

## SECCIÓN 4ª

## DE LAS NULIDADES ABSOLUTA EN ESPECIE.

*Número 1. De la falta de edad.*

265. Habiendo en otro lugar de esta obra <sup>1</sup> expuesto ampliamente el impedimento de falta de edad para contraer matrimonio, no tenemos aquí que ocuparnos sino del carácter de la nulidad, proveniente de tal impedimento, una vez contraído el matrimonio; de las personas que pueden interponer aquella, y de si es susceptible ó no de ratificación. En derecho canónico no nos es lícito dudar que la falta de edad, competente para los fines del matrimonio, importa un impedimento según la naturaleza, y por tanto una nulidad absoluta, proponible, después de contraído el matrimonio con ese vicio, no sólo por los cónyuges sino también por cualquier interesado, pudiendo aun incoarse el procedimiento de oficio por el Juez eclesiástico. *Ad matrimonium contrahendum nulla determinata ætas jure naturæ requiritur*, dice Eurillo, *sed tantum usus rationis, seu discretio.*<sup>2</sup> Berardi, hablando de la disposiciones generales de las leyes sobre los matrimonios anulables, dice: *Quidquid passim tradere Interpretes, adque universi Pragmaticæ soleant, ego distinguenda puto triplicis generis jura, nimirum naturale, divinum, & positivum humanum, sive ecclesiasticum sit, sive civile. Quoties*

<sup>1</sup> Véase tomo 2.º de esta obra, núms. 37 y siguientes.

<sup>2</sup> Murillo, lib. 4, tit. 2, número 45.

*agatur de legibus, quas natura præstituit, secernenda sunt quadruplicis generis vetita; alia enim ideo conjugia quædam improbant, quod desit conjugiorum forma substantialis, ut scholæ loquuntur; alia ideo improbant, quod conjugii finis obtineri dequead; alia, ideo, quod conjugiorum honestas obhorreat; alia denique ideo, quod in generalia quædam principia impingunt extra conjugii causam, sive quod conjugium minus honestum reddant ex accidenti, atque ex adjunctis conjugio ipsi prorsus extraneis. Cum vetita sunt primi generis, quando nimirum ideo conjugia certa improbantur naturæ jure, quia deest forma substantialis, statim conjugium erit irritum; siquidem repugnat rem esse, ubi rei substantia desideratur. Exemplum est in eo conjugio, in quo consensus contrahentium integer non est, quoniam potissimum consensus matrimonium facit. Sic irritum erit conjugium a furioso, ab amante, a coacto, a pupillo contractum.*<sup>1</sup> Por otra parte, el impedimento consistente en la falta de edad sólo es dispensable por el Romano Pontífice y en casos urgentes, especialmente cuando se duda, *si malitia supplet ætatem*, por el Ordinario. Pero, si bajo este punto de vista, la nulidad que nos ocupa es absoluta, bajos otros, es sólo relativa, en el sentido de poder ser cubierta por la ratificación, que consiste en la cohabitación de los cónyuges unida al transcurso de tiempo, sin haber reclamado.<sup>2</sup> Sin embargo, esta ratificación, consistente en la cohabitación posterior, no hace válido el matrimonio, según el Concilio Tridentino, si no es que las partes reiteren la celebración de aquel en presencia del cura y de los testigos, pues visto que el matrimonio contraído la primera vez lo había sido con un impedimento público, es á saber, la falta de edad, es neces-

<sup>1</sup> Berardi, tom. 3, Dissert, 4, cap. 1.

<sup>2</sup> Clemente III, cap. 4, *Ins u per*, tit. 18, *qui matrim, accusare possunt*.

ria la renovación del consentimiento, como en otra parte lo hemos dicho (núm. 233)

La ratificación de la nulidad por *falta de edad* con la cohabitación posterior es también declarada por el Doctor Angélico en las siguientes palabras: *Et ideo, si contrahentes ante annos pubertatis, ante tempus prædictum carnaliter fuerint copulati, nihilominus matrimonium perpetuò stat indissolubile.*<sup>1</sup> Es sustancialmente lo mismo que había dicho el jurisconsulto Pomponio: *Minoren anis duodecim nuptam, tunc legitiman uxorem forecum apud virum explesset duodecim annos.*<sup>2</sup>

Pero si tal ratificación falta, el matrimonio nulo es válido, como exponsales: *Respondemus dice Inocencio III, quod si puella nubilis non erat ætatis, cum sæpe fatus vir desponsabit eandem, et ætatem in ea prudentia non supplebat proculdubio inter eos non conjugium, sed sponsalia contracta fuerunt, quamvis abispo viro eadem fuerit subarrhata.*<sup>3</sup>

266. La Legislación antigua española es fiel á estos antecedentes. «Mas para casamiento fazer, dice una ley de Partida, ha menester que el varón sea de hedad de catorce años, é la muger de doze. E si ante deste tiempo se casasen algunos, non sería casamiento, mas desposajas, fueras ende si fuessen tan cercanos á esa hedad, que fuessen ya guisados para poderse ayuntar carnalmente. Ca la sabiduría, é el poder, que han para esto fazer, cumple la mengua de la hedad.»<sup>4</sup>

267. Lo mismo debemos reconocer del antiguo derecho francés<sup>5</sup> y del moderno, si bien respecto á éste ya hemos di-

1 D. Thom. Aquin. *Summ. Theolog.* Q. 58, art. 5.

2 *Dig.* lib. 23, tit. 2, l. 4.

3 *De Desponsat, impub.* 14.

4 *Partida 4<sup>a</sup>*; tit 1, l. 6.

5 Pothier, núms. 94 y 95.

cho que el Código de Napoleón retarda la puertad hasta los quince años para la mujer y hasta diez y ocho para el hombre. En cuanto al carácter de nulidad es opinión común, entre los comentadores, que es absoluta. «La impuvertad, dice Laurent, es una causa de nulidad absoluta (art. 184), porque la ley exige una cierta edad para casarse *por motivo de orden público y de interés social*. Sin embargo, esta causa de nulidad no es tan grave como el incesto y la bigamia, la impuvertad cesa necesariamente y por tanto puede no existir ya de hecho, aunque la ley lo presuma. De aquí resulta que la nulidad proveniente de impuvertad tiene caracteres especiales que hacen de ella una nulidad aparte, absoluta en un sentido, relativa en otro.»<sup>1</sup>

De los términos del art. 184 francés se deduce que el matrimonio contraído, á pesar del impedimento de impuvertad, puede ser atacado por los esposos mismos, *por todos aquellos que tengan interés y por el Ministerio Público*. ¿Puede pues reclamar la nulidad, tanto el esposo impúber como el púber, y éste, aun en el caso en que hubiera conocido la edad del otro? Delvincourt ha enseñado la negativa. «El esposo púber, dice, ha dado su consentimiento; ahora bien, el art. 186 decide que los padres, que han consentido en el matrimonio de su hijo impuber, no son aceptables á prevalerse de esta nulidad; luego, en virtud de la regla *ubi eadem est ratio idem jus*, se debe rechazar al esposo púber, que hubiera contraído matrimonio, conociendo la impubertad del otro, por la misma excepción que se opone á los ascendientes.»<sup>2</sup> Pero esta interpretación ha permanecido aislada entre los autores y en la jurisprudencia. Aparte de que el texto del art 184 resiste expresamente á tal doctrina, no faltan razones para

<sup>1</sup> Laurent, tom. 2 núm. 467.

<sup>2</sup> Delvincourt, tomo I, pág. 71, nota 6.

combatirla, sobre todo en el fundamento que pretende tomar sobre lo que establece el art. 186 respecto á los ascendientes. «Qué diferencia, dice Laurent, entre los mayores que tienen la experiencia de la edad y los esposos de los que uno es todavía un niño, y que entrambos tienen, por excusa, el ardor y frenesí de la pasión.»<sup>1</sup> Duranton da otra razón, tomada de la naturaleza de la nulidad de que trata el art. 184. «Esta nulidad, dice, es de orden público; y la ley ha pensado que, sometiendo á mayores causas de anulación, matrimonios celebrados con menosprecio de sus disposiciones, menos fácilmente se formarían esos nudos que ella desconoce.»<sup>2</sup>

El art. 185 del mismo Código francés se expresa así: «Sin embargo el matrimonio contraído por esposos que no tenían todavía la edad requerida, ó á lo menos, por uno de ellos que adolecía de esa falta, no podrá ya ser atacado. 1º, cuando han transcurrido seis meses, desde que este esposo ó ambos han tocado la edad competente; 2º, cuando la mujer que no tenía esa edad, ha concebido antes del vencimiento de los seis meses.» He ahí, pues, las dos maneras de cubrirse esta nulidad absoluta, que por lo mismo, bajo este punto de vista, se convierte en relativa: transcurso de seis meses, después de la mayor edad, sin reclamar la nulidad; preñez de la mujer impúber. Respecto al primer modo, Portalis lo motiva, diciendo: «La falta de edad es reparable. Sería pues absurdo que ella sirviese de pretexto para atacar un matrimonio, cuando ya ha transcurrido un plazo de seis meses, después de que los esposos han tocado la edad competente. Entonces ya no existe la nulidad: el efecto no debe sobrevivir á su causa.» ¿Por qué la ley da ese plazo, á primera vista, tan largo para atacar el matrimonio? El mismo Portalis responde: «porque la ley debe conceder un plazo útil para excercer la acción.»

1 Laurent, tomo 2, núm. 467.

2 Duranton, tomo 1, núm. 902.

268. Supuesta la legislación anterior, se pregunta: ¿es conforme á ella decir que la cohabitación, posterior al cumplimiento de la mayor edad, pero anterior al de seis meses, por ejemplo, la cohabitación de tres meses, basta para cubrir la nulidad consistente en impubertad? Toullier pretende que sí;<sup>1</sup> pero, como lo enseña Dalloz, todos los demás autores no admiten que la cohabitación, cuando ha durado menos de seis meses, después de adquirida la pubertad, pueda fundar una excepción contra la demanda del esposo. La ley, en efecto, ha querido que, á partir de la pubertad, pasaran seis meses para reflexionar y que sólo después de transcurridos estos seis meses, se pueda presumir que los esposos han dado un nuevo consentimiento; si ella hubiera entendido que, durante estos seis meses, los esposos viviesen separados, no habría dejado de decirlo. Por su silencio, parece suponer, al contrario, que ellos continúan viviendo en el estado, que es la consecuencia natural de la unión que han contraído.<sup>2</sup>

269. Se pregunta si, como lo enseña Proudhon, al transcurso de los seis meses debe unirse la cohabitación, para que pueda producirse la excepción contra la nulidad que nos ocupa.<sup>3</sup> Laurent, con la mayoría de los comentadores, responde negativamente, partiendo del concepto de *absoluta* que esta nulidad tiene en derecho francés. ¿Se trata, dice, en el art. 185, de confirmar el matrimonio? No absolutamente, pues la confirmación ni aun se concibe, puesto que la nulidad es absoluta, es decir, de interés público; el esposo puede no intentar la acción que le pertenece, pero no puede renunciar á una acción que ha sido establecida, no en su inte-

---

1 Toullier, tom. I, núm. 622.

2 Dalloz, "Mariage," núm. 532.

3 Proudhon, tomo I, pág. 439.

rés, sino en interés de la sociedad. ¿Por qué, pues, el esposo que guarda silencio durante seis meses, ya no es aceptable á pedir la nulidad? Es una cuestión de prescripción y cuando la ley concede una acción, es necesario que determine un plazo en el que deba ser intentada.<sup>1</sup>

270. Finalmente se pregunta, si tiene lugar en este caso la ratificación expresa ó tácita. Los autores más acreditados enseñan que ratificar es renunciar á un derecho concedido por la ley; que en consecuencia la ratificación no se concibe, cuando se trata de un derecho de interés general. Con respecto á la ratificación tácita dice Demante: «Yo creo que es necesario atenerse aquí estrictamente á los términos de la ley; y aunque el efecto atribuido al silencio durante seis meses no pueda explicarse sino por la idea de ratificación ó renuncia á la acción, yo no me creería autorizado por esto á reconocer un semejante efecto á cualquier otro modo de ratificación. Notemos, por otra parte, que, para destruir la acción, que pertenece á todos los interesados, sería preciso la confirmación de todos, y que esta condición, difícil de realizarse de otra manera, se encuentra al contrario plenamente cumplida por el silencio de todos.»<sup>2</sup> Así es que el art. 185 francés, por declaración expresa, no acepta sino dos modos de ratificación tácita: el silencio durante seis meses, desde que el esposo ó los esposos han tocado la edad competente y la preñez de la mujer impúber antes del lapso de ese tiempo. Sobre este segundo modo Portalis nos dice, que la ley no debe aspirar al derecho de ser más sabia que la naturaleza, y que por tanto la ficción debe ceder á la realidad. En cuanto á la ratificación expresa, la cuestión no es tan clara. ¿Por qué el esposo llegado á la edad competente,

---

<sup>1</sup> Laurent, tom. 2, núm. 468.

<sup>2</sup> Demante, tom. 1, núm. 268, bis. I.

si puede contraer un matrimonio válido, no ha de poder revalidar el contraído, cuando era impúber? ¿Por qué, como decía Portalis (núm. 267), el efecto ha de sobrevivir á la causa? La objeción no tendría réplica en derecho francés, si la nulidad de que se trata fuese relativa; pero, ya lo hemos dicho, tal nulidad, conforme al Código de Napoleón, fiel en este punto al antiguo derecho y al Canónico, es absoluta. Así es que dice Laurent; «Nuestra respuesta está escrita en la ley; ella no admite el principio, formulado por Portalis, de una manera absoluta; desde que el esposo se ha hecho púber, la causa de la nulidad cesa y sin embargo la acción de nulidad no se extingue; para que lo sea, es necesario que todos los interesados guarden silencio durante seis meses.

271. Nuestra legislación nacional no es uniforme ni satisfactoria sobre esta materia. Los Códigos de Veracruz (art. 254) y de Estado de México (art. 207) establecen que la edad menor de 14 años en el hombre y de 12 en la mujer dejará de ser causa de nulidad: 1.º Cuando llegado el menor á esta edad no reclama dentro de dos meses la nulidad, y continúa cohabitando con el otro cónyuge; 2.º Cuando antes de llegar á la edad, ha habido concepción de prole.—Sólo puede deducir nulidad por esta causa el mismo menor. De esta legislación se infiere desde luego que la nulidad que nos ocupa, á diferencia de lo que hemos visto en el Código francés, es sólo relativa, y que no puede, como Delvincourt interpretaba el art. 184 del Código de Napoleón, deducirse sino por el esposo impúber. Se deduce también que estos dos Códigos, siguiendo las enseñanzas de Proudhon (núm. 269), exigen que al transcurso de tiempo debe unirse la cohabitación, para que pueda producirse la excepción de nulidad. Finalmente esta legislación nos autoriza, supuesto el carácter relativo de la nulidad que establece, á sostener que, si

llegado el esposo menor á la edad púber, ratifica *expresamente* su matrimonio, aunque no hayan transcurrido todavía los dos meses, la ratificación dada debe producir sus efectos, pues siendo la nulidad meramente relativa, ó sea, establecida sólo en beneficio del cónyuge menor de edad, puede éste renunciarla en términos explícitos é indubitables, como lo puede tácitamente (núm. 270.) Sobre ambos Códigos tenemos que hacer una advertencia, que no por ser relativa á primera vista sólo á la redacción de los artículos de que nos ocupamos, deja de ser importante, pues, en nuestro concepto, el legislador debe esforzarse en ser claro, para evitar equívocas y aun perniciosas interpretaciones. Ambos Códigos, hablando del primer modo de ratificación tácita que reconocen, dicen que la edad *menor de catorce años en el hombre y de doce en la mujer* dejará de ser causa de nulidad, cuando, llegado el menor á esta edad, no reclama, etc., es decir, á la edad de doce y catorce años. Se comprende que ese ha sido el pensamiento del legislador y no decir, á la mayor edad, á la edad competente, para que el hombre se baste á sí mismo, sin necesidad de patria potestad ni de tutela, en el ejercicio de todos los actos de la vida civil. De otra manera, tendríamos que admitir que, para que la nulidad en cuestión cese, es necesario que la reclamación no se haga para el hombre y para la mujer á la edad de veintiún años y dos meses, porque veintiún años es la mayor edad, fijada por ambos Códigos (Veracruz, art. 340: Estado de México, art. 291). Los Códigos del Distrito Federal de 1870 (art. 281), el actual (art. 258) y el de Tlaxcala (art. 131) reconocen también que la nulidad del matrimonio, por falta de edad, es sólo relativa, pero declarando, como el Código francés, que la acción sólo puede ser deducida por *ambos cónyuges*, es decir, tanto por el púber como por el impúber. Esta idea no aparece tan clara en los Códigos del Distrito Fede-

ral; pero es terminante en el de Tlaxcala que añade (art. 132): «La nulidad del matrimonio por causa de la menor edad sólo puede pedirse por *los cónyuges*.» Estos tres Códigos, más exigentes que el francés y los de Veracruz y E. de México, no reconocen la ratificación tácita en la simple preñez ó concepción de la esposa impúber, sino que exigen que *haya habido hijos*. La verdad es que la simple razón resiste á justificar *á* maña exigencia. ¿Qué es lo que la ley se propone aquí? No poner como lo indicaba el sabio Portalis, al Código en antagonismo absurdo con la naturaleza. Cuando ésta revela de un modo claro é indubitable que, á pesar de la falta de edad, no sólo ha podido haber y ha habido la potencia de la cohabitación, sino también, por parte de la mujer, el vigor de la preñez ó concepción, ¿es racional y lo qué es más grave aún, es moral, resistirse á ver en estos signos manifiestos y decisivos la mejor revalidación que pudiera exigirse, y aun la conveniencia de no destruir un tal matrimonio? Por otra parte, si hemos de interpretar rigurosamente y á la letra esas palabras de la ley; supuesto que todo lo relativo á la nulidad y excepciones en materia de matrimonio, tiene que ser expreso y restrictivo, resultará que la falta de hijos, ya sea por esterilidad, ya por alumbramientos desgraciados, aunque por lo demás haya habido perfecta cohabitación, será motivo para condenar á la nulidad muchos matrimonios, á los cuales nada falta para ser irreprochables, lo cual es absurdo.

272. Mas no se crea por ésto que aceptamos, como jurídico y científico, el signo escogido, para fundar la ratificación, por el Código francés. Ni éste, que se fija en la simple preñez de la esposa impúber, ni menos los nuestros que exigen el nacimiento de hijos, son conformes á la noción exacta de la pubertad y de la potencia natural. Hemos visto en otro lugar (núm. 258) que la impotencia es definida, en el sentir

del mayor número de doctores: *inhabilitas vel ex parte viri vel ex parte foeminae ad matrimonium consummandum*. De-breyne, es verdad, dice que aquella es la incapacidad *habendi copulam quae per se sufficiat ad generationem*, de lo cual, á primera vista, parece que pudiera inferirse la necesidad de la preñez, para deducir la viri-potencia en la mujer; pero, aun este autor, al decir eso, sólo se refiere á ciertos fenómenos excepcionales en que, aunque hay *penetratio et seminatio intra vas muliebre*, existe en la mujer verdadera impotencia, absoluta y perpetua, físicamente verificable y consistente en la *obsentia completa uteri*. Puede pues la mujer tener la perfección de sus órganos sexuales y *no concebir*, sin que por esto se diga impotente. Luego no es científico fundar la revalidación de un matrimonio, contraído por esposa menor de edad, sólo en el hecho de la preñez, aunque por otra parte haya habido cohabitación continuada hasta después de cumplida la edad núbil. Hé ahí, en consecuencia, la sabiduría del derecho antiguo, que sólo se fijó en la cohabitación, con tal de que subsiga á la edad competente para el matrimonio.

273. Pero, supuestas las prescripciones de los Códigos mencionados, ocurre preguntar: ¿la preñez de la mujer, que se creía inúbil, ó el nacimiento de hijos, prueban necesariamente la excepción de revalidación, que quiere la ley? Creemos que es preciso distinguir: si la mujer es la impúber, la preñez ó el nacimiento de hijos, probarán necesariamente contra ella; pero si es el esposo el que se pretende impubar, tales hechos no pueden ser una prueba contra él, sino salvo la que se rindiera en contrario. «En efecto, dice Laurent, de que la mujer conciba, no se puede inferir que el marido sea púber; la paternidad es siempre incierta, y ella lo es sobre todo, cuando el marido no ha tocado la edad de la pubertad legal.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Laurent, tom. 2, núm. 470.

274. En cuanto al otro modo de ratificación tácita consistente en el lapso de tiempo sin reclamar la nulidad, los Códigos del Distrito Federal se diferencian muy sustancialmente de el de Tlaxcala y de los del E. de México y Veracruz, porque éstos, como lo hemos dicho, dilatan el tiempo del silencio solamente hasta dos meses después de la edad de doce y catorce años, mientras que aquellos lo retardan hasta que el menor hubiere cumplido *veintiún años*, sin que él ni el otro cónyuge hayan reclamado.

275. ¿Son estos los únicos modos de rehabilitar los matrimonios nulos por defecto de edad? En verdad que ni el Código francés ni los nuestros hablan de otros en el capítulo sobre nulidades y las varias maneras de cubrirlas, lo que, por sí solo creemos bastante para poder afirmar, que, en rigor de derecho, no cabe aquí lo que, según las Leyes Eclesiásticas, se llama dispensa *in radice*. Sin embargo el punto es cuestionable aun aplicando textos expresos de los Códigos civiles. Se llama dispensa *in radice* aquella, en virtud de la cual un matrimonio nulo se hace válido, sin que sea necesario renovar el consentimiento. El Sr. Benedicto XIV la define así: *Abrogatio in casu particulari facta legis impedimentum inducentis, et conjuncta cum irritationi omnium effectum, qui jam antea ex ea lege secuti fuerant.*<sup>1</sup> Por la dispensa *in radice*, dice Boyer, el matrimonio es rehabilitado sin conocimiento de las partes, ó por lo menos, de una de ellas, y sin que renueven su consentimiento, escudado por la dispensa *in radice*, el confesor, que teme los inconvenientes de la revelación del impedimento dirimente, después de haberse asegurado de la perseverancia de los cónyuges en su consentimiento dado bajo el lazo de la ley irritante, les aplica la dispensa; y, en este momento, sea que la virtud de esta dispensa cure el vicio in-

<sup>1</sup> *Quæstio canon.* 527.

herente al consentimiento, sea que quite el obstáculo que suspendía sus efectos, sucede que las partes quedan ligadas y que su matrimonio aparente se hace un matrimonio real. <sup>1</sup> He ahí pues una forma de rehabilitación de los matrimonios nulos, que podríamos llamar *necesaria* y del todo extraña en su esencia á la voluntad de las partes, las cuales, no pueden, en consecuencia, oponerse á que produzca efecto, como que ella procede de la soberana facultad de la Iglesia, á cuya cabeza está el Romano Pontífice, pastor universal, legislador supremo del Derecho Canónico, que tiene pleno poder, así para establecer impedimentos como para relajarlos, cuando crea que hay razón de usar de tal misericordia, con la única taxativa de aquellos que se fundan en la ley divina y natural. <sup>2</sup> En virtud de este mismo soberano poder que tiene el Sumo Pontífice, las dispensas pueden ser por él concedidas bajo ciertas condiciones, ó lisa y llanamente. <sup>3</sup>

276. Se ha puesto en duda este poder de la Iglesia para acordar dispensas *in radice*, pretendiéndose que había sido formalmente negado por Gregorio XIII en 1584 y que no dependía de aquella declarar válido lo que, según las leyes, era nulo. El Abate André, en su notable Diccionario de Derecho Canónico, demuestra con citas irrefutables todo lo contrario. Es constante que Gregorio XIII concedió muchas veces dispensas *in radice*, pues Benedicto XIV así lo atestigua, diciendo que la respuesta á aquel Papa atribuida, ó es apócrifa ó sólo referente á alguna circunstancia particular. <sup>4</sup>

Este mismo Sumo Pontífice nos dice: 1º, que Clemente XI, por un Breve de 2 de Abril de 1701 á 1705, confirmó matri-

<sup>1</sup> Boyer, *Examen du pouvoir législatif de l'Eglise sur le mariage*, pág. 284.

<sup>2</sup> Can. *Proposuit, de conces. pren.—Clement. Romani, de elect.*

<sup>3</sup> Sobre esta importante materia remitimos al lector al *Tratado de Matrimonio* por Carbonero y Sol, tomo 2.

<sup>4</sup> Benedicto XIV, *Quæst. Canon.* 174.

monios que habían sido celebrados de una manera ilegítima por ciertos pueblos de la India, dispensando á los contrayentes de renovar su consentimiento; 2.º, que Clemente XII por su Breve *Jam dudum*, de 5 de Septiembre de 1734, acordó dispensas *in radice*, que debían producir su efecto, sin que se informase de ello ninguna de las partes.<sup>1</sup> El propio Benedicto XIV, en su Breve *Etsi matrimonialis* de 27 de Septiembre de 1755, nos hace conocer una dispensa que ocupó muchas veces las Congregaciones romanas y al Soberano Pontífice mismo: Violanda quiso anular su matrimonio con Baena; pero por no haber probado los hechos que alegaba, aquel fué declarado válido. Sin embargo, siendo nulo el matrimonio por un hecho que la peticionaria no había querido manifestar, es á saber, impedimento de doble parentesco, Baena acudió á este Pontífice y obtuvo de él *letras sannotorias*, para remediar aquella nulidad. Estas letras dispensaban de hacer renovar el consentimiento á Violanda y añadían que la dispensa permanecería en todo su vigor, aun cuando ésta supiese *después* el doble parentesco; pero, pasado algún tiempo, probó que ya lo sabía en el momento en que se había concedido la dispensa *in radice* y que, desde entonces, se preparaba á reclamar contra su matrimonio en virtud de tal impedimento. El Sr. Benedicto XIV lo declaró nulo, porque la dispensa había sido otorgada bajo la condición de que Violanda ignorase el doble vínculo de parentesco: *Ne ipsa contradicente et obtinente, prout contigisset si impedimentum scivisset, concessa dispensatio diceretur.*<sup>2</sup>

Hay pues dispensas, no sólo anteriores al matrimonio y de las cuales hemos hablado en otra parte de esta obra,<sup>3</sup> si-

<sup>1</sup> Benedicto XIV, *De Synodo diocesana*, lib. XIII, cap. 21, número 7.

<sup>2</sup> André *Obra citada*. "Dispense" § V.—Carbonero, *obra citada*, tom. 2, cap. XXII.

(3) Véase tomo 2.º de esta obra, núms. 46 y 257.

no también posteriores, cuyo efecto es purgar el matrimonio del vicio de que adolecía, y en este sentido rehabilitarlo y convertirlo en perfectamente válido. «Los superiores eclesiásticos, dice Pothier, deben hacer una gran diferencia entre las dispensas que se les piden para *contraer* un matrimonio contra los preceptos de la Iglesia y entre aquellas que se les piden para validar el *celebrado* ya. Deben ser muy difíciles para acordar la dispensa en el primer caso; porque, permitiendo por ella, contraer contra lo mandado por la Iglesia, un matrimonio, permiten expresamente la infracción, que es, como aprobarla y autorizarla. Pueden ser más fáciles para acordar dispensas con el fin de validar un matrimonio, á cuya celebración las partes han procedido ya, porque en este caso los superiores eclesiásticos no permiten expresamente por su dispensa la infracción del precepto, no la aprueban, no la autorizan, como en el caso precedente; la tolera sólo, para evitar el mayor mal que resultaría del escándalo y de los inconvenientes de la disolución del matrimonio. . . . . En el caso en que las partes han celebrado matrimonio contra los preceptos de la Iglesia, hay todavía otra distinción importante que hacer, es á saber, si es por ignorancia ó con conocimiento de la infracción como el matrimonio se ha verificado. Se debe ser fácil en acordar la dispensa en el primer caso: se debe, al contrario, ser difícil en acordarla en el segundo: las partes, entorces, son indignas de ella y además si no hubiera esa dificultad, otras personas podrían sentirse inclinadas á infringir expresamente el precepto, en la confianza de obtener la dispensa. Encontramos esta distinción en el concilio de Trento: *Si quis intra gradus prohibitos scienter matrimonium contrahere præsumpserit, separetur, et spe dispensationis consequendæ careat . . . quod si ignoranter id fecerit . . . et ipse solemnitatibus adhibitis impedimentum aliquod postea subesse cognoscatur, cujus probabi-*

*lem ignorantiam habuit, tunc facilius cum eo, et gratis dispensari poterit; Sess. 24, cap. 5, de reform. matrim.*<sup>1</sup>

Supuestas estas doctrinas volvemos á preguntar: en el caso de un matrimonio nulo por defecto de edad, ¿cabe, según nuestro derecho civil, esta manera de revalidación? Repetimos que ella no se encuentra en el capítulo en que se habla de las varias maneras de cubrir el matrimonio nulo. Sólo una prescripción encontramos en este sentido y es la relativa á la nulidad proveniente del impedimento de parentesco dispensable y de que nos ocuparemos más adelante. Este silencio, por lo que hace á la nulidad consistente en impubertad, bastaría por sí solo para rechazar la revalidación que pretendiera fundarse, verificado ya el matrimonio, en la dispensa posterior ó *in radice*. Pero se podría decir: 1.º, que el capítulo sobre matrimonios nulos sólo contiene las ratificaciones que dependen de la voluntad de las partes; pero no las revalidaciones propiamente dichas que se fundan en la ley; 2.º, que así como tenemos un ejemplo de dispensa posterior al matrimonio nulo en el decreto de 5 de Diciembre de 1867, por el cual se declararon revalidados los matrimonios celebrados sólo ante los ministros del culto, aunque clandestinos según la ley civil,<sup>2</sup> podría citarse el art. 160 del Código que comentamos y sus concordantes, en apoyo del principio de que la dispensa posteriormente obtenida á la celebración del matrimonio por un impúber, revalida éste, pues no puede negarse que, entre las causas para motivar la dispensa *in radice*, figura la conveniencia de no destruir un enlace ya existente, exponiendo á los contrayentes á la difamación y perversión de costumbres, consecuencias, las más veces, inevitables.

<sup>1</sup> Pothier, núms. 280 y 281.

<sup>2</sup> Véase tomo 1 de esta obra, apéndice letra S.

## NÚMERO 2. DEL INCESTO.

277. Explicados ya ampliamente en otro lugar los impedimentos de consanguinidad y afinidad para contraer matrimonio,<sup>1</sup> vamos ahora solamente á ocuparnos de la acción de nulidad para reclamar contra aquel, una vez contraído, á pesar de tales impedimentos. Desde luego y por lo que hace al Derecho canónico, nos bastará recordar las palabras de Berardi, reproducidas en otro lugar, para asentar que esta nulidad es pública ó absoluta también, no dependiendo, por consiguiente, su ejercicio de sólo los cónyuges (núm. 217). *Si verò ob consanguinitatem, dice Murillo, affinitatem, vel publicam honestatem matrimonium dissolvi intendatur, admittuntur parentes, et consaguinei hisque deficientibus vicini: quia meliorem impedimenti notitiam possunt, et solent habere.*<sup>2</sup> Es esta también la opinión de todos los canonistas, fundada en varias decisiones de la Iglesia.<sup>3</sup> González Téllez, comentándolas, dice: *Si vero propter aliquod impedimentum perpetuum, etc., cui conjuges ipsi renuntiare non possunt, matrimonium nullum sit, æque ad accusandum omnes admittuntur, quia ita publice interest propter peccatum simili matrimonio implicintum.*<sup>4</sup> Esta acción no se prescribe por ningún transcurso de tiempo, pudiendo aún hacerse valer después de la sentencia pronunciada sobre la validez del matrimonio, pues la que se pronuncia jamás pasa en autoridad de cosa juzgada. Con res-

1 Véase tomo 2 de esta obra, núms. 116 y siguientes.

2 Murillo, tomo 2, lib. 4, tit. 18.

3 *Qui matrim. accus.* 3.—*Caus.* 35, *quest.* 6.

4 González Téllez, *Comentaria perpetua*, lib. 4, cap. 6.

pecto á las personas que no pueden ser recibidas á reclamar contra la nulidad del matrimonio por causa de incesto, creemos muy conveniente citar las siguientes doctrinas, aplicables á la acción de nulidad en general. Según ellas no deben ser admitidos al ejercicio de dicha acción: 1.º, los que habiendo intentado percibir un torpe lucro, sólo la interponen porque los cónyuges se negaron á darles cierta suma de dinero;<sup>1</sup> 2.º, los que no denunciaron el impedimento al tiempo de publicarse las amonestaciones para el matrimonio, á no ser que prueben que entonces se hallaban ausentes ó enfermos ó eran de edad insuficiente para denunciar ó que juren que no han adquirido noticia del impedimento, sino hasta después de celebrado el matrimonio; 3º, los que no deducen la acción en persona, sino por cartas, á no ser que hubiere para esto razón suficiente.<sup>2</sup> Los mismos cónyuges deben ser igualmente rechazados en la acción de nulidad, que intentaren por razón de incesto, cuando hubiere habido larga cohabitación entre ellos y prole del matrimonio, lo cual se deduce de las siguientes palabras del Sumo Pontífice Alejandro III: *Consuluit nos tua fraternitas, quid tibi faciendum sit de quodam milite, qui cum mulierem quandam duxerit in uxorem, et eam tempore longo tenuerit, et prolem ex ea suscepit, nunc matrimonium ipsum accusat, dicens se in quarto gradu consanguinitatis esse. Ad quod utique consultatione tuae taliter respondemus, quod si præfatus miles mulierem ipsam in facie Ecclesiæ duxit, et longo tempore tenuerit, non debet vox sue accusationis admitti, nisi, alie personæ idoneæ apparerent, et merito suspicioni carentes, quæ matrimonium ipsum velint legitime, et possint accusare.*

278. Pero el impedimento de consanguinidad y afinidad

<sup>1</sup> Cap. *Significasti*, 5, de *Divortiis*.

<sup>2</sup> Donoso, lib. 4, cap. 1, núm. 6.

es dispensable, como no sea en línea directa y en el primer grado igual de la línea colateral, de lo cual se deduce que la consiguiente causa de nulidad, una vez contraído el matrimonio, es también subsanable por dispensa. Esta ó es *in radice* (núm. 275), ó acompaña á la revalidación. Para la primera debe tenerse presente que, según los canonistas, las causas principales para concederla, son: 1<sup>a</sup>, que ambas partes sean sabedoras del impedimento, pero que una de ellas se niegue decididamente á renovar el consentimiento, aunque consienta en continuar la vida conyugal; 2<sup>a</sup>, que si sólo una de las partes tiene noticia del impedimento, éste no pueda revelarse á la otra sin graves inconvenientes, como sucedería en el caso de afinidad por cópula ilícita, y 3<sup>a</sup>, que haya un motivo poderoso para no descubrir á los cónyuges la nulidad del matrimonio. El Señor Benedicto XIV, en su Breve *Etsi matrimonialis*, exige además las siguientes condiciones para la dispensa *in radice*: 1<sup>a</sup>, la buena fé de una de las partes, al tiempo de la celebración del matrimonio. Donoso da la razón de ésto diciendo, que ya que se dispensa la renovación del consentimiento: en cuanto se supone que los cónyuges tuvieron al principio verdadera voluntad de contraer, la dispensa *in radice* no puede tener lugar respecto del que sabía que verificaba un matrimonio nulo, por lo cual éste, al menos, debe prestar nuevo consentimiento. 2<sup>a</sup>, que el impedimento sea sólo de Derecho Eclesiástico; 3<sup>a</sup>, que haya para la dispensa una grave y urgente causa; y 4<sup>a</sup>, que haya constancia de que persevera aún el consentimiento dado al principio.

279. La antigua legislación española es conforme á la canónica, como se patentiza por las disposiciones siguientes: «Carnal parentesco ó cuñades fasta cuarto grado, auiendo entre algunos que fuessen casados: ó auiendo otrosi entre ellos parentesco spiritual, assí como compadrazgo; ó alguno

de los embargos, porque non deuen casar, é si fueren casados; que deue ser partido el casamiento, por razón de pecado mortal que ha entre ellos; por cualquier destos embargos, puede acusar el marido a la mujer, e ella a el, que los departan. E si ellos se quisieren callar queriendo beuir en tal pecado, puedenlos acusar los parientes. E si ellos non lo quisieren fazer, puedenlos acusar otros qualesquier del Pueblo, por la razón misma que diximos en la ley ante desta. <sup>1</sup> Gregorio López, en la glosa á esta ley, expresa con toda claridad el carácter de absoluta que la nulidad que nos ocupa, tiene según aquella. *Potest iudex dice, ve eol nolente, conjugum propinquiores consanguinei, et eis nolentibus, quilibet de populo matrimonium ob consanguinitatem, affinitatem aut cognationem, accusare, ne in peccatto permittantur vivere.*

280. El antiguo <sup>2</sup> y moderno derecho francés están conformes en considerar esta nulidad, como absoluta. «Todo matrimonio, dice el art. 184 del Código de Napoleón, contraído en contravención á las disposiciones contenidas en los artículos 144, 147, 161 y 163, puede ser atacado, sea por los esposos mismos, sea por todos aquellos que tengan interés, sea por el ministerio público.» <sup>3</sup> En cuanto á la imposibilidad de cubrir esta nulidad, todos los comentadores están acordes en ello, diciendo que pertenece á aquellas que Portalis llamaba *continuas é indefinidas*. <sup>4</sup> Pero ¿podrá cubrirse, por lo que hace á los grados de parentesco dispensable, por la dispensa posterior? Los autores no están de acuerdo, y así es que mientras Demolombe <sup>5</sup> y Laurent, resuelven

<sup>1</sup> Partida 4.<sup>a</sup>, tit. 9, l. 3.

<sup>2</sup> Pothier, núms. 444 y siguientes.

<sup>3</sup> Marcadé. tom. 1, núms. 654 y siguientes.

<sup>4</sup> Loaré, *Legislat. civ.*—tom. 4, págs. 373 y 575

<sup>5</sup> Demolombe, tom. 3, núm. 334.

esta cuestión negativamente, aunque confesando el segundo que la afirmativa podría sostenerse, <sup>1</sup> Demante, dice: «Convenimos que este punto es muy delicado; porque una prohibición, que no es establecida sino salvo dispensa, podría pasar por condicional, y en este sistema se comprendería que se aplicase el efecto retroactivo de la ley.» <sup>2</sup>

281. Nuestra legislación nacional no se separa tampoco mucho de la canónica en este punto. Nuestros varios códigos no otorgan, es verdad, de una manera uniforme, á todos los que tengan interés en probarlo, la acción de nulidad por vicios de parentesco no dispensado. Pero todos están acordes en reconocer que esta acción pertenece no sólo á los cónyuges sino también á los ascendientes y que aún puede incoarse de oficio por el juez. El Código de Tlaxcala (art. 128, fracciones 5.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup>) declara que son causas de nulidad del matrimonio, que los contrayentes sean parientes por afinidad en línea recta ó por consanguinidad en la línea recta ó en la colateral, dentro del segundo grado. El art. 137 ordena que estas causas de nulidad puedan hacerse valer por los cónyuges ó *por cualquiera que tenga interés* en probar que no hubo matrimonio. Este Código, aunque reconoce como impedimento (art. 124) para contraer matrimonio, no sólo esos grados de parentesco, sino también en la línea colateral del de consanguinidad hasta el cuarto grado, ó sea, los hijos de dos hermanos, es decir, los primos hermanos y en el de afinidad también por la línea colateral hasta los hermanos; sin embargo, no acepta como causas de nulidad y sí sólo de ilicitud (art. 148, fracción 3.<sup>a</sup>), la infracción de aquel artículo, declarando (art. 126, fracciones 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>) que estos impedimentos, á diferencia de aquellos, son susceptibles de dispensa.

<sup>1</sup> Laurent, tom. 2, núm. 474.

<sup>2</sup> Demante, tom. 1, núm. 268, bis. I.

282. El Código del Estado de México, parece prestarse á la misma interpretación que el anterior, por lo que mira á la diferencia de efectos, en orden á la nulidad ó ilicitud del matrimonio, entre los impedimentos de parentesco dispensable y no dispensable. El art. 206, fracción 2.ª, enumera entre las causas de nulidad, solamente el parentesco de consanguinidad ó afinidad *no dispensable*. Para hacernos cargo de estos impedimentos, es necesario establecer que este Código, en sus artículos 128 y 129, declara prohibir el matrimonio, no sólo en la línea recta, entre todos los ascendientes y descendientes naturales y afines, legítimos é ilegítimos, sin limitación de grados; pero también en la colateral, entre los hermanos y medios hermanos legítimos é ilegítimos y sus afines en el mismo grado, á no ser respecto de estos últimos, que haya justos motivos de dispensa. El 131 prohíbe también el matrimonio entre tío, hermanos de padre ó de madre, de abuelo ó de abuela y sobrina, ó entre tía, hermana del padre ó de la madre, del abuelo ó de la abuela y sobrino á no ser que se haya obtenido dispensa. Finalmente, el 132 prohíbe igualmente el matrimonio del tutor, curador, sus hijos y descendientes con la persona que ha tenido ó tiene en guarda, á no ser que obtenga dispensa, la cual no debe concederse mientras no haya recaído la aprobación de las cuentas de la tutela.—Ahora bien, supuesta la *dispensabilidad* de estos impedimentos, ¿qué pueden significar, si no es que su infracción no es causa de *nulidad* sino sólo de *ilicitud*, las últimas palabras antes citadas del art. 206, fracción 2.ª? Es verdad que el art. 223, fracción 1.ª, enumerando las causas de ilicitud, dice: que lo es haber sido contraído el matrimonio, pendiente la decisión sobre un impedimento *denunciado*, ú ocultándose éste. «Si se probare, añade el texto, la existencia del impedimento dirimente, habrá lugar á la *nulidad*.» Se nos podrá decir: también los impedimentos *dis-*

*pensables* han podido ser *denunciados* ú *ocultados*; luego el art. 223 no es claro, en cuanto á considerar sólo como causa de ilicitud, su infracción, exclusivamente porque son dispensables. Pero, á pensar así se pone el sistema, ó mejor dicho, redacción seguidos por este Código. Acabamos de ver, que el artículo declara que, si se descubre la existencia de un impedimento *dirimente*, habrá lugar á *nulidad*. Ahora bien, el art. 141 dice que cualquiera de los impedimentos en los cuales *no sea permitida la dispensa*, basta no sólo para que no se celebre el matrimonio, sino para *dirimir* el que, existiendo alguno de ellos, se haya celebrado. Luego, decimos nosotros, la circunstancia de *dispensabilidad* es incompatible, según este Código, como según el de Tlaxcala, con la acción de nulidad. Pero este principio tiene una excepción, según el Código del Estado de México, en verdad poco fundada, á nuestro humilde juicio, que es la siguiente: aunque la prohibición de matrimonio entre el tutor, curador, etc., etc. y la persona que ha tenido ó tiene bajo su guarda, es *dispensable* según el art. 132, resulta causa de *nulidad* según el 208, y nulidad absoluta, que puede ser reclamada por lo mismo no sólo por los cónyuges sino también por cualquier otro interesado. Ya en otro lugar hemos dicho,<sup>1</sup> siguiendo la autoridad de Cuyacio, que la razón filosófica para prohibir el matrimonio entre el tutor y la pupila, razón que ha movido á todos los legisladores, en este punto, era la sospecha de fraude que podía cometer el tutor. Y la prueba es que, considerándose esta prohibición siempre como dispensable, la dispensa no debe otorgarse sino hasta que hayan sido rendidas y aprobadas las cuentas de la tutela. ¿Cómo, pues, sin incurrir en evidente exageración de un principio de mera conveniencia, pero extraño á las condiciones cons-

---

1 Véase tomo 2.º de esta obra, núm. 265.

titutivas del matrimonio, declarar su infracción, motivo nulidad absoluta?

283. Los Códigos del Distrito Federal (arts. 284 y 285 del de 1870 y 261 y 262 del actual) y el de Veracruz (art. 25) declaran que la nulidad del matrimonio, por vicio de inceto, es absoluta; pero que ella sólo puede deducirse por *los cónyuges*, por *los ascendientes* de uno y otro y seguirse también *de oficio*. En consecuencia, ni los demás parientes, ni cualquier interesado tienen derecho á deducir esta acción de nulidad, pues, como en otro lugar lo expusimos (núms. 218 y 219), según nuestras leyes la acción de que se trata, no corresponde sino á aquellos á quienes la ley la concede expresamente.—Estos tres códigos contienen una particularidad que los asemeja al Derecho canónico y diferencia de los otros y del de Napoleón, es á saber, que declaran la procedencia y efectos de la *dispensa in radice* (núm. 275), si bien exigiendo que además de ella, los cónyuges reiteren su consentimiento.—«Si después se obtuviese la dispensa, dicen los artículos citados, y ambos cónyuges, reconocida la nulidad, quisieren espontáneamente reiterar su consentimiento, lo que se hará por medio de una acta ante el juez del registro civil, quedará revalidado el matrimonio y surtirá todos sus efectos legales desde el día en que primeramente se contrajo».

### NÚMERO 3. DE LA BIGAMIA.

284. Pocas palabras deben bastarnos para poner en toda su luz el carácter de la nulidad de un matrimonio, fundada en la existencia de otro, válido y no disuelto todavía. En

otro lugar de esta obra <sup>1</sup> hemos tratado extensamente del impedimento de matrimonio anterior á que corresponde esta acción de nulidad. Si nos fijamos en que la monogamia es la esencia del matrimonio verdaderamente cristiano, fácil nos será convencernos, sin necesidad de citas ni decisiones pontificias, que un matrimonio contrario á ella, tiene que ser *absolutamente* nulo, pudiendo reclamar contra él en todo tiempo, no sólo el cónyuge inocente sino también el culpable y cualquiera persona, por extraña que sea al pretendido matrimonio. En este caso tienen toda su oportunidad las siguientes palabras de Pothier, aunque relativas á otras, si bien análogas especies: «La demanda en nulidad puede ser intentada aún por aquella de las partes que ha engañado á la otra, ocultándole un impedimento que hace nulo el matrimonio: por ejemplo, si un hombre, comprometido en las órdenes sagradas, ó en el estado de religión por votos solemnes, se ha casado con una mujer á quien ha ocultado su estado, que no era conocido en el lugar donde residía desde largo tiempo; este sacerdote ó este monje es recibido á intentar, contra la mujer á quien ha engañado, la demanda en nulidad de su matrimonio. Se opondrán las máximas, *nemo audiri debet propriam turpitudinem allegans*, y *nemo ex proprio dolo consequi potest actionem*, y otras semejantes. La respuesta es que estas máximas no tienen otro objeto que un interés particular del demandante; pero la demanda que una parte forma en nulidad de matrimonio, aunque haya sido contraído por su dolo, tiene además del interés del demandante, un objeto de honestidad pública, que sería herido, si se dejase subsistir un matrimonio que la honestidad pública y las leyes no permiten dejar subsistir, y esta razón de honestidad pública debe hacer admitir la demanda.»<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Véase tomo 2.<sup>o</sup> de esta obra, núms. 244 y siguientes.

<sup>2</sup> Pothier, núm. 443.

285. El vínculo contraído se considera siempre subsistente, mientras no haya pruebas ciertas de la muerte de uno de los cónyuges, ó no se haya declarado la nulidad del matrimonio. Ya expusimos en otro lugar <sup>1</sup> las palabras del Sumo Pontífice Clemente III, que dice: *Donec certum nuntium recipiant de morte virorum*. ¿Qué debe entenderse por la palabra *certum*? En opinión común de los doctores, ella significa un testimonio que forme prueba plena, como la partida de defunción, la información de varios testigos uniformes y cualquiera otra de igual seguridad. ¿Serán bastantes la voz pública, apoyada en probabilidades, ó la deposición de un testigo, aunque irrecusable? Así lo pretenden algunos; pero tristes y no pocas experiencias han demostrado lo resgoso de proceder con tan escasa cautela en asunto de tanta magnitud y trascendencia. El Ritual Romano dice: *Caveat praeterea parochus, ne facile ad contrahendum matrimonium admitat . . . eos qui antea conjugati fuerunt, ut sunt uxorem militum, vel captivorum, vel aliorum qui peregrinantur, nisi diligenter de eis omnibus facta inquisitione et re ad ordinarium delata ab eoque habita ejusmodi matrimonii celebrandi licentia*. La Iglesia atenta á la santidad del Sacramento del matrimonio, á la par que á los intereses de sus hijos, y deseosa de subvenir á ambas atenciones y de evitar todo engaño ó perjuicio, ha dictado reglas que son modelo de justicia y de prudencia, para probar el fallecimiento de algún cónyuge. Una prueba de esto es la siguiente instrucción de la Suprema Sagrada Congregación, que por su importancia y lo funesto de los casos que pueden ofrecerse, no vacilamos en reproducir íntegra. *Matrimonii vinculu duos tantummodo, «Christo ita docente, copulari, et conjungi posse, alterutro vero conjugé vita functo, secundas, imo et ulteriores nuptias licitas*

<sup>1</sup> Véase tomo 2.º de esta obra, núm. 248.

esse, dogmatica Ecclesiae catholicae doctrina est.» Verum ad secundas et ulteriores nuptias quod attinet cum de re agatur, quæ difficultatibus ac fraudibus haud raro est obnoxia, hinc Sancta Sedes sedulo curavit modo Constitutionibus generalibus, sæpius autem responsis in casibus particularibus datis, ut libertas novas nuptias ineundi ita cuique salva esset, prædicta matrimonii unitas in discrimen non adduceretur.

Inde constituta sacrorum Canonum, quibus, ut quis possit licite ad alia vota transire, exigitur quod de morte conjugis certo constet, ut cap. Dominus de secundis nuptiis, vel quod de ipsa morte recipiatur certum nuncium, ut cap. in presentia, de sponsalibus et matrimoniis. Inde etiam ea quæ explanatius traduntur in Instructione «Cum alias» 21 augusti 1670 à Clemente X sancita, et in Bullario romano inserta super examine testium pro matrimoniis contrahendis in Curia Emi. Vicarit Urbis et ceterorum Ordinarium. Maxime vero quæ propius ad rem facientia ibi habentur nn. 12 et 13.

Et hæc quidem abunde sufficerent si in ejusmodi causis peragendis, omnimoda et absoluta certitudo de alterius conjugis obitu haberi semper posset; sed cum id non sinant casuum prope modum infinitæ vices (quod sapienter animadversum est in laudata Instructione his verbis: Si tamen hujusmodi testimonia haberi non possunt, sacra Congregatio non intendit excludere alias probationes quæ de jure communi possunt admitti, dummodo legitimæ sint et sufficientes) sequitur, quod stantibus licet principiis generalibus præstitutis, haud raro casus, eveniunt, in quibus ecclesiasticorum. Præsidum judicia hæerere solent in vera justaque probatione disgnoscenda ac statuenda, imo pro summa illa facilitate, quæ ætate nostra facta est, remotissimæ quasque regiones aducendi in omnes fere orbis partes homines divagentur, ejusmodi casuum multitudo adeo succrevit, ut frequentissimi hac de re ad supremam hanc Congregationem habeantur recursus, non sine porro partium inco-

mmodo, quibus inter informationes atque instructiones quæ pro re nata ut ajunt, peti, mittique necesse est plurimum defuit temporis, quin possint ad optata vota convolare.

Quapropter Sacra eadem Congregatio hujusmodi necessitatibus occurrere percipiens, simulque perpendens in dissitis præsertim missionum locis, ecclesiasticos. Præsides opportunis destitui subsidiis, quibus ex gravibus difficultatibus extricare se valeant, e re esse censuit, uberierem edere Instructionem in qua, iis quæ jam tradita sunt, nullo pacto abrogatis, regulæ indigentur, quas in ejusmodi casibus hæc ipsa S. Congregatio sequi solet, ut illa rum ope, vel absque necessitate recursus ad Sactam Sedem, possint judicia ferri, vel certe. Si recurrendum sit, status quaestionis ita dilucide exponatur, ut impediri longiori mora sententia non debeat. Itaque:

1. Cum de conjugis morte quæstio instituitur, notandum primo loco, quod argumentum a sola ipsius absentia quantacumque (licet a legibus civilibus fere ubique admittatur) à Sacris Canonibus minime sufficiens ad justam probationem habetur. Unde same. Pius VI ad Archiepiscopum Pragensem die 11 julii, 1789 rescripsit, solam conjugis absentiam, atque omnimodum ejusdem silentium satio argumentum non esse ad mortem comprobendam, ne tum quidem cum edicto regio conjux absens evocatus (idemque porro dicendum est si per publicas ephemerides id factum sit) nullum suimet indicium dederit. Quod enim non comparuerit, idem ait Pöntifex, non magis mors in causa esse potuit quam ejus, contumacia.

2. Hinc ad præscriptum eorundem Sacrorum Cononum documentum authenticum obitus diligenti studio exquiri omnino debet; exaratum scilicet ex registis paroeciæ vel Xenodochii vel militiæ vel etiam, si haberi: nequeat ab autoritate ecclesiastica, a Gubernio civili loci in quo, ut supponitur, persona obierit.

3. Porro quandoque hoc documentum haberi nequit; quo

*casu testium depositionibus supplendum erit. Testes vero duos saltem esse debent, jurati, fide digni, et qui de facto proprio deponant, defunctum cognoverint, ac sint inter se concordantes quoad locum et causam obitus, aliasque substantiales circumstantias. Qui insuper, si defuncti propinqui sint, aut socii itineris, industriae, vel etiam militiae, eo magis plurimi faciendum erit illorum testimonium.*

4. *Interdum unus tantum testis examinandus reperitur, et licet ab omni jure testimonium unius ad plene probandum non admittatur, attamen ne conjux alias nuptias inire peroptans, vitam cœlibem agere cogatur, etiam unius testimonium absolute non respuit suprema Congregatio in dirimendis hujusmodi casibus dummodo ille testis recensitis conditionibus sit praeditus, nulli exceptioni obnoxius, ac praeterea ejus depositio aliis gravibusque adminiculis fulciatur; sique alia extrinseca adminicula colligi omnino nequeant, hoc tamen certum sit nihil in ejus testimonio reperiri, quod non sit congruum atque omnino verisimile.*

5. *Contingit etiam ut testes omnimoda fide digni testificentur, se tempore non suspecto mortem conjugis ex aliorum attestatione audivisse, isti autem vel quia absentes vel quia obierint vel aliam ob quamcumque rationabilem causam examinari nequeunt; tunc dicta ex alieno ore, quatenus omnibus aliis in casu concurrentibus circumstantiis aut saltem urgentibus respondeant, satis esse censentur pro sequutæ mortis prudenti judicio.*

6. *Verum, haud semel experientia compertum habetur, quod nec unus quidem reperiat testis qualis supra adstruitur. Hoc in casu probatio obitus ex conjecturis, praesumptionibus, indiciis et adjunctis quibuscumque, sedula certe et admodum cauta investigatione curanda erit, ita nimirum, ut pluribus hinc inde collectis, eorumque natura perpensa, prout scilicet urgentiora vel leviora sunt, seu propiore vel remotiore nexu*

*cum veritate mortis conjunguntur, inde prudentis viri judicium ad eandem mortem affirmandam probabilitate maxima, seu morali certitudine promoveri possit. Quapropter quando nam in singulis casibus habeatur ex hujusmodi conjecturis simul conjunctis justa probatio, id prudenti relinquendum est judicis arbitrio; heic tamen non abs re erit plures indicare fontes ex quibus illæ sive urgentiores sive etiam leviores colligite haberi possint.*

7. *Itaque in primis illæ pæsumptiones investigandæ erunt quæ personam ipsius asserti defuncti respiciunt, quæque profecte facile haberi poterunt a conjunctis, amicis vicinis, et quoquo modo notis utriusque conjugis. In quorum examine requiratur ex gr.*

*An ille, de cujus obitu est sermo, bonis moribus imbutus esset; pie religioseque viveret; uxoremque diligeret; nullam sese occultandi causam haberet; utrum bona stabilia possideret, vel alia a suis propinquis aut aliunde sperare posset.*

*An discesserit annuentibus uxore et conjunctis; quæ tunc ejus actas et valetudo esset.*

*An aliquando et quo loco scripserit, et num suam voluntatem quamprimum redeundi aperuerit, aliaque hujus generis indicia colligantur.*

*Alia ex rerum adjunctis pro varia absentia causa collige indicia sic poterunt.*

*Si ob militiam abierit, à duce militum requiratur quid di eo sciat; utrum alicui pugnae interfuerit; utrum ab hostibus fuerit captus; num castra deseruerit, aut destinationes periculosas, habuerit etc.*

*Si negotiationis causa iter susceperit inquiratur utrum tempore itineris gravia pericula fuerint ipsi superanda: nom solus profectus fuerit, vel pluribus comitatus: utrum in regionem ad quam se contulit supervenerint seditiones bella, fames et pestilentia, etc., etc.*

*Si in aritimum iter fuerit aggressus sedula investigatio fiat a quo portu discesserit; quinam fuerint itineris socii; quo se contulerit; quod nomen navis quam conscendit; quis ejusdem navis gubernator; an naufragium fecerit: an societas quæ naviscautionem forsitan dedit, pretium ejus solverit; aliæque circumstantiæ; si quæ sint, diligenter perpendantur.*

8. *Fama quoque aliis adjuta adminiculis argumentum de obitu constituit, hisce tamen conditionibus, nimirum, quod a duobus saltem testibus fide dignis et juratis comprobetur; qui deponant de rationabili causa ipsius famæ; an eam acceperint a majori et saniori parte populi, et an ipsi de eadem fama recte sentiant; nec sit dubium illam fuisse concitatam ab illis, in quorum commodum inquiritur.*

9. *Tandem, si opus fuerit, prætereunda non erit investigatio per publicas ephemerides, datis Directori omnibus necessariis personæ indiciiis, nisi ob speciales circumstantias saniori ac prudentiori consilio aliter ceoseatur.*

10. *Hæc omnia pro opportunitate casuum sacra hæc Congregatio diligenter expendere solet; cumque de re gravissima agatur cunctis æqua lance libratis, atque insuper auditis plurimum theologorum et juris prudentum suffragiis, denique suum judicium pronunciat an de tali obitu satis constet, et nihil obstet quominus petenti transitus ad alias nuptias concedi possit.*

11. *Ex his omnibus ecclesiastici Præsides certam desumere possunt normam quam in hujusmodi indiciiis sequantur. Quod si non obstantibus regulis hucusque notatis res adhuc incerta et implexa illis videatur, ad Sanctam Sedem recurrere debent, actis omnibus cum ipso recursu transmissis, aut saltem diligenter expositis <sup>1</sup>*

Si una mujer, pues, se ha casado con un segundo marido en vida del primero, y después sabe que aun vive éste, debe dejar á aquel y reunirse con el primero, pudiendo ser á ello

Mansella, *De impedimentis*, págs. 224 y siguientes.

forzada por las censuras eclesiásticas, aun cuando tuviera hijo del segundo, y aunque hubiera contraído de buena fé, fundada en certificados de defunción, ó con permiso del juez eclesiástico. Así lo dicen Lucio III: *Quod si post hoc de prioris conjugis vita constiterit, relictio adulterinis complexibus, ad priorem conjugem revertatur* <sup>1</sup> y San León en su carta 79 á Nicetas, obispo de Aquilea: *Quæ cum viros proprios aut interemptos putarent, aut nunquam à dominatione crederent liberandos ad aliorum conjugium, solitudine cogente, transierint, cumque nunc statu verum, auxiliante Domino, in meliora con verso, nonnulli eorum, qui putantur periisse, removerint, merito charitas tua videtur ambigere, quid de mulieribus, quæ aliis junctæ sunt viris à novis debeat ordinari; sed quia novimus scriptum, quod à Deo jungitur mulier viro, et iterum præceptum agnovimus: Quod Deus junxit, homo non separet, necesse ut legitimarum fœdera nuptiarum redintegrandam credamus; et remotis malisque hostilitas intuit, uni cuique hoc quod legitimè habuit reformetur . . . et restituendum quod fides postulat; si autem aliquæ mulieres ita posteriorum virorum amore sunt captæ, ut malint cohærere, quam ad legitimum redire consortium, merito sunt notandæ, ita ut etiam Ecclesiasticâ communionem priventur.* <sup>2</sup>

«La razón es, dice el autor, de las conferencias de Angers, que el segundo matrimonio no anula al primero, según el cap. *Tuas, de sponsa duorum. Si personæ junctæ legitime cum aliis postea de facto contrahant, quod prius de jure factum fuerat, non poterit irritari*; al contrario, el segundo matrimonio es nulo, según la máxima; *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*. Aun cuando este segundo matrimonio hubiera subsistido sin tur-

<sup>1</sup> Cap. *Dominus, de secundis nuptiis*.

<sup>2</sup> S. Leo, *Epist. 79, ad Nicetam Episcop. Aquileens.*

bación durante treinta ó cuarenta años, esta larga posesión no lo haría válido, y no se podría oponer á un primer marido una ausencia de cuarenta años, como una excepción contra la demanda que hiciese de su mujer, porque siendo el matrimonio indisoluble, es imprescriptible, así como la verdad de la persona del marido; porque ella no puede cesar de ser lo que es; por consiguiente no se prescribe.»<sup>1</sup>

286. Pero supongamos que el primer marido ha muerto, celebrado ya el segundo enlace con buena fé por parte de la mujer, que, al casarse segunda vez, creyó, con ignorancia excusable, que era viuda; ¿puede revalidarse el segundo matrimonio? En otros términos, ¿esta causa de nulidad es susceptible de ratificación? Sí, pero veamos en qué forma y bajo qué condiciones. *Propositum est nobis*, dice Alejandro III, *quod vir quidam uxorem habens; si aliam hujusmodi rei insciam copulavit; sed priora mortua nititur discedere á secunda: Licet autem in Canonibus jubeatur, ut nullus copulet matrimonio, quam prius polluerat adulterio, et illam maximè, cui fidem dederat uxore sua vivente, vel quæ machinata est in mortem uxoris: quia tamen fræfata mulier erat inscia, quod ille hanc haberet uxorem viventem, nec dignum est, ut prædictus vir, qui scienter contra Canones venerat, lucrum de suo dolo reportet, consultationi tuæ taliter respondemus, quod nisi mulier divortium petat, ad petitionem viri non sunt aliquatenus separandi.*<sup>2</sup> Necesítase, pues, para esta revalidación: 1.º, que haya buena fe de parte de alguno de los cónyuges y que ella haya persistido hasta con posterioridad á la noticia de la muerte del esposo casado: 2.º, que esta muerte se verifique realmente y 3.º que, según lo ya expuesto en otra parte (núm. 233), se remueve el consentimiento *coram Parocho et*

<sup>1</sup> *Conferentes d' Angers, Quest IV.*

<sup>2</sup> *De eo qui duxit in matrim. quam polluit per adult. cap. 1.*

*testibus*, por tratarse aquí de impedimento dirimente. «El matrimonio putativo, dice Carbonero, puede convertirse y ser declarado legítimo, si después de celebrado, cesa el impedimento que había al tiempo de contraerle. Por ejemplo, en el caso en que un hombre ó una mujer casados contrajesen matrimonio, viviendo el otro cónyuge, el hombre ó mujer que se casó viviendo el primer cónyuge, muerto éste, el cónyuge que se casó con otro, estando casado, pero cuya circunstancia ignoraba, con ignorancia excusable, tiene derecho, ó para continuar viviendo con el cónyuge que estaba casado, y cuyo vínculo se disolvió por muerte, ó para separarse de él y casarse con otro. <sup>1</sup> «En este caso, pues, contra la doctrina antes citada de Pothier, el esposo culpable no puede reclamar contra la nulidad del matrimonio, en razón á que, de ser así, el delincuente se aprovecharía de su dolo y delito con perjuicio del inocente, y esto, cuando por la muerte del cónyuge casado se habría ya destruido el impedimento dirimente de vínculo anterior.» <sup>2</sup>

287. La antigua legislación española es conforme á las decisiones que preceden, y respecto á ella, por causa de brevedad, sólo citaremos las siguientes palabras de la glosa: *te sunt tales per Ecclesiam separandi, licet simul vivere velint, nisi aliquis eorum impedimentum ignoravit in cujus electione est in matrimonio remanere, vel resilire* <sup>3</sup>

288. El Código de Napoleón es también terminante en cuanto á considerar la nulidad del matrimonio, proveniente de otro anterior, como absoluta. Los textos aplicables son los siguientes: Art. 184, todo matrimonio contraído en contravención á las disposiciones contenidas en los artículos 144, 147, 161, etc., etc., puede ser atacado, ya por los espo-

<sup>1</sup> Dr. Carbonero y Sol, *obra citada*, tom. 1, cap. 21, núm. 8.

<sup>2</sup> Murillo, tom. 2, lib. 4, tit. 7, núm. 88.

<sup>3</sup> *Partida 4.<sup>ª</sup>*, tit. 2, 1. 19.

esos mismos, ya por todos aquellos que tengan interés, ora por el Ministerio Público. Art. 188, el esposo en perjuicio del cual ha sido contraído un segundo matrimonio, puede pedir su nulidad, aun en vida del esposo que estaba comprometido con él. Art. 189, si los nuevos esposos oponen la nulidad del primer matrimonio, la validez ó la nulidad de éste debe ser juzgada previamente.

¿Es aceptable, conforme á este derecho, la revalidación del segundo matrimonio por muerte del primer cónyuge? «No, responde Demolombe, la ley quiere prevenir estas uniones que hieren el orden público y las buenas costumbres; y he aquí por qué, para herirlas más seguramente, las entrega á todas estas acciones de nulidad.

289. Nuestra legislación nacional no se separa mucho de los precedentes canónicos, como va á verse, principalmente en el Código de Veracruz. Sus arts. 256 y 257 declaran que el vínculo de un matrimonio anterior, existente al tiempo de contraerse el segundo, anula éste, aun cuando haya habido buena fé en su celebración, y que la muerte del primer cónyuge, acaecida sin interrumpirse la buena fé del segundo matrimonio, produce de hecho y sin necesidad de que se declare, *la revalidación del mismo*, la cual se retrotrae á la fecha de su celebración con las formalidades de la ley. Pueden deducir esta acción de nulidad el cónyuge del matrimonio primero, los del segundo y aun incoarse de oficio por el juez, no siendo obstáculo para tal acción que aun viva el conyuge bígamo. Según este Código, no pueden pues, ejercitar la nulidad los hijos del primer lecho. Si los nuevos cónyuges oponen la nulidad del primer matrimonio, ante todas las cosas se ha de resolver su nulidad ó validez.

El Código de Tlaxcala (art. 128, fracción 9 y 137) establece que esta acción puede hacerse valer por los cónyuges ó por cualquiera que tenga interés en probar que no hubo ma-

trimonio; por consiguiente, también los hijos del primero que están verdaderamente interesados por razón de su mayor legítima hereditaria.

Los dos Códigos del Distrito Federal (arts. 291 y 292, de el de 1870 y 268 del actual), reconociendo también como causa de nulidad el vínculo de un matrimonio anterior, aun cuando el segundo haya sido contraído de buena fé, declaran que esta acción puede ser intentada por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos y herederos, por los cónyuges que contrajeron el segundo, por el Ministerio Público ó de oficio por el juez.

Finalmente, el Código del Estado de México (art. 211) da la acción solamente al cónyuge del matrimonio primero, á los del segundo y al oficio del juez; por consiguiente, ni los hijos del primer matrimonio, ni persona alguna, fuera de las mencionadas, tienen derecho de intentar aquella.

Acabamos de ver que sólo el Código de Veracruz expresa que si los nuevos cónyuges oponen á la demanda de nulidad de su matrimonio, por causa de bigamia, la excepción de nulidad del primer matrimonio, ante todas cosas se ha de resolver sobre esta cuestión perjudicial. Nada creemos más justo que esta disposición, la cual, no esté determinada en los otros Códigos, consideramos aplicable á todos, puesto que ella se desprende de la naturaleza misma de la demanda que se basa en el supuesto de la existencia de un matrimonio anterior y no disuelto todavía, al celebrarse el segundo. Luego toda demanda con ese objeto debe empezar por probar ante todo la existencia y legitimidad del primer matrimonio.

290. Ambas condiciones en el matrimonio anterior, son, pues, necesarias, para que la nulidad del segundo sea declarada. Pero ¿cómo debe entenderse la legitimidad del matrimonio primero? Creemos que en toda su latitud, es decir,

no sólo cuando en realidad reuna todas las condiciones de legitimidad, sino mientras no haya sido declarado nulo por una sentencia que causa ejecutoria (núm. 206). La existencia, por lo mismo de un matrimonio, aunque nulo, no declarado tal, según el art. 273 del Código actual del Distrito Federal y sus concordantes, al celebrarse un segundo, es causa de nulidad absoluta, pues, como dice Pothier, aquel que ha contraído un matrimonio, aunque nulo, no debe ser admitido á contraer otro, antes de haber hecho pronunciar la nulidad del primero, no debiendo hacerse él mismo su propio juez.<sup>1</sup>

291. Pero supongamos que, contraído el segundo matrimonio en tales circunstancias, viene después á ser declarado nulo por sentencia ejecutoria el primero: ¿deberá ser declarado nulo, como viciado de bigamia el segundo? Es éste, por el extremado parecido, el mismo caso que antes hemos visto, de muerte superveniente del primer cónyuge. Mientras el Derecho canónico consiente la revalidación del segundo enlace, mediante la buena fé y la renovación del mismo matrimonio *coram Paracho et testibus*, acabamos de ver que el Código de Veracruz, acepta esa misma revalidación por sólo el hecho de la muerte del primer cónyuge, si ha habido buena fe no interrumpida; pero sin exigir la repetición de segundo matrimonio. En consecuencia, en el caso de ser declarada la nulidad del primer matrimonio, con posterioridad á la celebración del segundo, podemos decir, por la identidad de razón, que según ese mismo Código, se rehabilita también el segundo matrimonio *ipso facto* y «sin necesidad de que se declare.» Pero si, en realidad, dice Pothier en el mismo lugar antes citado, se ha contraído otro matrimonio, antes de haber hecho pronunciar la nulidad del primero, aquel no dejará de ser juzgado como válido *si se establece des-*

<sup>1</sup> Pothier, núm. 107.

*pués la nulidad del primero.* Es lo que ha sido determinado por sentencia de 28 de Julio de 1691 á pedimento del abogado general Lamoignon. <sup>1</sup>

292. Esta manera de cubrirse la nulidad del matrimonio doble, sea por causa de muerte superveniente del primer cónyuge, sea por declaración posterior de la nulidad del anterior matrimonio ¿puede establecerse como conforme á los otros Códigos de la República? Creemos que no, fundados en el silencio que ellos guardan sobre punto de tanta importancia, silencio que no puede explicarse sino como una formal negativa, dados los antecedentes del derecho antiguo, que obligaban al legislador moderno á explicarse en esta materia si su mente no hubiera sido el alejar esta manera de revalidación. Además, estos Códigos han seguido en su silencio al de Napoleón, respecto al cual dice Demolombe: «En vano el primer esposo, en perjuicio de quien un segundo matrimonio ha sido contraído, vendría á morir; este segundo matrimonio no permanecería siempre menos afectado de la misma nulidad, tan absoluta, tan perpetua, sin que ninguna ratificación pueda borrarla.» <sup>2</sup>

#### NÚMERO 4. DEL CRIMEN.

293. Refiriéndonos á lo que en otra parte de esta obra hemos expuesto, <sup>3</sup> decimos que la nulidad de un matrimonio afectado de impedimento de crimen, que es sólo de Derecho eclesiástico; como fundada en interés público y no sólo en beneficio de los cónyuges, puede ser deducida por cualquiera que tenga interés en probar su procedencia. Esto nos parece poder inferirse de las siguientes palabras de Murillo: *Quando ex alio impedimento impugnatur, non solum conjuges,*

<sup>1</sup> *Journal des audiences*, tomo 4, lib. 6, cap. 40.

<sup>2</sup> Demolombe, tom. 3, núm. 314.

<sup>3</sup> Véase tomo 2<sup>o</sup> de esta obra, núms. 151 y siguientes.

*sed, et alii qui non repelluntur, præcipuè si illorum intersit admituntur.* <sup>1</sup> Esta misma doctrina ha sido reproducida por nuestro maestro el Sr. Lic. Blas J. Gutiérrez, en los términos que siguen: «Por derecho canónico, si el motivo de la separación ó nulidad del matrimonio es de aquellos que afectan únicamente al consentimiento, bienestar ó mutación de vida de los cónyuges, según las doctrinas de los autores y la práctica; sólo los casados pueden presentarse en juicio como demandantes; tales son, por ejemplo, los impedimentos que proceden de error ó miedo, las causas de divorcio por sevicia del marido, por adulterio y otras semejantes; pero cuando la causa de disolución del matrimonio es de aquellas que no está al arbitrio de los cónyuges el dispensarse, porque cesarían las causas que las leyes han tenido para establecer ciertos impedimentos cuyo origen es de interés público y no del personal de los que celebran matrimonio pueden, aun contra la voluntad de éstos, presentarse pidiendo su separación, cualesquiera personas que tengan noticia del impedimento. En esta regla están comprendidos los matrimonios celebrados por los consanguíneos y afines, los en que se ha faltado á las solemnidades prescritas por la Iglesia, y todos los demás en que una razón de interés general ha sido la causa de la prohibición.» <sup>2</sup>

294. ¿Esta nulidad es susceptible de revalidación por parte de los cónyuges, siquiera por la superveniencia de algún acontecimiento? Por lo que hace al crimen, consistente en adulterio, podría invocarse en favor de la afirmativa el capítulo 1 del título *de eo qui duxit in matrim. quam polluit per adult.*, antes citado (núm. 286). Pero fácil es demostrar que el Sumo Pontífice Alejandro III no se refiere en él al ca-

<sup>1</sup> Lic. Blas J. Gutiérrez, *Código de la Reforma*, tomo 2.º, part. 3.ª, página 353.

<sup>2</sup> Murillo, tomo 2, lib. 4, tít. 18, núm. 170.

so que nos ocupa, puesto que se establece que la segunda mujer ignoraba que el hombre fuese casado, *quia tamen præfata mulier erat inscia, quod ille aliam haberet uxorem viventem*. Ahora bien, como lo hemos explicado en otro lugar,<sup>1</sup> para que el impedimento sobre que se basa la nulidad que nos ocupa, exista es necesario, que al cometerse el adulterio, *los culpables sepan que son casados, ó que lo es por lo menos uno de ellos, ut uterque adulter sciat alterum esse conjugatum.*<sup>2</sup>

295. Esta nulidad es pues perpetua, aunque algunos han sostenido, que deja de existir, cuando los cónyuges cesan en el comercio adulterino ó retractan la promesa de futuro matrimonio. Schmalzgrueber refuta, siguiendo á los canonistas más acreditados, esta opinión; en los siguientes términos: *Vel enim ante adulterium commissum a matrimonii defacto initi contractu aut promissione recessum est, vel primum post commissum adulterium. Si primum, recessus iste a matrimonio, vel promissione illius non tollit, sed potius excludit impedimentum criminis, ne incurratur; cujus ratio est, quia ad inducendum hoc impedimentum, requiritur concursus adulterii cum matrimonio, vel istius promissione; tali autem casu adulterium cum matrimonio vel hujus promissione non concurreret, vivente legitimo conjuge. Si secundum, recessus ille a matrimonio, vel promissione illius impedimentum semel contractum non potest tollere. Ratio est, quia nulla juris auctoritate, vel ratione evincitur, quod criminis impedimentum ita cesset; imo jus indiscriminatim, et nulla de recessu hoc mentione facta, adulteros, qui matrimonium, vivente legitimo conjuge, defacto contraxerunt, vel de illo fidem sibi, dederunt mutuo matrimonio, etiam conjuge defuncto, copulari prohibet. Si ab*

1 Véase tomo 2.<sup>o</sup> de esta obra, núm. 158.

2 Schmalzgrueber, *Jus ecclesiasticum*, tom. 8, pars. 2, tit. 7, § 1, núm. 42.

*impedimento, isto semel contracto adulteri se per hujusmodi recessum possent eximere, illius introductione matrimoniorum fidei parum fuisset consultum; neque enim ademptio spei conjugio potiundi efficaciter eos a commercio adulterino arceret, si scirent impedimentum istud auferri, et amissam conjugii spem temporanei, et brevissimé recessus beneficio recuperari posse.*<sup>1</sup> Esta misma doctrina es profesada, entre otros canonistas, por Sánchez.<sup>2</sup>

Repetimos pues que la nulidad fundada en el impedimento de crimen es perpetua, sin que pueda cesar, ni porque los delincuentes hayan permanecido en el matrimonio criminal diez ó más años, ni porque de él hayan procreado muchos hijos: *multiplicitas probris, dice Clemente III, ita susceptæ magis eorum crimen exaggerat, et diuturnitas temporis peccatum non minuit sed augmentat.*<sup>3</sup> Sin embargo, el Romano Pontífice puede dispensar este impedimento, el cual rara vez ó nunca es dispensado, cuando proviene de conyugicidio, si es público.<sup>4</sup>

296. Esta causa de nulidad, reproducida en el antiguo derecho español,<sup>5</sup> y en el francés,<sup>6</sup> no lo ha sido en el Código de Napoleón; pero si, en nuestra legislación nacional, si bien muy defectuosamente, como se manifiesta por las disposiciones siguientes. El Código de Veracruz en su art. 194 considera, como impedimento dirimente del matrimonio, el atentado contra la vida de uno de los cónyuges para casarse con el superviviente; pero en el capítulo sobre causas de nulidad y personas que pueden hacerla valer, no se menciona absolutamente la relativa al impedimento á que nos referimos.

1 Schmalzgrueber, obra citada, tom. 8, part. 2, tit. 7, núms. 62 y 63.

2 Sánchez, *De matrimonio*, lib. 7, disput. 79, núm. 8.

3 *De eo qui duxit in matrim. quam polluit per adult.* cap. 5.

4 Murillo, tom. 2, lib. 4, tit. 7, núm. 91.

5 *Partida 4ª*, tit. 2, l. 19.

6 Pothier, núms. 239 y 240.

Ahora bien, esto supuesto, debemos deducir: 1.º, que según este Código, el crimen, aunque es impedimento para contraer matrimonio, no es causa de nulidad; y 2.º, que nadie puede ejercitar esta acción. Es verdad que ambas conclusiones son absurdas, pero á asentarlas nos autorizan, tanto el silencio de este Código en una materia en que todo debe ser de estricta interpretación, cuanto el art. 267 del mismo, según el cual, el derecho para demandar la nulidad del matrimonio corresponde *solamente* á los que lo tienen por disposición *expresa* de la ley (núms. 206, 207 y 214.)

297. El Código del E. de México, aunque reconoce como causa de nulidad del matrimonio (art. 206, fracción 6.ª) el crimen de homicidio, sin embargo, también guarda el más absoluto silencio con respecto á las personas que pueden ejercitar aquella. Ahora bien, reproduciendo las mismas consideraciones anteriores, no podemos menos que hacer hincapié sobre lo dispuesto en el art. 216 de este Código, según el cual, el derecho para demandar la nulidad del matrimonio no corresponde, sino á los que la ley lo da *expresamente*.

298. El Código de Tlaxcala, del propio modo, aunque enumera, entre los requisitos necesarios para contraer matrimonio (art. 114, fracción 6.ª), que no se haya atentado contra la vida de uno de los casados para contraer matrimonio con el que quedó libre, sólo considera, como causa de ilicitud, la infracción de ese requisito. El sistema de este Código, previas nuestras protestas de respeto, nos parece absolutamente antijurídico. ¿Cómo, este impedimento, que ni siquiera es susceptible de dispensa, hará solo ilícito el matrimonio contraído, á pesar de él? ¿Tan pobre idea se tiene del acto más importante y respetable de la vida, que á los que lo verifican por medio del crimen, apenas se osa castigarlos con las ligeras penas señaladas por el Código para ciertas

leves infracciones, pero dejando subsistir la inícuca é infame unión? A lo menos, el Código de Veracruz, en su art. 197, considera como impedimento dirimente, el conyugicidio, por lo cual no es censurable sino de silencio ú omisión en cuanto al ejercicio de la nulidad. Es verdaderamente extraño que á los ilustrados autores del Código de Tlaxcala, se hayan escapado consideraciones que, desde la más remota antigüedad, hicieron del crimen uno de los más graves motivos para dirimir el matrimonio. <sup>1</sup>

299. De los dos Códigos del Distrito Federal, el de 1870, en su art. 280, fracción 1.<sup>a</sup>, considera el crimen como causa de nulidad; pero nada dice tampoco con respecto á las personas que pueden ejercitar aquella. Repetimos pues las reflexiones hechas para los Códigos de Veracruz y E. de México, fundándonos en lo prescrito por el art. 300 de este Código. El silencio á que nos referimos ha sido suplido en el Código que comentamos por el art. 269, según el cual, la acción de nulidad por crimen puede ser deducida por el *cónyuge inocente, por los hijos y herederos del primer cónyuge* y por el Ministerio Público. De esta legislación se deduce 1.<sup>o</sup> que la ley supone la posibilidad de que se verifique el impedimento de crimen, aun cuando el cónyuge, libre ya por el atentado de que ha sido víctima, el otro sea inocente; 2.<sup>o</sup> que siendo culpable, no goza de esta acción de nulidad; 3.<sup>o</sup> que jamás el homicida tiene esta acción; y 4.<sup>o</sup> que en todo caso, la tienen los hijos y herederos del cónyuge asesinado y el Ministerio Público.

300. Ninguna acción, como se ve, resulta por el adulterio, con promesa ó pacto de futuro matrimonio, del art. 279. Esto proviene de que nuestra legislación se ha separado,

---

<sup>1</sup> Véase tomo 2.<sup>o</sup> de esta obra, núm. 152.

en este punto, de la canónica, según ya lo hicimos notar en otra parte de esta obra. <sup>1</sup>

#### NUM. 5. DE LA CLANDESTINIDAD.

301. Según lo ofrecimos en otra parte de nuestra obra, <sup>2</sup> vamos á ampliar ahora los breves apuntes allí expuestos, procurando la mayor concisión y mejor método en materia tan vasta y fértil en dificultades, como es la que tiene por objeto las solemnidades externas del matrimonio y su sanción ó cumplimiento. Varias son las significaciones que de la palabra *clandestinidad* se encuentran en los autores y en la jurisprudencia. Pueden desde luego señalarse cuatro, que conviene ante todo precisar, para estar preparados contra graves errores y deplorables confusiones. Según la primera, es *clandestino* el matrimonio de los hijos de familia celebrado sin el consentimiento de sus padres. Según la segunda, lo es también el que no ha sido precedido de las publicaciones, vanas ó amonestaciones. Según la tercera, la clandestinidad consiste en la falta de honor ó bendición sacerdotal. Finalmente, según la cuarta, el mismo defecto proviene de que no hayan estado presentes al acto el Cura ó Párroco y los testigos. Esta cuádruple significación se encuentra demostrada en varios lugares de la colección de los Concilios y de los Autores. *Matrimonium dicitur*, leemos en el Sínodo de Langrés, *clandestinum multis modis. Primo, cum non habentur testes, seu exhibentur, qui sunt præsentis, cum sit matrimonium. Secundo, cum Matrimonium fit per verba de præsentibus non cum solemniter debita, ut cum non datur honor et benedictio in facie Ecclesiæ. Tertio cum sit Matrimonium per verba de præsentibus, Bannis non præmissis, seu denuntiatione banno-*

<sup>1</sup> Véase tomo 2.º de esta obra, núm. 163.

<sup>2</sup> Véase tomo 1.º de esta obra, núms. 329 y sigts., 366 y sigts.

*rum non facta . . .*<sup>1</sup> Gregorio López, en la glösa á una ley de partida,<sup>2</sup> expresa también estos varios modos ó formas de clandestinidad: *Matrimonium clandestinum est, dice, quod secreto, et sine testibus est contractum, aut sine consanguineorum notitia, vel ante denunciationem in Ecclesia de eo fiendam per clericum parochialem. Et vetuit Ecclesia clandestina matrimonia, ne contingat dimittere conjugem per probationis defectum: quia Ecclesia non judicat de occultis, sed secundum allegata, et probata.* Los canonistas enseñan que la verdadera y propiamente dicha clandestinidad es la que consiste en la ausencia real y moral del Párroco y testigos, en el acto del matrimonio, pero que en sentido impropio se aplica también aquella palabra á los otros defectos mencionados.<sup>3</sup>

302. La celebración ante la Iglesia del matrimonio de los cristianos y la bendición nupcial que el sacerdote celebrante da á las personas que se casan, remontan á la más lejana antigüedad. San Isidoro de Sevilla, nota que la bendición nupcial se practicaba en la Iglesia á imitación de la que el mismo Dios dió en el paraíso terrestre á nuestros primeros padres.<sup>4</sup> Tertuliano,<sup>5</sup> S. Ambrosio,<sup>6</sup> el Papa Symaco,<sup>7</sup> el 4º Concilio de Cártago, Inocencio I,<sup>8</sup> etc., etc., dan también testimonio de esta verdad. Pero no debe entenderse que según estas autoridades, la bendición nupcial hecha por el Sacerdote, fuese necesaria para la validez del matrimonio; pues sólo era un uso piadoso cuya falta, aunque castigada con penas más ó menos severas, de ninguna manera invalidaba el acto,

1 *Concil. Lingonen.* An. 1404, citado por Bouchel, *Decreta Ecclesie Gallicanae*, lib. 3, tit. 8, cap. 7.

2 *Partida 4.ª*, tit. 3, l. 2.

3 Mansella, *De impedimentis*, página 125.

4 S. Isid. de Sevilla, *De officio Ecclesiastico*, lib. 2, cap. 19.

5 Tertul. *Ad uxorem*, lib. 2, cap. 8.

6 S. Ambros, *Carta á Virgilio*, núm. 7.

7 El Papa Symaco *Carta á Himero*, cap. 9.

8 Inocen. I, *Carta á Victricio*, art. 6.

lo cual se deduce claramente, entre otras doctrinas, de las dos siguientes: Nicolás I, á consulta de los Bulgaros en el siglo IX expone así los usos de la Iglesia para la celebración de los matrimonios: *Primum quidem in Ecclesia Domini, cum obligationibus quas offerre debent Deo, per sacerdotis manum statuuntur, sicque demum benedictionem et velamen cælesti suscipiunt . . . post hæc de Ecclesia egressi, coronas in capitibus gestant, quæ semper in Ecclesia ipsa sunt solitæ reservari . . . hæc sunt jura nuptiarum . . .* En seguida el Papa añade: *Peccatum autem esse, si hæc cuncta in nuptiali fædere non interveniant, non dicimus, quemadmodum Græcos vos adstruere dicitis, præsertim quum tanta soleat arctare quosdam rerum inopia, ut ad hæc præparanda nullum his sufragetur auxilium; ac per hoc sufficiat, secundum leges, solus eorum consensus de quorum conjunctionibus agitur.* Alejandro III, en el siglo XII, no exigía otra cosa para la validez de los matrimonios, que la clara y expresa voluntad de los cónyuges, de tomarse por marido y mujer: *Ex tuis litteris intelleximus virum quemdam et mulierem sese invicem recepisse, nullo sacerdote præsentem, nec adhibita solemnitate quam solet anglicana ecclesia exhibere, et aliam prædictam mulierem ante carnalem commixtionem solemniter duxisse et cognovisse: tuæ prudentiæ duximus respondendum quod, si prius vir et mulier ipsa, de præsentem se receperit, dicendo unus alteri, ego te recipio in meam, et ego te recipio in meum; etiamsi non intervenerit illa solemnitas, nec vir mulierem carnaliter cognoverit, mulier ipsa primo debet restitui, quum nec potuerit nec debuerit post talem consensum alii nubere.*<sup>1</sup>

303. Tales eran la disciplina y doctrina canónicas, vigentes antes del Concilio Tridentino; el cual, movido por la malicia y depravación de los hombres, que habían sido causa de abusos y males muy lamentables, hizo las reformas

<sup>1</sup> *De Sponsa duorum*, cap. 8.

y declaraciones que aparecen en las siguientes palabras de la sesión 24: «Aunque no debe dudarse que los matrimonios clandestinos, celebrados con libre consentimiento de los contrayentes, fueron ratos y verdaderos, mientras la Iglesia católica no los declaró írritos, por lo cual deben justamente ser condenados, como los anatematiza el Santo Concilio, los que niegan que tuvieron estas cualidades, así como los que falsamente afirman que son írritos los matrimonios contraídos por hijos de familia, sin consentimiento de sus padres, y que estos pueden hacerlos ratos ó írritos; sin embargo, la Iglesia de Dios, los ha detestado y prohibido en todos los tiempos por justísimos motivos. Pero advirtiendo el Santo Concilio que ya no aprovechan aquellas prohibiciones por la inobediencia de los hombres, y considerando los graves pecados que se originan de los matrimonios clandestinos, y principalmente de los de aquellos que se mantienen en estado de condenación, pues que, abandonada la primera mujer con quien de secreto contrajeron matrimonio, se casan con otra en público y viven con ella en perpétuo adulterio; y no pudiendo la Iglesia, que no juzga de los crímenes ocultos, curar tan grave mal, sino que aplica otro remedio más eficaz, manda, insistiendo en las determinaciones del Sagrado Concilio de Letrán, celebrado en tiempo de Inocencio III, que en lo sucesivo, antes que se contraiga matrimonio, proclame en público el Cura propio (puede encargarlo á otro) de los contrayentes por tres veces, en tres días de fiesta consecutivos en la Iglesia, mientras se celebra la misa (no es de esencia que sea, mientras la misa mayor), los nombres de los que han de contraer matrimonio; y hechas estas amonestaciones se pase á celebrarlo ante la faz de la Iglesia, si no se opusiere algún impedimento legítimo, y después de haber preguntado en ella el Párroco al varón y á la mujer, y entendido su mútuo consentimiento, ó diga: *Yo os uno en ma-*

*trimonio, en el nombre del Padre, del Hijo, y del Espíritu Santo, ó use de otras palabras, según la costumbre recibida en cada provincia. Y si en alguna ocasión hubiere sospechas fundadas de que se podrá impedir maliciosamente el matrimonio, si preceden tantas amonestaciones, hágase sólo una; ó al menos celébrese el matrimonio á presencia del Párroco y de dos ó tres testigos. Después y antes de consumarle, se harán las proclamas en la iglesia, para que más fácilmente se descubra, si hay algunos impedimentos; á no ser que el Ordinario tenga por conveniente dispensarlas, lo que el Santo Concilio deja á su prudencia y juicio.»*

«Los que se atrevieren á contraer matrimonio sin la presencia del Párroco ó de otro sacerdote por encargo de éste ó del Ordinario, y ante dos ó tres testigos, quedan absolutamente inhábiles, por disposición de este Santo Concilio, para contraerle de este modo; y decreta además que sean írritos y nulos semejantes contratos, como en efecto los invalida y anula el presente decreto. Manda igualmente que sea castigado con graves penas, á voluntad del Ordinario, el Párroco ó cualquier otro sacerdote que asista á semejante contrato con menor número de testigos, así como éstos si concurren sin el Párroco ó sacerdote, y también los propios contrayentes.»

«El que constituido está, dice el Dr. Carbonero y Sol, para apacentar y regir una grey cristiana; el que es padre, maestro y juez de los fieles á él confiados; el que con su ministerio santifica, perdona y salva; el que con su ejemplo edifica; el que con su voz enseña y consuela; el con su ciencia aconseja; el que con su prudencia dirige; el que con su virtud, abnegación y actividad se levanta, como un astro benéfico que á todos comunica la luz de la verdad, el calor de la vida, el aroma de la piedad cristiana y la alegría de la paz interior; el que estrecha con palabras de amor los

vínculos de la familia y pone un término feliz á las diferencias y enemistades del hombre; el que nos recibe al nacer y no nos abandona ni aun más allá del sepulcro; el que es ángel, médico, maestro, consejero, padre y sacerdote para todos, era el único á quien la Iglesia podía confiar un cargo, una misión tan importante, como es la de presidir el acto más trascendental en la vida del hombre, el matrimonio, fundamento solidísimo de la sociedad, germen de las familias, manantial fecundo de la prosperidad de la Iglesia y de los Estados, vínculo del amor más puro, y foco de que han de brotar, ó luces que al mundo iluminen, ó rayos que contraríen la armonía social, política, moral y religiosa. El Párroco era el único que podía ser llamado á ejercer funciones tan importantes y lo fué; y á su celo y amor, á su instrucción, prudencia y solicitud pastoral quedó encomendado todo cuanto pudiera contribuir á la validez del matrimonio, y á que á su celebración precedieran la vocación más probada, la intención más recta, el amor más puro, las garantías de que esposo y esposa serían para sí, lo que Jesucristo fué para su Iglesia.»

D'Agnesseau, hablando de la presencia del Párroco, dice: «No hay ley más santa, saludable é inviolable en todo lo relativo á la celebración del matrimonio, que la necesidad de la presencia del Párroco; ley que produce al mismo tiempo la seguridad de las familias, la tranquilidad de los legisladores, única cosa que conserva la sabiduría del contrato civil y la santidad del Sacramento; ley que justamente puede ser llamada una regla del derecho de gentes en la celebración del matrimonio de los cristianos. Esta acción benéfica, saludable y necesaria del Párroco fué siempre ejercida en la Iglesia; pero el Concilio Tridentino la hizo obligatoria, exigiendo que el Párroco autorizara con su presencia las uniones conyugales.»

304. Sobre la inteligencia del verdadero y único sentido de la reforma tridentina se han esparcido no pocos graves errores, que, en materia tan importante como es cualquiera que con el Dogma se relaciona, conviene á todo trance desvanecer. Con este propósito, preguntamos desde luego: ¿es clandestino y por consiguiente nulo, según el Concilio de Trento, el matrimonio de los menores de edad, celebrado *sin el consentimiento de sus padres*? Afirmativamente resuelve esta cuestión el Febrero, comentado por los Sres. Goyena y Aguirre;<sup>1</sup> pero la opinión contraria es, á no dudarlo, la única verdadera, como creemos haberlo demostrado en otra parte (núm. 246).

305. La falta de proclamas ó amonestaciones ¿hace nulo el matrimonio, en el sentido de clandestino, según el Concilio de Trento? Ya en otro lugar de nuestra obra,<sup>2</sup> hemos manifestado que las amonestaciones, aunque obligatorias para el Párroco celebrante y para los contrayentes, no son un requisito de tal manera necesario y esencial para la validez del matrimonio, que sin ellas, este acto resulte nulo, supuesto que las amonestaciones y proclamas pueden ser dispensadas por causas graves y justificadas á juicio del Ordinario. El ilustre Jesuita Sánchez hace el siguiente razonamiento: *Tenendum est non esse de essentia matrimonii, et subinde illis injuste omissis initum, validum esse Prob. I quia cum matrimonium omissis denunciationibus, validum esset omni jure, ab eo recedendum non est absque manifesto decreto irritanti. Trident. autem non manifeste irritat, imo contrarium ex illo colligitur: cum enim ageret de denunciationibus præmitendis, et de præsentia parochi, et testium; in decreto irritanti solius hujus præsentia meminit: ergo. Et confir. quia Trident. circa denunciations nihil innovat, sed idem, quod statutum erat in*

<sup>1</sup> Febrero, tom. 7, pág. 284.

<sup>2</sup> Véase tomo 1.<sup>o</sup> de esta obra, núms. 367 y 368.

*concilio. Lateranencisi, quia in desuetudinem passim abibat, in pristinam obligationem, ac statutum restatuit.*<sup>1</sup>

306. La bendición del sacerdote celebrante y el empleo de ciertas palabras solemnes, *ego vos conjungo, etc., etc.*, ¿son de tal manera esenciales al acto del matrimonio que por su falta resulte nulo ó inválido? Se podría decir que, supuesto que el Concilio de Trento ordena que el Cura, después de haber interrogado á las partes y haber reconocido su consentimiento recíproco, pronunciará estas palabras: «Yo os uno al mismo tiempo con el lazo del matrimonio, en el nombre del Padre, y del Hijo, y del Espíritu Santo,» la bendición del Sacerdote es la forma del Sacramento del Matrimonio, porque ella une al marido y á la mujer por la gracia que significa y que les confiere. Pero estas palabras *ego vos conjungo*, rigurosamente hablando, no significan que el Cura una á las personas que se casan, pues lo están ya por el consentimiento, sino sólo que sobre la seguridad que los contrayentes dan á aquel de que se unen por un consentimiento recíproco, el Cura aprueba, en nombre de la Iglesia, esta unión que las partes han verificado, y les da su bendición, porque el matrimonio, habiendo sido elevado por Jesucristo á la excelsa dignidad del Sacramento y héchose así una ceremonia de religión, no debe celebrarse sino á presencia de la Iglesia, y con su aprobación. Además, no se lee en ningún Padre ni Concilio que la bendición del sacerdote sea la forma del matrimonio, ni que aquellas palabras sean esenciales al Sacramento. Esto no es decir que los Sacerdotes que asistan á los matrimonios puedan nunca dejar de pronunciar aquellas ú otras equivalentes, según el uso de las Diócesis, pues como lo expresan Barbosa y muchos Doctores, el Sacerdote que omitiese, con deliberado propósito, emplear dichas palabras, pecaría mortalmente á causa del precepto del Concilio Tridentino. Fi-

<sup>1</sup> Sánchez, *De matrimonio*, lib. 3, disput. 5, núm. 3.