

tribuna del modo que pueda á la manutencion de los hijos, que esté debe tener consigo.”]

“El divorcio (continúa Bentham) como que es un acto muy importante, debe someterse á ciertas formalidades, no solo para justificar que *no hay violencia*, sino tambien para prevenir un *capricho* y dar *tiempo y lugar á la reflexion y á la reconciliacion* de los interesados.—El divorcio se permite en mas ó menos casos, con mas ó menos formalidades, en Inglaterra, Escocia, Suecia, Dinamarca, Prusia, y lo ha sido hasta poco ha en Francia; siendo de observar, que tanto en estos como en otros países donde han estado autorizados los divorcios, han sido estos menos frecuentes que las separaciones de habitacion en los demas; las cuales tienen por otra parte la desventaja de hacer sufrir *la misma y aun peor suerte á la mujer ultrajada que al marido tirano.*”—(El repetido Eseriche, en la nota á la anterior contestacion, dice: “El divorcio ha estado siempre autorizado en casi todos los pueblos antiguos y modernos, y lo estuvo tambien mucho tiempo entre los católicos, hasta que Gregorio IX hizo del matrimonio un yugo indisoluble, á pesar de las leyes del Código civil.”)

Bentham, continuando sus observaciones contra la indisolubilidad del matrimonio, agrega: “Donde el matrimonio es indisoluble, se permiten las separaciones (*quoad thorum*) que tienen el inconveniente de *condenar á los individuos á las privaciones del celibato, ó de arrastrarlos á uniones ilícitas.*”—Justísima es la crítica que hace un célebre escritor de costumbres, de las leyes sobre esa indisolubilidad del vínculo matrimonial, cuando no pueden llenarse los fines del consorcio; y aunque parezca extraño que en un punto de derecho cite á un literato; como se trata de hechos y sobre todo es Eugenio Sue, quien se ocupa de ellos con su incuestionable maestría, me permitió copiar las siguientes palabras del cap. 36 de sus *Misterios de Paris*:—“Una jóven hermosa y pura, víctima leal y confiada de un fustoso disimulo, uno un dia su destino al de un hombre que padece una enfermedad espantosa, una herencia fatal que debe trasmitir á sus hijos. La desgraciada descubre este terrible misterio.... ¿Qué puede hacer para salvarse? Nada.... Estas leyes singulares... obligan á uno á hacer comparaciones vergonzosas y degradantes para la humanidad... segun estas leyes los animales parecen superiores al hombre por el esmero con que se les cria y se procura mejorarlos, y por la seguridad y proteccion que se les dispensa.... Así es que si compramos un animal, y despues de cerrado el contrato descubrimos en él alguno de los males ó alifafes señalados por la ley, la venta es nula. ¡Véase si no qué iniquidad y qué crimen de lesa sociedad, obligarse á un hombre á quelearse con un animal que muere de cuando en cuando, que da cornadas ó que cocea! Es un escándalo, un crimen, una atrocidad sin igual. ¡Verse uno obligado á conservar por toda la vida un caballo que tiene muermo, un buey que da cornadas ó un pollino que cojea! ¿Qué espantosas consecuencias no puede traer esto para la humanidad entera?... Así es que no hay en tales casos contrato que sirva, ni palabra que deba cumplirse... porque la ley omnipotente releva de toda obligacion al enga-

“ñado....” [Con efecto respeto á la legislacion española tambien hay iguales decisiones en las leyes 12, 57, 63, 64 y 65, *tít. 5.º*, P. 5.ª que pueden verse con las glosas de Gregorio López y Hermosilla].—“Pero si se trata de una criatura hecha á imagen de Dios, de una jóven que unida con lealtad y buena fé á un hombre que creyó sano hasta el dia de su boda, descubre al otro dia que es epiléptico, que padece una enfermedad de espantosas consecuencias morales y físicas; una enfermedad que puede producir el odio y la aversion en la familia, perpetuar un mal horrible y viciar generaciones enteras... entonces esta ley tan inexorable con respecto á los animales que cojean, cornean y tosen, esta ley tan previsora que no permite que un caballo lisiado sirva para la reproduccion... esta ley se guarda bien de librar á la víctima humana de semejante union.... A la verdad.... el hombre se entrega á veces á una humillacion muy vergonzosa, y se deja llevar otras de un egoismo y de un orgullo muy detestables.... Hácese inferior á la bestia, confiriéndola garantías que se niega á sí mismo, y consagra y perpetúa las enfermedades mas terribles, poniéndolas bajo la proteccion é inmutabilidad de las leyes divinas y humanas.”

No puede contestarse á esto, que por la enfermedad cabe el divorcio, porque este es *temporal* y no *perpétuo*, sobre lo que puede verse la nota 10.ª

Casos en que el matrimonio consumado y el rato se disuelven por derecho canónico. La tiranía del artículo que se anota apenas puede explicarse con la consideracion de que su autor el Lic. D. Manuel Ruiz, no pudo desprenderse de las preocupaciones de las aulas de Teología que cursó en Oaxaca.

Los mismos católicos reconocen un caso en que el *matrimonio consumado* contraído con las solemnidades legales, se disuelve; á saber, cuando de dos infieles, se convierte el uno á la Religion Católica, y el otro, requerido, no quiere habitar pacíficamente con el Católico; *San Pablo. Ep. 1.ª á los Corintios, Cap. 7.*—*Inocencio III, Lib. 4. Decretal, tít. 19, Cap. 7*, del que se deduce que deberá entenderse que el infiel no quiere habitar pacíficamente con el fiel, si de ningun modo quiere vivir con él: si blasfema de la Religion Católica ó del nombre del verdadero Dios; ó si trata de inducir á su cónyuge á cometer grave culpa.—Reconocen tambien en el *matrimonio rato* y aun no consumado otro caso de disolucion del vínculo, cuando alguno de los consortes se resuelve á entrar en alguna profesion religiosa, sobre cuyo punto dice el Concilio de Trento, *Ses. 24 cit. Can. 6; Si quis dixerit matrimonium ratum non consummatum per solemnem religionis professionem alterius conjugum non dirimi, anathema sit*—A este fin el *Cap. 7. de Convers. conjugat.* concede á los cónyuges *dos meses* de término para que deliberen si han de usar del derecho que se les concede de entrar en religion sin haberse poseído carnalmente, y durante los *dos meses* no están obligados á consumir el matrimonio; pero pasado el bimestre, pueden obligarse ó exigirse recíprocamente el pago del débito matrimonial.—Reconoce el comun de los teólogos la facultad del Papa para disolver el *matrimonio rato*, por *dispensa*, aun sin profesion religiosa, como lo hicieron Martino V, Eugenio IV, Pablo III, Pio IV, Gregorio XIII, Clemente VII, Urbano

VIII y otros Papas.—Véanse las *Leyes 1, 2 y 3, tit. 2 P. 4*, concordantes en los dos casos antes citados.—Y, por fin, el *Fuero Juzgo* autorizó á las mugeres de los *Pederastas ó Sodomitas* para casarse con otro.

La Ley que se anota no reconoce excepcion alguna de la decision general sobre respetuidad del vínculo, y como no existen ni son reconocidas legalmente las Comunidades religiosas suprimidas por las Leyes de 12 de Julio de 1859 y 26 de Febrero de 1863, ni hay amparo especial á la Religion católica, por haberlo concedido igualmente á todos los cultos la Ley de 4 de Diciembre de 1860, hé aquí que ni siquiera quedan al infeliz casado á quien repugna su enlace esos medios de la antigua Legislacion menos tirana que la presente.

Es fuera de cuestion, que cuando no pueden llenarse los fines esenciales de un contrato, no debe subsistir este, así es que verdaderamente debería suceder lo mismo con el matrimonio en el que no fuera posible procurarse prole, ó apagar al menos la concupiscencia, que indudablemente son los objetos primordiales con que se contrae un enlace.

Procreacion de hijos.
—Desahogo de la naturaleza: son los fines del matrimonio.—Edad para este.—Disolucion del matrimonio por imposibilidad de llenar aquellos.

A efecto de que tales objetos pudieran llenarse, se señaló por los *Cap 9. y 14 de Desponsat. impub.; Cap. Continebatur; Cap. Attestation; y Cap. Ex litteris, cod. tit.*; por la *Ley 6, tit. 1, P. 4*; y por el *art. 5.º* de la Ley que se anota la edad de 14 años en el hombre y la de 12 en la muger para que pudieran casarse, y no antes, porque por las observaciones de los Médico-legistas hasta entonces pueden los sexos verificar la *cópula carnal*, á no ser que se adelante la naturaleza, ó como dicen los Autores *nisi malitia suplat aetatem*; [suplemento ó anticipacion que varía segun los climas en que se vive habiendo presenciado el autor de esta nota en la Huasteca Veracruzana, que á tales edades los indios no solo son hábiles para la generacion, sino que ya tienen algun hijo.—Sobre la explicacion de la frase *malitia suplat aetatem* véase adelante la nota 7.ª].—Sin esa anticipacion de la naturaleza el matrimonio celebrado antes de cumplir las edades fijadas, siempre se ha estimado como desposorio ó esponsales, que para su validez necesitan de ratificarse cuando se han cumplido respectivamente las mismas edades, como puede verse en la citada nota 10, párrafo 2.º sobre esponsales; siendo, por fin, el comun sentir de los Autores, que es bastante para considerar cumplimentado el requisito de la edad, que el varon ó la hembra hayan llegado *al principio del último dia de ella*; pues así lo decidió respecto á los testamentos la *Ley Qua aetate D. de testam.* y así lo enseña la regla de derecho *Inceptum pro completo habetur*.

Prueba de potencia ó impotencia por razon de la edad: á quien incumbe.

No presumiéndose capacidad para engendrar hasta las edades predichas, es claro que al que sostiene que la tiene anticipada, toca la carga de probarla; *Cap. Continebatur, n. 3; Cap. Pubens, n. 3. de Despons. Imp.*; y por igual motivo toca probar la impotencia de los que tienen la edad de la pubertad, al que niega la potencia, porque la presuncion legal está por su existencia; pero tornando á los objetos principales del matrimonio, la *introduccion al tit. 2 de la P. 4.ª*, hablando de las razones por las que se instituyó

el matrimonio; asigna como unas de ellas *por desviar pecado de luxuria, lo que puede fazer el casado, mas que otro ome, queriendo bevir derechamente por aver mayor amor á sus fijos, seyendo ciertos dellos, que son suyos* La citada ley 6.ª declarando quienes pueden casarse, exige que estos, entre otras cosas *sean tales que non ayan embargo que les tuelga de yazer con las mugeres*.—Por fin, la *Ley 9, del mismo tit. 2, P. 4.ª* se expresa así:—“Escusanza ha el marido é la muger á las veces de non pecar quando yazen en uno. E porque se mueven á esto fazer por quatro razones: é por algunas dellas caen en pecado, é por algunas non departiolo Santa Iglesia en esta manera: que quando se ayuntan el marido é la muger con intencion de aver fijos non caen en pecado ninguno, *ca ante fazen lo que deven, segun Dios manda*. E la otra es, quando se ayuntan el uno dellos al otro, non porque lo aya la voluntad de lo fazer, *mas porque el otro lo demanda*; en esta manera otro sí non ha pecado ninguno. La tercera razon es, quando le *venze la carne é ha sabor de lo fazer*, é tiene por mejor de se allegar á aquel con quien es casado, que de fazer fornicio á otra parte: é en esto faze pecado venial, porque se movió á fazerlo con cobdicia mas de la carne, que non por fazer fijos. La quarta razon es, quando se trabajasse el varon por su maldad, *porque lo pucda mas fazer*, comiendo letuarios calientes, ó faziendo otras maldades; en esta maldad peca mortalmente, ca muy desaguisada cosa faze el que *usa de su muger tan locamente como faria de otra mala, trabajándose de fazer lo que la natura non le dá*.”

Concubito: es necesario y meritorio entre los casados; pero siendo su uso moderado—conservacion del vigor para la cópula—para esta es necesaria la cohabitacion:—es permitido el coito en la Iglesia: causas que libertan al casado del deber de prestarse á la cópula:—medios de verificarla.

Las predichas leyes de Partida tomaron sus doctrinas de los Teólogos y Canonistas, sobre lo que puede verse muy especialmente al famoso *Jesuita* Tomás Sanchez en su célebre obra *De Santo Matrimonio*. Allí en la *Disp. 1, lib. 9*, no vacila en enseñar: que el *acto conyugal* no solo es esencial é indispensable entre los casados, sino *meritorio* en el fuero interno, dando por razon, que el matrimonio fué instituido para la propagacion del género humano, y que esta no puede verificarse sin el *uso carnal* de los casados: de lo que resulta, que por ser tal el fin del casamiento, ya porque con el nudo hecho de casarse, pactan tácitamente los que se enlazan entregarse el uno al otro, ó hacerse *tradicion recíproca* de sus personas; desde que han celebrado el matrimonio, han quedado constituidos en el deber de hacer efectiva tal tradicion, siendo por lo mismo un acto de justicia, una obligacion perfecta la de *pagarse mutuamente el débito conyugal*, hasta punto tal, de que aunque uno de los casados no pida tal pago verbalmente, con solo que manifieste su voluntad *tácita ó interpretativamente ó con cualquiera hecho*, el cónyuge solicitado tiene el preciso deber de acceder á la solicitud, porque es un principio de justicia dar á cada uno lo que es suyo, sea cual fuere el medio de que se valga para pedirlo, y el cuerpo del hombre es de la muger, así como el de ésta es del marido.—En la *Disp. 2*, insistiendo en que el derecho de pedir y la obligacion de *pagar la deuda matrimonial* son consecuencias naturales del consorcio, enseña: que debe ejercerse con *moderacion*, porque de otro modo no hay derecho ni de

ber, en razon del peligro que corre la salud con la intemperancia, principalmente de hombre, que en cada contacto pierde parte de la *esperma generatrix* y de su vigor natural llegando á hacerse no solo viejo prematuro, sino del todo impotente.—En la *Disp.* 3, prueba que el cónyuge para cumplir con su deber, está obligado á evitar el uso de alimentos ó actos que lo debiliten, hasta dejarlo incapaz de tener *cópula carnal* con su mujer, de manera que si los ayunos, vigiliias y otras mortificaciones religiosas le producen tal efecto, incurrirá en pecado mortal, no absteniéndose de ellas.—En la *Disp.* 4, citando entre otros fundamentos al *Génesis*, v. 2, *Erunt duo in carne una*, dice: que si los casados están obligados á vivir en una misma habitacion y á tener mesa y lecho comun, es principalmente porque así se facilita mas el cumplimiento del deber de *pagarse el débito*, cosa que no podria efectuarse si vivieran separados, no cubriendo tampoco así otra de sus obligaciones sobre prestarse los mútuos servicios que demanda su union.—En la *Disp.* 15, lleva á tal extremo la obligacion del *pago del débito*, y el derecho del *uso del matrimonio*, que no vacila en permitirlo á los casados en lugar sagrado y aun en la misma Iglesia, cuando urge la necesidad y hay peligro de *polucion*; con tal que el *acto conyugal* se verifique con reserva y sin intencion de ultrajar el local, pues si se procura el escándalo, eligiendo punto en que haya testigos, se faltará á la honestidad y á la decencia, y se incurrirá en grave pecado.—Basta lo expuesto para que quede comprobado, que en sentir de los Teólogos y Canonistas representados por Sanchez (en cuyo tratado pueden verse citados) el concúbito es el fin principal del matrimonio; de lo que parece muy natural inferir, que toda vez que llegue el día, en que á pesar de la habilidad de uno de los casados, no es posible, por defecto del otro, cumplir con tal fin, el cónyuge expedito quede en libertad para solicitar persona con quien unirse nuevamente, con el objeto de procurarse con ella los hijos ó por lo menos el desahogo de la naturaleza que le es indispensable. . . Véase adelante la nota 10.ª, § 16.º sobre *impotencia sobreviente*.

Habiéndome propuesto en estas notas declarar principalmente los deberes de los casados, entre los cuales figura como el primero el de la *tradicion* de sus personas; ya que ha sido preciso comenzar á ocuparme de él, parece oportuno terminar este punto importante, en el que se hace indispensable descubrir particulares que debe saber el Jurista: que han tratado sin escrúpulo y con toda libertad los mas celosos y moderados autores y padres de la iglesia sin incurrir en censuras; pero que á ese pesar, no faltará hoy algun necio preocupado hipócrita, que sin tener presente la conducta de tales escritores, y mis propósitos, llame tontamente inmoralidad y corrupcion, á lo que no puede acreditar otra cosa, que el deseo de la mayor instruccion en el caso, con el objeto de evitar aberraciones y facilitar la solucion de dudas y dificultades. Piensen, pues, como quieran los inconsecuentes, rancios fanáticos, prosigo extractando las doctrinas aceptadas del *Jesuita Sanchez*.—En la *Disp.* 16, enseña: que como el *acto carnal* debe efectuarse con el objeto predicho de tener hijos, deberá evitarse en él todo aquello que, aunque de un modo remoto, pueda impedir la *concepcion*, á cuyo intento aconseja que se adopte la colocacion que indica la

misma naturaleza, esto es, *ille super illam*, quedando la mujer de *súcuba* y el marido de *incubo*, porque sobre poder así desempeñar fácilmente sus respectivos papeles de agente y paciente, tambien se facilita mas la *efusion espermática* mediante la situacion cómoda del *pene*, y hay facilidad para que caiga, se reciba y se retenga en el *útero*, siendo por lo mismo mayores las probabilidades para la concepcion; pero que si no obstante esto, los casados prefieren cualquiera otra colocacion incómoda, ya sea en pié, sentados, lado á lado ó *prepóstere more pecudum*, ó convertidas sus funciones de *incubo* y *súcuba*, con tal que así solo hagan uso de los órganos propios destinados para la generacion, incurrirán solo en pecado venial; porque aun en esas posiciones impropias puede tener efecto la concepcion, supuesto que la experiencia ha demostrado, que la *esperma varonil* se recibe por la *matriz*, mediante la *atraccion* de esta, como acontece en el estómago con los alimentos, y no por *infusion* ó *descensa*; á cuyo efecto cita al doctor angélico Santo Tomás *Quodlib.* 6, n. 18, que refiere el caso de una jóven, que teniendo la costumbre de dormir en un mismo lecho con su padre, resultó *ígrávida*, sin haber tenido acceso con él, á consecuencia de que atrajo la *efusion seminal* que aquel, durante el sueño, habia verificado sobre el lecho. Concluye, por fin, Sanchez, diciendo, que si la experiencia persuade de que por el uso de los medios incómodos ya dichos, no hay la debida retencion de la *esperma* en el *útero*, debe desistirse de aquel, pena de incurrir en pecado mortal, á no ser que la necesidad exija tal uso, ya á causa de alguna enfermedad ó para precaverla, bien para evitar la sofocacion del feto, cuando la mujer está preñada, ó ya por otros justos motivos semejantes.—En las *Disp.* 23, 24 y 25 enseña: que el cónyuge que goza de sano juicio no está obligado á *pagar el débito* al cónyuge *loco*, porque la peticion que este haga sobre tal pago, no es un acto humano y racional, equivaliendo á si la hiciera en sueños; á no ser que haya peligro de que el *demente* concorra con otra mujer ú hombre, ó de que se procure de un modo indebido la *efusion espermática* ó la satisfaccion de la naturaleza por medio de la *masturbacion*; debiendo decirse del cónyuge *ébrio* lo mismo que de el *loco*, supuesto que como éste carece de juicio y no puede pedir con la libertad racional necesaria. Dice tambien: que ninguno de los cónyuges está obligado á *pagar el débito* con peligro de su propia salud; porque en el orden natural es preferente ocurrir á la propia conservacion, que á satisfacer el crédito del acreedor que reclama su propia comodidad, ó á la propagacion de la especie; pero para que cese la obligacion de tal pago, debe haber *peligro probable de notable daño*, porque si es *módico*, entonces prepondera la ley de la justicia, que impone la obligacion de pagar; de lo que se deduce, que el enfermo, el febricitante, el herido ó el paciente de cualquiera grave mal, y no de simple dolor de muelas ó de cabeza, no tienen obligacion de prestarse para la *cópula carnal*: que tampoco la tiene aquel á quien poco despues de haber comido se pide el *pago del débito*, porque conforme al juicio de los facultativos el *coito* en tal circunstancia produce crueldades, corrupcion de los alimentos y otros graves males, cosa que tambien sucede cuando el *comercio carnal* se verifica en el *baño* ó poco despues de él: que cuando

el peligro es del solicitante, tampoco debe accederse á su pedido; y por fin, que aunque no haya peligro alguno, cuando se teme que las facultades de los casados no alcancen á *mantener un nuevo hijo*, cuando ya tienen varios, á quienes será preciso desatender por el nuevo, es lícito negarse á la solución de la *deuda matrimonial*.—Sobre la enfermedad contagiosa y la violación de la fidelidad conyugal, que libertan de la satisfacción del mismo débito, véase adelante la nota 10.^a—Sanchez, en la *Disput.* 12, encargándose de la *infidelidad* de los casados, enseña: que el infiel de ellos pierde el derecho de pedir la *cópula*, y queda con la obligación de prestarse á ella: siempre que el cónyuge ofendido la solicite; y que para adquirir éste el derecho de negarse al *pago del débito*, cuando de un modo indudable tiene ciencia de la infidelidad de su consorte, no hay necesidad de sentencia judicial; ya porque por derecho natural es condición del matrimonio *ut servanti fidem, fides servetur, secus eam violanti*, por lo que no cumplida la condición imbita en el pacto, por el mismo hecho resulta la libertad de la obligación contraída por él; y ya porque si el inocente tuviera el deber de *pagar el débito*, se le obligaría á condonar ó perdonar su ofensa, supuesto que la sola *cópula* se estima como cumplido perdon por la *Glos. C. fin. verb. Fornicationis, De adult., l. Si uxor* 13, § *fn. D. ad leg. Jul. de adult.*, y por la consideración de que reputado el adulterio como delito por la *division de la carne* de los casados, que debe ser una, y volviendo á quedar esta unida por el coito posterior á la infidelidad, es llano que acabó la *division*, que es la que se castiga.

Condonacion del adulterio por la cópula posterior.

En la *Disp.* 14, *lib.* 10, se encarga el rep-tido Jesuita de la reconciliación del cónyuge adultero con el ofendido, y dice: que se entiende condonada tácitamente la infidelidad cuando despues del adulterio ha habido *cópula carnal* con el adúltero, ya sea pidiéndole ó pagándole el débito; bien porque así se infiere de diversas disposiciones y doctrinas del derecho romano y del Canónico; bien porque el concúbite es un *acto de amistad* ó afecto enteramente espontáneo, supuesto que el consorte ofendido no tiene obligación de prestarse á él; y ya porque el mismo cónyuge por la acción de adulterio persigue la *predicha division de la carne*, y esta está restituida por el posterior acto carnal con el cónyuge que la dividió: que para que la *cópula* produzca tal efecto, es preciso que el cónyuge inocente tenga *ciencia cierta del adulterio*, y *lo recuerde*, y *no si lo ha olvidado ó solo lo cree probable*: que por tal condonación no solo no puede intentar el divorcio ó la pena, sino que una vez intentado cualquiera de estos juicios, debe sobreverse en él, si tuvo efecto la *cópula*: que si al efectuarse ésta, el casado sabia que su consorte habia cometido un acto de *sodomía*, pero ignoraba que fuese reo de *adulterio*, no podrá perseguir aquel, pero sí el segundo; y que si de cualquiera modo aparece que no hubo entera *libertad*, sino coacción, para pedir ó prestarse al *coito* el consorte ofendido, no debe juzgarse que hubo remisión.—Dice tambien que cuando el cónyuge inocente, teniendo *conocimiento* de la infidelidad, sin presión alguna, *retiene á su lado al adúltero*, se entiende que lo ha perdonado, renunciando del divorcio y del derecho de hacerlo castigar; porque tal hecho es señal

de afecto; pero que no debe juzgarse lo mismo, si aunque haya habido retención, esto es, vida comun en una misma casa, habita en piezas distintas, y no tienen mesa y lecho comun, porque esto en vez de probar cariño, patentiza la enemistad capital; y concluye, por fin, enseñando, que tambien se juzga que hubo remisión del adulterio, cuando el ofendido, sin necesidad, sin el deseo del bien parecer, del decoro ó de honroso disimulo preciso, se familiariza con el infiel, jugando, riendo, comiendo junto con él ó practicando actos afectuosos semejantes; lo que tiene por fundamento, entre otros muchos, la *Ley 5, tit. 7 lib. 4. F.* que dice: *El marido despues que supiere que su muger fizo adulterio, no la tenga á su mesa ni en su lecho, y el que lo fiziere, no la pueda despues acusar.* De lo que se infiere, que con mayoría de razón los besos y abrazos del cónyuge ofendido al ofensor, deben estimarse como condonación del delito; porque son preliminares y accesorios del acto carnal.—Véase adelante la nota 10.^a sobre *excepciones admisibles en el adulterio*; y continuando las doctrinas de Sanchez sobre el *concúbite* de los casados, véamos cual designa como prohibido.

CÓPULA CARNAL SODOMITICA: Pedonada sus penas.

En la *Disput.* 18 escribe: que siempre que se consuma ó se intenta consumar la *cópula en vaso diverso del natural*, hay *sodomía* manifiesta y *pecado contra natura*; porque tal *cópula* es contraria al fin del matrimonio, que como queda dicho es la generación de prole; debiendo considerarse como reo así el hombre como la muger. Sobre esta especie de sodomía sobre la que se comete muger con muger, [llamada *sodomía imperfecta*], sobre *bestialidad, onanismo*, etc., y si son ó nó causales para el divorcio, véase adelante la nota 10.^a en la parte relativa á *violación de la fe conyugal* por esos delitos.—El Maestro Antonio Gomez en el núm. 33 del comentario á la *Ley 80 de Toro*, dice: "*Si vir habet accessum ad uxorem propriam, vel ad aliam quamlibet mulierem per VAS EXTERIUS contra naturam, ambo puniuntur pena mortis*"; y agrega: que presencié en el Pueblo de Talavera de España la aplicación de esa pena en un bigamo acusado por su muger de que usando de la fuerza la habia usado *per VAS EXTERIUS* motivo por el cual el culpable fué quemado, *combustus et concrematus*; y concluye con estas palabras: *idem est, si femina haberet accessum cum viro tamquam agens, puta si ipsa ascendit supra virum....*"; pero esto último no es verdad, supuesto que no puede decirse que hubo *sodomía*, supuesto que se ha hecho uso de los órganos destinados para el *coito*, y supuesto que aun en el foro interno, segun hemos visto que enseña Sanchez con el comun de los Teólogos y Canonistas, por el simple hecho de cambiar ó controvertir los papeles de *incubo* y *súcuba*, solo se incurre en pecado venial, en razón á que no por eso se impide la generación.—Por lo que respecta al acceso ó concúbite por *vaso indebido* entre personas de un mismo sexo, sea del femenino ó del masculino, que es lo que generalmente se llama *sodomía*, sin duda que es un crimen horroroso penable, sobre el cual algo he dicho en el tomo 1.^o de esta obra página 161 y siguientes en donde cité las doctrinas de Barvevo y Barreda sobre acceso de hembra con hembra; pareciéndome aquí oportuno para complemento de la materia, tratar de

la *Pederastia*, de la que especialmente se ocuparon las antiguas Leyes españolas.—Segun ellas bajo la denominación de *pecado ó delito nefando, ó contra natura*, se comprenden la *sodomía ó Pederastia* y la *bestialidad* de los que tratan en un mismo título así las Partidas como la Recopilación; pero aunque en el lenguaje comun sea con efecto lo mismo *pederastia ó sodomía*, que *crimen contra natura ó delito nefando*, entendiéndose por tal el *concubito de hombre con hombre, de muger con muger, ó de hombre con muger, sirviéndose de vaso no destinado para la generacion*; ni aun en el mismo lenguaje se confunde con tales crímenes el de la *bestialidad*, por el que se entiende el *acceso de un hombre ó de una muger con una bestia*. La legislación española no reconoce propiamente como *sodomía ó Pederastia*, sino el *concubito de hombre con hombre*, puesto que siempre que habla de tal delito, solo hace mención de los hombres, como lo acredita el *Proemio del tit. 21 P. 7.ª* que empieza así: *Sodomítico dicen al pecado en que caen los homes yaziendo unos con otros contra natura é costumbre natural*. Conforme á las *Leyes 5 y 6, tit. 5, lib. 3 del Fuero Juzgo* ambos cómplices *pederastas* debían ser castradas y entregados al Obispo para que los pusiera en cárceles separadas en donde hicieran penitencia, aplicándose sus bienes á sus legítimos hijos, si aquellos eran casados, y *no pudiendo casarse sus mugeres con quienes quisiesen*.—La *Ley 2, tit. 9, lib. 4 del Fuero Real* mandó que la castradura fuese pública: que al tercer día de ella fuesen los culpables colgados de las piernas, hasta que muriesen, y que nunca se les quitara del patíbulo.—La *Ley 2, tit. 21, P. 7.ª* prescribe simplemente la pena capital para los que *fizessen pecado contra natura*, lo mismo que contra el *ome ó la muger que yoguere con bestia*; declarando que no incurrían en pena el que por fuerza es obligado y el menor de catorce años; porque los que son forzados, non son en culpa, otro osí los menores non entienden que es tan gran yerro, como es aquel que fazen.—Sobre esta última declaración puede citarse la *Ley 9, tit. 1.º, P. 7.ª* que dice: *“Mozo menor de catorce años; non puede ser acusado de ningun yerro quel pusiessen que hubiesse fecho en razon de luxuria, cá si trabajasse de fazer tal yerro como este, non deve ome asmar que lo podria cumplir. E si por aventura accasciessse que lo cumpliesse, non havrá entendimiento cumplido para entender, nin saver lo que fazia. E porende non deve ser acusado, nin le deven dar pena porende”*.—Véase sin embargo la nota 7.ª sobre el desarrollo prematuro de la naturaleza y de la discrecion comprendido en la frase *malitia suplet atatem*.—Por fin, la *Ley 1.ª tit. 21, lib. 8, R. C. ó 1.ª tit. 30, lib. 12, Nov. Recop.* manda: que los dichos infames reos mueran quemados por las llamas, como se cuenta que por igual delito murieron de igual modo los habitantes de Sodoma y Gomorra, y que se les confiscen todos sus bienes, aunque el delito no se hubiese consumado, con tal que no hubiese quedado por los reos el consumarle.—En la práctica, todavía durante los últimos tiempos de la dominación española, en México, se seguía, lo acostumbrado en España, que era dar garrote al reo para que no muriese desesperado en las llamas, quemarlo luego en una hoguera, y esparcir sus cenizas; pero hoy que la Constitución de 5 de Febrero de

1857 no tolera la pena de muerte, sino en los delitos que menciona, entre los que no numera la *sodomía*; y que además ha abolido las penas de vergüenza pública ó infamia, mutilación, confiscación de bienes y demás inusitadas; la pena del hombre pederasta deberá ser la del presidio, la de la muger que condesciende en que se la use *per VAS PREPOSTERUM*, ó que conoce *sodomíticamente* á otra muger, la de reclusión por mas ó menos tiempo segun las circunstancias, en uso de la facultad ó arbitrio que concede á los Jueces la *Ley 8.ª tit. 31, P. 7.ª*; y la del marido que por violencia usa por el mismo vaso, prohibido ó por otro no lícito á su consorte, si ella se queja, la misma pena de reclusión ó de trabajos forzados segun la mayor ó menor deformidad del delito y demás particulares atendibles, quedando además á la muger expedita la acción para solicitar su separación de tan miserable marido; sobre lo que puede verse la nota 10.ª en la parte relativa á *violación de la fidelidad por sodomía ó bestialidad, etc.*—En la misma nota puede verse lo relativo al *rapto de niños para abusar torpemente de ellos*, y la pena del *leñon ó alcahuete para el pecado nefando*.

Bestialidad y sus penas.

Por lo que toca á la Bestialidad la citada *ley 2, tit. 21, P. 7.ª*, castiga este crimen con la misma pena que la sodomía, previniendo que se mate al animal con quien hubo el acceso, para borrar en lo posible la memoria de tan horroroso hecho, en lo cual siguió las leyes del Exodo; pero la predicha *ley 1.ª tit. 30*, quiere que el culpable muera quemado, y que se dé muerte á la bestia.—Las leyes 1, 2 y 3 del mismo *tit. 30*, conceden *acción popular* para acusar el *delito nefando ó la bestialidad*, y para su prueba, las deposiciones de *tres testigos singulares* mayores de toda excepción, ó la de *cuatro menos donecos*, con el adinículo de otros indicios ó presunciones, y previene que como queda antes dicho, se castigue la tentativa ó conato con la misma pena que el delito consumado, siempre que la misma consumación dejara de verificarse por sucesos independientes de la voluntad del culpable, y no por su arrepentimiento.—Los códigos modernos no hacen mención de este degradante crimen, que, como dice Escriche, debería reputarse mas bien pecado, cuya existencia debería sepultarse en el silencio; pero, pues, nuestra legislación se ocupó de él, forzoso será recordarlo, concluyendo con decir que su pena es en la práctica la misma que la del delito de sodomía, esto es, arbitraria, segun las circunstancias, pero nunca la capital.

Esterilidad: no debe estimarse como causa de disolución del matrimonio.

Si, pues, el horrible estravío del casado *pederasta* producía conforme al Fuero Juzgo la libertad de la muger para contraer nuevas nupcias; si conforme al texto del Evangelista el adulterio de la muger causaba igual liberación en el marido; y si por las doctrinas expuestas sobre la necesidad del concubito en el matrimonio, queda esclarecido que este es el principal fin del consorcio; es de concluirse con la proposición antes sentada, que puede concebirse en estos términos: “Siendo el matrimonio un contrato civil, cuyo objeto principal es la exclusiva tradición mutua de personas, entre los que lo contraen; lo mas natural es que se disuelva del mismo modo que se contrajo, por el consentimiento, ó por que no pueda cumplirse con la tradición de las personas,

Art 5. Ni el hombre antes de 14 años, ni la muger antes de los 12, pueden contraer matrimonio, En casos muy graves, y cuando el desarrollo de la naturaleza se anticipe á esta edad, podrán los gober-

“ó porque llegue esta á no ser exclusiva entre los casados.”—Con fundamento del caso segundo de esta proposicion no ha faltado quien opine que la esterilidad de la mujer debiera tambien contarse entre las causas de disolucion del consorcio, supuesto que mediante tal vicio, si es perpétuo, no hay esperanza de procrear hijos; y supuesto que la iglesia romana por solo la esterilidad de la mujer ha concedido en varios casos el divorcio, bastando citar como uno de esos comprobantes, el repudio de Josefina por Napoleon I, [Bonaparte] y su subsecuente matrimonio con una princesa de la casa de Austria, celebrado con autorizacion del Pontífice de Roma; pero tal sentir, con razon es generalmente rechazado, ya porque la impotencia de los estériles es muy difícil de probar de una manera indudable; ora porque la esterilidad, si bien impide tener hijos, no embaraza la *satisfaccion de la deuda matrimonial*, para apagar el ardor de la naturaleza; y bien porque la experiencia persuade de que los que no han tenido hijos durante muchos años de matrimonio llegan al fin á tenerlos por causas naturales, que muchas veces no están al alcance de los hombres. Por lo que respecta á las concesiones de la inconsequente y codiciosa corte romana, su conducta no es de considerarse autorizada, supuesto que es notorio por la historia, que por complacer el capricho ó política de algun poderoso despóta, por dinero ó por otros estímulos semejantes permitia, toleraba ó prohibia hechos sobre los cuales otras veces por iguales móviles obraba de una manera diametralmente opuesta. Véase en la nota 10.ª lo dicho sobre *dispensa de impedimentos*.

Sobre la contradiccion de la Constitucion de 1857 con la perpetuidad del vínculo matrimonial, véase lo dicho en la pág. 782 de la parte 2.ª de este tomo.

El Congreso tristemente célebre de 1868 dejó sin decidir el proyecto de ley suscrito por sus diputados CC. Hilarión Frias y Soto, Juan Doria, Joaquin Baranda, Agastin Peña y Ramirez, Cipriano Robert, Juan Nepomuceno Mirafuentes, Pedro Baranda, Pantaleon Tovar, Julio Zárate, Juan Sanchez Azcona, Elorduy, Alfaro y Villareal, sobre que se declare perfectamente soluble el matrimonio por la *mútua voluntad* de los cónyuges; y quizá fué un bien que hubiera quedado en la carpeta ese proyecto, porque sobre no ser el mejor meditado, se hubiera votado con la festinacion y falta de estudio con que se han expedido las leyes trunacas de imprenta, jurados, inquilinatos, etc., etc., que no honran á la referida Asamblea.

La razon solo aconseja que la disolucion de ese *yugo perpétuo* hoy deberá hacerse no solo por la *mútua voluntad*, ó por la *de uno solo de los socios*, segun queda dicho, sino por otras numerosas causas, como el dolo, la esterilidad, impotencia, etc., etc.

Disolucion del vínculo matrimonial por haberse contraído con dolo, por impotencia etc. etc.

nadores de los Estados y del Distrito, en su caso, permitir el matrimonio entre estas personas [7].

Edad y discrecion necesarias para el matrimonio. — Anticipacion de la potencia generativa y de la razon que habilita para el consorcio carnal.

[7] Ya en la nota anterior se han citado las disposiciones españolas y canónicas concordantes de este artículo. Por lo que hace á la *anticipacion de la naturaleza*, que expresan los autores con la frase *malitia supplet aetatem*, el Jesuita Tomas Sanchez [lib. 7, disp. 104] dice: que no faltan escritores que entienden por tal suplemento *sola la prematura potencia de engendrar*, juzgando que con solo que haya esta capacidad en cualquiera edad por temprana que sea, puede contraerse válidamente el matrimonio, citando en apoyo de esta opinion el capítulo *de illis, 2 de despons. impub.*, en donde despues de declararse que *la malicia suple la edad*, explicando esta declaracion se dice que sucede tal cosa, *cuando los niños ó impuberos pueden unirse en cópula carnal*, cuya decision se corrobora con el capítulo *Puberos* del mismo título, en cuya letra se lee: “*Es cierto que debe estimarse como impubero al que por el hábito ó aspecto del cuerpo manifiesta la pubertad y puede ya engendrar;*” pero que á pesar de tales fundamentos, es mas aceptable el sentir de los autores que sostienen que por *malitia* supletoria de la edad para el matrimonio, debe entenderse *la potencia para la cópula*, y ademas *la prudencia ó discrecion necesaria para poder comprender la virtud ó fuerza obligatoria del matrimonio*, porque siendo este un negocio el mas grave y de por vida, exige mayor discrecion que la que es comun tener en una edad temprana, bastando por esto la sola razon natural para persuadir de que no basta la simple anticipacion de la facultad de engendrar, si no está asociada con el juicio ó prudencia indispensable para estimar la importancia del contrato que se va á celebrar y cuáles son sus graves consecuencias. Esta opinion, que sin duda es la mas acertada, tiene por apoyo el capítulo final *De desponsat. impuber*, en donde á la expresada *malitia* se le llama *prudencia*; y al capítulo *continebatur* del mismo título, en donde para que el matrimonio valga, el texto se fija ó toma en consideracion la cópula habida entre las *personas próximas á la pubertad*, y de ningun modo tendria presente esa proximidad como suficiente, habiendo *coito*, si no fuera porque segun la comun opinion, en los individuos próximos á la pubertad, se presume la discrecion necesaria para el matrimonio. Insisto en creer la mas segura la opinion anterior, por las consideraciones de que el matrimonio es un *contrato civil*, y conforme á las *leyes 4 y 5, tít. 11, P 5.ª; 17 tít. 16; y 2.ª, tít. 19, P. 6.ª con sus glosas de Gregorio López*; al menor durante su *infancia* se le considera *incapaz de consentimiento* no pudiendo obligarse á otro en ninguna manera por contrato, intervenga ó no la autoridad de su tutor, y no pudiendo tampoco el otro contrayente quedar obligado al infante aunque el contrato ceda en utilidad de éste. Si habiendo *salido de la infancia* hizo algun contrato, queda obligado á cumplirlo si lo autorizó el tutor, aunque si *padeció lesion* podrá valerse del *beneficio de restitucion por entero*. Si contrató sin autoridad del tutor,