable decir al actor que no ha tenido razon para litigar, porque el contrato en que apoya su demanda es nulo y nulo de los inexistentes.

"Cuarto: Que el exámen de tal premisa ó factor, envuelve el de lo que deba entenderse por accion, y para este último existen por fortuna, tanto una definicion explícita dada por el mismo legislador, cuanto una doctrina correcta y acabada, frutos de los estudios de la ciencia. "Los derechos pueden ser engendrados, sus efectos pueden ser definidos—ha dicho uno de los romanistas modernos mas distinguidos—pero los derechos sólo son abstracciones. Creacion social puramente intelectual, por sí mismos son inertes, carecen de movimiento y de vigor. Para que entren en accion, para que funcionen, es preciso aplicarles una fuerza, un procedimiento.—¿Qué procedimiento? ¿Qué fuerza? Estas dos cuestiones se reproducen siempre involuntariamente en toda sociedad y en todo tiempo. El derecho mismo, la jurisdiccion, el procedimiento, ó para servirse de frases modernas, el derecho, la organizacion de los tribunales, el enjuiciamiento: he aquí las tres partes constitutivas é indispensables de todo sistema legislativo que funcione. Y de esas partes, las dos últimas no son las ménos interesantes: en ellas están la constitucion de los poderes públicos, la accion de los mismos sobre los ciudadanos, la vida y el movimiento nacional en el círculo de todos los intereses. *Leed la ley y conocereis la abstraccion. Yd al tribunal y vereis al pueblo que habla, que se agita, que se defiende, y entónces conocereis la realidad..... La accion* (de *agere*, obrar) en el sentido natural y propio de la palabra, es el recurso que existe para ocurrir ante la autoridad con el fin de hacer valer un derecho de cualquiera manera, *ya demandando, ya defendiéndose*, ó el acto mismo de ocurrir de esa manera al poder instituido al efecto. Mas en seguida diversas figuras de diccion concurren para dar á la palabra diferentes acepciones. Por ejemplo, en sentido figurado, accion ya no es el acto mismo, sino el derecho de ejecutar ese acto; esto es, el derecho de interponer ese recurso ante la autoridad. Por último, en otro sentido figurado como el anterior, ya no es, ni el acto ni el derecho de interponerlo, sino *el medio* que para ello existe, *ó la forma* que tienen los particulares á su disposicion para ejercitar tal recurso.—Hé aquí, pues, tres significaciones distintas en la palabra *accion:* según la primera, la accion es un hecho; conforme á la segunda, es un derecho; con arreglo á la tercera, un medio, una forma. Usase de las tres significaciones en la lengua jurídica. Para no disputar acerca de la definicion, fuerza es empezar por ponerse de acuerdo con respecto á cuál de las tres acepciones es la que va á usarse. (Ortolan. Explication históríque des Institutes. Tomos 1.º, núms. 239 y 240, y 3.º núm. 1830.) Y el Código de Procedimientos Civiles enseña que: "Se llama accion *el medio* de hacer valer ante los tribunales los derechos establecidos por la ley." (Artículo 1.º del Código de Procedimientos Civiles vigente, igual en esencia á los de las dos leyes de enjuiciamiento anteriores de 80 y de 72.)

"Quinto: Que si, como se ve, los derechos considerados en sí mismos son tan solo abstracciones, y para que vivan y palpiten,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

necesitan del concurso y de la accion, no es en el Código Civil ni en los estudios de comentarios sobre el derecho civil puro, donde hay que buscar los efectos prácticos de la division de los contratos nulos en inexistentes y anulables, sino en las leyes y en las doctrinas que tratan de la parte práctica, animada y viva del derecho, ó sea en el *procedimiento*.

"Sexto: Que allí, y para el efecto que en el caso va buscando la Sra. G., esto es, para el efecto de tener presente la *inexistencia* del acto ó contrato, carece de aplicacion y de valor la tan repetida division de los actos nulos, pues parece que el legislador, en la tremenda alternativa de forzar á quien no está legalmente obligado por un pacto que es nulo, á soportar todas las consecuencias, peligros y molestias de un litigio, y de exponer á los particulares á la torpeza ó á la malicia, ya de los que contratan con ellos, ya de los encargados de administrar justicia, se decidió por el primer extremo, comprendiendo que vale más que se siga un pleito inútil, al cabo del cual, el triunfo será de quien tenga razon, que el que, *prima facie*, sin audiencia de los interesados y sin pesar en conciencia, los argumentos que pudieran traerse al debate, se declare, *sin efecto alguno*, ni aun el de dar motivo á una contienda, un contrato, á pretexto de que es *nulo*, y nulo *de los inexistentes*. Por esto es que el Código de procedimientos civiles, dispone: que á nadie se obligue, salvo rarísimas excepciones, á intentar ó proseguir una accion contra su voluntad: que la sentencia se ocupará *exclusivamente* de las *acciones* deducidas y de las *excepciones* opuestrs respectivamente en la *demanda* y en la *contestacion*, que *todas las contiendas* entre partes *que no tengan señalada tramitacion especial*, se ventilarán *en juicio ordinario*; cabalmente á propósito de testamentos, que si se *impugnare la validez del testamento* ó la capacidad legal de algun heredero ó legatario, *se sustanciará el juicio ordinario correspondiente con el albacea*, sin que por él se suspendan el inventario ni el avalúo de los bienes; y finalmente, que

si á la solicitud promovida en asuntos de jurisdiccion voluntaria, ó sea en aquellos en que ni se ha promovido ni se promueve cuestion alguna entre partes determinadas, se opusiere alguno que tenga personalidad para hacerlo, *el negocio se hará contensioso* y se sujetará á los trámites establecidos para el *juicio* que corresponda (arts. 23, 605, 922, 1365 y 1749 del Código de procedimientos civiles vigente: 44, 471, 1524, frac. II, 1869 y 2046 del de 80; y 53, 523, 1613, frac. II, 1922 y 2172 del de 72).

"Sétimo: Que todos esos preceptos están patentizando el ánimo firme y decidido de la ley de no dejar nunca, por ningun motivo ni bajo ningun pretexto, *sin efecto alguno*, un contrato dado, sea como fuese, nulo ó no nulo, *inexistente ó no inexistente;* sino que exige de un modo irremisible, que la autoridad judicial *explícitamente declare la nulidad* y la declare *á instancia de parte*, pues todo el sistema de enjuiciamiento en materia civil se basa y se apoya en la teoría de que *á los particulares y solo á ellos y nunca á los tribunales*, toca ejercitar las acciones que tengan: que éstos deben huir con horror de las declaraciones llamadas *de oficio*, pronunciándolas solo cuando la ley los autoriza *expresa* y terminantemente: y que los segundos, ó sean los particulares, son los que juzgan *á priori* de la procedecia de la accion que intentan, para que el juez, en estado la califique y resuelva.

"Octavo: Que por esto el mismo Código Civil, no obstante que al hacerlo sale de sus naturales fronteras, hablando de la nulidad de las obligaciones, exije expresamente y sin distincion alguna (lo que veda por completo el distinguir, segun el conocido aforismo *ubi lex non distinguit nec nos distinguire debemus*, L. 32, Dig. *de Recept. qui arb.*) para que cada uno de los contratantes recobre la cosa que hubiere prestado con sus frutos, ó el valor de estos y el que aquella tenia cuando se perdió, si no fuere posible la restitucion en especie, *que se declare* la nu-

lidad del contrato. Y de los términos todos del propio Código Civil se infiere la necesidad imperiosa, trátese ó no se trate de contratos *inexistentes*, de que haya *accion, contienda y decision judicial*. Por esto es que, apropósito tambien de nulidad de las obligaciones, sin cesar se repite la palabra *accion*, aun tratándose de pactos *inexistentes* y que en la materia gravísima, entre las mas graves, en el matrimonio, cuando se ocupa de su nulidad, no solo se sirve continuamente de la palabra *accion*, sino que así mismo exije *sentencia que cause ejecutoria*, para que la nulidad revista una forma legal y conveniente, siendo así que nada pueda presentarse, como tipo mejor de *inexistente*, que un matrimonio *nulo*, en el que se rompe *un vínculo de esencia indisoluble*, pudiendo repetirse el casamiento; pues como dice el Sr. García Goyena, al comentar el art. 89 del Proyecto del Código Civil español, que declara que el matrimonio válido, no disuelve sino por la muerte de uno de los cónyuges, *y segun las leyes de la Iglesia:* "Así el matrimonio válido, no se disuelve sino por la muerte, el *rato*, no consumado, *se disuelve* por la profesion religiosa de uno de los dos, que puede hacerse aun contra la voluntad del otro consorte, *quedando éste en la libertad de repetir matrimonio*. Leyes 4, tít. 8 y 2; y 5, tít. 10, Part. 4ª" (Arts. 262, 264, 267, 269, 272. 273, 276, 277, 287, 1664, 1666, 1667, 1674, 1680 y 1681 del Código Civil vigente; y 285, 287, 290, 295, 296, 300, 301, 311. 1778, 1780, 1781, 1788, 1794 y 1795 del Código Civil de 70. —Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, por el Exmo. Sr. D. Florencio García Goyena. (Edic. mexicana, tom. 1º, págs. 85 y 86.)

"Noveno: Que esta exigencia de que *en todo caso de nulidad* se pronuncie *declaracion judicial*, entre nosotros es no sólo de derecho civil, sino de derecho público, supuesto que el art. 17 de la Constitucion federal previene que "nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho, y que los tribunales estarán siempre espeditos para administrar justicia," y que los mismos constituyentes estimaron, como indudable, la necesidad de que se intente la accion debida ante el juez competente, pues en la sesion del 21 de Agosto de 1856, el Sr. Arriaga, defendiendo el artículo que hoy es 17 de la Constitucion, contestó al Sr. Ruiz su objecion de que dicho artículo no prevee los casos de propia defensa conforme á derecho natural, con el incontestable argumento de que esos casos son las excepciones de la regla general, y que en ellos se recobra la cosa y no el derecho, y fué aprobado el artículo en la sesion citada y en la siguiente de 22 de Agosto (Zarco, Historia del Congreso constituyente, tomo 6º, págs. 191 y 192.) Y en estos últimos tiempos el legislador ha expresado idénticas ideas, pues en la Exposicion de motivos del Código de Procedimientos Civiles de 1880, se leen los siguientes conceptos: Es bien sabido que la accion puede considerarse bajo dos aspectos diferentes: uno, el de la forma en que debe ser ejercitada ó deducida; otro, el del derecho que está destinado á proteger. Bajo este segundo aspecto, las acciones son personales ó reales, segun es la naturaleza del derecho que protegen, y con el cual, sin embargo, no hay que confundirlas. Así, el derecho del dominio es uno: consiste en la facultad que tenemos para usar, disfrutar y disponer de una cosa con exclusion de los demas; y la accion de dominio consiste en el derecho con que nos arma la ley para hacer respetar aquel; pero el derecho nace de la ley pública ó de la ley privada, del convenio; la accion además de este elemento devida, necesita de algun otro, necesita la violacion ó desconocimiento del derecho que está destinada á proteger. Sin esta violacion, el derecho existe, pero no existe la accion, que solo nace, cuando se viola ó se amenaza violar el derecho que protege. De esta manera, si los hombres obraran siempre bajo las inspiraciones de la justicia; si todos respetaran, como sagrado, el derecho ageno, no habria necesidad de acciones; pero, como el género humano está léjos de presen-

tar la realizacion de aquella utopía, tan bella como ideal, ha sido necesario colocar al lado de cada derecho una accion que lo haga eficaz, sancionándolo con el poder moral y físico de la sociedad toda, con excepcion de aquellos casos en que, colocados en una situacion en que no es fácil ó posible el recurso á la autoridad pública, nos hacemos justicia por nuestra propia mano. Así la ley nos autoriza á repeler la fuerza con la fuerza y aun á privar de la vida á nuestro injusto agresor. En estos casos excepcionales no hay accion; desaparece esta creacion de la ley civil, para dejar al hombre armado solo con el derecho que recibió de la naturaleza; él es el propio juez de su causa, y defendiendo su derecho se hace justicia. (Lozano, Exposicion de motivos, págs. 3 y 4.)

"Décimo: Que de todo lo expuesto, es necesaria consecuencia que, salvos casos excepcionales, todo derecho abstracto necesita hacerse valer mediante la accion correspondiente, y que todas las acciones se debaten en juicio ordinario, el cual juicio es específicamente el adaptado para las disputas de la validez de los testamentos (art. 1749 del Código de Procedimientos Civiles), sin que á lo dicho obsten los ejemplos que cita la Sra. G., de un contrato cuyo objeto fuera el adulterio, de un matrimonio entre dos varones y las citas que hace del Código Civil y del de Procedimientos Civiles, de lo que se habló en el resultando quinto, porque los ejemplos se refieren á casos de que específicamente trató la ley, disponiendo que en ellos se apliquen los preceptos del Código Penal, en el concepto de que la autoridad civil, en cumplimiento del deber que tiene todo funcionario, dé conocimiento á la autoridad respectiva, para que se inicie el procedimiento del órden criminal (arts. 1782 á 1784, Código Civil de 70, y 1668 á 1670 del vigente); en consecuencia carecen de aplicacion tales ejemplos, porque es sabido que la especie deroga al género. En cuanto á los artículos del Código Civil que cita la Sra. G., como que se refieren cabalmente á casos de testamentos que quedan sin efecto, tampoco pueden ser invocados lógicamente, porque el hacerlo implica la comision del sofisma llamado *peticion de principio* ó sea, el de dar por probado lo que está por probar. Finalmente, los artículos del Código de Procedimientos Civiles en que se apoya la Sra. G., no tienen con este caso la analogía que supone, pues, al repeler la demanda en juicio ordinario (art. 926, Código de Procedimientos Civiles, al no despachar la cédula hipotecaria, art. 989 idem,) no se hace declaracion alguna en definitiva, que decida de los derechos del actor de un modo irremisible, sino que, en el primer caso, se aplaza la contienda para cuando el demandante dé lleno á determinados requisitos, y en los otros dos casos, se niega el ejercicio de la accion en una vía, pero dejando intacta la demanda para que en ella se debata ampliamente la cuestion; de tal manera, que en ninguno de los repetidos tres casos, el reo puede alegar, como excepcion de cosa juzgada, la descision desfavorable al autor, como pasaría en el presente caso, si se defiriera á lo que desea la Sra. G." Apelada esta sentencia, fué confirmada por la mayoría de los magistrados de la 4.ª Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal con fecha 3 de Mayo de 1886 (1.)

¿Esta jurisprudencia es conforme á los verdaderos principios? La verdad es, que bien analizado, el fallo anterior no contiene, en medio de la pompa de su estilo y de la abundancia de las citas, sino este solo argumento: "Nada importa que el Código civil consagre la division de los actos en *anulables* é *inexistentes*, si el de Procedimientos no ha organizado el sistema práctico de hacerla valer en los negocios. Este Código ordena que todas las contiendas que no tengan en él señalada *tramitacion*

(1) *Anuario de leg. y jurisp.* (año III) pags. 249 y Sigts., Seccion de Jurisp.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

especial, se ventilarán *en juicio ordinario:* luego dicha division es meramente doctrinal, sin valor alguno en el terreno práctico." Nosotros, prévias las protestas de respeto á que es sin duda acreedor nuestro compañero el Sr. Lic. Gamboa, negamos el falso supuesto que tal razonamiento encierra. Cuando se trata de actos inexistentes, ¿puede decirse propiamente que es accion la que tiene por objeto que sean declarados tales? ¿Cómo anular lo que no existe, es decir, la nada? "El procedimiento, dice sabiamente nuestro compañero J. Diego Fernandez, no deja abierta mas que una vía: la de resistir los efectos que se pretendan dar á ese acto. ¿Es un testamento por poder? Debe pedirse la apertura del juicio *abintestato*, por no haber testamento. ¿Se trata de un matrimonio religioso? Debe resistirse toda accion que se inicie por falta de matrimonio. ¿Es un contrato sobre comision de delitos? ¿Debe pedirse que no se admita la accion. Todos los caminos que tiendan á evitar el que surta sus efectos el acto inexistente, son legales; mas la accion directa de nulidad es resistida por la naturaleza misma del acto. Tal es la teoría científica de los actos inexistentes (1)." "Qué cosa es un matrimonio nulo? dice Ameline; ¿qué cosa es un matrimonio anulable? Matrimonio nulo es aquel que, aun cuando ha parecido formarse, no tiene realmente ninguna existencia legal; no es solamente matrimonio imperfecto y vicioso; es un matrimonio inexistente, un puro hecho desnudo de todo efecto civil. El matrimonio anulable es el que por algun vicio puede ser roto, anulado. En una palabra, el matrimonio inexistente es, para expresarnos así, muerto al nacer, y que por consiguiente, no puede tener jamás existencia..... *La nulidad no tiene necesidad de ser pronunciada por la justicia; más aun, no puede serlo.* ¿Cómo, en efecto, anular lo que es nulo? ¿cómo anonadar la nada? En verdad que, cuando es difícil saber si hay nulidad, será menester

(*Revista de Sentencias* por J. Diego Fernandez, pág. 30.

dirigirse á los tribunales; pero entónces como lo ha dicho con perfecta claridad Marcadé, no se les pedirá que anulen el matrimonio de que se trata; sino solamente que reconozcan y proclamen que este acto no existía, que no ha existido. Por último, la ley no ha organizado la accion de nulidad; como no se puede obrar contra lo que no existe, la vía de accion está cerrada, la de excepcion es la única abierta (1)." Admitida pues, como no puede ménos que admitirse la clasificacion de los actos en anulables é inexistentes, aun segun el derecho positivo, se sigue que los segundos no pueden ser ventilados en juicio como los primeros, porque el juicio es un efecto temporal de los actos y los inexistentes no pueden producir efecto alguno: *quod nullum est, nullun producit effectum.* Nuestro mismo compañero Fernandez, á quien sin duda debe el Foro mexicano la mas calurosa defensa de esta doctrina, menciona dos ejemplos que la patentizan y hacen irrefutable. "Supongamos, dice, que se presenta querella por adulterio, fundándose el carácter de cónyuge en el matrimonio religioso. El Juez correccional, á pesar de la ley de matrimonio civil, ¿procederá, como si tal matrimonio fuese válido? ¿Detendrá al acusado, lo declarará formalmente preso, y por último le impondrá pena? Es evidente que no. El Juez ¿declarará la nulidad del matrimonio? Tampoco. Se limitará á decretar que ese contrato no puede producir efectos jurídicos, y por consiguiente, que no ha lugar á incoar el procedimiento criminal..... El matrimonio entre dos varones ¿será declarado válido, mientras la nulidad se pronuncia en juicio contradictorio? ¿Podrá servir de base á las acciones conyugales, inclusive la de alimentos, mientras una sentencia no declare nulidad? O bien el juez ante quien se pretenda hacer surtir sus efectos á ese matrimonio, ¿declarará que ningun efecto jurídico se puede atribuir á ese contrato?"

(1) Ed. Ameline, *Des nullites du mariage*, pág. 212.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Pero se nos dirá: esto es contrario al texto literal de los arts. 273 y concordantes antes (núm. 207) citados. Respondemos, que de ninguna manera, porque esos artículos hablan de matrimonios *anulables*, pues los *inexistentes* no son matrimonios, por carecer de las condiciones constitutivas de ese acto. Además la declaracion de inexistencia de un matrimonio no es ni podía ser un acto privado de los particulares, que se arrogarían de este modo las facultades que solo pertenecen á la autoridad. "Sin duda, dice Demolombe, si hay contestacion, será preciso que los magistrados sean llamados, como siempre, á pronunciar entre las partes disidentes. Pero esto no es sino una aplicacion de la regla general, que no permite á nadie hacerse justicia á sí mismo. Los magistrados, por lo demas, se limitarán á establecer y declarar que no ha habido jamás matrimonio; y todo tribunal será en general competente para este efecto, salvos sin embargo los casos que ofrecieren duda y necesitaren un juicio contradictorio. (1)"

212. Fuera, pues, de aquellos casos en que el matrimonio es inexistente, debe aplicarse con todo rigor el principio contenido en el art. 273, que marca perfectamente el grande interés con que nuestra legislacion, fiel á las tradiciones canónicas, considera las causas matrimoniales en las que van siempre implicados los respetabilísimos intereses del honor de los cónyuges, del ejemplo ante la sociedad y del porvenir de los hijos. El célebre canonista Murillo expone con toda claridad los diversos puntos de vista bajo los cuales debe verse el matrimonio *por contraer* y el ya *contraido*. *Quando impugnatur*, dice este autor, *matimonium contrahendum, sufficit semiplena probatio per famam communem, vel per unum testem, etiam si sit denuntiator: quia tutior via in tali dubio sequenda est, cum agatur de peccato vitando: Si matrimonium jam est contractum, non aliter dissolvitur, quam si adsit plena probatio per duos testes juratos omni exceptione majores; si hœc desit, vel alium dubium juris insurgat pro matrimonio, non contra illud est pronuntiandum; quia præsumptio est pro matrimonio, in cujus possesione sunt conjuges præcipue, quia matrimonii causa favorabilis est* (1). La propia doctrina se encuentra en el Código Alfonsino: "Pero si el casamiento fuesse acabado, non lo deuen desfazer á menos de prouar el embargo, aquel que acusa el matrimonio con tantos testigos, e tales, quales fueren menester para prouar esto. E lo que dize en esta ley, se prueua que assi deue ser por una regla que lo demuestra: que muchas cosas embargan el matrimonio, ante que se faga, que no pueden desfazer despues que assi es fecho (1)."

(1) Demolombe, tom. 3, núm. 241.

213. Otro principio, tambien tomado por el derecho civil al canónico, es que la nulidad del matrimonio no puede ser materia de transaccion, ni comprometida en árbitros. La union de los esposos constituye un objeto preferente de la atencion y vigilancia del legislador, que necesariamente vé en la conservacion de aquella, la de la sociedad toda entera. La Iglesia Católica encuentra ademas otra razon, fundada en la naturaleza del Sacramento, cuyas condiciones no pueden depender de las facultades de las partes y requieren toda la severidad canónica. *Poteris*, se lee en las Decretales, *etiam ad componendum interponere partes tuas, et interdum aliquid severitati detrahere, prout (statu imperii, et excedentium multitudine, provida deliberatione Pensatis) videris expedire: exceptis nimirum casibus, qui compositionis seu dispensationis remedium non admittunt, utpote conjugii Sacramentum, quod cúm non solum apud Latinos*

(1) Murillo. *Cursus juris canonici*, tom. 2, lib. 4, tit. 18, núm. 171.

(2) *Partida* 4ª, tit. 9, l. 18 *al fin*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

et Græcos, sed etiam apud fideles et infideles existat, á severitate canonica circa illud recedere non licebit (1)

"Otro sí, decimos," se lee tambien en las Partidas, "que contienda, ó pleyto, que naciese sobre casamiento de algunos, non se podria meter en mano de auenidores"— "E esto es por dos razones. La vna, porque todo pleyto que es metido en mano de arbitros, non se puede acabar si non por miedo de pena, e non deue ser puesta en pleyto de matrimonio. Ca el matrimonio deue ser libre, é quito de toda manera de premia: ó porende los árbitros non pueden tal pleyto librar. La otra razon es, porque el matrimonio es spiritual, é fue establescido primeramente por nuestro Señor Dios, segund dize en el Título de los Casamientos. E porende tal pleyto como este no lo puede otro librar, si non aquellos que tienen lugar en la Egles sia de nuestro Señor Jesu Christo, é que han jurisdiccion para lo facer (2)."

214. Conforme á estos precedentes y doctrinas han sido redactados los arts. 265 del Código de Veracruz; 214 de el de E. de México; 2303 de el de Tlaxcala; 297 de el del Distrito Federal de 1870 y 274 del que comentamos. Las contiendas sobre nulidad pertenecen al órden público é interesan siempre, fuera de los cónyuges, á personas que ninguna intervencion tienen en el litigio; deben pues estar sujetas á la estricta y rigurosa legalidad de los tribunales de justicia.

215. Por la misma razon, el Ministerio Público, órgano de la ley y representante de los intereses sociales, debe ser oido siempre en estos juicios. Así lo prescriben los arts. 225 del Código

(1) Cap. 11. *De transact*—Cap. 9. *De in integrum restitut*—Sanchez. *De matrim.* lib. 2, disput, 14, núm. 1.—Veleron, *De transact.* tit. 3, Quæst. 2, núms. 58 y 59—Murillo, *Obra citada*, tom. 1. núm. 371—Urceoli, *De transact.* Quæst. XXVIII, núms. 36 á 41.

(2) *Partidas* 3, ª tit. 4, l. 24 y 4 ª tit. 10, l. 8.

del E. de México; 298 de el del Distrito Federal de 1870 y 275 del que comentamos.

Numero 2. De las nulidades absolutas, y de las relativas en general.

216. Segun el derecho comun pueden exercitar una accion todos aquellos que tienen interés en hacerlo. Este principio ¿es aplicable á la accion de nulidad de matrimonio? Resueltamente debe responderse que no, pues sería en alto grado subversivo del órden social y atentatorio á la inviolabilidad de la familia, librar la validez y subsistencia de acto tan importante y personal de los cónyuges á las malas pasiones, á los intereses tal vez sórdidos ó á la avidez de individuos extraños. Por esto todas las legislaciones, desde la canónica, han cuidado de determinar, con todo escrúpulo y claridad, á quienes compete esta trascendental accion, de cuyo éxito dependen la estabilidad del matrimonio y el honor de cónyuges é hijos. De aquí se infiere que todas estas disposiciones son limitativas y de estricta interpretacion, supuesto que, si así no fuera, no tendrian razon de ser.

217. ¿En virtud de qué principio la ley acuerda ó rehusa la accion de nulidad de matrimonio? "Es necesario distinguir, dice Pothier, los vicios *absolutos* de un matrimonio, de los que son solamente *respectivos*. Se llaman aquí *vicios absolutos* aquellos que resultan de algun impedimento dirimente que se encuentra ó en las dos partes, como los de parentezco, afinidad, etc., ó en una de ellas, como los de profesion religiosa ú órdenes sagradas; ó que resultan de un defecto en la forma de la celebracion, *puta*, porque el matrimonio no ha sido celebrado *in facie Ecclesiæ*, ó por un sacerdote extraño, sin permiso de la Iglesia ó del cura. Son *vicios respectivos* aquellos que lo son de un matrimonio solo porque se ha violado el derecho de alguna de las partes interesadas, tales como la falta de consentimiento de

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

los padres, la violencia ejercida sobre una de las partes contratantes, etc., etc. Cada una de éstas puede interponer la demanda en nulidad de su matrimonio por razon de alguno de los vicios *absolutos;* pero no puede ser intentada por vicios *respectivos*, sino por la parte que pretende haberse violado sus derechos. Por ejemplo, solo los padres pueden atacar el matrimonio por falta de su consentimiento; luego, cuando ellos no se quejan, se juzga que consienten; y ninguno de los contratantes es recibido á pedir la nulidad del matrimonio por la falta de tal requisito. Del mismo modo, cuando el consentimiento de una de las partes en su matrimonio ha sido arrancado por violencia ó seduccion, solo ella es aceptable á ejercitar la accion de nulidad (1)." Los jurisconsultos romanos no tuvieron jamás sino ideas muy vagas sobre la materia de las nulidades. Las ingeniosas y acertadas distinciones entre las nulidades de derecho y las anulabilidades, entre los impedimentos dirimentes y los impedientes apenas se encuentran indicadas en los textos. La accion en nulidad no estaba tampoco organizada; por consiguiente, ni las constituciones imperiales ni las leyes expresan los casos en que ella podria ser deducida, las personas á quienes sería abierta y las excepciones para rechazarla. Es en el derecho canónico donde empiezan por la primera vez esas sabias disposiciones, que sirven no solo al método en esta grave materia, sino al aseguramiento del matrimonio. Los tratadistas modernos de derecho civil no han hecho en este punto sino reproducir los comentarios de los Cánones. *Observandi præterea sunt modi*, dice Berardi, *quibus dissolvendorum conjugiorum controversiæ in judicio instituantur ac finiantur. Quæ in re duo præcipue consideranda occurrunt. Primum est de eo, ad quem in judicio agere pertinet; alterum est de probationibus, quibus mens judicis rite instruatur. Si quæras de iis, qui possunt matrimo-*

(1) Pothier, *Contrat de mariage*, num. 444.

nium dirimendum, vel dissociandum proponere, distinguendum est inter causas illas, quæ jure probantur beneficio conjugum, quem admodum contingit, si ea gr. proponatur matrimonium nullum esse ex errore, vel metu; item irritandum esse causa ineundæ religiosæ vitæ; item dissociandam habitationem ob mariti sævitiam, vel quid simile; atque inter causas illas, in quibus pública res versatur; quod nimirum pùblice intersit, matrimonium diutius non consistere, uti contingit, cum duo consanguinei, vel adfinis conjuncti sunt, vel cum sine præsentia Parochi et testium ad cohabitationem sponsorum deventum est omissis solemnitatibus conjugii, aut quid simile. Etenim in prima specie solis tantam conjugibus permittetur agere in judicio ad dissolutionem conjugii pro qualitate rei, exclusis extraneis quibuscumque, propterea quod tantum intersit ipsorum, argum. cap. 26 de sponsal. cap. 2, et 4, de conjug. servor., cap. 5, de frigidis, et alibi passim. At in altera specie quicumque extranei, dummodo legitimis documentis sint, quod proponunt, probaturi, dummodo præterea non sint suspecti de dolo, ant mala fide, ut in specie capituli 5. et 6. qui matrimon. accus., ad accusandum admittentur. Agitur enim de causa publica, in qua non actio, sed accusatio proponi videtur, ut docet vel ipse titulus decretalium, Qui matrimonium acussare. Quod adeo verum est, ut etiamsi agatur de personis, quæ conjugibus ipsis, de quorum dissociatione agitur, sanguine sint conjunctissimæ, nihilominus denuntiaturæ apud competentem judicem audiantur, can. 1 et sequ. caus. 35. qu. 6, cap. 3. et 4 qui matrim. accus., præsertim autem consanguinnei audiendi erunt, ubi irritum conjugium proponatur causa consanguinitatis, vel adfinitatis conjugum; hæc enim vincula consanguinitatis, et adfinitatis megis comperta propinquioribus præsumuntur, quam extraneis (1).

(1) Berardi. *Commentaria in jus eccles. univer.* tom. 3. Disert. 7. cap. 1—Murillo, tom. 2, lib. 4, tit. 18—Donoso, tom. 3, lib. 4, cap. 1, núm. 6—Walter, pág. 415, § 310.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Hay pues causas de nulidad que interesan al órden público y á las buenas costumbres, como son la falta de edad, la bigamia, el incesto y la clandestinidad. Y hay otras que se refieren solo al interés privado de los esposos; tales son los vicios del consentimiento, sea por error ó violencia ó miedo entre los consortes, y la falta tambien de consentimiento de parte de los ascendientes. En cuanto á la impotencia, que es, según despues verémos, motivo de nulidad de matrimonio; bajo ciertas condiciones y taxativas, el derecho civil ha seguido tambien al canónico, que considera á aquella solo como nulidad de interés privado y por consiguiente, no alegable sino por los cónyuges. *Consultationi tuæ, qûa, nos consuluisti;* se lee en las Decretales, *utrum fœminæ clausæ, impotentes commisceri maribus matrimonium possunt contrahere? et si contraxint, an debeat rescindi? Taliter respondemus, quod licet incredibile videatur, quod aliquii cum talibus contrahat matrimonium: Romana tamen Ecclesia consueverit in consimilibus judicare, ut quas tanquam uxores habere non possunt, habeant ut sorores.* (1)

218. De lo expuesto resulta la clasificacion de las nulidades en *absolutas* y *relativas,* cuyas diversas condiciones y consecuencias han reproducido, aunque no en términos explícitos, todas las legislaciones. Demolombe expone las diferencias que separan á unas de otras. "Las nulidades relativas, dice, tienen, en general, este doble carácter: 1º no pueden ser propuestas sino por ciertas personas, en cuyo interés la ley las ha establecido; 2º son susceptibles de cubrirse por la renuncia expresa ó tácita de esas personas al derecho introducido en su favor. Todo lo contrario sucede con las nulidades absolutas, las cuales, en general, 1º pueden ser propuestas por cualquiera persona interesada, y aun por el Ministerio público; y 2º no pueden cubrirse, ni por el lapso de tiempo, ni por las ratificaciones (1). "Es tan verdadero, dice Laurent, que el interés de la sociedad domina en esta materia, que la ley da la accion en nulidad aun á los esposos culpables, al impúber, al bigamo, al incestuoso. La razon es, que la sociedad está interesada en que el matrimonio sea anulado, porque el órden público está herido por un matrimonio vergonzoso ó criminal. Sucede de otra manera con las nulidades relativas. A la verdad, el matrimonio interesa siempre á la sociedad, puesto que es su fundamento; pero, cuando se pregunta quien puede atacar un matrimonio nulo por vicio de consentimiento, la sociedad no tiene un interés directo en el debate, sino que son los esposos, los principales, ó mejor dicho, los únicos interesados. Si ellos guardan silencio, nadie tiene el derecho de quejarse. (2)

(1) Can. 4, *De frigid. et malefic.*—Pothier, núm. 445.

219. Conforme á estas doctrinas han sido redactadas las siguientes disposiciones de nuestros Códigos: arts. 267 de el de Veracruz; 216 de el de Estado de México; 300 de el del Distrito Federal de 1870 y 276 de el que comentamos, segun todos los cuales, "el derecho para demandar la nulidad del matrimonio no corresponde sino á aquellos á quienes la ley lo concede expresamente."

Numero 3. ¿La accion de nulidad es trasmisible por herencia o de cualquier otra manera?

220. Bajo dos puntos de vista hay que considerar esta cuestion. ¿Pueden los herederos *intentar* la accion de nulidad, cuando aquel á quien correspondía, ha muerto en el plazo útil para intentarla, sin haberlo hecho? ¿Pueden los herederos *continuar* la accion, intentada ya por aquel á quien correspondía, despues de muerto este? Respecto á la primera, la unanimidad de los

(1) Demolombe, tom. 3, núm. 243.
(2) Laurent, tom. 2. num 434.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

autores enseña, que la accion de nulidad, como personal de aquellos á quienes la ley exclusivamente la otorga, no puede ser deducida por otras personas (1). En cuanto á la segunda, el silencio de la ley positiva ha hecho que los comentadores se dividan, procurando cada uno apoyar su interpretacion en argumentos más ó ménos atendibles. A la cabeza de los que sostienen la negativa, está Marcadé, que dice: "En vano se invocaría la vieja máxima romana: *Omnes actiones quæ morte vel tempore pereunt, judicio semel inclusæ, salvæ manent;* todas las reglas romanas reunidas no podrian nada enfrente de la voluntad expresa del legislador, que declara que, en la circunstancia especial de que se trata aquí, el esposo mismo es el único en provecho del cual aquel permite romper el contrato sagrado que existe. ¿Quien nos ha dicho que ese esposo no habría cedido, ni renunciado á su accion? Pero sea lo que fuere, él ha muerto: su interés que era sagrado, no habla ya; luego todos los otros deben callar (2)." La opinion contraria es profesada por la mayoría de los autores. Vazeille dice: Las causas que han hecho restringir al esposo el derecho de pedir la nulidad, léjos de motivar la prohibicion á sus herederos de proseguir su demanda, parecen aun exigir su subrogacion. Nadie puede sentir como este esposo, si el consentimiento que ha dado era libre, forzado ó arrancado por sorpresa. Durante su vida, todo el interés de la cuestion se encierra en él; y si tiene medios para atacar su matrimonio, depende de él, enteramente, no usar de ellos, y estrechar sus nudos, en lugar de hacerlos romper. Pero cuando él ha pedido la ruptura, su opinion es conocida,

(1) Demolombe, tom. 3, num. 258.—Marcadé, tom. 1, *sobre el art.* 180, VII.—Laurent, tom. 2, num. 449.—Mourlon, tom. 1, num. 679.

(2) Marcadé, tom. 1, num. cit.—Laurent, tom. 2, num. 450.—E. Glasson, *Du consentement des époux au mariage*, num 150.

su eleccion está hecha; y sí, moribundo, lleva á la tumba el interés que tenía en libertar su persona, deja á sus herederos el interés de su fortuna, y consiguientemente, el derecho de continuar su demanda, si la anulacion del matrimonio es necesaria, para que el esposo supérstite no obtenga ningun provecho de las convenciones matrimoniales (1)."

221. Entre nosotros toda discusion es imposible sobre este punto, pues nuestros códigos son terminantes en las disposiciones siguientes: arts. 267 de el de Veracruz; 216 de el de E. de México; 138 de el de Tlaxcala; 300 de el del Distrito Federal de 1870 y 276 de el que comentamos, todos los cuales declaran que, aunque el derecho para demandar la nulidad del matrimonio no es trasmisible por herencia ni de cualquiera otra manera, *los herederos podrán continuar la demanda de nulidad, entablada por aquel á quien heredan.*

SECCION 2 ª

DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES A QUE DA LUGAR EL JUICIO SOBRE NULIDAD DEL MATRIMONIO.

222. Hay una reforma en esta materia de que somos deudores á la legislacion moderna, y que es sin duda abonada por indiscutibles razones de moralidad y conveniencia para los hijos, es á saber, que se dicten desde luego las mismas medidas provisionales establecidas para el caso de divorcio, al admitirse la demanda de nulidad, si ella fuere instaurada por uno de los cónyuges (núms. 161 y siguientes.) En efecto, cuando se pre-

(1) Vazeille, tom. 1, núm. 258.—Demolombe, tom. 3, num. 259, —Demante, tom. 1, num, 262 bis.—Duvergier, *sur Toullier*, tom. 2. num. 611.—Duranton, tom. 1, num. 858.—Delvincourt, *sur l' art*, 280.—Massé y Vergé, *sur Zacharias*, pag, 206, nota 5.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

autores enseña, que la accion de nulidad, como personal de aquellos á quienes la ley exclusivamente la otorga, no puede ser deducida por otras personas (1). En cuanto á la segunda, el silencio de la ley positiva ha hecho que los comentadores se dividan, procurando cada uno apoyar su interpretacion en argumentos más ó ménos atendibles. A la cabeza de los que sostienen la negativa, está Marcadé, que dice: "En vano se invocaría la vieja máxima romana: *Omnes actiones quæ morte vel tempore pereunt, judicio semel inclusæ, salvæ manent;* todas las reglas romanas reunidas no podrian nada enfrente de la voluntad expresa del legislador, que declara que, en la circunstancia especial de que se trata aquí, el esposo mismo es el único en provecho del cual aquel permite romper el contrato sagrado que existe. ¿Quien nos ha dicho que ese esposo no habría cedido, ni renunciado á su accion? Pero sea lo que fuere, él ha muerto: su interés que era sagrado, no habla ya; luego todos los otros deben callar (2)." La opinion contraria es profesada por la mayoría de los autores. Vazeille dice: Las causas que han hecho restringir al esposo el derecho de pedir la nulidad, léjos de motivar la prohibicion á sus herederos de proseguir su demanda, parecen aun exigir su subrogacion. Nadie puede sentir como este esposo, si el consentimiento que ha dado era libre, forzado ó arrancado por sorpresa. Durante su vida, todo el interés de la cuestion se encierra en él; y si tiene medios para atacar su matrimonio, depende de él, enteramente, no usar de ellos, y estrechar sus nudos, en lugar de hacerlos romper. Pero cuando él ha pedido la ruptura, su opinion es conocida,

(1) Demolombe, tom. 3, num. 258.—Marcadé, tom. 1, *sobre el art.* 180, VII.—Laurent, tom. 2, num. 449.—Mourlon, tom. 1, num. 679.

(2) Marcadé, tom. 1, num. cit.—Laurent, tom. 2, num. 450.—E. Glasson, *Du consentement des époux au mariage*, num 150.

su eleccion está hecha; y sí, moribundo, lleva á la tumba el interés que tenía en libertar su persona, deja á sus herederos el interés de su fortuna, y consiguientemente, el derecho de continuar su demanda, si la anulacion del matrimonio es necesaria, para que el esposo supérstite no obtenga ningun provecho de las convenciones matrimoniales (1)."

221. Entre nosotros toda discusion es imposible sobre este punto, pues nuestros códigos son terminantes en las disposiciones siguientes: arts. 267 de el de Veracruz; 216 de el de E. de México; 138 de el de Tlaxcala; 300 de el del Distrito Federal de 1870 y 276 de el que comentamos, todos los cuales declaran que, aunque el derecho para demandar la nulidad del matrimonio no es trasmisible por herencia ni de cualquiera otra manera, *los herederos podrán continuar la demanda de nulidad, entablada por aquel á quien heredan.*

SECCION 2 ª

DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES A QUE DA LUGAR EL JUICIO SOBRE NULIDAD DEL MATRIMONIO.

222. Hay una reforma en esta materia de que somos deudores á la legislacion moderna, y que es sin duda abonada por indiscutibles razones de moralidad y conveniencia para los hijos, es á saber, que se dicten desde luego las mismas medidas provisionales establecidas para el caso de divorcio, al admitirse la demanda de nulidad, si ella fuere instaurada por uno de los cónyuges (núms. 161 y siguientes.) En efecto, cuando se pre-

(1) Vazeille, tom. 1, núm. 258.—Demolombe, tom. 3, num. 259, —Demante, tom. 1, num, 262 bis.—Duvergier, *sur Toullier*, tom. 2. num. 611.—Duranton, tom. 1, num. 858.—Delvincourt, *sur l' art*, 280.—Massé y Vergé, *sur Zacharias*, pag, 206, nota 5.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tende la nulidad del matrimonio por uno de los cónyuges, que se dice engañado respecto á la identidad de la persona física del otro, por ejemplo, nada podrá parecer ménos justo, moral y conveniente, que separar desde luego á los esposos, tanto porque así lo exige la falta de amor y consideracion en el engañado, cuanto por el peligro de cópula ilícita á que ambos estarian expuestos. Respecto á los hijos, ¿cómo dudar de la conveniencia de que ellos sean puestos, entretanto que el juicio de nulidad se ventila, al cuidado de la persona designada por el juez, antento el mayor interés de aquellos? Del mismo modo, basta enunciar las demás medidas provisionales establecidas en el caso de divorcio, para convencerse de la sabia prevision que al legislador ha asistido, en ordenar al presentarse la demanda de nulidad: 1º la separacion de los cónyuges en todo caso; 2º el depósito de la mujer; 3º el cuidado de los hijos; 4º el señalamiento y aseguracion de alimentos para éstos; 5º las precauciones para que el marido, como administrador de los bienes del matrimonio, no cause perjuicios á la mujer, y 6º la vigilancia y guarda de la mujer en cinta.

223. En este sentido han sido redactados los arts. 270 del Código de Veracruz; 219 de el de Estado de México; 305 de el del Distrito Federal de 1870 y 281 de el que comentamos.

SECCION 3ª

De las nulidades relativas en especie.

Número 1. De los vicios del consentimiento entre los contrayentes.

224. Pocos puntos han dado márgen á más vivas y prolijas controversias, que el relativo á la aplicacion del requisito del consentimiento de las partes en el matrimonio. A primera vista, nada más fácil y sencillo que decir: *nuptiæ consistere non possunt, nisi consentiant qui..... coeunt.* Pero ¿cuál es el sentido de estas palabras; qué diferencia existe entre *falta, ausencia total* y *meros vicios* ó *defectos* del consentimiento; cuándo el matrimonio es *inexistente*, cuándo es meramente *anulable* por esas causas; qué influencia tiene el error sobre el consentimiento y por último, qué personas y en qué tiempo, pueden pretender la nulidad; he ahí, sin dudas, cuestiones gravísimas, llenas de interés y en sumo grado profundas, cuya solucion no es igual, ni en la doctrina de los autores, ni en los testos de las legislaciones positivas.

Para resolverlas, vamos á procurar que el más riguroso método nos guié en este estudio. Supuesto que el consentimiento libre de los contrayentes es la base del matrimonio, conviene ante todo decir, cuáles son las hipótesis en que esa condicion falta ó por lo ménos, se presenta, imperfecta ó dudosa. Así desde luego observamos, que hay casos en que absolutamente no existe consentimiento y otros en los que, dicho requisito *real* y *efectivo*, se presenta vicioso. A los primeros parecen pertenecer los siguientes ejemplos: 1º Pedro, *que no compareció*, ni por sí, ni por apoderado, al acto del matrimonio con Antonia, aparece casado con ésta en una acta del registro civil; 2º Pedro, *loco* ha celebrado matrimonio con Antonia; 3º Pedro, creyendo casarse con Juana, se casa con Antonia. En estos tres casos, falta del todo, el consentimiento. Pero supongamos: 1º Pedro, *víctima de miedo ó violencia*, ha celebrado matrimonio; 2º Pedro, *víctima de error sobre las cualidades* de Antonia, se ha casado con ésta; 3º Pedro, *víctima de maniobras* y *engaños*, ha celebrado matrimonio. Verdad es que en estos casos no falta el consentimiento; solo que aparece defectuoso, oprimido, parcial.

225. ¿Cuál es el valor jurídico de cada uno de estos matrimonios? Respecto al primero, *no comparecencia* de uno de los contrayentes ante el juez del registro civil, fácil y obvio es comprender que tal matrimonio es algo mas que anulable, esinexistente,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tende la nulidad del matrimonio por uno de los cónyuges, que se dice engañado respecto á la identidad de la persona física del otro, por ejemplo, nada podrá parecer ménos justo, moral y conveniente, que separar desde luego á los esposos, tanto porque así lo exige la falta de amor y consideracion en el engañado, cuanto por el peligro de cópula ilícita á que ambos estarian expuestos. Respecto á los hijos, ¿cómo dudar de la conveniencia de que ellos sean puestos, entretanto que el juicio de nulidad se ventila, al cuidado de la persona designada por el juez, antento el mayor interés de aquellos? Del mismo modo, basta enunciar las demás medidas provisionales establecidas en el caso de divorcio, para convencerse de la sabia prevision que al legislador ha asistido, en ordenar al presentarse la demanda de nulidad: 1º la separacion de los cónyuges en todo caso; 2º el depósito de la mujer; 3º el cuidado de los hijos; 4º el señalamiento y aseguracion de alimentos para éstos; 5º las precauciones para que el marido, como administrador de los bienes del matrimonio, no cause perjuicios á la mujer, y 6º la vigilancia y guarda de la mujer en cinta.

223. En este sentido han sido redactados los arts. 270 del Código de Veracruz; 219 de el de Estado de México; 305 de el del Distrito Federal de 1870 y 281 de el que comentamos.

SECCION 3ª

De las nulidades relativas en especie.

Número 1. De los vicios del consentimiento entre los contrayentes.

224. Pocos puntos han dado márgen á más vivas y prolijas controversias, que el relativo á la aplicacion del requisito del consentimiento de las partes en el matrimonio. A primera vista, nada más fácil y sencillo que decir: *nuptiæ consistere non possunt, nisi consentiant qui..... coeunt.* Pero ¿cuál es el sentido de estas palabras; qué diferencia existe entre *falta, ausencia total* y *meros vicios* ó *defectos* del consentimiento; cuándo el matrimonio es *inexistente*, cuándo es meramente *anulable* por esas causas; qué influencia tiene el error sobre el consentimiento y por último, qué personas y en qué tiempo, pueden pretender la nulidad; he ahí, sin dudas, cuestiones gravísimas, llenas de interés y en sumo grado profundas, cuya solucion no es igual, ni en la doctrina de los autores, ni en los testos de las legislaciones positivas.

Para resolverlas, vamos á procurar que el más riguroso método nos guié en este estudio. Supuesto que el consentimiento libre de los contrayentes es la base del matrimonio, conviene ante todo decir, cuáles son las hipótesis en que esa condicion falta ó por lo ménos, se presenta, imperfecta ó dudosa. Así desde luego observamos, que hay casos en que absolutamente no existe consentimiento y otros en los que, dicho requisito *real* y *efectivo*, se presenta vicioso. A los primeros parecen pertenecer los siguientes ejemplos: 1º Pedro, *que no compareció*, ni por sí, ni por apoderado, al acto del matrimonio con Antonia, aparece casado con ésta en una acta del registro civil; 2º Pedro, *loco* ha celebrado matrimonio con Antonia; 3º Pedro, creyendo casarse con Juana, se casa con Antonia. En estos tres casos, falta del todo, el consentimiento. Pero supongamos: 1º Pedro, *víctima de miedo ó violencia*, ha celebrado matrimonio; 2º Pedro, *víctima de error sobre las cualidades* de Antonia, se ha casado con ésta; 3º Pedro, *víctima de maniobras* y *engaños*, ha celebrado matrimonio. Verdad es que en estos casos no falta el consentimiento; solo que aparece defectuoso, oprimido, parcial.

225. ¿Cuál es el valor jurídico de cada uno de estos matrimonios? Respecto al primero, *no comparecencia* de uno de los contrayentes ante el juez del registro civil, fácil y obvio es comprender que tal matrimonio es algo mas que anulable, esinexistente,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

pues falta del todo el consentimiento de la persona que se dice ligada por un acto, al cual es absolutamente extraña su voluntad. De consiguiente y supuestas las enseñanzas antes expresadas (núms. 208 y siguientes), tal matrimonio es nulo *ipso facto*, y su nulidad, ó mejor dicho, inexistencia, puede ser reclamada por cualquiera interesado, en todo tiempo y sin que sea jamás susceptible de reveladicion ó confirmacion. Ciertamente hay una acta en que se contiene la relacion auténtica de haberse celebrado el matrimonio; pero esa acta es falsa y por lo mismo no puede producir ningun efecto, ni temporal como sería el juicio de nulidad, ni perpetuo, como los derechos fundados en la validez del matrimonio. ¿Qué importan las palabras pronunciadas, para expresar el consentimiento de Pedro, si ellas no son la expresion de su consentimiento interior? Es pues el caso de aplicar, al pié de la letra y con todo rigor, la siguiente sentencia del Angélico Doctor, aunque solo relativa al foro interno: *Consensus exterioribus verbis expressus absque interiori consensu, nullum matrimonium facit* (1) y las palabras de la glosa á la ley 5ª tít. 2, de la 4ª Partida: *Solo consensu per verba de præsenti contrahitur matrimonium: quo deficiente, licet adsint verba, non est matrimonium.*

226. Segundo caso. Pedro, *loco*, ha celebrado matrimonio con Antonia. En otro lugar hemos extensamente hablado de la locura, como impedimento del matrimonio, estableciendo que deja de serlo, en los intervalos lúcidos y cuando el paciente ha sanado de ella. Para no incurrir en repeticiones, remitimos, en consecuencia, al lector á lo antes dicho (2), limitándonos por el momento á tratar de los puntos que dicen relacion con la nulidad. *Furor*, dice Paulo, *matrimonium non sinit, quia consensu opus est; sed recte contractum non impedit* (3). Puede, pues, va-

(1) S. Thom. Aquin. *Sum Theolog.* Sup. Quæst. 45, art. 4.
(2) Véase tomo 2º de esta obra. núms. 195 y siguientes.
(3) *Dig.* lib. 23, tít. 2, l. 16, § 2.

lidamente contraerse matrimonio por el insensato. ¿Cuando? Durante un intervalo lúcido. La ciencia debe venir aquí en auxilio del derecho, para ilustrar sus decisiones, las cuales no serán justas, sino en los casos en que se fundaren en los datos apreciados y valorizados por aquella. Con esto damos, desde luego á entender, que la nulidad de un matrimonio por falta de consentimiento, originada de locura, no existe ni puede existir *ipso facto*, sino despues de juicio en el que ampliamente se ventile esta cuestion: ¿el contrayente, que se pretende loco, fué capaz de consentimiento en el acto del matrimonio? Establecer lo contrario, considerando que tal defecto hace inexistente el acto, es suponer que nos son conocidas las distintas fases y profundos misterios del cerebro humano en estado de perversion mental, lo cual desgraciadamente no es exacto. Examinemos sin embargo las enseñanzas de la jurisprudencia y de los autores sobre esta importante materia.

227. El antiguo derecho francés reconocía, como válido, el matrimonio, verificado durante un intérvalo lúcido (1). La nulidad por consecuencia de locura, era un vicio absoluto (núm. 217.), que podia ser alegado por cualquiera de las partes. "Observad, dice Pothier. que cuando está justificado que la locura de la persona, cuyo matrimonio es atacado, ha tenido principio anteriormente y continuado despues, es á la persona, que opone que la locura tenía intervalos, á quien incumbe demostrar su realidad y lucidez (2)." Nada pues habia entónces de inexistencia del matrimonio por razon de insensatez; sino solo nulidad absoluta. Pero desde el Código de Napoleon, este punto es de los mas controvertidos, sin que hasta el dia pueda afirmarse una solucion, siquiera generalmente aceptada. Una primer doctrina,

(1) Rousseaud de la Combe, "Mariage," 3eme partie—Denizard. "Furieux" num. 10.
(2) Pothier, num. 92.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

representada por Duranton, enseña que la falta de consentimiento en el matrimonio por causa de locura, es motivo de solo *nulidad relativa*, susceptible de ser purgada por la ratificacion y por la prescripcion, y en un todo igual á la que resulta de error en la persona. "Segun el art. 180 *(francés)*, dice este autor, el matrimonio que ha sido contraido, sin el consentimiento libre de los dos esposos, ó de uno de ellos, no puede ser atacado sino por los esposos. ó por aquel de los dos, cuyo consentimiento no ha sido libre. Cuando hay error en la persona, el matrimonio no puede ser atacado sino por aquel de los dos esposos, que ha sido inducido en error Estos dos medios de nulidad proceden de una misma causa, la falta de consentimiento: así es que la ley los pone sobre la misma línea, en cuanto á las personas que pueden hacerlos valer, el plazo en que son proponibles y á la manera de borrarlos por la ratificacion; de suerte que se puede decir que es la misma accion en nulidad, aunque los hechos que la producen son de diferente naturaleza, bajo cierto punto de vista (1)." Otra opinion á cuyo frente se hallan Zacharías, Marcadé, Demolombe, Laurent y otros autores, enseña que la falta de consentimiento en el matrimonio por causa de locura, hace que el acto sea inexistente, un mero hecho sin valor jurídico alguno, imposible de ser validado, ni por la ratificacion ó confirmacion, ni por el lapso de tiempo, y susceptible de ser opuesto por cualquiera persona que tenga interés en ello. "El acto nulo, dice Matcadé, es aquel que no existe, cuya existencia no es sino una apariencia sin realidad: *tal sería el pretendido matrimonio que un loco pareciera contraer*; tal sería tambien la union que parecieran formar, delante del oficial del estado civil, dos mujeres, de las cuales la una se hiciera pasar por un jóven. En estos casos el matrimonio es *nulo* en el sentido riguroso y filosófico de la palabra. *Nullum est matrimonium*, no

1) Duranton, tom. 1, num. 856.

hay matrimonio (1)." En vez pues de los arts. 180 y 181, debe aplicarse el 146 del Código francés, que dice: "no hay matrimonio, cuando no hay consentimiento." En cuanto al matrimonio celebrado por el loco durante un intervalo lúcido, subsiste siempre, segun la mayoría de los autores, la doctrina de que es válido, supuesta la capacidad para consentir. Sin embargo, como nada es más difíci de distinguir en un loco, que el intervalo lúcido y la enfermedad, pues frecuentemente se confunde aquel con la remision, que es una simple y aislada accion racional; y cómo, por otra parte, aun en el intervalo lúcido, el paciente está bajo el imperio de la enfermedad, de la turbacion de las ideas, de la debilidad de inteligencia (2), no faltan tratadistas que declaran inexistente, aun el matrimonio del loco, en momentos de lucidez, declarándolo así absolutamente incapaz de consentir.

El Derecho canónico, aceptando tambien que la locura, á no ser durante un intervalo lucido, impide el matrimonio y lo dirime, una vez contraido, no creemos que considere la falta del consentimiento, en este caso, como motivo de inexistencia del acto, y sí solo, como causa de nulidad, que debe ventilarse en juicio, mediante la promocion de las partes, y ser decidida por sentencia. Algunos autores, fijándose en la letra de los canones y doctrinas de teólogos, referentes á esta materia, asientan que la Iglesia declara inexistente el matrimonio, falto de consentimiento por locura de uno de los contrayentes. Por ejemplo, se citan las siguientes palabras del Angel de las escuelas: *Respondeo dicendum, quod furia aut præcedit matrimonium, aut sequi-*

(1) Marcadé, tom. 1. num. 617, I.—Zacharias, tom. 1, § 110—Demolombe, tom. 2, num. 246—Laurent, tom. 2, num. 285—E. Glasson, *Du consentement au mariage*, num. **116**.

(2) Orfila, *Médecine légale*, tom. 1, pag. 481—Le grand du Saulle, *La folie devant les tribunaux*, pag 109.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tur. Si sequitur nullo modo dirimit ipsum; si autem præcedit tunc aut furiosus habet lucida intervalla, aut non habet: si habet, tunc, quamvis dum est in illo intervallo, non sit tutum quod matrimonium contrahat quia nesciret prolem educare, tam, si contrahit, est matrimonium; si autem non habet, vel si quando non habet, contrahit, tunc, quia non potest esse consensus ubi deest rationis usus, non erit verum matrimonium (1). Luego, se dice: he ahí un matrimonio inexistente, *non erit verum matrimonium*, en contraposicion al contraido durante intervalo lucido, *tamen si contrahit est matrimonium* (2). Pero á esta interpretacion se opone la práctica constante de la Iglesia, que presume siempre la validez del matrimonio hasta la prueba en contrario y en cuyo nombre interviene el *Defensor de matrimonios*, aun en el caso en que uno de los consortes sostenga la validez (3). Esto se patentiza en la siguiente curiosa causa sobre nulidad, ventilada ante la Curia Eclesiástica, y cuya relacion encontramos en la erudita obra, "*Tratado del matrimonio, de sus impedimentos y dispensas*" por el Doctor D. Leon Carbonero y Sol: Adan y Margarita contrajeron matrimonio canónico en la forma prescrita, el 16 de Noviembre de 1879, y al dia siguiente cumplieron con la ley de matrimonio civil ante el magistrado competente. Pocas horas habian trascurrido, cuando Margarita se sintió acometida de un acceso de locura may violento; de suerte que, dirigiéndose velozmente hácia la casa parroquial, exclamaba: "*Yo soy vírgen pura, y sin mancha, y así he de permanecer; mas el Sr. Adan es un diablo.*" Luego, con grandes clamores, subió á una cruz de piedra muy alta, contigua á la Iglesia donde permaneció abrazada al Crucifijo, hasta que con el auxilio de algunos hombres fué conducida al manicomio, cuyos médicos declararon que la enferma padecia una demencia incurable. El varon, angustiado con tan grave como inexperado accidente, recurrió á la autoridad civil en demanda de nulidad, y posteriormente envió sus preces á la Sagrada Congregacion del Concilio, implorando la disoluccion del vínculo del matrimonio rato y no consumado, supuesto que no se dignara la Sede Apostólica declararlo nulo por falta de consentimiento de parte de la enferma. La Curia Eclesiástica, en vista de las declaraciones de testigos que probaron la demencia de Margarita é inconsumacion del matrimonio, decretó la nulidad de este contrato sacramental por defecto de consentimiento por parte de la esposa; acordando la confirmacion de la sentencia, ó á lo ménos la dispensa sobre matrimonio rato y no consumado, por el peligro de perversion en que queda el marido, sus buenas cualidades, la necesidad que tiene de consorte, y la ninguna esperanza de que la actual recobre la salud. La Sagrada Congregacion del Concilio, oidos los dictámenes de un teólogo, de un canonista, y del defensor del vínculo, resolvió en 7 de Julio de 1883 que era nulo este matrimonio. "De aquí se infiere, dice el autor citado: 1º Que en la duda sobre si la perturbacion mental privó á la contrayente de la suficiente deliberacion, se ha de estar por la validez del acto matrimonial, como afirman los doctores; 2º Que para juzgar de la validez del matrimonio, se ha de inquirir la naturaleza y fases que presenta la enfermedad mental, de suerte que pueda apreciarse bien, si el paciente ha perdido la libertad moral para conocer la entidad del contrato matrimonial; 3º Que, aunque los dementes no dejan de tener muchos intervalos lucidos, consta por experiencia que no los tienen respecto de aquellas cosas que son objeto de la demencia, en las cuales no pueden obrar humanamente, sino bajo el influjo de su imaginacion exaltada; 4º Que no hubo en la contrayente Margarita plena salud mental ni completa deliberacion de voluntad, inmediatamente ántes del matrimonio, de suerte

(1) St. Thom. de Aquin, *Sum Theolog.* Quæst 58, art 3.
(2) Massé y Vergé *sobre Zachartas.* § 108, nota 3.
(3) Véase al fin de este tomo, Apéndice letra A.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

que aquella no conoció bien la entidad del acto matrimonial, cuando se verificó el contrato; y de aquí el que se declarara nulo por los Emmos jueces; 5° Que la celebracion del matrimonio y el deseo de guardar la virginidad fueron, por lo visto, la causa ocasional ó moral de la demencia contraida por la desdichada esposa; como lo demostró el cambio de semblante y el llanto en que prorrumpió al verificarse el contrato. (1)"

No es, pues, inexistente, segun el Derecho canónico, sino anulable el matrimonio verificado por el loco, constituyendo esta causa segun la frase de Pothier, *un vicio absoluto*, que solo puede ser alegado por los cónyuges.

228. El antiguo derecho español, que tambien reconocía la validez del matrimonio celebrado por el loco, durante un intervalo lúcido, sin duda alguna no consideraba tampoco, como *inexistente*, el verificado sin consentimiento por esa causa, pues á creerlo así se oponen por un lado, la ignorancia ó no aceptacion de esa clasificacion antes de los tiempos modernos, y por el otro, los términos absolutos en que están concebidas las únicas leyes aplicables. "La mujer al marido e el marido á la mujer, pueden acusar el vno al otro para departir el casamiento, si el embar go que es entre ellos fuere atal, que sea sin culpa etc."

229. Nuestra legislacion nacional no es uniforme ni completa sobre esta materia, prestándose por lo mismo á las más diversas interpretaciones. En efecto el Código de Veracruz solo contiene dos artículos relativos al punto que nos ocupa: el 181 que dice, á semejanza del 146 francés: "No puede haber matrimonio sin el consentimiento libre de los contrayentes" y el 196 que declara: "Es impedimento la locura constante é incurable." No constando, pues, en el cap. VI *sobre disolucion y nulidad del matrimonio*, quienes tienen derecho de hacer valer esa nulidad,

(1) Dr. Carbonero y Sol, *Tratado del matrimonio etc.* cap. 13 úm. 4.

ni en qué tiempo, ni si ella es susceptible de ratificacion ó revalidacion, parece lógico que, para este Código, el matrimonio verificado por el loco, fuera de intervalo lúcido, es no anulable sino inexistente, porque es propio y peculiar de la cualidad de inexistente poder ser alegada por cualquier interesado, sin necesidad de juicio, en todo tiempo y sin que obste la revaladicion ó confirmacion, que son incompatibles con tal circunstancia. ¿Se nos objetará lo preceptuado en términos absolutos por el art. 265 (núm. 207)? Pero este artículo está en el capítulo antes citado sobre demandas de nulidad y en él, repetimos que no se encuentra ninguna disposicion relativa á la falta de consentimiento por locura. Además, es un principio de vulgar jurisprudencia, que todo el que tiene interés en ejercitar una accion, puede hacerlo; luego la prescripcion del art. 267 del mismo Código (núm. 216.) es una excepcion. Es así que las excepciones no deben extenderse á otros casos que á los expresamente contenidos en ellas; luego, una vez más, no estando comprendido el caso que nos ocupa en la excepcion, debe regirse por los principios generales. Puede pues cualquiera en todo tiempo prevalerse de la falta de consentimiento por efecto de locura, en un matrimonio. Tal es la inexistencia, que ademas se desprende claramente de los términos del art. 181: "No puede haber matrimonio, sin el consentimiento libre etc." En consecuencia, pueden aplicarse; como comentario, á esos artículos del Código de Veracruz, á mas de las palabras antes citadas (núm. 227), las siguientes del mismo Marcadé: "Siendo acto nulo aquel que no tiene existencia, no puede jamás encontrarse vivificado; confirmado, por una causa posterior, cualquiera que sea. Porque la nada no es susceptible de ninguna mejora ni modificacion. *Nihili nullæ sunt proprietates: quod nullum est, nullum producit effectum; quod nullum est, confirmari nequit.* Cuando un matrimonio es nulo, inexistente, no se puede hablar de ratificacion; todo lo que es posible, es su creacion, su formacion. Cuando un matrimonio es nulo, no tengo necesidad de atacarlo,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

para que no me dañe; y no solo no tengo necesidad de atacarlo, de hacerlo cesar, sino que ni puedo lograrlo. En efecto, ¿cómo anular lo que es nulo? ¿cómo aniquilar la nada? (1)."

Lo mismo debe decirse del Código del Estado de México, que no contiene tampoco sino dos disposiciones relativas al punto en cuestion: el art. 131, igual al 181 Veracruzano y el 137 que dice: "Los dementes, los locos y los imbéciles no pueden contraer matrimonio." Pero ¿quienes pueden intentar esta accion de nulidad, en qué tiempo, y si puede ser renunciada? nada de esto se sabe; luego no hay tal accion y por consiguiente no existen sino los principios generales, ó lo que es lo mismo, el camino permitido por lo inexistente.

El Código de Tlaxcala ha seguido un sistema enteramente contrario. Despues de declarar (art. 114 fracciones 7 y 8) que es requisito necesario para contraer matrimonio, que el consentimiento de los contrayentes sea enteramente libre, y que ninguno de ellos adolezca de locura constante é incurable, añade, en el capítulo sobre *matrimonios nulos* (art. 128 fracciones 7 y 8) que son causa de nulidad, que el consentimiento de los contrayentes no haya sido enteramente libre, y que se haya celebrado el matrimonio, estando loco algunos de los contrayentes. ¿Qué clase de nulidad es la establecida por este Código? El art. 135 responde á esta cuestion, diciendo que "la nulidad por locura solo puede pedirse por el cónyuge que estubo demente y dentro de sesenta dias contados desde que ha cesado aquella". Segun este Código, pues, la falta de consentimiento en el matrimonio por razon de demencia hace que el acto sea meramente *anulable*; la nulidad es *relativa* y puede cubrirse por el lapso de determinado tiempo, por cuya circunstancia se presume que el cónyuge, á quien la ley otorga exclusivamente la accion de nulidad, ha renunciado su derecho.

(1) Marcadé, tom. 1, núm. 618.

El Código del Distrito Federal de 1870 no contiene sino un solo artículo, que pudiera referirse á la presente materia: el 163, fraccion 8ª que enumera, entre los impedimentos para contraer matrimonio, la locura constante é incurable. Igual silencio que en el de Veracruz se nota en este Código con respecto á la organizacion de la accion de nulidad correspondiente. Repetimos, pues, que por ese silencio sobre excepciones á los principios generales, son estos los que deben observarse, tanto sobre el personal de la accion, cuanto sobre el tiempo de su duracion y la imposibilidad de toda confirmacion; ó en otros términos, que este Código autoriza tambien á considerar tal matrimonio, como inexistente.

El vacío anterior ha sido llenado por el Código que comentamos, cuyo art. 272 declara que la nulidad fundada en locura incurable solo puede ser pedida, por los cónyuges y por el tutor del incapacitado. Así es que, á primera vista, hay que convenir en que el concepto de *inexistencia* tiene que ser rechazado, supuesto que este Código determina las personas á quienes exclusivamente corresponde la accion de nulidad. Esta, ademas y por la misma razon, es solo relativa. En cuanto á su duracion, como nada nos dice el Código y siendo la prescripcion una excepcion de la idea genérica del derecho, pues este por su naturaleza es eterno y aquella limita el tiempo de su existencia; no siendo jurídico aceptar las excepciones sino cuando son expresas y claras, debemos creer que la accion de nulidad, nacida del art., 272 es imprescriptible. En nuestro concepto no puede aplicarse aquí el art. 1091 sobre *prescripcion negativa*, por ser otro absolutamente el concepto á que en este artículo se refiere el legislador.

230. Tercer caso: Pedro, creyendo casarse con Juana, se casa con Antonia. Es el error sobre la persona de que hemos hablado en otro lugar (1) extensamente. Inumerables son las cuestio-

(1) Véase tomo 2º de esta obra, nums. 75 y siguientes.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nes empeñadas hasta el dia sobre los efectos del error en orden al matrimonio. Para darnos cuenta de ellas preciso es empezar por establecer los textos legales sobre las cuales versan. El art. 146 francés dice: "No hay matrimonio, cuando no hay consentimiento". El 180 del mismo código dice, en su última parte: "Cuando ha habido *error en la persona*, el matrimonio no puede ser atacado sino por aquel de los dos esposos que ha sido inducido á error." En el caso propuesto:—Pedro, creyendo casarse con Juana, se casa con Antonia—¿cuál de ámbos artículos es aplicable? Si el primero, tal matrimonio es *inexistente*, y entónces se sigue que no hay accion de nulidad propiamente dicha contra él, pues cualquiera interesado puede rechazar los pretendidos efectos de la *inexistencia*, la cual además, no es susceptible, ni de renuncia, ni de revalidacion. Por otra parte, si el art. 146 comprende el caso de error sobre la persona, el 180 no puede referirse sino á error *sobre las cualidades*, pues lo contrario sería declarar que el legislador ha incurrido en una flagrante contradiccion. En su lugar expusimos y refutamos ya esta manera de interpretar el art. 180 francés (1). ¿Cuáles son las doctrinas militantes sobre el 146 por lo que hace al error? "Las condiciones esenciales á la validez de un matrimonio son, dice Zacharías,: 1 º El consentimiento de las partes, art. 146. Si pues una acta de matrimonio expresa que dos personas han contraido matrimonio, aunque haya ausencia de consentimiento de parte de una de ellas, en el caso, por ejemplo, *de que haya habido sustitucion de persona*, el matrimonio debe ser considerado de pleno derecho, como no existente (2)." Esta doctrina es seguida, entre otros, por Marcadé, y Demolombe, de los cuales el segundo dice: "Es verdad que el Código de Napoleon asimila el error á la violencia y al dolo, es decir, á vicios que alteran el consentimiento, y que suponen por lo mismo, su existencia. Pero esta asimilacion ¿es absoluta? ¿Hay que aplicarla al caso en que el error recayera sobre la *indentidad* misma del objeto del contrato? Yo confieso que me es muy difícil creer, que en lo concerniente al matrimonio, esta especie de error, el error sobre la indentidad, sobre la parsona física, no sea, á los ojos de la ley, absolutamente exclusivo de consentimiento y por consiguiente, de la existencia misma del matrimonio. El primer consul ha declarado formalmente que *no hay entónces matrimonio* (Fenet, tom. 9, pág. 99); y el art. 180 ¿no prueba, en efecto, que no tiene en vista esa especie de error, cuando habla de uno, no *sobre* la persona, es decir, sobre su identidad misma, sino *en* la persona, es decir, solamente sobre sus cualidades, y sobre todo, cuando concede seis meses al esposo engañado, *desde que el error hubiere sido reconocido por él*, para formar su accion en nulidad (1)? Estas palabras suponen un error susceptible de prolongarse todavía despues de la celebracion del matrimonio; ahora bien, el error sobre la misma identidad, por sustitucion de otra persona á aquella con quien se creia casar, este error, siempre que fuera posible, se descubriría inmediatamente despues de la celebracion (2)" Otros autores, no ménos respetables, interpretan de muy diversa manera la nulidad proveniente de error sobre la persona. Conocemos ya la doctrina de Duranton (núm. 227) y

(1) Véase tomo 2 º de esta obra, nums. 99 y siguientes.

(2) Zacharias por Massé y Vergé, tom· 1, § 110..

(1) El art. 181 dice: En el caso del artículo precedente, la demanda en nulidad no es ya aceptable, siempre que ha habido cohabitacion continua durante seis meses, á contar desde que el esposo ha recobrado su plena libertad ó *reconocido el error*.

(2.) Demolombe, tom. 3, núm. 246.—Marcadé, tom. 1, núm. 629, III.—Ameline, *Des nullites du mariage*, pág. 216.—Glasson, *Du consentement de époux*, pág. 239, núm. 140.—Demante, tom. 1, núms. 262 bis. I, II, y III.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

á ella debemos agregar las de Vazeille, Toullier, (1) Mourlon y Laurent. El penúltimo dice que, despues de muchas perplejidades, su solucion es la siguiente: 1°. Los arts: 180 y 181 se aplican lo mismo al error sobre la persona física que al error sobre la persona civil. En el uno y en el otro caso, el matrimonio no es sino *anulable*: así es que la nulidad no puede ser pedida sino por la persona inducida á error (art. 180), y durante un cierto tiempo solamente (art 181). Pero, se dice, el error sobre la persona física es enteramente destructivo de consentimiento: allí donde el consentimiento falta absolutamente, no hay matrimonio (art. 146), no hay nada! Ahora bien, un matrimonio inexistente no es susceptible de ser verificado, validado posteriormente: no se ratifica la nada! Luego el error sobre la persona física hace el matrimonio *nulo*, nulo á perpetuidad y respecto de toda persona. Esta argumentacion es perfectamente justa, bajo el punto de vista de los principios y segun la lógica rigurosa del derecho abstracto. Pero los redactores de nuestro Código se han preocupado poco de la pureza científica de su obra; no tenían, es preciso decirlo, sino ideas muy confusas sobre la teoría de los contratos nulos y anulables. Sería pues un extravío querer mostrarse más rigorista y más sábio que lo que lo que ellos lo han sido. Tomemos la ley, tal como ellos la han hecho. Ahora bien, las discusiones que han tenido lugar en el Consejo de Estado sobre los arts. 146, 180 y 181, muestran claramente que, en definitiva, despues de algunas controversias sobre este punto, y no obstante los esfuerzos del primer consul. que quería que se distinguiesen los dos casos, se han confundido, bajo una sola fórmula, el error que cae sobre el individuo y el que no cae sino sobre sus cualidades. Así es que, cuando se

(1) Vazeille, tom. 1, núm. 63, y 256—Toullier, tom. 1, num. 521.

discutió la regla, sobre que la nulidad, por causa de violencia ó de error, no puede ser útilmente demandada, sino en los seis meses, á contar desde la cesacian de la violencia ó del descubrimiento del error, un miembro hizo esta objecion: "que no es necesario el trascurso de seis meses para conocer físicamente la suposicion de persona, y que, si se trata de un error moral, es difícil fijar un término para su reconocimiento."

Se respondió, haciendo observar que la regla propuesta se refiere á la vez al error sobre la persona física y al error sobre la persona civil (Fenet, tom. 9, pág. 43). Si la ley no hubiera considerado sino el error sobre la persona física, habria hablado del error sobre el individuo. Si ella no hubiera tenido en vista sino el error sobre la persona civil, habria hablado del error sobre las cualidades de la persona. Ahora bien, la ley no ha empleado ni la una ni la otra de estas fórmulas restrictivas. La fórmula que ella ha preferido (el error en la persona) es general y absoluta en sus términos; en ella abraza á la vez el error sobre la persona física y el error sobre la persona civil.

2°. El error sobre la persona civil ó social, como el error sobre la persona física, hace el matrimonio anulable. Pero me es imposible admitir que todo error sobre las cualidades pueda, al grado de la justicia, constituir lo que la ley llama el error en la persona. Este poder discrecional, absoluto y sin límites, es esencialmente contrario á la institucion del matrimonio y por tanto, no se puede deducir de un texto, que no lo contiene expresamente. Hubo cuestion en el Consejo de Estado; pero fué una simple observacion, en la cual nadie se detuvo. (1)" Tal es tambien la opinion de Laurent (2). En derecho canónico no cabe la menor duda, que el *error personal* es solo motivo de nulidad relativa, susceptible de ser purgado por la ratificacion

(1) Mourlon, *Repetitions ecrit.* tom. 1, num. 678, nota.
(2) Laurent, tom. 2, num. 292.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ó revalidacion. "Si hay *error personal*, dice el *Consultor de Párrocos*, el cónyuge engañado protesta y no puede dejar de oirse su protesta. Si no quiere ceder de su derecho y perdonar, contrayendo de nuevo, es inevitable la disolucion ó la declaracion de nulidad." Solo los cónyuges pueden acusar el matrimonio de nulidad por error, y ni aun esta acusacion se admite, si, despues de haber tenido noticia del impedimento, continúan conociéndose carnalmente, porque entónces se presume, por derecho, que renovaron el consentimiento, y ratificaron el matrimonio. (1). Con el mismo carácter de nulidad meramente relativa ha pasado el *error personæ* á la legislacion española: "por ende non deue valer el casamiento, e si fuese fecho, puedese desfacer, fueras ende, si nuevamente consintiese en él despues que lo conociese, dice una ley de Partida (2).

231. Nuestra legislacion nacional es uniforme en considerar, como nulidad relativa solamente, el error en la persona, desde la ley de 23 de Julio de 1859 (art. 8, parte final). Pero algunas diferencias separan á nuestros Códigos, en cuanto á la duracion de la accion: el de Veracruz (arts. 193 y 261) declara que, si el cónyuge engañado no ratifica expresamente el consentimiento, debe suponerse que lo hace, cuando pasados ocho dias del descubrimiento del error, continúa viviendo maritalmente con el otro; el de Estado de México (arts. 134 y 209) dá de plazo solo veinte y cuatro horas; el de Tlaxcala (arts. 129 y 130) previene que, si el cónyuge engañado no reclama el error *inmediatamente*, se tiene por subsistente el matrimonio, y en el mismo sentido estan concebidos los arts. 286, 287 y 288 del Código del Distrito Federal de 1870 y 263, 264 y 265 del que comentamos.

---

(1) *De conjug. serv.* cap. 2.—Murillo, tom. 2, lib. 4, tit. 18.—Donoso, tom. 3, lib. 4, cap. 1, num. 6.—Billuart, *Summa S. Thomæ*, Tract. de matrim. Disert. 3, art. 7.

(2) *Partida* 4ª, tit. 2, l. 10.

232. ¿Cuál de los dos sistemas expuestos es más conforme á la dignidad y pureza del matrimonio? Si la nulidad que nos ocupa es causa de inexistencia, ella puede ser reclamada en cualquier tiempo y por cualquiera persona. "Allí donde no hay matrimonio, ni la prescripcion, ni la ratificacion, pueden hacer que exista. He aquí el principio; él me parece cierto, y no haré ninguna concesion que pueda teóricamente destruirlo. Me guardaré pues de decir, como Pothier, que "si despues de haber reconocido el error, consiento en tomar por mujer á Juana, que yo había desde luego creido ser María, este consentimiento *rehabilita* mi matrimonio..... aunque *no haya sido contraido sino despues*, por el consentimiento que he dado, una vez reconocido el error." Todo esto no es lógico, no es racional. Si el matrimonio no se ha formado, todos los interesados podrán siempre oponer su falta de existencia. Pero ¿no se ha formado el matrimonio? Oh! esto es otra cosa. Cuando viniereis, vos ó vuestros herederos, ó cualquiera que sea, cuando vinieres, despues de seis meses de cohabitacion, ó despues de hechos personales de aprobacion, á decirnos que no ha habido matrimonio, *yo aplaudiré que se os rechaze, porque resultará de las circunstancias que el matrimonio ha efectivamente existido!* La apreciacion de los hechos pertenece soberanamente á los magistrados; y se concibe muy bien que tomen en consideracion aun las circunstancias posteriores, para decidir, *si el matrimonio ha existido en efecto desde el orígen* (1)." Las palabras subrayadas de este texto son la mejor prueba de que debe rechazarse el sistema que considera el error en la persona, como causa de inexistencia del matrimonio. Demolombe, que es uno de sus más adictos sostenedores, retrocede, por lo visto, ante sus inmorales y abusivas consecuencias. ¿Deberá rechazarse al cónyuge engañado, cuando despues de seis meses de cohabitacion; ó despues

---

(1) Demolombe, tom. 3, num. 246.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de hechos personales de aprobacion, pretendiere que su matrimonio no ha existido? Pero entónces, segun la doctrina del mismo autor sobre actos inexistentes (núm. 208), tal matrimonio no es sino anulable, porque es propio de aquellos no poder ser revalidados en ningun tiempo, ni por prescripcion, ni por ratificacion. "Tal es la teoría, dice Laurent, consagrada por los arts. 180 y 181 del Código francés. ¿No es mil veces más razonable que la teoría del matrimonio inexistente? Os habeis casado con Juana, creyendo casaros con María; esto no os impide cohabitar con ella durante años y despues venis á decir: no hay matrimonio! Tal sería, en efecto, la consecuencia del matrimonio inexistente. Hay otra igualmente absurda. Un matrimonio inexistente puede ser atacado por cualquier interesado; luego un colateral vendrá á pedir que vuestro matrimonio sea declarado inexistente, aunque, á pesar del error que os lo ha hecho contraer, querais mantenerlo! ¿Por qué no permitir al esposo que ha sido engañado, confirmar su matrimonio? Esto no es jurídico, porque no se confirma la nada. Pero si esto no es jurídico, es moral, lo que vale más. Hay una enorme diferencia entre el matrimonio y los otros contratos. Cuando una venta es inexistente, no resulta ningun inconveniente; á lo sumo, no se ejecutará ese contrato aparente; el vendedor conservará la cosa y el comprador el precio; porque aun cuando el vendedor quisiera entregar la cosa, la otra parte la rehusará é igualmente pagar el precio: será, á la letra, la nada. Otra cosa sucede en órden al matrimonio; es preciso á lo ménos suponerlo, para que la cuestion tenga un interés práctico. Escuchemos á Pothier:... "el matrimonio de Jacob con Lía fué rehabilitado, cuando, despues de haber reconocido que la mujer que se le habia dado, que él creia ser Raquel, era Lia, consintió en casarse con ésta." ¿Es esto decir que sea necesario una nueva celebracion del matrimonio? No, dice Pothier: la bendicion nupcial que ha precedido á mi consentimiento, basta. Tales son tambien los principios del Código: él admite la confirmacion del matrimonio, cuando el esposo que reconoce su error, continúa cohabitando con el otro. (1).

233. Cuarto caso: Pedro, *víctima de miedo ó violencia*, ha contraido matrimonio. En otro lugar hemos hablado del impedimento de *fuerza ó miedo graves* y de sus condiciones (2). ¿Qué clase de nulidad es ésta? Glasson pretende que, segun el derecho canónico, es causa de inexistencia del matrimonio, en virtud de que el Concilio de Trento ha declarado, que una simple ratificacion tácita no podria bastar para cubrir este vicio, siendo necesaria una nueva celebracion con todas las formalidades ordinarias *(renovatio consensus coram parocho et testibus)*, lo cual equivale, en realidad, á un nuevo matrimonio que se contrae, y no al antiguo que se valida (3). ¿Es esto esacto? Nos parece haber aquí una confusion. Ciertamente, segun se lee en el *Consultor de Párrocos*, "si el matrimonio es nulo por falta de consentimiento, se revalida con solo suplir el consentimiento que antes no se prestó! En este caso los dos cónyuges necesitan *renovar ó hacer de nuevo* el contrato, prestando mutuo consentimiento," pues como asienta el Angélico Doctor, *cum matrimonium duorum inter se relationem et unionem denotet, consensus coactus ex parte contentis, quemadmodum ex parte coacti, matrimonium tollit* (4), lo cual afirman á una la Sagrada Congregacion del Concilio, el Tribunal de la Rota romana y los Doctores (5). Pero ¿en qué forma haya de renovarse ese consentimiento, y si en algunos casos, á pesar de la violencia ó el miedo, basta á cubrirlos una revalidacion tácita, he ahí cuestiones que no pue-

(1) Laurent, *lugar citado*.
(2) Véase tomo 2º de esta obra, nums. 167 y siguientes.
(3) E. Glasson, *Obra citada*, nums. 37 y 38.
(4) Div. Thom. de Aquin. *Sum. Theolog.* Quæst. 47, art. 4.
(5) *Coleccion de Cánones de la Iglesia de España*, tom. 4. pag. 310.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

den resolverse, sin distinguir con todo escrúpulo las diferentes especies. Se lee en la misma obra, antes citada; "Si la falta de consentimiento es secreta ó no se puede probar ni con documentos ni con testigos, la renovacion ó revalidacion del contrato matrimonial puede llevarse á cabo por *solos los cónyuges* y con absoluto secreto. Basta con que de ello tenga noticia el confesor ó el Párroco. No se necesita celebrar el matrimonio *in facie Ecclesiæ*, porque esto ya se ha hecho, ni hacer constar en la partida la revalidacion, porque de esto no se ha de hablar nunca en juicio ó ante los Tribunales. Aun en la hipótesis de que los dos cónyuges pidiesen la declaracion de nulidad de su matrimonio por falta de consentimiento, aunque jurasen que no lo habían prestado, no serían creídos por ningun juez.—Si la falta de consentimiento es pública ó se prueba con documentos fehacientes ó bastante número de testigos, entónces es preciso que, para evitar el escándalo y un gran peligro para toda la familia, se haga constar oficialmente ó en la partida la revalidacion. La razon de esto es obvia. Si no se hiciese así, cualquiera de los cónyuges podria pedir la disolucion, pretextando y probando la falta de consentimiento"—(1). En cuanto á la ratificacion tácita, consistente en la union pacífica de los cuerpos y en la cohabitacion, oígase lo que sigue: *Quamvis*, dice Clemente III....., *ab initio ei invita fuisset tradita, et renitens, tamen, quia per annum postmodum et dimidium ei cohabitans, consensisse videtur, ad ipsum est cogenda redire: nec de cætero recipiendi sunt testes, si quos memorata mulier, ad probandum quod non consenserit in eumdem, nominaverit producendos, cum mora tanti temporis hujusmodi probationem excludit* (2). Y en otro lugar el mismo Sumo Pontífice se expresa así: *Insuper adjecisti, quod aliquis cum quadam innubili puella*

(1) Barbosa. *De off et potest.* Epis. all. 32, núm. 149.

(2) *Decretales* in cap. *ad id de Spons et matrim.*

contraxit, quæ tandem ætatis metas attingens, ab illo pluries cognita, contra matrimonium proclamavit, asserens se semper ab initio dissensisse: quod per testes probat fama et conversatione præclaros. In hoc itaque casu sentimus quod adversus matrimonium audiri non debet, quæ ante cognitionem sui legitimum annum attingens, cum potuit, minime reclamavit: sicut enim ante legitimum consensum potuit dissentire, sic postquam legitimo tempore accedente semel etiam copulæ carnali consensit, ex ratihabitione sibi super hoc silentium non ambigitur indixisse (1). El P. Sanchez dice lo mismo: *Tandem dicendum est, matrimonium illud, quod propter impedimentum occultum nullum fuit, posse revalidari copula affectu maritali inter conyuges habita: sicut revalidatur novo consensu occultu. Probatur quia Tridentinum (Ses. 24 de matr. cap. 1) minime comprhendit hunc casum et ita tanquam casus omisus relinquitur dispositioni juris communis; ergo cum secundum jus commune tale matrimonium convalesceret copula maritali..... idem erit attento Tridentino decreto. Et confirmatur, quia ideo Tridentinum corrigit matrimonia præsunta, ex copula maritali consurgentia, quia jam requiritur præsentia paroqui et testium; ergo in casu, in quo talis præsentia non desideratur, ut est hic, manebit jus commune illæsum. Præterea, quia cum matrimonium verbis et signis contrahi possit, et copula affectu maritali signum sit consensus de præsenti: alias sponsalia per illam non transirent antiquitus in matrimonium..... sicut verbis de præsenti convalescit, ita copula illa, affectu maritali* (2). S. Alfonso de Ligorio, con muchos distinguidos teólogos, asienta, que cuando la mujer, pudiendo impedir la union carnal, accede á ella por miedo, su cooperacion es verdaderamente moral y voluntaria (3) y Covarrubias

(1) *Decretal.* 4, *Qui matrim. accus.*

(2) Sanchez. *De matrimonio*, lib. 2, disput, 37. núm. 14.

(3) De Ligorio, *Theologia moralis*, lib. 3, núm. 368.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

agrega que "no debe suponerse en el consorte ese pecado mortal, sino mas bien debe creerse que, á no haber violencia, existe en el ánimo conyugal afecto (1)." El derecho canónico distingue y explica perfectamente, cuáles son impedimentos ocultos y cuáles, públicos, sobre cuya materia remitimos al lector á fin de este tomo (2).

Por otra parte el derecho canónico y la doctrina de los actos inexistentes son de todo punto incompatibles, si no es en los casos absurdos y aun en estos, por muy claros y evidentes que parezcan, la nulidad no puede ser mas que el resultado de un juicio contradictorio, ampliamente controvertido y en el cual interviene siempre el Defensor de matrimonios, instituido por la Bula *Dei miseratione* del Sr. Benedicto XIV. Cualquiera duda que sobre esto pudiera levantarse, quedará absolutamente desvanecida con la siguiente consulta de la Sagrada Congregacion de Roma, recaida sobre pregunta que le hizo uno de los Prelados más ilustres de la Iglesia Mexicana, el Ilmo. Sr. Dr. D. Lázaro de la Garza y Ballesteros, dignísimo Arzobispo de la Capital de la República, y en la cual, como va á verse, el claro talento del interrogante le hizo pensar sobre la ninguna necesidad, que de formal juicio contradictorio habria en las nulidades notorias y evidentes, que quizá pueden ser declaradas *ipso facto* ó cuando más, como lo prescribia la clementina *Dispendiosum*, en la forma breve y sumaria (3). La duda es formulada en los siguientes términos: "La bula *Dei miseratione* prescribe la forma que se debe seguir en los juicios sobre nulidad de matrimonio; y, aunque no haya ni la menor dificultad, cuando se trata de casos dudosos, no faltan obstáculos en los

(1) Covarrubias, *In 4 decr.* part. 1, cap. 4 § 1, num. 11.

(2) Véase en este tomo, apéndice letra B.

(3) *In causis super matrimoniis procedi valeat simpliciter et de plano ac sine s repitu et figura judicii.*

que son patentes y notorios, por ejemplo: N., religioso profeso y subdíacono, habiendo abandonado el hábito y tomado un nombre supuesto, vino, hace muchos años á la provincia de México, y contrajo públicamente matrimonio. No denunciado el hecho, á mi entrada en la diócesis, fué descubierto despues por la confesion del culpable, las deposiciones de testigos, las demostraciones indudables de la profesion solemne y de las Ordenes Sagradas, y por la identificacion del personaje, que mandé á su Prelado. Ahora bien, si en estos casos ú otros semejantes, se observara lo prescrito por el Sr. Benedicto XIV, se causaria un grave detrimento á la utilidad pública y á la salud de los fieles, sobre todo á causa de los plazos de la primera, de la segunda y aun de la tercera instancia, plazos que las partes tienen que soportar de una manera inícua, hasta tal punto que, despues de la declaracion de nulidad, cuando no se contraiga otro matrimonio, se vive á lo ménos en la incontinencia, sin esperanza de alejar tan grave mal. Yo pido pues á la S. C. se sirva declarar que la Constitucion de Benedicto XIV no tiene lugar en los casos ciertos y notorios de nulidad, ó si existe alguna declaracion, me sea enviada en copia." Aparte de estas razones, el Ilmo. Sr. Garza, atenta la letra de la Bula, decía: *Sí*, dice la parte de aquella, *contra matrimonii validitatem sententia feratur, defensor (matrimonii) intra legitima témpora appellet adhœrens parti quæ pro validitate agebat; cum autem in judicio nemo unus sit, qui pro matrimonii validitate negotium insistat, vel si adsit, lata contra cum sententia, judicium deseruerit, ipse ex oficio ad superiorem judicem appellet.....nolentes omnino ut ullo, in casu matrimonii vinculum dissolutum censseatur, nisi duo judicata, vel resolutiones, aut sententiæ penitus similes et conformes, a quibus neque pars, neque defensor matrimonii crediderit appellandum, emanaverint. Quod si secus factum fuerit et novum initum matrimonium, nostræ voluntatis hujusmodi transgresores pœnis a nobis statutis submittantur.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Ahora bien, que esta disposicion no tiene lugar sino en el caso en que la nulidad es dudosa, lo insinúan los términos empleados por el Pontífice, al principio de su Bula: *Cum agitur coram ordinario controversia aliqua proponetur, in qua de matrimonii validitate dubitabitur..... defensor matrimonii partes omnes officii sui diligenter adimpleat.* La palabra *dubitabitur* muestra claramente, que el Papa no ha querido que la misma forma de juicio fuese empleada allí, donde la nulidad es evidente y notoria. En efecto, el derecho canónico prohibe las apelaciones en las cosas notorias, porque no pueden ser sino frívolas y no merecen que la justicia se ocupe de ellas. Lo mismo parece resultar de la práctica de la Sagrada Congregacion. Examinando las causas matrimoniales tratadas en su seno, se ve que en todas ellas domina, siquiera sea al principio, una duda grave ó ligera sobre la validez del matrimonio. De aquí se puede inferir con razon, que los juicios en que la nulidad del matrimonio es patente, son tramitables en una forma más expedita que la preceptuada por la bula." Con respecto á estas dudas leemos en la *Correspondencia de Roma*: "Aunque tales razones no sean para desatendidas, lo contrario es sin embargo más verdadero. Benedicto XIV emplea los términos más generales y no establece ninguna distincion entre los casos en que la nulidad es dudosa y aquellos en que es evidente: *nolentes ut ullo in casu matrimonii vinculum disolutum censeatur, nisi duo judicata vel resolutiones aut sententiæ penitus similes et conformes..... emanaverint.* Si el Pontífice emplea, por lo demás, el término: *dubitabitur*, no es para excluir los casos en que la nulidad es evidente, sino porque en todas las causas hay siempre, á lo ménos al principio, alguna duda sobre la validez ó nulidad, y el Pontífice habla de lo que sucede comunmente. Los cánones, que prohiben la apelacion en las cosas notorias, conciernen á las causas criminales; pero de ningun modo á las matrimoniales, respecto á las cuales debe reconocerse que su procedimiento ha sido reformado por la constitucion de Benedicto XIV. La notoriedad no hace que estas apelaciones sean frívolas, puesto que se debe proceder con toda cautela en materia tan grave, como la disolucion de un matrimonio. Esta pretendida notoriedad puede ser solo aparente é ilusoria. La práctica de la Sagrada Congregacion no permite pensar de otra manera. El tesoro de sus resoluciones contiene muchas causas que, sin la menor discrepancia, prueban que la forma de la Bula *Dei miseratione* ha sido constantemente observada, aun en los casos de nulidad evidente. (Ejemplos: Teatina, matrimonio 18 de Julio y 19 de Setiembre de 1761; Tridentina, nulidad de matrimonio, 22 de Junio de 1822). La nulidad era tan evidente en estos casos como en los mencionados en la pregunta del Ilmo. Obispo de Sonora. Por lo demás, la forma benedictina no puede ser menospreciada bajo pretesto de un juicio sumario, que no parece poder ser empleado, puesto que Benedicto XIV quiere que todas las causas, sin excepcion, de nulidad de matrimonio, sean tratadas en ese procedimiento, incompatible con los juicios sumarios. En la hipótesis de que las causas matrimoniales pudieran tratarse sumariamente, no habria por esto que alejarse de las disposiciones de la Bula. Siendo los juicios sumarios más ocasionados á error, se debería proceder con toda la madurez exigida en cuestiones tan graves. (1)."

Si á esto se añade que, sin excepcion enseñan todos los canonistas que la nulidad, consistente en fuerza ó miedo, solo puede ser reclamada por los cónyuges, pues como dice Murillo, *et errore et metu cessantibus potest de novo in matrimonium conjux metum passus consentire*, lo cual hace no solo inútil sino hasta perniciosa la intervencion de personas estrañas (núm. 217), no podrá

(1) *Recueil des Allocutions, Bulles, Encycliques, Brefs et autres Actes du Saint-Siege Apostolique, Decrets des Sacrees Congregations Romains*, etc., etc., etc. (années 1848, 1849 et 1850.)

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

quedar ni la menor duda sobre lo inesacto que es declarar *inexistente*, segun el Derecho Canónico, el matrimonio viciado por fuerza ó miedo (1).

234. Estos mismos principios han inspirado las disposiciones relativas del Código de D. Alfonso, *el Sábio*. "E non tan solamente, dice una ley, embargan el casamiento, que se non faga, todas estas cosas sobredichas; mas si fuere fecho, se puede departir por qualquier dellas: *fueras ende, si despues le plugo iesse del casamiento, a aquel que ouiesse recibido la fuerza; ó el miedo, é lo otorgasse,*" sobre cuyas palabras dice la glosa: *Hoc non tantum procedit,* (renovacion del consentimiento), *si constaret de consensu expresso, sed etiam si de tacito, ut quia cohabitabit cum viro, cúm fugere potuisset, vel si consensit in copulam..... non ergo oportet, ut de novo contrahat, sed matrimonium convalescit ex spontanea cohabitatione.....*(2). Lo mismo debe decirse del antiguo derecho francés (núm. 217).

En consecuencia, segun el derecho canónico y sus concordantes, el vicio de violencia ó miedo importa una nulidad relativa, solo proponible por el cónyuge violentado y susceptible de ser cubierta por la ratificacion tácita, consistente en la cohabitacion posterior voluntaria ó por la ratificacion expresa, que se manifiesta por la renovacion clara é indudable de el consentimiento.

235. El Código de Napoleon no se ha separado,e n lo sustancial, de estos precedentes. El art. 180 ya citado (núm. 227.) reconoce tambien que la nulidad proveniente de fuerza ó miedo, es solo relativa. Portalis da la razon: Algunos estraños, dice, pueden haber sido testigos de procedimientos exteriores, de los cuales se deducirá con verdad que ha habido violencia ó coaccion; pero ellos no pueden jamás apreciar la impresion continua ó

(1) Murillo. tom. 2, lib. 4, tít. 18.
(2) *Partida* 4ª., tit. 2, l. 15.

pasajera, que ha sido ó no, producida por tales actos. ¿Quien es aquel que tendria el derecho de sostener, que yo no he sido libre, cuando apesar de las apariencias, aseguro haberlo sido? En un negocio tan personal, ¿no sería superior mi testimonio á cualquier otro? (1)" Podria responderse, sí, cuando el interés del esposo violentado es el único en cuestion; pero ¿porqué, si hay estraños interesados, no se les permitiría atacar el matrimonio? La verdadera razon, dice Laurent, está en que la sociedad no tiene nigun interés en que se anule un matrimonio por vicio de consentimiento (2). Como decía Berardi: *distiguendum est inter causas illas, quæ jure probantur beneficio conjugum,..... atque inter causas illas, in quibus publica res versatur* (núm. 217). La sociedad, al contrario, tiene interés en que el matrimonio no sea anulado, porque la anulacion es, en último análisis, una causa de perturbacion en el seno de las familias.

236. ¿Esta nulidad puede cubrirse? El art. 181 responde que la demanda debe ser rechazada, siempre que ha habido cohabitacion continuada durante seis meses, á contar desde que el esposo ha recobrado su plena libertad (núm. 230 en la nota, núm. 1). Hé ahí la ratificacion tácita, para la cual son necesarias cuatro condiciones igualmente principales: *cohabitacion, continuada, durante seis meses* y *á contar desde que el esposo ha adquirido su plena libertad*. De aquí infieren los autores: 1º Si los esposos no han vivido juntos, si se han separado, la demanda de nulidad es aceptable, aun despues de seis meses; no hay ratificacion tácita, la cual se presume, con presuncion *juris et de jure*, por el hecho de la cohabitacion; 2º Si la cohabitacion se ha interrumpido por un tiempo y por un motivo tales, que en opinion del juez, no deba presumirse de semejante cohabita-

(1) Portalis, *Esposé des motifs*, num. 42.
(2) Laurent, tom. 2, num. 448.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cion, así interrumpida, la renuncia del cónyuge agraviado á la accion de nulidad, la ratificacion tácita no existe tampoco. Duranton explica esta exigencia del Código francés, diciendo: "La cohabitacion de un dia ó dos, pero *no continuada* durante un cierto tiempo, ha parecido no ser sino una consecuencia del matrimonio (1)," por consiguiente, un hecho tan incierto, requería el aditamento de alguna circunstancia, que, como la continuacion, diese á conocer mas claramente la voluntad y designios del esposo, víctima de la violencia. 3° Si la cohabitacion, aunque diaria, solo ha durado tres ó cuatro meses, ó si se quiere, cinco meses y veintinueve dias, igualmente no hay ratificacion tácita, aunque la voluntad haya sido de lo mas entera y resuelta, en revalidar el matrimonio. Locré nos refiere los diversos matices de la discusion sobre este punto en el Consejo de Estado: El ministro de justicia y Rœderer querían que una cohabitacion cualquiera, *aun de un dia*, á partir de la cesacion de la violencia, fuese bastante. Tronchet combatió esta proposicion, diciendo, que el matrimonio es un compromiso tan grave, que se hace necesario dar tiempo á la reflexion y que, es frecuentemente muy difícil determinar, de una manera precisa, en qué momento cesa la violencia, por lo cual indica el plazo de seis meses. El primer cónsul propuso un año y su opinion fué aceptada. Mas tarde el Tribunado, encontrando que el plazo de un año era demasiado largo, aceptó el de seis meses (2). 4° Si aun mayor tiempo que el fijado trascurre desde el matrimonio, pero persistiendo todavía la violencia, es tambien imposible la ratificacion tácita. La razon es el conocido adagio: *contra non valentem agere, non currit præscriptio.* La jurisprudencia está de acuerdo en que, si la demanda de nulidad se

(1) Duranton, tom. 1. num. 862.

(2) Locré, *Esprit du code Napoleon*, tom. 4, págs. 114, 115, 220 á 229.

presenta despues de seis meses, es al demandante á quien incumbe la prueba, no solo de la realidad de la violencia, sino de su continuacion hasta despues de ese tiempo, segun este otro no menos conocido aforismo: *incumbit onus probandi, ei qui dicit* (1) "El esposo demandante en nulidad, dice Demolombe, no afirma solamente que ha habido violencia, sino tambien que estos vicios han durado, aun despues de la celebracion del matrimonio; ahora bien, es al que afirma, á quien corresponde probar. Por otra parte, estos hechos son personales al demandante. Añádase, en fin, que el otro cónyuge, que negará probablemente siempre, que haya alguna vez habido ninguna especie de violencia, no podría probar la época en la cual ésta ha cesado (2)." Laurent es de otra opinion: La prescripcion, dice, es una excepcion que el demandado opone al demandante; luego á aquel toca probrar que este no está ya en el plazo legal. Tal regla debe recibir su aplicacion en la especie, puesto que la ley no la deroga (3).

237. Se ha preguntado, si conforme á esta legislacion, es aceptable, como ratificacion tácita, algun otro hecho, que no sea la cohabitacion continuada, durante seis meses. Duranton enseña que la preñez de la mujer, unida á otros hechos caracteristicos, importa una aprobacion voluntaria del matrimonio nulo (4). Lo contrario es sostenido por la mayoría de los autores y parece desprenderse de la discusion en el Consejo de Estado. En él sabemos que el primer Cónsul dijo: "El indicio mas claro es la

(1) Cass. 26 juillet 1825; Besançon. 1er mars. 1827 (Sirey, 25, 1,370 y 27, 2. 141).

(2) Demolombe, tom. 3, num. 262.

(3) Laurent, tom. 2, num. 452.—*Contra;* Duranton, tom. 1. núm. 864; Marcadé, tom. 1, núm. 644. Massí y Vergé *sobre Zachariæ* tom. 1, § 127, nota 7; Cass. 20 Avril 1869 (Dev. 69, 1,303).

(4) Duranton, tom. 1, num. 866.—Demante, tom. 1, num. 263,, bis.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

procreacion de los hijos; sinembargo el marido puede sostener que no es el padre de aquellos; *luego la preñez no seministra sino una prueba incierta* (1)." Demolombe dice con este motivo: "Esta disposicion especial tiene por objeto alejar precisamente todas las dudas, que muchas otras circunstancias, más ó ménos equívocas, habrian podido suscitar y declararlas de antemano improcedentes. Así es que, por ejemplo, la preñez de la mujer y aun la superveniencia de un hijo no constituyen una ratificacion tácita del matrimonio. Esto es muy sábio. ¿La accion pertenece al marido? Hay que evitar entónces que la mujer pueda procurarse una excepcion por el adulterio. ¿Es la mujer quien tiene la accion de nulidad? Entónces es muy posible que no haya cedido sino á la violencia y á la intimidacion. En todo caso ¿qué probaría la preñez? unicamente la cohabitacion de los esposos; ahora bien, la ley exige además, que esta cohabitacion sea continua y durante seis meses (2).

238. Se ha preguntado tambien, si supuesto que el art. 181 no habla mas que de la ratificacion tácita, ¿no debe existir ratificacion expresa? Laurent se manifiesta sorprendido de que tal cuestion pueda proponerse. "Porqué, dice, la ley admite la la confirmacion tácita? Porque se trata de una nulidad relativa, porque el esposo puede renunciar á un derecho que no es establecido sino en su favor. La confirmacion es pues la aplicacion de un principio general. Ahora bien ¿qué es la confirmacion? Una manifestacion de voluntad. Y la voluntad ¿cómo se manifiesta? De una manera expresa ó tácita. El legislador rechaza á veces la voluntad tácita, porque su prueba es incierta y da lugar á dudas y á procesos. Pero jamás le sucede re-

(1) Locre, tom. 4, págs. 359 y 415.

(2) Demolombe, tom. 3, num. 263.—Laurent, tom. 2, num. 453.—Marcadé, tom. 1, num. 644, I.—Vazeille, tom. 1, nums. 260 y 261.

chazar la voluntad expresa, cuando admite la tácita. ¿Será necesario dar la razon? ¿Puede haber duda, cuando la voluntad es manifiesta en términos expresos? Sería preciso una disposicion formal en la ley, para que se pudiera admitir que deroga á principios tan elementales (1)." Mas se cuestiona todavía diciendo: ¿de qué hechos se debe deducir la ratificacion expresa? Duranton responde: "El matrimonio es una materia especial, que admite mas facilmente todo lo que puede rehabilitar el consentimiento, todo lo que puede cubrir sus vicios, cuando, por otra parte, el órden público no está interesado en su anulacion. En consecuencia todo acto, que signifique una aprobacion evidente y consentida en una época en que el esposo había recobrado su plena libertad, *aun una simple carta*, produciría una excepcion contra la accion en nulidad. Habria igualmente aprobacion expresa, si el marido, teniendo la accion en nulidad, hubiera autorizado á su mujer á contratar ó á comparecer en juicio (2)" Marcadé se opone á esta interpretacion, que considera basada sobre un supuesto dudoso. "En efecto, dice, un mes despues de haber cesado la violencia, se encuentra que es urgente para mi mujer verificar tal contrato ó intentar tal accion; yo me apresuro, para no dañar á sus intereses, á darle la autorizacion, sin la cual nada puede hacer ella. ¿Qué concluir de esto? El hecho prueba perfectamente, que yo se que hay matrimonio entre nosotros; pero no, que tenga la intencion de dejarlo subsistir siempre. Este hecho no impide que yo reflexione intentar una accion tan grave, como la de anulacion de este matrimonio y para la cual la ley me concede todavía cinco meses

(1) Laurent, tom. 2, num. 453.—Marcadé, tom. 1, num, 645. II.—Demolombe, tom. 3, num. 254.—Demante, tom. 1, num, 263, bis

(2) Duranton, tom. 1, num. 870.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de reflexion (1)." Demolombe se coloca entre uno y otro estremo y enseña que la autorizacion otorgada por el marido importa una ratificacion segun los casos, segun la urgencia más ó ménos grande, que no hubiera permitido recurrir á la justicia para tal autorizacion, y sobre todo, según los términos en los cuales estubiese ella concebida (2). Es tambien la opinion de Dalloz (3).

239. Nuestra legislacion nacional es igual á las anteriores, por lo qne hace á considerar tambien, como solamente *relativa*, esta nulidad. Así es que, nuestros vários códigos otorgan la accion exclusivamente al cónyuge violentado. Por la misma razon esta nulidad es susceptible de ratificacion. Pero ¿en qué consiste ésta? Es aquí donde nuestra legislacion se separa radicalmente de todo lo que hemos visto. En efecto nuestros códigos (Veracruz, art. 255; E. de México, art. 210; Tlaxcala, art. 135; Distrito Federal de 1870, art. 290 y el mismo actual, art. 267) parecen no aceptar otra forma de ratificacion que el trascurso de determinado tiempo. Nada importa pues que las violencias que acompañaron al matrimonio en su celebracion, hayan persistido y continuado aun despues de él; el tiempo ha trascurrido en la medida fijada por la ley, y esto basta para que haya revalidacion. Esto es tan grave que, aun cuando la violencia primitiva haya cesado, el simple trascurso de tiempo, sin que el esposo agraviado ejercite la accion de nulidad, no es suficiente para creer con razon, que ha renunciado á ella, pues, nada es más posible ni natural, que el que la falta de ejercicio provenga de la impresion producida por la violencia y del miedo de revivirla y agravarla. Por esto, desde el derecho canónico, que es la legislacion típica sobre estas materias, se había exigido, á más del lapso de tiempo, un hecho que como la cohabitacion, indicase que los esposos se habían resuelto, en la efusion de su mutuo amor conyugal, á hacer á un lado los vicios originales de su enlace, cubriéndolos con una íntima y cordial revalidacion. El mismo derecho canónico ha sido tan profundo y previsor en este punto, que no contento con prescribir el hecho de la cohabitacion, exigió que ella fuese perfectamente voluntaria, de tal manera que se viese en la conducta del cónyuge, víctima de la violencia, algo más que lo que pudiera tenerse por natural y necesaria consecuencia de la union de dos seres de distinto sexo bajo un mismo techo, es á saber, el amor y la voluntad decidida de cubrir los agravios y las violencias anteriores. Por esto, el Código de Napoleon, frecuentemente ménos infiel que los nuestros á las inmortales é inmejorables tradiciones de ese derecho, que tanto ilustraron los Sanchez, los Tomás de Aquino, los Berardi, los Murillo y tantos otros, exige para la rehabilitacion del matrimonio nulo, que, además de la coahabitacion, esta sea continuada durante un cierto tiempo. Es que semejante hecho será tanto mas voluntario entre los esposos, cuanto mayor sea su duracion y menores sus interrupciones.

(1) Marcadé, tom. 1. num. 645. II.
(2) Demolombe, tom. 3, num. 265.
(3) Dalloz "Mariage, num. 464.

240. Nuestros mismos códigos, en los artículos citados, exigen el trascurso de igual cantidad de tiempo, para que á su término sin que el cónyuge agraviado haya reclamado la nulidad del matrimonio, se considere éste revalidado y por consiguiente inatacable: dos meses ó sesenta dias. Pero ¿desde cuándo han de empezar á contarse? El simple buen sentido, independientemente de toda nocion jurídica, aconseja que para ese cálculo, de cuya solucion vá á depender la nulidad ó validez del acto más trascendental de la vida, se tome, como punto necesario de partida, el momento en que la violencia haya cesado. De no ser así, medítese lo irrisorio é inútil del señalamiento de un plazo, con solo considerar, que si ántes del matrimonio fué posible la

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

violencia en contra de uno de los futuros esposos, nada es más fácil y seguro que esa misma violencia, alentada por la impunidad, se repita en lo íntimo y secreto del hogar. El principio, pues: *contra non valentem non currit præscriptio*, aplicado á este punto, resulta obvio y natural. Sin embargo, pormenor tan sencillo no ha sido establecido del mismo modo por nuestra varia legislacion. Los Códigos de Veracruz, Estado de México y Tlaxcala (arts. cits.) previenen que el plazo para la prescripcion de la accion, empieze á contarse desde que la violencia haya cesado; pero los dos del Distrito Federal ¡cosa extraña! ordenan que los sesenta dias sean *contados desde la fecha del matrimonio*. Supóngase, pues, el matrimonio celebrado con los vicios de las violencias y amenazas más evidentes y horribles: él tendrá que ser válido, con solo que la víctima, impotente para exhalar fuera de la cárcel de su hogar la menor queja, llore en silencio su desventura, que la ley, solo atenta al lapso fatal del tiempo, no considera para nada la voluntad, que es sin embargo el alma del matrimonio. Esto es sencillamente absurdo y ocasionado á crímenes horribles; pero aparece mucho más cuando se vé que esos mismos códigos (arts. 1781 de el de 1870 y 1667 del actual), refiriéndose á los contratos en general, declaran que, si la nulidad procede de intimidacion, la accion para reclamarla prescribe á los seis meses, *contados desde el dia en que cesó la causa*. ¿Es decir que la nulidad del matrimonio importa ménos, en sus causas y funestas consecuencias, que la nulidad de cualquier contrato? Por otra parte, en caso de rapto, dicen esos mismos códigos (arts. 163, fraccion 7ª de el del Distrito Federal de 1870 y 159, fraccion id del actual) que el impedimento subsiste entre el raptor y la robada *miéntras esta no sea restituida á lugar seguro, donde libremente manifieste su voluntad*. Es decir que en este caso, los sesenta dias deberían empezar á contarse, desde el primer momento de libertad de la víctima del rapto. Pero este hecho es una especie del género *violencia; ¿cur tam, varie?*

241. Quinto caso: Pedro, víctima de error sobre las cualidades de Antonia, celebra con ella matrimonio. ¿Es éste válido? Verdaderamente no vamos á ocuparnos en este caso, sino para reducirlo á términos de mayor claridad en la práctica, para alejar toda duda y exponer algunas sentencias, tanto de tribunales eclesiásticos, como civiles, pues quien quiera mayores explicaciones sobre él, podrá encontrarlas en otro lugar de esta obra (1).

"Hay una razon de mucho fundamento, dice Golmayo, para sostener que el error en las cualidades no anula el matrimonio, y es porque las cualidades, por su naturaleza, son cosa vaga é incierta, que no puede reducirse á número ni medida; *verbi gratia*, una mujer más ó ménos hermosa, más ó ménos rica, noble, honesta, etc. La posecion de alguna de estas cualidades en grado más ó ménos alto parece que no es causa bastante para fijar el ánimo del sujeto; el derecho, además, no puede dar valor á estas consideraciones, que mira, como muy secundarias é indeterminadas, porque en tal caso habría lugar á la nulidad de casi todos los matrimonios por un concepto ú otro, diciendo los interesados que se habían engañado. Sobre todo, los contrayentes, pueden tomarse todo el tiempo necesario para enterarse de cuanto pueda interesarles en lo relativo á su union, procediendo con la prudencia y detenimiento que requiere un asunto de tanta importancia. Nada de esto tiene lugar cuando se trata del error acerca de la persona. Los doctores sostienen comunmente que el error acerca de la cualidad de la persona, anularia el matrimonio, si la calidad redundase en la sustancia (2)."

(1) Véase tom. 2º de esta obra, núms. 96 y siguientes.

(2) Golmayo. *Instituciones del Derecho Canónico*, tom. 2, pag. 11.—S. Alfonso de Ligorio, *Theologia moralis*, tract. 25, art. 2.—De Nicollis, *Praxis canon.* tom. 2. pág. 83.—Covarrubias, *De matrimonio*, pars. 2, cáp. 3, num. 4.—Gury, *Compend. theol. moral. Tract. de matrim.* pág. 208. nums. 1492 y 1493.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

242. Los tribunales eclesiásticos han hecho muchas aplicaciones de estos principios. Largo sería enumerar siquiera las más notables y por tanto nos limitamos á mencionar los siguientes ejemplos: *Vagus quidam*, dice Collet, *gallice* (aventurier), *cultiori vestitu, eleganti forma, ingenio lepori et amœnitatis pleno, jactitabat se ex illustri familia oriendum; et eo título frequens erat in domo viri nobilis, cui erat filia jam matura viro. Placuit utrique advena; unde et ei nuptias spoponderunt, si genus suum probaret. Protulit ille ficta testimonia et celebratæ sunt nuptiæ. Comperta postmodum nominis novi fallacia, quæsitum est an valeret matrimonium?* El matrimonio fué declarado valido, porque el error no había recaido sino sobre una cualidad de la persona.

243. La Sagrada Congregacion del Concilio dió una sentencia semejante en la siguiente causa: Casandra Lucri se casó en 28 de Noviembre de 1798 con Vincentius Venturi de Tarfa, que se hacía pasar por el hijo de Etienne de Valence. Descubierto el error, Casandra intentó accion de nulidad del matrimonio; y la S. C. decidió que habia lugar á examinar, si Casandra había querido casarse con el hijo de Etienne de Valence ó solamente con un hijo de buena familia; en el primer caso solamente, el error sobre la cualidad habría importado error sobre la persona; pero, como no se puede establecer que se habia tenido la intencion de casar con el hijo de Etienne, el matrimonio fué declarado valido por sentencia de 27 de Mayo de 1820 (1).

244. Segun estos precedentes y doctrinas ¿qué debe pensarse del caso en que, habiendo expresado la mujer que era *doncella*, resulta en cinta de otro hombre que aquel con quien se casa? La especie se ha presentado ante nuestros tribunales en el Estado de Sinaloa, juzgado de Mazatlan, á virtud de accion de

(1) E. Glasson, *obra citada*, págs. 74 y 75.—Carbonero y Sol, *obra citada*, tom. 1· págs. 658 y siguientes.

nulidad, intentada por el esposo engañado. Los considerandos de la sentencia pronunciada en 3 de Mayo de 1870 dicen así: 1.º Que el error en que se apoya la demanda afecta *esencialmente á la persona*, supuesto que una mujer que dice ser doncella y está embarazada, constituye una personalidad distinta á los ojos del otro contrayente; 2.º Que la cualidad en que consistió el yerro es de tal suerte importante, que, conocida por D. de L. hubiera destruido su consentimiento, y *donde falta el consentimiento*, ó se *presta erróneamente, no hay contrato*, porque los que yerran no consienten; 3.º Que si no se declarase en este caso la nulidad, *tampoco habría lugar al divorcio*, porque la falta de D.ª D. no constituiría un adulterio, supuesto que ha tenido lugar antes de celebrarse el matrimonio; y por lo mismo, dicha falta debe tener por consecuencia viciar el contrato *en que ha habido dolo* por una parte y error sobre *una cualidad esencial* por la otra; 4.º Que el objeto social y morigerador de las costumbres que se ha propuesto la ley, al oponerse al fácil rompimiento del vínculo matrimonial, no existe en el presente caso, supuesto que, atendida la grave falta que ha cometido D.ª D. existirá *perpetuamente* entre ella y D. D. de L. una repulsacion invencible que les impedirá vivir unidos, y *tener prole*..... Por tales fundamentos se declara el matrimonio *nulo* (1). Esta sentencia nos parece defectuosa en todas sus partes, bajo el punto de vista de la redaccion, lo mismo que de la doctrina que expone: Las frases subrayadas son errores crasos é imperdonables en cualquiera, que á lo menos haya hojeado los libros de la ciencia jurídica. ¿La honestidad es cualidad *esencial* en el sentido riguroso y filosófico de la palabra? Suponiéndola de lo mas importante para el matrimonio, como lo es sin duda ¿constituye la *persona mis-*

(1) *El Derecho*, tom. 5.º págs. 40 y 41.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ma, que no puede concebirse sin ella? ¿El *vicio* del consentimiento es igual á la *falta absoluta* del consentimiento? ¿Es decir que este matrimonio, donde segun el autor de la sentencia, *falta el consentimiento, no hay contrato*, es *inexistente* y esto, por error en las cualidades? ¿Lo que no es causa de divorcio, ¿ha de ser causa de nulidad? ¿Por qué no ocurrió al juez, que el engaño de la mujer podía á lo ménos ser una injuria grave? ¿Con qué *el dolo* es causa de nulidad del matrimonio? ¿Y la nulidad por error es *perpétua*, es decir, incompatible con la ratificacion? ¿Qué, no *puede haber prole* en un matrimonio semejante?

245. Sexto caso. Pedro, víctima de maniobras fraudulentas y engaños, se casa con Antonia. ¿Este matrimonio es nulo? Parecerá ocioso que nos ocupemos en el estudio de esta cuestion, que desde luego, juzgamos negativamente resuelta por muchas de las explicaciones que preceden, pues el dolo, ó induce á error sobre la persona, ó sobre las cualidades. Pero á hacerlo nos obliga una obra, en la cual se encuentran, con perdon de su ilustrado autor, muy erróneas opiniones en lo tocante al Derecho canónico, que pueden ser funestamente trascendentales á la materia civil. Segun Thibaut, todo *dolus causam dans*, aun cuando solo recaiga sobre la fortuna, autoriza á pedir la nulidad del matrimonio, en virtud dice este autor, de lo dispuesto en el Cánon 26. X *De sponsalibus et matrimonio* (1). Ahora bien, este cánon dice así: *Consequenter quæsiviste, cum quandam mulieren quidam aliter inducere nequivisset, ut sibi commisceretur carnaliter, nisi desponsasset eandem; nulla solemnitater adhibita, vel alicujus præsentia dixit illi: Te Joannes desponsat, cùm ipse Joannes non vocaretur, sed finxit se vocari Joannem, non credens esse conjugium, eo quod ipse non vocaretur hoc nomine, nec haberet propositum con-*

(3) Thibaut, *Pandectes*, § 405.

trahendi, sed copulans tantum exequendi carnalem: utrum inter prædictos sit matrimonium celebratum, cùm mulier consenserit in eundem, & ille dissenserit & dissentiat, nec aliud quicquam egerit, quàm superiùs est expressum, nisi quod cognoverit eandem? Super quo tibi respondemus, quòd cùm præsatus vir prædictam desponsaverit mulierem in propria persona, & sub nomine alieno, quo vocari tunc sé finxit, inter eos sit carnalis copula subsecuta: videtur forte pro conjugio præsumendum, nisi tu nobis expressé scripsisses, quod ille non proposuit, nec consensit illam ducere in uxorem; quod qualiter tibi constiterit, non videmus. Nos autem, quid juris sit rescribentés, dicimus, quód si res ita se habet, videlicet quód ille eam non proposuit ducere in uxorem, nec unquam consensit in prædictam personam, non debet ex illo facto conjugium judicari, cùm in eo nec substantia conjugalis contractus, nec forma contrahendi conjugium valeat inveniri; quoniam ex altera parte dolus solummodo assuit, desuit omnino consensus, sine quo cetera nequeunt fœdus perficere conjugale. Como se vé, este cánon no dice una palabra del dolo que recae sobre la fortuna, ocupándose, al contrario, de aquel por el cual una persona se hace pasar por otra, ó sea, del *error personæ* (1). "En el matrimonio, decía Loisel en su lenguaje pintoresco, se engaña quien puede (2)." ¿Qué es en efecto el dolo? ¿es acaso un vicio del consentimiento? De ninguna manera. Tal, como lo han presentado Marcadé y Demolombe, el dolo no es causa de una accion en nulidad sino 1 °. cuando haya sido la causa principal y eficiente del consentimiento; 2 °. cuando emana de la persona con la cual se ha celebrado el contrato. Reunidas estas dos condiciones, el contrato es anulable, en el sen-

(1) Can. 18. X. *De sponsal. et matrim.*—Can. 6. X. *De his quæ vi metusve.*—Sanchez, lib. 7, disp. 18, num. 18.

(2) Loisel, *Edition de Dupin et Laboulaye*, tom. 1, pág. 145.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEON ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tido de que, ó hay lugar á reparacion de daños y perjuicios ó á la rescision de lo convenido. Pero tratándose del matrimonio, en el cual no está en juego ningun interés pecuniario, pues su objeto es solo la persona misma, sería absurdo aplicar tales disposiciones.

Numero 2. De la nulidad por falta de consentimiento de los ascendientes.

246 En otro lugar hemos tratado ámpliamente de este impedimento para contraer matrimonio, que, á primera vista no parecerá á nadie tan necesario á la validez del acto, como el requisito de la voluntad mútua de los mismos contrayentes (1). La Iglesia católica siempre ha detestado los matrimonios contraídos por los hijos de familia sin anuencia de sus padres, como lo declara el Concilio Tridentino precisamente, al anatematizar á aquellos que, siguiendo á Calvino y otros sectarios, enseñan falsamente que tales enlaces son nulos y que los ascendientes pueden validarlos ó nulificarlos: *Matrimonia á filiis-familiâs sine consensu parentum contracta, sancta Dei Ecclesia semper detestata est, atque prohibuit ex justissimis causis..... Eos sancta Synodus anathemate damnat..... qui falso affirmant Matrimonia á filiis-familiâs sine consensu parentum contracta irrita esse, et parentes ea rata vel irrita facere possunt, nihilominus sancta Dei Ecclesia ect.* (2).

He aquí, segun las actas del Concilio, las razones que tubo para decretarlo así: El pretender anular los matrimonios con-

(1) Véase tom. 2º de esta obra, nums. 48 y sigts.

(2) *Concil. Trident*, Ses. 24, cap. 1.—Kemnitius, *Examen du concil. Trident.* tit. *de clandest. matrim.* 2ª part.

traídos por los hijos sin el consentimiento de los padres, es lo mismo que privar á los hijos de la libertad que han recibido de la naturaleza. Si la naturaleza los hace capaces del matrimonio, teniendo la mujer doce años y el varon catorce, indudablemente es contra el derecho natural dejar á la libertad de los padres retrasar el matrimonio de sus hijos hasta los diez y seis ó diez y ocho años. Un hijo que ha salido de su país, no puede obtener fácilmente el consentimiento de sus padres, y si no se le quiere casar, sin haber obtenido este consentimiento, se le expone á un peligro manifiesto de vivir en el desórden. S. Pablo interpreta la ley divina cuando dice: "Si alguno no puede guardar continencia, tome una esposa." El Apóstol no dice que tome esposa á tal ó cual edad, ó con consentimiento de los padres: dice, sin restriccion alguna, que tome esposa. Por consiguiente, no puede hacerse que dependa de cierta edad, ó del consentimiento de otro, un remedio dado por Dios contra la fragilidad humana, la cual es un mal que todos disimulan por vergüenza, y que nadie conoce mas que por sí mismo. ¿No podría suceder que los padres incurrieran en una negligencia culpable con respecto á sus hijos por el temor de que contrajeran un matrimonio deshonroso, temor que tiene en ellos mas imperio que el respeto á Dios y el afecto paterno? En la Sagrada Escritura leemos que el hombre debe dejar á su padre y á su madre para unirse á su mujer. El decreto que exige el consentimiento de los padres obliga al hijo, hasta cierta edad, á no separarse de su padre ni de su madre, para tomar esposa. Y este decreto daría á los padres el derecho de dejar que sus hijos se abrasaran durante aquel tiempo en el fuego de la concupiscencia. Los padres no tienen derecho alguno que ejercer en el uso de los Sacramentos, y así se prueba con el cánon *cum causa*, tít. *de Baptismo*. Los señores no pueden impedir que sus siervos se casen á su gusto, como se previene en el cá-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

non 1 *de conjug. serv.* (1). Bentham, desde su punto de vista material y utilitario, justifica, sin pretenderlo porsupuesto, esta disposicion del Tridentino: "¿De quién dependerá, dice, la eleccion de un esposo ó de una esposa? Esta cuestion presenta un absurdo aparente, si no real: como si semejante eleccion pudiera pertenecer á otro que á la parte interesada. Las leyes nunca hubieran debido confiar este poder á los padres, porque les faltan dos cosas esenciales para ejercerlo bien: los conocimientos necesarios para hacer una eleccion de una especie, y una voluntad dirigida al verdadero objeto de ella. El modo de ver y sentir de los padres y de los hijos no es lo mismo, ni ellos tienen el mismo interés. El amor es el móvil de la juventud: los viejos apenas hacen caso de él: los bienes en general merecen poca atencion á los hijos, y son lo que casi únicamente consideran los padres. Lo que quiere el hijo es ser feliz, y lo que el padre quiere es que lo parezca. El hijo puede querer sacrificar cualquier otro interés al del amor; pero el padre quiere que sacrifique este interés á otro muy diferente. Recibir en su familia un yerno ó una nuera que no le gusta, es ciertamente una cosa desagradable para un padre; pero ¿no es mucho mas cruel para los hijos que se les prive del esposo ó de la esposa que haría su felicilidad? Comparad las penas de una parte y otra: ¿hay igualdad en ellas? Comparad la duracion probable de la carrera del padre y del hijo, y ved si debereis sacrificar la que empieza á la que acaba. Esto es por el solo derecho de impedir: ¿qué sería si, con la máscara de padre, un tirano desapiadado pudiera abusar de la dulzura y de la timidez de su hija, para obligarla á unir su suerte á un esposo detestado? (2)."

(1) Dr. Carbonero y Sol. *obra citada*, tom. 1, cap. XXIV.

(2) Bentham, *Legislacion civil y penal*, tom. 3, sec. 5.

247. ¿Acaso el dogma Tridentino condena la legislacion y jurisprudencia observadas, al parecer en sentido contrario á aquel, en España y en Francia antiguamente? Por lo que hace á la primera, creemos haber demostrado la negativa en otro lugar de nuestra obra (1). El Emperador Cárlos V, en el decreto dado en Apsburgo en 1548, dice lo siguiente: "La potestad matrimonial no tiene efecto sobre la union que contraen los esposos, y por lo mismo no debe escucharse á los que quieran anular los matrimonios contraidos por los hijos de familia sin el consentimiento de sus padres. Nos en nada queremos disminuir el respeto que los hijos deben profesar á sus padres, pero tampoco queremos que éstos abusen de su autoridad, impidiendo y rompiendo sus matrimonios. Pero por lo mismo que nos parece bien que los hijos no se casen sin el consentimiento de sus padres, recomendamos á los Pastores que con frecuencia les recuerden este deber." Respecto á Francia, convencen de la misma verdad las siguientes respetabilísimas autoridades: Jerome Bignon, abogado general en el Parlamento de Paris, que redactó la Ordenanza de 1639, y cuya profunda erudicion hacía la admiracion de su siglo, reconoce que el decreto Tridentino no es de ninguna manera contrario á aquella. El autor de las Conferencias de Angers dice: "Los Parlamentos de Francia no han jamás pretendido, que fuese del resorte de la autoridad paterna, ni han querido nunca dar á los padres el derecho de anular los matrimonios de sus hijos, ni, en fin, han juzgado que, por derecho natural y divino, el consentimiento de aquellos fuese una condicion necesaria para la validez del matrimonio de éstos, condicion sin la cual sería nulo. Así es que, no tenemos en el reino ninguna Ordenanza vigente, que declare nulos ó no validamente contraidos los matrimonios de los hijos de familia, por falta del consentimiento de sus padres; nuestros

(1) Véase tom. 2 °. de ésta obra, num. 53.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Reyes se han contentado con establecer penas contra los hijos de familia, que contraxeran matrimonio, sin el consentimiento de sus padres, ó de sus tutores ó curadores (1)." Lamoignon, Abogado General, en el Alegato que hizo en la causa de matrimonio de Gentil Barbier y de María Deschamps, dice tambien, que no se veia que las Ordenanzas de los Reyes franceses declarasen nulos los matrimonios contraidos sin el consentimiento de los padres, no obstante las penas señaladas contra tales actos (2). Finalmente, son por todo extremo significativas las siguientes palabras de Merlin: "Nuestras leyes no dicen de una manera expresa que el matrimonio de los menores, sin el consentimiento de sus padres, no será validamente contraido (3)."

248. La doctrina del Tridentino fué reproducida por el Sr. Benedicto XIV en la Enciclica de 17 de Noviembre de 1741, encargándose en ella que cuidadosamente se examinase y averiguase la cualidad, grado, condicion y estado de las personas particularmente si son hijos de familia, cuyos padres justamente disintiesen; siendo muy propio del ministerio pastoral evitar toda ocasion y motivo de que los hijos faltasen á la debida obediencia de sus padres, de lo cual resultaban tantas ofensas á Dios y funestas consecuencias al honor y tranquilidad de las familias. El Catecismo de S. Pío V dice así: "Se ha de amonestar muy encarecidamente á los hijos de familia que honren á sus padres, y á aquellos bajo cuyo cargo y potestad están, no contrayendo matrimonio sin darles noticia, y mucho ménos contra su voluntad; porque en el Viejo Testamento se puede echar de ver que siempre fueron los hijos colocados en matrimonio por sus padres, y acerca de esto han de condescender

(1) *Conferences d'Angers*, tom. 1, Quaest. III.

(2) *Journal des Audiences*, tom. 5, lib. 7, chap. 11.—lib. 3, chap. 3. tom. id.—tom. 2, lib. 6.

(3) Merlin, *Repert.* § 5, art. 2. num. 2.

muy mucho con su voluntad, como lo dá á entender el Apóstol cuando dice: El que casa á su vírgen, hace bien; mas el que no la casa hace mejor."

249. La doctrina dogmática del Concilio Tridentino, en este punto, se reduce, pues, á declarar, no que sean buenos y loables los matrimonios de los menores, celebrados sin el consentimiento de sus padres, sino que no son nulos, en razon á que tal circunstancia no es ni puede ser esencial al acto, como extraña á los contrayentes, en cuyo solo consentimiento consiste el matrimonio. ¿Procedió de esta suerte aquel Concilio, es decir, la Asamblea más ilustre que han visto los siglos, por respetos humanos, ó porque así lo creyó justo y legítimo? Desde luego debemos declarar que el Concilio no hizo una innovacion, en el sentido riguroso de la palabra, sino una mera declaracion contra los errores de ciertos sectarios. La validez de los matrimonios, de que nos ocupamos, no era negada ántes, aunque sí, reconocida su inconveniencia y castigada con penas más ó ménos severas. Si abrimos el Fuero Juzgo, que es, como la luz de una época oscura y áspera, encontramos estas palabras: "Si alguno desposar la manceba de voluntad de su padre, é la manceba contra la voluntad de su padre quisiera casar con otro, é non con aquel á quien la prometió su padre, aquesto non lo sufrimos por nenguna manera que ella lo pueda facer..... etc. (1)." Esta disposicion, como se vé, aparte de que no declara la nulidad, se refiere solo á la hija, ya desposada, que se casare con otro, contra la voluntad de su padre. El Fuero Real dice: "Si la manceba en cabello casare sin consentimiento de su padre, é de su madre, non parta con sus hermanos en la buena del padre, ni de la madre, fueras ende, si el padre ó la madre la perdonasen (2)." El matrimo-

(1) *Fuero Juzgo*, lib. 3, tít. 2, l. 8ª.

(2) *Fuero Real*, lib. 3º, tít. 1,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nio es pues ilícito y como tal punible; pero no, nulo ó imposible. El Código de las Partidas dice: "é otrosi; cuando el padre quiere casar su hija é la dotase segund la riqueza que oviese, é segund que pertenesciesse á ella, si ella contra la voluntad del padre, dicesse que non queria casar, é despues desto ficiere vida de mala mujer..... poderla y á desheredar por tal razon (1)." Si de la legislacion civil pasamos á las declaraciones hechas en el seno de la misma Iglesia por sus doctores y órganos más autorizados, encontramos la misma verdad: precepto del consentimiento paterno bajo la sancion de una pena, pero no la de nulidad. El Concilio de Elvira, verificado en el año 305, prohibe bajo pena de excomunion á los padres casar á sus hijas con paganos, herejes ó judíos, no diciendo otro tanto de aquellas, lo que prueba, que si se estaba persuadido en la primitiva Iglesia de la necesidad y aun naturalidad del consentimiento paterno, ni la pena de excomunion, que era la única señalada, alcanzaba á los contrayentes. *Vírgines*, dice tambien solamente el Concilio de Toledo del año 589, *nec citra voluntatem parentum, vel suam maritos cogantur accipere* (2). El Concilio Arelatense IV en el año 541 declara *matrimonium contra voluntatem parentum, impie copulari;* nada pues tampoco de nulidad, porque luego se dice que tal matrimonio, *sicut est prohibitum, non admittatur* (3). Finalmente los Padres del Concilio de Colonia, en el año 1530, manifestando el deseo de que se renovara en un Concilio general el Canon *Aliter*, que Graciano atribuye al Papa Evaristo contra los matrimonios que los hijos contraen, á pesar de sus padres, se expresaban así: *Optamus ut Canon Evaristi Pontificis Concilio Generali renovetur, tollanturque*

(1) *Partida* 6ª tít. 7, l, 5ª.
(2) *Concil. Toletan*, an. 589, can 10.
(3) *Concil. Arelat*, an. 541, can. 22

illa clandestina Matrimonia quæ invitis parentibus et propinquis, Veneris potius quàm Dei causa, contrahuntur, interea vero donec Ecclesia de hoc prospiciat, si non irrita, prohibita saltem sint, et pœnæ canonicæ, id est, excommunicationi contrahentes et qui his ope et concilio adsuerint, subjacent (1). Las palabras, *si non irrita, prohibita saltem sint, et pœnæ canonicæ..... subjacent*, ¿pueden dejar alguna duda sobre la validez de estos matrimonios, como doctrina recibida universalmente ántes del Decreto Tridentino? Podría citarse, como argumento en contra, que el Papa Evaristo, en su Epístola á los obispos africanos, afirma que no es matrimonio legítimo el contraido sin consentimiento de los padres, y que á tales enlaces los llama: *adulteria, stupra, et fornicationes.* Billuart contesta satisfactoriamente á esta objecion en los siguientes términos: *Evaristus ibidem præter consensum plura alia requirit ad legitimum Matrimonium, ut quod puella dotetur, quod a Paranymphis custodita et sociata offeratur, quod Matrimonium benedicatur a Sacerdote cum precibus et oblationibus, et quod conjungendi viduo vel triduo orationi vacent, et castitatem servent; atque aliter contracta matrimonia dicit pariter esse illegitima; et vocat adulteria, fornicationes, etc. Quis tamen dicat, matrimonia absquè his omnibus circumstantiis inita esse illegitima, fornicationes et adulteria? Palàm est ergo, Evaristum vocare hæ matrimonia illegitima, non quia sunt invalida, sed quia non contrahuntur secundum leges: vocat autèm adulteria, fornicationes, etc. secundùm quamdum exagerationem, quia sunt illicita et prohibita, manifestum est enim non esse adulteria. Habent tamen speciem fornicationis et adulterii; quia furtive fiunt, et meretricio magis, quam maritali affectu susci-*

(1) *Concil. Coloniens*, an. 1530, Tit. *De administrat. Sacramentor.* cap. 43.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

piuntur. Unde Pontifex pauiò post vocat ea mala illicita; non præcipit tamen ea dissolvi, sed puniri, (1).

La misma discusion habida en el Concilio de Trento sobre este punto demuestra que no era una novedad lo que se trataba de definir, pues, aun en el concepto de aquellos Padres, que opinaban sobre la nulidad del matrimonio, contraído sin el consentimiento de los ascendientes, se podia recurrir, en caso de discenso irracional de estos, al consentimiento de la autoridad. "*De filiis familias ita variatum est*, dice el Cardenal Palavicini, *ut marium conjugium absque consensu parentu esset irritum ante annum vigesimum fœminarun vero ante decimum octavum completum, nisi ubi parentes rogati ipsorum consensum ad nuptias honeste expetitas a filiis, inique juditio præsulis dissentirent, filiis vero, obtenta á præsule facultate, matrimonium contraherent.* Se vé pues que en aquella sazon, ya el magistrado entendia, sobre si era ó no razonable el disenso del padre; y esto lo reconoce el Concilio, y ciertamente no lo desaprueba. El Cardenal de Lorena opinaba que debían ser declarados nulos los matrimonios verificados por los menores sin el parecer de sus padres, usando, como de principal argumento, que en la antigua ley los patriarcas casaban á sus hijos. Contestó á éste el Cardenal Madrucio, diciendo que el patriarca, en la ley bíblica, era á la vez padre, rey y sacerdote y que en la misma, se ven casos de hijos casados sin saberlo sus padres, y con la bendicion de Dios. *Causas*, decía, *á se non conspicitur Ecclesia post continuam tot sæculorum consuetudinem, ad rem adeo novam aducenda esset: corruptelas potius reparandas.* Del mismo sentir fué el gran jesuita Lainez, llegando hasta decir, con santa libertad, que dudaba tuviese facultad la Iglesia para establecer las novedades que se proponían; el matrimonio era Sacramento, y había sido concedido al hombre, para que en él

(1) Billuart, *obra citada, Tract, de matrim*, art. 6 °.

viviese castamente, si fuera de él había de vivir en incontinencia; y que cada cual por sí solo é independientemente de los demás, estaba obligado á mirar por la salud de su alma (1).

250. El Código de Napoleon ha inagurado pues una jurisprudencia contraria en los artículos siguientes: 182. "El matrimonio contraído, sin el consentimiento de los padres, de los ascendientes ó del consejo de familia, en los casos en que era necesario, no puede ser atacado sino por aquellos cuyo consentimiento era requerido, ó por aquel de los dos esposos que tenía necesidad de tal consentimiento." 183. "La accion de nulidad no puede ser intentada ni por los esposos ni por los padres, cuyo consentimiento era requerido, siempre que el matrimonio haya sido aprobado expresa ó tácitamente por aquellos cuyo consentimiento era necesario, ó cuando ha trascurrido un año sin reclamacion de su parte, desde que tubieron conocimiento del matrimonio. Tampoco puede ser intentada dicha accion por los esposos, cuando ha trascurrido un año sin reclamacion de su parte, desde que han tocado la edad competente para consentir por sí mismos en el matrimonio." ¿Por qué esta uulidad es *relativa?* Portalis responde: "Los ascendientes vengan su propia injuria, intentando esta accion; hacen mas, cumplen un deber. La ley requería su intervencion en el matrimonio por la utilidad misma de los esposos. Ellos satisfacen al voto de la ley, responden á su confianza, procurando reparar, por la vía de la nulidad, el mal que no han podido prevenir por los caminos mas dulces de una tierna vigilancia." Pero ¿por qué dar tambien accion de nulidad á los hijos, que han olvidado el respeto y obediencia que deben á los autores de sus dias contra la regla: *Nemo ex delicto suo actionem consequi debet?* El mismo Porta-

(1) *Historia Concilii Tridentini* por el P. Sforza Pallavicino, tom. 4 °, lib. XXII, cap. 4, nums. 5, 6, 7, 8, 9.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

lis dá la razon, diciendo: "Hemos igualmente creido justo acordar á los hijos, á quienes el consentimiento de los padres era necesario, el derecho de hacer anular su propio matrimonio por la consideracion de la falta de ese consentimiento. En general es permitido á todos los que han contraído una obligacion nula y viciosa, reclamar contra ella, sobre todo cuando la han aceptado durante su menor edad. El interés de las partes es la medida de su accion; y si se reciben favorablemente las quejas de un menor, que pretende haber sido sorprendido en una convencion poco importante, se debe, con mayor justicia, acordarle el mismo favor, cuando pide ser restituido contra la enagenacion de todos sus bienes y de su persona (1).

251 ¿Esta nulidad puede cubrirse? Sí, por la aprobacion expresa ó tácita del matrimonio por parte de los ascendientes cuyo consentimiento era necesario, supuesto que esta nulidad es de interés privado. Sobre la confirmacion expresa ninguna duda puede surjir; pero ¿qué decir de la aprobacion tácita? La ley no la define; por consiguiente este punto es abandonado á la aprobacion del juez. En el antiguo derecho y por sentencia del mes de Diciembre de 1672, un padre fué rechazado, al pretender atacar el matrimonio de su hijo, que se habia casado sin el consentimiento de aquel, porque había sido padrino de un hijo nacido de ese matrimonio (2). Vigente ya el código, la corte de Tréves ha dado la misma decision en un caso en que el padre había asistido á el acta de nacimiento. Dalloz dice igualmente que habría ratificacion tácita, si el padre hubiera recibido en su casa al yerno ó á la nuera, los hubiera tratado como hijos y les diese este nombre, en su familia, en la

(1) Portalis, *Expos.*—Pothier, num. 446.

(2) Pothier, num. 446—*Journal des Audiences*, tom. 1, lib. 11, cap. 21.

sociedad ó en cartas que les hubiese escrito (1). Hay tambien, segun el art. 183, aprobacion tácita, cuando ha trascurrido un año sin reclamacion de parte de aquellos cuyo consentimiento era necesario, á contar desde que han tenido conocimiento del matrimonio. "Dos condiciones, Dice Laurent, son prescritas para que la accion del ascendiente no sea ya aceptable: es necesario que él haya tenido conocimiento del matrimonio posteriormente á la celebracion que se hizo sin su consentimiento, y que despues haya guardado silencio durante un año. No basta, pues, para rechazar la accion del ascendiente, oponerle que ha guardado silencio durante un año, aun durante años, sino que es necesario establecer que él ha tenido conocimiento del matrimonio á lo ménos durante un año despues de su celebracion (2)." La confirmacion tácita del matrimonio, contraído sin consentimiento de los padres, puede tambien proceder del hijo, cuando ha trascurrido un año sin reclamacion de su parte, á contar desde que ha tocado la edad competente para consentir por sí mismo en el matrimonio.

252. Con respecto á la ratificacion expresa de parte del hijo, los autores están de acuerdo en que es tambien legal y así está enseñado desde el antiguo derecho (3). ¿Qué decir de la ratificacion tácita? ¿existe otra que la consitente en el silencio guardado por el hijo durante un año, á contar desde que cumplió la edad necesaria para el matrimonio? Hay sobre esto la mayor discordancia entre los comentadores. Unos, como Delvincourt (4) Toullier (5), Vazeille (6) y Aubry y Rau (7) sostienen

(1) Dalloz, "Mariage," num. 492.
(2) Laurent, tom. 2, num. 461.
(3) Pothier, num. 446.—Marcadé, tom. 1, num. 653, III.—Demolombe, tom. 3, num. 287.—Laurent, tom. 2, num. 465.
(4) Delvincourt, tom. 1, pág. 74.
(5) Toullier, tom. 1, num. 616.
(6) Vazeille, tom. 1, num. 271.
(7) Aubry y Rau *sobre Zacharías* tom. 4, pág. 11.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

que, así como la execucion voluntaria de cualquiera convencion importa su ratificacion, la cohabitacion de los esposos, que es la execucion del contrato de matrimonio, equivale á la renuncia tácita de la accion de nulidad. ¿No sería deplorable, se dice, que despues de diez meses y aun mas de vida comun, ó despues del nacimiento de un hijo, pudiera el esposo venir todavía á proponer esta nulidad? Demolombe, aunque de opinion contraria, declara con Allemand (1) y Demante (2), que no se sorprendería de que, en efecto, dadas ciertas circunstancias favorables, fuese considerada la cohabitacion como ratificacion tácita (3). Duranton, despues de haber establecido que el Código no admite sino un caso de confirmacion tácita, añade por vía de reserva que, en la insuficiencia de la ley sobre este punto, las decisiones de los tribunales no serían probablemente censuradas por la superioridad (4). Otros, como Marcadé y Laurent (5), sostienen no solo que, tratándose de los menores de edad, el Código no acepta sino la ratificacion tácita expresada por el art. 183, pero tambien que hay sobrada razon para que así sea. En efecto, dicen, y es la hipótesis mas ordinaria, la cohabitacion es una consecuencia natural del matrimonio, á tal punto que no se debe ver siempre en ella una ratificacion suficiente. Además en el caso particular de que se trata, casi siempre habría la ratificacion que se pretende, pues estas especies de matrimonios, contraídos por menores de edad sin el consentimiento de su familia; como el resultado de la seduccion, de la inexperiencia y de la pasion de los sentidos, las mas veces, son seguidos de la mas íntima y estrecha union de los esposos. ¿No

(1) Allemand, tom. 1, num. 593.
(2) Demante, tom. 1, num. 265 bis, VII y VIII.
(3) Demolombe, tom. 3, num. 288.
(4) Duranton, tom. 2, num. 312.
(5) Marcade, tom. 1, num 653, III.—Laurent, tom. 2, num. 465.

podría ser esta la razon por la que el Código ha concedido al esposo menor el plazo de un año, para que puesto aparte como hecho indiferente el de la cohabitacion, reflexionase y manifestase con madurez su voluntad?

253. Nuestra legislacion nacional no es uniforme sobre este punto. El Código del Estado de México, fiel á las prescripciones canónicas, declara (art. 124) que los hijos de ambos sexos, que no hayan cumplido cierta edad, no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento de los ascendientes; pero la falta de este requisito no es causa de nulidad sino solo de ilicitud del acto (arts. 205 y 223, inciso 2). El Código del Estado de Veracruz sí reconoce, como causa de nulidad, la falta de consentimiento de los ascendientes, declarando (art. 253) que la accion solo puede deducirse por el cónyuge menor dentro de su menoría y quince dias despues de haber cumplido veintiun años, ó por el ascendiente á quien tocaba prestar el consentimiento. La causa de nulidad cesa: 1º Cuando ha pasado ese término sin que aquella se haya pedido; 2º Cuando aun durante él, el ascendiente ha consentido expresa ó tácitamente en el matrimonio, como dotando á la hija ó haciendo donacion al hijo para el matrimonio, ó recibiendo á los consortes para vivir en su casa, ó presentando la prole como legítima al Registro Civil, ó practicando otros actos que, á juicio de juez, sean tan claros como estos.

El Código de Tlaxcala (arts. 133 y 134.) no dá esta accion de nulidad sino al ascendiente á quien tocaba prestar el consentimiento para el matrimonio, y dentro de quince dias contados desde él en que tuvo conocimiento del acto. Cesa la nulidad: 1º por el lapso de este tiempo, sin haberla pedido: 2º cuando aun durante este término el ascendiente ha consentido expresa ó tácitamente en el matrimonio.

El Código del Distrito Federal de 1870 prescribe (arts. 282 y 283.) lo mismo que el anterior, con la diferencia de que,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

en vez de quince dias, el plazo es de treinta. En el propio sentido están redactados los arts. 259 y 260 del código que comentamos. Aparte de lo expuesto con motivo de los arts. 182 y 183 del código francés, varias son las cuestiones que pueden ocurrir en virtud de los artículos que preceden.

254. Supuesto que el código de Veracruz concede la accion de nulidad que nos ocupa, no solo á los ascendientes cuyo consentimiento era necesario para el matrimonio del menor, sino tambien á éste, se pregunta: ¿puede el esposo menor intentar la accion de nulidad que le concede la ley, aun despues de ratificado el matrimonio expresa ó tácitamente por el ascendiente? Vinnio, aunque reconociendo que el matrimonio del menor se hace válido, segun el derecho romano, por la ratificacion del padre, sostiene que ella no es de efecto retroactivo, pues el consentimiento del *pater-familias* debía necesariamente preceder ó á lo ménos acompañar al matrimonio. "*Nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio suadet, in tantum ut jussus parentis præcedere debeat; adeo consensus aut potius assensus parentis in nuptiis filiorum-familias necessarius est, ut etiam præcedere debeat, neque ratihabitione patris retro legitimæ fiant, nimirum cum ratihabitio in iis tantum locum habet, quæ non statim ipso jure nullæ sunt, sed aliquo modo consistunt aut pendent* (1). Luego, conforme á esta doctrina, el menor podia todavía anular su matrimonio, verificado sin el consentimiento de su padre, aun despues de confirmado el acto por éste. Fácil es percibir la horrible inmoralidad de la ley, que diera semejante facultad al hijo. Huber no acepta tal interpretacion, diciendo: *ratio est quod ratihabitio fit ejus naturæ, ut ad principium cujusque actus retrotrahatur, eique inde ab initio qualitatem suam imprimat, adeoque retro recurrat. Nam ratihabitio est subsecutus*

(1) Vinnio, *De nuptiis.*

consensus, et præcendentem defectum supplet. Quid causæ igitur est, cur in nuptiis, quæ maxime consensu perficiuntur, non sit idem statuendum? Cum et status liberarum favorabilis accedat, quem incesti macula Divi Fratres liberarunt. Adde similitudinem in legitimatione per subsequens matrimonium. Cur liberi ex concubina justi non sunt? Quia titulus nuptiarum deficit: cur nuptiis secutis fiunt legitime? Quia defectus illius per supplementum retrotrahitur, ac si matrimonium semper fuiset etc. (1). Heinecio es de la misma opinion (2), que sin duda alguna es la más conforme á la razon y los principios que dominan esta materia. "Si el esposo era menor, dice Duranton, y por consiguiente incapaz, lo era porque no tenía, al contratar, el consentimiento de sus padres; pero dándolo éstos ahora, la ratificacion dada despues equivale al consentimiento, luego el matrimonio debe ser valido y considerado, como perfecto *ab initio*, no pudiendo ya el esposo atacarlo (3)."

255. Supuesta la prescripcion del mismo código, ¿la ratificacion del hijo impide la accion de nulidad del ascendiente? Vazeille dice que la aprobacion de los esposos no hace nacer excepcion sino contra ellos mismos, y no contra los padres, cuyo poder han menospreciado (4). La opinion contraria es más generalmente seguida por las siguientes razones: 1ª los padres no pueden ratificar el matrimonio, sino en tanto que el hijo depende de ellos; 2ª el esposo no puede ratificar, sino despues de haber tocado la edad competente para consentir por sí mismo en el matrimonio; ahora bien, en esta época, los ascendientes

(1) Huber, *Prælectiones juris civilis*, tom. 1, lib. 1, tit. 10, num. 10.

(2) *Heineio, Elementa juris*, lib. 1, tit. 10, § 150.

(3) Duranton, tom. 1, num. 887.—Laurent, tom. 2, num. 462.

(4) Vazeille, tom. 1, num. 264.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

no tienen ya accion en nulidad. En otros términos: cuando la ratificacion de los ascendientes puede ser dada, la accion de nulidad pertenece todavía necesariamente al hijo; al contrario, cuando la ratificacion del hijo puede ser dada, la accion de nulidad no pertenece ya necesariamente á los ascendientes (1).

256. Finalmente, el mismo Código de Veracruz guarda un silencio inexplicable sobre un punto de la mayor importancia: ¿desde cuándo empieza á contarse el plazo que tiene el ascendiente para intentar la accion de nulidad? Como hemos visto, el Código francés, lo mismo que el de Tlaxcala y los dos del Distrito Federal expresan lo que es muy natural, que ese plazo debe contarse desde que el ascendiente *tuvo conocimiento del matrimonio*. Supóngase el caso de un matrimonio celebrado por un menor, durante la ausencia de su padre, ó si se quiere, con dispensa de publicaciones; pero, en uno y en otro, sin el consentimiento paterno. ¿Hay aquí esa falta de respeto, ese peligro de desacierto, que la ley ha querido remediar con la accion de nulidad? Y sin embargo, si el desobediente é irrespetuoso hijo cumple los veintiun años y quince dias mas, sin que el ausente ignorante padre intente la nulidad, el matrimonio se tiene por ratificado. Pero ¿por quién? Por quien, quizá, á haber tenido noticia de su celebracion, se habría apresurado á ejercitar los derechos que la ley otorga Esto es injusto.

Numero 3. De la impotencia.

257. Si doctas plumas han temblado ante la presente materia, tan llena de escollos y peligros, nada extraño parecerá que obligados nosotros á cumplir el programa que nos hemos impuesto, no retrocedamos, pero á condicion de que descarguemos

(1) Demolombe, tom. 3, num. 291.—*Contra:* Delvincourt. tom. 1, pag. 74.—Tulie, tom. 1, num. 618.

sobre otros la grave responsabilidad de explicar un asunto que por su naturaleza se relaciona con las pasiones más vehementes de ambos sexos y con los secretos íntimos del hogar. "El jurisconsulto, dice Merlin, que debe ser casto y puro como la ley, se encuentra embarazado, al tratar estas materias, que pueden despertar imágenes voluptuosas; pero, intérprete de esa misma ley, se obliga á hablar con tanta entereza como el legislador de los misterios de la naturaleza. No es sin duda, en un libro de jurisprudencia donde la imaginacion vendrá á buscar lo que puede inflamar los sentidos. Aquí todo está depurado por la justicia, que es á la vez el guía y el objeto de nuestras investigaciones. Las leyes civiles y la religion presiden juntas á la union del hombre y de la mujer: las primeras han hecho de ella un contrato; la segunda, un Sacramento. El instinto mas ciego y mas fogoso de la naturaleza se ha convertido de esta suerte, para la especie humana, en fuente de los deberes mas sagrados y de las mas estensas obligaciones. Algunos han pensado que la Religion Cristiana era la única y la primera que había impreso un carácter de santidad al matrimonio. Es un error: es la única, sin duda, que lo haya santificado realmente, puesto que es la sola, que tiene un orígen celeste; pero todas las otras han hecho intervenir tambien el cielo en este grande acto y por doquiera los dioses han sido tomados como testigos de la fé conyugal (1).

El matrimonio, pues, sopena de ser el juguete de los más peligrosos caprichos y de las más ciegas pasiones, necesita ser indisoluble como nuestra santa Religion lo considera y ha atravesado los siglos, á despecho de los reiterados esfuerzos de la lujuria y la impiedad para convertirlo en ocasion solo de fugaces y criminales placeres. Este concepto tan levantado y espi-

(1) Merlin, *Repert.* "Impuissance," num. 1.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ritual del matrimonio ¿será acaso incompatible con las leyes que aceptan la impotencia, como impedimento dirimente y como causa de nulidad? No lo creemos así, atentos la misma naturaleza del matrimonio, sus efectos ordinarios y sus santos fines. El *crescite et multiplicamini* de la Sagrada Escritura, que nos refiere esas palabras como pronunciadas por el Creador, apénas surgida á la luz del paraíso la primera mujer y como uno de los mandamientos más elementales para la union de los sexos, permite afirmar que la procreacion de los hijos, muy léjos de ser punto indiferente y secundario en órden al matrimonio, constituye uno de sus principales y más importantes fines, la real y verdadera realizacion de un acto, en el que se depuran y santifican deseos y pensamientos, que aunque de especie material, son susceptibles de casta intencion y de inegable idealidad. Además, véase en el matrimonio un consuelo de la vida, una salvaguardia de la virtud, que fuera del órden y mútua conformidad que encierran las palabras *et erunt duo in carne una* se mancharía y disiparía en el cieno del libertinaje; un medio, en fin, regular de dar ciudadanos á la patria, y nada más obvio que convenir en que la impotencia de uno de los esposos, causa del mayor tormento de ambos en una tendencia que puede ser su mayor encanto; irritacion vana de deseos que dicta la naturaleza para ser satisfechos; por el atractivo más terrible que suscita hácia el vicio, por el peligro más invencible en que coloca á la virtud, sea motivo de nulidad de un enlace en el que á la postre la patria pierde á la vez por la desgracia de uno, todos los frutos de la fecundidad del otro. Isidoro, *el Hispalense*, dice que son tres las causas del matrimonio: *causa prolis*, consistente en el sentido de las palabras ántes expresadas del Génesis; causa adjutorii, pues, como afirma el mismo libro, *non est bonum hominem esse solum, faciamus et adjutorium simile* y *causa continentiæ*, por lo que dice el Apóstol: si non *se continet, nubat*. El recopilador de las sentencias se expresa

así: *Si non est permixtio sexuum, non pertinet ad matrimonium, quod expresam et plenam tenet figuram conjunctionis Christi et Ecclesiæ. Figurat enim illam unionem Christi et Ecclesiæ, quæ est in charitate: sed non illam quæ est in naturæ conformitate. sEt ergo et in illo matrimonio typus conjunctionis Christi et Ecclesiæ: sed illius tantum, quâ Ecclesia Christo charitate unitur, non illius, quâ per susceptionem camis capiti membra uniuntur non ideo tamen minus sanctum est conjugium.* Una decretal de Graciano declara: *Commixtio animorum significat charitatem, quæ consistit in spiritu inter Deum et justum animum; commixtio vero corporum designat conformitatem quæ constat inter Cristum et Ecclesiam. Et ideo, si alterum deficiat, non pertinet ad illud conjugium designatum, quia inter eos una caro non est.* (1) ¿Es esto decir que el *actus carnalis copulæ* sea de la esencia del matrimonio? No, ciertamente; pero, como afirma S. Tomás de Aquino, debe ponerse sin embargo la impotencia como impedimento del matrimonio, *quia per id datur utrique conjugum potestas in corpus alterius respectu carnalis copulæ* (2).

258. Mas ¿qué es impotencia y bajo qué condiciones constituye lacausa de nulidad que nos ocupa? No nos atrevemos nosotros á contestar á estas preguntas por lo delicado de su asunto, prefiriendo insertar aquí el § 190 del cap. 9 de la excelente obra del Cardenal Saglia, *Institutiones juris privati ecclesiastici*; donde en admirable compendio está expuesta con sus mejores fundamentos toda esta grave materia: *Impotentiam hoc loco vocamus inhabilitatem ve ex parte viri, vel ex parte foeminæ ad matrimonium consummandum, perfectamque copulam habendam. Cum autem commercium carnale naturaliter compleri possit, etiamsi generatio non sequatur, non est judicanda impotentia, ut*

(1) Graciano, *Can In omni* 27, q. 2, c. 2.

(2) Did. Thom. Aquinat, Quæst. 58, art. 2.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

si mulier fuerit sterilis. Est autem impotentia vel naturalis et intrinseca, vel accidentalis et extrinseca. Prior ex naturae defectu, posterior ex maleficio, vel ex hominis opera proficiscitur. Utraque vel perpetua est, vel temporalis; perpetua est si nonnisi cum mortis periculo, aut per miraculum, aut per media illicita auferri possit. Temporalis, vero dicitur, si queat aut medicae artis ope, aut per exorcismos Ecclesiae, autaliis modis licitis superari. Tandem alia est absoluta, alia respectiva: absoluta est quae in viro respectu omnium mulierum, aut in foemina respectu omnium virorum reperitur; respectiva est quae aut virum aut mulierem respectu certae personae, non vero respectu aliarum omnium inhabilem reddit at matrimonium consummandum. Quaelibet autem impotentia, si matrimonium praecesserit, antecedens; si jam contractum subsequuta sit, subsequens appellatur.

His praemissis haec apud omnes certa sunt: 1. Impotentiam temporalem sive antecedentem, sive subsequentem non dirimire matrimonium, cap. Fraternitati De frig. et malef. nam impotens ad tempus potest jus in corpus transferre cum obligatione copulae, ubi impotentia cessaverit: quemadmodum rite contrahitur obligatio ad id praestandum, quanvis praestare praesenti tempore non valeas, in posterum tamen poteris, aut saltem prudenter speras te fore in posterum solvendo parem. Hinc numptiae impuberum, quandoquidem impotentia perpetua non est, irritae sunt jure tamtum ecclesiastico, ac prohinde poterit Pontifex dispensare. Quin ipso jure ecclesiastico impuberum conjugia valida sunt, si praecox malitia, et corporis aptitudo aetatem supleat, et eo casu nulla opus est Pontificis dispensatione, sed sola Episcopi declaratione eos esse conjugio idoneos. 2. Impotentiam subsequentem, liciter perpetuam, non dirimere matrimonium, tum quia omnis contractus natúra est, ut per supervenientem rei mutationem non dissolvatur, tum praecipue quia vinculum matrimonii indissolubile omnino est. Idque locum

sibi vindicat, etiamsi impotentia consummationem matrimonii praecesserit; siquidem semel validum matrimonium ob subsequentem quovis tempore defectum neque rite contractum esse cessat, neque ideo dissolvi potest. Relinquitur tantum hoc casu, ut ratum matrimonium dissolvatur, si alteruter ex contrahentibus religionem approbatam solemniter profiteatur, vel Summus Pontifex dispenset. 3. Certum est solam impotentiam perpetuam et antecedentem, sive naturalis sit, sive accidentalis, sive absoluta, sive respectiva, sive ante matrimonium contrahentibus nota fuerit, sive ignota, matrimonium dirimere utroque jure et naturali et ecclesiastico. Cum enim procreandae prolis causa nuptiae comparatae sint, ad essentiam matrimonii pertinet potentia perfectae copulae habendae, sime qua haud potest ipsius matrimonii usus et finis obtineri. Ab rem S. Thomas in 4 distinct. 34 quaest. unic. á 2 ad I: "Quamvis actus carnalis copulae non sit de essentia matrimonii, potentia tamen ad hoc est de ejus essentia, quia per matrimonium datur utrique conjugum potestas in corpore alterius respectu carnalis copulae." Cum igitur quaelibet res absquesua essentia naturaliter consistere nequeat, ex jure naturali irritum erit matrimonium, si ea sit ab initio viri aut mulièris imbecilitas, ut ipsom consummare non valeant. Huc etiam facit Regula Juris impossibilium nulla est obligatio. Hinc Alexander III cap. Quod sedem *De frig. et malef. respondet Episcopo Ambianensi: "Sicut puer qui non postet reddere debitum, non est aptus conjugio, sic qui impotentes sunt, minime apti ad contrahenda matrimonia reputantur." Et Sixtus V in suis litterris* Cum frecuenter *ad Episcopum Novariensem apud Regem Hispaniarum Apostolicum Muntium datis universim declarat, quod "secundum Canonum sanctiones et naturae rationem qui frigidae naturae sunt et impotentes, iisdem minime apti ad matrimonium contrahendum reperiuntur." Regulariter autem in eisdem litteris de Eunuchorum matrimoniis sic edixit: "Frater-*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nitati tuae per praessentes committimus et mandamus, ut conjugia per dictas et alios quoscumque Eunuchos et Spadones utroque teste carentes cum quibusvis mulieribus defectum praedictum sive ignorantibus sive etiam scientibus contrahi prohibeas, eosque ad matrimonia quomodocumque contrahenda inhabiles auctoritate nostra declares, et tam locorum Ordidariis, ne hujusmodi conjuctiones de caetero fieri quoque modo permittant, interdices, quam eos etiam qui sic de facto matrimonium contraxerint, separari cures et matrimonia ipsa sic de facto contracta, nulla irrita et invalida esse decernas."

Jam vero si evidentibus signis, aut legitimis documentis certo constet, impotentiam adesse, eamque et perpetuam esse, et matrimonium praecessisse, statin vir et mulier separandi sunt. Si vero aliquod dubium exoriatur, natura et qualitas dubitationis expendenda est. Nam si dubitetur, utrum dicta impotentia matrimonium praecesserit, an subsequuta fuerit, tunc si ea naturalis sit et intrinseca, praecessisse praesumitur; quod enim á natura inest, semper adfuisse censetur. Si vero accidentalis sit et extrinseca, matrimonium subsequutam esse praesumiter. "Cum enim", ait Sanchez lib. 7 disp. 103 num. 5, "natura ipsa hominem illum potentem produxerit, asserenti eum aliquando impotentem fuisse, onus probandi incumbit, utpote cui adversatur praesumptio á natura ipsa decendens." Quae praesumptio maxime valet, quando conjux de alterius impotentia diu post contractum matrimonium conqueri incip: "Si enim reclamare voluit, cur tamdiu tacuit? cito enim et praevio tempore scire potuit, si secum coire potuisset." Ita cap. Accepisti de Frig. et malef. At si constituerit de impotentia antecedente, et dubitetur utrum ea perpetua sit an temporalis, tum locum hadet celeberrima Constitutio Celestini III cap. Laudabilem *eod, in qua sic statuit: "Requisivisti quantum temporis indulgendum sit naturaliter*

trigidis ad experientiam copulae conjugalis? Nos vero praesenti consultatione sentimus, ut a tempore celebrati matrimonii, si frigiditas prius probari non possuit, cohabitent per triennium." Manente autem dubio haec a Sacris Canonibus sancita sunt: *1. Si vir a se cognitam uxorem contendat, mulier autem neget, viro afirmanti credendum est, quia vir est caput mulieris. Haec regula firmatur ab Alexandro III cap.* Continebatur *de Desponsat. impub: "Consultationi tuae taliter respondemus, quod cum in decretis habeatur expressum, quod si vir dixerit, quod uxorem suam cognoverit, et mulier negaverit, viri standum est veritati: praefato viro qui dicit se mulierem ipsam cognovisse fides est habenda, si juramento id firmaverit."* Quod si mulier virum arguat mendacii et perjurii seque virginem probari velit, inspectio decerni potest. *"Cum partes," inquit Gregorius VIII in cap. Proposuisti de Probat., "essent in tua praesentia constitutae, mulier proposuit, se nec a viro cognitam, nec potuisse cognosci; quod tam propio juramento, quam testimonio septem mulierum probaverit, quae per aspectum corporis eam esse virginem asseverant, viro per juramentum suum contrarium asserente Videtur igitur novis quod juramento puellae, est testimonio illarum septem mulierum fides est potius adhibenda." Contra vero si vir negaverit, mulier vero se cognitam esse contestetur, et aliae probationes pro viro non suppetant, videtur muliere fides habenda esse, tum "quia vir," ut observat S Raymundus lib. 14 Summae tit. de Impotent. coeundi "in ea hipothesi actor est, et si non probat quod asseverat, mulier cum sit rea, etsi nihil praestiterit, absolvi debet ab impetitione viri;" tum quia non praesumitur foeminam velle cum viro impotente cohabitare. 2. Si uterque conjux impotentiam fateatur etiamsi triennum experimenti completum sit, eisdem juramentum defertur, ut omnis fraus aut collusio, quod ejus*

fieri possit avertatur. Itaque uterque conjux cum septima manu parentum aut vicinorum bonae famae, si propinqui defuerint, tactis sacrosanctis Evangeliis jurare debent, quod nunquam per carnis copulam una caro efecti sint. Conjuges autem de veritate, hoc est de certa scientia jurare debent, propinqui de credulitate, se nimirum credere quod conjuges bona fide et absque dolo matrimonium consummare nequiverint. 3. Soluto matrimonio ex capite impotentiae, alteri quae impotens non est, vel si impotentia, respectiva sit, utrique parti conceditur transitus ad alias nuptias. Si vero post novas nuptias conjux qui perpetuo impotens putabatur, subeundis matrimonii oneribus postmodum habilis inveniatur, matrimonium prius redintegratur juxta cap. Laudabilem *et cap.* fraternitatis *de Frig. et malef. Neque enim sententia in causa impotentiae lata transit in rem judicatam. 4. Si conjuges impotentes velint cohabitare tanquam frater et soror, id eis permittitur per cit. cap.* Laudabilem, *et cap.* Consultationi *eod. Unde colligitur matrimonium bona fide contractum a nemine posse, ex causa impotentiae, nisi ab ipsis conjugibus accusari. Quia vero haec fraterna societas plena periculi est, praesertim si vir et mulier florentis adhuc aetatis sint, praestat agere ut ad separationem auctoritate Ecclesiae inducantur: quippe in eo casu praevalet jus naturale, quod jubet omnem peccandi occasionem declinari. Caeterum fraterna hujusmodi societas impotentium nullum jus tribuit in corpora, neque matrimonium est, quemadmodum Doctores communiter tradunt contra Paludanum, Pontium, aliasque paucos.*

De toda esta exposicion se infiere: 1.° que la nulidad por causa de impotencia, es solo relativa. ¿Por qué? "El vicio de impotencia de una de las partes, dice Pothier, que han contraído matrimonio, como no se refiere sino á la parte con quien el impotente ha contraído matrimonio, que no puede hacerse pagar por éste el débito conyugal; como este vicio por su naturaleza secreto, no puede herir la honestidad pública, no debe ser considerado sino como un vicio respectivo; en consecuencia, solo la parte con quien el impotente ha contraído matrimonio, es recibida á atacarlo, no siendo así, cuando aquella no se queja (1)." Pero el derecho canónico hace extensiva la accion de nulidad aun al cónyuge impotente, pues á lo expresado por Soglia, puede agregarse lo afirmado por Murillo y todos los canonistas: *Hac eadem ratione soli conjuges admittuntur ad impugnandum matrimonium ut tanquam invlidum disolvatur, cuando ejus nullitas provenit ex impotentia etc.* (2). Se infiere 2.° que la accion para reclamar esta nulidad, como fundada, no solo en el derecho eclesiástico positivo, sino tambien en el natural, es necesariamente imprescriptible, pues así aparece de varias decisiones pontificias. Habiéndose preguntado al Papa Alejandro III, qué conducta debiera observarse con respecto á una jóven de 13 años que había casado con un jóven de 16: *Cum debitum reddere non posset, mulier tam gravem infirmitatem contraxit, ut omninó viro sic facta inutilis, instrumentum ejus impeditum, ita quod vir ei commiscere non potest:* el Papa respondió: *quod si vitium illud á natura contraxit, nec ope medicorum poterit adjuvari, viro aliam accipiendi liberam tribuas facultatem:* el socorro de los médicos de que aquí se trata debe entenderse del que puede administrarse sin peligro de la vida, siendo preciso observar que el Papa proveyó una decision indefinida, sin marcar ningun tiempo fatal, en que tenga una obligacion de intentar su accion el que haya casado con una mujer de esta especie. Vemos tambien que en el capítulo *fraternitatis 6 eod*, se trataba de una mujer que había

(1) Pothier, núm. 445.
(2) Murillo, tom. 2. lib. 4, tít. 18,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

casado con un hombre con quien vivió muchos años: *mulier cuidam viro matrimomaliter nupsit, cum quo per multos annos morata, non potuit carnaliter ab eo cognosci:* el obispo en vista de todo esto, proveyó un auto para que fuera reconocida por comadres, *ut perquirerent diligentur utrum idonea esset ad viriles amplexus,* y prévio el reconocimiento, las comadres declararon que no podia ser jamas ni esposa, ni madre *tanquam cui naturale deerat instrumentum,* y en su consecuencia el obispo pronunció la nulidad del matrimonio; despues de la que ella contrajo nuevo matrimonio con otro, *qui seras hujusmodi reseravit.* Se infiere tambien 3°. que la impotencia, para que sea causa de nulidad, debe estar perfectamente demostrada. *Ut judex,* dice Murillo, *possit matrimonium nullum declarare ob impotentiam debet hæc plene probari* (1). Finalmente se deduce 4°. que solo es impedimento dirimente del matrimonio la *impotentia antecedens coeundi, sive accidentalis, sive naturalis, vel absoluta, vel respectiva, si sit perpetua.*

259. Sobre las causas y formas de la impotencia, tanto en el hombre como en la mujer y sobre su prueba en derecho civil y canónico, permítasenos, en razon á lo delicado y escabroso de la materia, remitir al lector á las siguientes precisas autoridades: S. Thomás de Aquino, *Summa Theológica,* cuestion 58, art. 1.—S. Alfonso de Ligorio, *Theologia moralis,* tratado 25.—Antonio Hotman, *Tratado de la disolucion del matrimonio por impotencia y frialdad.*—Debreyne, *Mœchialogiæ,* 2d. partie.—Zachías, *De impotentia coeundi et generandi,* lib. 3, tít 1, quæst, 5, núms. 31 y 32.—Sanchez, lib. 7, *de impedimentis matrimonii,* disput. 92, núm. 1.

260. La legislacion española es fiel reproduccion de los preceptos canónicos en este punto. La impotencia *perpetua,* sean atural

(1) Murillo, tom. 2, lib. 4. tít. 18, num. 139.

ó casual, es impedimento dirimente del matrimonio, el cual se anula, á instancia de alguno de los cónyuges, aun del impotente, quedando libre el otro para casarse; mas para ello la impotencia debe ser anterior al matrimonio, pues si sobreviniere despues de su celebracion, ya no dá lugar á la nulidad, porque el matrimonio es indisoluble. (1). Nadie puede pedir la anulacion del matrimonio sino los mismos cónyuges; y si ellos callaren su impedimento, conviniéndose en vivir juntos, como hermanos, no se les podrá separar. (2).

261. El código de Napoleon, segun la mayoría de sus intérpretes, no acepta la impotencia como impedimento dirimente del matrimonio. "No se ha hecho de la impotencia, dice Tronchet, el objeto de una accion en nulidad; y este silencio absoluto de la ley está fundado en razon: porque *no hay medio de reconocer con certidumbre la impotencia.* En general, estaba en el espíritu del proyecto aniquilar esta causa bajo todos sus aspectos (3)." El silencio del código excluye, en consecuencia la accion de nulidad por impotencia, no porque ella no sea fundada en sí. sino, como acabamos de verlo, porque *no hay medio de reconocer con certidumbre la impotencia.* No es, pues, porque bajo el punto de vista del derecho, haya verdaderamente matrimonio, aunque uno de los pretendidos esposos sea impotente; pero solo es, porque bajo el punto de vista del hecho, no es segun estos legisladores, posible comprobar legalmente la impotencia. "Esta razon, dice Merlin, se aplica en toda su fuerza á la *impotencia natural,* es decir, segun la relacion del tribuno Duveyrier, á la suposicion (porque siglos de esfuerzos, de con-

(1) *Partida* 4ª, tit. 2, l. l. 6 y 16 tit. 8, l. l. 1ª, 2ª, 3ª y 4ª.
(2). Partida 4ª, tit. 9, l. 1ª.
(3) Tronchet, *Proces verbal, du 14 thermidor an 10.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tenciones y de investigaciones no han hecho todavía de aquella sino una suposicion) que consiste en que un hombre hubiera sido producido sin haber recibido de la naturaleza la facultad de producir; á la impotencia que, segun Bigot de Preameneu, ejemplos célebres han probado no merecer ninguna confianza, pues los peritos del arte no tienen ningun medio de penetrar semejantes misterios y se afirma que tal marido cuyo matrimonio ha sido disuelto por causa de impoteneia, ha obtenido de otro enlace una numerosa posteridad; en una palabra, á la especie de impotencia, á que se refiere el art. 313, cuando dice que *el marido no podrá, alegando su impotencia natural desconocer el hijo concebido durante el matrimonio* (1)."

262. Nuestra legislacion nacional sobre esta materia es como sigue: ambos Códigos del Distrito Federal (arts. 280, fraccion 7ª y 295 de el de 1870 y 257, fraccion 7ª y 272 del actual) consideran como causa de nulidad del matrimonio la impotencia *anterior, incurable y legalmente comprobada*, declarando que esta accion solo puede ser deducida por los cónyuges.

263. El Código de Veracruz (art. 261), reconociendo, como en otro lugar hemos visto, que el error sobre la identidad física de la persona y no el error sobre las cualidades anula el matrimonio, hace sin embargo una salvedad respecto á la impotencia, cuya cualidad, dice, anula el matrimonio, cuando existe en el momento de contraerlo, es incurable y reconocible evidentemente por la sola inspeccion de peritos. Como este Código parte del supuesto de error, declara que tal causa de nulidad solo puede deducirse por el cónyuge engañado, es decir, por el sano y *dentro de ocho dias de reconocido el error*.

264. El Código del Estado de México (art. 140) dice: "La impotencia anterior al supuesto matrimonio lo dirime siempre que

---

Merlin, *Repert.* "Impuissance" num. 2."

sea perpetua é incurable. La impotencia absoluta é incurable hace inhabil al que la padece para contraer matrimonio con cualquiera persona. La impotencia relativa perpetua, anterior al matrimonio, disuelve éste, dejando libres á los cónyuges para contraer otro matrimonio. La impotencia temporal y curable impide la celabracion del matrimonio mientras exista; pero no dirime el que se haya celebrado ya. La impotencia posterior al matrimonio consumado, en ningun caso lo dirime. La impotencia jamás se presume, y el que la alegue debe probarla por medios que no se opongan á la moral. Se entiende por impotencia, para los efectos de este artículo, la falta de capacidad para consumar el matrimonio." Este mismo código expresa más adelante (art. 206), aunque no en términos precisos, que la impotencia es causa de nulidad; pero guarda el más completo silencio sobre las personas á quienes exclusivamente corresponda el exercicio de tal accion. Ahora bien, la regla es que todo interesado puede ejercer la accion, ménos en los casos expresamente exceptuados. ¿Es decir que, segun este Código, cualquiera puede, aun el más extraño, pero con tal de que tenga interés en ello, pedir la nulidad de un matrimonio por causa de impotencia? El Código de Tlaxcala (art. 128, fraccion 11ª y 136) reconocen tambien que la circunstancia que nos ocupa es motivo de nulidad no concediendo el derecho de reclamarla sino solo á los cónyuges.

SECCION 4ª

De las nulidades absolutas en especie.

Número 1. De la falta de edad.

265. Habiendo en otro lugar de esta obra (1) expuesto ampliamente el impedimento de falta de edad para contraer matrimonio, no tenemas aquí que ocuparnos sino del carácter de la nu-

---

(1) Véase tomo 2º de esta obra, nums. 37 y siguientes.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tenciones y de investigaciones no han hecho todavía de aquella sino una suposicion) que consiste en que un hombre hubiera sido producido sin haber recibido de la naturaleza la facultad de producir; á la impotencia que, segun Bigot de Preameneu, ejemplos célebres han probado no merecer ninguna confianza, pues los peritos del arte no tienen ningun medio de penetrar semejantes misterios y se afirma que tal marido cuyo matrimonio ha sido disuelto por causa de impoteneia, ha obtenido de otro enlace una numerosa posteridad; en una palabra, á la especie de impotencia, á que se refiere el art. 313, cuando dice que *el marido no podrá, alegando su impotencia natural desconocer el hijo concebido durante el matrimonio* (1)."

262. Nuestra legislacion nacional sobre esta materia es como sigue: ambos Códigos del Distrito Federal (arts. 280, fraccion 7ª y 295 de el de 1870 y 257, fraccion 7ª y 272 del actual) consideran como causa de nulidad del matrimonio la impotencia *anterior, incurable y legalmente comprobada*, declarando que esta accion solo puede ser deducida por los cónyuges.

263. El Código de Veracruz (art. 261), reconociendo, como en otro lugar hemos visto, que el error sobre la identidad física de la persona y no el error sobre las cualidades anula el matrimonio, hace sin embargo una salvedad respecto á la impotencia, cuya cualidad, dice, anula el matrimonio, cuando existe en el momento de contraerlo, es incurable y reconocible evidentemente por la sola inspeccion de peritos. Como este Código parte del supuesto de error, declara que tal causa de nulidad solo puede deducirse por el cónyuge engañado, es decir, por el sano y *dentro de ocho dias de reconocido el error*.

264. El Código del Estado de México (art. 140) dice: "La impotencia anterior al supuesto matrimonio lo dirime siempre que

---

Merlin, *Repert.* "Impuissance" num. 2."

sea perpetua é incurable. La impotencia absoluta é incurable hace inhabil al que la padece para contraer matrimonio con cualquiera persona. La impotencia relativa perpetua, anterior al matrimonio, disuelve éste, dejando libres á los cónyuges para contraer otro matrimonio. La impotencia temporal y curable impide la celabracion del matrimonio mientras exista; pero no dirime el que se haya celebrado ya. La impotencia posterior al matrimonio consumado, en ningun caso lo dirime. La impotencia jamás se presume, y el que la alegue debe probarla por medios que no se opongan á la moral. Se entiende por impotencia, para los efectos de este artículo, la falta de capacidad para consumar el matrimonio." Este mismo código expresa más adelante (art. 206), aunque no en términos precisos, que la impotencia es causa de nulidad; pero guarda el más completo silencio sobre las personas á quienes exclusivamente corresponda el exercicio de tal accion. Ahora bien, la regla es que todo interesado puede ejercer la accion, ménos en los casos expresamente exceptuados. ¿Es decir que, segun este Código, cualquiera puede, aun el más extraño, pero con tal de que tenga interés en ello, pedir la nulidad de un matrimonio por causa de impotencia? El Código de Tlaxcala (art. 128, fraccion 11ª y 136) reconocen tambien que la circunstancia que nos ocupa es motivo de nulidad no concediendo el derecho de reclamarla sino solo á los cónyuges.

SECCION 4ª

De las nulidades absolutas en especie.

Número 1. De la falta de edad.

265. Habiendo en otro lugar de esta obra (1) expuesto ampliamente el impedimento de falta de edad para contraer matrimonio, no tenemas aquí que ocuparnos sino del carácter de la nu-

---

(1) Véase tomo 2º de esta obra, nums. 37 y siguientes.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

lidad, proveniente de tal impedimento, una vez contraido el matrimonio; de las personas que pueden interponer aquella, y y de si es susceptible ó no de ratificacion. En derecho canónico no nos es lícito dudar que la falta de edad, competente para los fines del matrimonio, importa un impedimento segun la naturaleza, y por tanto, una nulidad absoluta, proponible, despues de contraido el matrimonio con ese vicio, no solo por los cónyuges sino tambien por cualquier interesado, pudiendo aun incoarse el procedimiento de oficio por el juez eclesiástico. *Ad matrimonium contrahendum nulla determinata ætas juræ naturæ requiritur*, dice Murillo, *sed tantum usus rationis, seu discretio* (1). Berardi, hablando de las disposiciones generales de las leyes sobre los matrimonios anulables, dice: *Quidquid passim tradere Interpretes, adque universi Pragmatici soleant, ego distinguenda puto triplicis generis jura, nimirum naturale, divinum, & positivum humanum, sive ecclesiasticum sit, sive civile. Quoties agatur de legibus, quas natura præstituit, secernenda sunt quadruplicis generis vetita; alia enim ideo conjugia quædam improbant, quod desit conjugiorum forma substantialis, ut scholæ loquuntur; alia ideo improbant, quod conjugii finis obtineri nequeat; alia, ideo, quod conjugiorum honestas abhorreat; alia denique ideo, quod in generalia quædam principia impingant extra conjugii causam, sive quod conjugium minus honestum reddant ex accidenti, atque ex adjunctis conjugio ipsi prorsus extraneis. Cum vetita sunt primi generis, quando nimirum ideo conjugia certa improbantur naturæ jure, quia deest forma substantialis, statim conjugium erit irritum; siquidem repugnat rem esse, ubi rei substantia desideratur. Exemplum est in eo congugio, in quo consensus contrahentium integer non est, quoniam*

(1) Murillo, lib. 4, tit. 2, num. 45.

potissimum consensus matrimonium facit. Sic irritum erit conjugium a furioso, ab amente, a coacto, a pupillo contractum (1). Por otra parte, el impedimento consistente en la falta de edad solo es dispensable por el Romano Pontífice y en casos urgentes, especialmente cuando se duda, *si malitia supplet ætatem*, por el Ordinario. Pero, si bajo este punto de vista, la nulidad que nos ocupa es absoluta, bajo otros, es solo relativa, en el sentido de poder ser cubierta por la ratificacion, que consiste en la cohabitacion de los cónyuges unida al trascurso de tiempo, sin haber reclamado (2). Sin embargo, esta ratificacion, consistente en la cohabitacion posterior, no hace válido el matrimonio, según el Concilio Tridentino, sino es que las partes reiteren la celebracion de aquel en presencia del cura y de los testigos, pues visto que el matrimonio contraido la primera vez lo había sido con un impedimento público, es á saber, la falta de edad, es necesaria la renovacion del consentimiento, como en otra parte lo hemos dicho (núm. 233.)

La ratificacion de la nulidad por *falta de edad* con la cohabitacion posterior es tambien declarada por el Doctor Angélico en las siguientes palabras: *Et ideo, si contrahentes ante annos pubertatis, ante tempus prædictum carnaliter fuerint copulati, nihilominus matrimonium perpetuò stat indissolubile* (3). Es sustancialmente lo mismo que había dicho el jurisconsulto Pomponio: *Minoren annis duodecim nuptam, tunc legitimam uxorem forecum apud virum explesset duodecim annos* (4).

(1) Berardi, tom. 3, Dissert. 4, cap. 1.

(2) Clemente III. cap. 4. *Insuper* tit. 18, *qui matrim. accusare possunt.*

(3) D. Thom. Aquin. *Summ. Theolog.* Q. 58, art. 5.

(4) *Dig* lib. 23, tit. 2, l. 4.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Pero si tal ratificacion falta, el matrimonio nulo es valido, como exponsales: *Respondemus* dice Inocencio III, *quod si puella nubilis non erat ætatis, cum sæpe fatus vir desponsabit eandem, et ætatem in ea prudentia non supplebat, proculdulbio inter eos non conjugium, sed sponsalia contracta fuerunt, quamvis ab ispo viro eadem fuerit subarrhata* (1).

266. La legislacion antigua española es fiel á estos antecedentes. "Mas para casamiento fazer, dice una ley de Partida, ha menester que el varon sea de hedad de catorce años, é la muger de doze. E si ante deste tiempo se casasen algunos, non seria casamiento, mas desposajas, fueras ende si fuessen tan cercanos á esta hedad, que fuessen ya guisados para poderse ayuntar carnalmente. Ca la sabiduria, é el poder, que han para esto fazer, cumple la mengua de la hedad (2)."

267. Lo mismo debemos reconocer del antiguo derecho francés (3) y del moderno, si bien respecto á éste ya hemos dicho que el Código de Napoleon retarda la pubertad hasta los quince años para la mujer y hasta diez y ocho para el hombre. En cuanto al caracter de esta nulidad es opinion comun, entre los comentadores, que es absoluta. "La impubertad, dice Laurent, es una causa de nulidad absoluta (art. 184), porque la ley exije una cierta edad para casarse *por motivos de órden publico y de interes social*. Sin embargo esta causa de nulidad no es tan grave como el incesto y la bigamia; la impubertad cesa necesariamente y por tanto puede no existir ya de hecho, aunque la ley la presuma. De aquí resulta que la nulidad proveniente de impubertad tiene caracteres especiales que hacen de ella una nulidad aparte, absoluta en un sentido, relativa en otro (4)."

(1) *De Desponsat. impub*, 14.
(2) *Partida* 4 ª, tit. 1, l. 6.
(3) Pothier, núms. 94 y 95.
(4) Laurent, tom. 2, núm. 467.

De los términos del art. 184 francés se deduce que el matrimonio contraido, á pesar del impedimento de impubertad, puede ser atacado por los esposos mismos, *por todos aquellos que tengan interés y por el Ministerio público*. ¿Puede pues reclamar la nulidad, tanto el esposo impuber como el puber, y éste, aun en el caso en que hubiera conocido la edad del otro? Delvincourt ha enseñado la negativa. "El esposo puber, dice, ha dado su consentimiento; ahora bien, el art. 186 decide que los padres, que han consentido en el matrimonio de su hijo impuber, no son aceptables á prevalerse de esta nulidad; luego, en virtud de la regla *ubi eadem est ratio idem jus*, se debe rechazar al esposo púber, que hubiera contraido matrimonio, conociendo la impubertad del otro, por la misma excepcion que se opone á los ascendientes (1)." Pero esta interpretacion ha permanecido aislada entre los autores y en la jurisprudencia. Aparte de que el texto del art. 184 resiste expresamente á tal doctrina, no faltan razones para combatirla, sobre todo en el fundamento que pretende tomar sobre lo que establece el art. 186 respecto á los ascendientes. "Qué diferencia, dice Laurent, entre los mayores que tienen la experiencia de la edad y los esposos de los que uno es todavía un niño, y que entrambos tienen, por excusa, el ardor y frenesí de la pasion (2)." Duranton da otra razon, tomada de la naturaleza de la nulidad de que trata el art. 184." Esta nulidad, dice, es de órden público; y la ley ha pensado que, sometiendo á mayores causas de anulacion matrimonios celebrados con menosprecio de sus disposiciones, ménos fácilmente se formarían esos nudos que ella desconoce (3)."

(1) Delvincourt, tom. 1, pág. 71, nota 6.
(2) Laurent, tom. 2, num. 467.
(3) Duranton. tom. 1, num. 902.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

El art. 185 del mismo Código francés se expresa así: "Sin embargo el matrimonio contraido por esposos que no tenían todavía la edad requerida, ó á lo ménos, por uno de ellos que adolecía de esa falta, no podrá ya ser atacado. 1° cuando han trascurrido seis meses, desde que este esposo ó ambos han tocado la edad competente; 2° cuando la mujer que no tenía esa edad, ha concebido ántes del vencimiento de los seis meses." He ahí, pues, las dos maneras de cubrirse esta nulidad absoluta, que por lo mismo, bajo este punto de vista, se convierte en relativa: trascurso de seis meses, despues de la mayor edad, sin reclámar la nulidad; preñez de la mujer impúber. Respecto al primer modo, Portalis lo motiva, diciendo: "La falta de edad es reparable. Sería pues absurdo que ella sirviese de pretexto para atacar un matrimonio, cuando ya ha trascurrido un plazo de seis meses, despues de que los esposos han tocado la edad competente. Entónces ya no existe la nulidad: el efecto no debe sobrevivir á su causa." ¿Por qué la ley da ese plazo, á primera vista, tan largo para atacar el matrimonio? El mismo Portalis responde: "porque la ley debe conceder un plazo útil para excercer la accion."

268. Supuesta la legislacion anterior, se pregunta: ¿es conforme á ella decir que la cohabitacion, posterior al cumplimiento de la mayor edad, pero anterior al de seis meses, por ejemplo, la cohabitacion de tres meses, basta para cubrir la nulidad consistente en impubertad? Toullier pretende que sí (1); pero, como lo enseña Dalloz, todos los demas autores no admiten que la cohabitacion, cuando ha durado ménos de seis meses, despues de adquirida la pubertad, pueda fundar una excepcion contra la demanda del esposo. La ley, en efecto, ha querido que, á partir de la pubertad, pasaran seis meses para reflexionar y

(1) Toullier, tom. 1, num. 622.

que solo, despues de trascurridos estos seis meses, se pueda presumir que los esposos han dado un nuevo consentimiento; si ella hubiera entendido que, durante estos seis meses, los esposos viviesen separados, no habría dejado de decirlo. Por su silencio, parece suponer, al contrario, que ellos continúan viviendo en el estado. que es la consecuencia natural de la union que han contraído (1).

269. Se pregunta si, como lo enseña Proudhon, al trascurso de los seis meses debe unirse la cohabitacion, para que pueda producirse la excepcion contra la nulidad que nos ocupa (2). Laurent, con la mayoría de los comentadores, responde negativamente, partiendo del concepto de *absoluta* que esta nulidad tiene en derecho francés. "¿Se trata, dice, en el art. 185, de confirmar el matrimonio? No absolutamente, pues la confirmacion ni aun se concibe, puesto que la nulidad es absoluta, es decir, de interés público; el esposo puede no intentar la accion que le pertenece, pero no puede renunciar á una accion que ha sido establecida, no en su interés, sino en interés de la sociedad. ¿Por qué, pues, el esposo que guarda silencio durante seis meses, ya no es aceptable á pedir la nulidad? Es una cuestion de prescripcion y cuando la ley concede una accion, es necesario que determine un plazo, en el que deba ser intentada. (3).

270. Finalmente se pregunta, si tiene lugar en este caso la ratificacion expresa ó tácita. Los autores mas acreditados enseñan que ratificar es renunciar á un derecho concedido por la ley; que en consecuencia la ratificacion no se concibe, cuando se trata de un derecho de interés general. Con respecto á la ratificacion tácita dice Demante: "Yo creo que es necesario atenerse

(1) Dalloz, "Mariage," num. 532.
(2) Proudhon. tom. 1, pág. 439.
(3) Laurent, tom. 2, num. 468.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

aquí extrictamente á los términos de la ley; y, aunque el efecto atribuido al silencio durante seis meses no pueda explicarse sino por la idea de ratificacion ó renuncia á la accion, yo no me creería autorizado por esto á reconocer un semejante efecto á cualquier otro modo de ratificacion. Notemos, por otra parte que, para destruir la accion, que pertenece á todos los interesados, sería preciso la confirmacion de todos, y que esta condicion, difícil de realizarse de otra manera, se encuentra al contrario plenamente cumplida por el silencio de todos (1)." Así es que el art. 185 francés, por declaracion expresa, no acepta sino dos modos de ratificacion tácita: el silencio, durante seis meses, desde que el esposo ó los esposos han tocado la edad competente y la preñez de la mujer impuber antes del lapso de ese tiempo. Sobre este segund omodo Portalis nos dice, que la ley no debe aspirar al derecho de ser mas sabia que la naturaleza; y que por tanto la ficcion debe ceder á la realidad. En cuanto á la ratificacion expresa, la cuestion no es tan clara. ¿Por qué el esposo llegado á la edad competente, si puede contraer un matrimonio valido, no ha de poder revalidar el contraído, cuando era impuber? ¿Por qué, como decia Portalis (núm. 267), el efecto ha de sobrevivir á la causa? La objecion no tendría réplica en derecho francés, si la nulidad de que se trata fuese relativa; pero, ya lo hemos dicho, tal nulidad, conforme al Código de Napoleon, fiel en este punto al antiguo derecho y al Canónico, es absoluta. Así es que dice Laurent: "Nuestra respuesta está escrita en la ley; ella no admite el principio, formulado por Portalis, de una manera absoluta; desde que el esposo se ha hecho púber, la causa de la nulidad cesa y sin embargo la accion de nulidad no se extingue; para que lo sea, es necesario que todos los interesados guarden silencio durante seis meses.

(1) Demante, tom. 1, num. 268. bis. I.

271. Nuestra legislacion nacional no es uniforme ni satisfactoria sobre esta materia. Los Códigos de Veracruz (art. 254) y de Estado de México (art. 207) establecen que la edad menor de 14 años en el hombre y de 12 en la mujer dejará de ser causa de nulidad: 1º Cuando llegado el menor á esta edad no reclama dentro de dos meses la nulidad, y continúa cohabitando con el otro cónyuge; II. Cuando ántes de llegar á la edad, ha habido concepcion de prole.—Solo puede deducir nulidad por esta causa el mismo menor. De esta legislacion se infiere desde luego que la nulidad que nos ocupa, á diferencia de lo que hemos visto en el Código francés, es solo relativa, y que no puede, como Delvincourt interpretaba el art. 184 del Código de Napoleon, deducirse sino por el esposo impúber. Se deduce tambien que estos dos Códigos, siguiendo las enseñanzas de Proudhon (núm. 269), exigen que al trascurso de tiempo debe unirse la cohabitacion, para que pueda producirse la excepcion de nulidad. Finalmente esta legislacion nos autoriza, supuesto el carácter relativo de la nulidad que establece, á sostener que, si llegado el esposo menor á la edad púber, ratifica *expresamente* su matrimonio, aunque no hayan trascurrido todavía los dos meses, la ratificacion dada debe producir sus efectos, pues, siendo la nulidad meramente relativa, ó sea, establecida solo en beneficio del cónyuge menor de edad, puede éste renunciarla en términos explícitos é indubitables, como lo puede tácitamente (núm. 270). Sobre ambos Códigos tenemos que hacer una advertencia, que no por ser relativa á primera vista solo á la redaccion de los artículos de que nos ocupamos, deja de ser importante, pues, en nuestro concepto, el legislador debe esforzarse en ser claro, para evitar equívocas y aun perniciosas interpretaciones. Ambos Códigos, hablando del primer modo de ratificacion tácita que reconocen, dicen que la edad *menor de catorce años en el hombre y de doce en la mujer* dejará

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de ser causa de nulidad, cuando, llegado el menor *á esta edad*, no reclama etc., es decir, á la edad de doce y catorce años. Se comprende que ese ha sido el pensamiento del legislador y no decir, á la mayor edad, á la edad competente, para que el hombre se baste á sí mismo, sin necesidad de patria potestad ni de tutela, en el ejercicio de todos los actos de la vida civil. De otra manera, tendriamos que admitir que, para que la nulidad en cuestion cese, es necesario que la reclamacion no se haga para el hombre y para la mujer á la edad de veinte y un años y dos meses, porque veinte y un años es la mayor edad, fijada por ambos códigos (Veracruz, art. 340: E. de México, art. 291). Los Códigos del Distrito Federal de 1870 (art. 281), el actual (art. 258) y el de Tlaxcala (art. 131) reconocen tambien que la nulidad del matrimonio, por falta de edad, es solo relativa, pero declarando, como el Código francés, que la accion solo puede ser deducida por *ambos cónyuges*, es decir, tanto por el púber como por el impúber. Esta idea no aparece tan clara en los Códigos del Distrito Federal; pero es terminante en el de Tlaxcala que añade (art. 132): "La nulidad del matrimonio por causa de la menor edad solo puede pedirse por *los cónyuges*." Estos tres Códigos, más exigentes que el francés y los de Veracruz y E. de México, no reconocen la ratificacion tácita en la simple preñez ó concepcion de la esposa impuber, sino que exigen que *haya habido hijos*. La verdad es que la simple razon resiste á justificar tamaña exigencia. ¿Qué es lo que la ley se propone aquí? No poner como lo indicaba el sabio Portalis, al Código en antogonismo absurdo con la naturaleza. Cuando ésta revela de un modo claro é indubitable que, apesar de la falta de edad, no solo ha podido haber y ha habido la potencia de la cohabitacion, sino tambien, por parte de la mujer, el vigor de la preñez ó concepcion, ¿es racional y lo que es más grave aún, es moral, resistirse á ver en estos signos manifiestos y decisivos la mejor revalidacion que pudiera exigirse, y aun la conveniencia de no destruir un tal matrimonio? Por otra parte, si hemos de interpretar rigurosamente y á la letra esas palabras de la ley; supuesto que todo lo relativo á la nulidad y excepciones en materia de matrimonio, tiene que ser expreso y restrictivo, resultará que la falta de hijos, ya sea por esterilidad, ya por alumbramientos desgraciados, aunque por lo demás haya habido perfecta cohabitacion, será motivo para condenar á la nulidad muchos matrimonios, á los cuales nada falta para ser irreprochables, lo cual es absurdo.

272. Mas no se crea por esto que aceptamos, como jurídico y científico, el signo escogido, para fundar la ratificacion, por el Código francés. Ni éste, que se fija en la simple preñez de la esposa impuber, ni menos los nuestros que exigen el nacimiento de hijos, son conformes á la nocion exacta de la pubertad y de la potencia natural. Hemos visto en otro lugar (num. 258) que la impotencia es definida, en el sentir del mayor número de doctores: *inhabilitas vel ex parte viri vel ex parte fœminæ ad matrimonium consummandum*. Debreyne, es verdad, dice que aquella es la incapacidad *habendi copulam quæ per se sufficiat ad generationem*, de lo cual, á primera vista, parece que pudiera inferirse la necesidad de la preñez, para deducir la viri-potencia en la mujer; pero, aun este autor, al decir eso, solo se refiere á ciertos fenómenos excepcionales en que, aunque hay *penetratio et seminatio intra vas muliebre*, existe en la mujer verdadera impotencia, absoluta y perpétua, físicamente verificable y consistente en la *absentia completa utheri*. Puede pues la mujer tener la perfeccion de sus órganos sexuales y *no concebir*, sin que por esto se diga impotente. Luego no es científico fundar la revalidacion de un matrimonio, contraído por esposa menor de edad, solo en el hecho de la preñez, aunque por otra parte haya habido cohabitacion continuada hasta despues de cumplida la

edad núbil. Hé ahí, en consecuencia, la sabiduría del derecho antiguo, que solo se fijó en la cohabitacion, con tal de que subsiga á la edad competente para el matrimonio.

273. Pero, supuestas las prescripciones de los Códigos mencionados, ocurre preguntar: ¿la preñez de la mujer, que se creía inúbil, ó el nacimiento de hijos, prueban necesariamente la excepcion de revalidacion, que quiere la ley? Creemos que es preciso distinguir: si la mujer es la impuber, la preñez ó el nacimiento de hijos, probarán necesariamente contra ella; pero si es el esposo el que se pretende impuber, tales hechos no pueden ser una prueba contra él, sino salvo la que se rindiera en contrario. "En efecto, dice Laurent, de que la mujer conciba, no se puede inferir que el marido sea puber; la paternidad es siempre incierta, y ella lo es sobretodo, cuando el marido no ha tocado la edad de la pubertad legal. (1)

274. En cuanto al otro modo de ratificacion tácita, consistente en el lapso de tiempo sin reclamar la nulidad, los códigos del Distrito Federal se diferecían muy sustancialmente de el de Tlaxcala y de los de E. de México y Veracruz, porque estos, como lo hemos dicho, dilatan el tiempo del silencio solamente hasta dos meses despues de la edad de doce y catorce años, mientras que aquellos lo retardan hasta que el menor hubiere cumplido *veintiun años*, sin que ni él ni el otro cónyuge hayan reclamado.

275. ¿Son estos los únicos modos de rehabilitar los matrimonios nulos por defecto de edad? En verdad que ni el Código francés ni los nuestros hablan de otros en el capítulo sobre nulidades y las varias maneras de cubrirlas, lo que, por sí solo creemos bastante para poder afirmar, que, en rigor de derecho, no cabe aquí lo que, segun las Leyes Eclesiásticas se llama

(1) Laurent, tom. 2, num. 470.

dispensa *in radice*. Sin embargo el punto es cuestionable, aun aplicando textos expresos de los códigos civiles. Se llama dispensa *in radice* aquella, en virtud de la cual un matrimonio nulo se hace valido, sin que sea necesario renovar el consentimiento. El Señor Benedicto XIV la define así: *Abrogatio in casu particulari facta legis impedimentum inducentis, et conjuncta cum irritatione omnium effectum, qui jàm antea ex eâ lege secuti fuerant* (1)." Por la dispensa *in radice*, dice Boyer, el matrimonio es rehabilitado sin conocimiento de las partes, ó por lo menos, de una de ellas, y sin que renueven su consentimiento; escudado por la dispensa *in radice*, el confesor, que teme los inconvenientes de la revelacion del impedimento dirimente, despues de haberse asegurado de la perseverancia de los cónyuges en su consentimiento dado bajo el lazo de la ley irritante, les aplica la dispensa; y, en este momento, sea que la virtud de esta dispensa cure el vicio inherente al consentimiento, sea que quite el obstáculo que suspendía sus efectos, sucede que las partes quedan ligadas y que su matrimonio aparente se hace un matrimonio real (2). Hé ahí pues una forma de rehabilitacion de los matrimonios nulos, que podriamos llamar *necesaria* y del todo extraña en su esencia á la voluntad de las partes, las cuales, no pueden, en consecuencia, oponerse á que produzca efecto, como que ella procede de la soberana facultad de la Iglesia, á cuya cabeza está el Romano Pontífice, pastor universal, legislador supremo del Derecho canónico, que tiene pleno poder, así para establecer impedimentos como para relajarlos, cuando crea que hay razon de usar de tal misericordia, con la única taxativa de aquellos que se fundan en la ley divina

(1) *Quæstio canon.* 527.

(2) Boyer, *Examen du pouvoir legislatif de l'Eglise sur le mariage*, pag. 284.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

y natural (1). En virtud de este mismo soberano poder que tiene el Sumo Potifice, las dispensas pueden ser por él concedidas bajo ciertas condiciones, ó lisa y llanamente (2).

276. Se ha puesto en duda este poder de la Iglesia para acordar dispensas *in radice*, pretendiéndose que había sido formalmente negado por Gregorio XIII en 1584 y que no dependía de aquella declarar válido lo que, segun las leyes, era nulo. El Abate André, en su notable Diccionario de Derecho Canónico, demuestra con citas irrefutables todo lo contrario. Es constante que Gregorio XIII concedió muchas veces dispensas *in radice*, pues Benedicto XIV así lo atestigua, diciendo que la respuesta á aquel Papa atribuida, ó es apócrifa ó solo referente á alguna circunstancia particular (3). Este mismo Sumo Pontífice nos dice: 1º que Clemente XI, por un Breve de 2 de Abril de 1701 á 1705, confirmó matrimonios que habían sido celebrados de una manera ilegítima por ciertos pueblos de la India, dispensando á los contrayentes de renovar su consentimiento; 2º que Clemente XII, por su Breve *Jam dudum*, de 5 de Setiembre de 1734, acordó dispensas *in radice*, que debían producir su efecto, sin que se informase de ello ninguna de la partes (4). El propio Benedicto XIV, en su Breve *Etsi matrimonialis* de 27 de Setiembre de 1755, nos hace conocer una dispensa que ocupó muchas veces las Congregaciones romanas y al Soberano Pontífice mismo: Violanda quiso anular su matrimonio con Baena; pero, por no haber probado los hechos que

---

(1) Can. *Proposuit, de conces. pren.—Clement. Romani, de elect.*

(2) Sobre esta importante materia remitimos al lector al *Tratado de Matrimonio* por Carbonero y Sol. tom. 2.

(3) Benedicto XIV, *Quæst. Canon.* 174.

(4) Benedicto XIV, *De Synodo diœcesana*, lib. XIII, cap. 21 num. 7.

alegaba, aquel fué declarado válido. Sin embargo, siendo nulo el matrimonio por un hecho que la peticionaria no había querido manifestar, es á saber, impedimento de doble parentesco, Baena acudió á este Pontífice y obtuvo de él *letras sanatorias*, para remediar aquella nulidad. Estas letras dispensaban de hacer renovar el consentimiento á Violanda y añadían que la dispensa permanecería en todo su vigor, aun cuando ésta supiese *despues* el doble parentesco; pero, pasado algun tiempo, probó que ya lo sabía en el momento en que se había concedido la dispensa *in radice* y que, desde entónces, se preparaba á reclamar contra su matrimonio en virtud de tal impedimento. El Sr. Benedicto XIV lo declaró nulo, porque la dispensa había sido otorgada bajo la condicion de que Violanda ignorase el doble vínculo de parentesco: *Ne ipsa contradicente et obtinente, prout contigisset si impedimentum scivisset, concessa dispensatio diceretur* (1).

Hay pues dispensas, no solo anteriores al matrimonio y de las cuales hemos hablado en otra parte de esta obra (2), sino tambien posteriores, cuyo efecto es purgar el matrimonio del vicio de que adolecía, y en este sentido rehabilitarlo y convertirlo en perfectamente válido. "Los superiores eclesiásticos, dice Pothier, deben hacer una gran diferencia entre las dispensas que se les piden para *contraer* un matrimonio contra los preceptos de la Iglesia y entre aquellas que se les piden para validar el *celebrado* ya. Deben ser muy difíciles para acordar la dispensa en el primer caso; porque, permitiendo por ella, contraer contra lo mandado por la Iglesia, un matrimonio permiten expresamente la infraccion, que es, como aprobarla y

---

(1) André, *Obra citada.* "Dispense" § V.—Carbonero, *obra citada*, tom. 2, cap. XXII.

(2) Véase tom. 2º de esta obra, nums. 46 y 257.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

autorizarla. Pueden ser más fáciles para acordar dispensas con el fin de validar un matrimonio, á cuya celebracion las partes han procedido ya, porque en este caso los superiores eclesiásticos no permiten expresamente por su dispensa la infraccion del precepto, no la aprueban, no la autorizan, como en el caso, precedente; la toleran solo, para evitar el mayor mal que resultaría del escándalo y de los inconvenientes de la disolucion del matrimonio..... En el caso en que las partes han celebrado matrimonio contra los preceptos de la Iglesia, hay todavía otra distincion importante que hacer, es á saber, si es por ignorancia ó con conocimiento de la infraccion como el matrimonio se ha verificado. Se debe ser fácil en acordar la dispensa en el primer caso: se debe al contrario ser difícil en acordarla en el segundo: las partes entónces son indignas de ella y además si no hubiera esa dificultad, otras personas podrían sentirse inclinadas á infringir expresamente el precepto, en la confianza de obtener la dispensa. Encontramos esta distincion en el concilio de Trento: *Si quis intra gradus prohibitos scienter matrimonium contrahere præsumpserit, separetur, et spe dispensationis consequendæ careat..... quod si ignoranter id fecerit..... et ipse solemnitatibus adhibitis impedimentum aliquod postea subesse cognoscatur, cujus probabilem ignorantiam habuit, tunc facilius cum eo, et gratis dispensari poterit*; Sess. 24, *cap.* 5, *de reform. matrim.* (1).

Supuestas estas doctrinas volvemos á preguntar: en el caso de un matrimonio nulo por defecto de edad, ¿cabe, segun nuestro derecho civil, esta manera de revalidacion? Repetimos que ella no se encuentra en el capítulo en que se habla de las varias maneras de cubrir el matrimonio nulo. Solo una pres-

(1) Pothier, nums. 280 y 281.

cripcion encontramos en este sentido y es la relativa á la nulidad proveniente del impedimento de parentesco dispensable y de que nos ocuparemos más adelante. Este silencio, por lo que hace á la nulidad consistente en impubertad, bastaría por sí solo para rechazar la revalidacion que pretendiera fundarse, verificado ya el matrimonio, en la dispensa posterior, *ó in radice*. Pero se podría decir: 1°. que el cápitulo sobre matrimonios nulos solo contiene las ratificaciones que dependen de la voluntad de las partes; pero no las revalidaciones propiamente dichas que se fundan en la ley; 2°. que así como tenemos un ejemplo de dispensa posterior al matrimonio nulo en el decreto de 5 de Diciembre de 1867, por el cual se declararon revalidados los matrimonios celebrados solo ante los ministros del culto, aunque clandestinos segun la ley civil (1), podría citarse el art. 160 del Código que comentamos y sus concordantes, en apoyo del principio de que la dispensa posteriormente obtenida á la celebracion del matrimonio por un impúber, revalida éste, pues no puede negarse que, entre las causas para motivar la dispensa *in radice*, figura la conveniencia de no destruir un enlace ya existente, exponiendo á los contrayentes á la difamacion y perversion de costumbres, consecuencias, las mas veces, inevitables.

Numero 2. Del incesto.

277. Explicados ya ámpliamente en otro lugar los impedimentos de consanguinidad y afinidad para contraer matrimonio (2), vamos ahora solamente á ocuparnos de la accion de nulidad para reclamar contra aquel, una vez contraído, á pesar de tales impedimentos. Desde luego y por lo que hace al Derecho canónico, nos bastará recordar las palabras de Berardi, reprodu-

(1) Véase tomo 1, de esta obra, apéndice letra S.
(2) Véase tomo 2° de esta obra, nums. 116 y siguientes.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cidas en otro lugar, para asentar que esta nulidad es pública ó absoluta tambien, no dependiendo por consiguiente su ejercicio de solo los cónyuges (núm 217). *Si verò ob consanguinitatem*, dice Murillo, *affinitatem, vel publicam honestatem matrimonium dissolvi intendatur, admittuntur parentes, et consanguinei hisque deficientibus vicini: quia meliorem impedimenti notitiam possunt, et solent habere* (1). Es esta tambien la opinion de todos los canonistas, fundada en varias decisiones de la Iglesia (2). Gonzalez Tellez comentándolas dice: *Si vero propter aliquod impedimentum perpetuum, & cui conjuges ipsi renuntiare non possunt, matrimonium nullum sit, æque ad accusandum omnes admittuntur, quia ita publice interest propter pecatum simili matrimonio implicitum* (3) Esta accion no se prescribe por nigun trascurso de tiempo, pudiendo aun hacerse valer despues de la sentencia pronunciada sobre la validez del matrimonio, pues la que se pronuncia jamás pasa en autoridad de cosa juzgada. Con respecto á las personas que no pueden ser recibidas á reclamar contra la nulidad del matrimonio por causa de incesto, creemos muy conveniente citar las siguientes doctrinas, aplicables á la accion de nulidad en general. Segun ellas no deben ser admitidos al ejercicio de dicha accion: 1 º los que habiendo intentado percibir un torpe lucro, solo la interponen porque los cónyuges se negaron á darles cierta suma de dinero (4); 2 º los que no denunciaron el impedimento al tiempo de publicarse las amonestaciones para el matrimonio, á no ser que prueben que entónces se hallaban ausentes ó enfermos ó eran de edad insuficiente para denunciar ó que juren que no han

(1) Murillo, tom. 2, lib. 4, tit. 18.
(2) *Qui matrim. accus.* 3.—*Caus.* 35, *quæst.* 6.
(3) Gonzalez Tellez, *Comentaria perpetua*, lib. 4, cap. 6.
(4) Cap. *Significasti*, 5, *de Divortiis.*

adquirido noticia del impedimento, sino hasta despues de celebrado el matrimonio; 3 º los que no deducen la accion en persona, sino por cartas, á no ser que hubiere para esto razon suficiente (1). Los mismos cónyuges deben ser igualmente rechazados en la accion de nulidad, que intentaren por razon de incesto, cuando hubiere habido larga cohabitacion entre ellos y prole del matrimonio, lo cual se deduce de las siguientes palabras del Sumo Pontífice Alejandro III: *Consuluit nos tua fraternitas, quid tibi faciendum sit de quodam milite, qui cum mlierem quandam duxerit in uxorem, et eam tempore longo tenuerit, et prolem ex ea susceperit, nunc matrimonium ipsum accusat, dicens se in quarto gradu consanguinitatis esse. Ad quod utique consultationi tuæ taliter respondemus, quod si præfatus miles mulierem ipsam in facie Ecclesiæ duxit, et longo tempore tenuerit, non debet vox suæ accusationis admitti, nisi, aliæ personæ idoneæ apparerent, et merito suspicioni carentes, quæ matrimonium ipsum velint legitime, et possint accusare.*

278. Pero el impedimento de consanguinidad y afinidad es dispensable, como no sea en línea directa y en el primer grado igual de la línea colateral, de lo cual se deduce que la consiguiente causa de nulidad, una vez contraído el matrimonio, es tambien subsanable por dispensa. Esta, ó es *in radice* (núm. 275), ó acompaña á la revalidacion. Para la primera debe tenerse presente que, segun los canonistas, las causas principales para concederla, son: 1 ª que ambas partes sean sabedoras del impedimento, pero que una de ellas se niegue decididamente á renovar el consentimiento, aunque consienta en continuar la vida conyugal; 2 ª que, si solo una de las partes tiene noticia del impedimento, éste no pueda revelarse á la otra sin gra-

(1) Donoso, lib. 4, cap. 1, num. 6.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ves inconvenientes, como sucedería en el caso de afinidad por copula ilícita y 3ª que haya un motivo poderoso para no descubrir á los cónyuges la nulidad del matrimonio. El Señor Benedicto XIV, en su Breve *Etsi matrimonialis*, exije además las siguientes condiciones para la dispensa *in radice*: 1ª la buena fé de una de las partes, al tiempo de la celebracion del matrimonio. Donoso da la razon de esto diciendo, que ya que se dispensa la renovacion del consentimiento, en cuanto se supone que los cónyuges tuvieron al principio verdadera voluntad de contraer, la dispensa *in radice* no puede tener lugar respecto del que sabía que verificaba un matrimonio nulo, por lo cual éste, al menos, debe prestar nuevo consentimiento. 2ª que el impedimento sea solo de Derecho eclesiástico; 3ª que haya para la dispensa una grave y urgente causa y 4ª que haya constancia de que persevera aun el consentimiento dado al principio.

279. La antigua legislacion española es conforme á la canónica, como se patentiza por las disposiciones siguientes: "Carnal parentezco ó cuñades fasta cuarto grado, auiendo entre algunos que fuessen casados: ó auiendo otrosi entre ellos parentezco spiritual, assí como compadrazgo; ó alguno de los embargos, porque non deuen casar, e si fueren casados, que deue ser partido el casamiento, por razon de pecado mortal que ha entre ellos; por cualquier destos embargos, puede *acusar el marido a la mujer, e ella a el, que los departan. E si ellos se quisieren callar queriendo beuir en tal pecado, puedenlos acusar los parientes. E si ellos non lo quisieren fazer, puedenlos acusar otros qualesquier del Pueblo, por la razon misma que diximos en la ley ante desta* (1). Gregorio López, en la glosa á esta ley, expresa con toda claridad el carácter de absoluta que la nulidad que nos

(1) *Partida* 4ª. tit. 9, l. 3.

ocupa, tiene, segun aquella. *Potest judex*, dice, *vel eo nolente, conjugum propinquiores consanguinei, et eis nolentibus, quilibet de populo matrimonium ob consanguinitatem, affinitatem, aut cognationem, accusare, ne in peccato permittantur vivere.*

280. El antiguo (1) y moderno derecho francés están conformes en considerar esta nulidad, como absoluta. "Todo matrimonio, dice el art. 184 del Código de Napoleon, contraido en contravencion á las disposiciones contenidas en los artículos 144, 147, 161 y 163, puede ser atacado, sea por los esposos mismos, sea por todos aquellos que tengan interés, sea por el ministerio público" (2). En cuanto á la imposibilidad de cubrir esta nulidad, todos los comentadores están acordes en ello, diciendo que pertenece á aquellas que Portalis llamaba *continuas é indifinidas* (3). Pero ¿podrá cubrirse, por lo que hace á los grados de parentesco dispensable, por la dispensa posterior? Los autores no están de acuerdo, y así es que mientras Demolombe (4) y Laurent, resuelven esta cuestion negativamente, aunque confesando el segundo que la afirmativa podría sostenerse (5), Demante, dice: "Convengamos que este punto es muy delicado; porque una prohibicion, que no es establecida sino salvo dispensa, podría pasar por condicional, y, en este sistema, se comprendería que se aplicase el efecto retroactivo de la ley (6)."

281. Nuestra legislacion nacional no se separa tampoco mucho de la canónica en este punto. Nuestros varios códigos no otorgan, es verdad, de una manera uniforme, á todos los que tengan interés en probarlo, la accion de nulidad por vicios de pa-

(1) Pothier, nums. 444 y siguientes.
(2) Marcade, tom. 1, nums. 654 y siguientes.
(3) Locré, *Legislat. civ.*—tom. 4, págs. 373 y 575.
(4) Demolombe, tom. 3, núm. 334.
(5) Laurent, tom. 2, num. 474.
(6) Demante, tom. 1, num. 268 bis. I.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

rentesco, no dispensado. Pero todos están acordes en reconocer que esta accion pertenece no solo á los cónyuges sino tambien á los ascendientes y que aun puede incoarse de oficio por el juez. El Código de Tlaxcala (art. 128, fracciones 5ª y 6ª) declara que son causas de nulidad del matrimonio, que los contrayentes sean parientes por afinidad en línea recta ó por consanguinidad en la línea recta ó en la colateral, dentro del segundo grado. El art. 137 ordena que estas causas de nulidad puedan hacerse valer por los cónyuges ó *por cualquiera que tenga interés* en probar que no hubo matrimonio. Este Código, aunque reconoce, como impedimento (art. 124) para contraer matrimonio, no solo esos grados de parentesco, sino tambien en la línea colateral del de consanguinidad hasta el cuarto grado, ó sea, los hijos de dos hermanos, es decir, los primos hermanos y en el de afinidad tambien por la línea colateral hasta los hermanos; sin embargo no acepta, como causas de nulidad y sí solo de ilicitud (art. 148, fraccion 3ª), la infraccion de aquel artículo, declarando (art. 126, fracciones 2ª y 3ª) que estos impedimentos, á diferencia de aquellos, son susceptibles de dispensa.

282 El Código del Estado de México, parece prestarse á la misma interpretacion que el anterior, por lo que mira á la diferencia de efectos, en órden á la nulidad ó ilicitud del matrimonio, entre los impedimentos de parentesco dispensable y no dispensable. El art. 206, fraccion 2ª, enumera, entre las causas de nulidad, solamente el parentesco de consanguinidad ó afinidad *no dispensable*. Para hacernos cargo de estos impedimentos, es necesario establecer que este Código, en sus artículos 128 y 129, declara prohibir el matrimonio, no solo en la línea recta, entre todos los ascendientes y descendientes naturales y afines, legítimos é iligítimos, sin limitacion de grados; pero, tambien, en la colateral, entre los hermanos y medios hermanos

legítimos é ilegítimos y sus afines en el mismo grado, á no ser, respecto de estos últimos, que haya justos motivos de dispensa. El 131 prohibe tambien el matrimonio entre tio, hermanos de padre ó de madre, de abuelo ó de abuela y sobrina, ó entre tia, hermana del padre ó de la madre, del abuelo ó de la abuela y sobrino, á no ser que se haya obtenido dispensa. Finalmente el 132 prohibe igualmente el matrimonio del tutor, curador, sus hijos y descendientes con la persona que ha tenido ó tiene en guarda, á no ser que obtenga dispensa, la cual no debe concederse, mientras no haya recaido la aprobacion de las cuentas de la tutela. —Ahora bien, supuesta la *dispensabilidad* de estos impedimentos ¿qué pueden significar, si no es que su infraccion no es causa de *nulidad* sino solo de *ilicitud*, las últimas palabras, ántes citadas del art. 206 fraccion 2ª? Es verdad que el art. 223 fraccion 1ª, enumerando las causas de ilicitud, dice: que lo es haber sido contraído el matrimonio, pendiente la decision sobre un impedimento *denunciado*, ú ocultándose éste. "Si se probare, añade el texto, la existencia del impedimento dirimente, habrá lugar á la *nulidad*." Se nos podría decir: tambien los impedimentos *dispensables* han podido ser *denunciados* ú *ocultados;* luego el art. 223 no es claro, en cuanto á considerar solo, como causa de ilicitud, su infraccion, exclusivamente porque son dispensables. Pero, á pensar así se opone el sistema, ó mejor dicho, redaccion seguidos por este Código. Acabamos de ver, que el artículo declara que, si se descubre la existencia de un impedimento *dirimente*, habrá lugar á *nulidad*. Ahora bien, el art. 141 dice que cualquiera de los impedimentos en los cuales *no sea permitida la dispensa*, basta no solo para que no se celebre el matrimonio, sino para *dirimir* el que, existiendo alguno de ellos, se haya celebrado. Luego, decimos nosotros, la circunstancia de *dispensabilidad* es incompatible, segun este Código, como segun el de Tlaxcala, con la accion de nulidad.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Pero este principio tiene una excepcion, segun el Código del Estado de México, en verdad poco fundada, á nuestro humilde juicio, que es la siguiente: aunque la prohibicion de matrimonio entre el tutor, curador, etc., etc. y la persona que ha tenido ó tiene bajo su guarda, es *dispensable* segun el art. 132, resulta causa de *nulidad* segun el 208, y nulidad absoluta, que puede ser reclamada por lo mismo no solo por los cónyuges sino tambien por cualquier otro interesado. Ya en otro lugar hemos dicho (1), siguiendo la autoridad de Cuyacio, que la razon filosófica para prohibir el matrimonio entre el tutor y la pupila, razon que ha movido á todos los legisladores, en este punto, era la sospecha de fraude que podia cometer el tutor. Y la prueba es que, considerándose esta prohibicion siempre como dispensable, la dispensa no debe otorgarse, sino hasta que hayan sido rendidas y aprobadas las cuentas de la tutela. ¿Cómo, pues, sin incurrir en evidente exageracion de un principio de mera conveniencia, pero extraño á las condiciones constitutivas del matrimonio, declarar su infraccion, motivo de nulidad absoluta?

283. Los Códigos del Distrito Federal (arts. 284 y 285 de el de 1870 y 261 y 262 del actual) y el de Veracruz (art. 258) declaran que la nulidad del matrimonio, por vicio de incesto, es absoluta; pero que ella solo puede deducirse por *los cónyuges*, por *los ascendientes* de uno y otro y seguirse tambien *de oficio*. En consecuencia, ni los demás parientes ni cualquier interesado tienen derecho á deducir esta accion de nulidad, pues, como en otro lugar lo expusimos (núms. 218 y 219), segun nuestras leyes la accion de que se trata, no corresponde sino á aquellos á quienes la ley la concede expresamente.—Estos tres códigos contienen una particularidad que los asemeja al Derecho ca-

(1) Véase tomo 2º de esta obra, núm. 265.

nónico y diferencía de los otros y del de Napoleon, es á saber, que declaran la procedencia y efectos de la *dispensa in radice* (núm. 275), si bien exigiendo que además de ella, los cónyuges reiteren su consentimiento.—"Si despues se obtuviese la dispensa, dicen los artículos citados, y ambos cónyuges, reconocida la nulidad, quisieren espontáneamente reiterar su consentimiento, lo que se hará por medio de una acta ante el juez del registro civil, quedará revalidado el matrimonio y surtirá todos sus efectos legales desde el dia en que primeramente se contrajo.

Numero 3 De la bigamia.

284. Pocas palabras deben bastarnos para poner en toda su luz e caracter de la nulidad de un matrimonio, fundada en la existencia de otro, válido y no disuelto todavia. En otro lugar de esta obra (1) hemos tratado extensamente del impedimento de matrimonio anterior, á que corresponde esta accion de nulidad. Si nos fijamos en que la monogamia es la esencia del matrimonio verdaderamente cristiano, fácil nos será convencernos, sin necesidad de citas ni decisiones pontificias, que un matrimonio contrario á ella, tiene que ser *absolutamente* nulo, pudiendo reclamar contra él en todo tiempo no solo el cónyuge inocente sino tambien el culpable y cualquiera persona, por extraña que sea al pretendido matrimonio. En este caso tienen toda su oportunidad las siguientes palabras de Pothier, aunque relativas á otras, si bien análogas especies: "La demanda en nulidad puede ser intentada aun por aquella de las partes que ha engañado á la otra, ocultándole un impedimento que hace nulo el matrimonio: por ejemplo, si un hombre, comprometido en las órde-

(1.) Véase tomo 2.º de esta obra, núms. 244 y siguientes.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nes sagradas, ó en el estado de religión por votos solemnes, se ha casado con una mujer á quien ha ocultado su estado, que no era conocido en el lugar donde residia desde largo tiempo; este sacerdote ó este monje es recibido á intentar, contra la mujer á quien ha engañado, la demanda en nulidad de su matrimonio. Se opondrán las máximas, *nemo audiri debet propriam turpitidimen allegans*, y *nemo ex proprio dolo consequi potest actionem*, y otras semejantes. La respuesta es que estas máximas no tienen otro objeto que un interes particular del demandante; pero la demanda que una parte forma en nulidad de matrimonio, aunque haya sido contraido por su dolo, tiene además del interes del demandante, un objeto de honestidad pública, que seria herido, si se dejase subsistir un matrimonio que la honestidad pública y las leyes no permiten dejar subsistir, y esta razón de honestidad pública debe hacer admitir la demanda. (1)"

285 El vínculo contraido se considera siempre subsistente, mientras no haya pruebas ciertas de la muerte de uno de los cónyuges, ó no se haya declarado la nulidad del matrimonio. Ya expusimos en otro lugar (2) las palabras del Sumo Pontífice Clemente III. que dice: *Donec certum nuntium recipiant de morte virorum.* ¿Qué debe entenderse por la palabra *certum*? En opinion comun de los doctores, ella significa un testimonio que forme prueba plena, como la partida de defuncion, la imformacion de varios testigos uniformes y cualquiera otra de igual seguridad. ¿Serán bastantes la voz pública, apoyada en probabilidades, ó la deposicion de un testigo, aunque irrecusable? Así lo pretenden algunos; pero tristes y no pocas experiencias han demostrado lo resgoso de proceder con tan escasa cautela

(1.) Pothier, núm. 443.

(2). Véase tomo 2.° de esta obra, núm. 248.

en asunto de tanta magnitud y trascendencia. El Ritual Romano dice: *Caveat praeterea parochus, ne facile ad contrahendum matrimonium admitat..... eos qui antea conjugati fuerunt, ut sunt uxorem militum, vel captivorum, vel aliorum qui peregrinantur, nisi diligenter de eis omnibus facta inquisitione et re ad ordinarium delata ab eoque habita ejusmodi matrimonii celebraudi licentia.* La Iglesia, atenta á la santidad del Sacramento del matrimonio, á la par que á los intereses de sus hijos, y deseosa de subvenir á ambas atenciones y de evitar todo engaño ó perjuicio, ha dictado reglas que son modelo de justicia y de prudencia, para probar el fallecimiento de algun cónyuge. Una prueba de esto es la siguiente instruccion de la Suprema Sagrada Congregacion, que por su importancia y lo funesto de los casos que pueden ofrecerse, no vacilamos en reproducir íntegra. *Matrimonii vinculo duos tantummodo, "Christo ita docente, copulari, et conjungi posse, alterutro vero conjuge vita functo, secundas, imo et ulteriores nuptias licitas esse, dogmatica Ecclesiae catholicae doctrina est." Verum ad secundas et ulteriores nuptias quod attinet cum de re agatur, quæ dificultatibus ac fraudibus haud raro est obnoxia, hinc Sancta Sedes sedulo curavit modo Constitionibus generalibus, sæpius autem responsis in casibus particularibus datis, ut libertas novas nuptias ineundi ita cuique salva esset, prædicta matrimonii unitas in discrimen non adduceretur.*

Inde constituta sacrorum Canonum, quibus, ut quis possit licite ad alia vota transire, exigitur quod de morte conjugis certo constet, ut cap. Dominus de secundis nuptiis, vel quod de ipsa morte recipiatur certum nuncium, ut cap. in præsentia, de sponsalibus et matrimoniis. Inde etiam ea quæ explanatius traduntur in Instructione "Cum alias" 21 augusti 1670 á Clemente X sancita, et in Bullario romano inserta super examine testium pro matrimoniis contrahendis in Curia Emi. Vicarii Urbis et ceterorum

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Ordinarium. Maxime vero quæ propius ad rem facientia ibi habentur nn. 12 et 13.

Et hæc quidem abunde sufficerent si in ejusmodi causis peragendis, omnimoda et absoluta certitudo de altérius conjugis obitu haberi semper posset; sed cum id non sinant casuum propemodum infinitæ vices (quod sapienter animadversum est in laudata Instructione his verbis: Si tamen hujusmodi testimonia haberi non possunt, sacra Congregatio non intendit excludere alias probationes quæ de jure communi possunt admitii, dummodo legitimæ sint et sufficientes) sequitur, quod stantibus licet principiis generalibus præstitutis, haud raro casus eveniunt, in quibus ecclesiasticorum. Præsidum judicia hærere solent in vera justaque probatione disgnoscenda ac statuenda, imo pro summa illa facilitate, quæ ætate nostra facta est, remotissimæ quasque regiones aducendi in omnes fere orbis partes homines divagentur, ejusmodi casum multitudo adeo succrevit, ut frecuentissimi hac de re ad supremam hanc Congregationem habeantur recursus, non sine porro partium incommodo, quibus inter informationes atque instructiones quæ pro re nata ut ajunt, peti, mittique necesse est plurimum deffuit temporis, quin possint ad optata vota convolare.

Quapropter Sacra eadem Congregatio hujusmodi necessitatibus occurrere percupiens, simulque perpendens in dissitis præsertim missionum locis, ecclesiasticos. Præsides opportunis destitui subsidiis, quibus ex gravibus difficultatibus extricare se valeant, e re esse censuit, uberierem edere Instructionem, in qua, iis, quæ jam tradita sunt, nullo pacto abrogatis, regulæ indigitentur, quas in ejusmodi casibus hæc ipsa S. Congregatio sequi solet, ut illarum ope, vel absque necessitate recursus ad Sanctam Sedem, possint judicia ferri, vel certe. Si recurrendum sit, status quaestionis ita dilucide exponatur, ut impediri longiori mora sententv non debeat. Itaque:

1. Cum de conjugis morte quæstio instituitur, notandum pri-i

mo loco, quod argumentum a sola ipsius absentia quantacumque (licet a legibus civilibus fere ubique admittatur) a Sacris Canonibus minime sufficiens ad justam probationem habetur. Unde sa. me. Pius VI ad Archiepiscopum Pragensem die 11 julii 1789 rescripsit, solam conjugis absentiam, atque omnimodum ejusdem silentium satio argumentum non esse ad mortem comprobandam, ne tum quidem cum edicto regio conjux absens evocatus (idemque porro dicendum est si per publicas ephemerides id factum sit) nullum suimet indicium dederit. Quod enim non comparuerit, idem ait Pontifex, non magis mors in causa esse potuit, quam ejus, contumacia.

2. Hinc ad præscriptum eorumdem Sacrorum Cononum documentum authenticum obitus diligenti studio exquiri omnino debet; exaratum scilicet ex regestis paroeciæ vel Xenodochii vel militiæ vel etiam, si haberi: nequeat ab auctoritate ecclesiastica, a Gubernio civili loci in quo, ut supponitur, persona obierit.

3. Porro quandoque hoc documentum haberi nequit; quo casu testium depositionibus supplendum erit. Testes vero duo saltem esse debent, jurati, fide digni, et qui de facto proprio deponant, defunctum cognovérint, ac sint inter se concordes quoad locum et causam obitus, aliasque substantiales circumstantias. Qui insuper, si defuncti propinqui sint, aut socii itineris, industriæ, vel etiam militiæ, eo magis plurimi faciendum erit illorum testimonium.

4. Interdum unus tantum testis examinandus reperitur, et licet ab omni jure testimonium unius ad plene probandum non admittatur, attamen ne conjux alias nuptias inire peroptans, vitam cælibem agere cogatur, etiam unius testimonium absolute non respuit suprema Congregatio in dirimendis hujusmodi casibus dummodo ille testis recensitis conditionibus sit præditus, nulli exceptioni obnoxius, ac præ-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

terea ejus depositio aliis gravibusque adminiculis fulciatur; sique alia extrinseca adminicula colligi omnino nequeant, hoc tamen certum sit nihil in ejus testimonio reperiri, quod non sit congruum atque omnino verisimile.

5. Contingit etiam ut testes omnimoda fide digni testificentur, se tempore non suspecto mortem conjugis ex aliorum attestatione audivisse, isti autem vel quia absentes vel quia obierint vel aliam ob quamcumque rationabilem causam examinari nequeunt; tunc dicta ex alieno ore, quatenus omnibus aliis in casu concurrentibus circunstantiis aut saltem urgentibus respondeant, satis esse censentur pro sequutæ mortis prudenti judicio.

6. Verum, haud semel experientia compertum habetur, quod nec unus quidem reperiatur testis qualis supra adstruitur. Hoc in casu probatio obitus ex conjecturis, præsumptionibus, indiciis et adjunctis quibuscumque, sedula certe et admodum cauta investigatione curanda erit, ita nimirum, ut pluribus hinc inde collectis, eorumque natura perpensa, prout scilicet urgentiora vel leviora sunt, seu propiore vel remotiore nexu cum veritate mortis conjunguntur, inde prudentis viri judicium ad eamdem mortem affirmandam probabilitate maxima, seu morali certitudine promoveri possit. Quapropter quandonam in singulis casibus habeatur ex hujusmodi conjecturis simul conjunctis justa probatio, id prudenti relinquendum est judicis arbitrio; heic tamen non abs re erit plures indicare fontes ex quibus illæ sive urgentiores sive etiam leviores colligi et haberi possint.

7. Itaque in primis illæ præsumptiones investigandæ erunt quæ personam ipsius asserti defuncti respiciunt, quæque profecte facile haberi poterunt a conjunctis, amicis, vicinis, et quoquo modo notis utriusque conjugis. In quorum examine requiratur ex gr.

An ille, de cujus obitu est sermo, bonis moribus imbutus esset; pie religioseque viveret: uxoremque diligeret; nullam sese occultandi causam haberet: utrum bona stabilia possideret, vel alia a suis propinquis aut aliunde sperare posset.

An discesserit annuentibus uxore et conjunctis; quæ tunc ejus actas et valetudo esset.

An aliquando et quo loco scripserit, et num suam voluntatem quamprimum redeundi aperuerit, aliaque hujus generis indicia colligantur.

Alia ex rerum adjunctis pro varia absentiæ causa colligi indicia sic poterunt.

Si ob militiam abierit, á duce militum requiratur quid de eo sciat; utrum alicui pugnæ interfuerit; utrum ab hostibus fuerit captus; num castra deseruerit, aut destinationes periculosas habuerit etc.

Si negotiationis causa iter susceperit inquiratur, utrum, tempore itineris gravia pericula fuerint ipsi superanda: nom solus profectus fuerit, vel pluribus comitatus: utrum in regionem ad quam se contulit supervenerint seditiones, bella, fames et pestilentiæ etc., etc.

Si maritimum iter fuerit aggressus sedula investigatio fiat á quo portu discesserit; quinam fuerint itineris socii; quo se contulerit; quod nomen navis quum conscendit; quis ejusdem navis gubernator; an naufragium fecerit; an societas quæ naviscaultionem forsan dedit, pretium ejus solverit; aliæque circumstantiæ, si quæ sint, diligenter perpendantur.

8. Fama quoque aliis adjutâ adminiculis argumentum de obitu constituit, hisce tamen conditionibus, nimirum, quod a duobus saltem testibus fide dignis et juratis comprobetur; qui deponant de rationabili causa ipsius famæ; an eam acceperint á majori et saniori parte populi, et an ipsi de

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

eadem fama recte sentiant; nec sit dubium illam fuisse concitatam ab illis, in quorum commodum inquiritur.

9. Tandem, si opus fuerit, prætereunda non erit investigatio per publicas ephemerides, datis Directori omnibus necesariis personæ indiciis, nisi ob speciales circunstiantias saniori ac prudentiori consilio aliter censeatur,

10. Hæc omnia pro opportunitate casuum sacra hæc Congregatio diligenter expendere solet; cumque de re gravissima agatur cunctis æquâ lance libratis, atque insuper auditis plurium theologorum et juris prudentum suffragiis, denique suum judicium pronunciat, an de tali obitu satis constet, et nihil obstet quominus petenti transitus ad alias nuptias concedi possit.

11. Ex his omnibus ecclesiastici Præsides certam desumere possunt normam quam in hujusmodi indiciis sequantur. Quod si non obstantibus regulis hucusque notatis res adhuc incerta et implexa illis videatur, ad Sanctam Sedem recurrere debebunt, actis omnibus cum ipso recursu transmissis, aut saltem diligenter expositis (1).

Si una mujer, pues, se ha casado con un segundo marido en vida del primero, y despues sabe que aun vive éste, debe dejar á aquel y reunirse con el primero, pudiendo ser á ello forzada por las Censuras eclesiásticas, aun cuando tuviera hijos del segundo, y aunque hubiera contraido de buena fé, fundada en certificados de defuncion, ó con permiso del Juez eclesiástico. Así lo dicen Lucio III: *Quod si post hoc de prioris conjugis vita constiterit, relictio adulterinis complexibus, ad priorem conjugem revertatur* (2) y S. Leon en su carta 79 á Nicetas, obispo de Aquilea: *Quæ cum viros proprios aut interemptos putarent, aut nunquam à dominatione crederent liberandos*

(1) Mansella, *De impedimentis*, págs. 424 y siguientes.
(2) Cap. *Dominus, de secundis nupttis.*

ad aliorum conjugium, solitudine cogente, transierint, cumque nunc statu verum, auxiliante Domino, in meliora converso, nonnulli eorum, qui putabuntur periisse, remæverint, merito charitas tua videtur ambigere, quid de mulieribus, quæ aliis junctæ sunt viris à novis debeat ordinari; sed quia novimus scriptum, quod á Deo jungitur mulier viro, et iterum præceptum agnovimus: Quod Deus junxit, homo non separet, necesse ut legitimarum fœdera nuptiarum redintegranda credamus; et remotis malisquæ hostilitas intuit, unicuique hoc quod legitimè habuit reformetur..... et restituendum quod fides poscit; si autem aliquæ mulieres ita posteriorum virorum amore sunt captæ, ut malint cohærere, quam ad legitimum redire consortium, merito sunt notandæ, ita ut etiam Ecclesiasticâ communione priventur (1).

"La razon es, dice el autor, de las conferencias de Angers, que el segundo matrimonio no anula al primero, segun el cap. *Tuas, de sponsa duorum. Si personæ junctæ lejitime cum aliis postea de facto contrahant, quod prius de jure factum fuerat, non poterit irritari;* al contrario, el segundo matrimonio es nulo, segun la máxima: *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.* Aun cuando este segundo matrimonio hubiera subsistido sin turbacion durante treinta ó cuarenta años, esta larga posesion no lo haria válido, y no se podria oponer á un primer marido una ausencia de cuarenta años, como una excepcion contra la demanda que hiciese de su mujer, porque, siendo el matrimonio indisoluble, es imprescriptible, así como la verdad de la persona del marido; porque ella no puede cesar de ser lo que es; por consiguiente no se prescribe (2.)"

286. Pero supongámos que el primer marido ha muerto, celebrado ya el segundo enlace con buena fé por parte de la mujer, que,

(1) S. Leo, *Epist 79, ad Nicetam Episcop. Aquilesens.*
(2.) *Conferences d'Angers, Quest IV.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

al casarse segunda vez, creyó, con ignorancia escusable, que era viuda; ¿puede revalidarse el segundo matrimonio? En otros términos, ¿ésta causa de nulidad es susceptible de ratificacion? Sí, pero véamos en que forma y bajo que condiciones. *Propositum est nobis*, dice Alejandro III, *quod vir quidam uxorem habens, si aliam hujusmodi rei insciam copulavit; sed prima mortua nititur discedere á secunda*: *Licet autem in Canonibus habeatur, ut nullus copulet matrimonio, quam prius polluerat adulterio, et illam maximè, cui fidem dederat uxore sua vivente, vel quæ machinata est in mortem uxoris: quia tamen fræfata mulier erat inscia, quod ille aliam haberet uxorem viventem, nec dignum est, ut prædictus vir, qui scienter contra Canones venerat, lucrum de suo dolo reportet, consultationi tuæ taliter respondemus, quod nisi mulier divortium petat, ad petitionem viri non sunt aliquatemus separandi* (1). Necesítase, pues, para esta revalidacion: 1.° que haya buena fé de parte de alguno de los cónyuges y que ella haya persistido hasta con posterioridad á la noticia de la muerte del esposo casado: 2.° que esta muerte se verifique realmente y 3.° que, segun lo ya expuesto en otra parte (núm. 233.) se renueve el consentimiento *coram Parocho et testibus*, por tratarse aquí de impedimento dirimente. "El matrimonio putativo, dice Carbonero, puede convertirse y ser declarado legítimo, si, despues de celebrado, cesa el impedimento que habia al tiempo de contraerle. Por ejemplo, en el caso en que un hombre ó una mujer casados contrajesen matrimonio, viviendo el otro cónyuge, el hombre ó mujer que se casó viviendo el primer cónyuge, muerto éste, el cónyuge que se casó con otro, estando casado, pero cuya circunstancia ignoraba con ignorancia escusable, tiene derecho, ó para continuar viviendo con el cónyuge que estaba casado, y cuyo vínculo se disolvió por muerte, ó para separarse de él y casarse con

(1.) *De eo qui duxit in matrim. quam polluit per adult. cap.* 1.

otro (1.) "En este caso, pues, contra la doctrina ántes citada de Pothier, el esposo culpable no puede reclamar contra la nulidad del matrimonio, en razon á que, de ser así, el delincuente se aprovecharia de su dolo y delito con perjuicio del inocente, y esto, cuando por la muerte del cónyuge casado, se habria ya destruido el impedimento dirimente de vínculo anterior (2.)

287. La antigua legislacion española es conforme á las decisiones que preceden, y respecto á ella, por causa de brevedad, solo citaremos las siguientes palabras de la glosa: *et sunt tales per Ecclesiam separandi, licet simul vivere velint, nisi aliquis eorum impedimentum ignoravit in cujus electione est in matrimonio remanere, vel resilire* (3).

288. El Código de Napoleon es tambien terminante en cuanto á considerar la nulidad del matrimonio, proveniente de otro anterior, como absoluta. Los textos aplicables son los siguientes: Art. 184, todo matrimonio contraido en contravencion á las disposiciones contenidas en los artículos 144, 147, 161, etc., etc. puede ser atacado, ya por los esposos mismos, ya por todos aquellos que tengan interés, ora por el Ministerio Público. Art. 188, el esposo en perjuicio del cual ha sido contraido un segundo matrimonio, puede pedir su nulidad, aun en vida del esposo que estaba comprometido con él. Art. 189, si los nuevos esposos oponen la nulidad del primer matrimonio, la validez ó la nulidad de éste debe ser juzgada préviamente.

¿Es aceptable, conforme á este derecho, la revalidacion del segundo matrimonio por muerte del primer cónyuge? "No, responde Demolombe, la ley quiere prevenir estas uniones que hieren el órden público y las buenas costumbres; y hé aquí

(1) Dr. Carbonero y Sol, *obra citada*, tom. 1, cap. 21. núm. 8
(2) Murillo, tom. 2, lib. 4. tit. 7, num. 88.
(3) *Partida* 4ª. tit. 2. l. 19.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

por qué, para herirlas más seguramente, las entrega á todas estas acciones de nulidad.

289. Nuestra legislacion nacional no se separa mucho de los precedentes canónicos, como vá á verse, principalmente en el Código de Veracruz. Sus arts. 256 y 257 declaran que el vínculo de un matrimonio anterior, existente al tiempo de contraerse el segundo, anula á éste, aun cuando haya habido buena fé en su celebracion, y que la muerte del primer cónyuge, acaecida sin interrumpirse la buena fé del segundo matrimonio, produce de hecho y sin necesidad de que se declare, *la revalidacion del mismo*, la cual se retrotrae á la fecha de su celebracion con las formalidades de la ley. Pueden deducir esta accion de nulidad el cónyuge del matrimonio primero, los del segundo y aun incoarse de oficio por el juez, no siendo obstáculo para tal accion que aun viva el cónyuge bígamo. Segun este Código, no pueden pues ejercitar la nulidad los hijos del primer lecho. Si los nuevos cónyuges oponen la nulidad del primer matrimonio, ante todas cosas se ha de resolver su nulidad ó validez.

El Código de Tlaxcala (art. 128, fraccion 9 y 137) establece que esta accion puede hacerse valer por los cónyuges ó por cualquiera que tenga interés en probar que no hubo matrimonio; por consiguiente, tambien los hijos del primero, que están verdaderamente interesados por razon de su mayor legítima hereditaria.

Los dos Códigos del Distrito Federal (arts. 291 y 292, de el de 1870 y 268 del actual), reconociendo tambien, como causa de nulidad el vínculo de un matrimonio anterior, aun cuando el segundo haya sido contraido de buena fé, declaran que esta accion puede ser intentada por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos y herederos, por los cónyuges que contrajeron el segundo, por el Ministerio Público, ó de oficio por el juez.

Finalmente el Código del Estado de México (art. 211) da

la accion solamente al cónyuge del matrimonio primero, á los del segundo y al oficio del juez; por consiguiente, ni los hijos del primer matrimonio, ni porsona alguna, fuera de las mencionadas, tienen derecho de intentar aquella.

Acabamos de ver que solo el Código de Veracruz expresa que, si los nuevos cónyuges oponen á la demanda de nulidad de su matrimonio por causa de bigamía, la excepcion de nulidad del primer matrimonio, ante todas cosas se ha de resolver sobre esta cuestion prejudicial. Nada creemos más justo que esta disposicion, la cual, aunque no esté determinada en los otros Códigos, consideramos aplicable á todos, puesto que ella se desprende de la naturaleza misma de la demanda, que se basa en el supuesto de la existencia de un matrimonio anterior y no disuelto todavía, al celebrarse el segundo. Luego toda demanda con este objeto debe empezar por probar ante todo la existencia y legitimidad del primer matrimonio.

290 Ambas condiciones en el matrimonio anterior son, pues, necesarias, para que la nulidad del segundo sea declarada. Pero ¿cómo debe entenderse la legitimidad del matrimonio primero? Creemos que en toda su latitud, es decir, no solo cuando, en realidad, reuna todas las condiciones de legitimidad, sino mientras no haya sido declarado nulo por una sentencia que cause ejecutoria (núm. 206) La existencia, por lo mismo de un matrimonio, aunque nulo, no declarado tal, segun el art. 273 del Código actual del Distrito Federal y sus concordantes, al celebrarse un segundo, es causa de nulidad absoluta, pues, como dice Pothier, aquel que ha contraido un matrimonio, aunque nulo, no debe ser admitido á contraer otro, antes de haber hecho pronunciar la nulidad del primero, no debiendo hocerse él mismo su propio juez (1).

291. Pero supongamos que, contraido el segundo matrimonio

(1) Pothier, num. 107.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

en tales circunstancias, viene despues á ser declarado nulo por sentencia ejecutoria el primero; ¿deberá ser declarado nulo, como viciado de bigamía, el segundo? Es este, por el estremado parecido, el mismo caso que antes hemos visto, de muerte superveniente del primer cónyuge. Mientras el Dereho canónico consiente la revalidacion del segundo enlace, mediante la buena fé y la renovacion del mismo matrimonio *coram Paracho et testibus*, acabamos de ver que el Código de Veracruz, acepta esa misma revalidacion por solo el hecho de la muerte del primer cónyuge, si ha habido buena fé, no interrumpida; pero sin exigir la repeticion del segundo matrimonio. En consecuencia, en el caso de ser declarada la nulidad del primer matrimonio, con posterioridad á la celebracion del segundo, podemos decir, por la identidad de razon, que, segun ese mismo Código, se rehabilita tambien el segundo matrimonio *ipso facto* y "sin necesidad, de que se declare." "Pero si, en realidad, dice Pothier en el mismo lugar antes citado, se ha contraido otro matrimonio, antes de haber hecho pronunciar la nulidad del primero, aquel no dejará de ser juzgado como válido, *si se establece despues la nulidad del primero*. Es lo que ha sido determinado por sentencia de 28 de Julio de 1691, á pedimento del abogado general Lamoignon (1).

292. Esta manera de cubrirse la nulidad del matrimonio doble, sea por causa de muerte superveniente del primer cónyuge, sea por declaracion posterior de la nulidad del anterior matrimonio ¿puede establecerse, como conforme á los otros Códigos de la República? Creemos que no, fundados en el silencio que ellos guardan sobre punto de tanta importancia, silencio que no puede explicarse sino como una formal negativa, dados los antecedentes del derecho antiguo, que obligaban al legislador moderno á explicarse en esta materia, si su mente no hubiera

(1) *Journal des audiences*, tom. 4, lib. 6, cap. 40.

sido el alejar esta manera de revalidacion. Además, estos Códigos han seguido en su silencio al de Napoleon, respecto al cual dice Demolombe: "En vano el primer esposo, en perjuicio de quien un segundo matrimonio ha sido contraido, vendría á morir; este segundo matrimonio no permanecería siempre ménos afectado de la misma nulidad, tan absoluta, tan perpétua, sin que ninguna ratificacion pueda borrarla (1).

Num. 4. Del crimen.

293. Refiriéndonos á lo que en otra parte de esta obra hemos expuesto (2), decimos que la nulidad de un matrimonio afectado de impedimento de crímen, que es solo de Derecho eclesiástico; como fundada en interés público y no solo en beneficio de los cónyuges, puede ser deducida por cualquiera que tenga interés en probar su procedencia. Esto nos parece poder inferirse de las siguientes palabras de Murillo: *Quando ex alio impedimento impugnatur, non solum conjuges, sed, et alii, qui non repelluntur, præcipuè si illorum intersit admituntur* (3). Esta misma doctrina ha sido reproducida por nuestro maestro el Sr. Lic. Blas J. Gutierrez, en los términos que siguen: "Por derecho canónico, si el motivo de la separacion ó nulidad del matrimonio es de aquellos que afectan únicamente al consentimiento, bienestar ó mutacion de vida de los cónyuges, segun las doctrinas de los autores y la práctica; solo los casados pueden presentarse en juicio como demandantes; tales son, por ejemplo, los impedimentos que proceden de error ó miedo, las causas de divorcio por sevicia del marido, por adulterio y otras semejantes; pero, cuando la causa de disolucion del matrimo-

(1) Demolombe, tom. 3, num. 314.
(2) Véase tom. 2º de esta obra nums. 151 y siguientes.
(3) Murillo, tom. 2, lib. 4, tit. 18. num. 170.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nio es de aquellas que no está al arbitrio de los cónyuges el dispensarse, porque cesarian las causas que las leyes han tenido para establecer ciertos impedimentos, cuyo orígen es de interés público y no del personal de los que celebran matrimonio, pueden, aun contra la voluntad de estos, presentarse, pidiendo su separacion, cualesquiera personas que tengan noticia del impedimento. En esta regla están comprendidos los matrimonios celebrados por los consanguineos y afines, los en que se ha faltado á las solemnidades prescritas por la Iglesia, y *todos los demás en que una razon de intrés general ha sido la causa de la prohibicion* (1)."

294. ¿Esta nulidad es susceptible de revalidacion por parte de los cónyuges, siquiera por la superveniencia de algun acontecimiento? Por lo que hace al crímen, consistente en adulterio, podría invocarse en favor de la afirmativa el cap. 1 del tít. *de eo qui duxit in matrim. quam polluit per adult.*, antes citado (núm. 286) Pero fácil es demostrar que el Sumo Pontífice Alejandro III. no se refiere en él al caso que nos ocupa, puesto que se establece que la segunda mujer ignoraba que el hombre fuese casado, *quia tamen præfata mulier erat inscia, quod ille aliam haberet uxorem viventem.* Ahora bien, como lo hemos explicado en otro lugar (2), para que el impedimento sobre que se basa la nulidad que nos ocupa, exista, es necesario, que al cometerse el adulterio, *los culpables* sepan que son casados, ó que lo es por lo menos uno de ellos, *ut uterque adulter sciat alterum esse conjugatum* (3).

295. Esta nulidad es pues perpetua, aunque algunos han sostenido, que deja de existir, cuando los cónyuges cesan en el co-

(1) Lic. Blas J. Gutierrez, *Código de la Reforma*, tom. 2°, part. 3ª, pag. 353.

(2) Véase tom. 2° de esta obra, num. 158.

(3) Schmalzgrueber, *Jus eclesiasticum*, tom. 8, pars. 2, tit. 7 § 1, num. 42.

mercio adulterino ó retractan la promesa de futuro matrimonio. Schmalzgrueber refuta, siguiendo á los canonistas mas acreditados, esta opinion, en los siguienten términos: *Vel enim ante adulterium commissum a matrimonii defacto initi cotractu aut promissione recessum est, vel primum post commissum adulterium. Si primum, recessus iste a matrimonio, vel promissione illius non tollit, sed potius excludit impedimentum criminis, ne incurratur; cujus ratio est, quia ad inducendum hoc impedimentum, requiritur concursus adulterii cum matrimonio, vel istius promissione; tali autem casu adulterium cum matrimonio vel hujus promissione non concurreret, vivente legitimo conjuge. Si secundum, recessus ille a matrimonio, vel promissione illius impedimentum semel contractum non potest tollere. Ratio est, quia nulla juris authoritate, vel ratione evincitur, quod criminis impedimentum ita cesset; imo jus indiscriminatim, et nulla de recessu hoc mentione facta, adulteros, qui matrimonium, vivente legitimo conjuge, defucto contraxerunt, vel de illo fidem sibi, dederunt mutuo matrimonio, etiam conjuge defuncto, copulari prohibet. Si ab impedimento, isto semel contructo adulteri se per hujusmodi recessum possent eximere, illius introductione matrimoniorum fidei parum fuisset consultum; neque enim ademptio spei conjugio potiundi afficaciter eos a commercio adulterino arceret, si scirent impedimentum istud auferri, et amissam conjugii spem temporanei, et brevissimé recessus beneficio recuperari posse* (1) Esta misma doctrina es profesada, entre otros canonistas, por Sanchez (2).

Repetimos pues que la nulidad fundada en el impedimento de crímen es perpetua, sin que pueda cesar, ni porque los de-

(1) Schmalzgrueber, *obra citada*, tom. 8, part. 2, tit. 7, núms. 62 y 63.

(2) Sanchez, *De matrimonio*, lib. 7. disput. 79, num. 8.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

lincuentes hayan permanecido en el matrimonio criminal diez ó más años, ni porque de él hayan procreado muchos hijos: *multiplicitas prolis*, dice Clemente III, *ita susceptæ magis eorum crimen exaggerat, et diuturnitas temporis peccatum non minuit sed augmentat* (1). Sin embargo, el Romano Pontífice puede dispensar este impedimento, el cual rara vez ó nunca es dispensado, cuando proviene de conyugicidio, si es público (2.)

296. Esta causa de nulidad, reproducida en el antiguo derecho español, (3) y en el francés (4), no lo ha sido en el Código de Napoleon; pero sí, en nuestra legislacion nacional, si bien muy defectuosamente, como se manifiesta por las disposiciones siguientes. El Código de Veracruz en su art. 194 considera, como impedimento dirimente del matrimonio, el atentado contra la vida de uno de los cónyuges para casarse con el superviviente; pero en el capítulo sobre causas de nulidad y personas que pueden hacerla valer, no se menciona absoluntamentela la relativa al impedimento á que nos referimos. Ahora bien, esto supuesto, debemos deducir: 1.° que segun este Código el crímen, aunque es impedimento para contraer matrimonio, no es causa de nulidad; y 2.° que nadie puede ejercitar esta accion. Es verdad que ambas conclusiones son absurdas, pero á asentarlas nos autorizan, tanto el silencio de este Código en una materia en que todo debe ser de extricta interpretacion, cuanto el art. 267 del mismo, segun el cual, el derecho para demandar la nulidad del matrimonio corresponde *solamente* á los que lo tienen por disposicion *expresa* de la ley (núms. 206, 207 y 214.)

297. El Código del E. de México, aunque reconoce, como causa de nulidad del matrimonio (art. 206, fraccion 6.ª) el crímen

(1) *De eo qui duxit in matrim. quam polluit per adult, cap. 5.*
(2) Murillo, tom. 2, lib. 4, tit. 7, núm. 91.
(3) *Partida* 4.ª, tit. 2, l. 19.
(4) Pothier, núms. 239 y 240.

de homicidio, sin embargo, tambien guarda el más absoluto silencio con respecto á las personas que pueden ejercitar aquella. Ahora bien, reproduciendo las mismas consideraciones anteriores, no podemos ménos que hacer hincapié sobre lo dispuesto en el art. 216 de este Código, segun el cual, el derecho para demandar la nulidad del matrimonio no corresponde, sino á los que la ley lo dá *expresamente*.

298. El Código de Tlaxcala, del propio modo, aunque enumera, entre los requisitos necesarios para contraer matrimonio (art. 114, fraccion 6.ª), que no se haya atentado contra la vida de uno de los casados para contraer matrimonio con el que quedó libre, solo considera, como causa de ilicitud, la infraccion de ese requisito. El sistema de este Código, prévias nuestras protestas de respeto, nos parece absolutamente antijurídico. ¿Cómo, este impedimento, que ni siquiera es susceptible de dispensa, hará solo ilícito el matrimonio contraído, apesar de él? ¿Tan pobre idea se tiene del acto más importante y respetable de la vida, que á los que lo verifican por medio del crímen, apenas se osa castigarlos con las ligeras penas señaladas por el Código para ciertas leves infracciones, pero dejando subsistir la inícua é infame union?. A lo ménos, el Código de Veracruz, en su art. 197, considera, como impedimento dirimente, el conyugicidio, por lo cual no es censurable sino de silencio ú omision en cuanto al ejercicio de la nulidad. Es verdaderamente extraño, que á los ilustrados autores del Código de Tlaxcala, se hayan escapado consideraciones que, desde la más remota antigüedad, hicieron del crímen, uno de los más graves motivos para dirimir el matrimonio (1).

299. De los dos Códigos del Distrito Federal, el de 1870, en su art. 280 fraccion 1.ª, considera el crímen, como causa de nulidad; pero nada dice tampoco con respecto á las personas que

(1) Véase tomo 2.º de esta obra, núm. 152.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

pueden ejercitar aquella. Repetimos pues las reflexiones hechas para los Códigos de Veracruz y E. de México, fundándonos en lo prescrito por el art. 300 de este Código. El silencio á que nos referimos ha sido suplido en el Código que comentamos por el art. 269, segun el cual, la accion de nulidad por crímen puede ser deducida por el *cónyuge inocente, por los hijos y herederos del primer cónyuge* y por el Ministerio Público. De esta legislacion se deduce 1.° que la ley supone la posibilidad de que se verifique el impedimento de crímen, aun cuando el cónyuge, libre ya por el atentado de que ha sido víctima el otro, sea inocente; 2.° que, siendo culpable, no goza de esta *accion* de nulidad; 3.° que jamás el homicida tiene esta accion y 4.° que, en todo caso, la tienen los hijos y herederos del cónyuge asesinado y el Ministerio Público.

300. Ninguna accion, como se vé, resulta por el adulterio, con promesa ó pacto de futuro matrimonio, del art. 279. Esto proviene de que nuestra legislacion se ha separado, en este punto, de la canónica, segun ya lo hicimos notar en otra parte de esta obra (1).

Numero 5. De la clandestinidad.

301. Segun lo ofrecimos en otra parte de nuestra obra (2), vamos á ampliar ahora los breves apuntes allí expuestos, procurando la mayor concision y mejor método en materia tan vasta y fértil en dificultades, como es la que tiene por objeto las solemnidades externas del matrimonio y su sancion ó cumplimiento. Varias son las significaciones, que de la palabra *clandestinidad* se encuentran en los autores y en la jurisprudencia. Pueden desde luego señalarse cuatro, que conviene ante todo precisar, para estar

(1) Véase tomo 2.° de esta obra, num. 163.
(2) Véase tomo 1.° de esta obra, nums. 329 y sigts., 366 y sigts.

preparados contra graves errores y deplorables confusiones. Segun la primera, es *clandestino* el matrimonio de los hijos de familia, celebrado sin el consentimiento de sus padres. Segun la segunda, lo es tambien el que no ha sido precedido de las publicaciones, banas ó amonestaciones. Segun la tercera, la clandestinidad consiste en la falta de honor ó bendicion sacerdotal. Finalmente, segun la cuarta, el mismo defecto proviene de que no hayan estado presentes al acto el Cura ó Párroco y los testigos. Esta cuádruple significacion se encuentra demostrada en varios lugares de la coleccion de los Concilios y de los Autores. *Matrimonium dicitur*, leemos en el Sínodo de Langrés, *clandestinum multis modis. Primo, cum non habentur testes, seu exhibentur, qui sunt præsentes, cum sit matrimonium. Secundo, cum Matrimonium fit per verba de præsenti non cum solemniter debita, ut cùm non datur honor et benedictio in facie Ecclesiæ. Tertio cum sit Matrimonium per verba de præsenti, Bannis non præmissis, seu denuntiatione bannorum non facta.....* (1). Gregorio López, en la glosa á una ley de partida (2), expresa tambien estos varios modos ó formas de clandestinidad: *Matrimonium clandestinum est*, dice, *quod secreto, et sine testibus est contractum, aut sine consanguineorum notitia, vel ante denunciationem in Ecclesia de eo fiendam per clericum parochialem. Et vetuit Ecclesia clandestina matrimonia, ne contingat dimittere conjugem per probationis defectum: quia Ecclesia non judicat de occultis, sed secundum allegata, et probata.* Los Canonistas enseñan que la verdadera y propiamente dicha clandestinidad es la que consiste en la ausencia real y moral del Párroco y testigos, en el acto del matrimonio, pero que, en sentido impropio, se aplica tambien aquella pala-

(1) *Concil. Lingonen.* An. 1404, citado por Bouchel, *Decreta Ecclesiæ Gallicanæ*, lib. 3, tit. 8, cap. 7.
(2) *Partida* 4.ª, tit. 3, l. 2.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

bra á los otros defectos mencionados (1).

302 La celebracion ante la Iglesia del matrimonio de los cristianos y la bendicion nupcial que el sacerdote celebrante da á las personas que se casan, remontan á la más lejana antigüedad. S. Isidoro de Sevilla, nota que la bendicion nupcial, se practicaba en la Iglesia, á imitacion de la que el mismo Dios dió en el paraíso terrestre á nuestros primeros padres (2). Tertuliano (3), S. Ambrosio (4), el Papa Symaco (5), el 4 º Concilio de Cartago, Inocencio I (6) etc. etc., dan tambien testimonio de esta verdad. Pero no debe entenderse que, segun estas autoridades, la bendicion nupcial, hecha por el Sacerdote, fuese necesaria para la validez del matrimonio; pues solo era un uso piadoso, cuya falta, aunque castigada con penas más ó ménos severas, de ninguna manera invalidaba el acto, lo cual se deduce claramente, entre otras doctrinas, de las dos siguientes: Nicolás I, á consulta de los Bulgaros en el siglo IX expone así los usos de la Iglesia para la celebracion de los matrimonios: *Primum quidem in Ecclesia Domini, cum oblationibus quas offerre debent Deo, per sacerdotis manum statuuntur, sicque demum benedictionem et velamen cælesti suscipiunt.....post hæc de Ecclesia egressi, coronas in capitibus gestant, quæ semper in Ecclesia ipsa sunt solitæ reservari..... hæc sunt jura nuptiarum....*En seguida el Papa añade: *Peccatum autem esse, si hæc cuncta in nuptiali fœdere non interveniant, non dicimus, quemadmodum Græcos vos adstruere dicitis, præsertim quum tanta soleat arctare quosdam rerum inopia, ut ad hæc præparanda nullum his sufragetur auxi-*

(1) Mansella, *De impedimentis*, pag. 125.
(2) S. Isid. de Sevilla, *De officio Ecclesiatico*, lib. 2 cap. 19
(3) Tertul. *Ad uxorem*, lib. 2, cap. 8.
(4) S. Ambros. *Carta á Virgilio*, num. 7.
(5) El Papa Symaco, *Carta á Himero*, cap. 9.
(6) Inocen. I, *Carta á Victricio*, art. 6.

lium; ac per hoc sufficiat, secundum leges, solus eorum consensus de quorum conjuctionibus agitur. Alejandro III, en el siglo XII, no exigía otra cosa, para la validez de los matrimonios, qué la clara y expresa voluntad de los cónyuges, de tomarse por marido y mujer: *Ex tuis litteris intelleximus virum quemdam et mulierem sese invicem recepisse, nullo sacerdote præsente, nec adhibita solemnitate quam solet anglicana ecclesia exhibere, et aliam prædictam mulierem ante carnalem commixtionem solemniter duxisse et cognovisse: tuæ prudentiæ duximus respondendum quod, si prius vir et mulier ipsa, de præsenti se receperit, dicendo unus alteri, ego te recipio in meam, et ego te recipio in meum; etiamsi non intervenerit illa solemnitas, nec vir mulierem carnaliter cognoverit, mulier ipsa primo debet restitui, quum nec potuerit nec debuerit post talem consensum alii nubere* (1).

303. Tales eran la disciplina y doctrina canónicas, vigentes antes del Concilio Tridentino, el cual, movido por la malicia y deprabacion de los hombres, que habian sido causa de abusos y males muy lamentables, hizo las reformas y declaraciones que aparecen en las siguientes palabras de la sesion 24: "Aunque no debe dudarse que los matrimonios clandestinos, celebrados con libre consentimiento de los contrayentes, fueron ratos y verdaderos, mientras la Iglesia católica no los declaró írritos, por lo cual deben justamente ser condenados, como los anatematiza el Santo Concilio, los que niegan que tuvieron estas cualidades, así como los que falsamente afirman que son írritos los matrimonios contraidos por hijos de familia, sin consentimiento de sus padres, y que estos pueden hacerlos ratos ó írritos; sin embargo la Iglesia de Dios, los ha detestado y prohibido en todos los tiempos por justísimos motivos. Pero advirtiendo el Santo Concilio que ya no aprovechan aquellas

(1) *De Sponsa duorum*, cap. 8.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

prohibiciones por la inobediencia de los hombres, y considerando los graves pecados que se originan de los matrimonios clandestinos, y principalmente de los de aquellos que se mantienen en estado de condenacion, pues que, abandonada la primera mujer con quien de secreto contrajeron matrimonio, se casan con otra en público y viven con ella en perpétuo adulterio; y no pudiendo la Iglesia, que no juzga de los crímenes ocultos, curar tan grave mal, sino que aplica otro remedio mas eficaz, manda, insistiendo en las determinaciones del Sagrado Concilio de Letran, celebrado en tiempo de Inocencio III, que en lo sucesivo, antes que se contraiga matrimonio, proclame en público el Cura propio (puede encargarlo á otro) de los contrayentes por tres veces, en tres dias de fiesta consecutivos en la Iglesia, mientras se celebra la misa (no es de esencia que sea, mientras la misa mayor), los nombres de los que han de contraer matrimonio; y hechas estas amonestaciones se pase á celebrarlo ante la faz de la Iglesia, si no se opusiere algun impedimento legítimo, y despues de haber preguntado en ella el Párroco al varon y á la mujer, y entendido su mútuo consentimiento, ó diga: *Yo os uno en matrimonio, en el nombre del Padre, del Hijo, y del Espíriu Santo,* ó use de otras palabras, segun la costumbre recibida en cada provincia. Y si en alguna ocasion hubiere sospechas fundadas de que se podrá impedir maliciosamente el matrimonio, si preceden tantas amonestaciones, hágase solo una, ó al ménos celébrese el matrimonio á presencia del Párroco y de dos ó tres testigos. Despues, y antes de consumarle, se harán las proclamas en la iglesia, para que mas fácilmente se descubra, si hay algunos impedimentos; á no ser que el Ordinario tenga por conveniente dispensarlas, lo que el Santo Concilio deja á su prudencia y juicio."

"Los que se atrevieren á contraer matrimonio sin la presencia del Párroco ó de otro sacerdote por encargo de éste ó del Ordinario, y ante dos ó tres testigos, quedan absolutamente inhábiles, por disposicion de este Santo Concilio, para contraerle de este modo; y decreta además que sean írritos y nulos semejantes contratos, como en efecto los invalida y anula el presente decreto. Manda igualmente que sea castigado con graves penas, á voluntad del Ordinario, el Párroco ó cualquier otro Sacerdote que asista á semejante contrato con menor número de testigos, así como éstos si concurren sin el Párroco ó Sacerdote, y tambien los propios contrayentes."

"El que constituido está, dice el Dr. Carbonero y Sol. para apacentar y regir una grey cristiana; el que es padre, maestro y juez de los fieles á él confiados; el que con su ministerio santifica, perdona y salva; el que con su ejemplo edifica; el que con su voz enseña y consuela; el que con su ciencia aconseja; el que con su prudencia dirige; el que con su virtud, abnegacion y actividad se levanta, como un astro benéfico que á todos comunica la luz de la verdad, el calor de la vida, el aroma de la piedad cristiana y la alegría de la paz interior; el que estrecha con palabras de amor los vínculos de la familia y pone un término feliz á las diferencias y enemistades del hombre; el que nos recibe al nacer y no nos abandona ni aun mas allá del sepulcro; el que es ángel, médico, maestro, consejero, padre y sacerdote para todos, era el único á quien la Iglesia podia confiar un cargo, una mision tan importante, como es la de presidir el acto mas trascendental en la vida del hombre, el matrimonio, fundamento solidísimo de la sociedad, gérmen de las familias, manantial fecundo de la prosperidad de la Iglesia y de los Estados, vínculo del amor mas puro, y foco de que han de brotar, ó luces que al mundo iluminen, ó rayos que contrarien la armonía social, política. moral y religiosa. El Párroco era el único que podia

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ser llamado á ejercer funciones tan importantes y lo fué; y á su celo y amor, á su instruccion, prudencia y solicitud pastoral quedó encomendado todo cuanto pudiera contribuir á la validez del matrimonio, y á que á su celebracion precedieran la vocacion mas probada, la intencion mas recta, el amor mas puro, las garantías de que esposo y esposa serian para sí lo que Jesucristo fué para su Iglesia."

D'Aguesseau, hablando de la presencia del Párroco, dice: "No hay ley mas santa, saludable é inviolable en todo lo relativo á la celebracion del matrimonio, que la necesidad de la presencia del párroco; ley que produce al mismo tiempo la seguridad de las familias, la tranquilidad de los legisladores, única cosa que conserva la sabiduría del contrato civil y la santidad del Sacramento; ley que justamente puede ser llamada una regla del derecho de gentes en la celebracion del matrimonio de los cristianos. Esta accion benéfica, saludable y necesaria del Párroco fué siempre ejercida en la Iglesia; pero el Concilio Tridentino la hizo obligatoria, exigiendo que el Párroco autorizara con su presencia las uniones conyugales."

304. Sobre la inteligencia del verdadero y único sentido de la reforma tridentina se han esparcido no pocos graves errores, que, en materia tan importante como es cualquiera que con el Dogma se relaciona, conviene á todo trance desvanecer. Con este propósito, preguntamos desde luego: ¿es clandestino y por consiguiente nulo, segun el Concilio de Trento, el matrimonio de los menores de edad, celebrado *sin el consentimiento de sus padres*? Afirmativamente resuelve esta cuestion el Febrero comentado por los Sres. Goyena y Aguirre (1); pero la opinion contraria es, á no dudarlo, la unica verdadera, como creemos haberlo demostrado en otra parte (núm. 246).

(1) *Febrero*, tom. 7, pag. 284

305. La falta de proclamas ó amonestaciones ¿hace nulo el matrimonio, en el sentido de clandestino, segun el Concilio de Trento? Ya en otro lugar de nuestra obra (1), hemos manifestado que las amonestaciones, aunque obligatorias para el Párroco celebrante y para los contrayentes, no son un requisito de tal manera necesario y esencial para la validez del matrimonio, que sin ellas, este acto resulte nulo, supuesto que las amonestaciones y proclamas pueden ser dispensadas por causas graves y justificadas á juicio del Ordinario. El ilustre Jesuita Sanchez hace el siguiente razonamiento. *Tenendum est non esse de essentia matrimonii, et subinde illis injuste omissis initum, validum esse. Prob. I. quia cum matrimonium omissis denunciationibus, validum esset omni jure, ab eo recedendum non est absque manifesto decreto irritanti: Triden. autem non manifeste irritat, imo contrarium ex illo colligitur: cum enim ageret de denunciationibus præmittendis, et de præsentia parochi, et testium, in decreto irritanti solius hujus præsentiæ meminit: ergo. Et confir. quia Triden. circa denunciationes nihil innovat, sed idem, quod statutum erat in concilio Lateranensi, quia in desuetudinem passim abibat, in pristinam obligtionem, ac statutum restituit* (2).

306. La bendicion del sacerdote celebrante y el empleo de ciertas palabras solemnes, *ego vos conjungo etc. etc.* ¿són de tal manera esenciales al acto del matrimonio que por su falta resulte nulo ó inválido? Se podria decir que, supuesto que el Concilio de Trento ordena que el Cura, despues de haber interrogado á las partes y haber reconocido su consentimiento recíproco, pronunciará estas palabras: "Yo os uno al mismo tiempo con el lazo del matrimonio, en el nombre del Padre, y del Hijo, y del Espiritu Santo," la bendicion del Sacerdote es la forma del Sacra-

(1) Véase tomo 1° de esta obra, nums. 367 y 368.
(2) Sanches, *De Matrimonio*, lib. 3, disput. 5, núm. 3.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mento del Matrimonio, porque ella une al marido y á la mujer por la gracia que significa, y que les confiere. Pero estas palabras *ego vos conjungo*, rigurosamente hablando, no significan que el Cura una á las personas que se casan, pues lo están ya por el consentimiento, sino solo que sobre la seguridad que los contrayentes dan á aquél de que se unen por un consentimiento recíproco, el Cura aprueba, en nombre de la Iglesia, esta union que las partes han verificado, y les da su bendicion, porque el Matrimonio, habiendo sido elevado por Jesucristo á la excelsa dignidad del Sacramento y héchose así una ceremonia de religion, no debe celebrarse, sino á presencia de la Iglesia, y con su aprobacion. Ademas, no se lee en ningun Padre ni Concilio que la bendicion del Sacerdote sea la forma del Matrimonio, ni que aquellas palabras sean esenciales al Sacramento. Esto no es decir, que los Sacerdotes que asistan á los matrimonios, puedan nunca dejar de prenunciar aquellas, ú otras equivalentes, segun el uso de las Diócesis, pues, como lo expresan Barbosa y muchos Doctores, el Sacerdote que omitiese, con deliberado propósito, emplear dichas palabras, pecaria mortalmente, á causa del precepto del Concilio Tridentino. Finalmente hay una declaracion de la Congregacion de Cardenales, dirigida al Obispo de Salamanca, interpretando el verdadero sentido del Cánon Tridentino, y segun ella un matrimonio contraido en presencia de un Cura y de testigos, no dejaria de ser válido, aunque aquel no pronunciase ningunas palabras, con tal de que estuviese presente al acto. *Non pertinet ad substantiam Matrimonii, ut Parochus aliqua verva proferat, ideo valet matrimonium, quamvis verba exprimentia consensum prolata sint tantum á contrahentibus, dummodo Parochus sit præsens et intelligat id quod agitur.* (1.)

307. No queda pues sino la cuarta de las maneras de clandesti-

(1) *Declaratio Congregationis, Concil. Trid. Interpretis.*

nidad, mencionadas antes, que amerite nulidad, segun el Concilio de Trento. *Qui aliter, quàm præsente parocho, vel alio sacerdote, de ipsius parochi seu Ordinarii licentia, et duobus, vel tribus testibus Matrimonium contrahere attentabunt; eos Sancta Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles, reddit; et hujusmodi contractus irritos, et nullos esse decernit, prout eos præsenti decreto irritos facit, et annullat.* El Cardenal de Luca, exponiendo esta declaracion del Tridentino, dice: "Algunos opinan que esta forma (la presencia del Párroco) mas bien debe ser preparatoria que solemne; pero se equivocan, y fué con razon desechada esta opinion, porque es más seguro llamarla solemne; por tanto se exige de precision su cumplimiento, no admitiéndose éste por otro testimonio equivalente. Nada, pues, importa que el matrimonio se celebre en público, y delante de un gran concurso de personas escogidas, siempre que no esté presente el Párroco de alguno de los contrayentes ú otro, con licencia del mismo ó del Ordinario. Solo el Romano Pontífice, Pastor supremo de la Cristiandad, y, como monarca temporal, testigo cuyo dicho constituye plena prueba, puede por sí, y sin intervencion de otra persona, presenciar matrimonios que serian válidos."

308. Sobre la aplicacion é inteligencia de este Cánon, disputan los Doctores, sosteniéndose con tal motivo interesantes y variados temas, que conviene exponer y precisar. Y con ese intento, preguntamos desde luego: ¿La presencia del Párroco deja de ser necesaria en algunos casos? Sí, á no dudarlo 1º en los países donde no se ha publicado el Concilio Tridentino (1), sobre lo cual es de toda necesidad fijar los hechos y circunstancias con completa exactitud, segun las enseñanzas y declaraciones de la Iglesia. En consecuencia, son lícitos y

(1) Laurentius, *De Matrimonio*, lib. 4. tit. 3, quæst. 143.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

perfectamente validos los matrimonios celebrados en lugar de infieles, aun sin Párroco por los fieles cautivos, ó por los mercaderes y comerciantes que allí tengan su domicilio; pero no será así en el caso de que alguno se trasladara á dicho lugar por pocos dias y con ánimo de regresar en seguida de celebrado el matrimonio clandestino, segun declaracion de la Sagrada Congregacion, aprobada para toda la Iglesia por el Sumo Pontífice Urbano VIII. 2º En cuanto á los países donde el Concilio ha sido promulgado; si por razon de desórdenes y persecuciones, no es fácil ni seguro acudir al cura ó á los superiores legítimos, los matrimonios en ellos verificados, aunque clandestinos, son válidos, porque la ley del Concilio deja entónces de obligar, segun lo ha declarado el Cardenal Zelada, en nombre del Señor Pio VII, al Obispo de Luçon: *Quoniam complures ex istis fidelibus non possunt omninò parochum legitimun habere, istorum profecto conjugia contracta corám testibus et sine parochi præsentiâ, si nihil aliud obstet, et valida et licita erunt, ut sæpè sæpius declaratum fuit á Sacrâ Congregatione concilii Tridentini interprete.* "Los matrimonios contraidos en Francia durante la revolucion de 93, dice André, delante de dos testigos, y sin la presencia del propio Cura ó de otro sacerdote delegado por él ó por el Obispo, eran válidos, siempre que el recurso al propio Cura fuese imposible ó muy difícil, porque la ley del Concilio de Trento sobre la *clandestinidad* no obliga, cuando no es posible observarla."

Segun una Instruccion del Cardenal Caprara, aun los matrimonios meramente *civiles*, son válidos en epocas de perturbacion social, con tal de que hayan sido contraidos en presencia de dos ó tres testigos, siendo imposible ó por lo ménos muy difícil ó peligroso recurrir al superior legítimo ó á otro sacerdote especialmente delegado. En estos casos los cónyuges deben ser advertidos de la validez de su matrimonio y exhortados á recibir la bendicion nupcial, cuando sea posible, de su propio Cura. Pero, segun esa misma Instruccion, si no han sido, sino vanos pretextos, las dificultades y peligros para no observar la forma Tridentina, los contrayentes están obligados, so-pena de nulidad, á celebrar de nuevo matrimonio, segun lo mandado por el Concilio. Cuando haya temor prudente de un gran peligro, por advertir á los así casados de la nulidad de su union, la Instruccion ordena tambien dejarlos en su buena fé, sin perturbacion alguna (1). Todo esto se halla ademas fundado en un Breve del Sr. Pio VI al Obispo de Génova, de 5 de Octubre de 1793.

309. En tiempos normales, para que se cumpla con el Decreto Tridentino ¿es indiferente que el Sacerdote celebrante sea cualquier Cura? No es necesario mas que leer el primer capítulo de la Sesion 24 del Tridentino, para convencerse de que, cuando exige en los Matrimonios la presencia del Cura propio, habla del Cura de la Parroquia en que las partes contratantes tienen su domicilio, y no del Cura del lugar del nacimiento de aquellas, ó donde el matrimonio se celebra. La razon es que el Cura, cuya presencia exige el Concilio, no es otro que el que debe hacer la publicacion de las banas, la cual, segun el Concilio, debe practicarse por el Párroco de las partes contratantes y en el lugar donde éstas tienen su morada ó domicilio, pues, de otra suerte, tal publicacion seria inútil para los fines á que ha sido instituida, es á saber, el conocimiento de la inhabilidad ó idoneidad de los pretedientes. En consecuencia, es fuera de duda, que el Cura propio, en órden al matrimonio, es el de la Parroquia donde los contrayentes viven habitualmente, *animo manendi*, es decir, con designio de permanecer en él, sin separarse sino por accidente y por poco tiempo. En este sen-

(1) *Instruccion* de Juan Bautista Caprara á los Obispos de Francia, en 22 de Mayo de 1803.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tido, la Congregacion de Cardenales, establecida para interpretar el Concilio de Trento, dice: *Matrimonium contrahitur inter duos alienigenas, et a parvo tempore aliquo loco habitantes, si tamen sint cogniti, ita ut non sint de comprehensis inter vagabundos; proprius autem eorum Parochus esse intelligitur, is in cujus Parochia habitant eo tempore, quo Matrimonium contrahunt.* Navarro propone el siguiente caso: Un hombre y una mujer, que tienen su domicilio en determinada ciudad, han ido á pasar algunos meses á una Parroquia, donde están ubicadas sus casas de campo, ó yendo de viaje, permanecen algun tiempo en otra ciudad, pero siempre con la intencion de volver á su domicilio; ¿será válido el matrimonio que ambos celebren entre sí, delante del Cura, cuyo asiento está donde las casas de campo, ó por ante el de la ciudad que han tocado en el viaje? El mismo autor contesta negativamente, diciendo, que el Cura de estos lugares no puede ser el propio de los contrayentes, que solo tienen su domicilio en aquél, donde han establecido su permanencia habitual y ordinaria (1).

310. Mas ¿qué decidir en el caso en que cada contrayente tenga diferente domicilio? ¿cuál es entónces el párroco propio? Fagnan, apoyándose en muchas autoridades, asegura, que se estima en Roma, que, cuando las partes contratantes son de dos parroquias, uno de los dos Curas, sea el del esposo, sea el de la esposa, basta para celebrar el matrimonio, aun independientemente del otro, porque, ni el Concilio de Letran, ni el de Trento, han dicho, repecto á la celebracion del matrimonio, que debe verificarse en presencia de los curas, *præsentibus parochis*, sino del cura, *parocho;* lo cual no excluye la necesidad de la publicacion de las banas en las dos parroquias (2).

311. Los Canonistas examinan tambien esta cuestion: ¿cuál es

(1) Navarro. *Consilium 7, de clandest. despons.*
(2) Fagnan, cap. *Quod nobis, de clandestina desponsat.*

el párroco propio, cuando las partes tienen legítimamente dos domicilios. El Papa Bonifacio VIII, declara que aquellos que pertenecen á dos diferentes Parroquias, pueden válidamente casarse por ante el cura de uno ú otro domicilio, recomendándoles, como muy conveniente, que procuren obtener el consentimiento del Cura de la Parroquia donde el matrimonio no se verifica, para evitar todo inconveniente (1).

312. La presencia del Cura propio, ó de un Sacerdote encargado por aquel ó por el Ordinario, es, pues, indispensable, so pena de nulidad, para celebrar canónicamente el matrimonio. ¿Será válido éste, cuando ha sido celebrado ante un Cura, *suspenso, excomulgado, irregular, hereje ó cismático;* pero no despojado todavia de su título por una deposicion en forma? Sainte-Beuve decíde esta cuestion afirmativamente (2) y Faguan refiere que la Congregacion de Cardenales lo ha declarado así, siendo tambien uniforme en el mismo sentido la práctica de la Rota: *Satis est ut remaneat proprius parochus, adhoc ut habeat in consequentiam (id quod sibi lex concedit), nec per suspensionem desinit esse parochus, nam á suspensis quibus administratio interdicitur, potestas non aufertur* (3). "La razon es, dicen las Conferencias de Angers, que el Concilio no exige, para la validez del matrimonio, que sea contraido delante de un Cura, que no esté ni en las censuras, ni en la irregularidad; sino que requiere solamente que sea contraido en presencia del Cura; ahora bien, aquel que está suspenso ó excomulgado, así como aquél que es irregular, es Cura, mientras conserva su título, y no ha sido desposeido. Nada importa que las funciones Curiales esten prohibidas á este Cura, y que ya no tenga el ejer-

(1) Bonifacio VIII. Cap. *Cum quis, de Sepulturis*
(2) Sainte-Beuve, tom. 1. caso 64.
(3) Fagnan, Cap. *Litteræ, quas de matrimonio contracto contra interdictum Ecclesiæ.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cicio de su jurisdiccion, porque la presencia del Cura á la celebracion del Matrimonio no es un acto de Jurisdiccion y aquello, sin perjuicio alguno de la validez del matrimonio, solamente quiere decir, que el Cura peca muy gravemente, cuando ejerce una funcion que le es prohibida; del mismo modo que aquellos, que ante él celebran matrimonio, á sabiendas de las circunstancias en que se encuentra.

313. ¿Qué decidir en el caso de que el Cura sea un intruso? Se afirma generalmente que el matrimonio ante él celebrado es nulo, pues, por Cura intruso entienden los Canonistas un Eclesiástico que, sin tener ningun título, ni verdadero ni aparente, se ha inmiscuido en las funciones de un Curato. No siendo este hombre Cura en ningun sentido, carece de toda competencia para presidir y autorizar los matrimonios. Pero si tiene un titulo, á lo menos aparente, ó pasare por Cura, segun la creencia comun, en virtud de ejercer públicamente las funciones curiales, el matrimonio seria válido, tanto en el foro externo como en el interno (1)

314. ¿Cómo debe ser la presencia del Párroco? Los Canonistas responden que el Párroco debe estar presente al matrimonio, no solo física sino moralmente. "No es una presencia puramente física, dice Andre, la que exije el Concilio, porque el Cura es el principal testigo, encargado por la Iglesia para comprobar el matrimonio: ahora bien, para llenar esta funcion, una presencia puramente física no basta, sino que es necesario una presencia moral; que el Cura vea á las partes contratantes y las oiga dar su consentimiento en el matrimonio, ó á lo menos, que vea los signos que manifiestan el mutuo consentimiento de los esposos (2)" Por consiguiente, es requisito indispensable que el Párroco oiga, por lo menos, la

(1) Cap. *Infamis, Causa* 3, Quœst. 7
(2) André, *Dic. de Derecho Canónico* "Clandestinidad"

expresion del mutuo consentimiento de los cónyuges, siendo, por lo mismo, válido el matrimonio celebrado ante el Párroco ciego, pero no ante el qne fuese ciego y sordo. "Si el Párroco, dice el Dr. Carbonero y Sol, no entendiera bien la expresion del consentimiento mutuo, porque los contrayentes hablaran un idioma para él desconocido, deberá cerciorarse de la expresion del consentimiento por la declaracion de intérpretes que tengan las condiciones de tales, esto es, que sepan el idioma y puedan ser testigos de toda excepcion (1)." ¿Es necesario que el Párroco asista al matrimonio, de propósito, intencionalmente y con su plena voluntad? En rigor de derecho, tal necesidad no existe, supuesto que, en estos matrimonios existen perfectamente la forma y materia del Sacramento, que no son otra cosa que el consentimiento de las partes, dado y aceptado respectivamente en presencia del Cura y de los testigos; pero los Teólogos comunmente estiman que las partes, que celebran su matrimonio de esa manera, son muy criminales, y en muchas Diócesis ellas incurren en la excomunion *ipso facto*. "Es necesario, se lee en las Conferencias de Angers, saber que muchos Obispos de Francia no miran un matrimonio, como Sacramento, cuando las partes se han dado mutuamente la fé del matrimonio en presencia de su Cura, que rechazaba darles la bendicion nupcial, y que si estas personas persisten en vivir juntas, como marido y mujer, aquellos Prelados las obligan á presentarse de nuevo delante de su Cura, para renovar su consentimiento y recibir de él la bendicion nupcial, despues de haber cumplido la penitencia que les hubiere sido impuesta." La Sagrada Congregacion del Concilio declaró en 1581 que era válido el matrimonio contraido en los casos y circunstancias siguientes: 1.° Si el Párroco fuese obligado por la fuerza ó vio-

(1) Doctor Carbonero y Sol, *Trat. de Matrimonio*, tomo 1, cap. 48.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

lencia á presenciar el matrimonio. 2.º Si por casualidad se hallase presente, y avisado del matrimonio, oyese la expresion del consentimiento mutuo. 3.º Si fuese llamado para otro objeto y realmente presenciase el matrimonio. 4.º Si, advertido del matrimonio, afectase no oir ni entender á los contrayentes. *Non valere, si sacerdos non intellexit, nisi tamen affectasset non intelligere.* El Señor Benedicto XIV explica esta decision, diciendo: *In supra citato decreto matrimonium illud affectu carere statuitur cui parochus ita sit præsens ut neque videat contrahentes, neque auribus eorum verba percipiat* (1): "La restriccion, dice André, que la Congregacion de Cardenales ha puesto á su decision, *nisi tamen affectasset non intelligere*, se aplica á ciertos casos extraordinarios en que el Cura asiste al matrimonio á pesar suyo, y en que no vé ni oye nada, porque no quiere ni lo uno ni lo otro. En estas circuntancias, aunque el Cura no vea á los esposos, ni oiga las palabras que expresen su mutuo consentimiento, el matrimonio es, con todo, válido, porque, segun el Derecho canónico, no se debe atender, de ninguna manera, á la ignorancia afectada de aquel que ha podido facilmente ver y oir, y que se ha creado asímismo un obstáculo para no ver ni oir nada." 5.º Tambien es válido el matrimonio, si se celebra, sorprendiendo al Párroco y contra su voluntad, con tal de que expresen en su presencia los esposos la formula consensual (2).

Cuando el matrimonio se pretende celebrado en un lugar profano, por ejemplo, en una casa particular, donde el Cura y algunas personas se encuentran por casualidad, es necesario que ciertas circunstancias denoten, que las partes han querido aprovecharse de la presencia del Cura y de los testigos, para ca-

(1) Benedicto XIV. *De Sinodo diœcesana*, lib. XII, cap. 23.
(2) Elias, *Manual de Derecho administrativo eclesiástico*, tom. 2, pag. 263.

sarse, pues de otra manera, el matrimonio seria nulo, segun la siguiente decision de la Congregacion, intérprete del Tridentino: *An sit matrimonium, si duo contrahant per verba de præsenti, propio parocho præsente, et aliis requisitis non omissis, cui contractui parochus formaliter adhibitus non fuit, sed dum forte convivii vel confabulationis vel alius tractandi causa adesset, audit hujusmodi contractum geri, et postea alter contrahentium velit ab hujusmodi contractu ratione defectus resilire: sacra congregatio respondit posse, nisi alia intervenerint quæ parochum á contrahentibus adhibitum fuisse arguant.*

315. ¿La presencia del Párroco debe ser simultanea con la de los testigos? Si, por universal decision de los Canonistas. "Es necesario, dice André, que el Cura esté presente al matrimonio, al mismo tiempo que los testigos. Si las partes se casan desde luego en presencia del Cura, y más tarde, renuevan su consentimiento delante de los testigos, no seria llenado el objeto del Concilio de Trento, porque él exige la presencia simultanea del Cura y de los testigos, á fin de que el matrimonio sea perfectamente comprobado á los ojos de la Iglesia (1)."

316. ¿Cuántos testigos deben concurrir con el Párroco á la celebracion del Matrimonio? Las palabras usadas por el Tridentino, sobre este particular, no pueden menos de convencernos de que la presencia de *dos ó tres* testigos, es tan necesaria para la validez del matrimonio, como la presencia misma del Párroco. En consecuencia, si dos ó tres personas hubieran firmado la partida de Matrimonio, sin haber estado presentes, el acto seria nulo, por la falta de un requisito esencial.

317. ¿Qué cualidades deben tener los testigos de matrimo-

(1) Andre, *Dicc. de Der. canon.* "Clandestinidad"—Mansella, *De impedimentis*, pag. 149.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nio? El Concilio Tridentino nada dice sobre esto, no obstante las distintas menciones que hace de los testigos. En cuanto al sexo, la práctica nos enseña que las mujeres, lo mismo que los hombres, son testigos suficientes para acreditar la celebracion del matrimonio. Sainte-Beuve lo sostiene, apoyado sobre las siguientes palabras de un cánon: *Quod autem parentes, fratres et cognati utriusque sexûs in testificationem suorum ad Matrimonium conjungendum, vel dirimendum admittantur, tam antiquâ consuetudine quám legibus approbatur* (1). Sylvio asegura que Octavio Franchipani, Nuncio Apostólico en Alemania y Flandes, lo habia declarado del mismo modo, dando por razon que la celebracion del matrimonio no es una cosa elevada y difícil de conocer, sino manifiesta por sí misma; porque basta para saber lo que se hace, atender á las palabras que pronuncian los contrayentes y ver los signos de la ceremonia (2). "La razon que sin duda ha tenido el Concilio, dice el Dr. Carbonero y Sol, para no exigir condiciones en los testigos, ni mucho menos, la de que fueran mayores de toda excepcion, fué la de evitar se suscitaran dudas sobre la validez del matrimonio. En efecto, si se exigiera que los testigos fueran mayores de toda excepcion, podría suceder que, despues de celebrado el matrimonio, se descubrieran en los testigos tachas de que no se habria tenido noticia al tiempo de su celebracion, lo cual haria, por lo menos, dudosa la celebracion del matrimonio, ó daria lugar á litigios..... Sin embargo es conveniente que los Párrocos prefieran testigos con mayores condiciones, habiendo facilidad para ello (3).

Respecto á la edad y otras cualidades de los testigos, no hay

(1) Sainte-Beuve, *Resolutions*, tom. 2, caso 101.—Cap. *Super eo.* 2, *de testib. et attest.*—Can. *Videtur*, caus. 35, quæst. 6.

(2) Sylvio, *Suplemento á la Suma de Sto. Tomás*, cuestion 45, art. 1, § *Quæritur non.*

(3) Dr. Carbonero y Sol, *Obra citada*, cap. 44.

un completo acuerdo entre los Canonistas, de los cuales unos juzgan que, como el matrimodio es un contrato solemne de grande importancia, es necesario llamar testigos mayores de toda excepcion, debiendo exceptuarse, por consiguiente, los niños y las personas sin probidad, ó mal notadas en los tribunales. Pero la opinion más comun es la que acepta á toda especie de personas, fundándose en la consideracion del grande embarazo que resultaria, si para casarse, se viesen los pretendientes obligados á buscar testigos, á quienes nada pudiera reprocharse, ni sobre su edad, ni sobre sus cualidades y costumbres.

Todo lo antes dicho sobre que no es necesario que el Párroco asista intencionalmente y de propósito, al matrimonio, valiendo aun su presencia casual é involuntaria, con tal de que se haga cargo perfectamente de que es voluntad de las partes tomarse por esposo y esposa, se aplica en toda su latitud á los testigos, que, por lo mismo, aun violentados y engañados con artificio, hacen válido el matrimonio, al cual han sido presentes. Así nos lo asegunra el Abate André, como decidido por la S. Congregacion del Concilio.

318. ¿En qué lugar debe celebrarse el matrimonio? El Concilio de Trento dice que los matrimonios serán celebrados *in facie Ecclesiæ;* pero, segun los canonistas, esto no impide que el Cura, representante de la Iglesia, pueda bendecirlos en otra parte, segun las formas ordinarias, ó, como lo aconseja el Dr. Carbonero y Sol, ante un número crecido de fieles, los cuales pueden considerarse la Iglesia, á manera de cierta congregacion de católicos (1). Sin embargo, lo regular y debido y digno de la alteza é importancia del matrimonio, es que no sea celebrado ni bendito sino en la Iglesia, residencia oficial del Párroco y lugar más propio para dar toda la solemnidad al acto, pues, como dice Barbosa: *Quia sancta res est matrimonium, et sic sanc-*

(1) Dr. Carbonero y Sol, *Obra citada*, cap. 58.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tè teactandum (1). El Ritual Romano contiene la siguiente prescripcion: "El matrimonio debe celebrarse en la Iglesia, con preferencia á cualquier otro lugar; pero si se hubiese celebrado en una casa particular, en presencia del Párroco y de los testigos, los esposos deben ir á la Iglesia para recibir la bendicion, *en cuyo caso el sacerdote se abstendrá de exijir un nuevo consentimiento*, pues solamente debe dar la bendicion, concluida que sea la Misa, y bajo la forma prescrita mas adelante."

319. Ya en otro lugar (núm. 217) y como un ejemplo típico de nulidad absoluta, hemos asentado que el vicio de clandestinidad no podia ser causa de nulidad relativa, cuando no habia sido considerado por la Iglesia en beneficio sólo de los cónyuges, sino por motivo de Derecho eclesiástico, de la mayor importancia y por tanto proponible, aun por extrañas personas. D'Agueseau, refiriéndose á las palabras del Tridentino, antes citadas (núm. 307.) dice: "No hay nada, en estos términos, que no establezca una nulidad absoluta; no se encuentra allí ni condicion, ni restriccion. La ley no ha sido hecha en favor de cierto género de personas, de tal manera que su ejercicio esté limitado, modificado ó determinado expresamente. En ella no se hace mencion ni de menores ni de mayores, ni de padres de familia, ni de los que están en poder de otro; al contrario, el Concilio declara, en términos generales y absolutos, que todos aquellos que quisieren contraer un matrimonio fuera de la presencia de su propio Pastor, son, por esto mismo, incapaces de contraer válidamente, y que los contratos que pudieran verificar, en este caso, son nulos é inútiles. Si la intencion del Concilio pudiera ser dudosa, á no considerar sino los términos mismos de su disposicion, seria fácil mostrar, por el preámbulo y por todo el contesto de este decreto, que no puede dársele ningun otro sentido legítimo. En efecto, se vé, por todo lo que precede y sigue á

(1) Barbosa, *De Officio el potestate parochi*, cap. 27, num. 29.

esas disposiciones, que el objeto del Concilio ha sido impedir los matrimonios clandestinos, y que es, con esta mira, que él ha establecido la necesidad de la presencia del propio Cura. Ahora bien, pudiendo el vicio de clandestinidad infectar el matrimonio de un mayor como el de un menor de edad, no se puede dudar que la intencion del Concilio haya sido comprender al uno y al otro en su disposicion; y se dudará todavia menos de esto, si se considera la diferencia que los Padres del Concilio han establecido entre la proclamacion de las banas y la presencia del propio Cura. Ellos han mirado la primera de estas solemnidades como útil, no como necesaria, puesto que dejan al Ordinario la libertad de dispensarla en ciertos casos, mientras que la falta de la otra importa, segun ellos, una incapacidad absoluta en los contratantes y una nulidad esencial en el contrato (1)."

320. La antigua legislacion española, sobre la materia que nos ocupa, se refiere á dos épocas, que conviene marcar: la una, anterior al Concilio de Trento, y la otra, posterior al mismo. En la primera encontramos, que el Código de las Partidas, que fué publicado en el año de 1263, contiene la siguiente declaracion: "los casamientos eran ascondidos en tres maneras. La primera, cuando los facen encubiertamente, é sin testigos, de guisa que se non puedan probar. La segunda, cuando no demandan la novia á su padre ó á su madre ó á los otros parientes que la han en guarda; nin le dan sus arras ante ellos, nin les facen las otras honras que manda Santa Eglesia. La tercera, es cuando non lo facen saber concejeramente en aquella eglesía, onde son perrochanos (2)," cuya declaracion es conforme á la doctrina del Derecho Canónico, observada en toda

(1) D' Aguesean, *Œuvres*, tom. 5°, *Memoire sur la necessité de la presence ou du consentement du propre curé de chacun des contractans pour la validité du mariage.*

(2) *Partida* 4ª, tit 3, l. 1.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la Iglesia, al tiempo de ser dada aquella (1). Por causa de los matrimonios clandestinos, así comprendidos y definidos, se expidió por D. Felipe II en 1563 la ley conocida por la 49 de Toro, la cual dice: "Mandamos que el que contrajere matrimonio que la Iglesia tubiere por clandestino con alguna mujer, por el mismo fecho él y los que en ello intervinieron, y los que de tal matrimonio fueren testigos, incurran en perdimiento de todos sus bienes, é sean aplicados á nuestra cámara y fisco, y sean desterrrdos de estos nuestros reinos, en los cuales no entren, sopena de muerte, é que esta sea justa causa, para que el padre é la madre puedan desheredar, si quisieren á sus fijas que el tal matrimonio contrajeren, lo cual otro ninguno no pueda acusar sino el padre é la madre muerto el padre (2). En la segunda época, mandado ejecutar y cumplir, conservar y defender lo ordenado en el Concilio de Trento por la Real Cedula de D. Felipe II de 12 de Julio de 1864 (3), ya no fueron clandestinos en el sentido del Concilio, ni nulos por consiguiente, sino los matrimonios celebrados fuera de la presencia del Párroco y testigos, quedando subsistentes, para la clandestinidad en los otros sentidos, las penas establecidas por leyes civiles anteriores.

321. El Código de Napoleon considera tambien la nulidad del matrimonio clandestino, como absoluta, segun se manifiesta por los siguientes artículos, relativos á este punto: "191. Todo matrimonio que no ha sido contraido públicamente, y que no ha sido celebrado delante del oficial público competente, puede ser atacado por los esposos mismos; por los padres, por los ascendientes, y por todos aquellos que tengan un interés nato y actual, así como, por el Ministerio público.—192. Si el matrimonio no ha sido precedido de las dos publicaciones requeridas, ó si no se han obtenido las dispensas permitidas por la ley, ó si los intervalos prescritos en las publicaciones y celebracion no han sido observados, el fiscal hará que se imponga al oficial público una multa que no exceda de 300 francos y contra los contrayentes ó aquellos bajo cuyo poder ó jurisdiccion han obrado, una multa proporcionada á su fortuna.—193. Las penas designadas en el artículo precedente se impondrán á las personas indicadas, por toda infraccion de las reglas prescritas en el art. 165, aun cuando no se consideren suficientes tales infracciones para declarar la nulidad del matrimonio."

(1) Caps. 2 y 3. *De Clandest. despons.* y Can. 1, const. 30. quæst. 5
(2) *Nov. Recop.*, lib. 10, tit. 2, l. 5.
(3) *Nov. Recop.*, lib. 1, tit. 1, l. 13.

Estudiemos, bajo sus mas importantes aspectos, esta legislacion. "La más grave de las nulidades, dice Portalis, es la que deriva de que un matrimonio no ha sido celebrado públicamente y en presencia del ofidial civil competente. Esta nulidad dá accion á los padres, á los esposos, al Ministerio público y á todos aquellos que tengan interés. Ella no puede ser cubierta por la posesion, ni por ningun acto expreso ó tácito de la voluntad de las partes; es indefinida y absoluta." Así debiera ser, pero, dado el texto de los artículos trascritos, nos parece exagerada la doctrina del ilustre Portalis. Acabamos de ver que el art. 193 termina, diciendo: "aun cuando tales infracciones no se consideraran suficientes para declarar la nulidad del matrimonio;" el art. 165 dice: el matrimonio será celebrado *publicamente*. ¿Cuáles son las formalidades, que constituyen la publicidad? Otros textos del mismo Código las establecen: son las publicaciones, la celebracion del matrimonio por el oficial civil en la casa comun, la admision del público á esta solemnidad, la presencia de cuatro testigos. ¿Por falta de cuál de estas formalidades debe ser declarada la nulidad? El Código de Napoleon no lo dice, librando la solucion de tan grave materia al poder discrecional del juez. "Es á él, dice Laurent,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

á quien toca apreciar, segun el art. 193, si la clandestinidad es bastante grave para anular el matrimonio; él puede, pues, mantener el matrimonio, si encuentra que, á pesar de la inobservancia de una ó de otra formalidad, la contravencion no es suficiente para hacer pronunciar la nulidad. ¿Cuál es la razon de esta diferencia entre el vicio de clandestinidad y los otros que pueden hacer nulo un matrimonio? La publicidad es un hecho complexo, que se compone de diversos elementos; uno de estos puede faltar y sin embargo el matrimonio tendrá toda la publicidad posible (1)." Esto, á nuestro humilde juicio, es interpretar acertadamente la ley; pero no defenderla y justificarla. ¿Será digno de la estabilidad y firmeza sobre que debe descansar el acto más importante de la vida, hacerlo depender de la aplicacion libre y aun arbitraria que los tribunales quieran hacer de la palabra "publicidad?" ¿No se ven todos los graves y nada inverosímiles peligros á que tal disposicion puede dar lugar? Tratándose de cualquier contrato, sin duda alguna que el legislador francés ha cuidado de la mayor claridad y precision en las formas y solemnidades. ¿Por qué no proceder del mismo modo en órden á las condiciones de celebracion del matrimonio? Lo menos que de allí tiene que resultar es que matrimonios, verificados en igualdad de circunstancias y con identidad de formas, sean, sin embargo declarados, los unos, válidos y los otros, nulos segun la diversa impresion que de su grado de publicidad causen en el ánimo libre y soberano del juez.

Si en materias jurídicas nada es más comun que la diversidad de opiniones no solo en los tratadistas, sino, lo que es mas lamentable, en los encargados de administrar justicia, júzguese, por esa arbitrariedad judicial, del semillero de cues-

(1) Laurent, tom. 2, num. 477.

tiones á que habrá dado márgen el Código que nos ocupa, en órden á la validez y nulidad de matrimonios.

322. Segun el Código francés ¿podrá ser declarado nulo un matrimonio, celebrado, sin las previas publicaciones? Portalis responde: "Se colocan tambien, entre los matrimonios clandestinos, los que no han sido precedidos por las publicaciones requeridas.....La *nulidad* de estos matrimonios clandestinos es *evidente*" Proudhon es de la misma opinion. Pero, Lanrent, fundándose en la letra del art. 191, sostiene lo contrario, por medio del siguiente razonamiento: "Este artículo permite atacar al matrimonio que no ha sido *contraido* publicamente. La palabra *contraido* indica que se trata del momento en que el matrimonio es celebrado, porque es entonces cuando el *contrato* se forma por el concurso del consentimiento de las partes." Reiterados nuestros respetos al inmortal jurisconsulto belga, nosotros nos atreveríamos á replicar: ¿Por qué no reconocer que las banas ó amonestaciones previas al matrimonio constituyen, en la mente del legislador, uno de los elementos, el no menos importante, de esa publicidad que se desea? Creemos además que á pensarlo así nos autorizan los mismos términos de los arts. 192 y 193 conbinados: "las penas designadas por el artículo precedente, dice el segundo, se impondrán, etc., aun cuando no se consideren suficientes tales infracciones para declarar la nulidad." Ahora bien, el 192 dice: "si el matrimonio no ha sido precedido de las dos publicaciones requeridas, etc., etc., el fiscal hará que se imponga al oficial público, á los contrayentes, etc., etc., una multa." Luego, la falta de publicaciones puede ser considerada *como suficiente* para declarar la nulidad, dependiendo todo de la libre y soberana apreciacion del juez. Así lo asienta Merlin, comentando una sentencia sobre el matrimonio de un Francés en país extranjero (1).

(1) Merlin, *Repert.* "Bans de Mariage" num. 2.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

á quien toca apreciar, segun el art. 193, si la clandestinidad es bastante grave para anular el matrimonio; él puede, pues, mantener el matrimonio, si encuentra que, á pesar de la inobservancia de una ó de otra formalidad, la contravencion no es suficiente para hacer pronunciar la nulidad. ¿Cuál es la razon de esta diferencia entre el vicio de clandestinidad y los otros que pueden hacer nulo un matrimonio? La publicidad es un hecho complexo, que se compone de diversos elementos; uno de estos puede faltar y sin embargo el matrimonio tendrá toda la publicidad posible (1)." Esto, á nuestro humilde juicio, es interpretar acertadamente la ley; pero no defenderla y justificarla. ¿Será digno de la estabilidad y firmeza sobre que debe descansar el acto más importante de la vida, hacerlo depender de la aplicacion libre y aun arbitraria que los tribunales quieran hacer de la palabra "publicidad?" ¿No se ven todos los graves y nada inverosímiles peligros á que tal disposicion puede dar lugar? Tratándose de cualquier contrato, sin duda alguna que el legislador francés ha cuidado de la mayor claridad y precision en las formas y solemnidades. ¿Por qué no proceder del mismo modo en órden á las condiciones de celebracion del matrimonio? Lo menos que de allí tiene que resultar es que matrimonios, verificados en igualdad de circunstancias y con identidad de formas, sean, sin embargo declarados, los unos, válidos y los otros, nulos segun la diversa impresion que de su grado de publicidad causen en el ánimo libre y soberano del juez.

Si en materias jurídicas nada es más comun que la diversidad de opiniones no solo en los tratadistas, sino, lo que es mas lamentable, en los encargados de administrar justicia, júzguese, por esa arbitrariedad judicial, del semillero de cues-

(1) Laurent, tom. 2, num. 477.

tiones á que habrá dado márgen el Código que nos ocupa, en órden á la validez y nulidad de matrimonios.

322. Segun el Código francés ¿podrá ser declarado nulo un matrimonio, celebrado, sin las previas publicaciones? Portalis responde: "Se colocan tambien, entre los matrimonios clandestinos, los que no han sido precedidos por las publicaciones requeridas.....La *nulidad* de estos matrimonios clandestinos es *evidente*" Proudhon es de la misma opinion. Pero, Lanrent, fundándose en la letra del art. 191, sostiene lo contrario, por medio del siguiente razonamiento: "Este artículo permite atacar al matrimonio que no ha sido *contraido* publicamente. La palabra *contraido* indica que se trata del momento en que el matrimonio es celebrado, porque es entonces cuando el *contrato* se forma por el concurso del consentimiento de las partes." Reiterados nuestros respetos al inmortal jurisconsulto belga, nosotros nos atreveríamos á replicar: ¿Por qué no reconocer que las banas ó amonestaciones previas al matrimonio constituyen, en la mente del legislador, uno de los elementos, el no menos importante, de esa publicidad que se desea? Creemos además que á pensarlo así nos autorizan los mismos términos de los arts. 192 y 193 conbinados: "las penas designadas por el artículo precedente, dice el segundo, se impondrán, etc., aun cuando no se consideren suficientes tales infracciones para declarar la nulidad." Ahora bien, el 192 dice: "si el matrimonio no ha sido precedido de las dos publicaciones requeridas, etc., etc., el fiscal hará que se imponga al oficial público, á los contrayentes, etc., etc., una multa." Luego, la falta de publicaciones puede ser considerada *como suficiente* para declarar la nulidad, dependiendo todo de la libre y soberana apreciacion del juez. Así lo asienta Merlin, comentando una sentencia sobre el matrimonio de un Francés en país extranjero (1).

(1) Merlin, *Repert.* "Bans de Mariage" num. 2.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

323. El art. 75 del Código francés prescribe que el matrimonio se celebre en la *casa comun* ¿la falta de esta formalidad implica nulidad del acto? Maleville, considera la celebracion del matrimonio en la casa comun, como uno de los elementos esenciales de su publicidad. La razon que da es que, cuando la discusion del art. 74 en el Consejo de Estado, se propuso dejar al oficial del estado civil la facultad de trasportarse, en los casos de urgencia, por ejemplo, un matrimonio *in extremis*, fuera del lugar ordinario de la celebracion de los matrimonios; que se respondió que esta facultad tendría muchos inconvenientes, pues se convertiria en el recurso del poder y de la riqueza y que por tanto convenia mas mantener el principio de la publicidad; que sin embargo se convino en remitir la cuestion al título *del matrimonio;* y que, en este título, no solo no se encuentra excepcion á la publicidad, sino que, al contrario la publicidad está allí formalmente prescrita por el art. 165 (1). Toullier apoya este razonamiente en el pasaje de la *Exposicion de motivos* del título *del matrimonio*, en que Portalis dice que el oficial público no tiene ningun poder personal para cambiar el lugar ó modificar las formalidades de la celebracion (2). Laurent, fundándose en varias sentencias citadas por Dalloz (3) y en una de Agen de 28 de Enero de 1857, de las cuales se infiere que en unos matrimonios la falta de celebracion en la casa comun ha sido reputada, como causa de nulidad del matrimonio y en otros, considerada sin importancia alguna, asienta que es ésta una cuestion de hecho, que el juez deberá decidir segun las circuntancias (4).

324. ¿La falta de cuatro testigos es causa de nulidad del matrimonio? Dalloz menciona varias desiciones, de las cuales se deduce que, no exigiendo el Código la presencia de cuatro testigos bajo pena de nulidad, esta no debe ser pronunciada contra un matrimonio celebrado en presencia de dos testigos solamente. ¿Qué cualidades deben tener los testigos? El mismo autor cita otra sentencia, cuya parte razonada dice: "Resultando la publicidad del matrimonio particularmente de la presencia de cuatro testigos del *sexo masculino* en su celebracion, se sigue que hay nulidad en aquel que ha sido celebrado en presencia de *tres mujeres* (1).

(1) Maleville, *Analyse raisonée de la discussion du Code civil du conseil d'Etat*, art. 74, pag. 97.
(2) Toullier, *Droit civil français*, lib. 1, tit. 5, núm. 642.
(3) Dalloz, *Repert.* "Mariage" nums. 447, 556.
(4) Laurent, tom. 2, num. 479.

325. ¿La nulidad proveniente de falta de publicidad puede ser cubierta por la posesion de estado de los esposos? Si recordamos las palabras de Portalis, antes citadas (núm. 321), será preciso responder negativamente, puesto que siendo absoluta la nulidad de que se trata, no es posible borrarla por ninguna confirmacion ó ratificacion. Pero Marcadé dice: "Sin duda no puede invocarse aquí una ratificacion emanada de la voluntad de las partes; pero, puesto que los matrimonios de que se trata no son nulos sino por la falta de una publicidad anterior ó contemporanea á la celebracion, ¿por qué la publicidad suficiente, dada á estos matrimonios despues de la celebracion, pero antes del ataque dirijido contra ellos, no haría ese ataque inaceptable? La persona que viene entonces á pedir la anulacion de un matrimonio, se apoya sobre el solo fundamento de que aquel, por su clandestinidad, no ha tenido los carácteres de un verdadero matrimonio y no ha parecido ser sino la union ilícita y pasajera de un hombre y de una mujer. ¿Cómo, pues, esta persona vería admitir su pretension, cuando antes de su demanda, esa union ha tomado, á los ojos de todos, los signos ciertos de un matrimonio válido? Nos parece que el po-

(1) Dalloz, "Mariage", num. 558.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

der discrecional dado á los tribunales por el art. 193 para la apreciacion de los hechos, les faculta naturalmente para encontrar una excepcion, contra la accion en nulidad, en la pública posesion de estado de los esposos (1) "Laurent, es de opinion contraria, fundándose en la falta de *testo* expreso y en la declaracion de Portalis, que tiene, dice, todo el rigor de los principios (2). No comprendemos este silencio, atribuido al legislador francés, cuando leemos que el art. 196 del Código dice: "Cuando haya posesion de estado y se haya presentado el acta de celebracion de matrimonio ante el oficial del estado civil, no podrán los esposos presentar demanda de nulidad de aquel acto." Hay pues, segun nuestra humilde opinion, testo expreso, sobre este punto, y aquí nada tiene que hacer el poder discrecional del juez, de que trata, sin conexion ninguna con esta materia, el art. 193, solo relativo á la accion de nulidad; pero, no á su manera de cubrirla.

326. El art. 165 del Código francés ordena que el matrimonio se celebre públicamente *delante del Oficial civil de una de las partes*. La no presencia de tal oficial civil ó su incompetencia, por no tener ninguno de los contrayentes su domicilio en el lugar donde ejerce sus funciones ese oficial civil ¿és causa cierta y necesaria de nulidad? El art. 193 nos autoriza á pensar que, aun esto depende del poder discrecional del juez, que puede encontrar tales defectos insuficientes para motivar la nulidad. Confirmamos nuestra opinion, leyendo á Marcadé, segun el cual, el oficial civil no es ni puede ser otra cosa que un testigo, aunque importantísimo, del matrimonio." La ausencia, pues, dice este autor, durante el matrimonio del funcionario delegado para representar la sociedad en este matrimonio, en otros términos, la ausencia del oficial competente, no es otra

(1) Marcadé, tom. 1, art. 191, 669, III.
(2) Laurent, tom. 2. num. 480.

cosa que la falta de la publicidad requerida (1)." Ahora bien, ¿no da la ley un poder absoluto al juez para apreciar los grados y condiciones de la publicidad, de la cual la presencia del oficial civil competente, es uno de tantos elementos? Demante dice tambien: "La presencia del oficial público competente, sin hablar de las garantias que ofrece en si misma, para la perfecta observancia de las condiciones del matrimonio, es tambien uno de los principales elementos de publicidad (2)." A primera vista, no lo negamos, parece absurda nuestra solucion; pero á proponerla nos facultan los términos expresos de la ley. Hay otra interpretacion diversa de la de Marcadé y Demante, segun la cual la presencia del oficial civil es algo distinto, entre las condiciones de celebracion del matrimonio, de la publicidad. Segun Laurent, la verdadera teoria del Código es la siguiente; "La presencia del oficial público es desde luego requerida, como condicion de la existencia del matrimonio, independiente de toda publicidad. En seguida es necesario que el oficial público, pronuncie, en nombre de la ley, que las partes son unidas por el matrimonio. Esto es todavia independiente de la publicidad. El consentimiento, pues, de las partes habria sido dado con toda la publicidad posible y sin embargo, no habria matrimonio, si el oficial público no pronunciase la union (3)." La presencia pues del oficial civil, seria un requisito de tal manera esencial á la celebracion del matrimonio que su falta, independientemente de cualquiera publicidad, importaria, no solo una causa de nulidad, sino hasta de inexistencia del acto (núm. 208).

Pero supongamos que se trata, no ya de la presencia material del oficial civil, sino de su competencia, por no ser el del domi-

(1) Marcadé, tom 1, art. 191, 665..
(2) Demante, tom. 1, num. 273 bis. I.
(3) Laurent, tom. 2, num 481.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cilio de ninguna de las partes; ¿hay entónces nulidad necesaria y forzosa? El art. 193 da al juez el mismo poder de apreciacion para la imcompetencia que para la falta de publicidad, puesto que habla de contravenciones á las reglas prescritas por el art. 165; ahora bien, este artículo establece dos reglas, conforme á la interpretacion de Laurent, la celebracion pública y la presencia del oficial civil del domicilio de una de las partes; luego el juez ante quien se proponga la nulidad, tiene un poder amplísimo, segun los testos legales, para graduar, si la imcompetencia del oficial civil es ó no suficiente, en virtud de otras circunstancias de publicidad, realizadas por los contrayentes, para ameritar ó no la nulidad del matrimonio. Tal es el rigor de los principios consignados en el Código, y por tanto no consideramos sino como una muestra de su grande ingenio, la siguiente explicacion de Laurent: "En tanto que la competencia se liga á la publicidad, se concibe que el juez tenga un poder de apreciacion. Si un oficial civil celebra fuera de su comunidad el matrimonio de dos personas que están domiciliadas en ella, hay imcompetencia territorial, y por consiguiente, una causa de nulidad. Pero supongamos que la celebracion haya tenido lugar en la casa de campo de una de las partes, en un lugar donde ella es perfectamente conocida, donde la publicidad ha sido completa; el juez mantendrá el matrimonio. Si, al contrario, hubiera en el hecho de la celebracion fuera de la comunidad una intencion de clandestinidad, el juez podria anularlo (1)." Hé ahí, pues, como la incompetencia, en el primer caso, segun la apreciacion del juez, puede no dar lugar á la nulidad, en virtud de haber acompañado al matrimonio otras circunstancias de perfecta publicidad. En el segundo caso, cuando se sospechara que las partes habian tenido intencion de incurrir en la clandestinidad, se supone, que el juez podria anular el matrimonio. ¿Por qué? por

(1). Laurent. tom. 2. núm. 483.

esa intencion de clandestinidad, se dice; pero nosotros, pretendiendo ir más adentro en esta cuestion, decimos: por el mismo poder de apreciacion que tiene el juez, que, en el caso, se normaría por la intencion dolosa de las partes. Además, si este poder de apreciacion no fuera el verdadero fundamento de la desicion, vendríamos al absurdo de que una ley de derecho público, como es la que tiene por objeto la forma y comprobacion de los matrimonios, y debidamente promulgada, podria ser impunemente infringida con solo que las partes se escusasen con su ignorancia ó buena intencion.

327. Nuestra legislacion nacional sobre nulidad de matrimonios clandestinos es como sigue: Las leyes de 28 de Julio de 1859 y 23 del mismo mes y año fueron las primeras que, fundándose en la base de que el matrimonio es un contrato civil, determinaron sus condiciones de validez y por consiguiente tambien, los motivos de nulidad. La primera (arts. 25 á 34) establece la manera de celebrar el matrimonio, ante qué funcionarios, ante qué testigos, etc., etc., en términos generales; la segunda, repitiendo lo que aquella contiene de particular y específico, declara (art. 30) que ningun matrimonio celebrado sin las formalidades prescritas será reconocido como verdadero y legítimo para los efectos civiles (1). El Código de Veracruz (art. 251 fraccion 1) declara que es matrimonio nulo el celebrado sin las formalidades civiles que él establece. ¿Cuáles son estas formalidades? Pudiera creerse, dada la generalidad de los términos en que este artículo está concebido, que la nulidad procede de la infraccion de cualquiera formalidad, aun de las previas al matrimonio. Pero el art. 252 nos dice que anula el matrimonio la falta de celebracion en los términos del art. 200. Ahora bien, este artículo declara que los matrimonios, no celebrados precisamente ante los funcionarios designados y conforme á las reglas

(1). Véase tomo 1º de esta obra, Apéndices letras R y X.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

establecidas en el Código, no producirán efecto alguno civil. Precisa, pues, averiguar cúales son estos funcionarios y cuáles, estas reglas. El 157 nos enseña ambas cosas: el matrimonio deberá celebrarse en el lugar, dia y hora señalados, segun el 142, á pedimento y de acuerdo con las partes, ante el encargado del registro civil, que es, segun el 132, el de la residencia de ambos ó de uno solo de los contrayentes; ante dos testigos por lo menos, que podrán ser presentados por aquellos, ó sus parientes. El encargado del registro deberá preguntar á cada uno de los pretendientes, llamándolos por su nombre, si es su voluntad unirse uno al otro en matrimonio. Si ambos contestan afirmativamente, el mismo funcionario les manifestará que queda celebrado el matrimonio, recordándoles sus obligaciones por medio de un texto, que puede verse en el mismo art. 57. Pero no es este todo el ceremonial del matrimonio civil, segun el Código que nos ocupa. Si el matrimonio hubiere de celebrarse ante algun auxiliar, y no ante el juez del registro civil, se asociará á aquel, dice el art. 159, el Presidente del ayuntamiento del lugar. Concluida la ceremonia, es necesario, sopena tambien de nulidad, segun el art. 252, que se extienda inmediatamente una acta que deberán firmar, antes de separarse del lugar de la reunion, los esposos y sus testigos, autorizándola el encargado del registro y el Presidente del ayuntamiento en su caso, y en cuya acta, además de la relacion de los hechos, se consignarán las generales de los contrayentes y de sus padres, si fuesen conocidos: el consentimiento de éstos de los abuelos ó de los tutores, ó la habilitacion de edad, siendo necesaria: la constancia de que hubo ó no impedimento, y en el primer caso, de que no fué declarado legítimo; y por último, la declaracion de los esposos, de tomarse mútuamente por marido y mujer y la que de quedar unidos deberá hacer, en nombre de la sociedad y conforme queda expresado, el oficial del estado civil; todo esto

es prescrito por el art. 160, y la falta del acta á que este artículo se refiere, es, segun el 252, causa de nulidad del matrimonio, el cual solo puede probarse por la copia de aquella. Esta causa de nulidad puede deducirse por los cónyuges, por cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio y aun de oficio. Los testigos que intervengan en el matrimonio, habrán de ser, segun este Código (art. 73), mayores de 18 años, debiendo preferirse las personas interesadas, sean ó no parientes de los contrayentes.

328. El Código del Estado de México, en sus arts. 206 fraccion 7ª, 115 y 212, es sustancialmente, salvas algunas diferencias de forma, muy semejante al anterior, en lo relativo á los fundamentos de la nulidad por clandestinidad. Esas diferencias de forma son, solamente tres: 1ª que en vez de dos testigos con que se contenta el Código de Veracruz, éste exige tres por lo ménos, para que presencien el matrimonio; 2ª que, segun aquél, los testigos pueden ser del sexo femenino y menores de veintiun años, y segun éste (art. 38), solo pueden serlo los varones y mayores de aquella edad; y 3ª que éste Código no exige, como el otro, que el oficial civil dirija á los contrayentes la alocucion que menciona, conformándose solo con la fórmula declaratoria de quedar unidos en matrimonio. En cuanto á las personas que pueden ejercitar esta accion de nulidad, el Código que nos ocupa, la dá tambien á los cónyuges y á cualquier interesado; pero no al oficio del juez. Segun ambos Códigos (art. 264 de el de Veracruz y 213 de el de Estado de Mexico), la posesion de estado matrimonial (núm. 325), unida á la existencia del acta de matrimonio, importa una excepcion indestructible contra la demanda de nulidad, entablada por los esposos.

De los preceptos de ambos Códigos, creemos poder deducir dos consecuencias capitalísimas: 1ª No es causa de nulidad

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

sino la infraccion de las solemnidades que constituyen la *celebracion*, es decir, el acto del matrimonio, quedando fuera, por lo mimo, de la pena de nulidad, las solemnidades anteriores, que se refieren á la presentacion para contraer matrimonio; 2ª No es causa de nulidad la falta de publicaciones ó banas, aunque no hayan sido dispensadas.

329. El Código de Tlaxcala (art. 128, fraccion 2ª) declara nulo el matrimonio contraido, *sin cumplir todos los requisitos señalados para la presentacion y celebracion* ante los jueces del estado civil, con excepcion *de las publicaciones* de las actas de presentacion. Al contrario, pues, de los dos códigos, cuyo exámen antecede, éste incluye, entre los motivos para la nulidad, la falta de presentacion ante el juez del estado civil del domicilio de cualquiera de los pretendientes, la de la acta que este funcionorio debe levantar, conteniendo las generales de aquellos y de sus padres, las de dos testigos por cada parte, la licencia paterna (art. 73) etc., etc. Este Código, no reconoce la revalidacion de la clandestinidad por la posesion de estado. Por el art. 137 se dá esta acion de nulidad á los cónyuges y á cualquier interesado. En cuanto á los testigos del matrimonio, el art. 88 previene que sean tres por lo ménos, parientes ó extraños, prefiriéndose los que designen (art. 33) los contrayentes, pero á condicion de que aquellos sean mayores de edad.

330. Los dos Códigos del Distrito Federal (arts. 280, fracciones 2ª, 3ª, 4ª, 5ª y 6ª de el de 1870 y 257, fracciones 2ª, 3ª, 4ª, 5ª y 6ª del actual) establecen un sistema aparte respecto á la nulidad que nos ocupa, y no poco diferente de los anteriores, como vá á verse. Desde luego podemos afirmar que, segun estos Códigos, son causas de nulidad, bajo el punto de vista de la clandestinidad, aun las faltas, que, con tal carácter, quedan excluidas de esa accion por los demás códigos. Los del Distrito Federal, pues, establecen una nulidad más ámplia,

más comprensiva, más rigurosa. Así es que, conforme á estos códigos, resultan nulos: 1º los matrimonios celebrados, sin que el juez haya recibido los testimonios de las actas que debe levantar el del domicilio de los contrayentes, despues de quince dias de publicacion de la acta de presentacion; 2º el celebrado, sin que se hayan repetido las publicaciones, no obstante haber pasado seis meses despues de las primeras, y no haberse verificado aquel; 3º los celebrados sin prévias publicaciones; 4º los celebrados, á pesar de no haberse dispensado aquellas; 5º aquellos, para cuyas actas de presentacion y celebracion, no comparecieron los dos testigos por cada parte en el primer caso y los tres en el segundo y 6º los celebrados en secreto, sin la presencia del juez ó de los contrayentes. Los testigos pueden ser parientes ó extraños, prefiriéndose los que presenten los interesados, con tal de que sean mayores de edad. Esta accion de nulidad puede ser deducida por los cónyuges, por cualquier interesado, por el Ministerio público ó por el oficio del juez. (art. 293 de el de 1870 y 270 del actual). La nulidad será cubierta por la posesion de estado matrimonial, si á ella se une la existencia del acta (arts. 294 de el de 1870 y 271 del actual).

331. Supuesta la legislacion nacional que precede, preguntamos: ¿es válido el matrimonio civil, contraido ante el oficial mayor del juzgado del registro civil? Hemos visto que, desde la ley de 23 de Julio de 1859, confirmada en este punto por la de 28 del mismo mes y año, se viene exigiendo, como una condicion principalísima del matrimonio, la presencia del juez del estado civil, que es quien exclusivamente debe presidir y autorizar aquel acto, en nombre de la sociedad. En consecuencia, cualquiera otra persona que intervenga en el matrimonio, es incompetente y tiene que invalidarlo, por falta de un requisito esencial. Pero ¿no bastará la autorizacion del oficial mayor, ni en

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

el caso de que el juez se halle *verbi gratia*, ausente ó imposibilitado de cualquiera otra manera, para autorizar el acto? Tampoco, pues, como es de verse en el art. 3.º de la ley de 28 do Julio de 1859, en el 68 del Código actual del Distrito Federal y en el 73 deel de 1870, los jueces del estado civil deberán ser suplidos, en sus faltas temporales, por los jueces de primera instancia de cada lugar; luego ningun otro funcionario, por caracterizado que sea y aunque forme parte del personal mismo del juzgado de registro civil, es considerado por nuestras leyes con representacion y facultades bastantes para presidir el matrimonio. Segun el de Veracruz (art. 52) dichas faltas temporales deberán ser suplidas por el juez 1.º de paz de la cabecera respectiva y en caso de no ser esto posible, la sustitucion se hará conforme á las leyes. Segun el 50 de el de Estado de México, los Presidentesde los Ayuntamientos y los municipales deben ejercer, en sus respectivas municipalidades ó municipios, las funciones de oficiales del Registro civil. Segun el de Tlaxcala (art. 45) los jueces del Estado civil serán suplidos, en sus faltas, por los presidentes municipales. Es verdad, por lo que hace al Distrito Federal que, segun un Reglamento del Gobierno del Distrito Federal de 5 de Setiembre de 1871, los jueces del estado civil deben ser suplidos, en sus faltas temporales, *por los respectivos oficiales mayores*; pero tal reglamento es, á todas luces, ilegal, supuesto que, emanado de la autoridad administrativa, no puede ser contrario á leyes ya vigentes, cuando su promulgacion y menos aun, á una ley federal.

332. La omision en la acta de matrimonio de alguno de los requisitos mencionados, como son: las generales de los contrayentes, las de sus padres, si hubo ó no impedimento, etc., etc., ¿es causa de nulidad? El caso se ha presentado ante los tribunales del Distrito Federal y creemos, por lo mismo, conveniente reproducir los principales considerandos de la sentencia

pronunciada en 7 de Julio de 1874 por el señor Juez 5.º de lo civil. La especie comprende tambien el caso anterior: "Considerando que, aunque por el Reglamento expedido por el C. Gobernador del Distrito en 5 de Setiembre de 1871, se dispuso que dichos jueces fuesen suplidos en sus faltas temporales por los oficiales mayores, semejante disposicion, como abiertamente contraria al art. 3 de la ley orgánica del Estado civil, no estaba en las facultades del Gobernador del Distrito haberla dictado, ni puede por lo mismo tener valor alguno legal, puesto que el Gobernador del Distrito..... no tiene facultades ni atribuciones sino en el órden gubernativo....., Considerando que el acta con que se pretende justificar el matrimonio, no solo adolece de los vicios legales expuestos, sino que ni siquiera llena los requisitos que el art. 34 de la ley de 28 de Julio de 1859 exige que contenga el acta de matrimonio, es á saber: los nombres, apellidos, edad, profesiones, domicilio y lugar del nacimiento de los contrayentes; los nombres, etc., etc., de los padres, el consentimiento de éstos, de los abuelos ó tutores ó la habilitacion de edad, la constancia relativa á si hubo ó no impedimento, y si lo hubo, á que éste no fué declarado legítimo; la declaracion de los esposos de tomarse y entregarse por marido y mujer; su voluntad afirmada de unirse en matrimonio y la declaracion que de quedar unidos debe hacer el juez del Estado civil, luego que hayan pronunciado el *sí* que los une; los nombres, apellidos, etc., etc., de los testigos; su declaracion sobre si son ó no parientes de los contrayentes, y si lo son, en qué grado y en qué línea; formalidades que faltan en el acta presentada, sin que baste á subsanar esta omision la circunstancia de que algunos de estos requisitos se anotaran en el acta de presentacion, pues la ley citada determina que se dupliquen y consten en ambas actas. Considerando que, con arreglo á las leyes de 23 de Julio de 1859, art. 30 y á la de 4

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de Diciembre de 1860, art. 20, que eran las vigentes, al verificarse el acto que se examina, era requisito esencial para la validez y legalidad de un matrimonio civil, la extricta observancia de las formalidades establecidas por las leyes que lo instituyeron, de tal modo que ningun matrimonio que se contrajera sin observarse tales formalidades, prodría reputarse legítimo para los efectos civiles, sino nulo é ineficaz de producirlos, segun la letra de las leyes citadas. Por todo lo expuesto, es nulo y de ningun valor ni efecto, el matrimonio celebrado etc., etc." (1). Apelada esta sentencia, la 3ª Sala del Tribunal Superior del Distrito la confirmó por sus propios y legales fundamentos, añadiendo además que el matrimonio en cuestion era nulo tambien, por no contener el acta respectiva la constancia de el consentimiento expreso de los contrayentes en el matrimonio, sino solo, del deseo de contraerlo, pero sin que hubiera llegado á realizarse conforme á las precripciones legales (2); é interpuesto el recurso de súplicā, la 1ª Sala del mismo Superior Tribunal confirmó tambien el fallo aludido por sentencia de 24 de Julio de 1877 (3).

333. Supuesta siempre la legislacion nacional, ¿resulta la nulidad de matrimonio de la omision de las publicaciones respectivas en la residencia anterior de uno de los contrayentes, cuando consta que no la tuvo continua y por los seis meses anteriores á la presentacion en el mismo lugar del juez del registro civil, ante el cual se verificó el acto? El caso se presentó ante el juzgado 1º de lo civil de esta Capital, habiéndose fallado en sentido afirmativo sobre la nulidad é insubsistencia del matrimonio por los siguientes fundamentos: "Considerándo que conforme al art. 116 del Código Civil, es forzoso remitir copias

(1) *El Foro*, tom. 3, año de 4874, num. 12.
(2) Sentencia de la 3ª Sala, de 28 de Abril de 1876.
(3) *El Foro*, 2ª época, tom. 2, año de 1877, num. 22.

del acta de presentacion á los anteriores domicilios de los pretendientes, siempre que los dos ó alguno de ellos, no hubiesen tenido en los seis meses precedentes el mismo domicilio del juez del estado civil; que conforme al 118, cuando ese domicilio anterior de alguno de los pretendientes no ha sido fijo durante seis meses continuos, las copias de que habla el 116 deben permanecer fijadas por dos meses en los lugares señalados, es decir, en el del juzgado donde se celebra el acto y en el de los domicilios anteriores; que conforme al 123, el juez que reciba actas remitidas por los encargados de otros registros, deberá levantar una en que haga constar que se verificó la publicacion, enviando testimonio al juez del matrimonio; que conforme al 124, no puede procederse á este acto, sin haber recibido los testimonios referidos y que conforme al 126, pasados los términos de las publicaciones, deben anotarse sus resultados en el libro que corresponda y pueda señalarse ya el dia de la celebracion del matrimonio. Considerando que, fuera de la publicacion que segun el informe del juez del estado civil, se hizo en esta Capital del acta preparatoria del matrimonio de que se trata, no se dispuso ninguna otra en el lugar de la anterior residencia y de consiguiente, se echan de menos todas las particularidades prescritas tan minuciosamente, en los mencionados arts. 118, 123 y 124 del Código Civil de 1870. (1)"

334. Hemos visto antes que tanto el Código francés como los nuestros, excepto el de Tlaxcala, aceptan contra la demanda en nulidad por clandestinidad del matrimonio, la posesion de estado matrimonial, unida á la existencia del acta respectiva. Presindiendo de las consideraciones morales que militan en favor del reconocimiento de esa excepcion contra la nulidad, ella importa, respecto al matrimonio, lo que el art. 309 establece en

(1) *El Foro*, 2ª época, año de 1885, tom. 26, num. 2.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cuanto á la filiacion lejítima (1). La semejanza entre ambos casos resulta tambien de que, así como para la filiacion se exije, además de la posesion de estado, que exista el acta de nacimiento, á la cual no contradiga aquella, para el matrimonio es necesario la existencia del acta respectiva, con la cual sea conforme la posesion de estado matrimonial, que se invoca. Dos condiciones pues son indispensables para constituir la excepcion que nos ocupa: una acta de matrimonio, aunque defectuosa por la falta de solemnidades prescritas, y la posesion de estado matrimonial. El derecho canónico, aunque verdadero creador de los registros públicos en las partidas parroquiales (2), se ha mostrado siempre menos exigente que el civil, en la prueba del matrimonio, considerándola, como digna de todo favor y hacedera, por tanto, no solo mediante la presentacion de las constancias de aquellos registros, sino aun por testigos ó de otra manera menos demostrativa y satisfactoria. Así dice el Cardenal de Luca: "Si bien es verdad que el Párroco obra mal, si no lleva ni conserva el libro en que se apuntan los matrimonios, esta omision *no anula* el matrimonio, y mucho menos afecta á la facultad de probarle por testigos ó de otro modo, puesto que la negligencia del Párroco no debe perjudicar á las partes; ni privarlas de sus derechos. Esta prueba es favorable, de modo que puede hacerse, segun la cualidad del hecho, valiéndose de testigos, parientes ó de otras maneras imperfectas; por lo tanto, tampoco se puede dar una regla cierta y determinada; porque, siendo arbitraria la materia de las pruebas, debe tomarse de la cualidad y circunstancias del hecho, como *verbigratia*, si en un caso son los parientes ó allegados fidedignos y en otros, no." El antiguo derecho civil daba grande importancia á la posesion de estado, aun á falta absoluta de cualquiera otra prueba en favor del matrimonio. "De todas las pruebas, decia Cochin, que aseguran el estado de los hombres, no la hay más sólida, más poderosa que la de la posesion pública..... Aquel que la tiene á su favor, no está obligado á remontar á otras pruebas; aquella ocupa el lugar de todos los títulos que las leyes desean; *suple á las actas de celebracion del matrimonio*, á los extractos baptismales y á todas las constancias establecidas para fijar el estado de los hombres (1)."

(1) Véase tomo 1º de esta obra, num. 353.
(2) Véase tomo 1º de esta obra, num. 329.

Pero la legislacion moderna, informada por otros principios, ha establecido éste que es capitalísimo: el estado civil de los hombres no puede probarse sino por las respectivas constancias del registro (2), y así vemos que, tratándose del matrimonio, es necesario, además de la posesion de estado, el acta relativa.

Varias observaciones tenemos que hacer sobre esta disposicion. 1ª Ella no se refiere sino á los vicios de forma, al defecto de clandestinidad, tal como los Códigos lo consideran, y, en consecuencia, si el matrimonio es nulo por otra causa, *verbi gratia*, por bigamía, por incesto, ni la posesion de estado matrimonial, ni el acta pueden cubrir esa nulidad. La accion, pues, queda entónces expedita y abierta, segun lo hemos explicado en los números anteriores. 2ª La excepcion que nos ocupa sirve solo contra los cónyuges; luego, concediendo los códigos la accion de nulidad por clandestinidad no solo á aquellos, sino á cualquier interesado, al Ministerio Público y al juez de oficio, la excepcion no tiene lugar ni puede hacerse extensiva á éstas personas. ¿Cuál es la razon de esta diferencia? No alcanzamos sino una que nada satisface en abono de tal diferencia: siendo la posesion de estado matrimonial obra

(1) Cochin, *Œvres*, tom. 1. pag. 590.
(2) Véase tomo 1º de esta obra, num. 351.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de los mismos cónyuges, la ley ha debido considerarla como un obstáculo incontrastable en que se estrellaran las veleidades y caprichos de aquellos que, despues de haber vivido públicamente como marido y mujer, quisieran destruir su matrimonio y recobrar por defectos de forma en la celebracion de aquel, pero sobre los cuales habian guardado silencio, su plena y absoluta libertad. Decimos que esta razon no nos satisface, para que, á pesar de la posesion de estado, sean recibidos á demandar la nulidad del matrimonio los extraños, porque nosotros no podemos ménos que ver en ese acto, uno de los mas trascendentes para la familia y el honor principalmente de la esposa, y el más fecundo en resultados para la sociedad. O la posesion de estado hace válido é inatacable el matrimonio clandestino ó no: si lo primero, como se pretende respecto de los cónyuges, debe ser cierto tambien para todos, pues lo contrario equivaldrá á someter á las pasiones é intereses de los demás, la quietud y hasta el porvenir de los hijos. Un célebre abogado francés, Ramain de Seze, decia en el siglo pasado, lo siguiente que no tiene réplica: "La ley, que no tiene sino grandes miras, ha abrazado, en su vasto golpe de vista, el bien general de la sociedad; ha visto que el reposo que hace la felicidad de esta, no tenia otra base que el mismo de las familias que componen aquella. y que el solo medio de asegurar este reposo de la sociedad y de las familias, era no tolerar que se pudiera inquietar en su estado á los ciudadanos pacíficos que lo hubieran conquistado por una posesion de muchos años; ha querido que su goce fuese, á este respecto. su propiedad; que su derecho naciera de su usurpacion misma; que ellos poseyesen porque habian poseído y que esta posesion, sin base, la encontrara en sí misma, sin que fuese nunca posible destruirla. (1)"

335. Hemos dicho que la excepcion de revalidacion que nos

(1) Ramain de Seze, *Playdoyer dans la cause de la Gravier*, 1775.

ocupa, tiene lugar solamente tratándose de la nulidad por vicios de forma, es decir, por clandestinidad; más no hay que entender estas palabras de una manera absoluta. La clandestinidad, como lo hemos manifestado en varios lugares de este número, es más ó ménos extensa y comprensiva, segun las diferentes legislaciones. Así es que, mientras en el Derecho canónico se reduce á la no presencia del Párroco y de los testigos, en nuestros Códigos, principalmente en los del Distrito Federal, abarca aun la falta de formalidades preparatorias del matrimonio. Pero existe una solemnidad que, segun todas las leyes, es absolutamente esencial á la celebracion de este acto, sopena de nulidad: la presencia del Párroco ó del juez del estado civil. Esto supuesto, preguntamos, la posesion de estado, unida á la acta de celebracion ¿basta á cubrir todos los vicios de forma de que ese acto adolezca, aun la falta de la autorizacion del juez del estado civil? No, sin duda alguna, pues basta leer los artículos de los diferentes códigos que aceptan tal revalidacion, para persuadirse de que ella supone todos los vicios de forma, menos el de la no asistencia del juez del registro. El art. 196 francés dice: "cuando hay posesion de estado y es presentada la acta de celebracion del matrimonio *delante del oficial del estado civil*, etc., etc." Nuestros Códigos dicen tambien: "No se admitirá á los cónyuges la demanda de nulidad por falta de solemnidades, contra el acta de matrimonio *celebrado ante el juez del registro civil*, etc., etc." Luego, si el matrimonio es nulo, *verbi gratia*, por falta de testigos, pero, habiendo autorizado la celebracion el juez del registro, la revalidacion tiene lugar.

336. ¿Tendrá lugar tambien, cuando era incompetente el juez, por no ser el del domicilio de ninguna de las partes? Esta cuestion no tiene importancia entre nosotros, supuesto que nuestros Códigos resuelven toda la dificultad en este punto, aumentando las publicaciones previas al matrimonio; pero el Código francés

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dice en su art. 165: "el matrimonio será celebrado publicamente *delante del oficial civil del domicilio de una de las partes.*" ¿Cómo pues resolver la anterior cuestion, ante una acta de matrimonio levantada por juez incompetente? ¿se aplica el art. 196 francés? Sobre esta controversia se han dividido las opiniones: Merlin, Proudhon, Zacharias, Demante y Ducaurroy (1) responden negativamente, haciendo el razonamiento que sigue: "El texto del art. 196 se sirve de estas palabras: *el oficial* del estado civil, y no, de estas: *un oficial* del estado civil; luego, presuponela competencia del oficial público que ha procedido á la celebracion. ¿Qué relacion, por otra parte, y qué correlacion encontrar entre el vicio de incompetencia del oficial público y la posesion de estado? Por esto Portalis ha declarado que esta nulidad *no puede ser cubierta por la posesion* (núm. 321)". Demolombe responde afirmativamente y dice: "1.° El texto del artículo en cuestion se sirve de las palabras: *el oficial del estado civil*, sin añadir *competente;* luego no exige necesariamente esta condicion; 2.° La incompetencia es uno de los vicios de la celebracion del matrimonio, *del acta de celebracion;* ahora bien, á estos vicios es aplicable el art. 196. Finalmente 3.° nada mas lógico, ni más racional que decidirlo así, porque la competencia del oficial público es exigida, ya para procurar la publicidad misma del matrimonio, ya para garantizar la libertad del consentimiento de los esposos; ahora bien, la posesion de estado, que ha seguido á la celebracion, ha hecho público el matrimonio, y probado la libertad del consentimiento de los esposos; luego debe crear tambien una excepcion contra su demanda de nulidad, fundada sobre la incompetencia del oficial público (1)." La jurisprudencia se ha manifestado en este sentido.

(1). Merlin, *Repert*, "Mariage", sect. 6, § 2.—Proudhon, tom. 1, pag. 442.—Zacharias, tom. 3, pag. 308.—Ducaurroy, tom. 1, núm. 343.—Demante, tom. 1, núm. 278, bis. III.

Seccion 5ª De otras causas de nulidad conforme al derecho canonico.

337. Así como en otro lugar de esta obra (2) expresamos que habia varios impedimentos para el matrimonio, fuera de los mencionados por el Derecho civil, es saber, aquellos de que trata el Canónico, y de los cuales teniamos la necesidad de ocuparnos, para rendir á lo menos un tributo de respeto á esa legislacion sapientísima, que ha sido y será siempre el modelo inmejorable de la moderna, cumple hoy tambien á nuestro propósito estudiar, siquiera brevemente, las causas de nulidad, que á tales impedimentos corresponden, sus condiciones y excepciones y todo lo demás que á ellas se refiere.

Número 1.° De la nulidad por publica honestidda.

338. Con esta mira, estudiemos desde luego lo que concierne impedimento de *Pública Honestidad*, que como lo hemos ya manifestado en otra parte (3), se funda en cierta especie de parentesco, nacido de los esponsales y del metrimonio rato ó no consumado, entre el desposado y los parientes de la desposada, ó entre el esposo y los parientes de la esposa. Santo Tomás de Aquino define este impedimento: *propinquitas ex sponsalibus proveniens, robur trahens ab Ecclesiæ institutione propter ejus honestatem*. Este impedimento no es de Derecho natural, sino que fué introducido por el civil, habiéndolo la Iglesia adoptado despues, por encontrarlo fundado en razones de con-

(1). Demomobe, tom. 3, núm. 328.
(2) Véase tomo 2.° de esta obra, num. 273.
(3) Véase tomo 2.° de esta obra, num. 273.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dice en su art. 165: "el matrimonio será celebrado publicamente *delante del oficial civil del domicilio de una de las partes.*" ¿Cómo pues resolver la anterior cuestion, ante una acta de matrimonio levantada por juez incompetente? ¿se aplica el art. 196 francés? Sobre esta controversia se han dividido las opiniones: Merlin, Proudhon, Zacharias, Demante y Ducaurroy (1) responden negativamente, haciendo el razonamiento que sigue: "El texto del art. 196 se sirve de estas palabras: *el oficial* del estado civil, y no, de estas: *un oficial* del estado civil; luego, presuponela competencia del oficial público que ha procedido á la celebracion. ¿Qué relacion, por otra parte, y qué correlacion encontrar entre el vicio de incompetencia del oficial público y la posesion de estado? Por esto Portalis ha declarado que esta nulidad *no puede ser cubierta por la posesion* (núm. 321)". Demolombe responde afirmativamente y dice: "1.° El texto del artículo en cuestion se sirve de las palabras: *el oficial del estado civil*, sin añadir *competente;* luego no exige necesariamente esta condicion; 2.° La incompetencia es uno de los vicios de la celebracion del matrimonio, *del acta de celebracion;* ahora bien, á estos vicios es aplicable el art. 196. Finalmente 3.° nada mas lógico, ni más racional que decidirlo así, porque la competencia del oficial público es exigida, ya para procurar la publicidad misma del matrimonio, ya para garantizar la libertad del consentimiento de los esposos; ahora bien, la posesion de estado, que ha seguido á la celebracion, ha hecho público el matrimonio, y probado la libertad del consentimiento de los esposos; luego debe crear tambien una excepcion contra su demanda de nulidad, fundada sobre la incompetencia del oficial público (1)." La jurisprudencia se ha manifestado en este sentido.

(1). Merlin, *Repert*, "Mariage", sect. 6, § 2.—Proudhon, tom. 1, pag. 442.—Zacharias, tom. 3, pag. 308.—Ducaurroy, tom. 1, núm. 343.—Demante, tom. 1, núm. 278, bis. III.

Seccion 5ª De otras causas de nulidad conforme al derecho canonico.

337. Así como en otro lugar de esta obra (2) expresamos que habia varios impedimentos para el matrimonio, fuera de los mencionados por el Derecho civil, es saber, aquellos de que trata el Canónico, y de los cuales teniamos la necesidad de ocuparnos, para rendir á lo menos un tributo de respeto á esa legislacion sapientísima, que ha sido y será siempre el modelo inmejorable de la moderna, cumple hoy tambien á nuestro propósito estudiar, siquiera brevemente, las causas de nulidad, que á tales impedimentos corresponden, sus condiciones y excepciones y todo lo demás que á ellas se refiere.

Número 1.° De la nulidad por publica honestidda.

338. Con esta mira, estudiemos desde luego lo que concierne impedimento de *Pública Honestidad*, que como lo hemos ya manifestado en otra parte (3), se funda en cierta especie de parentesco, nacido de los esponsales y del metrimonio rato ó no consumado, entre el desposado y los parientes de la desposada, ó entre el esposo y los parientes de la esposa. Santo Tomás de Aquino define este impedimento: *propinquitas ex sponsalibus proveniens, robur trahens ab Ecclesiæ institutione propter ejus honestatem*. Este impedimento no es de Derecho natural, sino que fué introducido por el civil, habiéndolo la Iglesia adoptado despues, por encontrarlo fundado en razones de con-

(1). Demomobe, tom. 3, núm. 328.
(2) Véase tomo 2.° de esta obra, num. 273.
(3) Véase tomo 2.° de esta obra, num. 273.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

veniencia y moral públicas incontestables. Ortolan comentando un párrafo de la Instituta de Justiniano, dice: "Aunque no halla ni parentesco ni alianza entre dos personas, motivos de conveniencia y honestidad públicas bastan algunas veces para impedir que halla entre ellas *connubium*. Así el adoptante no puede casarse, aun despues de haberla emancipado, con aquella que habia adoptado, aunque, despues de la emancipacion, haya cesado de ser su hija. Del mismo modo aquel no se puede casar, aun despues de la emancipacion con aquella que ha sido la mujer de su hijo adoptivo, aunque despues de la emancipacion, ella haya cesado de ser su nuera. La instituta nos dá todavía otros dos ejemplos: un hombre se divorcia de su mujer; ésta contrae un segundo matrimonio del cual nace una hija; ésta no es la nieta (*privigna*) del marido de su madre, puesto que ha nacido en una época en que el primer matrimonio, ya roto, no producia ningun lazo; sin embargo este primer marido no podrá casarse con aquella, porque no es conveniente que aquel que ha sido el marido de la madre, sea todavía el marido de la hija. Los esponsales no eran sino un proyecto, sino una promesa de matrimonio, que no producia alianza (*affinitas*): así la desposada del hijo no era la nuera del padre (*nurus*), la desposada del padre no era la madrastra del hijo (*noverca*); y sin embargo, como no era conveniente que el padre se casase con aquella que habia sido destinada á su hijo, y recíprocamente, los jurisconsultos querian que no pudieran contraerse semejantes nupcias (1).

La disciplina antigua de la Iglesia parece haber sido severísima en cuanto á este impedimento, extendiéndose tan lejos como el de parentesco (2); pero el Concilio de Trento, lo ha

(1) Ortolan, *Explication historique des Instituts*, lib. 1, tit, 10, § 9.
(2) Cap. *Sponsam, De Sponsal. et Matrim.*

reducido al primer grado, de manera que, conforme á ésta, que es la actual disciplina de la Iglesia, un desposado no puede casarse con una parienta en primer grado de la desposada, sea en línea directa, sea en la colateral, es decir, que no puede, sin dispensa, casarse con la madre, la hija ó la hermana de la desposada, porque son parientes en el primer grado; del mismo modo, una desposada no puede casarse, ni con el padre, ni con el hijo, ni con el hermano de la desposada, pudiendo ambos contraer matrimonio con los otros parientes (1). Este impedimento de pública honestidad existe, aun tratándose de parientes ilegítimos, pues en órden al Matrimonio, debe atenderse al Derecho natural, al pudor y á la honestidad, bajo cuyos puntos de vista los parientes ilegítimos no dejan de ser verdaderamente parientes: *In contrahendis Matrimoniis naturale jus et pudor inspiciendus est.*

Bonifacio VIII habia decidido que el impedimento de que tratamos, existia aun cuando los esponsales fuesen nulos, excepto por falta de consentimiento, porque éste es la esencia del matrimonio; pero el Tridentino ha dicho: *Publicæ honestatis impedimentum, ubi sponsalia quâcumque ratione valida non erunt, S. Synodus prorsus tollit; ubi autem valida fuerint, primun gradum non excedant* (2).

En cuanto al impedimento de pública honestidad proveniente del matrimonio no consumado, debe notarse que él existe, á pesar de que, segun en otro lugar ya lo expresamos, la afinidad no deriva sino del comercio carnal (3). ¿A qué grados de parentesco se extiende en este caso el impedimento? Autores hay, segun los cuales, dicho impedimento no pasa del primer grado desde el Concilio de Trento. Pero, á no dudarlo

(1) *Concil. Trident.*, Cap. *De Reform. matrim.*
(2) *Concil. Trident.*, Ses. 24. cap. 3.
(3) Véase tomo 2º. de esta obra, num. 133.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

y atentas las reglas de una imparcial interpretacion, tal sentimiento es erróneo. En efecto, los historiadores del Concilio, que refieren tan minuciosamente todas las materias agitadas en esa ilustre Asamblea, no dicen ni una palabra de la pública honestidad proveniente de matrimonio. Ahora bien, cuando se trata de abrogar ó corregir el antiguo derecho por una ley nueva, es necesario que ésta se explique expresamente. Además, un matrimonio perfecto, aunque no consumado, es un compromiso más considerable, más respetable, más inviolable que el que constituyen los simples esponsales de futuro; luego, no es jurídico deducir ninguna consecuencia respecto al matrimonio no consumado de la diminucion traida por el Concilio al impedimento de esponsales, porque seria argumentar *á minori ad majus*, lo que es contrario á una buena lógica (1). Mas toda duda se desvanecerá sobre el particular, leyendo las siguientes palabras del Papa Pio V, en su Bula *Ad Romanum*, dada en 1568, ó sea, cinco años despues de la conclusion del Concilio: *Definimus decretum Concilii hujusmodi omnino intelligendum esse, et procedere in sponsalibus de futuro duntaxat, non autem in Matrimonio sic, ut præfatur, compacto, sed in eo durare adhuc impedimentum in omnibus illis casibus et gradibus, quibus de jure veteri ante prædictum Concilii Decretum, introductum erat.* Así pues, la verdad canónica es que hoy, como antes del Tridentino, un matrimonio no consumado, aunque nulo, como no lo sea por falta de consentimiento, forma el impedimento de pública honestidad, el cual tiene lugar hasta el cuarto grado de parentesco *inclusive* (2).

339. Los canonistas hacen esta importante advertencia: El impedimento de pública honestidad no tiene lugar sino respecto de parientes consanguineos; pero no respecto de afines. Por consiguiente, aunque un desposado no pueda casarse con la hermana de la desposada, puede, sin embargo, hacerlo con la viuda del hermano de aquella, porque esta viuda no es pariente, sino solo afin de la desposada (1).

(1) Pothier, num. 223.
(2) Fagnan, Cap. *Ad Audientiam*, 4 Extr. *De Spons. et Matrim.*

340. Establecido que los matrimonios, aunque nulos, como no lo sean por falta de consentimiento, producen el impedimento de que tratamos, se pregunta: ¿él tiene tambien lugar por los matrimonios clandestinos? Sanchez opina que no (2); pero de otro parecer es la mayoría de los Doctores y es á nuestro juicio ésta la sentencia más probable. Bonifacio VIII declaró, segun el Derecho antiguo, que los esponsales nulos, por cualesquiera razones que lo fuesen, menos por falta de consentimiento, producian el impedimento de honestidad pública (3); ahora bien, no se puede decir que el consentimiento de las partes falte en los matrimonios clandestinos, en los cuales se consiente verdaderamente, aunque de una manera imperfecta, que no es legítima ni suficiente para hacerlos válidos. Además, la S. Congregacion lo tiene así declarado: *Præsupposita declaratione per Constitutionem Pii V super hoc decreto (Sess. 24, cap 3 de reform. matrim). censuit Congregatio oriri impedimentum publicæ honestatis ex sponsalibus per verba de præsenti etiam nulliter contractis omissa forma Tridentini.*

341. La nulidad fundada en este impedimento, es por su naturaleza, absoluta y perpétua, aun despues de la muerte de uno ó de otro de los desposados (4); pero dispensable por el Romano Pontífice.

342. Con el Derecho canónico concuerda tambien en este punto

(1) André, *Diccionario*, "Imped. de pública honestidad."—Sanchez, lib. 7. disput. 70, num. 5.
(2) Sanchez, lib. 7, disput. 70, num. 3.
(3) Bonifacio VIII, Cap. *Ex sponsalib*, tit. *de sponsal. et matrim.*
(4) Can. *Si quis desponsaberit*, Caus 27. quæst. 2.—Alejandro VII, Cap. *Ad audientiam. De sponsal. et matrim.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la antigua legislacion española: "*Publicæ honestatis justitia* tanto quiere decir en romance, como derecho que debe ser guardado por honestidad de Santa Eglesia, e del Pueblo. E esta es la dezena cosa, que embarga el casamiento, que se non faga, e si fuere fecho, desfazelo (1).

Número 2º De la nulidad por disparidad de culto.

343. "¿Qué union, pregunta S. Pablo, puede haber entre la justicia y la iniquidad? ¿qué comercio entre la luz y las tinieblas? ¿qué acuerdo entre el fiel y el infiel? ¿qué acuerdo entre Jesucristo y Belial? ¿qué sociedad entre el templo de Dios y los Idolos? Por esto el Apóstol recomienda á los fieles: *nolite jugum ducere cum Infidelibus* (2). La reprobacion de las nupcias entre cristianos y gentiles se halla en diferentes lugares de las obras de los maestros de la Doctrina eclesiática (3) y de los Concilios (4).

Pero tales matrimonios ¿son nulos? Pudiera vacilarse en afirmarlo, supuesto que la Iglesia toleraba en los primeros siglos el matrimonio entre cristianos y paganos, lo cual parece confesar S. Agustin, cuando despues de haber notado que S. Cipriano vituperaba, como grandes crímenes, las nupcias de cristianos con gentiles, descargando sobre ellas la responsabilidad de las persecusiones contra la Iglesia, dice que, sin embargo, en su tiempo, no se creia que hubiera pecado en contraer tales matrimonios, ó que, á lo menos, se dudaba que fuesen aun ilícitos, porque no se encuentra en el Nuevo Testamento ninguna

(1) *Partida* 4ª tit. 2, l. 17.
(2) S. Pablo, 2 *Ad Cor.* 6.
(3) Trertuliano, *Ad uxorem*, lib. 2, cap. 3.—S. Cypriano, *Testimonia adversus Judæos ad Quirinum*, cap. 62.—S. Agustin, *De udulterinis conjugiis*, cap. 21.—S. Gerónimo, *Adversus Jovinianum*, lib. 1, cap. 5.
(4) *Concil. Eliberitan.* Can. 15.—*Concil. Calcedon.* Can. 14.

prohibicion expresa á este respecto: *quæ nostris temporibus iam non putantur esse peccata, quoniam reverà in novo Testamento nihil inde præceptum est, et ideo aut licere creditum est, aut velut dubium derelictum* (1). Y en efecto, pueden citarse varios matrimonios de cristianos con infieles, no declarados nulos por la Iglesia: el de Sta. Cecilia con Valeriano, el de Sta. Mónica con Patricio, padre de S. Agustin, de que habla el Obispo de Hipona, en sus confesiones (2), sin hacer el menor reparo sobre su validez, el de Sta. Clotilde con Clodoveo, rey de los Francos, etc., etc. (3). ¿Las palabras de S. Pablo, antes citadas, encerrarán un precepto de Derecho divino? Es muy controvertible porque, fuera de que éllas apenas contienen una recomendacion, *nolite*, debe tenerse presente que los Apóstoles han ordenado muchas cosas, no en calidad de Apóstoles sino como Obispos y Pastores de Iglesias y por tanto sus decretos ó mandatos son solo de Derecho eclesiástico. Aun éste no puede afirmarse con certeza que, en su primera época, declarara nulos tales matrimonios, pues de las Autoridades y Cánones que hemos mencionado, solo puede inferirse que eran expresamente prohibidos ¿Quién si no, se atreveria á afirmar, que tales textos autorizarian para separar á los Cristianos de la parte Infiel, con la cual se encontraban unidos en matrimonio? Por lo demás, las uniones entre Cristianos é Infieles eran prohibidas por las leyes civiles, como se desprende de una del año 365, dada por los emperadores Valente y Valentiniano (4), y puede asegurarse que, desde remota antigüedad y aun antes del siglo XII, eran no solo ilícitos sino aun nulos, segun la Iglesia, los matrimonios de cristianos con judíos ó infieles, porque Ives de Chartres, que

(1) S. Agustin, *De fide et operibus*, cap. 19.
(2) S. Agustin, *Confesiones*, lib. 9, cap. 9.
[3] Laurenius, lib. 4, tit. 1, *quæst.* 115. núm. 1.
[4] *Código Teodosiano*, lib. 3, tit. 14, *de nuptiis Gentilium.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

murió al principio de aquella centuria, así lo afirma en su Carta á Vulgrino, Archidiácono de la Iglesia de Paris (1). Graciano nos suministra tambien una prueba de esto (2) y Lombardo, el Maestro de las Sentencias, que vivia hácia mediados de aquel mismo siglo, habla del impedimento que llama *disparem cultum*, como de una cosa ya establecida: *de dispari cultu videndum est, hæc est enim una de causis quibus personæ illigitimæ fiunt ad contrahendum Matrimonium.*

344. A falta, pues, de una ley precisa que pronuncie la pena de nulidad para los matrimonios que nos ocupan, puede decirse que la causa viene de una costumbre antiquísima, cuyo orígen no señalan exactamente los teólogos y canonistas. Las razones de esta costumbre pueden reducirse á tres: es á saber, peligro de la subversion de la Fé, mala educacion de los hijos, y desacuerdo que estalla de ordinario entre las personas de diversa religion. *¿Quomodo*, pregunta S. Ambrosio, *potest congruere charitas, si discrepet fides* (3)? La Santidad de Benedicto XIV dice, á este respecto: *Omnes nunc sentiunt ob cultus disparitatem irrita matrimonia esse non quidem jure Sanctorum canonum sed Ecclesiæ more, quia pluribus seculis vim legis obtinet.* En el mismo lugar, afirma este célebre Pontífice, que seria inválido el matrimonio de un protestante ú otro hereje con persona infiel ó no bautizada; porque los herejes, dice, son súbditos de la Iglesia, y les ligan sus leyes, y enseña en fin, allí mismo, que esta causa de nulidad no tiene lugar en el matrimonio de dos personas bautizadas, aunque una sea católica y la otra hereje.

345. En cuanto á los matrimonios de Católicos con herejes, se cita, como fundamento de su nulidad, el Canon 72 del Concilio Constantinopolitano del año 692, que declara aquellos, no solo

(1) Ives Chartres, *Carta* 122.
(2) Graciano, pars. 2 ª, causa 28, quæst. 1.
(3) San Ambrosio, *De Abraham*, lib. 1, cap. 9.

ilícitos, sino inválidos: *si quod hujusmodi à quopiam factum apparuerit, irritas nuptias existimari, et nefarium conjugium dissolvi etc.* Pero esta reunion de Obispos, en su mayor parte Monotelistas, que presidió el emperador Justiniano II, no fué considerada en la Iglesia Latina sino como un conciliábulo, al cual Sergio, que ocupaba entónces la Sede Apostólica, no quiso nunca adherirse, á pesar de las órdenes y amenazas de aquel monarca. La verdadera Iglesia ha mostrado hácia los herejes una indulgencia negada á los paganos y á los judíos, por causa del Bautismo que les es comun á los primeros con los Católicos, pues como enseña el doctor Angélico: *Matrimonium Sacramentum est, et ideò quantum pertinet ad necessitatem Sacramenti, requirit paritatem, quantùm ad Sacramentum fidei, scilicet, Baptismum magis quàm quantúm ad interiorem fidem, undé etiam hoc impedimentum non dicitur disparitas fidei, sed disparitas cultus, qui respicit exterius servitium, et propter hoc si aliquis fidelis cum hæretica baptisata Matrimonium contrahit, verum est matrimonium, quamvis peccet contrahendo, si sciat eam hæreticam, sicut peccaret si cum excommunicata contraheret, non tamen propter hoc Matrimonium dirimeretur* (1).

346. Volviendo á la nulidad del matrimonio por causa de disparidad de culto, reconózcase que, siendo de solo Derecho eclesiástico, puede ser levantada por el Romano Pontífice, mediante dispensa, para cuya concesion los Doctores enseñan que deben tomarse las necesarias precauciones, á fin de evitar la perversion de la parte fiel y conseguir la educacion de la prole en la doctrina católica (2). La legislacion antigua española es tambien conforme á la canónica en esta parte (3).

(1) Div. Thom. de Aquin. *in 4 sentent, distinct.* 39, quæst. 1, art. 1, ad. 5.
(2) Perrone, *De matrimonio christiano*, lib. 2, sect. 1, cap. 7, art. 2
(3) *Partida* 4 ª. tit. 2, l. 15.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Número 3. De las nulidades por parentesco espiritual y por el civil.

347. Se llama *parentesco espiritual* el que se contrae por medio de los Sacramentos del Bautismo y de la Confirmacion entre los padrinos y madrinas de un lado y el bautizado y sus padres del otro; entre el que bautiza y el bautizado y sus padres, entendiéndose esto mismo de la Confirmacion. Tal es la disciplina vigente en la Iglesia, desde el siguiente Cánon del Concilio Tridentino: "La esperiencia enseña que muchas veces se contraen matrimonios por ignorancia en casos prohibidos á causa de la multitud de impedimentos, y que ó se persevera en ellos, no sin grave pecado, ó no se dirimen sin grave escándalo. Por lo tanto, queriendo el santo Concilio remediar este daño, y principiando por el impedimento del parentesco espiritual, establece que solo una persona, sea hombre ó sea mujer, segun lo dispuesto en los sagrados Cánones ó á lo sumo uno y una, sean los padrinos del bautismo; entre los cuales y el mismo bautizado, su padre y madre, así como rambien entre el que bautiza y el bautizado, y padre y madre de éste, se contraiga solamente el parentesco espiritual. El párroco, ántes de administrar el Bautismo, infórmese con diligencia de las personas á que esto pertenezca, quien es la elegida ó elegidas para tener en la pila bautismal; y solo á ésta ó á estos admita para sacarle, escribiendo sus nombres en el libro, y declarándoles el parentesco que han contraído, para que no puedan alegar ignorancia alguna. Más si otras, además de los señalados, tocasen al bautizado, de ningun modo contraigan parentesco espiritual, sin que obsten ningunas constituciones en contrario. Si se contraviniere á este mandáto por culpa ó negligencia del Párroco, le castigará á su arbitrio el Ordinario. Tampoco el parentesco que se contrae por la Confirmacion se ha de extender á más personas que al que confirma, al confirmado, al padre y madre de éste y al padrino, confirmado y padre y madre, quedándo enteramente abolidos todos los impedimentos de este parentesco espiritual con respecto á otras personas (1)." Segun Salazar dos excepciones tiene esta declaracion: 1ª si el padre ó madre bautizan á la prole legítima, cuando ésta se halla en artículo de muerte y no hay otra persona de quien valerse para el Bautismo; 2ª Si el padre ó madre, por ignorancia, hiciesen de padrinos en el bautismo de algun hijo suyo (2). El Dr. Carbonero explica, como sigue, el parentesco espiritual de que tratamos. "1º Que el padrino y la madrina no contraen parentesco entre sí. 2ª Que tampoco contrae parentesco con el bautizado y sus padres el que hace de padrino para suplir las ceremonias del Bautismo, cuando éste se administró en caso de necesidad. 3ª El procurador que es padrino en el Bautismo, en nombre de otro, no contrae parentesco, pero sí el que bautiza por comision que se le haya dado al efecto, porque no desempeña este ministerio en nombre del que le comisiona, sino de Jesucristo."

348. La nulidad fundada sobre este impedimento, establecido solo por el Derecho eclesiástico, es, sin duda, absoluta y perpetua, aun despues de la muerte de la persona, mediante la cual, se ha contraido el parentesco espiritual; pero, como el impedimento es dispensable, resulta que dicha nulidad puede tambien dejar de existir por la dispensa.

349. Los Canonistas dicen, que una de las razones que han podido mover á la Iglesia para poner el parentesco espiritual en el número de los impedimentos dirimentes, es que, estando obligados los padrinos y madrinas, segun el espíritu de aquella, á ins-

(1) *Concilio Tridentino*, ses. 24. cap. 2.
(2) Salazar, *Procedimientos eclesiasticos*, tom. 1, pag. 255.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

truir á los que han llevado sobre la pila bautismal, esta instruccion podria algunas veces dar lugar á familiaridades de funestas consecuencias, si las partes pudieran esperar casarse legítimamente.

350. Este impedimento y la nulidad que le corresponde, son tambien reconocidos por la antigua legislacion española (1).

351. Parentesco legal es el que existe, á virtud de la adopcion, entre el adoptante y el adoptado, entre éste y los hijos naturales de aquel, entre el adoptante y la mujer del adoptado y entre éste y la mujer de aquel. Al reconocer el Derecho canónico este impedimento, lo ha hecho sobre la base de que la adopcion revista un carácter legítimo, de tal manera que, si las leyes civiles no tratan de la adopcion, ó ésta se verifica de una manera privada, el impedimento deja de existir, pues le falta su razon esencial de ser. Los cánones, siguen, en este punto, lo establecido por el derecho romano y se refieren á las leyes civiles de cada país. *Cognationem legalem*, dice Benedicto XIV, *et quæ ex ea ad nuptias profluunt obstacula, eo prorsus modo quo a iure civile statuta fuerunt, universim recepit approbavitque Nicolaus I, in responsione ad consulta Bulgarorum. Quamobrem, si quæstio incidat, sive in tribunali ecclesiástico, sive etiam in synodo, an in hoc vel illo casu adsit impedimentum cognationis legalis, necessario recurrendum est ad leges civiles, atque ad earumdem normam controversia decidenda* (2). Este impedimento es perpetuo en la línea directa, es decir, entre el adoptante y el adoptado, entre éste y la mujer de aquel, entre el adoptante y la mujer del adoptado; pero puede quitarse, por medio de la emancipacion, en la línea colateral.

352. Como impedimento de derecho eclesiástico, fundado en el

(1). *Partida* 4ª, tit. 7, l. l. 1. y 2.
(2). Benedicto XIV, *De Synodo diœc*, lib. 7, cap. 36.

derecho civil y á imitacion del parentesco natural, puede ser dispensado por el Romano Pontífice, mediante causas graves y justificadas.

353. Debemos advertir que, apesar de algunas opiniones de Canonistas en contrario, este impedimento de cognacion legal no existe entre los hermanos adoptivos, es decir, entre personas adoptadas por alguno (1).

354. El impedimento dirimente de parentesco legal y la nulidad respectiva, reconocidos por la antigua legislacion española en conformidad con el derecho romano (2), lo son tambien por algunos de nuestros Códigos, pero solo en la línea directa, segun es de verse en los arts. 188 del Código de Veracruz, 128 de el de E. de México y 128, fraccion 10ª de el de Tlaxcala, siendo la nulidad considerada, como absoluta, y rigiendose, en consecuencia, por los principios que en otros lugares dejamos expuestos.

Numero 4. De las nulidades por causa de voto solemne y de Ordenes Sagradas.

355. Es dogma de fé que el voto solemne de castidad, hecho en profesion de una religion ó instituto aprobado y las Ordenes Sagradas, ó sean, el Subdiaconado, el Diaconado y el Sacerdocio, constituyen impedimento dirimente del matrimonio y dirimen el celebrado á pesar de él: *Si quis dixerit*, declara el Concilio de Trento, *Clericos in Sacris Ordinibus constitutos, vel Regulares castitatem solemniter professos, posse matrimonium contrahere, contractumque validum esse, non obstante lege ecclesiastica vel voto..... anatema sit* (3).

Este impedimento es solo de Derecho eclesiástico y puede ser dispensado por el Romano Pontífice, en casos extraordina-

(1) Sanchez, lib. 7, disput. 63, núm. 28.
(2) *Partida* 4ª tit. 7, l. l. 7 y 8.
(3) *Concil Trident.* Ses. 24, Can. 9.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

rios y por causas gravísimas que decidan en favor de la dispensa. S. Alfonso de Ligorio, con otros teólogos y canonistas, juzgan que la dispensa nunca puede ser aplicable á los Sacerdotes; pero por un lado nos afirman en lo que decimos las siguientes palabras del Sumo Pontífice Bonifacio VIII: *Voti solemnitas ex sola Constitutione Ecclesiæ est inventa* (1), de lo cual se sigue que el Romano Pontífice, como superior gerárgico de la Iglesia y Supremo legislador del Derecho canónico, puede derogarlo; y por otro nos deciden á tal sentido ejemplos célebres de la Historia, escrupulosamente investigados y confrontados. En efecto, Benedicto IX, á instancia de los Polacos, concedió en 1032 dispensa á Casimiro, monge de Cluny y nieto del rey Bolestas, para que, á pesar de la Orden del Diaconado y de los votos solemnes á que estaba sujeto, pudiera abandonar el claustro, suceder á su abuelo y casarse, pues aquella nacion carecía de heredero de la corona; aquel Pontífice otorgó la dispensa, á condicion de que el agraciado, como los Diáconos, llevara la estola en cruz en las cuatro grandes fiestas del año y usara siempre los cabellos cortos en memoria de su primer estado. Pelino refiere que, habiéndose extinguido toda la familia real de la casa de Aragon, obtuvo dispensa, para casarse, un Religioso Sacerdote de aquella, el cual procreó una hija, que fué la esposa del conde Raymond (2). La historia de Inglaterra nos suministra el siguiente ejemplo: en tiempo de Guillermo *el Conquistador*, Duque de Normandia, que entró á saco en la isla, á mediados del siglo XI, muchas jóvenes se retiraron á monasterios para evitar el furor de los vencedores, habiendo llegado á profesar, con el fin de no ser reconocidas; vuelta al pais la tranquilidad, aquellas protestaron contra votos que les habia arrancado el miedo y pidieron ser repuestas en su ante-

(1) *Conferences d'Angers*, tom. 2, quest 2.
(2) Pelinus, sobre el cap. *Si quando, de rescriptis.*

rior libertad. Lanfranc, Arzobispo de Contorbery y con aprobacion de la Santa Sede, reunió un Concilio, el cual decidió que ellas podian salir de los claustros, porque no habian ratificado voluntariamente sus votos. Finalmente, el Papa Pio VII, por poderosas razones, dispensó de sus votos á algunos malos Sacerdotes y religiosos, que apostataron durante la Revolucion francesa y se casaron civilmente.

356. La doctrina canónica sobre estos impedimentos y las nulidades que les corresponden, es la constante tambien en la antigua legislacion española (1),

SECCION 6ª

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 contraido con impedimento dirimente, es considerado, como válido y legítimo, por razon 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: 1ª que halla esa buena fé, á lo menos de parte

(1) *Partida* 4ª. tit 2, l. 1, 11 y 16.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

rios y por causas gravísimas que decidan en favor de la dispensa. S. Alfonso de Ligorio, con otros teólogos y canonistas, juzgan que la dispensa nunca puede ser aplicable á los Sacerdotes; pero por un lado nos afirman en lo que decimos las siguientes palabras del Sumo Pontífice Bonifacio VIII: *Voti solemnitas ex sola Constitutione Ecclesiæ est inventa* (1), de lo cual se sigue que el Romano Pontífice, como superior gerárgico de la Iglesia y Supremo legislador del Derecho canónico, puede derogarlo; y por otro nos deciden á tal sentido ejemplos célebres de la Historia, escrupulosamente investigados y confrontados. En efecto, Benedicto IX, á instancia de los Polacos, concedió en 1032 dispensa á Casimiro, monge de Cluny y nieto del rey Bolestas, para que, á pesar de la Orden del Diaconado y de los votos solemnes á que estaba sujeto, pudiera abandonar el claustro, suceder á su abuelo y casarse, pues aquella nacion carecía de heredero de la corona; aquel Pontífice otorgó la dispensa, á condicion de que el agraciado, como los Diáconos, llevara la estola en cruz en las cuatro grandes fiestas del año y usara siempre los cabellos cortos en memoria de su primer estado. Pelino refiere que, habiéndose extinguido toda la familia real de la casa de Aragon, obtuvo dispensa, para casarse, un Religioso Sacerdote de aquella, el cual procreó una hija, que fué la esposa del conde Raymond (2). La historia de Inglaterra nos suministra el siguiente ejemplo: en tiempo de Guillermo *el Conquistador*, Duque de Normandia, que entró á saco en la isla, á mediados del siglo XI, muchas jóvenes se retiraron á monasterios para evitar el furor de los vencedores, habiendo llegado á profesar, con el fin de no ser reconocidas; vuelta al pais la tranquilidad, aquellas protestaron contra votos que les habia arrancado el miedo y pidieron ser repuestas en su ante-

(1) *Conferences d'Angers*, tom. 2, quest 2.
(2) Pelinus, sobre el cap. *Si quando, de rescriptis.*

rior libertad. Lanfranc, Arzobispo de Contorbery y con aprobacion de la Santa Sede, reunió un Concilio, el cual decidió que ellas podian salir de los claustros, porque no habian ratificado voluntariamente sus votos. Finalmente, el Papa Pio VII, por poderosas razones, dispensó de sus votos á algunos malos Sacerdotes y religiosos, que apostataron durante la Revolucion francesa y se casaron civilmente.

356. La doctrina canónica sobre estos impedimentos y las nulidades que les corresponden, es la constante tambien en la antigua legislacion española (1),

SECCION 6ª

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 contraido con impedimento dirimente, es considerado, como válido y legítimo, por razon 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: 1ª que halla esa buena fé, á lo menos de parte

(1) *Partida* 4ª. tit 2, l. 1, 11 y 16.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de uno de los contrayentes, y 2ª que el matrimonio de que se trata, se haya celebrado *in facie Ecclesiæ*. "*Matrimonium putativum est*, dice Hertius, *quod bona fide, et solemniter, saltem opinione conjugis unius justa, contractum inter personas jungi vetitas consistit.*" La buena fé se presume, hasta la prueba en contrario, y se exige la celebracion ante la Iglesia, porque de otra manera, habria razon mas bien para presumir contraido el matrimonio con conocimiento del impedimento. Los efectos del matrimonio putativo son que el esposo de buena fé conserve las prerogativas y liberalidades de tal, y que los hijos, concebidos y nacidos en tal matrimonio, sean considerados, como legítimos (1).

358. La legislacion antigua española se muestra fidelísima tambien en esta materia al Derecho canónico: "Si acaesciese, dice una ley de Partida, que entre algunos de los que se casan manifiestamente 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 lejítimos. 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 ligítimos. Pero si algunos, mientras que oviesen tal embargo.....fuesen acusados ante alguno de los jueces de Santa Eglesia, é ante que el embargo fuese probado, nin la sentencia dada, oviesen fijos, cuantos fijos ficieren entretanto que estuvieren en esta dubda todos serian legítimos (2) "

359. El Código de Napoleon reproduce tambien en este punto los antecedentes del Derecho canónico. Portalis, motivando

(1) *Qui filii sint legitimi.*
(2) *Partida* 4ª, tit. 13, l. 1.

los arts. 201 y 202 de ese Código, dice: "Aunque regularmente solo 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 consideracion á la buena fé de los esposos, se ha considerado por equidad que, si habia algun impedimento oculto que hiciera despues nulo el matrimonio, los esposos, ignorantes del impedimento, y los hijos nacidos de su union, conservarian siempre el nombre y prerrogativas de esposos y de hijos legítimos, porque los unos se han unido y los otros han nacido bajo el velo, sombra y apariencia del matrimonio. De aquí esta máxima comun, que el *matrimonio putativo*, para servirnos de la expresion de los jurisconsultos, es decir, aquel que los cónyuges han creido legítimo, tiene el mismo efecto, para asegurar el estado de los esposos y de los hijos, que un matrimonio verdaderamente lejítimo; 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 fé, solo él puede reclamar los efectos civiles del matrimonio. Algunos antiguos jurisconsultos habian pensado que, en este caso los hijos debian ser legítimos con respecto á uno solo de los esposos, é ilegítimos en relacion con el otro; pero esta opinion ha sido rechazada, porque el estado de los hombres es indivisible, y en el conflicto, hay que decidirse enteramente por la legitimidad."

360. Nuestra legislacion nacional ha sido informada por los mismos principios del Derecho canónico, en este particular, como lo demostrarémos en los números siguientes.

361. Más ¿cómo debe entenderse la buena fe, que se exige para el matrimonio putativo? ¿Es cualquiera ignorancia ó solo la excusable? ¿Ha de recaer sobre el hecho ó vale tambien la del derecho? Berardi expone y resuelve estas graves cuestiones,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 censebuntur? Multiplex esse potest impedimenti ignoratio, modo nimirum vel facti, vel juris, modo insuper excusationi digna, modo inexcusabilis. Quoties 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 solennitatibus 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 ignorotionem 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 gignere 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 admitti, etiamsi 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 conjugiis recepta* (1).

De estas palabras, tomada la presentecue stion en concreto, podemos inferir segun los Cánones: 1.º Ninguna ignorancia es aceptable, como excusa del matrimonio nulo, cuando se han omitido las proclamas previas; 2.º La ignorancia del hecho es la que costituye principalmente el matrimonio putativo, 3.º Jamas debe aceptarse la ignorancia del derecho natural y 4.º Es aceptable la ignorancia del derecho positivo, solamente cuando, por la materia sobre que versa, ó por razon 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.

Numero 1. Caso en que ambos esposos son de buena fe.

362. "El matrimonio contraido de buena fé, dice el art. 269 del Código de Veracruz, aunque sea declarado nulo, produce

(1) Berardi, tom. 3, dissert. 6.ª, quæst. 2

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges, mientras dura....." En el mismo sentido están concebidos los arts. 218 del de Estado de México, 141 del de Tlaxcala, el 302 de el del Distrito Federal de 1870 y 278 del actual. ¿Cúales son los efectos del matrimonio? Administracion por el marido de los bienes de la sociedad conyugal, necesidad por parte de la mujer de la licencia marital para contratar y litigar, sujecion de la misma á aquel en cuanto al domicilio; luego todos los actos practicados de esta manera por los cónyuges, cuyo matrimonio haya sido *posteriormente* declarado nulo, son validos y deben producir todas sus consecuencias legítimas. Decimos *posteriormente* para cerrar desde luego la puerta á una equivocacion, que consistiria en pensar que los efectos del matrimonio putativo se entienden para el porvenir y no solo para el pasado, como exclusivamente ha sido la mente de las leyes:" el matrimonio, contraido 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). Solo una excepcion tienen estas últimas palabras, y élla 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 ésto, todos los actos de administracion, 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 declaracion de nulidad no podia tener efecto retroactivo. Es verdad; mas considérese que muchas de esas obligaciones vienen á tener su desenlace ó cumplimiento despues de la declaracion de nulidad y, sin embargo, á pesar de esto y en consideracion

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 obligacion de cumplir las liberalidades ofrecidas en consideracion al matrimonio. Pero hay relaciones jurídicas, de índole muy diversa á las anteriores, que se prolongan, aun despues de la declaracion de nulidad. No hablemos del deber de fidelidad, ni de la proteccion que el marido debe á su mujer, ni de la obediencia que esta 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 ¿éstos derechos, en caso de buena fé, por parte de ambos cónyuges, terminan por la declaracion de nulidad del matrimonio? Indudablemente no, porque el matrimonio putativo es una ficcion 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 tambien, por razon 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 cuestion muy delicada: uno de los esposos muere; el superstite de buena fé ¿tiene derecho á la herencia? Siguiendo el rigor lógico de los principios, no vacilariamos en responder afirmativamente, puesto que el derecho á heredar es uno de los efectos del matrimonio válido, por consiguiente, del putativo. ¿Se negaria este derecho á los hijos? No, luego tampoco al cónyuge sobreviviente de buena fé. Laurent es de esta

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

opinion (1), que, sin embargo, nos resistimos á creer sostenible en el texto de nuestros Códigos. 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 opinion del jurisconsulto belga, cuando la muerte se verifique antes de la declaracion 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 de 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 cuestion 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 podria lograr el carácter de *putativo* el matrimonio celebrado, aunque de buena fé, sin publicaciones, por ejemplo, en los lugares, donde allas son necesarias sopena de nulidad, supuesto que nadie pue-

(1) Laurent, tom. 2 núm. 511.

de 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 seria de buena fé, cuando aquellas fuesen prescritas, porque la inescusabilidad de la ignoracia de la ley no aprovecha á nadie ni por consiguiente, tampoco á la mujer. Y así solo podrian ser putativos los matrimonios verificados con ignorancia escusable de un hecho, *verbi gratia*, el parentesco, el vínculo anterior, el crímen, etc., etc. ¿Será éste el sentido de la ley? No lo creemos, porque, si los Códigos entendieran hablar de ignorancia en esta materia, habrian empleado esa palabra y no la expresion *buena fé*, que no es técnica y que necesariamente depende en su aplicacion, de las circuntancias de cada caso y de la apreciacion moral que hagan los jueces. Entendemos, pues, que así interpretadas esas palabras, la buena fé puede existir, aun tratándose de matrimonios nulos por infraccion 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 é instruccion moral é intelectual de los infractores.

"La buena fé en esta materia, dice Du Caurroy, consiste en la opinion erronea 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 apreciacion del juez (1)." En derecho Canónico, verdadero fundador y legislador modelo de estas materias, la buena fé debe enterderse del mismo modo: *ita tamen*, dice Schmalz-

(1) Du Caurroy, *Comen aire theorique et pratique du Code civil*, tom. 1, num. 352.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

grueber, *ut bonam fidem nec error juris, nec dubitatio circa matrimonii valorem excludat* (1).

Segun nuestros Códigos (arts. 269 del Código de Veracruz; 218 de el de 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 Merlin, 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 (2).

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 Cánon: *cúm parentes corum publice sine contradictione Ecclesiæ, inter se contraxisse noscantur* (3); pero es muy dudosa esta interpretacion, pues otro Cánon dice: *Si quis vero hujusmodi clandestina vel interdicta conjugia inere præsumpserit, in gradu prohibito etiam ignoranter, soboles de tali conjunctione suscepta, prorsus illegitima censcatur* (4), de cuyas palabras podriamos 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 presuncion cede á la prueba en contrario, como presuncion *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 prévias las publicaciones correspondientes, sin

(1) Schmalzgrueber, tom. 8, págs. 105 y 106.
(2) Dalloz, "Mariage" num. 593.
(3) *Qui fillii sint legitimi* 2—Sanchez, lib. 3, disput. 42, num. 2.
(4) *De clandest. desponsat.* 3.

embargo una ligera reflexion basta á comprender, que la celebracion pública es uno de los elementos importantísimos para presumir la buena fé.

Numero 2. Del caso en que uno solo de los esposos es de buena fe.

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 unicamente 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 de E. de México, y 142 de el de Tlaxcala. En el mismo sentido está concebido el art. 202 del Código de Napoleon. En consecuencia, tanto el carácter y prerogativas de esposo legítimo, como todos los efectos que derivan del matrimonio, la pátria potestad, el usufructo sobre los bienes de los hijos, el crédito alimenticio, etc., etc., se realizan exclusivamente en favor del cónyuge inocente. ¿Qué sucederá en órden 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 tambien hasta que cause ejecutoria la sentencia de nulidad, si la continuacion 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 de E. de Méxi-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

Numero 3. De los efectos del matrimonio nulo respecto a los hijos.

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

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

(1) Ferraris, *Promta Bibliotheca*, "Filius, Filii."
(2) *Dig.* lib. 1, tit. 5, l. 12.
(3) *Dig.* lib. 38, tit. 11, l. 3, § 11.

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

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

372. Por reciprocidad, ¿los parientes, aun del esposo de mala fé, no sucederán á los hijos? Entre los comentadores franceses, la afirmativa es opinion comun, que ha sido seguida por la jurisprudencia. Laurent, siguiendo á Duranton, dice: "Los arts. 201 y 202 no hablan sino de los hijos y de los esposos; se podria pues decir que el matrimonio no produce ningun efecto respecto á terceros. Pero esta interpretacion seria contraria á la esencia misma del matrimonio putativo. El representa al matrimonio verdadero, en los límites que hemos determinado; ahora bien, el matrimonio crea lazos entre los hijos y los parientes de sus padres, y estos lazos son recíprocos. ¿Se concebiria que el hijo fuese considerado, como el sobrino de los hermanos de su padre, y que estos no tuvieran la cualidad de tio respecto del hijo? Aquí hay que decir con Portalis (num. 359) que los lazos derivados de la sangre, no se dividen. Luego, todos los parientes de los esposos sucederán á los hijos, aun cuando uno de ellos fuese de mala fé; los efectos de esta son personales; ella no impide que se forme el lazo de parentesco entre el hijo y los parientes, lo cual decide la cuestion (1)."

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

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tablecen que tales palabras solo deben aplicarse al caso ordinario, en que ambos padres tienen conciencia del impedimento con que contraen matrimonio; mas no al putativo, en el que como dice Ferraris: *bona fides alterutrius parentis ignorantis adulterium facit, ut filius ille legitimus fiat subsecuto inter eosdem parentes matrimonio* (1). De esta doctrina, con la mayoría de los autores, es tambien 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; igitur non spuria, sed naturalis solummodo erit* (2). Los anales de la S. Congregacion de Roma nos suministran la siguiente causa, resuelta en este mismo sentido: "*Princeps Albertus Octavius de Serclaes Tilli matrimonium in sua privata capella contraxit coram sacerdote capellano exercitus Regis Catholici, et tribus testibus prævia speciali licentia Ordinari Mechliniensis cum Alexandrina Suere de conjugium iniit cum Maria Magdalena de Serclaes Tilli, obtenta apostolica dispensatione, adhuc vivente Alexandrina; quæsitum itaque fuit an constaret de matrimonio putativo inter Albertum et Alexandrinam? Et S. C. respondit dilata et ad mentem: Mechlinien., Legit. prolis, 6 julii 1726, dub. 2 Bacq, cum qua filiam nomine Albertinam suscepit: aliud inde pluries inde examinata causa declaratur fuit constare de primo matrimonio putativo; ita ut proles legitima foret judicanda, publice enim existimati fuerant, ut conjuges ac Albertus in epistolis ad Alexandrinam missis eam conjugem suam noncupaverat: 25 sept. 1728. Contendente vero prolis legitimitatem Maria Magdalena secunda uxore, iterum proposita causa, rescriptum fuit, dilata, et ad mentem, die 3 sept. 1729, inde responsum fuit iterum proponatur et exhibeatur epistola comitis de Tillis: 24 ejusd. mensis et anni. Tandem exhibita epistola censuit S. C. standum esse in decisis: 28 januar. 1730.*»

(1) Ferraris. *Promta Bibliotheca*, "Filius, Filii." num. 39.
(2) Schmalzgrueber, tom. 9, pag. 336.

La antigua legislacion española es interpretada tambien por la mayoría de sus comentadores conforme á esta segunda opinion (1). Pero las mas 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 celebracion. "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 despues del pretendido matrimonio, cuyo vicio ignoraban; porque este comercio era, por razon 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 Napoleon, la cuestion que nos ocupa no es tampoco uniformemente decidida. Así, unos autores, siguiendo la doctrina de Pothier, sostienen que ni los hijos naturales, habidos antes, pueden ser legitimados por el matrimonio subsecuente putativo.

(1) *Partida* 4ª, tit. 13. l. 1.—Murillo, tom. 2, lib. 4, tit. 17, num. 162.—Escriche, *Dicc.* "matrimonio putativo."
(2) Merlin, *Repert.* "Legitimation," sect. 2, § 2.
(3) Pothier. num. 441.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

Todas estas cuestiones nos parecen clara y terminantemente resueltas en nuestra legislacion 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 probablemante de las contro-

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

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Estamos en presencia de un matrimonio putativo, que, como sabemos, es la *imágen*, la *semejanza*, la *figura* del matrimonio valido. Este, dice la ley, no produce la legitimacion 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 razon *á contrario* decide, en nuestro concepto, la cuestion bajo el otro aspecto: 2.° ¿son *legítimos* los hijos espurios habidos *despues* del matrimonio, si este resulta putativo? Como aquí no se trata de legitimacion, 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 ficcion, por esto mismo debo ser interpretado en términos rectrictivos. 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 consideracion á la buena fé á lo menos de uno de los cónyuges. Sin embargo, no dejamos de reconocer que esta opinion es controvertible. Esperamos pues que la jurisprudencia venga á fijar un punto de tan grave importancia.

376. En cuanto á aquel de los cónyuges bajo cuyo poder y cuidado han de quedar los hijos, una vez que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, nuestros Códigos establecen que los hijos varones, mayores de tres años, queden al cuidado del padre, y las hijas, al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubo buena fé. Si esta ha existido de parte de uno solo de aquellos, todos los hijos deberán quedar bajo su cuidado, exceptuándose solo los hijos é hijas menores de aquella edad, que en todo caso, hasta que la cumplan, deberán permanecer al cuidado de la madre. Así lo prescriben los arts. 272 del Código de Veracruz, 221 de el de E. de México, 144, 145 y 146 de el de Tlaxcala, 306, 307 y 308 de el del Distrito Federal de 1870 y 282, 283 y 284 del actual.

§ 2. De la trascripcion 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 despues de aquella declaracion, los efectos civiles, tanto para los esposos cuanto para los hijos, habria una flagrante contradiccion con las constancias relativas del registro civil, si tambien en este no se cuidara de hacer notar la anulacion 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 razon, ejecutoriada la sentencia que declare la nulidad, el tribunal de oficio y sin necesidad por consiguiente de que el demandante lo pida, enviará copia autorizada de aquella al juez del Registro civil ante quien se celebró el matrimonio, para que al márgen del acta respectiva, ponga nota circunstanciada en que conste: el contenido de la sentencia, su fecha, el Tribunal que la pronunció y el número con que se marque la copia, que será depositada en el archivo; así lo disponen los arts. 268 del Código de Veracruz, 217 de el de E. de México, 140 de el de Tlaxcala, 301 de el del Distrito Federal de 1870 y 277 del actual.

SECCION 7.ª

De los matrimonios ilícitos.

378. En otro lugar de nuestra obra expusimos y explicamos los cuatro impedimentos *impedientes*, que subsisten, segun la

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Estamos en presencia de un matrimonio putativo, que, como sabemos, es la *imágen*, la *semejanza*, la *figura* del matrimonio valido. Este, dice la ley, no produce la legitimacion 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 razon *á contrario* decide, en nuestro concepto, la cuestion bajo el otro aspecto: 2.° ¿son *legítimos* los hijos espurios habidos *despues* del matrimonio, si este resulta putativo? Como aquí no se trata de legitimacion, 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 ficcion, por esto mismo debo ser interpretado en términos rectrictivos. 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 consideracion á la buena fé á lo menos de uno de los cónyuges. Sin embargo, no dejamos de reconocer que esta opinion es controvertible. Esperamos pues que la jurisprudencia venga á fijar un punto de tan grave importancia.

376. En cuanto á aquel de los cónyuges bajo cuyo poder y cuidado han de quedar los hijos, una vez que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, nuestros Códigos establecen que los hijos varones, mayores de tres años, queden al cuidado del padre, y las hijas, al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubo buena fé. Si esta ha existido de parte de uno solo de aquellos, todos los hijos deberán quedar bajo su cuidado, exceptuándose solo los hijos é hijas menores de aquella edad, que en todo caso, hasta que la cumplan, deberán permanecer al cuidado de la madre. Así lo prescriben los arts. 272 del Código de Veracruz, 221 de el de E. de México, 144, 145 y 146 de el de Tlaxcala, 306, 307 y 308 de el del Distrito Federal de 1870 y 282, 283 y 284 del actual.

§ 2. De la trascripcion 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 despues de aquella declaracion, los efectos civiles, tanto para los esposos cuanto para los hijos, habria una flagrante contradiccion con las constancias relativas del registro civil, si tambien en este no se cuidara de hacer notar la anulacion 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 razon, ejecutoriada la sentencia que declare la nulidad, el tribunal de oficio y sin necesidad por consiguiente de que el demandante lo pida, enviará copia autorizada de aquella al juez del Registro civil ante quien se celebró el matrimonio, para que al márgen del acta respectiva, ponga nota circunstanciada en que conste: el contenido de la sentencia, su fecha, el Tribunal que la pronunció y el número con que se marque la copia, que será depositada en el archivo; así lo disponen los arts. 268 del Código de Veracruz, 217 de el de E. de México, 140 de el de Tlaxcala, 301 de el del Distrito Federal de 1870 y 277 del actual.

SECCION 7.ª

De los matrimonios ilícitos.

378. En otro lugar de nuestra obra expusimos y explicamos los cuatro impedimentos *impedientes*, que subsisten, segun la

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

379. Del mismo modo son gravemente ilícitos los matrimonios

(1) Véase tomo. 2º de esta obra, num. 274.

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

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

---

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

(1) Véase tomo. 2º de esta obra, num. 52.
(2) Benedicto XIV, Constitucion, *Magnæ novis.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

(1) Véase tomo 2º de esta obra, num. 60.
(2) Véase tomo 2º de esta obra, num. 58.

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

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

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tiempo, á contar desde la disolucion del primero, ya se verificase ésta por muerte de uno de los cónyuges, ya por nulidad del primer enlace, ó por divorcio. El espacio de tiempo que debia esperar la mujer en el caso de muerte de su primer marido y segun el primitivo Derecho, fué de diez meses, si hemos de creer á Plutarco, que en la vida de Numa Pompilio, segundo rey de Roma, refiere estas curiosas noticias: "Este rey, nos dice, arregló los duelos por edades y tiempos; como por un niño menor de tres años, que no se haga duelo; por uno de mas tiempo, el duelo no ha de ser de mas meses que años vivió, *hasta diez*, sin pasar de allí por edad ninguna, *sino que el mas largo tiempo de duelo habia de ser de diez meses, el mismo porque las mujeres debian permanecer viudas:* la que se casaba antes, sacrificaba una vaca preñada por ley del mismo (1)." Pero, con el trascurso del tiempo, las penas para las mujeres que infringieran este precepto fueron mas serias y pareciendo el plazo mencionado pequeño, se extendió hasta un año por los Emperadores Graciano, Valentiniano y Theodosio: *Si qua ex fœminis perdito marito, intra anni spatium alteri festinaverit nubere (parvum enim tempus post decem menses servandum adjicimus; tametsi id ipsum exiguum putemus) probrosis inusta notis honestioris nobilisque personæ decore, et jure privetur: atque omnia, quæ de prioris mariti bonis, vel jure sponsalium, vel judicio defuncti conjugis concecuta fuerat, amittat* (2). Ulpiano, sin embargo, nos dice: *Fœminis lex Julia a morte viri anni tribuit vacationem; a divortio, sex menses; lex autem Papia a morte viri, bienium; a repudio, annum et sex menses* (3), lo que demuestra que se varió no poco en la fijacion del plazo de viudedad. El mismo jurisconsulto nos dá cuenta de la razon determinante de este precepto: *Et si talis sit maritus*, dice, *quem more majorum lugeri non oportet, non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari; Prætor enim ad id tempus se retulit, quo vir elugeretur; qui solet elugeri propter turbationem sanguinis* (1). Pero ¿cuál era la sancion de este precepto? ningun texto pronuncia la nulidad del matrimonio contrario á él, y mas bien se infiere, de una manera indirecta, su validez y subsistencia. En efecto los mismos emperadores, antes citados, hablando de las segundas nupcias, dicen: *si quis mulier nequaquam luctus religionem priori viro nuptiarum festinatione præstiterit: ex jure quidem notissimo sit infamis: præterea secundo viro ultra tertiam partem bonorum in dotem non det, neque ei ex testamento plus quam tertiam partem relinquat* (2). Ahora bien, segun el principio de otra ley del mismo cuerpo de derecho, *ubicumque matrimonii nomen non est, nec dos est* (3), no puede menos que ser matrimonio aquella union, en la que se permite la constitucion de dote, aunque disminuida hasta la tercera parte de los bienes de la mujer, por razon de la pena en que ella y su marido han incurrido, con la infraccion del plazo de luto ó viudedad. No quedan pues sino la nota de infamia y las demás penas de que hablan las leyes romanas, para castigar un tal matrimonio; luego, éste no era mas que ilícito, aun segun el derecho romano.

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

(1) Plutarco, *Vida de Numa.*
(2) *Cod.* lib. 5, tit. 8, l. 2.
(3) Ulp. *Regular.* tit. 14.

(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.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cuentra 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 legislacion moderna, desde el Código de Napoleon (art. 228) consigna la prohibicion que nos ocupa, fijando el plazo de viudedad en diez meses cumplidos, y en este sentido están acordes nuestros Códigos (arts. 273 del Código de Veracruz, 222 de el de E. de Mexico, 148 fraccion 8ª de el de Tlaxcala, 311 de el del Distrito Federal de 1870 y 287 del actual). Mas, como la cohabitacion puede empezar á cesar, aun antes de la sentencia ejecutoria de nulidad, ya por que así haya sucedido de hecho, ó ya por la causa de que hemos hablado en otra parte (núm 222), nuestros legisladores, excepto el de Tlaxcala que no hace á este respecto ninguna distincion, 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 cohabitacion.

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 turbacion ó confusion de la sangre, de que se ingiera en una familia el que realmente no pertenece á ella; que uno pueda pasar por hijo de dos padres segun más convenga á él ó á una madre codiciosa."

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

(1) *Partida* 4ª, tit. 12, l. 3.
(2) *Nov. Recop.* lib. 10, tit. 2, l. 3.

APENDICES

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cuentra 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 legislacion moderna, desde el Código de Napoleon (art. 228) consigna la prohibicion que nos ocupa, fijando el plazo de viudedad en diez meses cumplidos, y en este sentido están acordes nuestros Códigos (arts. 273 del Código de Veracruz, 222 de el de E. de Mexico, 148 fraccion 8ª de el de Tlaxcala, 311 de el del Distrito Federal de 1870 y 287 del actual). Mas, como la cohabitacion puede empezar á cesar, aun antes de la sentencia ejecutoria de nulidad, ya por que así haya sucedido de hecho, ó ya por la causa de que hemos hablado en otra parte (núm 222), nuestros legisladores, excepto el de Tlaxcala que no hace á este respecto ninguna distincion, 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 cohabitacion.

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 turbacion ó confusion de la sangre, de que se ingiera en una familia el que realmente no pertenece á ella; que uno pueda pasar por hijo de dos padres segun más convenga á él ó á una madre codiciosa."

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

(1) *Partida* 4ª, tit. 12, l. 3.
(2) *Nov. Recop.* lib. 10, tit. 2, l. 3.

APENDICES

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
ALERE FLAMMAM VERITATIS
UANL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

APENDICE LETRA

A

Carta encíclica sobre el matrimonio dada por Nuestro Santísimo Padre Leon por la Divina Providencia Papa décimotercio, en 10 de Febrero de 1880.

A todos los Venerables Hermanos, Patriarcas, Primados Arzobispos y Obispos que están en comunion y gracia con la Sede Apostólica, Leon Papa XIII.

Venerables hermanos: Salud y Apostólica Bendicion.

El oculto consejo de la Divina Sabiduría, que el Salvador de los hombres, Jesucristo, vino á llevar á cabo sobre la tierra, tuvo por objeto el renovar admirablemente por sí y en sí al mundo con su larga duracion envejecido. Esto es lo que con grandiosa y esplendente frase comprendió perfectamente el Apóstol San Pablo, al decir, escribiendo á los Efesios: "El sacramento de la voluntad divina fué renovar todas las cosas en Cristo, las que están en la tierra y las que están en el cielo (1)." En verdad, cuando Cristo determinó cumplir el mandamiento que el Padre le habia dado, desde luego, quitando á todas las

(1) Ad Eph.. 1, 9-10.

cosas su vieja antigüedad, les dió cierta forma nueva y cierta especial hermosura. Las heridas que el pecado del primer hombre habia causado en la humana naturaleza El las sanó; á todos los hombres, por naturaleza, hijos de ira, á la gracia y amistad con Dios El los restituyó, á los fatigados con antiguos errores, á la luz de la verdad El los trasportó; y á los que se habia vuelto á donar la herencia de la eterna bienaventuranza, les dió esperanza cierta de que sus cuerpos mortales y caducos habian de ser un dia participantes de la gloria celestial y de la inmortalidad. Y para que tan singulares beneficios permaneciesen en la tierra mientras en ella hubiese hombres, instituyó la Iglesia haciéndola Vicaria de su mision, y le mandó, proveyendo para lo futuro, ordenar lo que en la sociedad de los hombres estuviese perturbado y restablecer lo que estuviese destruido.

Cierto es que esta renovacion divina de que hemos hablado pertenece principalmente y en sentido directo á los hombres constituidos en el órden sobrenatural de la gracia; mas tambien han alcanzado, y largamente, sus frutos al órden natural; por lo cual, ya los hombres individualmente, ya toda la sociedad colectiva del género humano, han recibido por esa renovacion una perfeccion no pequeña. Efectivamente, una vez establecido el Cristianismo, los hombres se acostumbraron y aprendieron á descansar en la paternal providencia de Dios, y concibieron la esperanza, *que no confunde*, de los auxilios celestiales; y de aquí la fortaleza, la moderacion, la constancia, la igualdad de un ánimo tranquilo, con otras virtudes preclaras y otros hechos egregios que de aquellos dos principios vienen dimanando. Por lo que hace á la sociedad doméstica y civil, es admirable la dignidad, la firmeza y la honestidad que del Cristianismo ha reportado. La autoridad de los Príncipes se ha hecho mas equitativa y mas santa; la obediencia de los pueblos más espontánea y mas fácil; la union de los ciudadanos entre sí más íntima; los derechos del dominio más seguros; en una palabra, absolutamente á todas las cosas que en la sociedad se reputan por útiles, de tal modo ha provisto y favorecido la Religion cristiana, que segun el pensamiento de San Agustin, no hubiera sido más ventajosa á la humanidad y á su dicha y felicidad temporales si solo con este objeto hubiera sido instituida.

No es nuestro ánimo tratar esta materia en toda su extension y detalles; queremos hablar de la sociedad doméstica, cuyo principio y fundamento es el matrimonio.

Cosa bien conocida es de todos, Venerables Hermanos, cuál sea el orígen verdadero del matrimonio. Aunque los detractores de la fé cristiana rehuyan el conocer la doctrina constante de la Iglesia en esta materia, y continuen en su tenaz empeño de borrar la historia de todas las naciones y de todos los siglos, no les es posible extinguir ni aun debilitar la luz de la verdad. Notorias y á nadie dudosas son las cosas de que hablamos: despues que en el sexto dia de la creacion formó Dios al hombre del barro de tierra é inspiró en su cara el aliento de vida, quiso darle una compañera, la cual sacó del lado del mismo hombre dormido. Con lo cual quiso el Dios de la Providencia que aquel par de cónyuges fuese el principio natural de todos los hombres, del cual se propagase todo el género humano, y con procreacion continuada se conservase en todo tiempo. Y para que aquella union del hombre y de la mujer respondiese mas adecuadamente á los sapientísimos pensamientos de Dios, desde luego le imprimió y esculpió dos nobles propiedades, que son: la unidad y la perpetuidad. Lo cual tenemos declarado y confirmado en el Evangelio con la divina autoridad de Jesucristo, que aseguró á los judíos y á los Apóstoles que el matrimonio, por su misma institución, debia ser entre dos solamente, á saber, entre el hombre y la mujer; que de los dos se haria una carne, y que el vínculo nupcial era por la voluntad de Dios

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tan íntimo y estrecho que por ningun hombre podia ser disuelto ni quebrantado. "*Se adherirá el hombre á su mujer, y serán dos en una carne. Así, pues, ya no son dos, sino una carne. Por consiguiente lo que Dios unió el hombre no lo separe.*" (1).

Esta forma de matrimonio tan excelente y ventajosa comenzó á corromperse y destruirse entre los gentiles, y oscurecerse y adulterarse entre los hebreos, puesto que entre estos habia prevalecido la costumbre de que á un hombre fuese lícito tener más de una mujer; y permitiéndoles despues Moisés, *atendida la dureza de su corazon* (2), el derecho de repudio, abrióse la puerta al divorcio. Increible es á qué grado subió de corruptela y adulteracion el matrimonio entre los gentiles, y no hay que extrañarlo estando como estaba á merced de los errores y torpísimas pasiones de cada pueblo. Más ó ménos, los pueblos de la gentilidad parecia habian olvidado la nocion y el verdadero orígen del matrimonio, y por esto á cada paso se hacian sobre el matrimonio leyes que respondiesen, no la voz de la naturaleza, sino que emanasen de la autoridad de la república. Los ritos solemnes impuestos por el arbitrio de los legisladores hacian que las mujeres llevasen el nombre de esposas ó de concubinas; y más que esto, se habia llegado al extremo de ser autoridad pública la que disponia á quiénes era permitido contraer matrimonio y á quiénes no, hollando con tales disposiciones legislativas la equidad y favoreciendo la injusticia. Además la poligamía, la poliandria y el divorcio fueron causas de que se relajase grandemente el vínculo del matrimonio. Existía tambien suma perturbacion en los derechos y deberes de los cónyuges, puesto que mientras el varon adquiria dominio sobre la mujer para privarla de toda libertad,

(1) Matth. XIX. 5-6.
(2) Matth. XIX. 8.

sin justa causa las más veces, á él le era lícito discurrir por los lupanares y asociarse á toda clase de mujeres impunemente, *como si no no fuese la voluntad la que hace la culpa ó excusare de ella la dignidad* (1). Creciendo constantemente la licencia del varon, nada habia más miserable que la mujer, abatida á tanta humillacion, que apenas si era considerada como instrumento para saciar la liviandad ó engendrar la prole. Ni les impidió el poder vender y comprar las mujeres para colocarlas en el matrimonio, como si fuesen cosas y no personas, concediéndose á veces al marido facultad para hacer sufrir á la mujer el último suplicio. Nacida la familia de tales matrimonios, era necesario que, ó se considerase entre los bienes de la república, ó como esclava del jefe de la misma familia, al cual daban las leyes potestad no sólo de hacer y deshacer las bodas de sus hijos, sino tambien de ejercer sobre ellos el derecho de vida y muerte.

Para tantos vicios y tantas ignominias que manchaban y desdoraban los matrimonios, hallóse por fin admirable remedio y medicina: Jesucristo, restaurador de la dignidad humana y perfeccionador de las leyes mosaicas, atendió con especial solicitud y cuidado á la dignidad del matrimonio. El, con su propia presencia, ennobleció las bodas de Caná de Galilea, haciéndolas memorables con el primero de sus prodigios (2), por cuyas causas, desde aquel dia los matrimonios se hacen con mas pureza y santidad. Despues elevó el matrimonio á la nobleza de su primer orígen, ya reprendiendo las costumbres de los hebreos por sus abusos en la multitud de mujeres y en la facultad del repudio, ya, principalmente, mandando que nadie se atreviese á disolver lo que Dios habia juntado con perfecto

(1) Hieronym., Oper., tom. 1, col. 455.
(2) Arnob. *adv. Gent.*, 4.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

vínculo. Habiendo, pues, resuelto las dificultades producidas por las leyes mosaicas, y tomando el carácter de legislador supremo, determinó acerca de los matrimonios lo siguiente: "Dígoos que todo aquel que repudiase á su mujer por causa de fornicacion y tomare otras, comete adulterio; y el que se casare con la que otro repudió, comete adulterio (1).

Pero lo que por autoridad de Dios fué decretado y constituido acerca del matrimonio, los Apóstoles, nuncios de las leyes divinas, nos lo dejaron escrito más clara y extensamente. A los Apóstoles, como maestros, se han de referir las cosas que los Santos Padres, los Concilios y la tradicion universal de la Iglesia han enseñado siempre (2), "á saber: que Cristo Nuestro Señor elevó el matrimonio á la dignidad de Sacramento; que al mismo tiempo hizo que los cónyuges, fortalecidos y ayudados con la gracia que alcanzaron por sus méritos, consiguiesen la santidad en el mismo matrimonio; y que en él, admirablemente formado segun el modelo de su místico enlace con la Iglesia, perfeccionó el amor natural, y estrechó más y más con el vínculo de la caridad divina la sociedad del hombre con la mujer, individua por su naturaleza." Varones, dice Pablo á los Efesios, amad á vuestras mujeres como Cristo amó á la Iglesia y se entregó por ella para santificarla..... Los varones deben amar á sus mujeres como á sus cuerpos..... pues ninguno jamás tuvo odio á su carne, sino que la nutre y la cuida como Cristo á la Iglesia; porque somos miembros de su cuerpo, de su carne y de sus huesos. Por esto dejará el hombre á su padre y á su madre, y se adherirá á su mujer, y serán dos en una carne. Este sacramento es grande, y yo digo

(1) Joan., II.
(2) Dionys., Halicar., lib. II, cap. XXVI, XXVII.

en Cristo y en la Iglesia (1)." Del mismo modo hemos aprendido de los Apóstoles que la unidad y firme perpetuidad que nacen del mismo orígen del matrimonio son santas y que en ningun tiempo pueden violarse segun el Mandamiento de Cristo. "Aquellos que están juntos en el matrimonio, dice el mismo San Pablo, mando, no yo, sino el Señor, que la mujer no se aparte del marido; y si se apartase, permanezca sin casar ó que haga paz con su marido (2)." Otra vez: "la mujer está ligada á la ley todo el tiempo que vive su marido, pero si su marido muere, queda libre (3)." Por estas causas, pues, el matrimonio fué siempre *grande Sacramento* (4), *honesto en todo* (5), piadoso, casto, respetable por la significacion y figura de cosas altísimas.

Y no consiste tan solamente en las cosas hasta aquí mencionadas la perfeccion cristiana del matrimonio. Porque, en primer lugar, tiene ahora el matrimonio un objeto mas noble y y elevado que el que antes hubiese tenido, pues no solo pertenece á él propagar el género humano, sino el engendrar hijos para la Iglesia: "ciudadanos de los Santos y domésticos de Dios (6);" en una palabra, "el procrear y educar el pueblo en el culto y religion del verdadero Dios y Salvador nuestro Cristo (7)." En segundo lugar, los derechos y deberes del matrimonio están perfecta é integramente definidos para cada uno de los cónyuges. Es necesario que ellos tengan siempre tal disposicion de ánimo, que se profesen un amor grande, una leal-

(1) Mat., XIX, 9.
(2) Trid,, sess. XXIV, in pr.
(3) Trid., sess. XXIV, cap. I, De reform. matrim.
(4) Ad., Ephes. V. 25 et seqq. 99.
(5) I. Cor., VII, 10 y 11.
(6) Ibid., V, 39.
(7) Ad. Eph., V, 32.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tad constante, y una ayuda mútua y perpetua. El marido es el príncipe de la familia y la cabeza de la mujer, la cual, sin embargo, porque es carne de la carne de él, y huesos de los huesos de él, ha de obedecer y estar sujeta al marido, no como sierva, sino como compañera; de suerte que á la obediencia y sujecion que presta al marido, no le falta la honestidad ni la dignidad. En el que manda y en la que obedece, llevando ambos, el uno la imágen de Cristo, la otra la de la Igesia, la caridad divina debe ser la perpetua moderadora de los deberes; porque "el marido es cabeza de la mujer, como Cristo es cabeza de la Iglesia, y así como la Iglesia está sujeta á Cristo, así las mujeres deben estarlo á sus maridos en todas las cosas (1)."

En lo que toca á los hijos, es necesario que estos estén sujetos y obedientes á sus padres y que en conciencia les honren; del mismo modo es necesario que todos los cuidados y pensamientos de los padres se dirijan á mirar por sus hijos, principalmente educándolos en la virtud: "Padres educad á vuestros hijos en la disciplina y correccion del Señor" (2). De todo lo cual se desprende que no son pocos ni insignificantes los deberes de los cónyuges, pero que sin embargo, cuando estos son buenos por medio de la virtud recibida en el Sacramento, no solamente se hacen tolerables, sino que se cumple alegremente con ellos. Así, pues, Cristo, habiendo dado al matrimonio tal y tan grande excelencia, toda la disciplina de este la confió y encomendó á la Iglesia, la cual de tal modo ejerció en todo tiempo y en todo lugar su potestad en los matrimonios, que apareciese ser suya propia, y no concedida por los hombres, sino adquirida por la voluntad de su mismo autor. Y cuanta vigilancia y cuidado en conservar la santidad del matrimonio para que éste se conservase íntegro haya puesto la Iglesia, se puede mejor

(1) Ad Hebr., XIII, 4.
(2) Ad. Eph., II, 19.

conocer que demostrar. Conocemos efectivamente que por sentencia del Concilio de Jerusalem fueron condenados los amores disolutos y libres; (1) sabemos que un ciudadano de Corinto fué condenado por incestuoso por el Apóstol San Pablo; (2) que con la misma fortaleza fueron rechazados los conatos de muchos que declararon guerra abierta al matrimonio en los primeros tiempos de la Iglesia, como los Gnósticos, Maniqueos y Montanistas, y en nuestro tiempo los Mormones, Sansimonianos, Falansterianos, y Comunistas.

Del mismo modo el derecho del matrimonio es uno igual entre todos y para todos, abolida la diferencia entre siervos é ingenuos (3), igualados los derechos del marido y de la mujer; por que como decia San Jerónimo, (4) entre nosotros lo que no es lícito á las mujeres no lo es á los maridos, é igual es la condicion de ambos: quedan tambien afirmados establemente los derechos de benevolencia y reciprocidad de deberes, asegurada y vindicada la dignidad de las mujeres, prohibido al varon el castigar con pena capital á la adultera (5) y el violar lividinosa é impúdicamente la fé jurada. Es tambien muy digno de estimacion que la Iglesia haya puesto á la potestad de los padres límites convenientes, impidiéndoles que puedan coartar la justa libertad de sus hijos y de sus hijas en el asunto del matrimonio; (6) el que haya decretado ser nulos y de ningun valor los matrimonios de consanguineos, y afines en ciertos grados, (7) para que de este modo el amor sobrenatural de los cónyuges tuviese mayor y más dilatado campo; el que haya cuida-

(1) Catech. Rom., cap. VIII.
(2) Ad. Eph., V, 23-24.
(3) Ad Eph., VI. 4.
(4) Act., XV. 29.
(5) I. Cor., V. 5.
(6) Cap. I, *De conjug. serv.*
(7) Oper., tom. 1, col. 455.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

do de prohibir en los matrimonios el error, la violencia y el fraude; (1) el que haya querido que se conserve intacta é incólume la santidad del tálamo nupcial, la seguridad de las personas, (2) la honra de los cónyuges (3) y la integridad de la religion. Finalmente, de tanta fuerza y de tal providencia de leyes rodeó esta institucion divina, que no habrá un hombre de recta inteligencia el cual no comprenda que de todo cuanto se refiere á los matrimonios, la Iglesia es el mejor guardian y defensor del género humano; que su sabiduría ha logrado superar las contingencias de los tiempos, las injurias de los hombres, y las inumerables vicisitudes de las cosas públicas.

No faltan, sin embargo, hombres que, ayudados por el enemigo de las almas, se empeñan en repudiar y en desconocer totalmente la renovacion y perfeccion del matrimonio, así como desprecian ingratamente los demás beneficios de la redencion. Pecado fué de algunos antiguos el haber sido enemigos del matrimonio en algunas partes, pero mucho más perniciosamente pecan en nuestro tiempo los que tratan de echar por tierra su naturaleza y destruirlo en todas y cada una de sus partes. Y la causa de esto es, que imbuidos en las opiniones de la falsa filosofía y en las costumbres corrompidas de algunos, nada llevan tan á mal como sujetarse y obedecer; y trabajan con todas sus fuerzas para que no solamente los individuos, sino tambien las familias y la sociedad entera, desprecien soberbiamente el imperio de Dios. Conocen perfectamente que la fuente y el orígen de la familia y de la sociedad es el matrimonio, y por esto mismo no pueden llevar en paciencia el que esté sujeto á la jurisdiccion de la Iglesia; por el contrario, se empeñan en

(1) Can., *Interfectores*, et Can. *Admonere*. quæs. 2.
(2) Cap. XXX, quæst. 3, cap. III. *De cognat. piserit.*
(3) Cap. VIII, *De consang. et affin*, cap. IV, *cognat. legali.*

desnudarlo de toda santidad y colocarlo en el número de aquellas cosas que fueron instituidas por los hombres y son administradas y regidas por el derecho civil de los pueblos.

Necesariamente habia de seguirse de esto el que diesen á los príncipes seculares un derecho completo en los matrimonios, quitándoselo totalmente á la Iglesia, la cual, si alguna vez ha ejercido su potestad en la materia, ha sido, segun ellos, ó por condescendencia de los príncipes, ó indebidamente. Pero ya es tiempo, dicen, que los que gobiernan la república vindiquen varonilmente sus derechos, comenzando á intervenir, segun su arbitrio, en todo cuanto diga relacion al matrimonio. De aquí han nacido los que vulgarmente se llaman matrimonios civiles; de aquí las leyes sabidas sobre las causas que impiden el matrimonio; de aquí las sentencias judiciales sobre contratos conyugales válidos ó viciosos. Finalmente, con tanto estudio vemos quitada toda facultad á la Iglesia católica para determinar sobre el matrimonio, que ya no se tiene en cuenta ni su potestad divina, ni las leyes previsoras con las cuales tanto tiempo ha vivido la sociedad á la cual, juntamente con la sabiduría cristiana, llegó la luz de la civilizacion.

Empero los *Naturalistas*, y todos aquellos que más se glorian de respetar la autoridad del pueblo y que se empeñan en sembrar en él la mala doctrina, no pueden evitar la nota de falsedad. Teniendo el matrimonio á Dios por autor, y habiendo sido desde el principio sombra y figura de la Encarnacion del Verbo Divino, por esto mismo reviste un carácter sagrado, no adventicio, sino ingénito; no recibido de los hombres, sino impreso por la misma naturaleza. Por esto nuestros predecesores Inocencio III (1) y Honorio III (2), no injusta ni teme-

(1) Cap. XXVI, *De sponsal.* caps. XIII. XV, XXIX, *De sponsal. et matrim.*, et alibi.
(2) Cap. I, *De convers. infid.*, caps. V, et VI, *De eo qui duxit in matr.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

rariamente pudieron afirmar que el *Sacramento del matrimonio existe entre fieles é infieles*. Esto mismo atestiguan los monumentos de la antigüedad, los usos y costumbres de los pueblos que más se aproximaron á las leyes de la humanidad y tuvieron más conocimiento del derecho y de la equidad: por la opinion de estos nos consta que cuando trataban del matrimonio, no sabian prescindir de la religion y santidad que les es propia. Por esta causa, las bodas se celebraban entre ellos con las ceremonias propias de su religion, mediando la autoridad de su Pontifice y el ministerio de sus sacerdotes. ¡Tanta fuerza ejercia en esos ánimos, privados por otra parte de la relacion sobrenatural, la memoria del orígen del matrimonio y la conciencia universal del género humano! Siendo, pues, el matrimonio, por su propia naturaleza y por su esencia, una cosa sagrada, natural es que las leyes por las cuales debe regirse y temperarse, sean puestas por la Divina autoridad de la Iglesia; la cual sola tiene el magisterio de las cosas sagradas, y no por el imperio de los príncipes seculares.

Hecho esto, hemos de considerar la dignidad del sacramento que caracteriza al matrimonio cristiano y que lo eleva á nobilísima altura. Determinar y mandar lo que al sacramento pertenece de tal modo es propio, por la voluntad de Cristo, de sola la Iglesia, que es totalmente absurdo querer hacer participantes de su potestad á los gobernadores de la cosa pública. Finalmente, gran peso y mucha fuerza tiene la historia, que nos refiere clarísimamente, como la Iglesia ejerció libre y constantemente la potestad legislativa y judicial de que venimos hablando, aun en aquellos tiempos en que inepta y ridículamente se finge que obraba por connivencia y consentimiento de los príncipes seculares ¿Puede darse absurdo más increible que el que Jesucristo, Nuestro Señor, hubiese condenado la inveterada costumbre de la poligamia y del repudio con una potestad

delegada á él por el príncipe de los judios? ¿Es creible, ni aun verosímil que San Pablo, el apóstol hubiese declarado ilícito los divorcios y nupcias incestuosas, consintiéndolo y tácitamente mandándolo Tiberio, Calígula y Neron?

Ni cabe en la mente de hombre juicioso que la Iglesia hubiese promulgado leyes acerca de la santidad y solidez del matrimonio (1) sobre bodas entre siervos é ingenuas (2), impetrando para ello la facultad de los Emperadores romanos, enemigos acérrimos del nombre cristiano, y que no tenian otros deseos que acabar por medio de la fuerza y de la muerte con la religion cristiana en su misma cuna; mucho más cuando aquel derecho, emanado de la Iglesia, disentia del derecho civil en tales términos, que Ignacio Martir (3), Justino (4), Athenágoras (5) y Tertuliano (6), condenaban por injustas y adulterinas aquellas bodas; á las cuales, sin embargo, favorecian las leyes imperiales. Despues que el poder vino á parar á los Emperadores cristianos, los Sumos Pontífices y los Obispos congregados en Concilios continuaron con la misma libertad y con entera conciencia de su derecho, mandando ó prohibiendo lo que creyeron del caso y oportuno en aquellos tiempos, sin tener en cuenta que discrepase ó no de las legislaciones civiles.

Nadie ignora las constituciones y leyes que se dieron por los Concilios Iliberitano (7), Arelatense (8), Calcedonense (9),

---

(1) Caps. III, V et VIII, *De spons. et matr.*, et Trid. sess. XXXIV, cap. III, *De reform. matr.*
(2) Cap. VII, *De divort.*
(3) Cap. VIII, *De divort.*
(4) Cap. XI, *De transact*
(5) Can. Apost. XVI, XVII, XVIII.
(6) Philosophum. Oxon. 1851.
(7) Epist. ad Polycarp., cap. V.
(8) Apolog. mai, n. 15.
(9) Legat. pro Christian, nn. 32, 33.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Milevitano II (1) y por otros sobre impedimentos de ligamen, voto, disparidad de culto, de consanguinidad, de crímen, de pública honestidad; decretos y constituciones que distaban mucho de ser conformes á las leyes del imperio. Y aun llegó á suceder que los príncipes seculares hicieron uso de toda su potestad, cuán grande es, sobre los matrimonios cristianos: pero fué para reconocer y declarar que toda la potestad correspondia de derecho á la Iglesia. Efectivamente, Honorio, Teodosio el jóven, Justiniano (2) no dudaron confesar que en cuanto decia relacion á los matrimonios, no les era lícito el ser otra cosa que custodios y defensores de los sagrados cánones, Y si promulgaron algunos edictos acerca de impedimentos matrimoniales, dijeron paladinamente que lo habian hecho con permiso y autoridad de la Iglesia (3), cuyo juicio acostumbraron á inquirir y reverenciar en las controversias de honestidad, de nacimiento (4), de divorcios (5), y finalmente, de todo lo que en cualquier forma tuviese relacion con el vínculo conyugal (6). Así, pues, con derecho perfecto definió el Concilio Tridentino que "la Iglesia tiene potestad de establecer impedimentos dirimentes de matrimonio (7), y que las causas matrimoniales pertenecen á los jueces eclesiásticos (8)."

Ni prueba nada en contrario la famosa distincion regalista, segun la cual el contrato matrimonial se diferencía del sacramento, distincion que no tiene más objeto que, reservando á la

---

(1) De Coron. milit., cap. XIII.
(2) De Aguirre, Conc. Hispan., tom. 1, can. 13, 15, 16, 17.
(3) Harduin., Act. Concil., tom. 1, can. 11.
(4) Ibid. can., 16.
(5) Ibid. can., 17.
(6) Novel. 137.
(7) Fejer, *Matrim. ex insit. Christ. Pets.* 1835
(8) Cap. III, *De ordin. cognit.*

Iglesia los Sacramentos, conferir á los gobiernos civiles toda potestad y derecho sobre el contrato. Ciertamente no puede admitirse esta distincion, mejor dicho, disgregacion, siendo cosa averiguada que en el matrimonio cristiano no puede separarse el contrato del Sacramento, y que por lo mismo no existe verdadero y legítimo contrato sin ser por el mismo hecho Sacramento. Jesucristo nuestro Señor aumentó el matrimonio con la dignidad de Sacramento, y el matrimonio es el mismo contrato, con tal que haya sido hecho legalmente. Allégase á esto que el matrimanio es Sacramento, por lo mismo que es señal sagrada que causa la gracia, y que es la imágen de las místicas bodas de Cristo con la Iglesia, cuya forma y figura claramente representa el vínculo de estrecha union con el cual se unen entre sí el hombre y la mujer, y que no es otra cosa que el mismo matrimonio. Consta, pues, que entre cristianos, todo matrimonio justo es en sí y por sí Sacramento, y que nada está más distante de la verdad que llamar al Sacramento cierto ornato del matrimonio, ó cierta propiedad extrínseca que al arbitrio de los hombres pueda separarse del contrato. Por todo lo cual debemos confesar que ni por la razon ni por la historia de los tiempos puede probarse que la potestad sobre los matrimonios cristianos haya pasado á los príncipes seculares, y si en esta materia se ha violado derecho ajeno, nadie podrá decir con verdad que ha sido violado por la Iglesia.

¡Ojalá que los oráculos de los naturalistas, asi como están llenos de falsedad y de injusticias, no fuesen tambien manantial fecundo de desdichas y calamidades! Muy fácil es comprender cuántos daños ha causado la profanacion del matrimonio y cuántos ha de causar en adelante á la sociedad. Es en principio una ley cierta que lo que ha sido instituido por Dios y la naturaleza sea tanto más útil y saludable para nosotros cuanto más íntegro é inmutable se conserva en su estado pri-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mitivo, una vez que el Criador de todas las cosas, Dios, conoce perfectamente qué es lo qne conviene á la institucion y conservacion de cada una de ellas; y de tal modo las ordenó, que todas ellas producen los efectos convenientes. Pero si la temeridad ó malicia de los hombres se empeña en perturbar el órden sabiamente constituido, entónces sucede que las cosas más útiles, ó comienzan á ser dañosas, ó dejan de ser provchosas, bien porque pierdan con la mudanza la eficacia de ayudar, ó bien porque Dios quiera castigar de ese modo la soberbia y audacia de los mortales. Y es indudable que los que niegan que el matrimonio sea sagrado y lo ennumeran despojado de su santidad entre las cosas profanas, éstos pervierten el fundamento de la naturaleza y se oponen á los consejos de la Divina Providencia, destruyendo en cuanto pueden lo instituido. No debe, pues, admirarse nadie si de estos conatos insensatos é impíos nacen un sin número de males, pues nada hay más pernicioso á la salud de las almas y al bienestar de la república.

Si se considera qué objeto ha tenido la institucion divina de los matrimonios, nos constará con evidencia que Dios ha querido hacer de ellos las fuentes copiosas de la utitidad y salud pública.

Y en verdad, además de que son el medio apto para la propagacion del género humano, contribuyen eficazmente á hacer dichosa y feliz la vida de los cónyuges; y esto por muchas razones; á saber: por la mútua ayuda en remediar sus necesidades, por el amor constante y fiel, por la comunidad de todos los bienes, y por la gracia celestial que nace del Sacramento. Del mismo modo son medios eficacísimos para la felicidad de las familias; porque los matrimonios, cuando son conformes á la naturaleza y arreglados á los consejos de Dios, pueden indudablemente confirmar la paz entre los parientes, mirar por la buena educacion de los hijos, moderar la patria potestad teniendo á la vista el ejemplo de la potestad divina, hacer á los hijos obedientes á los padres, y á los criados sumisos á los señores. De esta clase de matrimonios pueden con derecho esperar las sociedades ciudadanos probos que, acostumbrados á amar y reverenciar á Dios, tengan por un deber el obedecer á los que mandan legítimamente, amar á todos y no hacer daño á nadie.

Estos frutos tan grandes y preciados engendró el matrimonio, mientras conservó sus cualidades de santidad, unidad y perpetuidad, de las cuales recibe toda su fructuosa y saludable eficacia, y no debe dudarse que seguiria produciendo iguales frutos, si siempre y en todas partes se hubiese dejado á la autoridad y cuidado de la Iglesia, que es su mejor y más fiel conservadora. Pero como plugo al capricho humano sustituir con su derecho el lugar del derecho natural, no solo ha comenzado á borrarse la hermosura y preciosa nocion del matrimonio que la naturaleza habia impreso y como consignado en el corazon de los hombres, sino que en los mismos matrimonios cristianos, por vicio de los hombres, ha ido debilitándose su fuerza y eficacia creadora de grandes bienes. ¿Qué clase de bien podrá reportarse de aquellos matrimonios de los cuales es despedida la religion cristiana, madre de todos los bienes, que alienta todas las virtudes y excita é impele á toda accion heróica y generosa?

Separada y desechada la religion del seno de los matrimonios, necesario es que éstos vuelvan á la servidumbre de la naturaleza corrompida de los hombres, de sus pasiones dominantes, no quedándoles ya más que la proteccion de su honestidad natural. De esta fuente han nacido toda clase de males, no sólo para las familias en particular, mas tambien para las sociedades. Desechado el santo temor de Dios, olvidado el cumplimiento de los deberes tan recomendado por la religion cris-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tiana, frecuentemente sucede lo que naturalmente debe suceder: que apenas parezcan soportables las obligaciones del matrimonio, y quieran muchos librarse del vínculo que creen impuesto por derecho humano, cuando la desigualdad de genios, ó la discordia entre ambos, ó la fé violada, ó el consentimiento de ambos ú otras causas les mueven á desear esa libertad. Y si por acaso se les prohibe por la ley satisfacer estos inícuos deseos, entonces claman contra las leyes, diciendo que son inhumanas y repugnantes al derecho de los ciudadanos libres, que deben abrogarse y sustituirse con otras mas suaves que permitan el divorcio.

Los legisladores de nuestros tiempos, manifestándose tenaces defensores del derecho de los príncipes, no pueden defenderse contra tanta perversidad, y esto aunque lo quieran eficazmente, no teniendo más remedio que ceder á las circunstancias de los tiempos y permitir la facultad del divorcio, como lo comprueba la misma historia. Pasando por alto otros ejemplos, á fines del último siglo, durante la revolucion francesa, cuando toda sociedad era profanada por su alejamiento de Dios, se decretó por válidas y firmes las separaciones habidas entre los cónyuges. Y eso mismo quisieran muchos en nuestro tiempo, por lo mismo que quieren quitar del medio á Dios y á su Iglesia, separándolos de la union conyugal, pensando neciamente que el remedio eficaz contra la corrupcion de costumbres ha de buscarse en las leyes humanas.

Cuánta materia de males y desgracias traigan en pos de sí los divorcios, apenas se puede explicar. Por causa de ellos se hacen mudables y variables los derechos maritales, se debilita la mútua benevolencia, se dá ocasion perniciosa á la infidelidad, se daña al cuidado y educacion de los hijos, se abre la puerta á la disolucion de los matrimonios, se siembra la semilla de la discordia entre las familias, se disminuye y deprime

la dignidad de la mujer, exponiéndola al peligro de ser abandonada por su marido cuando éste ha satisfecho sus pasiones. No habiendo medio más sencillo y más conducente á la perdicion de las familias y á la destruccion de la riqueza publica que la corrupcion de costumbres, fácilmente se comprende que los divorcios son el mayor enemigo de las familias y de la sociedad, porque los divorcios dimanan de las costumbres depravadas que dejan el camino expedito á las costumbres viciosas de la vida privada y pública. Y aun más claramente se verá la gravedad de estos males, si se considera que no hay freno tan poderoso que, una vez concedida la facultad de divorcio, tenga fuerza para poner límites á sus fatales consecuencias. Es grande la fuerza del ejemplo, es mayor la de las pasiones, y con estos incitamentos debe suceder que, extendiéndose cada dia mas la propension al divorcio, invada el ánimo de muchos, propagándose como enfermedad contagiosa ó como torrente de aguas que se desbordan superando todos los obstáculos.

Todas estas cosas son por sí mismas claras, pero se harán evidentes renovando la memoria de los sucesos pasados. Apenas las leyes ofrecieron camino seguro á los divorcios, desde luego se vió el acrecentamiento de las disidencias, de los odios y de las separaciones conyugales, y fué tanta la inmoralidad que á esto se siguió, que los mismos defensores del divorcio hubieron de arrepentirse de su procedimiento, y si no se hubiese puesto remedio con leyes contrarias á tan graves males, de temer era que la sociedad hubiese venido á su completa disolucion. Dícese que los antiguos romanos se horrorizaron á los primeros casos de divorcio; pero al poco tiempo languideció en los ánimos el sentimiento de la honestidad, y extinguióse por completo el pudor que modera las concupiscencias, y comenzóse á violar la fé conyugal con licencia tan desenfrenada, que parecia llegado el caso que nos refieren las historias de que las mujeres contasen

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

los años no por las mudanzas de los cónsules, sino de los maridos.

De igual modo entre los protestantes se dictaron al principio leyes para que los divorcios se hiciesen por ciertas causas, y éstas no muchas; sin embargo, por la afinidad que se encuentra entre los casos, vinieron á crecer tan desmesuradamente entre los germanos, americanos y otros, que los menos desacordados juzgaron digna de llorarse la extremada depravacion de costumbres, é intolerable la temeridad de las leyes. Ni otra cosa sucedió en ciudades católicas, en las cuales por haberse dado lugar al divorcio matrimonial fueron tantos los males que se siguieron, que su espantoso número superó excesivamente la opinion de los legisladores.

Llegó la criminalidad de muchos á entregarse á todo linaje de maldades y fraudes, á todo género de crueldades, injurias y adulterios, que luego servian de pretexto para disolver impunemente el vínculo de la union marital, que habia llegado á serles de todo punto insoportable; y todo esto con tanto detrimento de la moral pública que todos juzgaron era necesrio establecer leyes que remediasen el yerro de las pasadas. ¿Y quién dudará que los efectos de las leyes que favorecen el divorcio, habian de ser igualmente calamitosas si llegan á ponerse en práctica en nuestro tiempo? No está ciertamente en la facultad de los hombres el poder inmutar la índole y forma naturales de las cosas; por lo cual, mal interpretan y desacertadamente juzgan de la felicidad pública los que piensan que impunemente puede trastornarse el órden natural del matrimonio, y que, dejando á un lado la santidad de la religion y el Sacramento, parece quieren descomponer y desfigurar el matrimonio mas torpemente que lo hubieran hecho los paganos. Con razon pueden temer las familias y la sociedad humana, si no se muda de consejo, verse arrojados en el abismo de la más

completa disolucion, que es el propósito deliberado de socialistas y comunistas,

Véase, pues, cuán absurdo y repugnante es esperar la felicidad pública de los divorcios, que tienden con toda seguridad á labrar la desdicha y desventura de los pueblos.

Hemos de confesar con sinceridad que la Iglesia católica ha merecido bien de los pueblos por los beneficios que les ha dispensado al mirar con tanta solicitud por la santidad y perpetuidad de los matrimonios; y no es poca la gratitud que se le debe por haber reclamado en estos cien años contra las leyes civiles, públicas pecadoras en esta materia (1), por haber anatematizado la herejía pésima de los protestantes en punto á divorcios y repudios (2), por haber condenado de muchos modos la separacion matrimonial usada entre los griegos (3), por haber declarado írritos y de ningun valor los matrimonios contraidos con la condicion de disolverlos en un dia dado (4), y finalmente, por haber hecho frente desde los primeros tiempos á las leyes imperiales que favorecian perniciosamente á los divorcios y repudios (5). Los Sumos Pontífices, cuantas veces resistieron á príncipes poderosísimos, que pedian con amenazas la ratificacion de la Iglesia para los divorcios llevados á cabo por dichos príncipes, han de considerarse, no solo como defensores de la integridad religiosa, sino tambien como protectores de las sociedades y de los pueblos. A este propósito toda la pos-

(1) Pius VI, epist. ad episc. Lucion. 28 maii 1793.—Pius VII litter. encycl. die 17 Febr. 1809. et Const, dat. die 19 jul. 1817.—Pius VIII, litt. encycl. die 29 maii 1829.—Gregorius XVI, Const, dat. die 15 augusti 1832.—Pius IX, alloc. habit, die 22 sept. 1852.

(2) Trid. sess. XXIV, can. 5 et 7.

(3) Concil. Floren., et Instr. Eug. IV ad Armenos.—Bened. XIV, Const· *Etsi pastoralis*, 6 maii 1742.

(4) Cap. VII, *De condit appos.*

(5) Hieron., epist. 79 ad Ocean.—Ambros., lib. VIII, in cap. XVI.—Lucae, n. 5.—August. *De nuptiis*, cap. X.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

teridad se llenará de admiracion al considerar los documentos enérgicos y vigorosos dados á luz por Nicolás I contra Lotario; por Urbano II y Pascual II contra Felipe I, rey de Francia; por Celestino III é Inocencio III contra Alfonso de Leon y Felipe II, príncipe de las Galias; por Clemente VII y Pablo III contra Enrique VIII; finalmente, por Pio VII, Pontífice santísimo y esforzado, contra Napoleon I, engreido con la fortuna y grandeza de su imperio.

Siendo todo esto así, todos los gobernadores y administradores de la cosa pública, si hubiesen querido seguir los dictámenes de la recta razon, de la verdadera ciencia, y contribuir á la utilidad de los pueblos, hubieran debido preferir dejar intactas las leyes del matrimonio, aceptar la cooperacion de la Iglesia para tutelar de las costumbres y prosperidad de las familias, á constituirse en enemigos de la misma, y acusarla falsa é inícuamente de haber violado el derecho civil.

Y esto con tanta mas razon, cuanto no pudiendo la Iglesia católica declinar en cosa alguna del cumplimiento de su deber y defensa de su derecho, por eso mismo suele ser mas propensa á benignidad é indulgencia en todo aquello que puede componerse con la integridad de sus derechos y santidad de sus deberes. Por esta causa jamás estableció nada acerca del matrimonio sin poner antes la vista en el estado de la comunidad y en las condiciones de los pueblos; y más de una vez mitigó, en cuanto pudo, lo prescrito por sus leyes, cuando á ello le impulsaron justas y graves causas. Demas de esto, no ignora la Iglesia ni niega que, dirigiéndose el sacramento del matrimonio á la conservacion é incremento de la sociedad humana, es necesario que tenga afinidad y parentesco con las mismas cosas humanas, que son, es verdad, inherentes al matrimonio, pero que se rozan con el derecho civil, de las cuales cosas razonablemente conocen y decretan los que presiden la república.

Ninguno duda que Jesucristo, fundador de la Iglesia, quiso que la potestad sagrada fuese distinta de la civil, y que ambas tuviesen camino libre y expedito para moverse en su terreno, pero con esta circunstancia, que interesa á ambas y á todos los hombres: que hubiese una mutua concordia y union entre ellos respecto de las cosas que son, aunque por diverso motivo, de derecho y juicio comun, de tal manera, que la autoridad humana dependiese oportuna y convenientemente de la autoridad divina. Con esta composicion, que puede llamarse armonía, no solo se consigue dejar íntegra la razon suficiente de ambas potestades, sino que tambien se obtiene el modo oportunísimo y eficacísimo de ayudar á los hombres en lo que toca á las acciones de la vida y á la esperanza de la salvacion eterna.

La inteligencia de los hombres, segun hemos demostrado arriba, cuando se asocia con la fé cristiana, se ennoblece mucho y se hace mas fuerte para evitar y repeler los errores; y de la misma manera no es poca la fuerza que la fé toma de la inteligencia; pues asímismo, si la autoridad civil vive en amistad con la potestad eclesiástica, necesario es que de esta union resulte para ambas grande utilidad. A la una, llevando por delante la Religion, se le amplifica su dignidad y se asegura la justicia de su imperio, á la otra las ayudas de tutela y defensa le sirven admirablemente para labrar el bien público.

Nos, pues, conmovido con la consideracion de estas cosas, así como en otras ocasiones lo hemos hecho con diligencia, así en la presente exhortamos á los príncipes con toda la eficacia de nuestra alma á la amistad y á la concordia, y somos los primeros en alargarles con paternal benevolencia nuestra diestra, ofreciéndoles el auxilio de nuestra suprema potestad, tanto mas necesario en estos tiempos, cuanto el derecho de mandar está mas debilitado en la opinion de los hombres. Invadidos los ánimos de la más procaz libertad y despreciando con el mayor des-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

caro todo yugo de imperio por legítimo que sea, la salud pública exige la union de fuerzas entre ambas potestades para conjurar los males que amenazan, no solamente á la Iglesia, sino tambien al Estado.

Mas cuando con tanta eficacia aconsejamos la amistad y union de las voluntades, cuando rogamos á Dios, Príncipe de la paz, que sugiera en todos los ánimos el amor de la concordia, no podemos menos, venerables hermanos, de exitar exhortando mas y mas vuestra solicitud, vuestro estudio y vigilancia, que no dudamos es grande en vosotros. En cuanto dependa de vuestro empeño, en cuanto podais con vuestra autoridad, procurad que se retenga íntegra é incorrupta entre los fieles encomendados á vuestro cuidado la doctrina que Cristo Señor Nuestro y los Apóstoles intérpretes de su voluntad celestial enseñaron, y que la Iglesia católica guardó religiosamente y mandó guardar en todos tiempos á los fieles de Cristo.

Emplead vuestro principal cuidado en que los pueblos abunden en preceptos de sabiduria cristiana; que tengan siempre en la memoria que el matrimonio fué instituido desde el principio, no por la voluntad de los hombres, sino por la autoridad y disposicion de Dios, y bajo la precisa ley de que ha de ser de uno con una; que Jesucristo, autor de la Nueva Alianza, lo elevó de contrato natural á Sacramento; y por lo que toca al víncule, dió á su Iglesia la potestad legislativa y judicial. Ha de precaverse con sumo cuidado en esta materia que las mentes de los fieles no sean inducidas á error por las falaces enseñanzas de los adversarios, que dicen haberse quitado á la Iglesia esta potestad.

Igualmente para todos debe ser cosa cierta que si alguna union se contrae entre los fieles de Cristo fuera del Sacramento, no tiene razon ni fuerza de justo matrimonio; y aun cuando se haya verificado convenientemente dicha union por las leyes civiles, nunca será esto mas que un rito ó una costumbre

introducida por el derecho civil; mas por el derecho civil tan solamente puede ordenarse y administrarse aquello que el matrimonio lleva consigo por su misma especie en el terreno civil, y nada puede llevar consigo no existiendo la razon suficiente del matrimonio, que consiste en el vínculo nupcial, y es su verdadera y legítima causa. Importa mucho á los esposos conocer todas estas cosas con perfeccion y estar bien penetrados de ellas para que puedan licitamente prestar su obediencia á las leyes, á lo cual de ningun modo se opone la Iglesia, que quiere que el matrimonio surta sus efectos en todo y por todo, y que ningun perjuicio se siga á los hijos.

En tanta confusion de opiniones que cada dia se multiplican mas y mas, es tambien muy necesario comprender que la disolucion entre cristianos del matrimonio rato y consumado no está en la potestad de nadie, y que por lo mismo son reos de manifiesto crímen aquellos cónyuges que, por mas causas que puedan existir, se ligan con nuevo vínculo de matrimonio antes de disolverse el primero por la muerte. Y si las cosas llegasen á tal extremo que la cohabitacion se hiciese imposible, entonces la Iglesia deja que cada uno de los cónyuges obre separadamente el uno del otro, y con los cuidados y remedios que pone en práctica, acomodados á la condicion de los cónyuges, procura suavizar los inconvenientes de la separacion, y nunca sucede el que deje de trabajar ó desconfie de conseguir la concordia y union quebrantadas.

Pero estos ya son extremos á los cuales seria facil no descender, si los esposos, no dejándose llevar de la pasion, sino pensando seriamente en las obligaciones de los cónyuges, y teniendo en cuenta las causas nobilísimas que deben presidir el matrimonio, se allegasen á él con las debidas intenciones y no anticipasen las bodas irritando á Dios con una série no interrumpida de pecados. Y para decirlo todo en pocas palabras, entonces los

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

matrimonios tendrán por efecto una constancia plácida y tranquila cuando los cónyuges se acerquen á él con el espíritu religioso que dá al hombre fortaleza y ánimo invicto, que hace que los vicios que puedan existir en ellos, que las diferencias de carácter, que el peso de los cuidados maternos, que la trabajosa solicitud de la educacion de los hijos se consideren como compañeros inseparables de la vida, y se sufran todas esas adversidades y trabajos, no solo con moderacion, sino tambien con buena voluntad.

Debe tambien evitarse el contraer matrimonio con personas que no sean católicas, pues apenas se puede esperar paz y concordia entre esposos que disienten en punto á religion. Tales matrimonios deben evitarse con sumo cuidado, muy principalmente porque dan ocasion á juntarse y comunicar en cosas sagradas con quien no es lícito, crean un peligro á la religion del cónyuge católico, sirven de impedimento á la buena educacion de los hijos, é inclinan frecuentemente los ánimos á formarse igual idea de todas las religiones, olvidando la diferencia que hay entre lo falso y lo verdadero. Ultimamente comprendiendo bien que ninguno debe ser ageno á nuestra caridad, recomendamos á la autoridad de la fé y á vuestra piedad, venerables hermanos, á aquellos miserables que arrebatados por el ímpetu de sus pasiones y olvidados de su eterna salvacion, viven mal y en pecado unidos con el vínculo de ilegítimo matrimonio. Desplegad vuestro celo en atraer á estos hombres á su deber, y ya por vosotros mismos inmediatamente, ya interpuesta la mediacion de personas cristianas, trabajad por todos los medios posibles para hacerles comprender que han obrado criminalmente, que deben hacer penitencia y determinarse á contraer un matrimonio legal acomodándose al rito católico.

Estos documentos y preceptos que acerca del matrimonio

cristiano hemos querido comunicar con vosotros, venerables hermanos, fácilmente comprendereis que no contribuyen menos á la conservacion de la sociedad civil que á la salud eterna de los hombres. Quiera, pues, el Señor que así como tienen en sí mismos gran peso y fuerza de conviccion, encuentren tambien ánimos dóciles y prontos á sujetarse á ellos y obedecerlos. A este fin imploramos todos la proteccion de la Bienaventurada María, Virgen Inmaculada, que exitando los corazones á obedecer á la fé, se muestre madre y ayudadora de los hombres. Y con no menos fervor rogamos á San Pedro y San Pablo, Príncipes de los Apóstoles, dominadores de la supersticion, sembradores de la verdad, que defiendan con su valioso patrocinio al género humano del diluvio de errores que renacen todos los dias.

Entre tanto, y como señal de los dones celestiales y testimonio de Nuestra singular benevolencia á todos vosotros, verables Hermanos, y los pueblos confiados á vuestra solicitud, enviamos de todo corazon la Bendicion apostólica.

Dado en San Pedro de Roma, dia diez de Febrero, año mil ochocientos ochenta, de Nuestro Pontificado año segundo LEON PAPA XIII.

Bula de Benedicto XIV «Dei miseratione» de 3 de Noviembre de 1741, sobre el órden y forma judicial en las causas matrimoniales.

Benedicto, Obispo, siervo de los siervos de Dios.

PARA PERPETUA MEMORIA.

Estando Nos colocado, aunque sin merecerlo, por la misericordia de Dios, cuyos juicios y caminos son incomprensibles é

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

inescrutables, en la suprema atalaya de la Iglesia, para velar continuamente sobre el rebaño universal del Señor, conocemos que es obligacion del ministerio Pastoral de que estamos encargado, no solo arrancar de raíz los abusos que, teniendo su orígen en la astucia del enemigo infernal y en la malicia de los hombres, son causa de la perdicion de las almas y de la injuria de los Sacramentos de la Iglesia, sino tambien valernos del poder que hemos recibido del Cielo, á fin de refrenar la temeridad de los hombres, y hacer que sea respetada la venerable autoridad de la divina ley.

1. Llegó, pues, á nuestra noticia que el vínculo del Matrimonio, instituido por el mismo Dios (el cual, aun en cuanto es contrato y obligacion de la naturaleza, conviene que sea perpétuo é indisoluble para conseguir la educacion de la prole y lograr los otros bienes del matrimonio, y en cuanto Sacramento de la Iglesia Católica, el mismo Salvador dijo no podia disolverse por la autoridad humana, con estas palabras: *Lo que Dios juntó no lo separe el hombre)*, se rompia en algunas Curias eclesiásticas, por la demasiada facilidad é inconsideracion con que, sentenciando precipitada y temerariamente los jueces á favor de la nulidad de dichos matrimonios, daban á los consortes libertad para casarse con otros. Convenia, á la verdad, que tan inconsiderados jueces escuchasen, siquiera, la voz de la razon, y el instinto de la misma naturaleza humana, para no romper con tan temeraria precipitacion el santo lazo del matrimonio; el cual fué significado desde el principio como perpétuo é indisoluble por el primer Padre del género humano, cuando dijo: *Esto es ya hueso de mis huesos y carne de mi carne;* y se añadió aquello: *Por cuya causa, dejará el hombre á su padre y á su madre, y se unirá estrechamente á su mujer, y serán dos en una carne.*

2. La noticia, pues, de este abuso, digno por cierto de ser

abolido, nos vino de diferentes partes, y aun se nos señalaron ejemplares de algunos hombres que, habiéndose casado primera, segunda y tercera vez por la demasiada precipitacion de los jueces en declarar nulos los matrimonios, lo habian hecho la cuarta, estando aun vivas sus primeras mujeres; é igualmente de algunas mujeres que, despues del primero, segundo y tercer marido, se habian unido al cuarto, viviendo todavía los demás, no sin escándalo de los párvulos y horror de las personas justas y timoratas, que se lamentaban de que fuese menospreciado de tal modo y tan temerariamente se disolviese el sagrado vínculo del matrimonio. Nos, pues, entramos en grave aflicion, y amargamente gemimos al saber esto, y no omitimos ninguna diligencia para desempeñar en el Señor las obligaciones de nuestro ministerio apostólico, á cuyo intento, en el año primero de nuestro Pontificado, en las Letras que dirigimos á los Obispos de aquellas regiones donde sucedian los referidos abusos, nos quejamos amargamente de este desórden tolerado en la Iglesia de Dios, y procuramos inflamar su celo y excitar sus ánimos para abolirle; lo que igualmente practicamos con los Obispos de otros reinos en que supimos haberse introducido semejante depravada costumbre de anular los matrimonios.

3. Mas se nos respondió que esto sucedia frecuentemente por culpa, en parte, de aquellos jueces á quienes la Santa Sede cometia el conocimiento de dichas causas matrimoniales, ó en primera instancia, cuando por alguna legítima causa no podia conocer de ellas el Ordinario, ó en segunda, cuando no habia juez en aquel territorio, á cuyo tribunal se pudiese devolver la causa en grado de apelacion, ó aun cuando lo hubiese, no se podia ventilar ante él la causa por justos motivos; los cuales jueces, por ignorancia ó mala fé, eran fáciles en disolver los matrimonios, declarándolos irritos é inválidos, con poco ó ningun exámen y conocimiento de la materia, y en parte tambien,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

por culpa de los consortes que litigan sobre la nulidad de sus matrimonios, por cuanto compareciendo muchas veces solo uno de ellos en juicio que pida la disolucion del matrimonio, y conseguida la sentencia que desea sin contradiccion de la parte contraria, pasa á otras nupcias; ó concurriendo los dos, uno á favor y otro en contra del matrimonio, y declarada en juicio la nulidad del matrimonio, no hay quien interponga la apelacion ante el juez superior, ó porque las partes litigantes estando discordes solamente en apariencia, y realmente convenidas y de acuerdo entre sí, desean la disolucion del contraido matrimonio, ó porque la parte que contra su contraria acérrimamente defendia la validez del matrimonio, oponiéndose á su disolucion, muda de dictámen en virtud de la sentencia proferida por el juez contra el matrimonio, ó por no tener el dinero necesario para los gastos judiciales, ó por faltarle otros auxilios precisos para el seguimiento del pleito, y por estos motivos abandona la causa despues de la primera sentencia; de todo lo cual resulta que ambos, ó uno de los consortes, pase á contraer despues otro matrimonio.

4. Por lo que mira, pues, á los jueces á quienes se cometen las causas matrimoniales en beneficio de los que litigan fuera de la Curia romana, hemos procurado dar las providencias convenientes con aquella paternal vigilancia con que estamos obligados á hacer que á todos se administre justicia con conocimiento é integridad en las Letras encíclicas que en el año segundo de nuestro Pontificado dirigimos á veintiseis de Agosto á los venerables Hermanos, Patriarcas, Primados, Arzobispos y Obispos, en las cuales prescribimos aquellas cosas que, por ser conformes á los sagrados Cánones y decretos del Concilio Tridentino, y con tal que se observen puntual y diligentemente, como lo esperamos, no se cometerán en lo sucesivo las causas matrimoniales sino á personas instruidas en el

derecho y adornadas de la probidad, justicia y buena fé necesarias. Ademas de esto, á lo establecido en dicha Encíclica, añadimos tambien ahora lo siguiente: que aunque el decreto del Concilio de Trento por el cual se quitó el conocimiento de las causas matrimoniales á los Deanes, Arcedianos y otros inferiores, y se reservó tan solamente al exámen y jurisdiccion de los Obispos, habla únicamente de los Arcedianos, Deanes y otros inferiores de la misma diócesis que, ó por algun privilegio, ó por derecho de prescripcion, se arrogaban, por lo menos en tiempo de yisita, el conocimiento de las causas matrimoniales, y por esta razon de ningun modo obsta á las comisiones que la Santa Sede daba á algunos de ellos de sentenciar dichas causas matrimoniales en segunda instancia, esto no obstante, encargamos y mandamos á aquellos á quienes pertenece la facultad de dar semejantes comisiones ó delegaciones, que en lo venidero no cometan el conocimiento de las causas matrimoniales sino á los Obispos, especialmente á los que están más inmediatos, ó cuando por legítima causa no se pudiese cometer comodamente al Obispo mas inmediato, se dé en tal caso la comision y se haga la delegacion en uno de aquellos sujetos que nombrare el Obispo, con consejo de su Cabildo, por juez idoneo, segun el órden y método que prescribimos en la enunciada Encíclica.

5. Por lo que respecta tambien al órden y série que se debe observar en los juicios de las causas matrimoniales y su debida y conveniente conclusion, motu proprio, de ciencia cierta y con madura deliberacion nuestra y plenitud del poder Apostólico, por nuestra constitucion, que ha de valer para siempre, establecemos, decretamos y mandamos que todos y cada uno de los Ordinarios de los lugares elijan en sus respectivos Obispados algun sujeto idoneo, y si puede ser, del estado eclesiástico, igualmente instruido en la ciencia del derecho que dotado de virtud y probidad, á quien se dé el nombre de defensor de los Ma-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

trimonios, con la facultad de suspenderle ó quitarle, si hubiese motivo para ello, y de sustituirle otro, igualmente idoneo y adornado de las mismas cualidades; lo que tambien se podrá hacer todas las veces que la persona destinada para la defensa de los matrimonios no lo pudiere practicar cuando sea necesario, por hallarse legítimamente impedida y ocupada.

6. Será, pues, obligacion propia del oficio del defensor de los Matrimonios, elegido del modo arriba dicho, presentarse en juicio, siempre que se ofreciere disputar ante juez competente acerca de la validez ó nulidad de los matrimonios, y deberá ser citado para cualquier acto judicial, asistir al exámen de los testigos, defender por escrito y de palabra la validez del matrimonio, y producir en juicio todo aquello que juzgase necesario para la defensa del matrimonio.

7. Y finalmente, sea tenido y mirado dicho defensor como parte necesaria para la validez é integridad del juicio, y asista siempre á él, cual se presente uno de los consortes defendiendo la nulidad del matrimonio, ó cual disputen ambos el uno á favor de la validez y el otro en contra. Pero dicho defensor cuando admitiere este cargo y comision prestará juramento de cumplir y desempeñar fielmente su oficio, y cuantas veces se ofreciere la ocasion de defender en juicio la validez de algun matrimonio, otras tantas prestará el mismo juramento. Por tanto, declaramos irritas, nulas y de ningun valor cualesquiera diligencias que se obraren y practicaren en juicio sin citarle ó intimarle legítimamente, y queremos se tengan todas por irritas, nulas y de ningun valor, como si se hubiese dejado de citar é intimar aquella parte que debia ser citada y cuya citacion ó notificacion era absolutamente necesaria, segun lo dispuesto por el derecho civil y canónico para la validez del juicio.

8. Cuando se entablare pues, ante el Ordinario á quien pertenece el conocimiento de dichas causas, alguna instancia en

que haya duda acerca de la validez del matrimonio, y solo uno de los consortes defendiere en juicio la nulidad del matrimonio, ó ambos litigasen, uno á favor de la validez, y otro en contra; en tal caso, cumpla el defensor del matrimonio diligentemente las obligaciones de su oficio. En cuya suposicion, si el juez sentenciase á favor del matrimonio y ninguno apelare de la sentencia, tampoco lo hará dicho defensor, y observará tambien esto mismo cuando el juez, en segunda instancia, sentenciase á favor de la validez del matrimonio, apelará de ella el defensor dentro del término señalado, de acuerdo con la parte que litigaba en favor de la validez; y cuando ninguno de los consortes defiende en juicio la validez del matrimonio, ó aun cuando la defienda alguno, abandona la instancia despues de la primera sentencia contraria, debe el citado defensor apelar de oficio al juez superior.

9. Si estando pendiente la apelacion de la primera sentencia, é igualmente, si no habiéndose interpuesto dicha apelacion por malicia, flojedad ó colusion é inteligencia entre el defensor y las partes, se atrevieren ambos, ó uno de los consortes, á celebrar nuevas nupcias, queremos y decretamos que, no solo se observe, en este caso, todo lo que está determinado y establecido contra aquellos que contraen matrimonio contra las prohibiciones de la Iglesia (y en especial que ambos sean separados de la cohabitacion, mientras no se verifique la segunda sentencia sobre la nulidad del matrimonio, y de la cual no se haya apelado dentro del término de diez dias, ó aun cuando se haya interpuesto la apelacion en dicho término, se hubiese dejado de seguir despues), sino que queremos además que el así contrayente ó contrayentes queden enteramente sujetos á todas las penas establecidas é impuestas por los Sagrados Cánones y constituciones Apostólicas contra los polígamos; las cuales penas, por el mismo motu proprio, ciencia y plenitud de poder, otra vez cuanto sea necesario establecemos, decretamos y renovamos contra ellos.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

10. Y despues que usando del beneficio de la apelacion pasare á otro juez la causa en segunda instancia, guárdense y obsérvense exacta y cuidadosamente todas y cada una de las cosas que se mandaron observar ante el juez de la primera, citando siempre para cualquier acto judicial al defensor del matrimonio, quien procurará defender todo lo posible la validez del matrimonio de palabra y por escrito. Y si el juez en segunda instancia fuese el Metropolitano, ó el Nuncio de la Silla Apostólica, ó el obispo más inmediato, hará de defensor del Matrimonio la persona que ellos diputaren, segun lo mandamos hacer, para que tengan cumplimiento las cosas que mas arriba quedan determinadas; mas si el juez que ha conocer de la causa en segunda instancia fuere un juez comisionado por la Santa Sede, sin Tribunal y jurisdiccion ordinaria, y por consiguiente sin defensor del matrimonio, queremos, se valga del mismo defensor nombrado por el Ordinario en cuyo Obispado conoce de la causa, aunque sea el mismo Ordinario el que hubiese dado la primera sentencia en ella.

11. Sustanciado, pues, de este modo el juicio, si la segunda sentencia fuere conforme á la primera, esto es, si en la segunda igualmente que en la primera, se declarase nulo é inválido el matrimonio, y la parte ó el defensor juzgasen, segun su conciencia, que no deben apelar de ella ó seguir la apelacion interpuesta, podrán entonces los consortes contraer nuevo matrimonio, siempre que por otra parte no tengan algun impedimento ó causa legítima que se lo estorbe. Mas téngase entendido que la facultad que se dá á los consortes de celebrar nuevas nupcias despues de dos sentencias conformes, como arriba se dijo, ha de tener lugar quedando siempre salvo y firme el derecho ó privilegio de las causas matrimoniales, las cuales por ningun trascurso de tiempo pasan jamás en autoridad de cosa juzgada, sino que se pueden volver á entablar y examinar segunda vez en juicio, siempre que se descubra alguna nueva cosa ó circunstancia que no se hubiese producido ó al principio se ignorase; pero si una de las partes apelase de la segunda sentencia dada en favor de la nulidad, ó esta fuese tal, que el defensor del matrimonio no crea deber conformarse en conciencia con ella, ó por parecerle manifiestamente injusta é inválida, ó por haber sido pronunciada en tercera instancia y ser revocatoria de otra dada precedentemente en segunda instancia á favor de la validez del matrimonio, queremos que (permaneciendo en su vigor, respecto de uno y otro consorte, la prohibicion de pasar á otras nupcias, por las cuales, si se atrevieren á contraerlas, los declaramos sujetos á las penas, como antes se dice, por Nos establecidas) se vea la causa en tercera ó cuarta instancia, observando cuidadosamente todo lo que en primera y segunda instancia mandamos observar, es á saber: que para cualquier acto judicial se le cite y oiga al defensor del matrimonio que fuere nombrado y diputado por el juez en tercera instancia.

12. Y si el defensor del matrimonio, á quien exhortamos en el Señor ejerza *grátis* su oficio, y solo por el amor de Dios, bien del prógimo y reverencia de la Iglesia, no quisiese por algun motivo prestar su auxilio sin interés ó salario, en este caso, se lo señalará el juez de la misma causa por cuenta de la parte que litiga en favor de la validez del matrimonio, si fuere rica, y no siéndolo, lo harán los jueces de la primera, segunda y tercera instancia respectivamente, los cuales podrán emplear y aplicar á semejantes gastos el dinero sacado de las multas de sus tribunales, ó que se haya de sacar y distribuir en obras piadosas.

Mas cuando los Jueces comisionados de la causa fueren personas que no tengan tribunal, ni consiguientemente dinero de multas, se le satisfará al defensor del matrimonio del dinero

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de las multas de aquel Obispo en cuya diócesis ejercieren este juicio y comision por mandato de la Silla Apostólica.

(Interrumpimos aquí la reproducion de esta pieza pues el resto se refiere á otras materias extrañas á nuestro objeto.)

APENDICE LETRA B

DE LOS IMPEDIMENTOS PÚBLICOS Y OCULTOS.

1. El impedimento se divide en público y privado ó secreto ú oculto.

Es público cuando su existencia es conocida y sabida de muchas personas.

2. El impedimento es oculto cuando no es conocido de nadie mas que del culpable ó culpables, ó de la persona ó personas que le han contraido, y por consiguiente, que no puede ser divulgado.

3. La Sagrada Penitenciaría dá un sentido mas ámplio al calificativo oculto, y ordinariamente considera como tal á lo que no es conocido mas que de dos, de tres, de cinco, de seis, de ocho y hasta de nueve personas.

4. Cuando no quiere dar esta latitud á la condicion de *oculto*, exige expresamente que el impedimento sea *omnino occultum*, como sucede, por ejemplo, en el impedimento de crímen *exconjugicidio*. (Benedicto XIV en su *Institut.* LXXXVII, núm. 44 y 45. *Thesaurus. De Pœnis eccles*, part. I, c. XXI. Fagnan in cap. *Vestra. de cohabit cleric. et mulier*, núm. 118 á 126. Planchard. *De Impedimentis*, pág. 174.)

5. La calificacion de impedimento oculto dió lugar á numerosas controversias antes de Benedicto XIV, quien no vaciló en llamar temerarios á los autores que tratan de esta materia sin conocer las decisiones de la Santa Sede y la práctica de la Sagrada Penitenciaría.

"Ut occultum impedimentum dignoscatur, parum conferre putamus, si illorum sententiæ tantum investigentur, qui nulla experientia prælita Sacræ Pœnitentiariæ, de hac re temere scripserunt; sed necessarium ducimus perscrutare quid hoc vocabulo occulti impedimenti ab hoc Sacro Tribunali intelligatur. Hæc autem cognitio ab illis solum comparari potest, qui munus aliquod in ipso Tribunali gesserunt. (Bened. XIV, Inst. LXXXVII, núm. 43.

6. Cuando un crímen es lo que en derecho se llama *famoso*, es decir, cuando la opinion ó el rumor público, fundado en indicios graves, designa al culpable, la Sagrada Penitenciaría no califica esta falta como oculta. (*Thesaurus De Pœnis Eccles.* part. 1ª cap. XXI. *Fagnan* in cap. *Vestra. De cohabit cleric. et mulier*, n. 107 á 112.)

7. La misma Sagrada Penitenciaría no califica de oculto el impedimento, si las circuntancias dan lugar á creer que lo que en un tiempo dado es oculto pueda ser despues fácilmente público. (Benedicto XIV, Inst. LXXXVII, n. 45, *Thesaurus De Pœnis* antes citado.)

8. Algunos impedimentos son tan fácilmente conocidos, que siempre son tenidos como públicos, al menos cuando se trata de algun matrimonio que se ha de contraer: tales son los impedimentos públicos por su naturaleza, consanguinidad y afinidad lícita, parentesco espiritual, honestidad pública, *ex ma-*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de las multas de aquel Obispo en cuya diócesis ejercieren este juicio y comision por mandato de la Silla Apostólica.

(Interrumpimos aquí la reproducion de esta pieza pues el resto se refiere á otras materias extrañas á nuestro objeto.)

APENDICE LETRA B

DE LOS IMPEDIMENTOS PÚBLICOS Y OCULTOS.

1. El impedimento se divide en público y privado ó secreto ú oculto.

Es público cuando su existencia es conocida y sabida de muchas personas.

2. El impedimento es oculto cuando no es conocido de nadie mas que del culpable ó culpables, ó de la persona ó personas que le han contraido, y por consiguiente, que no puede ser divulgado.

3. La Sagrada Penitenciaría dá un sentido mas ámplio al calificativo oculto, y ordinariamente considera como tal á lo que no es conocido mas que de dos, de tres, de cinco, de seis, de ocho y hasta de nueve personas.

4. Cuando no quiere dar esta latitud á la condicion de *oculto*, exige expresamente que el impedimento sea *omnino occultum*, como sucede, por ejemplo, en el impedimento de crímen *exconjugicidio*. (Benedicto XIV en su *Institut.* LXXXVII, núm. 44 y 45. *Thesaurus. De Pœnis eccles*, part. I, c. XXI. Fagnan in cap. *Vestra. de cohabit cleric. et mulier*, núm. 118 á 126. Planchard. *De Impedimentis*, pág. 174.)

5. La calificacion de impedimento oculto dió lugar á numerosas controversias antes de Benedicto XIV, quien no vaciló en llamar temerarios á los autores que tratan de esta materia sin conocer las decisiones de la Santa Sede y la práctica de la Sagrada Penitenciaría.

"Ut occultum impedimentum dignoscatur, parum conferre putamus, si illorum sententiæ tantum investigentur, qui nulla experientia prælita Sacræ Pœnitentiariæ, de hac re temere scripserunt; sed necessarium ducimus perscrutare quid hoc vocabulo occulti impedimenti ab hoc Sacro Tribunali intelligatur. Hæc autem cognitio ab illis solum comparari potest, qui munus aliquod in ipso Tribunali gesserunt. (Bened. XIV, Inst. LXXXVII, núm. 43.

6. Cuando un crímen es lo que en derecho se llama *famoso*, es decir, cuando la opinion ó el rumor público, fundado en indicios graves, designa al culpable, la Sagrada Penitenciaría no califica esta falta como oculta. (*Thesaurus De Pœnis Eccles.* part. 1ª cap. XXI. *Fagnan* in cap. *Vestra. De cohabit cleric. et mulier*, n. 107 á 112.)

7. La misma Sagrada Penitenciaría no califica de oculto el impedimento, si las circuntancias dan lugar á creer que lo que en un tiempo dado es oculto pueda ser despues fácilmente público. (Benedicto XIV, Inst. LXXXVII, n. 45, *Thesaurus De Pœnis* antes citado.)

8. Algunos impedimentos son tan fácilmente conocidos, que siempre son tenidos como públicos, al menos cuando se trata de algun matrimonio que se ha de contraer: tales son los impedimentos públicos por su naturaleza, consanguinidad y afinidad lícita, parentesco espiritual, honestidad pública, *ex ma-*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

trimonio rato et non consumato. Véase el siguiente testimonio de la Penitenciaría mayor.

"A dispensationibus concedendis super quocumque impedimento ex quovis gradu sive consanguinitatis, sive affinitatis ex copula licita, seu ex cognatione spirituali proveniente, etiam in foro conscientiæ tantum, tametsi impedimentum sit occultum, et periculum scandalorum immineat, in iisdem matrimoniis *contrahendis* abstinent (*Major Pœnitentiarius.* Benedicto XIV, *Const. Pastor bonus.*—Cf. Giovine, II, cons. XXVIII, §27, n. 4. Fagnan, ibid. 129.)"

A esta doctrina han de atenerse los Ordinarios para no considerar como ocultos los impedimentos que por su naturaleza son públicos.

9. Tampoco puede ser considerado como oculto un impedimento del que por cualquier circunstancia se trata en el foro contencioso; es necesario esperar á que se dicte sentencia, y en tanto que el acusado no sea absuelto por una *definitiva*, el impedimento no puede ser considerado oculto. (*Thesaurus*, p. I, c. XXI. Benedicto XIV. Inst. LXXXVII, n. 49; *Fagnan* in cap. *Vestra, de cohabit cleric. et mulier*, nn. 130 y siguientes.)

10. Por el contrario, una falta ó un impedimento que fueron públicos en su orígen ó principio, puede olvidarse con el tiempo; y en este caso la Sagrada Penitenciaría no tiene dificultad en considerar como oculto un impedimento, *si quis in matrimonio cantracto cum impedimento dir mente per decennium pacifice permanserit* (*Thesaurus, ibid*, Benedicto XIV, *ibid.*, n. 47)

11. Un impedimento público en un lugar, por ejemplo, en aquel en que se ha contraido, puede ser oculto en otro lugar, esto es, en aquel en que despues fueron á habitar personas entre quienes existe el impedimento. Esta circunstancia debe expresarse en las preces para poder hacer uso con toda seguridad de las facultades del Rescripto de concesion de la dispensa. (*Thesaurus*, p. I, c. XXI. Benedicto XIV, n. 46).

Que el impedimento formalmente oculto y materialmente público debe ser considerado como público, está confirmado por muchas decisiones de la Sagrada Penitenciaría, y por consiguiente, el Obispo no puede dispensarle en virtud de las facultades que la Sagrada Penitenciaría le concede para un año, tres ó cinco, en la llamada *pagella* y en la que se contiene la facultad que puede verse en el capítulo de esta obra *Dispensas que pueden conceder los Obispos.*

Sobre la facultad del Obispo para dispensar el impedimento oculto en caso grave y urgente, véase el capítulo antes citado.

12. El impedimento puede ser *formalmente* oculto y *materialmente* público, y sucede esto siempre que es conocida la falta, pero se ignora que de ella resulta un impedimento. La Sagrada Penitenciaría rechaza resueltamente la opinion de aquellos autores que llaman oculto á un caso semejante, y declara que de ninguna manera quiere sea comprendido dicho caso en las facultades dadas *pro casibus occultis.* "Anno 1875 S. Poenitentiaria, in facultate a se episcopis in foro conscientiae concessa super impedimentis matrimonii occultis, non comprehendi respondit facultatem dispensandi super impedimentum *materialiter* publicum, sed *formaliter* occultum. (*Acta S. Sedis*, XIV, p. 157.—*Consonant*, Benedic. XIV. Inst. LXXXVII, n. 48 *Thesaurus*, loc. cit.)

13. Si se reunieran impedimentos públicos y ocultos, el confesor á quien se confiara facultad para dispensar el oculto, no puede hacer uso de dicha facultad hasta que se haya obtenido la dispensa del impedimento público. Autores hay que opinan de otro modo, no teniendo presente la siguiente cláusula de la Sagrada Penitenciaría que es explícita:

Dummodo super público impedimento seu postquam dispensationis litterae obtentae fuerint.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

"Executio istius gratiae et aliarum similium non est danda a confessario nisi postquam fuerint executioni demandatae litterae dispensationis Datariae super público impedimento. Quod si poenitens praesentaret litteras S. Poenitentiariae ante executionem litterum Datariae, posset confessarius illas aperire, et executionem suspendere....." *(Tib. Nav., Manuductio ad praxim executionis litter. S Poenit.)*

Gioviné, 11, *consult.* XXXIII, § 92, 2, da la razon de esta práctica cuando dice:

"Quia rivalidari non potest in foro conscientiae prior dispensatio, nisi haec jam in foro externo per executionem subsistat."

14. La Santa Sede se muestra mas propicia á la concesion de un impedimento oculto que á la de uno público, y la razon es que el impedimento oculto resulta frecuentemente de una falta que hay inconveniente grave en divulgar, y ademas porque la dispensa provee á la salud del alma del culpable, y no causa escándalo alguno, supuesto que el impedimento no es conocido. Por esta misma razon la dispensa debe permanecer tan oculta como el impedimento mismo, y no sirve ademas mas que para el foro de la conciencia.

15. Para que la dispensa permanezca secreta, es indispensable que el confesor ó el cura párroco la pida en carta cerrada y en los términos que despues veremos en la fórmula relativa á estos casos, en la cual no debe indicar ni los nombres, ni los apellidos de las personas que tienen el impedimento oculto, ni la diócesis, ni el lugar del nacimiento, residencia ó domicilio de los que necesitan de la dispensa, bastando que los designe con nombres supuestos.

El confesor ó Párroco que pida la dispensa no debe revelar á nadie los casos ocultos. El mismo debe escribir y cerrar la carta quo dirigirá á Roma como despues veremos.

La Sagrada Penitenciaría prohibe terminantemente se remitan dichas preces para dispensa de impedimento oculto en carta abierta á los agentes de preces, y con mucha más razon prohibe que estos la redacten, en el siguiente:

16. *"Monitum S. Poenitentiariae de modo porrigendi litteras agentes de rebus conscientiae.*

"Quamvis praxis et prudentia doceant casus ocultos ad forum conscientiae pertinentes, Sacrae Poenitenciariae, litteris obsignatis ad Em. D. Card. Poenitentiarium Majorem missis, ac nominibus reticitis, esse proponendos, tamen aliquis, sive ex confessariis, sive exanimarum pastoribus, ab hujusmodi praxi declinans, casus ipsos litteris apertis ac per procuratores etiam laicos non solum exponere, sed et iisdem procuratoribus illos narrare ad hoc ut super ipsis supplices conficiant libellos SacraePoenitentiariae exhibendos, interdum non abhorret. Quod quidem, quantum dedeceat, et quantum praseferat scandali, nemo est qui non videt. Quare Sacra Poenitentiaria, hanc omnino reprobandam agendi rationem et medio tollere cupiens, omnes et singulos confessarios et animarum pastores graviter monet ut á prælicto recurrendi modo prorsus abstineant. Ceterum, si opera alicujus procuratoris, in alma urbe uti velint, litteras obsignatas praelaudato Cardinali Poenitentiario Majori tradendas, suppressis nominibus, ad ipsum procuratorem transmittere quidem poterunt, ast memoratos casus Sacrae Poenitentiariae proponendos nunquam et nullimodo narrare seu manifestare audeant. Datum Romae in S. Poenitentiaria."

17. El mismo Cura párroco ó confesor que remite las preces es el encargado por la Sagrada Penitenciaría de ejecutar la dispensa; es decir, que debe dispensar en el tribunal de la Penitencia despues de haber oido la confesion.

18. El Obispo y sus Vicarios generales pueden, fuera de la confesion, usar de las facultades que se les conceden por el in-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dulto quinquenal que suele remitirles la Sagrada Penitenciaría

Sobre esta materia dice un autor, segun refiere Planchard (*Dispenses matrimoniales*, pág. 172): "Cum verba debeant intellige secundum qualitatem personæ ad quam referuntur, indultum dispensandi *pro foro conscientiæ* prælatis concessum, qui non solent audire confessiones sacramentales, non est restringendum ad forum sacramentale, sed generaliter ad forum animæ extendendum, sive sacramentale sit, sive non." (*Thesaurus*, p. I, cap. XXII.)

Planchard, lugar citado, cree que no se requiere la presencia de los suplicantes, y que la dispensa puede ser remitida por escrito al confesor, con encargo de notificarla á los oradores (*Thesaurus*, part. I, cap. XII. §*Tertia differentia est, etc.*), principalmente cuando el indulto no permite subdelegar. A no ser por esta facilidad, el indulto seria casi inútil en los casos de impedimentos ocultos, porque no es posible obligar á los oradores, frecuentemente domiciliados en lugares distantes de la Sede episcopal, á que vengan á ésta en busca del Obispo ó Vicario general.

19. De que la dispensa concedida para un impedimento oculto debe permanecer oculta, se sigue necesariamente que no aprovecha para el foro externo.

Esta es la razon de las siguientes cláusulas que la Sagrada Penitenciaría consigna en esta clase de Rescriptos: "Pro foro conscientæ tantum.—Ita quod hujusmodi absolutio et dispensatio in foro judiciario nullatenus suffragetur.—Præsentibus lateratis sub poena excommunicationis latæ sententiæ, ita ut nullum earum exemplar exstet, neque eas latori restituas; quod si restitueris, nihil ei suffragentur."

20. Si el impedimento oculto llegara á hacerse público, se necesitaría una nueva dispensa para el foro externo. Por la misma razon, si se hubiera ya celebrado el matrimonio, seria

necesaria la renovacion del consentimiento *in forma Tridentini*, esto es, ante el Párroco y testigos, á no ser que se obtuviera una dispensa *in radice*.

Planchard (*Dispenses matrimoniales*, edicion de 1882), siguiendo la opinion de varios autores, afirma que los cónyuges fueron legítimamente dispensados en el foro de la conciencia, y por consiguiente son verdaderos cónyuges, y que por lo mismo, si antes de obtener la dispensa para el foro externo se pagaron mútuamente el débito conyugal, no cometen pecado alguno si lo hicieron sin escándalo (Benedicto XIV, Instruccion LXXXVII, núm. 50.)

21. En el caso de que se confiara al Ordinario un matrimonio contraido con impedimento oculto, será necesario proceder con suma prudencia para evitar que se declare nulo en el foro externo un matrimonio completamente válido en el foro interno.

Benedicto XIV y el *Thesaurus* contienen luminosos detalles sobre esta cuestion.

Baste decir que si se presentare el caso, perteneceria ordinariamente al confesor obtener el consentimiento de uno de los esposos, poniendo *reservadamente* en conocimiento del Ordinario que habia sido concedida una dispensa regular. "*Tunc episcopus*, dice Benedicto XIV, *confesarii testimonio omnino debet acquiescere, nec ullam afferre illis molestiam, qui dispensationem sibi comparaverunt..... Non semel etiam accidit, quod pervicacibus indixerit Summus Poenitentiarius, ut ab omni molestia judicioque abstinerent.*"

22. Esta doctrina sobre impedimentos ocultos, ya *formaliter*, ya *materialiter*, y sobre si los ordinarios tienen facultad para dispensar impedimentos ocultos descubiertos en el momento de la celebracion, está confirmada en la causa tratada en la Sagrada Congregacion del Concilio, y resuelta en 29 de Enero

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de 1881, cuyo *follium* publicó el *Analecta Juris Pontificii*, Agosto 1882, y es como sigue:

"Ferrarien Matrimonii die 29 januarii 1881.—Petrus dioecesis Ferrariensis annos natos 33 puellæ Albinæ amatorem se præbuit, quæ initio anni 1873 prægnans effecta in lucem edidit puellam, non sine tamen rumore in ea regione pervolitante puellulæ patrem Petrum extitisse, licet ipse aliquando id denegasset indigitans tamquam auctorem quemdam Octavium Albinæ quoque amatorem, qui jam é vivis discesserat. In facto tamen est, si fides depositioni extrajudiciali parochi adhibenda sit, Petrum prægnantiæ Albinæ auctorem fuisse; quandoquidem hic refert post partum Albinæ tum ut scandalum aliquo modo repararet, tum ut mulieris parentum cederet instantiis, ad se Petrum vocasse, eumque hortatum fuisse ut Albinæ nuberet. Verumtamen cum mater a parocho vocata consensum præbuere renuerit, subdit Petrum omnem cum Albina relationem abrupisse.

"Quamdam posteriori tempore Sabinam Albinæ consobrinam deperire Petrus incœpit, quæ cum ab ipso prægnans reddita fuisset, parentum minis impulsus ad Parochum contendit eum in finem, ut crastina die dicto adsisteret matrimonio. At parochus pernoscens impedimentum affinitatis obstare, dilationem suassit: "affinche io potessi portarmi in citta per con-"sigliarmi coll'Ordinario tanto piu che aveva entro me stesso "avvertito obstare al matrimonio un impedimento di affinita' "che io riteneva oculto, sebbene il fosse soltanto formalmente. "Cossi avvene; mi presentai dal mio Superiore, e pioche l'Al-"bina e parente in secondo grado colla Sabina, stimando occul-"to l'impedimento, come tale ne chiesi la dispensa e verbalmen-"te l'ottenni."

"Nuptiae igitur, praeviis sponsalibus coram laica auctoritate, die 5 maii 1874 Petrum inter et Sabinam coram Ecceesia celebratae fuerunt. Decem circiter post dies á celebrato connubio Sabina infantem peperit, quem Petrus uti prolem suam agnovit, et proprio agnomine donavit, quique paucos post dies ad superos evolavit. Inito matrimonio Petrus neque caeremoniam civilem explevit, neque unquam Sabinam in domum suam conduxit, licet fateatur rursus eamdem carnaliter cognovisse; imo post aliquod tempus uxorem penitus deseruit.

"Quae cum ita essent, atque reconciliationis spes evanida in posterum apparuisset, dubitatum á parocho fuit de matrimonii validitate; unde anno 1875 ad S. Poenitentiariam recursus habitus est, ut in foro conscientiae decernere dignaretur, num in facultate ab eadem episcopis concessa super impedimentiis matrimonii occultis comprehenderetur facultas dispensandi super impedimentum matrimonii *materialiter* publicum, sed *formaliter* occultum, et responsum editum fuit: *Non comprehendi*. Mox, ut refert, Petrus a quodam sacerdote edoctus fuit de nullitate praefati matrimonii, hinc penes curiam institit die 23 decembris 1876 ut nullum declararetur, tum causa timoris, tum causa affinitatis impedimenti. At cum in processus decursu instantiam ad secundum tantum caput coarctaverit, hinc processus hoc super capite institui coepit coram curia Ferrariensi...

"Post haec, auditis rationum momentis a Defensore officii deductis, Ferrariensis Curia, attentis omnibus quae in facto deducta fuerunt, atque resolutione S. Poenitentiariae Apostolicae data sub die 18 augusti 1872 in Almerien. (in qua proposito dubio utrum Episcopi possint valide dispensare ab impedimentis matrimonium dirimentibus jure ecclesiastico suos dioecesanos junctos motrimonio civili tantum, quando aliquis eorum ita graviter infirmatur, ut in mortis articulo sit et petat matrimonii sacramentum, responsum est: quoad impedimenta publica Episcopum nullatenus dispensare posse) declaravit matrimonium inter Petrum N.... et Sabinam S.... contractum ob inpedi-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mentum affinitatis ex copula illicita nullum fuisse.

"Cum vero ab hujusmodi decisione sacramentalis vinculi defensor appellationem interposuisset, atque Archiepiscopus integrum actorum exemplar transmisisset, causae relationem Sacratissimo Principi, quo sospite laetamur, feci, qui mandavit ut causa oeconomice in H. S. Congr. pertractaretur, subindeque Votum tum theologi tum canonistae exquisivi, quae una cum officiosi defensoris animadversionibus distribuuntur...

"Hisce omnibus ergo ponderatis, erit hodie mane EE. VV, ea qua pollent juris ecclesiastici scientia, sequens enodare dubium. An sententia curiae Ferrariensis sit confirmanda vel infirmanda in casu?

"Sacra Congregatio Concilii rescribendum censuit: *Non constare de nullitate matrimonii.* Die 29 januarii 1881."

En dicho número del *Analecta* puede verse el *votum* del teólogo y del canonista, verdaderas disertaciones doctrinales sobre la materia.

(De la obra "Tratado del Matrimonio, por el Dr. D. Leon Carbonero y Sol (tom. I. cap. XXIX.)

INDICE

DE

LAS MATERIAS COMENTADAS

EN EL

TOMO TERCERO.

Núms. — Págs.

Cap. V. Del divorcio (art. 226.)

1. Importancia de la cuestion..... 5
2. Legislacion judaica; su verdadera interpretacion.—S. Juan Crisóstomo.—S. Gerónimo.—S. Pablo.—Buxtorf..... 6
3. Legislacion romana.—Plutarco.—Las XII Tablas.—Aulo-Gelio.—Varios divorcios anteriores al de Carvilio Ruga.—Valerio Máximo y Tito Livio.—M. Klenze..... 9
4. Disolucion de costumbres traida por el divorcio en Roma tras las conquistas del Oriente.—Plinio.—Casos escandalosos: Sulpicio Gulo; Antistio Vera; Paulo Emilio; Bruto; Syla; Pompeyo; César; Hortensio y Ciceron..... 11

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mentum affinitatis ex copula illicita nullum fuisse.

"Cum vero ab hujusmodi decisione sacramentalis vinculi defensor appellationem interposuisset, atque Archiepiscopus integrum actorum exemplar transmisisset, causae relationem Sacratissimo Principi, quo sospite laetamur, feci, qui mandavit ut causa oeconomice in H. S. Congr. pertractaretur, subindeque Votum tum theologi tum canonistae exquisivi, quae una cum officiosi defensoris animadversionibus distribuuntur...

"Hisce omnibus ergo ponderatis, erit hodie mane EE. VV, ea qua pollent juris ecclesiastici scientia, sequens enodare dubium. An sententia curiae Ferrariensis sit confirmanda vel infirmanda in casu?

"Sacra Congregatio Concilii rescribendum censuit: *Non constare de nullitate matrimonii.* Die 29 januarii 1881."

En dicho número del *Analecta* puede verse el *votum* del teólogo y del canonista, verdaderas disertaciones doctrinales sobre la materia.

(De la obra "Tratado del Matrimonio, por el Dr. D. Leon Carbonero y Sol (tom. I. cap. XXIX.)

INDICE

DE

LAS MATERIAS COMENTADAS

EN EL

TOMO TERCERO.

Núms. — Págs.

Cap. V. Del divorcio (art. 226.)

1. Importancia de la cuestion..... 5
2. Legislacion judaica; su verdadera interpretacion.—S. Juan Crisóstomo.—S. Gerónimo.—S. Pablo.—Buxtorf..... 6
3. Legislacion romana.—Plutarco.—Las XII Tablas.—Aulo-Gelio.—Varios divorcios anteriores al de Carvilio Ruga.—Valerio Máximo y Tito Livio.—M. Klenze..... 9
4. Disolucion de costumbres traida por el divorcio en Roma tras las conquistas del Oriente.—Plinio.—Casos escandalosos: Sulpicio Gulo; Antistio Vera; Paulo Emilio; Bruto; Syla; Pompeyo; César; Hortensio y Ciceron..... 11

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Núms. Págs.

5. En Roma no era necesario para el divorcio ni aun la presencia de los cónyuges..... 12
6. La voluntad del *pater familias* era bastante para el divorcio.—Paulo.—Augusto y Calígula.—Notables palabras de Mr. Troplong..... 12
7. Horribles resultados del divorcio *bona gratia*.—La ley *Oppia*.—Epitafio de las matronas virtuosas.—Juvenal.—Séneca.—Metelo Numidio..... 13
8. Fórmula para el divorcio romano sacada del *Satiricon* de Petronio.—El Digesto..... 14
9. Intentos de reforma por Augusto.—Liviandad de su corte.—Inmorales ejemplos del mismo emperador.—Las leyes *Julia* y *Papia Poppœa*..... 14
10. Efectos del divorcio en cuanto á los esposos..... 17
11. El Senado consulto *Planciano*..... 17
12. Efectos del divorcio en cuanto á los hijos.—Derecho primitivo é imperial..... 17
13. Inutilidad de las leyes caducarias.—Gide.—Tertuliano.—Dion Casio..... 18
14. Triunfo del Cristianismo.—Su saludable influencia.—De Constantino á Justiniano..... 18
15. Doctrina cristiana.—S. Mateo.—S. Lúcas.—S. Pablo.—Los Concilios.—S. Agustin.—Padres de la Iglesia y Téologos.—Concilio Tridentino..... 21
16. Antigua legislacion española..... 26
17. Antiguo derecho frances.—Influencia cristiana en las Capitulares de Carlo-Magno.—Leyes revolucionarias.—Disolventes doctrinas de Vergniaud y Diderot.—Notables palabras de Taine.—La ley de 19 de Setiembre de 1792.—Estado de las costumbres en Francia despues de esa ley y sus adicionales..... 28
18. El Código de Napoleon.—Treilhard..... 36
19. La ley de 8 de Mayo de 1816..... 36
20. Insistencia y triunfo de los partidarios del divorcio en Francia..... 38
21. Argumentos en contra del divorcio..... 40
22. Legislacion Mexicana.—Códigos del Distrito Federal y de los Estados de Veracruz, de México y de Tlaxcala.—Impopularidad del divorcio en nuestra sociedad..... 52

Arts. 227, 228, 229, 230, 231, 232. 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242 y 243.....

SECCION 1ª

Principios Generales.

23. Causas de divorcio.—Ellas son de extricta interpretacion..... 57
24. Facultades de los jueces en esta materia..... 58
25. El divorcio no puede decretarse sino por las causas señaladas en la ley.—Duranton.—Ejemplo tomado de una ley de Partida..... 59

§ 1. Del adulterio.

26. Definicion del adulterio, segun el derecho romano.—Definicion, segun el Cristianismo.—Sus consecuencias.—Segun las leyes civiles, no son iguales en la responsabilidad del adulterio. el marido y la mujer..... 59
27. Discusion de este punto en el Consejo de Estado en Francia..... 66

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Núms. Págs.

28. Nuestra ley de 23 de Julio de 1859 y los Códigos de la República 67
29. Razones que se hacen valer para justificar la diferencia de responsabilidad en el adulterio del hombre y en el de la mujer..... 68
30. Circunstancias en las cuales es causa de divorcio el adulterio del marido.—El de la esposa lo es siempre.—*Casa comun* ¿qué es?..... 70
31. ¿Es *Casa comun todo el edificio*, del cual ocupan una habitacion, en dependencia separada, los esposos? 73
32. ¿Es *Casa comun* la habitacion que ocupa el marido, que se ha separado de hecho de su mujer?..... 74
33. ¿Es *Casa comun* la habitacion *propia* del marido, que jamas ha ocupado la esposa? 77
34. ¿Qué significa la palabra "Concubinato?" 77
35. ¿Qué debemos entender por las palabras "escándalo é insulto público hecho por el marido á la mujer legítima?"..... 80
36. ¿Qué, por las palabras "maltrato de palabra ó de obra de la mujer legítima."..... 83

§ 2. Del nacimiento de un hijo ilegítimo.

37. Esta causa de divorcio es nueva en nuestra legislacion.—No es aceptada en la francesa..... 84

§ 3. De la prostitucion de la mujer por el marido.

38. Antiguedad de esta causa de separacion..... 88
39. Los Códigos de las Partidas, de Veracruz y E. de México consideran aquella como un delito..... 91
40. Su prueba es muy difícil..... 91

Núms. Págs.

§ 4. De la incitacion ó la violencia para la comision de un delito.

41. Esta causa de divorcio se remonta hasta el derecho romano.—Es aceptada por el Canónico..... 92
42. La misma causa en nuestro derecho nacional..... 94

§ 5. De la corrupcion de los hijos.

43. Razon en nuestro derecho de esta causa de divorcio 95
44. Constituye ademas un delito..... 96

§ 6. Del abandono del domicilio conyugal.

45. ¿Cómo debe entenderse esta causa de divorcio?—Su diferencia con la ausencia..... 96
46. ¿Cómo habia considerado ésta causa la ley francesa de 1792?—El C. de Napoleon..... 97
47. Nuestra legislacion nacional..... 97
48. El Código del Distrito Federal de 1884..... 98

§ 7. De la sevicia y de las injurias graves.

49. Antecedentes de estas causas de divorcio en la legislacion romana..... 99
50. En el Derecho Canónico..... 100
51. En la antigua legislacion española..... 100
52. Nuestra legislacion nacional..... 101
53. El C. de Napoleon..... 102
54. Significacion de las palabras "Sevicias, amenazas é injurias graves"..... 102
55. Su aplicacion en cada caso particular es de necesaria arbitrariedad judicial.—Reglas para bien ejercer ésta, en la presente materia..... 104
56. Estas causas de divorcio son las mas frecuentes 108

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Núms. Págs.

57. Ejemplos de ellas..... 109
58. Continuacion..... 109
59. Continuacion..... 109
60. ¿Es causa de divorcio la negativa del marido de recibir á la mujer en la casa conyugal?..... 110
61. ¿Es injuria grave que el marido consienta los insultos de los criados á la esposa?..... 111
62. ¿Es causa de divorcio la demanda de nulidad del matrimonio?..... 111
63. ¿Lo es la negativa á celebrar el matrimonio canónico?..... 111
64. ¿Lo es, como injuria grave, el cambio de religion?... 114
65. ¿Lo es, con el mismo carácter, la oposicion del padre al bautismo de los hijos?..... 114
66. ¿Lo es la oposicion del marido á que la mujer cumpla sus deberes religiosos?..... 115
67. Nuestros códigos, sobre la causa de divorcio que se hace consistir en la demanda de nulidad de matrimonio..... 115

§ 8. De la acusacion de un cónyuge contra el otro.

68. Razon de ser de esta causa de divorcio.—¿Cómo ha sido considerada en el antiguo y en el moderno derecho?..... 116
69. ¿Cómo, en nuestra legislacion nacional?..... 118
70. Crítica de las taxativas reconocidas en esta materia por nuestros Códigos..... 119
71. De ella no son merecedores los dos códigos del Distrito Federal y el de E. de México..... 119

Nums. Págs.

72. Impropia colocacion en esos códigos de los artículos que tratan de ciertas causas de divorcio, no comprendidas en la general de acusacion de un cónyuge contra el otro..... 120

§ 9. De la negativa de alimentos

73. Explicacion de esta causa de divorcio.—Sus antecedentes en el antiguo derecho español y francés.—Nuestra actual legislacion..... 121
74. Comprension de esta causa de divorcio..... 122
75. ¿Existe ella, cuando la mujer solicita alimentos, si le son rehusados por el marido, que alega que la mujer tiene bienes propios?..... 122

§ 10. De los vicios de juego y embriaguez.

76. Aunque nueva al parecer esta causa de divorcio en el Código actual del Distrito Federal, tiene antecedentes nada dudosos en la antigua legislacion española..... 124

§ 11. De la enfermedad de uno de los esposos.

77. Sorpresa que se siente, ante la primera enunciacion de esta causa de divorcio.—Su razon de ser..... 125
78. Vagos antecedentes de ella en la legislacion romana... 128
79. Sabia y humanitaria doctrina del Derecho canónico sobre esta materia..... 129
80. Antiguo derecho español..... 132
81. Controversias en el antiguo derecho francés..... 132
82. Este punto no es mas claro en el moderno derecho francés..... 133

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Núms. Págs.

83. Nuestra legislacion..... 134
84. Opinion del autor sobre esta materia..... 136

§ 12. De la infraccion de las capitulaciones matrimoniales.

85. Objeciones contra esta causa de divorcio..... 137
86. Antigua legislacion española..... 139
87. El Código actual del Distrito Federal y el de E. de México..... 139

§ 13. Del mútuo consentimiento.

88. Antecedentes de esta manera de divorcios en el antiguo derecho..... 139
89. El antiguo derecho francés no admitia el divorcio por mútuo consentimiento..... 140
90. Lo mismo debe decirse del antiguo derecho español, fiel al Canónico..... 141
91. Discusion sobre este punto, para formar el C. de Napoleon..... 141
92. Nuestra legislacion nacional.—Opinion del autor.... 143
93. Interpretacion de las leyes sobre este punto..... 147

Núm. 1. De las condiciones relativas á las personas.

94. ¿De qué edad han de ser los esposos que se divorcien por mútuo consentimiento, segun el Código de Napoleon? ¿Puede tal divorcio pedirse en cualquier tiempo segun el mismo Código?—Nuestros Códigos sobre este punto..... 147
95. Reformas establecidas por el C. del Distrito Federal actual..... 149

Núms. Págs.

Núm. 2. De los arreglos sobre bienes entre los cónyuges y respecto á los hijos.

96. Razon de estos arreglos..... 150
97. Prescripciones del Código de Napoleon sobre esto... 150
98. Idem. del C. del Distrito Federal de 1870 sobre el el mismo punto..... 151
99. Diferencias en el Código del E. de México..... 151
100. Código actual del Distrito Federal..... 152
101. ¿Cuándo podrá el juez reprobar estos arreglos, segun nuestros Códigos?..... 152

Núm. 3. Del procedimiento.

102. De los trámites por los que debe pasar la solicitud de divorcio hasta llegar á sentencia.—Código francés. 153
103. Código del Distrito Federal de 1870..... 156
104. Código del Estado de México..... 157
105. Código actual del Distrito Federal..... 158

Núm. 4. De los efectos del divorcio por consentimiento mútuo.

106. El acuerdo de las partes es la ley, conforme á la cual deben regirse esos efectos..... 161
107. Particularidades del Código francés..... 161
108. Legislacion mexicana..... 163
109. La sentencia de divorcio y el Registro civil.—Silencio del C. del E. de México..... 164

§ 14. De la causa de divorcio consistente en la condenacion de uno de los esposos.

110. El C. del E. de México es el único, en nuestra legislacion, que habla de esta causa de divorcio.—Le-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Núms. Págs.

gislacion francesa..... 165
111. Crítica del C. del E. de México..... 167
112. ¿Qué son delitos *infamantes*..... 68
113. ¿Los delitos de un cónyuge, cometidos contra extraños, pueden ser considerados, como injurias graves contra el otro cónyuge?..... 172

Seccion 2ª

¿Quien puede intentar la accion de divorcio?

114. Sencillez de esta cuestion..... 175
115. Derecho romano..... 175
116. Derecho antiguo francés..... 176
117. El Código de Napoleon..... 178
118. Derecho antiguo español..... 178
119. Nuestra legislacion nacional..... 178
120. Personalidad de la accion de divorcio..... 179
121. ¿Puede ejercitar la accion de divorcio el curador por el cónyuge incapacitado?..... 180

Seccion 3ª

De las excepciones contra el divorcio.

Núm. 1. Del Perdon.

122. Razones de esta excepcion..... 184
123 Sabiduría de la doctrina canónica..... 185
130. ¿Puede revocarse el perdon otorgado?..... 186
131. ¿De cuántas maneras puede otorgarse el perdon?.... 187
132. No es necesaria al perdon la reunion de los esposos. —Condiciones del perdon..... 188
133. Diferencias entre la reconciliacion y el perdon..... 190

Nums. Págs.

Núm. 2. De la reconciliacion.

134. Derecho romano..... 191
135. Derecho canónico..... 192
136. Derecho antiguo español..... 192
137. Derecho antiguo francés..... 193
138. Reformas trascendentales del C. de Napoleon..... 193
139. Nuestra legislacion nacional.—El Código de Tlaxcala..... 195
140. ¿Cuáles son los actos que el demandado debe probar, como constitutivos de la reconciliacion?..... 198
141. ¿Cuáles son las pruebas de la reconciliacion?—Diferencia entre el derecho antiguo y el moderno..... 201
142. Si solo el cónyuge ofendido quiere reconciliarse ¿basta su individual voluntad para restablecer el matrimonio?..... 203
143. Nuestra legislacion nacional.—Controversias..... 204

Núm. 3. De la compensacion.

144. ¿Qué es compensacion en órden al divorcio?..... 206
145. Legislacion canónica..... 207
146. Antigua legislacion española..... 207
147. Antiguo derecho francés.—C. de Napoleon.– Controversias..... 208
148. Nuestra legislacion nacional..... 211
149. Estado de las cuestiones sobre este punto..... 212

Núm. 4. De la provocacion.

150. ¿Cuál es el sentido de esta excepcion?..... 212
151. Derecho canónico..... 214
152. Antigua legislacion española..... 214
153. Antiguo derecho francés.—C. de Napoleon..... 214

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Núms. Págs.

154. Nuestra legislacion nacional..... 215

Núm. 5. De la prescripcion.

155. ¿La accion para pedir el divorcio es prescriptible?... 218
156. Afinidad de este punto con el de perdon..... 219
157. ¿Cuál debe ser el punto de partida para contar el tiempo de esta prescripcion?..... 219
158. Confusion del antiguo derecho sobre esta excepcion.. 219
159. Silencio del C. de Napoleon..... 219
160. Nuestra legislacion nacional..... 220

Art. 244.

Seccion 4ª

De las medidas provisionales á que puede dar lugar la demanda de divorcio por causa determinada.

Núm. 1. Principios generales.

161. Mientras no se pronuncie la sentencia de divorcio, subsisten todas las obligaciones del matrimonio..... 221
162. Modificaciones necesarias de ese principio..... 221

Núm. 2. Medidas relativas á los cónyuges.

163. Antiguo derecho..... 222
164. Derecho moderno..... 223
165. Depósito de personas.—Crítica de nuestra legislacion sobre este punto..... 223
166. ¿La residencia provisional de la mujer puede fijarse fuera del lugar donde está radicado el juicio?..... 226
167. ¿Puede haber casos en que la mujer, en vez de ser reducida á buscar un asilo, imponga esta necesidad

Núms. Págs.

á su marido, permaneciendo en posesion de la habitacion comun?..... 227
168. Constituido el depósito ¿qué objetos tiene derecho á reclamar la mujer?..... 229
169. ¿La mujer tiene derecho á alimentos provisionales... 230
170. ¿Esta deuda alimenticia está sujeta á los principios generales sobre alimentos?..... 231
171. ¿La provision alimenticia deja de ser obligatoria para el marido en favor de la mujer, cuando ésta abandona el depósito?..... 233
172. Abandonado el depósito por la mujer, el marido puede solicitar su reintegro..... 233
173. ¿Qué medidas deben tomarse, durante el juicio de divorcio, respecto á las mujeres en cinta?..... 233
174. Legislacion nacional..... 234

Núm. 3. De las medidas provisionales relativas á los hijos.

175. Antigüedad de estas medidas..... 235
176. Antigua legislacion española..... 236
177. Código de Napoleon..... 236
178. Legislacion nacional..... 237
179. *¿Quid* respecto á la deuda alimenticia?..... 238

Núm. 4. Medidas provisionales relativas á los bienes.

180. Razon de estas medidas..... 239
181. Código de Napoleon..... 240
182. Nuestra legislacion nacional establece la mayor generalidad en la clase de estas medidas..... 242

Arts. 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, y 253.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Núms. Págs.

SECCION 5ª

De los efectos de la separacion de cuerpo.

183. No hay que buscar antecedentes de esta materia en las legislaciones que aceptan el divorcio *quoad vinculum*..... 244

Núm. 1. De los efectos del divorcio respecto á los cónyuges.

184. Suspension de la vida comun..... 246
185. Cambio é independencia del domicilio de la mujer... 246
186. La mujer divorciada puede ir aun á país extranjero... 246
187. Deber de mútua fidelidad, no sancionado debidamente contra el marido por el derecho civil.—Supremacía del Derecho canónico..... 247
188. Incapacidad de la mujer casada.—Diferentes sistemas seguidos por los legisladores..... 247

Núm. 2. De los efectos del divorcio en cuanto á los hijos.

189. Sistema seguido por nuestros legisladores en esta materia.—¿Qué sucede con la patria potestad despues del divorcio?..... 249
190. Distincion necesaria entre la patria potestad *util* y la *onerosa*..... 250
191. ¿La patria potestad pasa al cónyuge culpable, por la muerte del inocente?..... 250

Núm. 2. De los efectos del divorcio sobre los bienes.

192. Modificaciones necesarias traidas á la administracion de los bienes por la declaracion del divorcio..... 252

Núms. Págs.

193. ¿Quien debe administrar, despues del divorcio, los bienes propios de cada cónyuge?..... 253
194. ¿Quien, los bienes comunes?..... 254
195. Graves controversias sobre esta materia..... 254
196. ¿Desde cuando empieza á producir efecto en órden á los gananciales, la sentencia de divorcio?..... 256
197. ¿A quien pertenece la administracion de los bienes comunes, cuando es el marido el culpable del divorcio?..... 257
198. ¿Qué sistema seguir cuando ambos cónyuges son culpables del divorcio?..... 258
199. ¿Los efectos del divorcio, en órden á los bienes comunes, empiezan á producirse desde la fecha de la demanda ó solamente desde la sentencia..... 258
200. ¿*Quid* de la deuda alimenticia, despues del divorcio? 261
201. Particularidades de los Códigos de Veracruz, México y Tlaxcala..... 262

Arts. 254, 255 y 256.

SECCION 6ª

De la cesacion del pleito de divorcio por la muerte de uno de los cónyuges

202. ¿La muerte de cualquiera de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio?..... 263
203. ¿Las audiencias en el juicio de divorcio deben ser secretas?—Intervencion del ministerio público..... 265
204. Trascripcion de la sentencia de divorcio en el Registro civil..... 265

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Núms. Págs.

CAPITULO VI.

De los matrimonios nulos é ilícitos.

Arts. 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288 y 289.

Seccion 1ª

Antecedentes de la materia y principios generales.

205. ¿Cúal es el objeto de este estudio?—Necesidad para hacerlo, de recurrir al Derecho canónico..... 270

Núm. 1. Principios generales.

206. ¿Basta la infraccion de la ley para que sea declarado nulo el matrimonio? Importancia y trascendencia de esta cuestion..... 272
207. Legislacion nacional..... 275
208. ¿Hay otras nulidades y otros medios de hacerlas valer en juicio, que los establecidos por los códigos? —Clasificacion de los actos en *inexistentes* y *anulables*..... 275
209. ¿Nuestra legislacion acepta esta doctrina?—Erudito informe del Sr. Lic. D. Agustin Rodrigues.... 279
210. ¿Cómo distinguir lo *inexistente* de lo *anulable?*..... 290
211. ¿Cómo debe reclamarse contra lo *inexistente*?—Sentencia del Juez 4.º de lo Civil, Lic. D. José M.ª Gamboa.—Opinion del autor.—Defensa calurosa de los actos inexistentes por el abogado mexicano José D. Fernandez..... 292
212. Necesidad de la mera *anulabilidad* del matrimonio,

Núms. Págs.

en los casos ordinarios..... 304
213. ¿La nulidad del matrimonio puede ser materia de transaccion y comprometida en árbitros.....? 305
214. Legislacion nacional..... 306
215. Intervencion del Ministerio Público en los juicios de nulidad..... 306

Núm. 2. De las nulidades absolutas y de las relativas en general.

216. ¿Cualquiera puede exercitar la accion de nulidad de un matrimonio?..... 307
217. ¿En virtud de qué principio la ley acuerda ó rehusa la accion de nulidad del matrimonio?..... 307
218. Razon de esta diferencia..... 310
219. Ligislacion nacional..... 311

Núm. 3. ¿La accion de nulidad es trasmisible por herencia ó de cualquiera otra manera?

220. ¿Pueden los herederos *intentar* la accion de nulidad, cuando aquel á quien correspondia, ha muerto en el plazo útil para intentarla, sin haberlo hecho?—¿Pueden los mismos *continuar* la accion ya intentada?... 311
221. Ligislacion nacional..... 313

Seccion 2ª

De las medidas provisionales á que da lugar el juicio sobre nulidad de matrimonio.

222. Conveniencia de estas medidas..... 313
223. Ligislacion nacional..... 314

Seccion 3ª

De las nulidades relativas en especie.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Núms. Págs.

Núm. 1. De los vicios del consentimiento entre los contrayentes.

224. Controversias sobre esta materia.—Exposicion de los varios casos que pueden ocurrir..... 315
225. Primer caso: no comparecencia de uno de los cónyuges ante el juez del registro civil..... 315
226. Segundo caso: locura de uno de los contrayentes.... 316
227. Derecho francés sobre el caso anterior.—Derecho canónico sobre el mismo..... 317
228. Antiguo derecho español sobre el mismo caso..... 322
229. Controversias sobre el mismo, á que se presta nuestra legislacion..... 327
230. Tercer caso: error sobre la persona..... 325
231. Legislacion nacional..... 330
232. Controversias sobre este caso..... 331
233. Cuarto caso: miedo ó violencia.—Una consulta á Roma por el Arzobispo mexicano Ilmo. Sr. Dr. D. Lázaro de la Garza y Ballesteros..... 333
234. Antigua legislacion española..... 340
235. Código de Napoleon..... 340
236. ¿Esta nulidad puede cubrirse?..... 341
237. ¿Es aceptable, como ratificacion tácita, algun otro hecho, que no sea la cohabitacion continuada, durante seis meses?..... 343
238. ¿Es aceptable la ratificacion expresa?..... 344
239. Legislacion nacional..... 346
240. ¿Desde cuándo han de empezar á contarse los dos meses para la prescripcion de esta accion de nulidad? 347
241. Quinto caso: error sobre las cualidades..... 349
242. Autoridades canónicas..... 350

Núms. Págs.

243. Sentencia de la Sagrada Congregacion de Roma..... 350
244. Especie resuelta en el juzgado de Mazatlan, Estado de Sinaloa..... 350
245. Sexto caso: dolo..... 352

Núm. 2. De la nulidad por falta de consentimiento de los ascendientes

246. Esta nulidad no existe, segun el Derecho canónico... 354
247. Legislaciones antiguas, española y francesa..... 357
248. La Encíclica del Sr. Benedicto XIV y el Catecismo de S. Pio V..... 358
249. Verdadero sentido del Concilio Tridentino en orden al requisito del consentimiento de los ascendientes para el matrimonio de los hijos de familia..... 359
250. Código de Napoleon..... 36
251. ¿Esta nulidad, establecida por el derecho civil moderno, puede cubrirse?..... 364
252. ¿Puede serlo por la ratificacion tácita?—Controversias sobre este punto..... 365
253. Legislacion nacional..... 367
254. ¿Puede el esposo, menor de edad, intentar la accion de nulidad, aun despues de ratificado el matrimonio por el ascendiente?..... 368
255. ¿La ratificacion del hijo impide la accion de nulidad del ascendiente?..... 369
256. ¿Desde cuándo empieza á contarse el plazo que tiene el ascendiente para intentar la accion de nulidad? 370

Núm. 3. De la impotencia.

257. Dificultades en la exposicion de esta materia..... 370
358. ¿Qué es impotencia y bajo qué condiciones constitu-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Núms. Págs.

ye la causa de nulidad que nos ocupa?—¿La impotencia importa una nulidad relativa?—¿imprescriptible?—¿debe estar perfectamente demostrada?..... 373
259. Direcciones para el estudio de esta materia..... ... 380
260. Legislacion antigua española..... 380
361. La impotencia no es causa de nulidad, segun el Código de Napoleon..... 381
262. Nuestra legislacion nacional..... 382
264. Silencio del Código del E. de México sobre quienes pueden deducir esta accion de nulidad..... 382

Seccion 4ª

De las nulidades absolutas en especie.

Núm. 1. De la falta de edad.

265. Esta nulidad es absoluta, segun el Derecho canónico y susceptible de ratificacion..... 383
266. Antigua legislacion española..... 386
267. Derecho francés..... 386
268. ¿Es conforme al Código de Napoleon, decir que la cohabitacion, posterior al cumplimiento de la mayor edad, pero anterior al plazo de seis meses, basta para cubuir la nulidad, consistente en impubertad?..... 388
269. ¿Al trascurso de seis meses debe unirse, segun el Código francés, la cohabitacion, para que se produzca la ratificacion?..... 389
270. ¿Hay en este caso, siempre segun el Código francés, ratificacion expresa y tácita?..... 389
271. Nuestra legislacion nacional..... 391
272. Crítica de la legislacion francesa y nacional sobre este punto..... 393

Núms. Págs.

273. ¿La preñez de la mujer ó el nacimiento de hijos, prueba necesariamente la revalidacion de que habla la ley?..... 394
274. Diferencias entre los Códigos del Distrito Federal y los de los Estados de Tlaxcala, México y Veracruz..... 394
275. ¿Son los precedentes los únicos modos de rehabilitar los matrimonios nulos por defecto de edad?—De las dispensas *in radice*..... 394
276. Demostracion del poder de la Iglesia para otorgar dispensas *in radice*..... 396

Núm. 2. Del incesto.

277. Esta nulidad segun el derecho canónico es absoluta é imprescriptible..... 399
278. Revalidacion de estos matrimonios..... 401
279. Antigua legislacion española..... 402
280. Derecho francés..... 403
281. Legislacion nacional..... 403
282. El Código del E. de México..... 404
283. Los Códigos del Distrito Federal..... 406

Núm. 3. De la bigamía.

284. Esta nulidad es notoriamente absoluta..... 407
285. Importante instruccion de la S. Congregacion sobre esta materia..... 408
286. Unica revalidacion posible de esta nulidad..... 415
287. Antigua legislacion española..... 417
288. Código de Napoleon..... 417
289. Legislacion nacional..... 418
290. ¿Cómo debe entenderse la legitimidad del matrimonio

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Nums. Págs.

anterior?... 419
291. Código de Veracruz... 419
292. ¿La muerte superveniente del primer cónyuge revalida el segundo matrimonio, segun los otros Códigos de la República?... 420

Núm. 4. Del crímen.

293. ¿Qué clase de nulidad es ésta segun el Derecho canónico?... 421
294. ¿Esta nulidad es susceptible de revalidacion?... 422
295. ¿Deja de existir, cuando los cónyuges cesan en el comercio adulterino, ó retractan la promesa de futuro matrimonio?... 422
296. Código francés.—Anomalía de el de Veracruz... 424
297. Idem. de el de E. de México... 424
298. Idem. de el de Tlaxcala... 425
299. Idem. de el del Distrito Federal de 1870.—Este defecto ha sido corregido en el Código actual... 425
300. Silencio lamentable de todos estos Códigos sobre el impedimento y causa de nulidad por adulterio... 426

Núm. 5. De la clandestinidad.

301. Varias significaciones de la palabra "clandestinidad."... 426
302. Antigüedad de la celebracion solemne del matrimonio ante la Iglesia... 428
303. Disciplina establecida por el Concilio de Trento... 429
304. Algunos errores esparcidos sobre la inteligencia del Cánon tridentino... 432
305. ¿La falta de amonestaciones hace nulo el matrimonio, en el sentido del Tridentino?... 433

Núms. Págs.

306. ¿La falta de la bendicion del Sacerdote y de ciertas palabras solemnes hace nulo el matrimonio?... 433
307. ¿Es causa de nulidad la falta del Párroco y testigos?. 435
308. ¿La presencia del Párroco deja de ser necesaria en algunos casos?... 435
309. ¿Es indiferente que el Sacerdote celebrante sea cualquier cura?... 437
310. ¿Qué decidir en el caso de que cada contrayente tenga un domicilio diferente?... 438
311. ¿Cuál es el párroco propio, cuando las partes tienen legítimamente dos domicilios?... 438
312. ¿Es válido el matrimonio celebrado ante un Cura *suspenso, excomulgado, irregular, hereje ó cismático,* pero no depuesto todavia oficialmente de su curato?... 439
313. ¿Qué decidir en el caso de que el Cura sea un *intruso?*. 440
314. ¿Cómo debe ser la presencia del Párroco?... 440
315. ¿La presencia del Párroco debe ser simultánea con la de los testigos?... 443
316. ¿Cuántos testigos deben concurrir con el Párroco en la celebracion del matrimonio?... 443
317. ¿Qué cualidades deben tener los testigos del matrimonio?... 443
318. ¿En qué lugar debe celebrarse el matrimonio?... 445
319. ¿Qué clase de nulidad es la proveniente de clandestinidad?... 446
320. Antigua legislacion española... 447
321. Código de Napoleon... 449
322. Segun este Código ¿podrá ser declarado nulo un matrimonio celebrado sin las prévias publicaciones?. 451

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Núms. Págs

323. Segun el mismo Código ¿la falta de celebracion del matrimonio en la *casa comun* implica nulidad del acto?..... 452
324. ¿Segun el mismo Código la falta de cuatro testigos anula el matrimonio?..... 452
325. Segun el mismo Código, ¿la falta de publicidad puede ser cubierta por la posesion de estado de los esposos?..... 453
326. La no-presencia del oficial civil ó su incompetencia ¿es causa de nulidad segun el mismo Código?..... 454
327. Nuestra legislacion nacional.—Código de Veracruz. 457
328. Código del E. de México..... 459
329. Código de Tlaxcala..... 460
330. Códigos del Distrito Federal..... 460
331. Segun estos ¿es válido el matrimonio civil, contraido ante el oficial mayor del juzgado del Registro?... 461
332. ¿La omision en la acta de matrimonio de alguno de los requisitos que debe contener, es causa de nulidad?..... 462
333. ¿La falta de publicaciones prévias es causa de nulidad?..... 464
334. De la posesion de estado matrimonial como excepcion contra la accion de nulidad..... 465
335. ¿La posesion de estado basta á cubrir aun la falta del juez del estado civil..... 468
336. ¿Dicha posesion de estado cubre, en derecho frances, aun la incompetencia del juez?..... 469

SECCION 5ª

De otras causas de nulidad conforme al Derecho canónico.

Núms. Págs.

337. Motivos para ocuparnos en el estudio de estas causas de nulidad..... 471

Núm. 1. De la nulidad por pública honestidad.

338. Disciplina de la Iglesia sobre el impedimento de pública honestidad..... 471
339. ¿Este impedimento tiene lugar respecto de parientes afines?..... 474
340. ¿El mismo impedimento tiene lugar por los matrimonios clandestinos?..... 475
341. ¿Qué clase de nulidad es la proveniente de pública honestidad?..... 475
342. Antigua legislacion española..... 475

Núm. 2. De la nulidad por disparidad de culto.

343. Comprobacion de la falta de una ley que pronuncie la nulidad por esta causa..... 476
344. Una costumbre antiquísima es solamente el orígen de esta nulidad..... 478
345. ¿*Quid* respecto á los matrimonios entre Católicos y Herejes?..... 478
346. Dispensabilidad de este impedimento..... 479

Núm. 3. De las nulidades por parentesco espiritual y por el civil.

347. De las condiciones del primero de estos impedimentos..... 480
348. ¿Qué clase de nulidad es ésta?..... 481
349. Razones de esta nulidad..... 481

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Núms. Págs.

350. Antigua legislacion española..... 482
351. Del parentesco legal..... 482
352. Este impedimento es de Derecho eclesiástico... 482
353. ¿Existe este impedimento entre hermanos adoptivos?. 483
354. La antigua legislacion española y algunos de nues-
Códigos... 483

Núm. 4. De las nulidades por causa de voto solemne y de órdenes sagradas.

355. Declaracion dogmática sobre estos impedimentos.... 483
356. Antigua legislacion española..... 485

Seccion 6ª

De los efectos de la nulidad. Principios generales. Del matrimonio putativo.

357. Condiciones del matrimonio putativo..... 485
358. Antigua legislacion española..... 486
359. Código de Napoleon..... 486
360. Nuestra legislacion nacional..... 487
361. ¿Cómo debe entenderse la *buena fé* en el matrimonio putativo? 487

§ 1. Efectos del matrimonio putativo en cuanto á los esposos.

Núm 1. Caso en que ambos esposos son de buena fé.

362. Nuestra legislacion nacional sobre este punto.—Su interpretacion 489
363. ¿El esposo pobre tiene derecho á alimentos de parte del rico?..... 491

Núms. Págs.

364. ¿El esposo de buena fé, supérstite, tiene derecho á la herencia?..... 491
365. Efectos del matrimonio putativo en cuanto á los gananciales..... 492
366. ¿Sobre qué materias puede recaer la buena fé?..... 492
367. ¿La clandestinidad es incompatible con la buena fé?. 494

Núm. 2. Del caso en que uno solo de los esposos es de buena fé.

368. Nuestra legislacion nacional..... 495
369. *¿Quid* en órden á los gananciales cuando ambos cónyuges sean de mala fé?..... 496

Núm. 3. De los efectos del matrimonio nulo respecto de los hijos.

370. Nuestra legislacion nacional..... 496
371. ¿Los hijos tienen derecho á llevar el nombre de su padre, á educacion y alimentacion?..... 498
372. ¿Los parientes del esposo de mala fé suceden á los hijos?..... 498
373. ¿Los hijos espurios son tambien reputados legítimos por el matrimonio putativo?..... 499
374. Nuestra legislacion nacional..... 503
375. ¿Son legítimos los hijos espurios habidos despues del matrimonio putativo?..... 504
376. ¿En poder de cuál de los cónyuges han de quedar los hijos, declarada la nulidad del matrimonio?..... 504

§ 2. De la trascripcion de la sentencia de nulidad.

377. Disposiciones de nuestra legislacion nacional sobre esta materia..... 505

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Nums. Págs.

SECCION 7ª

De los matrimonios ilícitos.

378. Derecho canónico..... 505
379. Falta de la licencia paterna en el matrimonio de los menores de edad..... 506
380. Nuestro derecho civil..... 507
381. Del plazo de viudedad..... 511
382. Código de Napoleon..... 512
383. Nuestra legislacion nacional..... 512

APENDICES.

Apéndice letra A.—Encíclica sobre el matrimonio del S. Pontífice Leon XIII y Bula *Dei miseratione* del Sr. Benedicto XIV..... 515
Apéndice letra B.—De los impedimentos públicos y ocultos..... 550

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS