

valos; como así mismo los semi-fátuos ó que solo gozan de un imperfecto uso de razon. Empero, el párroco, el confesor, deben procurar apartar de unos y otros la idea del matrimonio, cuyas obligaciones no podrían cumplir como es debido: el párroco no debe consentir, ni proceder á autorizar estos matrimonios, sin prévia consulta al Obispo. (1)

219. El Rvdo. P. Sanchez, en su clásica obra sobre el Matrimonio, expone magistralmente la doctrina canónica sobre el impedimento de locura, debiendo notarse, que el sábio Jesuita español marcó todos los matices de que es susceptible la cuestion de que tratamos. En primer lugar, se establece que para que valgan los esponsales, así como el matrimonio, se requiere: *ut uterque contrahens sit sui compos rationisque usum habeat; quare si alteruter insanus sit vel furiosus, vel amens, sponsalia et matrimonium nulla erunt.* En seguida se reconoce la posibilidad de los intervalos lúcidos, declarándose que durante ellos, puede el loco contraer válidamente matrimonio: *si furiosus vel amens dilucidis intervallis gaudeat, potest eo tempore sponsalia et matrimonium contrahere, tunc enim usus rationis particeps est.* Y siendo antiguamente como ahora, sobre todo extremo difícil precisar, cuáles formas de locura son susceptibles de intervalos lúcidos, cuándo éstos se han manifestado y qué duracion han podido tener, aquel autor coloca estas cuestiones en el terreno presuncional, por la necesidad de dar solucion á los innumerables casos que requieren aquella de un modo inmediato. Así se establecen las dos siguientes reglas: *in dubio quando non constat eum de quo tratatur antea furore correptum esse, non præsumitur furiosus sed sanæ mentis, si eam deliberationem habeat, quæ in materia gravi sufficeret ad culpam mortalem; quando autem constat aliquem dementia affectum fuisse, nec constat*

(1) Donoso.—Tom. 3, pág. 385. Cap. d l matrimonio.

convenire habere dilucida intervalla, præsimitur adhuc demens; si probatum fuerit furorem durasse quodam continuo tempore ut anno vel mense. (1)

220. El Código de las Partidas consideró tambien la locura sin intervalos lúcidos, como impedimento del matrimonio, segun puede verse por la siguiente ley, donde se encuentra reproducida con toda fidelidad la doctrina canónica: "*Casar pueden todos aquellos, que han entendimiento sano, para consentir el casamiento, e que sean tales, que non ayan embargo, que les tuelga de yazer con las mugeres; fueras aquellos, á quien defien de el Derecho señaladamente, que non pueden casar. E maguer los moços, e las moças que non sean de edad, digan aquellas palabras porque se faze el matrimonio; porque non han entendimiento para consentir, non valdrá este casamiento que entre atales es fecho..... Otrósi el que fuesse loco, ó tóca de manera, que nunca perdiésse la locura, non puede consentir, para fazer casamiento, máguer dijésse aquellas pálabras porque se faze el matrimonio. Pero si alguno fuesse loco á las vezes y despues tornasse en su acuerdo, si en aquella sazón que fuesse en su memoria consintiesse en el casamiento valdrá. (2)*

221. Gregorio Lopez, en la glosa á esta ley, despues de reconocer su concordancia con el capítulo *Dilectus* de que hemos hecho mencion, dice que ella debe ser entendida como aplicable, no solo á los casos de locura propiamente dicha, sino tambien á los de demencia, imbecilidad ó idiotismo, necesitándose siempre, que la enfermedad sea completa á tal grado, que ya no sea posible en el paciente, el recobro de la razon: *Quia si omninó non caret intellectu, posset contrahere matrimonium.*

222. La legislacion francesa anterior al Código civil, era en

(1) Sanchez. *De matrimonio. Disput. 8. Lib. 1.*

(2) *Partida 4.ª, tit. 2. ley 6.*

un todo conforme al Derecho Canónico. Pothier enumera entre los impedimentos dirimentes del matrimonio, la falta absoluta de razon (1), y Despeisses enseña que "el matrimonio no era permitido á los insensatos y á los furiosos, á los imbéciles y á los idiotas, totalmente privados de razon; pues durante los intervalos lúcidos, el matrimonio contraido era válido. (2)

223. El proyecto del Código civil contenía un artículo expreso sobre el impedimento de incapacidad mental, habiendo sido aprobado por las Córtes de Justicia, y no encontrando más contradiccion que la de uno de los comisarios de la Córte de Casacion, quien lo tildó de insuficiente y limitado, en razon á que en su concepto, segun la antigua legislacion, el loco y el demente eran incapaces de consentimiento válido en derecho, aun ántes de estar declarados en estado de interdiccion.

224. El Consejo de Estado acogió el artículo, presentándolo tal como había sido redactado; mas la seccion de legislacion, sin desconocer, que la regla en él expresada era justa, pensó que su enunciacion era supérflua, toda vez que el requisito de consentimiento era ya establecido por otra disposicion del Código en órden al matrimonio. (3) En consecuencia, aunque el impedimenso de que nos ocupamos, no está expresamente mencionado en el Código de Napoleon, se deduce de los artículos 146 y 180 conuinados (núm. 184).

225. Nuestra ley de 23 de Julio de 1859 cuidó de hacer notar expresamente, que es impedimento para contraer matrimonio la *locura constante é incurable*. Estas mismas expresiones, se encuentran repetidas al pié de la letra, en el primer proyec-

(1) Pothier, *Œuvres*, Tom. 6. Chap. 2, art. 1.

(2) Despeisses. *Œuvres*, Tom. 1, pág. 246.

(3) Loaré. *Esprit du Code Civile*. Tom. 2, págs. 35 y 36.

to de un Código civil Mexicano (art. 63), en el Código civil del Estado de Veracruz (art. 196) y en el 114, fraccion 8.ª del de Tlaxcala. El Código del Estado de México (art. 137), declara: "Los dementes, los locos y los imbéciles no pueden contraer matrimonio."

226. Es pues, fuera de duda, que la incapacidad mental ha sido considerada desde la legislación romana, como incompatible con la libertad del consentimiento, que es la base del matrimonio. Sin embargo, no ha dejado de tener contradictores la ley de todos los tiempos que así lo reconoce, y para no citar otros ejemplos, véase la opinion siguiente, sustentada ante la Corte de Casacion francesa en 9 de Enero de 1821, y que compendia todas las objeciones que se han hecho á la subsistencia de la disposicion legal que nos ocupa. "¿Cuáles son las verdaderas necesidades del insensato? Proteccion, cuidados habituales, un interés sostenido; hé aquí lo que reclama para él una sábia filantropía; hé aquí lo que debe procurarle, si es posible, la solicitud del legislador. ¿Quién querrá encargarse de pagar á este infortunado la deuda de la sociedad? Extraños?..... Colaterales? La infancia tiene su apoyo en la ternura paterna; pero en una época de la vida el insensato no puede ya encontrarlo, sino uniendo su destino, confundiendo sus intereses en el matrimonio..... El matrimonio es pues ventajoso al insensato." (1) Esta argumentacion, como se nota á primera vista, prescinde de las verdaderas y gravísimas razones que han movido á los legisladores á poner un muro infranqueable entre la locura y el matrimonio. Bastaría para refutarla, decir con la ciencia, que es absolutamente imposible que el loco preste su consentimiento al casarse. Ahora bien, el matrimonio sin consentimiento, muy léjos de ser para el insensato lo que se pre-

(1) *Revue de Jurisprudence Française*, (1821).

tende, convertiríase las mas veces en constante y opresiva tiranía, tanto más odiosa, cuanto que era ejercida contra la debilidad y el desamparo. Por otra parte, si so pretexto de hacer del matrimonio una ayuda eficaz para el loco, se hubiera asentado en las leyes que á éste le fuera lícito contraer aquel; dada la versatilidad del espíritu humano, y la natural repugnancia que inspira el que no goza de la integridad de sus facultades anímicas ó las tiene pervertidas, veríamos frecuentemente que el conyuge sano, que habia contraído el matrimonio por un sentimiento de caridad, si se quiere, y con verdadera abnegacion, trascurrido cierto tiempo y perdido el entusiasmo de los primeros nobles sentimientos, empezaría á sentir los desfallecimientos y aun torturas consiguientes á ese estado del alma, que no encuentra las necesarias satisfacciones en lo íntimo del hogar.

227. Mas fuera de estas consideraciones, creemos que el legislador al prohibir el matrimonio al insensato, ha tenido en cuenta, más que su interés individual, el de los hijos por venir y el de la sociedad toda entera. En efecto, nadie duda cuán graves obligaciones importa ya el carácter de padre, ya el de madre. Ahora bien unas y otras, tanto en el órden físico, cuanto en el moral, serían funestamente comprometidas ó por lo ménos mal llevadas, faltando la razon que debe presidirlas. Además la ciencia médica ha demostrado que la locura en sus distintas formas, es hereditaria, (1) y esto solo basta para poder graduar lo grave que sería la responsabilidad del legislador, que condenara á generaciones enteras á la horrible desgracia de la *insania* y de la *perversion moral*. Lucas cita un cuadro estadístico,

(1) Bayle. *De morborum trasplantatione*, sect. VI, cap. I.—Voisin. *Des causes physiques et morales des maladies mentales*, 1 vol. in 8.º, 1826.—Perchappe, *Recherches sur l'encéphale*, 2.º Memoire, lib. 1, pág. 33.—Krafft-ebing. *La responsabilité criminelle*.

que persuade de este hecho, (1) ante el cual el legislador sábio y prudente ha debido retroceder. Esquirol, (2) Dubuisson, (3) Marc, (4) Ellis (5) y Moreau (6), no tienen sino una sola opinion sobre la herencia de las varias formas de enagenacion mental. Es pues de evidente y trascendental justicia, que se eviten esos matrimonios en los cuales, si por el momento encontrára el insensato una ayuda compasiva, á la larga y de un modo fatal, solo hallaría la sociedad el gérmen de incalculables desgracias y la pérdida irremediable de familias enteras, condenadas á incurables enfermedades.

228. Nuestro Código civil, siguiendo en esto á la antigua legislacion, solo considera como impedimento del matrimonio la locura que es *constante é incurable*. Los Códigos de Veracruz y Tlaxcala se expresan en los mismos términos, segun ya lo hemos expuesto (núm. 225), y el del Estado de México, aunque no es tan explícito, seguramente se refiere en este punto á lo establecido por la jurisprudencia universal. Es pues indispensable explicar lo que debe entenderse por locura constante é incurable. La doctrina de los *intervalos lúcidos*, muy léjos de ser desconocida de los jurisconsultos romanos, debe confesarse que no fué planteada sino por ellos, alcanzando el grado de desarrollo que era posible bajo la direccion de los Hipócrates, de los Arteo, de los Celso y de los Sorano.

(1) *De l'heredite naturelle*, tom. 2, pág. 756 y siguientes.

(2) *Des maladies mentales*, tom. 1, pág. 66.

(3) *Des Vesanies*, pág. 286.

(4) *De la folie considérée dans ses rapports avec les questions medico-judiciaires*, tom. 1, pág. 286.

(5) *Traité de l'alienation mentale*, pág. 156.

(6) *De l'influence du physique relativement au desordre des facultés intellectuelles*, pág. 14.

En Derecho romano era recibido, que cuando la enagenacion mental había sido interrumpida por un intervalo lúcido, el acto consentido durante la tregua de la enfermedad por el enagenado, *in suis induciis*, era válido, como si aquella no hubiera jamás existido. (1) Mas ¿cómo debía ser el intervalo lúcido? Justiniano lo estableció con una claridad que no ha sido aumentada por los autores modernos. Preguntado el Emperador por Juliano, Prefecto del pretorio, sobre si el curador de un furioso debía cesar en sus funciones, cuando sobreviniese un intervalo lúcido, aunque despues hubiese de reintegrársele en aquellas, á la vuelta del furor, decidió por un rescripto, que durante los intervalos perfectamente lúcidos, *intervalla perfectissima*, el curador suspendería el ejercicio de su cargo, y que el furioso entónces sería apto para practicar por sí mismo todos los actos de la vida civil, etc., etc. Así pues, el intervalo lúcido, segun el autor de la *Instituta*, debía ser el recobro de la plenitud de la razon en el incapacitado, la cesacion completa del desórden mental, cesacion capaz de traer esa lucidez perfectísima de que habla el rescripto de Justiniano. Dionisio Godofredo da una idea tambien muy exacta de la importancia jurídica de los intervalos lúcidos. *Tempore dilucidi intervalli, furiosus sanis comparatur*. Si se recuerda lo que en otro lugar y siempre con motivo de la locura hemos dicho sobre los intervalos lúcidos, no podrá ménos que reconocerse cuánta fué la sabiduría del Derecho romano en materias tan difíciles como la presente, pues autores modernos como D'Agueseau y Sacase, al tratar de definir aquellos, no han hecho sino repetir las palabras de los antiguos.

229. Mas ¿todas las especies de enagenacion mental son susceptibles de intervalos lúcidos? Una ley romana había estable-

(1) *Dig.* lib. 1, tit. 18, l. 14.

cido lo contrario. *Furor alius est perpetuus: alter habet intervalla.* (1) Difícil es encontrar entre las leyes romanas una determinacion exacta de las enfermedades mentales que fuesen susceptibles de los intervalos lúcidos; mas D'Aguesseau nos enseña que ninguna ley romana habla de estados lúcidos con respecto á aquellos que son *mente capti*, es decir, dementes.

230. Pinel ha señalado como inaccesibles al poder de su arte: 1. °, el idiotismo innato, que depende en general de un vicio orgánico del cerebro; y es tan durable como la causa física que lo determina; 2. °, la demencia senil, esa desgracia de la última edad. Estas enagenaciones son continuas y no pueden ofrecer estados lúcidos. (2)

231. Esquirol, heredero de la doctrina de Pinel, ha mantenido la definicion que de los intervalos lúcidos había dado Justiniano y que D'Aguesseau había comentado con tanta brillantez. El no concibe el intervalo lúcido, sino en tanto que el enagenado ha recobrado el uso completo de sus facultades y el ejercicio de una razon plenamente afirmada. "Durante los intervalos lúcidos, dice este autor, y durante la intermitencia, el enagenado goza de la plenitud de su razon; tiene conciencia de los actos que ejecuta; no es de temerse que sea incesantemente arrastrado al delirio por la circunstancia más ligera, más fortuita, á ménos que un nuevo acceso no estalle. El es muy diferente del monomaniaco que, pareciendo gozar de la plenitud de su razon, puede de un instante al otro, por la menor impresion, hacerse el juguete de la falsa-idea que le domina. Este es pues habitualmente loco, aunque parezca razonador. Nada conmueve á un enagenado que está en un intervalo lúcido; pero si se despierta la idea dominante de un monomaniaco, se le puede

(1) *Dig.*, lib. I. tit. 18. L. 14.

(2) Hoffbauer, *Medecine legale*, pág. 82.

arrastrar á las acciones más contrarias á sus intereses y á los de la sociedad." (1)

232. Tal es la naturaleza del intervalo lúcido, perfectamente bien explicado desde la legislación antigua por la jurisprudencia de todos los tiempos y por los más sábios órganos de la medicina. Pero con respecto á la duración del intervalo lúcido, que es uno de los elementos porque aquellos se revelan, la ciencia moderna ha venido á proclamar la imposibilidad de establecer un período fijo y regular. Menochins piensa que el intervalo lúcido debe durar un año, un mes, etc..... Tal era también la opinión de Voet. (2) Más conforme á los modernos, Paul Zacchias enseña que el intervalo lúcido debe ser perfecto y durar un tiempo considerable, pero no limitado por un período continuo y fijo. (3) Esta es también la opinión de Esquirol. Este sábio observador dice: "No es fácil determinar precisamente dónde comienza y dónde acaba el intervalo lúcido." (4)

233. Mas como quiera que el intervalo lúcido no es el recobro definitivo é imperdible de la razón; por mucha que sea su semejanza con el estado perfecto de salud y cualquiera que sea su duración, no debe entenderse en el sentido de que él signifique curación del mal. Explicado pues, lo que es locura no constante ó con intervalos lúcidos, nos queda por exponer lo que debe entenderse por locura incurable. La ciencia enseña lo siguiente: Incurable la locura, es casi siempre continua: continua, ella puede ser susceptible de cura. Maine de Biran, reconociendo

(1) *Des maladies mentales.*

(2) Menochins. *Consilia sive responsa*, lib. 3.—Voet. *Comm. ad Pand.* tit. *De curat. fur.* núm. 4.

(3) *Quæst. médico-legal.*

(4) *Obra citada.* pág. 100.

la casi imposibilidad que existe para determinar con seguridad cuáles especies de enagenacion mental son susceptibles de verdadera curacion, hace la siguiente exposicion sobre lo que constituye una verdadera sanidad. "No hay curacion propiamente dicha, dice, sino en tanto que el ejercicio de todas las facultades mentales es restablecido, que los fenómenos afectivos concurren con los intelectuales para proclamarla; que en una palabra, para tomar el lenguaje de la psicología el *yo* ha vuelto á estar presente á sí mismo por la plenitud de las funciones que lo constituyen." Falret, despues de decir que la inteligencia y los sentimientos del enagenado que marcha hácia su curacion, conservan una debilidad relativa de que sería fácil abusar, dá por medio de las siguientes palabras, una idea que es sin duda de grande importancia práctica, para discernir la verdadera curacion de la simple disminucion del mal. "Al salir de esa tempestad que había absorvido la razon, dice este autor, las facultades mentales no recobran de un golpe la rectitud y la extension que les eran habituales." (1)

234. Tales son pues, los dos caractéres, que nuestra ley exige que reuna la locura, para que constituya impedimento del matrimonio. Antes (núm. 226), hemos combatido la opinion de los que sostienen la conveniencia del matrimonio del enagenado, como un medio de que su desgracia sea aliviada, curada ó cuando ménos compadecida. ¿Quiére esto decir, que estemos conformes con las prohibiciones de la ley? Protestamos nuestros mas sinceros respetos á los legisladores de todas las edades y países; pero debemos declarar, que las taxativas puestas al matrimonio por razon de la locura, son insuficientes por lo limitadas y debieran tener mas amplitud, atentos los descubrimientos

(1) *Cours clinique et theorique*, Gazotte des Hopitaux du 18 Janv. 1851.—Krafft-Ebing. Obra citada, pág. 236.

de la ciencia y el bien de la humanidad. En efecto, conforme á la ley y particularmente segun el Código civil que sirve de base á nuestro comentario, el enagenado, cuya enagenacion es *curable*, puede casarse durante un intervalo lúcido. Antes hemos visto lo vago é infundado que es la palabra *curable*, tratándose de la locura. Decidir que tal caso de locura es curable, resulta segun los consejos de la ciencia médica, aventurado y casi siempre erróneo. “Es frecuentemente difícil, dice Krafft-Ebing, si no imposible, declarar que un enagenado es curable ó no.” (1) A lo mas podrá lograrse cierta probabilidad en uno ó en otro sentido. Y ¿podrá ser justo basar sobre un concepto meramente probable un contrato tan indestructible como el matrimonio y de tan graves obligaciones como él? ¿No será más conforme al derecho, en cuyas prescripciones, cuando no resplandece la evidencia, debe haber siempre reserva para prevenir errores é injusticias, que, pues así lo aconseja la ciencia, mejor se repunte toda locura incurable? La decision de este punto es de la competencia pericial; es decir, que el juez recurrirá á facultativos médicos, para saber si tal loco que pretende casarse, está realmente curado de su enfermedad. Pues los peritos dicen con el autor ántes citado: “No se puede negar que la fijacion cierta del pronóstico en ciertos casos de psicosis, es uno de los problemas más árduos que puedan encontrarse en medicina.” (2) El Dr. Chatelain refiere que un enfermo de demencia secundaria (debilidad intelectual general, insensibilidad afectiva completa, etc.), inscrito en los registros del Hospital de Prefargier como *incurable*, acabó por restablecerse completamente. “Si en este caso, dice este facultativo, nos hubiera sido pedida una declaracion de incurabilidad, la habríamos firmado sin va-

(1) *Obra citada.*

(2) Krafft-Ebing, *Obra citada*, pág. 236.

cilar." (1) ¿Qué queda entónces para iluminar la conducta del juez? Nada ó cuando mas, un conjunto de vaguedades empíricas, sin la menor seguridad científica, y en pos de las cuales podrá venir la repentina reaparicion de la locura, que se creia curada. Si á esto se añade que en la moderna legislacion y con respecto á la prueba pericial reina el principio: *Dictum expertorum numquam transit in rem judicatam*, tendrémos que asunto tan grave y trascendental como el matrimonio, en cuyo cumplimiento están interesados, no solo el destino de los contrayentes, sino tambien el de los hijos y de generaciones enteras por venir, depende de las incertidumbres, que en vano la misma ciencia confiesa y lo que es más peligroso aún, del pronóstico absolutamente desautorizado de un juez.

235. Por lo que hace á los intervalos lúcidos, bien se comprende la razon que ha determinado al legislador á permitir el matrimonio durante ellos, puesto que como ya lo hemos explicado, cuando hay un verdadero intervalo lúcido, hay recobro perfecto de todas las facultades intelectuales y afectivas, y por consiguiente tambien capacidad para consentir. Mas esto es veer el acto del matrimonio bajo uno solo de sus puntos de vista, sus condiciones de contrato, descuidando otros más graves, por los que aquel se presenta, no como la institucion de un dia, circunscrita solamente á las personas de los contrayentes, sino de toda la vida de éstos y susceptible de extenderse á los hijos y á innumerables generaciones. Contemplado así el matrimonio del loco durante intervalo lúcido ¿ha hecho bien el legislador en permitirlo? Adviértase que no hablamos del bien privado, sino de ese bien público y trascendental, que no pertenece á este ó aquel individuo y que se mide por la magnitud del interés social.

(1) Nota en la pág. 238 de la Obra de Krafft-Ebing.

Ahora bien, debiendo atender de toda preferencia á este interés el legislador ¿quién puede dudar que el matrimonio debería prohibirse al loco aunque tenga intervalos lúcidos? La locura se hereda inmediata ó alternativamente y con una frecuencia que espanta, segun lo demuestran las estadísticas recogidas por los más hábiles alienistas. Unas veces el hijo la recibe inmediatamente de sus padres, otras queda latente en el hijo y se desarrolla en el nieto. Ocasiones hay en que la misma especie de enagenacion qua han padecido los padres sufren los hijos y muchas en que si no es la misma *insanía* la que se hereda, es la epilepsía y lo que es todavía peor, una predisposicion al crimen casi irresistible, una verdadera perversion moral. Y si esto es verdad ¿por qué se ha de sacrificar á la libertad y voluntad que en una época dada puede tener un loco, tan sagrados intereses sociales? Tratándose de hombres sanos en todas las sociedades cultas, domina en sus legislaciones este principio; libertad para ejecutar todos los actos libres de que son susceptibles, siempre que su ejecucion no perjudique al procomunal; prohibicion absoluta de realizarlos, si ellos entrañan y pueden causar este perjuicio. Esta doctrina es la mas natural y la mas conforme á la vida social, ¿por qué ha de derogarse en un caso, en que á la misma sociedad tienen que sobrevenerle tantos y tan multiplicados perjuicios? Dejar casar á un loco, es tanto como autorizar con muchas probabilidades la ruina de cuatro ó cinco de sus generaciones; importa tanto como preparar á la sociedad, una triste donacion de uno ó mas maniacos ó epilépticos, de varios criminales y de muchos escétricos y extravagantes. Preciso es reconocerlo y confesarlo, la ciencia alienista pide á gritos la prohibicion á los locos para contraer matrimonio, porque enfrente del mal entendido interés particular de éstos, están sérios intereses humanitarios que así lo exigen.

Y no se diga, que nuestra opinión tiene el grave inconvenien-

te de servir tambien para que sean excluidos del matrimonio otros muchos séres, fuera de los locos, no tan desgraciados como estos, pero tambien sújetos á la ley fatal de la herencia, resultando así que el matrimonio se convertiría en asunto de diagnósticos delicadísimos, subordinado á opiniones particulares, aunque muy científicas y en un acto inaccesible para innumerables personas. Esto sería contrario á nuestras modernas ideas de libertad y condenaría á la desesperacion ó al libertinaje á multitud de personas que, á no dudarlo, han encontrado hasta hoy amparo y alivio en su desgracia, bajo el techo del hogar. De ser aceptada nuestra opinion con respecto á los enagenados, tambien debería decirse que la tísis y otras enfermedades constitucionales trasmisibles por herencia, son incompatibles con el matrimonio.

Nosotros insistimos en lo que hemos dicho, sin temor al inconveniente que se señala, porque no es comparable la desgracia de la insania á la que resulta de otras enfermedades hereditarias. El tísico llena su destino social en más ó ménos tiempo que su vida dura, y la ley, aunque reconociendo la conveniencia de que todos sus súbditos fuesen aptos física y moralmente para servir al bien social, no deja de comprender que el ideal en materia de matrimonio, bajo el punto de vista que nos ocupa, sería que aquél diese nacimiento á generaciones robustas y sanas, se abstiene, sin embargo de prohibir á ciertos enfermos que se casen, aunque su enfermedad sea trasmisible por la herencia, pues fuera de la imposibilidad que habría en esclarecer semejante inconveniente, es este un punto que no puede ménos de quedar bajo la responsabilidad individual, una vez que el Estado logra su fin, es á saber, que los súbditos conozcan sus deberes y sus derechos, con solo que durante su vida, ellos no sean extraños al cumplimiento de las leyes. No hay en consecuencia paridad entre uno y otro mal, y debe reflexionarse por el legislador, en que una de las fuentes más abun-

dantes y permanentes de la enagenacion mental, es la herencia. (1)

236. Como quiera que la antigüedad consideró á los sordomudos privados de razon; y por esto se encuentran tanto en los códigos como en los comentadores antiguos, muchas disposiciones y doctrinas relativas á aquellos seres, creemos conveniente estudiar este punto: ¿los sordomudos son capaces de consentimiento? El Derecho romano equiparaba á los sordomudos con los dementes, declarándolos tan necesitados de curador como á estos. *Mente-captis et surdis et mutis et qui perpetuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.* (2) Así pues, el sordo-mudo no podía casarse, como tampoco podía testar. (3) Sin embargo, la misma ley romana admitía una especie de sordomudos que, ó no habian perdido una y otra facultad sino por accidente, ó lo que es mas raro todavía, que eran sordos de nacimiento sin ser mudos. Estos errores no deben sorprendernos, atenta la ignorancia de los antiguos tiempos sobre la doble enfermedad de los sordomudos. El mismo gran Aristóteles exclamaba maravillado: este sordo posee la voz y no puede hablar. (4) Es la ciencia moderna la que ha venido á proclamar de un modo formal, que lo que parecia raro á los jurisconsultos romanos, *quod ito raro contingit*, es absolutamente imposible. Plinio había ya dicho: “No hay sordo de nacimiento que no sea al mismo tiempo mudo;” (5)

(1) Legrand. *Etude medico-legale sur l'aliénation mentale.*—*Gazette des hôpitaux*, 1866, núms. 31, 34, 37 y 40.

(2) *Inst. de Just.*, lib. 1, tit. 23, § 4.

(3) *Cod.*, lib. 6, tit. 22, l. 10.

(4) *Histor. animal*, lib. 4, núm. 69.—Itard, *Dict. des Sciences Médicales*, “sourd-muet.”

(5) *Histor. natur.*, tom. 10, núm. 69.

pero esta verdad que no era en este escritor adquisicion científica, sino tal vez solamente una intencion de sábio, no había pasado á las leyes, las cuales consideraron siempre al sordo-mudo como incapaz de consentir.

237. Como en otros muchos puntos, es al Derecho canónico á quien deben en éste las sociedades el inapreciable beneficio, de haber sido el primero, que asentó la fórmula precisa, en que se contiene la declaracion de que los sordo-mudos no son como la antigüedad romana los había considerado *mente-capti* ó dementes. *Videtur*, dice el Papa Inocencio III. *quod si mutus velit contrahere illi non possit, vel debeat denegari, cum quod verbis non potest, signis valeat declarare.* (1) Y no puede negarse que es despues de este canon cuando han venido todos los autores decidiendo un punto, que cuando ménos, había sido considerado anteriormente como dudoso. (2) Veemos tambien en las *Decretales de Gregorio IX*, que á consulta de un Obispo de la Galia, sobre si el sordo-mudo podía contraer matrimonio, se decidió afirmativamente. *Sanè consuluisti nos, utrum mutus et surdus alieni possint matrimonialiter copulari. Ad quod taliter respondemus, quod cum prohibitorium sit edictum de matrimonio contrahendo, ut quicumque non prohibetur, per consequentiam admittatur et sufficiat ad matrimonium solus consensus illorum, de quorum quarumque conjunctionibus agitur.*

238. Con las precedentes disposiciones legales, no es extraño encontrarse en el célebre Código de las Partidas la permission para contraer matrimonio, concedida á los sordo-mudos. Así vemos que tratándose de la manera de llevar á cabo el matrimonio, y despues de decirse, como que es la forma más natural, que éste acto debía hacerse por medio de palabras, que expresa-

(1) Inocencio III. Cap. *Cum apud. de Spons*

(2) Gonzalez. *Coment. perpetua*, lib. 4, Cap. 23.

sen el consentimiento de los contrayentes, se asienta que *se podría fazer el matrimonio, sin palabras, tan solamente por el consentimiento*. Con respecto á los sordo-mudos, el Código Alfonsino dice, que el mudo puede casarse, *ca maguer que por palabras no pudieze fazer el casamiento, poderlo y a fazer por señales, é por consentimiento*. (1) Gregorio Lopez en la glosa á esta ley, reconoce que ella procede del capítulo *cum apud sedem* del Derecho Canónico, que ántes hemos citado. Las palabras pues, aun en los que pueden hablar, *etiam in valentibus loqui*, no son segun la glosa, de la sustancia del matrimonio, y sí solo eficaces para la prueba del acto, siendo esta la opinion sustentada por todos los doctores y teólogos antiguos. (2)

239. La legislacion francesa anterior al Código Civil, inspirada tambien en el Derecho Canónico, era favorable á la capacidad de los sordo-mudos para casarse. Pothier dice: "No hay que poner en el rango de las personas privadas del uso de la razon á los sordos y mudos de nacimiento. Estas personas no solamente gozan de su razon, sino que hacen entender por signos sus pensamientos, y se les hace de la misma manera entender por signos lo que se quiere dar á entender." (3) Sin embargo, no era esta una opinion comun y corriente. Ricard, hablando de las donaciones decia: "es siempre absolutamente necesario que aquellos, entre quienes las convenciones son hechas, sean capaces de discernir el mérito y la cualidad de los actos que ejecutan, y de atestiguar su voluntad con certidumbre; lo que no puede encontrarse en aquel que es sordo y mudo de nacimiento, porque *este no puede nunca tener bastantes luces, ni aquella vivacidad de espíritu necesaria para penetyar en los secretos de las le-*

(1) Partida 4.ª, tit. 2, l. 5.

(2) Glosa á la ley 5 de la Partida citada, núms. 5 y 7.

(3) *Œuvres*. Tom. 6, part. 3, chap. 2, art. 1, núm. 93.

yes civiles, etc." (1) Y es de advertirse que este mismo autor consideraba indispensable el empleo de la palabra ó de la escritura para celebrar el contrato de donacion. Se deja pues entender, cómo opinaría con respecto al matrimonio y á la capacidad intelectual de los sordo-mudos.

240. La comision encargada á fines del pasado siglo de redactar el proyecto de un Código Civil para la Francia, había puésto un artículo que decía: "Los sordo-mudos de nacimiento, no pueden casarse, sino en tanto que fuere comprobado, en las formas prescritas por la ley, que son capaces de manifestar su voluntad." La Seccion de legislacion había aceptado el artículo, suprimiendo solamente las palabras *en las formas prescritas por la ley*. El Consejo de Estado lo rechazó por completo y despues de varias discusiones se acordó no poner en el Código Civil ninguna disposicion expresa, relativa á los sordo-mudos. (2) Loaré explica los motivos de tal omision, diciendo: "es que se ha dejado al arbitrio de los Tribunales, como lo quería la Seccion, el discernimiento de las circunstancias y de las señales que pueden hacer juzgar, si el sordo-mudo ha ó nó consentido." (3) Así pues, en Derecho francés los sordo-mudos pueden casarse, bajo la condicion comun á todas las personas, de dar su consentimiento, sin determinarse forma alguna exterior. (4) "¿Por qué el matrimonio sería prohibido al sordo-mudo?" preguntaba el Primer Cónsul. "Siendo el matrimonio un contrato, y formándose todo contrato por el consentimiento, se concibe que aquél que no puede expresar éste, no pueda casarse; pero el sordo-mudo de nacimiento, viendo á su padre y á su ma-

(1) *Des Donations*, núms. 135 y 139.

(2) Merlin, *Repert.* "Sourd.-muet," núm. 2.

(3) *Esprit du Code Civile*, Tom. 2, pág. 41.

(4) Vazeille, *Traité du Mariage*, Tom. 1, chap. 1.—*Revue de Leg. et jurispr.*, tom. 19, pág. 621.

dre, ha conocido la sociedad del matrimonio; él es siempre capaz de manifestar la voluntad de vivir como ellos; y entonces, por qué agravar su desgracia, añadiendo privaciones á las que le ha impuesto la naturaleza.”

241. De esta manera la legislación francesa, que ha servido de modelo á todos los pueblos modernos en sus códigos, recogió las enseñanzas del Derecho Canónico, que el primero en la historia y en medio del siglo XI, decidió en contra de la tradición de las leyes y por el órgano venerable del célebre Papa Inocencio III, que los sordo-mudos eran capaces de consentir lo mismo que cualquier hombre, quitando así de tales seres la nota de mentecatos, con que los había relegado al abandono y al olvido la antigüedad romana.

242. Mas la moderna legislación hablaba ya sobre asunto perfectamente conocido y estudiado. Si en un tiempo los sordos-mudos solo habían podido revelar su capacidad intelectual, por medio de simples señales y gestos, lo cual era bastante para no suponerlos privados de razon, fueron inventados despues procelimientos maravillosos, merced á los cuales, se ha conseguido hasta el dia, restituir la vida moral á aquellos desgraciados seres y señalar en su alma las fuentes del pensamiento. Segun afirma M. de Gerando, es Gerónimo Cardan, filósofo del siglo XVI, quien ántes que nadie había predicho el nacimiento del arte de educar á los sordo-mudos, trazando todo un sistema y aun indicando alguno de los medios empleados mas tarde. Pero es á un español, al monge benedictino Pedro de Ponce, á quien la humanidad debe y corresponde verdaderamente la gloria de haber descubierto el método para la enseñanza de la escritura á los infortunados de que venimos hablando. (1) Este

(1) M. de Gerando. *D'Education des Sourds-Muets de naissance*, tom. 1. pag. 9.

arte fué despues perfeccionado en el siglo último por los Abates L'Epée y Sicard, habiendo llegado á producir resultados admirables, que ponen fuera de duda, que los sordo-mudos gozan de la integridad de sus facultades intelectuales y afectivas.

243. En México se estableció, por primera vez, una escuela de sordo-mudos, debido á la iniciativa de Don Ignacio Trigueros, alcalde municipal de la Capital de la República el año de 1866. Como primer ensayo de una empresa humanitaria de tanta consideracion, y por tener que luchar el fundador con las dificultades consiguientes á la carencia de recursos pecuniarios, á la falta de profesores adecuados y de libros apropósito, los esfuerzos del Sr. Trigueros, aunque eficazmente secundados por el Sr. Lic. Don José Urbano Fonseca, tropezaron con innumerales inconvenientes, y hubieran fracasado quizá por completo, si en 28 de Noviembre de 1867 no fija el Ministerio de Justicia su atencion en tal mejora social, impartándole toda proteccion y organizándola con todos los medios y extension que requería para subsistir y desarrollarse. Así, pues, por decreto de esa fecha, la Escuela Municipal de Sordo-Mudos ya existente, bajo la direccion del Señor Huec, fué refundida en una Escuela Normal de profesores y profesoras para la enseñanza de los sordo-mudos. Este plantel ha continuado hasta el dia, y sin duda sus felices experiencias fueron causa de que, palpable ya entre nosotros el hecho de la incapacidad de los sordo-mudos, se consignara tanto en el Código Civil de 1870 (art. 431, frac. 3.º), como en el de 1884 (art. 404, frac. 3.º), que estos seres solo se reputan incapaces cuando no saben leer ni escribir.

§ IX.—DEL IMPEDIMENTO DE MATRIMONIO ANTERIOR.

244. Nuestro Código, segun hemos visto (art. 155), define el matrimonio: "la sociedad legítima de *un solo hombre y una sola mujer*, etc., etc." He ahí proclamada la necesidad de que, ni el

marido pueda tener mas de una mujer legítima, ni la mujer mas de un marido segun la ley. En otros términos, he ahí proclamada la *monogamia* y prohibidas la *poligamia* y la *polian-dria*.

245. Si recorremos las mas importantes legislaciones antiguas, nos encontramos con que, segun la primitiva institucion del matrimonio, Dios creó en el paraiso terrenal un solo hombre y una sola mujer, cuya union debía ser tan íntima que ambos no formasen sino un solo sér. *Erunt duo in carne una*. La poligamia es pues contraria á la institucion primitiva del matrimonio y tal es la idea que de aquella tuvieron siempre los Padres de la Iglesia, entré los cuales, para no mencionar otros, citaremos á Tertuliano que, haciendo notar cómo fué Lamech, nieto de Cain, en el quinto grado, quien practicó primero la poligamia, teniendo dos mujeres á la vez, dice, que él fué maldito de Dios, por haber en esto violado la órden que Dios había establecido, al instituir el matrimonio: *Primus Lamech á Deo maledictus, duabus maritatus contra Dei præceptum tres in unam carnem effecit*. (1) Esta unidad del matrimonio no se conservó en las costumbres del pueblo hebreo, por razones que los canonistas explican, diciendo que la pluralidad de mujeres había sido permitida á los Patriarcas, por disposicion divina, para acelerar la propagacion del género humano despues del diluvio. (2)

246. Entre los romanos era vista la poligamia con horror, y así vemos que un fragmento de Juliano, en que se contienen palabras del Pretor, son notados de infamia entre otros: *Qui eam, quæ in potestate ejus esset, genero mortuo, cum eum mortuum*

(1) Tertul. *De Exhort. cast.* cap. 5.

(2) Gonzalez, *Coment. perpetua*, lib. 4, cap. 2.—Inocencio III, in cap. *Gaulemus de divortiis*.—Belarmino, *De Matrim.*, lib. 1, cap. 4.—Soglia, *Inst. Jur. priv.*, lib. 2, cap. 10.

esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: eamne sciens quis uxorem duxerit, non jussu ejus, in cujus potestate est: et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem duceret passus fuerit (1). En tanto que una persona era casada no podía contraer un segundo matrimonio, ni aun tomar una concubina, ni tener muchas de estas á la vez, ni teniendo una concubina podía contraer matrimonio (2).

247. Los emperadores Valeriano y Galiano repitieron la pena de infamia contra el polígamo, conminando con ella á aquel que, fingiéndose célibe, *ficto calibatu*, contrajera segundas nupcias (3). Justiniano, finalmente, reiteró las anteriores prohibiciones, declarando expresamente: *duas uxores eodem tempore habere non licet* (4).

248. La Iglesia Católica, poseedora de la verdad y destinada por su Divino Fundador á propagar los principios de la más pura moral en el mundo, no podía, frente á las leyes romanas que, como acabamos de verlo, prohibieron siempre la poligamia, sino esforzarse en darles mayor vigor, estableciendo de una vez y para siempre, que el matrimonio tendría que ser contraído únicamente por un solo hombre con una sola mujer. El principio de la monogamia, como carácter esencial del matrimonio cristiano, se encuentra contenido en el Evangelio de una manera que no consiente la menor duda. S. Mateo refiere que, habiendo los fariseos preguntado á Nuestro Señor Jesucristo, si era permitido á un hombre dejar á su esposa por alguna causa, él les respondió: “*Non legistis, quia qui fecit hominem ab initio*

(1) *Dig.*, lib. 3. tit. 2. l. 1.

(2) *Dig.*, lib. 25, tit. 7.—*Cod.*, lib. 5, tit. 26.—*Nov.* 18, cap. 4.

(3) *Cod.*, lib. 9, tit. 9, l. 18.

(4) *Inst.*, lib. 1, tit. 10, § 6.

masculum et feminam fecit eos? Et dixit: propter hoc dimittet homo patrem et matrem, et adhærebit uxori suæ et erunt duo in carne una" (1). Inocencio III, explicando este pasaje del Evangelio, dice: "*Cum ab initio, una costa in unam feminam fit conversa, et Scriptura divina testetur, quod propter hoc relinquet homo patrem et matrem, et adhærebit uxori suæ, et erunt duo in carne una; non dixit tres, vel plures, sed duo, nec dixit adhærebit uxoribus, sed uxori* (2). Esta misma fué y ha sido la doctrina de los Apóstoles, Santos Padres y Doctores eclesiásticos. Veámos cómo algunos se expresan. S. Pablo enseñaba: *Uxori vir debitum reddat, similiter autem et uxor viro: mulier sui corporis non habet, sed vir: similiter et vir sui corporis potestatem non habet sed mulier* (3). Por estas palabras vemos que el Apóstol proclamó la monogamia, pues no se comprende cómo la mujer pudiera tener la misma potestad en el cuerpo del marido que éste en el de la mujer, cuando el derecho del hombre que tiene muchas consortes es necesariamente más extenso. Esto se corrobora más atendiendo á que en el texto citado y en otros análogos de la misma Epístola, se habla siempre de la mujer en singular. Tertuliano dice: "el hombre de Dios, Adán, y la mujer de Dios, Eva, contrayendo entre sí solos nupcias, sancionaron la forma dada por Dios á los hombres con la autoridad de su origen para celebrar el matrimonio, y les mostraron su primera voluntad. Por tanto, dice, serán dos en una sola carne, no tres, ni tampoco cuatro; de otro modo, ya no sería una sola ni dos en una sola carne" (4). S. Gerónimo igualmente escribía: "Una sola costilla en un principio fué

(1) S. Matth., 19.

(2) Inocencio III, cap. *Gaudemus*.

(3) S. Pablo 1. *ad Corint.*, cap. 7.

(4) *De Exhort. Castitat.*, cap. 5.

quitada ó extraída de una sola carne. Y serán, dijo, dos en una sola carne, no tres, ni tampoco cuatro, porque entonces ya no serían dos sino muchos." Inocencio I á principios del V siglo declaró en su Carta IX, que según la fe católica, un segundo matrimonio no puede ser legítimo si la primera mujer no ha muerto. Nicolás I, elevado á la Santa Sede en 858, instruyendo sobre este punto de fe á los Búlgaros, recientemente convertidos del paganismo á la religion cristiana, les decía: *Duas tempore uno habere uxores, nec ipsa origo humane conditionis admittit, nec lex sua Christianorum ulla permittit* (1). Alejandro III dice: *Si quis vir et mulier pari consensu contraxerint matrimonium, et vir, eâ incognitâ aliam duxerit in uxorem et eam cognoverit, cogendus est secundam dimittere et ad primam redire* (2). Lucio III en 1181 decía: *ut nullus amodo ad secundas nuptias migrare præsumat, donec ei constet, quod ab hac vita migraverit conjunct ejus. Si vero aliquis vel aliqua, id hactenus non servavit, et de morte prioris conjugis adhuc sibi existimat dubitandum, ei quæ sibi nupsit, debitum non deneget postulanti: quod a se tamen noverit nullatenus exigendum. Quod si post hoc de prioris conjugis vita constiterit, relictis adulterinis complexibus, ad priorem conjugem revertatur* (3). Clemente III en 1188 decía: *quanto cumque annorum numero ita remaneant, viventibus viris suis, non possunt ad aliorum consortium canonicè convolare, nec auctoritate Ecclesie permittas contrahere, donec certum nuncium recipiant de morte virorum* (4). Inocencio III, después de citar aquellas palabras del Evangelio de S. Lucas: *Omnis qui dimittit uxorem suam et alteram ducit, mæcatur*, hace la siguien-

(1) Respuesta 51.

(2) Alexandr. III, cap. 17. *De sponsalib. et matrim*

(3) *Decretales*, lib. IV, tit. XXI, cap. 2.

(4) *Decretales*, lib. IV, tit. I, cap. 19.

te reflexión: *Si ergo uxore dimissâ, duci aliâ de jure non potest, fortius et ipsa retentâ* (1). Tal había sido la doctrina de la Iglesia Católica, enseñada y sostenida desde su fundación en medio de los siglos bárbaros, frente á la más asquerosa corrupción de costumbres, y cuando la violencia y la ferocidad se sentaban en el trono de los reyes. *Uno con una y para siempre* había sido la divisa ante la cual en vano rugiera con todo su ímpetu la voluptuosidad de los poderosos de la tierra, pues imagen el matrimonio de los hombres de la union de Jesucristo con la Iglesia, la unidad resultaba ser en él, lo mismo que su perpetuidad ó indisolubilidad, uno de sus caracteres esenciales. Mas sobreviene la Reforma herética del Protestantismo en el siglo XVI, y con ella, entre otros errores y so pretexto de restituir el matrimonio al estado patriarcal, el gravísimo y funesto de la poligamia, la cual fué defendida y practicada á la faz de la Europa cristiana por los principales corifeos de las sectas protestantes (2). Lutero decía: "Por lo que toca á saber si se pueden tener muchas mujeres, la autoridad de los patriarcas nos deja en completa libertad..... esto no se halla ni permitido, ni prohibido, y que él por sí no decide nada" (3). Carlstadt sostuvo en Orlamunda en 1524, la tesis de que la poligamia era permitida á los cristianos en ciertos casos. El capuchino apóstata Ochin estableció una secta llamada de los *poligamistas*, y Juan Lyserus escribió un libro intitulado el *Triunfo de la Poligamia*. Antes (núm. 7) hemos mencionado la auto-

(1) Inocencio III, cap. *Gaudemus, de divortiiis*.

(2) Perrone, *De Matrimonio*.

(3) *Comentario sobre el Génesis*.—Dollinger, *Influence de la Réforme sur la conduite du peuple sous le rapport sexuel*, tom. 2, núm. 15.—*Discurso de Lutero, pronunciado en la Iglesia de Witternberg en 1522*.—Bossuet, *Variations*.

rización otorgada en 1539 por Lutero, Melanchton y otros reformadores, á Felipè Landgrave de Hesse, para casarse con otra mujer durante la vida de la Princesa Cristina de Sajonia.

249. Estas funestas doctrinas originaron el siguiente Canon del Concilio de Trento: *Si quis dixerit, licere christianis plures simul habere uxores, et hoc nulla legē divina esse prohibitum, anathema sit* (1), el cual ha servido de base, áun á las naciones que abrazaron la Reforma, para prohibir en sus Códigos la poligamia.

250. La pluralidad de mujeres, sea simultánea, sea sucesiva, fué, pues, rechazada por el Cristianismo desde su principio, ora por ser el matrimonio un contrato *indisoluble*, de cuyo carácter nos ocuparemos después, ora por deber ser *uno*, como símbolo de la union de Jesucristo con la Iglesia. *Itaque jam non sunt duo, sed una caro. Quod ergo Deus conjunxit, homo non separet* (2).

251. En la antigua legislación española encontramos también monumentos que atestiguan el respeto de nuestros padres al principio de la unidad en el matrimonio: "*ninguna mujer, leemos en el Fuero Juzgo, se case con otro marido cuando el suyo no está en la tierra, hasta que sepa de cierto si el suyo ha muerto. Otrósi lo debe saber aquel que quiere casar con ella; y si no lo hicieron y se ayuntaren y despues viniése el primer marido, pueda este venderlos ó hacer de ellos lo que quisiere* (3). El Código de las Partidas se expresa así: "*Si alguno que fuese casado marchase de su tierra para ir en hueste ó romería, ó al-*

(1) *Concil. Trident.*, Ses. 24, Can. 2.

(2) S. Mateo. XIX, 6.

(3) *Fuero Juzgo*, lib. 3. tit. 2, lib. 6.—Tit. 4, l. 2.—Lib. 3. tit. 6, l. 2.—Ley 3.

gun lugar lejano, y sucediese que tardara mucho en volver, de manera que algunos hiciesen creer á la mujer que habia muerto, y esta luego se casase con otro, en este caso la mujer no podria ser acusada de adulterio, aunque viviese el primer marido, por que la excusa su ignorancia. Mas si despues de casada con el segundo marido supiese ciertamente que vivia el primero, y sin embargo permaneciese con aquel ó se juntase á él casualmente, esto probado, bien la podrian acusar..... (1). En la Novísima Recopilacion encontramos también varias disposiciones penales contra los que no han respetado la unidad del matrimonio “Cualquiera que fuese casado ó desposado por palabras de presente, y se casare ó desposare otra vez, además de las penas en el derecho contenidas, sea herrado en la frente con fierro caliente que sea hecho á señal de Q. (2)

252. Expuestas las disposiciones legales, tanto del Derecho Romano como del Canónico y Patrio que proscriben la poligamia, ya sea simultánea, ya sucesiva, es la oportunidad de estudiar la siguiente cuestión, muy debatida entre los autores antiguos y posible de suscitarse en nuestros dias: ¿la ausencia de un cónyuge autorizará al otro para volverse á casar? Consultando el Digesto Romano hallamos fragmentos de este principio: el matrimonio se disuelve por el cautiverio de uno de los cónyuges. *Dirimitur matrimonium divortio, morte, captivitate, vel alia contingente servitute utrius eorum*, dice la ley 1.ª del título *De divortii et repudiis*, é igual concepto puede deducirse de otras disposiciones del mismo cuerpo de leyes. Este principio solo era modificado tratándose del matrimonio entre el patrono y la liberta, por las consideraciones de respeto y reverencia que

(1) Partida 4.ª, tit. 9, l. 8.—Partida 7.ª, tit. 15, l. 16.

(2) Nov. Recop., lib. 12, tit. 28, l. 6.—Id. id. l. 7.—Id. id. l. 8.—Id. id. l. 9.—Id. id. l. 10.

concurrían en tal caso (1). No es esto decir que el simple hecho del cautiverio de uno de los cónyuges motivara la disolución, pues mientras se sabía que el cautivo vivía, no era lícito al otro cónyuge dejar unos vínculos que estaban subsistentes; pero si había incertidumbre sobre si el cautivo era vivo ó muerto, podía contraerse el segundo matrimonio luego que hubieran trascurrido cinco años. *Et generaliter definiendum est, donec certum est maritum vivere in captivitate constitutum, nullam habere licentiam uxores eorum migrare ad aliud matrimonium: nisi mallent ipsae mulieres causam repudii praestare. Sin autem in incerto est, an vivus apud hostes teneatur, vel morte praeventus, tunc si quinquennium a tempore captivitatis excesserit, licentiam habet mulier ad alias migrare nuptias* (2). El emperador Constantino no modificó sino muy ligeramente esta situación, pues en una de sus Constituciones estableció, que la mujer podía libertarse del matrimonio y pasar á contraer otro, en el caso de que hubieran trascurrido cuatro años sin tener noticia de la vida de su marido, que se supone había partido á una expedición militar, siempre que hubiere acudido con demanda al jefe del ejército y su segundo enlace fuese público y manifiesto (3). Justiniano, en un principio estableció respecto de los cautivos, que mientras fuese cierta su existencia, no se disolviera el matrimonio; pero que sí podría contraerse otro, cuando hubieran pasado cinco años sin haberse recibido noticia de la vida ó muerte del ausente (4). Respecto á los militares, se innovó la Constitución Constantina ampliándose á diez años el plazo de cuatro para que pudiera contraerse nuevo ma-

(1) *Dig.*, lib. 23, tit. 2, l. 45, § 6.

(2) *Dig.*, lib. 24, tit. 2, l. 6.

(3) *Cod.*, lib. 5, tit. 17, l. 7.

(4) *Novela* 22, Cap. 7.

matrimonio (1). Este mismo Emperador cambió más tarde su propia legislación proclamando principios muy distintos en cuanto á los segundos matrimonios. Ya no se permitió que un enlace se disolviese, cualquiera que fuera el número de años que el cónyuge estuviera ausente en expedición militar, ora se supiese que vivía, ora hubiera completa incertidumbre de su existencia. Si había llegado á saberse que había muerto, todavía la mujer tendría que acudir á los archiveros ú otros notarios del ejército y obtener un testimonio jurado de la muerte del marido, después de todo lo cual aún debería esperar un año para poder contraer nuevo matrimonio, pues de no hacerlo así, incurriría en la pena del adulterio. Si el testimonio resultaba falso y el marido ausente se presentaba, era libre en reunirse de nuevo con su mujer ó no (2). Esta reforma del Derecho Justiniano solo comprendía á los militares; quedaban, pues, los cautivos sujetos á las disposiciones anteriores, las cuales no fueron derogadas sino por el emperador León, quien prohibió pasar á segundo matrimonio, por mucho que fuera el tiempo trascurrido, hasta no tenerse una prueba irrefragable de que el cautivo había muerto, aplicándose á este caso las mismas prescripciones dictadas ya por Justiniano (3).

253. El Derecho Canónico, cuyas influencias se notan ya desde la legislación de Justiniano, teniendo al matrimonio por uno de los siete sacramentos y por un contrato perpetuo é indisoluble, no dió nunca á la ausencia, cualesquiera que fuesen su motivo y duración, la importancia que le habían reconocido las leyes civiles. Así, desde los primeros tiempos del Cristianismo expresaban los Padres de la Iglesia conceptos como el que

(1) *Novela 22, Cap. 14.*

(2) *Novela 117, Cap. 11.*

(3) *Novela 33 del Emperador León.*

sigue: "Aquella mujer cuyo marido ha partido y no parece, si se une antes de haberse cerciorado de su muerte á otra persona, comete adulterio" (1). El matrimonio canónico es, pues, indisoluble por mucho que sea el tiempo trascurrido desde la ausencia de uno de los cónyuges mientras no haya noticia cierta de su muerte; y si celebrado el segundo matrimonio, constase después la vida del ausente que se creyó muerto, subsiste el primer matrimonio, quedando sin efecto el segundo, que por la existencia del antiguo esposo, más que un vínculo conyugal ha sido un lazo adulterino (2). Tal es la doctrina de la Iglesia constantemente profesada hasta nuestros días como consecuencia del carácter de indisoluble que tiene el matrimonio cristiano, y tal ha sido también la legislación española antigua desde el Fuero Juzgo hasta las Ordenanzas Reales de Castilla.

254. La legislación francesa anterior al Código de Napoleón, era en un todo conforme al Derecho canónico y tradicional. En este Código se encuentra el art. 147 que dice: "No se puede contraer un segundo matrimonio antes de la disolución del primero." Portalis nos explica las razones de esta prescripción. "La multitud de maridos ó de mujeres puede ser autorizada bajo ciertos climas, ella no es legítima bajo ninguno; ella importa necesariamente la servidumbre de un sexo y el despotismo del otro; ella no podría ser solicitada por las necesidades reales del hombre, que teniendo toda la vida para conservarse, no tiene sino instantes para reproducirse; ella introduciría en las familias una confusión y un desorden que se comunicarían bien pronto al cuerpo entero de la sociedad; ella ehoca con todas las ideas y desnaturaliza todos los sentimientos; ella quita al amor todos sus encantos, arrebatándole todo lo que tiene de

(1) Canon 31 de la Epistola Canónica de S. Basilio á Amphilocho.

(2) *Decretales*, lib. IV, tit. I, cap. XIX, y lib. id., tit. XXI, cap. II.

exclusivo; ella, en fin, repugna á la esencia misma del matrimonio, es decir, á la esencia de un contrato por el cual dos esposos se dan todo, el cuerpo y el corazón. Al aproximarse á los países donde la poligamia es permitida, parece que uno se aleja de la moral misma.”

255. Nuestra ley de 23 de Julio de 1859, en su artículo 8^o, fracción 7.^a, se ocupó también del impedimento de matrimonio anterior, en términos que literalmente han sido trascritos, así al Código Civil del Distrito Federal de 1870 (art. 163, fracción 9, como al de 1884 que comentamos (art. 159, fracción 9). “El matrimonio celebrado antes legítimamente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer.” Este mismo impedimento era reconocido en el primer proyecto de un Código Civil mexicano, por el artículo 52 que decía: “No se puede contraer segundo matrimonio mientras no se disuelva el primero ó se declare nulo.” Expresiones clarísimas, que sin duda por esta cualidad, fueron después al pié de la letra tomadas por el Código Civil del Estado de Veracruz (art. 183) y por el del Estado de México (art. 123); debiendo notarse que ambos Códigos, el uno en el art. 182, y el otro en el 122, declaran, además, que la bigamia y la poligamia son prohibidas y se sujetan á las penas establecidas por las leyes vigentes en uno y otro Estado. El Código Civil del Estado de Tlaxcala considera también entre los requisitos necesarios para contraer matrimonio (art. 114, fracción 9.^a): “que ninguno de los pretendientes esté casado legítimamente con otra persona.” Del mismo modo y como prescripción constitucional, se encuentra proclamada la unidad del matrimonio en la ley de 14 de Diciembre de 1874 (Sección V, inciso VII) (1).

256. Para cerrar este comentario sobre un punto que tanto

(1) Véase tomo I.^o de esta obra, Apéndice, letra V.

interesa á la familia y á la sociedad entera, y por la oportunidad que en nuestros dias tiene todo lo que se diga en defensa de la pureza del matrimonio, creemos muy conveniente decir siquiera algunas palabras, para demostrar el gran servicio social dispensado á los pueblos por los legisladores modernos, que respetando el principio de la monogamia consagrado desde el Evangelio, no han cedido á las instigaciones con que muchos autores, enemigos de la sociedad, han tratado en medio de la culta Europa y de la católica América Española de restablecer la poligamia, tan contraria á nuestras ideas morales, á nuestras costumbres y á toda nuestra organización. Una de las circunstancias que más cautivan en el matrimonio cristiano, arrebatado por Jesucristo de entre las garras de la prostitución pagana para ser levantado sobre un pedestal de virtud y de gloria, es la igualdad que en él conservan ambos cónyuges, igualdad tan distante de aquel despotismo del esposo no cristiano y de la degradación de la mujer antigua. Esta igualdad se nota desde luego en el exclusivo amor con que la Iglesia quiere que el hombre y la mujer se entreguen el uno al otro mutuamente, sin reservas ni particiones. Ahora bien, en la poligamia cada una de las mujeres se da al hombre todo entero, mientras que dividido entre muchas, él no puede darse á cada una de ellas sino en parte. La mujer, cuando es una de tantas esposas sobre las cuales tiene derecho un solo hombre, no puede menos que convertirse en esclava y ser considerada, ya no como una persona sino como una cosa, como un instrumento de trabajo y de placer, como una bestia de carga que, sujeta á las pasiones del dueño, entra en el comercio y es susceptible de compra y venta. La historia nos asegura que tal es el resultado de la poligamia en los países donde ha reinado. En el matrimonio monógamo, el marido se dedica á la educacion de los hijos que una sola mujer le da; y bajo el régimen de la poligamia se ve sin cesar al hijo repudiado por sus padres, que hacen de él menos caso que los

animales de sus pequeñuelos. Como el amor mientras más intenso más tiende á la unidad del objeto amado, la poligamia ha sido siempre una fuente perpétua de desgarramientos y de convulsiones domésticas, consecuencia inevitable de la división de los afectos. Dada la igualdad de los hombres y de las mujeres en el mundo, parece como que el Creador claramente manifiesta su deseo de que un solo hombre se dé á una sola mujer; pero el sistema contrario, al dar muchas mujeres á un solo hombre, condena á un cierto número de éstos á no casarse, y los priva de un derecho que tienen por la naturaleza. Así, la posesión de la mujer sería el patrimonio exclusivo del rico, que de ella haría una especie de monopolio, como logra obtenerlo de otras muchas cosas, cuando las desea ardientemente. Por último, la poligamia se opone aún á la propagación conveniente del género humano, pues el hombre entregado á tantas mujeres, con quienes tendría deberes matrimoniales, se debilitaría moral y físicamente, y á cierta altura de su existencia engendraría solo seres raquíticos y enfermizos que, no pudiendo ser bien atendidos en su desarrollo, morirían en gran número tempranamente, y los que sobrevivieran, solo figurarían en la sociedad con una educación incompleta, impotentes para prestar á la sociedad todos aquellos servicios de que el hombre es capaz cuando el padre y la madre se dedican de consuno y especialmente á formarlos. Estas observaciones las funda en abundancia la historia de los pueblos del Oriente.

257. Tales son los impedimentos respecto del matrimonio de que tratan nuestra ley de 23 de Julio de 1859, el primer proyecto de un Código Civil mexicano del Sr. Dr. D. Justo Sierra, el Código Civil del Estado de Veracruz, el del Estado de México, el de Tlaxcala, el del Distrito Federal de 1870, y el actualmente vigente, que sirve de base á nuestro comentario. Y como entre estos impedimentos hay algunos que afectan esencialmente á la naturaleza del matrimonio, por referirse á circuns-

tancias y condiciones cuya falta importa necesariamente la no existencia ó nulidad de aquel acto, y otros que, ó solo tienen razón de ser en la mayoría de los casos, pero no en todos, ó pueden ser salvados en atención á motivos que aconsejan su infracción más bien que su observancia, todas las legislaciones han cuidado de marcar cuáles de esos impedimentos son dispensables y cuáles no; ó en otros términos, cuáles son esenciales al matrimonio y cuáles meramente útiles ó convenientes. En efecto, como ya lo hemos notado (núms. 41 y 46), entre los impedimentos dispensables figura en primer lugar, la edad establecida por las leyes para poder contraer matrimonio. Así lo ha reconocido siempre el Derecho Canónico y con él casi todas las modernas legislaciones. ¿Cuál es la razón de la dispensa en este caso? Desde luego se comprende que, aunque la ley haya fijado determinada edad para el matrimonio, fundándose en que las más veces solo á cierto número de años son el hombre y la mujer física y moralmente capaces de aquel acto, casos hay en que antes de esa edad conviene permitir el enlace, sea porque el desarrollo físico ha sido precoz, sea por razones de moralidad y utilidad privada de los cónyuges, que el legislador ha debido respetar. Son motivos poderosos los que entonces obligan á la dispensa, y de su examen para consentir ésta resulta siempre la siguiente conclusión: "En nada se perjudica la institución del matrimonio con este enlace: dados los motivos que lo abonan y las circunstancias en que los pretendientes se encuentran, vale más permitirlo que sujetarlo al implacable rigor de la ley."

258. En el impedimento de parentesco, como ya lo hemos visto en su lugar, hay diferentes grados y situaciones; en otros términos: ó el parentesco es próximo ó lejano. En el segundo caso, las leyes han permitido la dispensa, atendiendo á la pequeñez de los inconvenientes que resultan de tales enlaces (números 111 y siguientes).

259. Impedimento de edad, impedimento de parentesco colateral y de afinidad en ciertos grados, son los únicos cuya dispensa ha sido admitida por las leyes. Los demás, como relativos á la esencia del matrimonio, no pueden ser dispensables, pues cada uno de ellos importa la falta de algo sin lo cual el matrimonio no puede existir ó sería enteramente nulo.

260. Quizá por estas razones, desde nuestra ley de 23 de Julio de 1859 se admitió la dispensa del impedimento de edad (art. 5.º). Y como en esta ley nada se expresó, según ya lo hemos notado, con respecto al impedimento de afinidad y á la dispensa del de parentesco, debemos recordar el decreto de 2 de Mayo de 1861, que después de establecer la afinidad en línea recta como impedimento del enlace matrimonial sin limitación alguna, expresó (art. 2) que "cabe dispensa en el impedimento constante en el artículo 8.º, fracción 2.ª de la ley de 23 de Julio de 1859 entre los consanguíneos en tercer grado de la línea colateral desigual." El primer proyecto de un Código Civil mexicano solo aceptaba (arts. 57 y 58) la dispensa del impedimento entre afines en la línea colateral y entre consanguíneos en la línea colateral desigual. El Código Civil del Estado de Veracruz (arts. 180, 189 y 190) admite la dispensa de los impedimentos de edad, de afinidad en la línea colateral y de consanguinidad en la línea colateral desigual. Iguales disposiciones se encuentran en el Código del Estado de México (arts. 120, 129 y 131). Por último, el Código de Tlaxcala no admite la dispensa del impedimento de edad, y sí la de los de consanguinidad en la línea colateral desde el tercer grado inclusive, y de afinidad en la línea colateral.

261. Tratándose de un matrimonio, cuando uno de los contrayentes se encuentre en artículo de muerte, el decreto de 5 de Julio de 1862 (art. 2.º) disponía, que no era impedimento el parentesco en la línea colateral desigual (1). Este decreto

(1) Véase el tomo 1.º de esta obra, Apéndice, letra X.

se refería á la ley de 23 de Julio de 1859, y fué expedido en una época en que esa ley y la de 28 de Julio del mismo año constituían toda la legislación vigente sobre el estado civil de las personas en México. Todavía ningún Estado había legislado sobre esta materia, y tales leyes, expedidas por el Gobierno General, regían en toda la República. ¿Este decreto está todavía vigente en México? Creemos que no, atentas las razones que siguen. Desde la Constitución de 1857 (art. 117) pertenecían á los Estados de la Federación Mexicana todas aquellas facultades que no habían sido expresamente concedidas por esa Constitución á la Federación misma. Siendo el estado civil de las personas una materia sobre la cual la ley fundamental de la República nada dijo, debe entenderse que ella pertenece al régimen interior de cada Estado, que, por lo mismo, tiene facultades para legislar sobre ella. Sin embargo, ningún Estado hizo uso de estas facultades durante un cierto tiempo, mientras que el Poder Federal sí legisló sobre la referida materia, ya por la ley de 23 de Julio de 1859 y por la de 28 de Julio del mismo año, ya por el decreto de 5 de Julio de 1862 de que tratamos. En consecuencia, la legislación federal sobre estado civil ha estado vigente en toda la República hasta no aparecer una ley local que se ocupara del mismo asunto. ¿Cuál es la primera ley de esta especie? El primer Código Civil ha sido el del Estado de Veracruz, cuya fecha es de 18 de Diciembre de 1868. Viene después el Código Civil del Estado de México, que es de 21 de Junio de 1870. Aparece en seguida el Código civil del Distrito Federal, que es de 13 de Diciembre de 1870. En el primero de estos Códigos se previno (art. 199) que no es necesaria la dispensa de impedimento por parentesco en línea colateral desigual en los matrimonios que hubieren de celebrarse estando en artículo de muerte uno de los contrayentes. Igual prevención se hizo en el Código Civil del Estado de México (art. 143). Mas en el Código del Distrito Federal no se concedió otro be-

neficio á los matrimonios *in articulo mortis* (art. 120), que el de la dispensa de vanas ó publicaciones, y no obstante hablarse en otro lugar (art. 186) del matrimonio en iguales condiciones, nada se expresó con respecto á la no existencia del impedimento del parentesco en la línea colateral desigual. Este Código, como ya lo hemos dicho repetidas veces, ha sido aceptado por los demás Estados de la Federación. Así, pues, el decreto de 5 de Julio de 1862 cedió paso á las leyes locales, de las que unas lo reprodujeron y otras lo derogaron enteramente. Esta resolución toma mayor fuerza si se atiende á lo prescrito en la ley constitucional de 14 de Diciembre de 1874, la cual en su sección 5.ª dice (art. 23): "Corresponde á los Estados legislar sobre el estado civil de las personas y reglamentar la manera con que los actos relativos deben celebrarse y registrarse, pero sus disposiciones deberán sujetarse á las siguientes bases" (1). Ahora bien, entre estas bases no se encuentra la de que trata el art. 2 del decreto de 5 de Julio de 1862. El Código Civil del Estado de Tlaxcala, que es de 1.º de Julio de 1885, nada contiene tampoco con respecto á la no existencia del impedimento de consanguinidad en los términos y condiciones de que venimos tratando. ¿Qué inferir de todo lo expuesto? Que el impedimento referido no existe para el matrimonio en que uno de los contrayentes se encuentra en artículo de muerte en los Estados de Veracruz y de México; pero sí en el Distrito Federal, en los Estados que han aceptado su Código de 1870 y en el de Tlaxcala.

262. Desde la ley de 23 de Julio de 1859 (art. 5.º), se prevenía que los gobernadores de los Estados y del Distrito Federal fuesen los autorizados para dispensar impedimentos. En esta ley, como acabamos de notar, solo se hablaba de la dispensa del impedimento de edad; mas en el decreto de 2 de Ma-

(1) Véase el tomo I de esta obra, Apéndice, letra V.

yo de 1861, refiriéndose á los otros impedimentos dispensables se asentó (art. 3): “solo pueden otorgar la dispensa de impedimentos para el matrimonio civil, *los gobernadores de los Estados y los jefes políticos de los territorios en sus respectivas demarcaciones, y el Presidente de la República en el Distrito Federal.* Conforme á estos precedentes están redactados: el art. 198 del Código de Veracruz, el 142 del Estado de México, el 127 de Tlaxcala, el 182 del Código del Distrito Federal de 1870, vigente en la mayor parte de los Estados de la Federación, y el 173 del Código de la misma demarcación, vigente desde 1884.

¿X.—¿HAY OTROS IMPEDIMENTOS DEL MATRIMONIO?

263. Los arts. 170, 171 y 172 del Código que comentamos, prohíben el matrimonio entre el tutor y curador, entre los descendientes de uno y otro y la persona que es objeto de la tutela y curatela, á no ser que se haya obtenido dispensa, la cual no se concederá sino hasta que hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela. Si el matrimonio se celebra en contravención á este principio, el juez debe nombrar inmediatamente un tutor interino que reciba los bienes y los administre mientras se obtiene la dispensa.

264. Bajo dos puntos de vista pueden ser consideradas estas prohibiciones con respecto al matrimonio: ó bien se quiere impedir por medio de ellas que tal acto se lleve á cabo, por lo que hace á las personas sujetas á tutela, sin la necesaria libertad y solo cediendo á las fáciles influencias de aquel que ocupa el lugar de padre, y desempeña, tanto respecto al menor como á sus bienes, todas las funciones que entran en la administración de la tutela; ó bien el fin que se propone el legislador es evitar los fraudes que los tutores y curadores pudieran fácilmente cometer en la rendición de cuentas, sea presentándolas inexactas,

sea absteniéndose del todo de presentarlas, pero en uno y en otro caso bajo el manto de la impunidad. Consideradas bajo el primer aspecto, ellas son, sin duda, muy justificadas, supuesto lo que anteriormente hemos dicho respecto á la absoluta libertad que debe tener el consentimiento en el matrimonio. Vistas en el otro sentido, que es según el cual han sido estudiadas por todos los autores, estas prohibiciones, aunque en sí mismas no afectan en nada á la esencia del matrimonio, pues ellas se refieren, no solo al pupilo ó pupila menores de edad, sino también á los mayores siempre que esté pendiente la rendición de cuentas, están, sin embargo, fundadas en razones de incuestionable conveniencia social, que pueden reasumirse diciendo: es el matrimonio una institución tan respetable y trascendental, que el legislador debe procurar no se convierta en medio para obtener la impunidad del fraude.

265. Es un Senado-Consulto de Marco-Aurelio y de Cómodo el primero que nos marca el origen de estas disposiciones legales (1). La prohibición se extendía al tutor y al curador, así como á sus descendientes varones, hijos, nietos, legítimos, naturales y adoptivos y á su liberto, y solo cesaba cuando expresamente el padre hubiera con anterioridad destinado á la hija para que se casase con alguna de las mencionadas personas (2). *Tutor vel curator adultam uxorem ducere non potest: nisi a patre desponsa destinatare, testamentore nominata conditione nuptiis, secuta fuerit.* El plazo de la prohibición era de veinticinco años cumplidos, supuesto que á esta edad concluía la curatela, al fin de la cual tenía que rendirse la cuenta de administración. Cuyacio, exponiendo la doctrina romana sobre esta materia, explica que la razón filosófica de la prohibi-

(1) *Dig.*, lib. 23, tit. 2, ll. 60 y 67, § 3.

(2) *Dig.*, lib. 23, tit. 2, l. 2.

ción consiste en la sospecha de fraude: *Num causa que Senatim movit, fuit suspicio fraudis*, al que podía estar expuesta la pupila casándose con el tutor, con sus hijos ó con otros que á él estuviesen sometidos por cualquier título. Hace observar el mismo comentador, que el impedimento no se extendía á aquellas personas que podían tener accidentalmente una representación semejante á las de tutor ó curador, *nec enim prorrigitur ad eos qui pro tutore vel pro curatore negotia gerunt, non ad procuratorem, non ad gestorem*, por no haber en estos casos peligro de fraude (1).

266. El Código de las Partidas recapituló en este punto con toda exactitud las leyes romanas. *Con la huerfana que alguno tuviere en guarda non puede él casar, nin darla por muger á su fijo nin á su nieto; fueras ende, si el padre la oviesse desposada en su vida con alguno dellos, o lo mandasse fazer en su testamento. E si el guardador contra esto fiziere, deve por ende recibir pena de adulterio. Mas si por aventura pasasse á ella sin casamiento, deve ser desterrado para siempre en alguna Isla, é todos sus bienes deuen ser de la Camara del Rey, si non ouiere parientes, de los que suben, o descenden por la línea derecha del, fasta el tercero grado. Pero dezimos, que si alguno tuviesse en guarda huerfano varon, maguer el casasse su fija con el, non caeria en pena de adulterio el guardador, nin la fija que casasse con el; e esto es, porque el huerfano, despues que es casado, trae su muger a su casa; o non recibe embargo ninguno en demandar cuenta a su guardador de todos sus bienes; lo que non podria fazer tan ligeramente la huerfana, despues que fuere casada con el, o con su fijo. E por esta razon podria acaeser que perderia gran partida de sus bienes, non le osando demandar cuenta dellos (2).*

(1) Cuyacio, *Opera omnium*, tom. 2. Paratitla in lib. 5^o, Cod. Inst.

(2) *Part.* 7. ^o tit. XVII. l. VI.

267. Como se ve, lo mismo en la legislación romana que en la española, la prohibición de matrimonio por causa de la tutela se limitaba solo á los parientes *varones* del tutor. Posteriormente las legislaciones modernas han hecho extensivo este impedimento, no solo á los hijos ó nietos varones del tutor ó curador, sino aun á las hijas y nietas; por eso, sin distinción de sexos, se consigna el impedimento en el proyecto del Código Civil español de García Goyena (art. 55).

268. El Código Civil del Estado de Veracruz dice textualmente (art. 191): "Se prohíbe 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. Esta no se concederá mientras que fenecida la tutela ó curatela no haya recaído la aprobación de las cuentas." En los mismos términos se expresa el Código del Estado de México [art. 132]. El de Tlaxcala enumera entre los requisitos necesarios para contraer matrimonio [art. 114, fracción 10.ª]: "Que no sea uno de los contrayentes tutor del otro, extendiéndose esta prohibición á los ascendientes y descendientes del tutor, mientras dure la tutela ó esté pendiente la rendición y aprobación de cuentas." Este Código hace extensivo el impedimento de que venimos tratando aun á los ascendientes del tutor.

269. El legislador de 1870 en el Distrito Federal, cuyo Código [arts. 174, 175 y 176] no ha sido modificado por el de 1884, decía en la parte expositiva correspondiente á la materia que nos ocupa: "Sosteniéndose la prohibición del tutor, curador y sus descendientes para contraer matrimonio con la persona que el primero tuvo bajo su guarda, se ha prevenido lo conveniente respecto de la rendición de las cuentas, porque si bien es cierto que aun después de aprobadas éstas hay algun abuso de parte de las personas citadas, no hay ya el peligro de que la menor se perjudique."

270. Déjase entender que siendo la razón de este impedimen-

to, ahora y siempre, el peligro de que el menor sea defraudado en sus intereses, tienen todavía indicación y aplicación entre nosotros las observaciones que antes hemos transcrito de Cuyacio, esto es, que el impedimento no se extiende á aquellas personas que accidentalmente y de una manera interina integren la personalidad del menor, porque como éstas no administran, no están sujetas á rendición de cuentas, ni se encuentran en situación de poder defraudar á aquel; todo lo que tiene lugar cuando se trata de tutores especiales interinos dados *ad hoc* para algún negocio particular, en el que por circunstancias determinadas no pueda ser representado el menor por su tutor definitivo legal administrador de su patrimonio.

271. Aunque en varios códigos y en todo el antiguo Derecho la impotencia era considerada como impedimento del matrimonio, nosotros no nos ocupamos de ella en este lugar, porque nuestro Código solo la trata como causa de nulidad. En consecuencia, expondremos todo lo relativo á este punto en el comentario del capítulo VI de este Código.

272. Mas como la legislación canónica, verdadero origen de la moderna, ha estado por mucho tiempo vigente en nuestro país, que no cesó de prestarle aún el acatamiento obligatorio de las leyes sino hasta la fecha de la de 23 de Julio de 1859; y como muy incompleta resultaría una obra que tratase del importante asunto del matrimonio, el cual á pesar de la secularización que algunos gobiernos de nuestros días se han esforzado en imprimirle, no ha dejado por esto de ser considerado en las sociedades verdaderamente cristianas como un Sacramento, si en ella no se comprendiese á lo menos una breve exposición de otros impedimentos canónicos fuera de los recibidos por la ley civil, creemos necesario no concluir esta parte de nuestros estudios sin presentar el cuadro de los impedimentos rigurosamente canónicos, así como su significación y alcance.

Ya en otro lugar hemos demostrado que el matrimonio ha

ido siempre, desde el origen de los tiempos, una institución altísima, considerada por todos los pueblos como religiosa y santa, de tal manera, que al ser declarada por Jesucristo como Sacramento, en verdad que no se hizo sino continuar la tradición de épocas anteriores, aunque por virtud de la divinidad del Redentor adquirió aquella gracia especial que solo de Dios podía recibir (núms. 3 y siguientes). Siendo esto así, nada más natural que la Iglesia, representante de Jesucristo en la tierra, interviniera desde los principios de su establecimiento en tal acto, de la misma manera que en los otros sacramentos.

La Iglesia, efectivamente, ha ejercido siempre como propia la facultad de poner impedimentos al matrimonio, y solo ha considerado como válidos aquellos que se habían celebrado según sus leyes. Atenágoras, en el siglo II, decía: *Uxorem suam unusquisque nostrum eam reputat, quam legibus nostris duxit*. Fácil es señalar el origen canónico de la mayor parte de los impedimentos del matrimonio. Los *Canones Apostólicos* prohíben el matrimonio entre cuñados (1), y establecen el impedimento de *Orden* (2). El impedimento de *consanguinidad* es establecido por concilios antiquísimos (3). En el Concilio de Elvira, celebrado el año 306, se encuentra el impedimento de *disparidad de culto* (4). En este mismo concilio (5) y en el de Neocesárea, celebrado en 314, se renueva el impedimento de *afinidad* (6) en primer grado de la línea transversal. El impedi-

(1) Can. 17.

(2) Can. 27.

(3) Concil. de Agda en 506, can. 61.—Concil. 2.^o de Toledo en 527, can. 5.—Id. de Averno en 535, can. 12.

(4) Cánones 15 y 17.

(5) Can. 61.

(6) Can. 2.

mento del *voto* se halla en el Concilio de Elvira (1), en el IV de Cartago del año 436 (2), en el general de Calcedonia, celebrado en 451 (3) y en otros. El Papa San Siricio fué el primero que estableció en el siglo IV el impedimento de *pública honestidad* (4), y el de *raptó* fué decretado en el Concilio de Ancira en 314 (5), siendo después repetido por el de Calcedonia (6) y por el Papa Símaco en 504 en su carta á Cesáreo de Arles. El impedimento de *crimen por adulterio* fué decretado por el Concilio de Tours en 567 (7), y renovado más tarde en los Concilios de Tívoli en 895 (8) y en el de Alteis en 916. En todos estos cánones se encuentran los impedimentos del matrimonio, que fueron después ampliados y repetidos por otros muchos concilios y decretales de los siglos posteriores. Ellos constituyen la forma por medio de la cual la Iglesia de Jesucristo ha manifestado el poder que tiene de legislar sobre el Sacramento del Matrimonio. Este poder la Iglesia lo reclama como propio, y en su ejercicio declara ser infalible. El Concilio de Trento dice en uno de sus cánones: *Si quis dixerit ecclesiam non potuisse constituere impedimenta matrimonium dirimentia, vel in iis constituendis errare, anathema sit* (9).

273. Veamos ahora en qué consisten los varios impedimentos establecidos por la Iglesia; mas para no repetirnos, expon-

(1) Can. 13.

[2] Can. 104.

[3] Can. 16.

[4] Epist. ad Himerium Tarsac. Episc., cap. IV.

[5] Can. 10.

[6] Can. 26.

[7] Can. 51.

[8] Can. 51.

[9] Sess. 21. can. 4.

gamos solamente aquellos que no han sido aceptados por nuestras modernas leyes civiles. *Voto* es el juramento solemne de castidad pronunciado al profesar en alguna religión aprobada por la Iglesia. No debe entenderse el voto simple de castidad, ó de entrar en alguna religión, ó de recibir los órdenes sagrados, ó, en fin, de no casarse, pues éste, aunque impide el matrimonio, no lo dirime una vez celebrado (1). No solo el parentesco de consanguinidad es impedimento canónico del matrimonio, sino también el *espiritual y legal*. El primero dirime el matrimonio entre las personas siguientes: entre el bautizante y bautizado y el padre y madre de éste; entre los padrinos y el bautizado y el padre y madre del mismo; entre el confirmante y el padrino de confirmación por una parte, y el confirmado y padre ó madre de éste por la otra (2). *Parentesco legal* es el que existe entre el adoptante y el adoptado, entre el adoptado y los hijos naturales del adoptante mientras dura la adopción, y entre el adoptante y la mujer del adoptado, y entre éste y la mujer de aquel (3). *Disparidad de culto* es la diferencia de religión en los dos contrayentes, de los cuales uno es cristiano y el otro infiel ó no bautizado (4). El *orden* es impedimento canónico cuando se trata de los ordenados *in sacris vel solemniter profesos* (5). *Honestidad pública* es un impedimento undado en cierta especie de parentesco que nace de los esponsales y del matrimonio *rato* ó todavía no consumado, parentesco que se contrae entre el varón y los consanguíneos de la mu-

(1) Concilios, *Lateranense*, 1.º y 2.º, y *Tridentino*, Sess. 24, can. IX.

(2) *Concil. Trident.*, sess. 24, cap. 2.

(3) Benedicto XIV, *de Synodo dicec.* lib. 7, cap. 36.

(4) Benedicto XIV, *Breve al Cardenal Eboracense*.

(5) *Concil. Trident.*, Sess. 24, can. 3.

jer (1). *Clandestinidad* es otro impedimento que consiste en que el matrimonio se celebre sin la presencia del párroco y testigos correspondientes (2). Tales son, unidos con los otros de que en su respectivo lugar hicimos mención, los impedimentos canónicos dirimentes.

274. En cuanto á los impedientes, ellos se reducen á cuatro: primero, prohibiciones de la Iglesia, *Ecclesiae vetitum*, bajo cuyo nombre se contiene todo mandato especial del superior eclesiástico, que con justa causa prohíba determinado matrimonio; segundo, impedimento del tiempo, *tempus clausum*, que se refiere á la prohibición de celebrar nupcias desde la primera dominica de Adviento hasta la Epifanía, y desde el Miércoles de Ceniza hasta la octava de Pascua inclusive (3); tercero, los esponsales, *sponsalia* (núms. 27 y siguientes), y cuarto, el voto, *rotum*, bajo cuya denominación se comprenden los votos simples de castidad, ó de entrar en religión, ó de recibir órdenes sagrados, ó de no casarse.

275. Los impedimentos dirimentes en Derecho Canónico se encuentran expresados en los autores con los siguientes imperfectos versos:

*Error, conditio, rotum, cognatio, crimen,
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,
Amens, affinis, si clandestinus et impos,
Si mulier sit rapta, loco nec reiddita tuto:
Hæc socianda cetant connubia, facta retractant.*

Art. 174. El matrimonio celebrado entre extranjeros fuera del territorio nacional, y que sea válido con arreglo á las leyes del país

(1) *Concil. Trident. Sess. 24, cap. 3.*—San Pío V, Constitución *ad Romanum*, año de 1568.

(2) *Concil. Trident., Sess. 24, cap. 1.º*—Donoso, *Ins. de Derecho Canónico*, tom. 2, pág. 389.

(3) *Concil. Trident., Sess. 24, cap. 10.*

en que se celebró, surtirá todos los efectos civiles en el Distrito Federal y Territorio de la Baja California.

Art. 175. El matrimonio celebrado en el extranjero entre mexicanos ó entre mexicano y extranjera ó entre extranjero y mexicana, también producirá efectos civiles en el territorio nacional, si se hace constar que se celebró con las formas y requisitos que en el lugar de su celebración establezcan las leyes, y que el mexicano no ha contravenido á las disposiciones de este Código relativas á impedimentos, aptitud para contraer matrimonio y consentimiento de los ascendientes.

Art. 176. En caso de urgencia, que no permita recurrir á las autoridades de la República, suplirán el consentimiento de los ascendientes y dispensarán los impedimentos que sean susceptibles de dispensa, el ministro ó cónsul residente en el lugar donde haya de celebrarse el matrimonio, ó el más inmediato si no le hubiere en dicho lugar, prefiriendo en todo caso el ministro al cónsul.

Art. 177. En caso de peligro de muerte próxima, y no habiendo en el lugar ministro ni cónsul, el matrimonio será válido siempre que se justifique con prueba plena que concurrieron esas dos circunstancias, y además, que el impedimento era susceptible de dispensa y que se dió á conocer al funcionario que autorizó el contrato.

Art. 178. Si el caso previsto en el artículo anterior ocurriere en el mar, á bordo de un buque nacional, regirá lo dispuesto en él, autorizando el acto el capitán ó patrón del buque.

Art. 179. Dentro de tres meses después de haber regresado á la República el que haya contraído en el extranjero un matrimonio con las circunstancias que especifican los artículos anteriores, se trasladará el acta de la celebración al registro civil del domicilio del consorte mexicano.

Art. 180. La falta de esta trascripción no invalida el matrimonio; pero mientras no se haga, el contrato no producirá efectos civiles.

276. Hasta aquí hemos expuesto lo que disponen nuestras leyes civiles y las canónicas con respecto á la naturaleza y condiciones del matrimonio, considerado como un acto que se celebra dentro de los límites del territorio nacional, entre mexicanos, y sujeto, por consiguiente, en todos sus elementos á la acción de las autoridades nacionales. Mas ahora debe notarse que, si la legislación canónica, por no estar contenida en sitios ni en fronteras, se extiende sobre diversos países y tiene aplicación independientemente de toda nacionalidad, donde quiera que un cristiano se encuentra, no sucede otro tanto con las leyes civiles que, atentas á los intereses temporales y expresión de las variables circunstancias de cada pueblo, siguen por necesidad la cambiante marcha de las cosas humanas, y ora traduciendo tal grado y forma de civilización, ora expresando la victoria de determinadas ideas, no pueden ser las mismas en todas las naciones. Es solo una bella utopía la uniformidad de los principios legales en los diferentes pueblos, cuyas leyes, desde las más antiguas hasta las últimas, solo tienen de común, puestas aparte aquellas épocas en que la fuerza ha imperado, el derecho natural y la filosofía cristiana. Solamente el espíritu que de uno y otra procede ha sido siempre igual en la historia de las naciones y continuará siéndolo en lo porvenir. No asentimos con otra inteligencia á las doctrinas profesadas en nuestros días por Savigny y por Laurent, bajo las lisonjeras frases de *comunidad de derecho entre los diferentes pueblos* (1): *derecho universal que regirá las relaciones de interés privado entre los pueblos* (2), frases que, de no ser el *summum vinculum* de que hablaba Lactancio, refiriéndose á las máximas del Evangelio (3), mucho

(1) Savigny, tom. 8.

(2) Laurent, *Droit civ. franc.*, tom. 1.

(3) Lactancio. *De Inst. div.*, lib. IV, núm. 10

tememos que solo queden escritas, sin ser jamás encarnadas en la realidad.

277. Al presente cada nación, por efecto de su particular historia, de intereses especiales y de tendencias etnológicas, tiene leyes que le son propias, conformes con su carácter, usos y costumbres, y tan diversas de las de otra, como lo son entre sí su origen, su desarrollo social y político y toda su civilización (1). Este fenómeno que se realiza en todos los actos del hombre que pueden ser objeto de las leyes, tiene lugar también tratándose del matrimonio, el cual, regido antes en casi todos los países por la legislación eclesiástica, ha pasado á ser en los tiempos modernos materia civil, tratada en Códigos y leyes especiales. Es verdad que se observan principios por todos los legisladores aceptados, y que constituyen como un fondo de preceptos canónicos, de donde todas las legislaciones civiles han tomado lo esencial, variando en lo que mira á la perpetuidad del lazo conyugal, ó solo en ciertos puntos accesorios; pero aún así son posibles los conflictos, pues quedan multitud de pormenores de diverso modo arreglados por las leyes de los diferentes Estados, y que siendo la base de otros tantos derechos y capacidades jurídicas, no pueden menos que engendrar conflictos y colisiones que la ciencia ha procurado resolver por medio de principios fundamentales, cuyo conjunto constituye lo que se llama Derecho Internacional Privado.

278. Ya en otro lugar de nuestra obra (2) hemos expuesto lo que enseña esta parte de la ciencia de la legislación. Vamos ahora á aplicar al matrimonio los principios antes comentados en términos generales. Al efecto, procuraremos estudiar las siguientes cuestiones: 1.ª ¿Qué ley debe regir el matrimonio ce-

(1) Fiore, *Derecho int. priv.*, tom. 1, núm. 1.

(2) Tomo 1.º de esta obra, núms. 104 y siguientes.

lebrado entre mexicanos en país extranjero? 2.ª ¿Qué ley debe regir el matrimonio de extranjeros en México? y 3.ª ¿Qué efectos civiles produce en México el matrimonio celebrado entre extranjeros fuera de la República?

¿. I.—¿QUE LEY DEBE REGIR EL MATRIMONIO CELEBRADO ENTRE MEXICANOS EN PAIS EXTRANJERO?

279. Hemos dicho (1) que entre las leyes porque se gobiernan los actos humanos, figuran las llamadas *personales*, que se refieren al estado y capacidad de cada individuo, al lado de las que tratan de los bienes y de la forma de los actos. Es ésta la antigua doctrina de los Estatutos, que aunque muy criticada en nuestros días, no ha sido hasta ahora satisfactoriamente reemplazada en la ciencia del Derecho Internacional privado. Ahora bien, todos los tratadistas convienen en que las leyes relativas al estado y capacidad de las personas, gobiernan los actos del individuo donde quiera que él se encuentre. Eminentes jurisconsultos consideran este principio como una *communis opinio*, y todos los códigos lo han aceptado. Su razón estriba en los gravísimos inconvenientes que se seguirían del principio contrario, según el cual el estado y capacidad de una persona mudaría tanto cuanto los lugares en que se encontrase. Si pues las leyes concernientes á la capacidad para casarse, ó sea á los impedimentos para este acto, pertenecen, sin duda, á aquellas que se llaman *personales*, es lógico que sean observadas por el mexicano fuera de su patria. “La ley de la nación, dice Foelix, á la que pertenece un individuo, decide si es nacional ó extranjero, libre ó esclavo, noble ó plebeyo, si goza ó no de los derechos civiles establecidos en el Estado, si puede ad-

(1) Tomo 1.ª de esta obra, núm. 122.