

2. La frase *contrato de matrimonio* es equívoca; en este tratado la tomamos por el matrimonio mismo; otras veces se toma por la escritura en que constan los pactos particulares que estipulan las personas que contraen matrimonio (1).

En este tratado nos ocuparemos del matrimonio en la primera acepción; examinando:

1.º Qué es el contrato de matrimonio; sus diferentes clases entre los romanos, y por qué leyes se regían.

2.º Qué cosas preceden al contrato de matrimonio.

3.º Cuáles son las personas que pueden ó no celebrar matrimonio válido.

4.º Cómo se contrae el matrimonio y qué circunstancias deben concurrir en su celebración.

5.º Trataremos de los efectos del matrimonio, y de determinados matrimonios que, aunque válidamente celebrados, no producen efectos civiles.

6.º De la anulación y de la disolución del matrimonio, ya en cuanto al vínculo, ya en cuanto al tálamo y habitación.

7.º De las segundas nupcias.

(1) La lengua latina se vale de tres palabras distintas para expresar el matrimonio, y son: *Conjugium, nuptiae et matrimonium*, á que corresponden en castellano: *Cónyuge, bodas, desposorios, nupcias, casamiento y matrimonio*. La palabra *conjugium* se deriva de *conjungo*, unir, porque ambos están ligados con yugo común. La palabra *nuptias* se deriva de *nubere*, cubrir con un velo, por el velo con que se cubre la cabeza de la esposa. Llámase también *consortium*, porque ambos cónyuges están unidos y tienen una suerte común.

PARTE PRIMERA

Qué es el contrato de matrimonio; diferentes especies de matrimonio entre los romanos; qué leyes rigen en él

CAPÍTULO PRIMERO

Qué es el contrato de matrimonio

3. Se puede definir el matrimonio en los siguientes términos: Un contrato revestido de las formalidades que las leyes prescriben, en virtud del cual un hombre y una mujer, hábiles para contraerlo, se obligan recíprocamente el uno con el otro á vivir durante su vida en la unión que debe haber entre un esposo y una esposa (2).

Se sigue de esta definición que si en un ma-

(2) Justiniano definió el matrimonio: la unión del hombre y la mujer que forma una sociedad indisoluble: *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio individuum vitae consuetudinem continens. (Instit. de patr. potest. part., 1.ª)*

La definición que da del matrimonio el catecismo del Concilio de Trento, no es muy diferente del anterior. El matrimonio, dice, es la unión conyugal del hombre y la mujer, contraída entre dos personas capaces de ella según las leyes, y que les obliga á vivir inseparablemente y en perfecta unión.

Los códigos de México y de la República de Guatemala definen el matrimonio en los siguientes términos: *México*. Artículo 159.—El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse á llevar el peso de la vida.

*Guatemala*.—Artículo 119.—La ley no considera el matrimonio sino como un contrato civil. El matrimonio es un contrato solemne, por el cual un hombre y una mujer se unen indisolublemente y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

trimonio se omite alguna de las formalidades que las leyes exigen para su validez, ó que ha sido celebrado entre personas que las leyes declaran inhábiles, no es un verdadero matrimonio, de lo que nos ocuparemos en algunos capítulos de esta obra.

4. La unión en la que las partes, por el contrato de matrimonio, se obligan mutuamente á vivir, es principalmente la unión de sus espíritus y voluntades. El comercio carnal no constituye la esencia del matrimonio; el de San José y la Virgen no dejó de ser un verdadero matrimonio, aun cuando conservaron su virginidad. Esto es lo que nos enseña San Agustín en su obra *de Nupt. et Concup.*, lib. 1, cap. 9, en donde prueba, por el ejemplo de San José y la Virgen, que cuando el marido y la mujer acuerdan guardar continencia, el matrimonio no deja de serlo; y el lazo conyugal que les une, lejos de perder su fuerza, la adquiere mayor: *Quibus placuerit ex consensu ab usu carnalis concupiscentiæ in perpetuum continere, absit ut inter illos vinculum conjugale rumpatur: imo FIRMUS erit, quo magis ea pacta secum inierint quæ carius concordiusque servanda sunt, non voluptariis nexibus corporum, sed voluntariis affectibus animorum: neque enim fallaciter ab Angelo dictum est ad Joseph: Noli timere accipere Mariam CONJUGEM tuam. Conjux vocatur ex prima fide desponsationis quam concubitu nec cognoverat, nec fuerat cogniturus; nec perierat, nec mendax manserat CONJUGIS appellati, ubi nec fuerat nec fuerat, nex futura erat carnis ulla commixto, etc.*

Este principio es reconocido por los mismos jurisconsultos paganos. Ulpiano, en la ley 30 Di-

*gesto de Leg. jur.*, dice: *Nuptias consensus, non concubitus facit.*

5. Aunque el comercio carnal no sea la esencia del matrimonio, y que el hombre y la mujer pueden, de común acuerdo, guardar continencia, sin embargo, el matrimonio da á cada una de las partes derecho sobre el cuerpo de la otra, que obliga á cada una de ellas recíprocamente á conceder el comercio carnal cuando se pide.

El motivo de esta obligación está basado en los fines del matrimonio, por ser el principal la procreación de hijos, para lo cual es evidente que debe existir dicho comercio. Otro de los fines del matrimonio es encontrar remedio á la gran dificultad que existiría para conservar la continencia, y por esto mismo impone aquella obligación.

CAPÍTULO II

*De las diferentes especies de matrimonio*

§ 1. *De las diferentes especies de matrimonio que podían contraer los ciudadanos romanos*

6. Los ciudadanos romanos podían contraer dos diferentes especies de matrimonio. Llamaban á una *juste nuptie*, y á la otra *concubinatus*.

La *juste nuptie* era matrimonio legítimo que el hombre contraía según las leyes con una mujer para tenerla como legítima esposa: *justa uxor*; este matrimonio daba á los hijos el derecho de familia y al padre el derecho de la patria potestad sobre ellos.

7. La otra clase de matrimonio, que llamaban

*concupinatus*, era un verdadero matrimonio y estaba permitido expresamente por las leyes. *Concupinatus per leges nomen assumpsit*. L. 3, párrafo 1.º, *Digesto de Concupin*. En una y otra clase había *maris et foeminae conjunctio individuum vitae consuetudinem continens*.

8. Por este matrimonio, lo mismo que por el matrimonio legítimo, el hombre y la mujer contraían una unión que tenían intención de conservar hasta la muerte de uno de ellos. La diferencia entre el *concupinatus* y el matrimonio legítimo, llamado *juste nuptie*, consistía en que por este matrimonio el hombre no tomaba la mujer para darle el título de esposa legítima, *justa uxor*; sólo la tenía á título de mujer y de concubina. Los hijos que nacían de este matrimonio no alcanzaban los derechos de familia y el padre no tenía sobre ellos la patria potestad. No eran, pues, *justi liberi*; sin embargo, no eran considerados como bastardos; se les llamaba *liberi y naturali*, pero no *nothi, spurii*, que eran los nombres de los hijos nacidos *excerto* y de uniones ilícitas.

8. Este *concupinatus* se había establecido á fin de que un hombre que tenía inclinación con una mujer de baja condición y mala fama, que las leyes y su reputación no le permitían tenerla como legítima esposa, pudiesen realizar su inclinación con este matrimonio, teniéndola solamente como concubina. Así un senador podía tomar por concubina una mujer liberta, que las leyes no le permitían tomar por legítima esposa. Sin embargo, esta especie de matrimonio no era tampoco permitida, al igual que el matrimonio legítimo, con una mujer con quien el derecho natural prohibía unirse. Por ejemplo, si uno se

hubiese casado con su sobrina, aun cuando la hubiese tomado sólo por concubina, esta unión era considerada como incestuosa. *Etiam si concubinam quis habuerit sororis filiam, licet libertinam, incestum committitur*. L. 56, D. de ritu nupt.

Por idéntico motivo no se podía tomar por concubina la mujer de otro hombre, y un hombre durante el matrimonio no podía tener concubina.

Quando un hombre que no estuviese casado tomaba por concubina una mujer con quien el derecho natural no le prohibía unirse, esta unión estaba permitida, no sólo por las leyes civiles, como hemos dicho antes, sino que lo estaba igualmente por la Iglesia, y por consecuencia, cuando era contraída entre fieles era elevada á la dignidad de Sacramento, como en el matrimonio legítimo.

Esto es lo que enseña el canon diez y siete del concilio celebrado en Toledo en el año 400, en el que se lee en su capítulo 17: *Si quis habens uxorem fidelis, concubinam habeat, non communicet: caeterum qui non habet uxorem et pro uxore concubinam habet, a communione non repellatur, tantum ut unius mulieris, aut uxoris, aut concubinae, ut ei placuerit, sit conjunctione contentus*.

9. Falta sólo ocuparnos en qué caso el matrimonio que un hombre haya contraído con una mujer debe considerarse como un matrimonio legítimo, *juste nuptie*, ó cuándo debe considerarse sólo como un *concupinatus*. Esto no depende siempre de la observancia ó inobservancia de las ceremonias usadas en la celebración de los matrimonios, ni de la redacción ó falta en la redacción de las escrituras de matrimonio, porque un ma-

trimonio podía ser un matrimonio *juste nuptie* aunque se celebrara sin capitulaciones y sin ceremonias; dependía todo de la intención que tenía el hombre en el casamiento, de tomar su mujer á título de esposa legítima ó de tomarla solamente por *concubinatus*: *Concubinam ex sola animi destinatione aestimari oportet*; L. 4; *Digesto, de Concup. Concubina ab uxore solo delectu separatur*; Paul, *Sent.*, lib. 2, tit. 2, par. 2.

Esta intención de tomar una mujer por concubina sólo se presumía cuando eran las mujeres de baja condición y mal reputadas. Este es el motivo por que dice Modestino: *In liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intelligendae sunt, si non corpore questum, fecerit*. L. 24, *Digesto de Rit. nupt.*

10. La distinción entre estas dos clases de matrimonio, *juste nuptie et concubinatus*, tenía sólo lugar entre los ciudadanos romanos; los pueblos de las provincias sometidas á la república que no habían obtenido los derechos de ciudadanía no podían contraer los matrimonios llamados *juste nuptie*, porque era sólo permitido á los ciudadanos romanos, y siéndoles únicamente permitido contraer una especie de matrimonio, llamado simplemente *matrimonium*, el cual no daba al padre sobre los hijos que de él nacían el derecho de patria potestad, tal como lo tenían los ciudadanos romanos, y sólo gozaba el padre del derecho natural.

El emperador Antonio Caracalla concedió después el título y los derechos de ciudadano romano á todos los súbditos del Imperio.

§ II. *¿Están en uso estas dos especies de matrimonio?*

Estas dos especies de matrimonio están en uso en Alemania.

La clase de matrimonio que los romanos llamaban *concubinatus* está en práctica todavía; es la que llaman matrimonio *morganaticam* ó de la mano izquierda (1).

Por este matrimonio un hombre de elevada categoría se une con una mujer de baja condición, á la cual toma por mujer en orden subalterno. Esta mujer no participa ni del rango ni de los títulos de su marido, y los hijos que nacen de este matrimonio no suceden en los títulos ni en los bienes del padre, debiendo contentarse, lo mismo que la madre, con la determinada cantidad de bienes que se hubiese señalado en la escritura de matrimonio.

§ III. *Del matrimonio de esclavos*

Los esclavos no gozaban del estado civil: *Servi pro nullis habentur*; L. 32. *D. de Reg. jur.*; y si bien sus matrimonios eran válidos por el derecho natural, con tal que lo hubiesen contraído mediante la autorización de sus dueños y sin impedimento legal, no gozaban de los derechos

(1) Llámase al matrimonio *morganático* ó de la mano izquierda porque el marido da á su mujer la mano izquierda, en vez de la derecha, reputándose bastardos para ciertos efectos civiles los hijos que de él provienen, aunque en realidad son legítimos. Suelen contraerle los príncipes y grandes señores con personas de clase inferior á la suya.

civiles, teniendo sólo los naturales, y se llamaban *contubernium*.

### CAPÍTULO III

¿Por qué leyes se rige el contrato de matrimonio?

#### ARTÍCULO PRIMERO

*De la autoridad del poder temporal*

11. El matrimonio que contraen los fieles es un contrato que Jesucristo elevó á la dignidad de sacramento, por ser el tipo é imagen de su unión con la Iglesia, siendo á la vez un contrato civil y sacramento.

Como el matrimonio es un contrato, pertenece, como todos los demás, al orden político, y en consecuencia, como todos éstos, estará sujeto á las leyes seculares que Dios ha establecido para regir todo lo que pertenece al gobierno y buen orden de la sociedad civil. El matrimonio es, entre todos los contratos, el que más interesa al buen orden de dicha sociedad y el que más debe estar sujeto á las leyes del poder temporal que Dios ha establecido.

Los príncipes seculares tienen la facultad de dictar leyes para regular el matrimonio de sus súbditos, ya sea para prohibirlo á determinadas personas, ya para prescribir las formalidades que considere propias para contraerlo válidamente.

12. Los matrimonios que las personas sujetas á estas leyes contrajesen contra lo dispues-

to en ellas, serán considerados nulos, si la infracción trae pena de nulidad, siguiendo la regla común á todos los contratos, de que todo contrato es nulo cuando es hecho contra las disposiciones de la ley. *Nullum contractum, nullum conventum, lege contrahere prohibente.*

No puede decirse que en este caso haya sacramento de matrimonio, porque no puede existir el sacramento sin la cosa que es su materia. El contrato civil es la materia del sacramento de matrimonio, y no puede haber un sacramento de matrimonio cuando el contrato civil es nulo; de la misma manera no puede existir el sacramento de bautismo, sin el agua, que es la materia.

13. El poder secular ha tenido siempre este derecho; por esto la ley civil entre los romanos consideraba nulo el matrimonio de los hijos de familia cuando hubieran sido contraídos sin consentimiento de los que ejercían sobre ellos la patria potestad. El emperador Teodosio prohibió, bajo pena de nulidad, el contraer matrimonio entre primos hermanos, permitido antes de esta ley. Justiniano fué quien estableció en el matrimonio un impedimento dirimente en caso de parentesco espiritual. El de disparidad de culto fué establecido por los emperadores Valentiniano, Valente, Teodosio y Arcadio, que prohibieron el matrimonio de cristianos con judíos.

La Iglesia no ha considerado nunca estas leyes de los emperadores sobre el matrimonio como una invasión del poder temporal en el poder eclesiástico, existiendo en comprobación de ello muchos cánones de los Concilios que recomiendan la observancia y conminan con penas á los que faltan á ellas.