

nulidad del matrimonio, se considere éste revalidado y por consiguiente, inatacable: dos meses ó sesenta días. Pero ¿desde cuándo han de empezar á contarse? El simple buen sentido, independientemente de toda noción jurídica, aconseja que para ese cálculo, de cuya solución va á depender la nulidad ó validez del acto más trascendental de la vida, se tome, como punto necesario de partida, el momento en que la violencia haya cesado. De no ser así, méditese lo irrisorio é inútil del señalamiento de un plazo, con sólo considerar, que si antes del matrimonio fué posible la violencia en contra de uno de los futuros esposos, nada es más fácil y seguro que esa misma violencia, alentada por la impunidad, se repita en lo íntimo y secreto del hogar. El principio, pues, *contra non valentem non currit præscriptio*, aplicado á este punto, resulta obvio y natural. Sin embargo, pormenor tan sencillo no ha sido establecido del mismo modo por nuestra varia legislación. Los Códigos de Veraacruz, Estado de México y Tlaxcala (arts. cits.) previenen que el plazo para la prescripción de la acción, empiece á contarse desde que la violencia haya cesado; pero los dos del Distrito Federal (cosa extrañal ordenan que los sesenta días sean *contados desde la fecha del matrimonio*. Supóngase, pues, el matrimonio celebrado con los vicios de las violencias y amenazas más evidentes y horribles: él tendrá que ser válido, con sólo que la víctima, impotente para exhalar fuera de la cárcel de su hogar la menor queja, lllore en silencio su desventura, que la ley, solo atenta al lapso fatal del tiempo, no considera para nada la voluntad, que es sin embargo el alma del matrimonio. Esto es sencillamente absurdo y ocasionado á crímenes horribles; pero aparece mucho más cuando se ve que esos mismos códigos (arts. 1781 de el de 1870 y 1667 del actual) refiriéndose á los contratos en general, declaran que, si la nulidad procede de intimidación, la acción para reclamarla

prescribe á los seis meses, *contados desde el día en que cesó la causa.* ¿Es decir que la nulidad del matrimonio importa menos, en sus causas y funestas consecuencias, que la nulidad de cualquier contrato? Por otra parte, en caso de raptor, dicen esos mismos códigos (arts. 163, fracción 7.^a de el del Distrito Federal de 1870 y 159, fracción id. del actual) que el impedimento subsiste entre el raptor y la robada *mientras ésta no sea restituida á lugar seguro, donde libremente manifieste su voluntad.* Es decir que en este caso, los sesenta días deberían empezar á contarse, desde el primer momento de libertad de la víctima del raptor. Pero este hecho es una especie del género *violencia*; ¿*cur tam varie?*

241. Quinto caso: Pedro, víctima de error sobre las cualidades de Antonia, celebra con ella matrimonio. ¿Es éste válido? Verdaderamente no vamos á ocuparnos en este caso sino para reducirlo á términos de mayor claridad en la práctica, para alejar toda duda y exponer algunas sentencias, tanto de tribunales eclesiásticos como civiles, pues quien quiera mayores explicaciones sobre él, podrá encontrarlas en otro lugar de esta obra. ¹

«Hay una razón de mucho fundamento, dice Golmayo, para sostener que el error en las cualidades no anula el matrimonio, y es porque las cualidades, por su naturaleza, son cosa vaga é incierta, que no puede reducirse á número ni medida; *verbi gratia*, una mujer más ó menos hermosa, más ó menos rica, noble, honesta, etc. La posesión de alguna de estas cualidades en grado más ó menos alto parece que no es causa bastante para fijar el ánimo del sujeto; el derecho, además, no puede dar valor á estas consideraciones, que mira, como muy secundarias é indeterminadas, porque en tal caso habría lugar á la nulidad de casi todos los matrimonios por

¹ Véase tomo 2.^o de esta obra, núms. 96 y siguientes.

un concepto ú otro, diciendo los interesados que se habían engañado. Sobre todo, los contrayentes, pueden tomarse todo el tiempo necesario para enterarse de cuanto pueda interesarles en lo relativo á su unión, procediendo con la prudencia y detenimiento que requiere un asunto de tanta importancia. Nada de esto tiene lugar cuando se trata del error acerca de la persona, Los doctores sostienen comunmente que el error acerca de la cualidad de la persona, anularía el matrimonio, si la calidad redundase en la sustancia.»¹

242. Los tribunales eclesiásticos han hecho muchas aplicaciones de estos principios. Largo sería enumerar siquiera las más notables y por tanto nos limitamos á mencionar los siguientes ejemplos: *Vagus quidam*, dice Collet, *gallice* (aventurier), *cultiori vestitu, eleganti forma, ingenio lepori et amœnitatis pleno, jactitabat se ex illustri familia oriendum; et eo titulo frequens erat in domo viri nobilis, cui erat filia jam matura viro. Placuit utrique advena; unde et ei nuptias sponderunt, si genus suum probaret. Protulit ille ficta testimonia et celebratæ sunt nuptiæ. Comperta postmodum nominis novi fallacia, quæsitum est an valeret matrimonium?* El matrimonio fué declarado válido, porque el error no había recaído sino sobre una cualidad de la persona.

243. La Sagrada Congregación del Concilio dió una sentencia semejante en la siguiente causa: Casandra Lucri, se casó en 28 de Noviembre de 1798 con Vincentius Venturi de Tarfa, que se hacía pasar por el hijo de Etienne de Valence. Descubierta el error, Casandra intentó acción de nulidad del matrimonio; y la S. C. decidió que había lugar á

¹ Golmayo, *Instituciones del Derecho Canónico*, tom. 2, pág. 11.—S. Alfonso de Ligorio, *Theologia moralis*, tract. 25, art. 2.—De Nicollis, *Praxis canon*, tom. 2, pág. 83.—Covarrubias, *De matrimonio*, pars. 2, cap. 3, núm. 4.—Gury, *Compend. theol. moral. Tract. de matrim.* pág. 208, núms. 1492 y 1493.

examinar, si Casandra había querido casarse con el hijo de Etienne de Valence ó solamente con un hijo de buena familia; en el primer caso solamente, el error sobre la cualidad habría importado error sobre la persona; pero, como no se puede establecer que se había tenido la intención de casar con el hijo de Etienne, el matrimonio fué declarado válido por sentencia de 27 de Mayo de 1820.¹

244. Según estos precedentes y doctrinas ¿qué debe pensarse del caso en que, habiendo expresado la mujer que era *doncella*, resulta en cinta de otro hombre que aquel con quien se casa? La especie se ha presentado ante nuestros tribunales en el Estado de Sinaloa, juzgado de Mazatlán, á virtud de acción de nulidad, intentada por el esposo engañado. Los considerandos de la sentencia pronunciada en 3 de Mayo de 1870 dicen así: 1º Que el error en que se apoya la demanda afecta *esencialmente á la persona*, supuesto que una mujer que dice ser doncella y está embarazada, constituye una personalidad distinta á los ojos del otro contrayente; 2º Que la cualidad en que consistió el yerro es de tal suerte importante, que, conocida por D. de L. hubiera destruido su consentimiento, y *donde falta el consentimiento ó se presta erróneamente, no hay contrato*, porque los que yerran no consenten; 3º Que si no se declarase en este caso la nulidad, *tampoco habría lugar al divorcio*, porque la falta de D. de L. no constituiría un adulterio, supuesto que ha tenido lugar antes de celebrarse el matrimonio; y por lo mismo, dicha falta debe tener por consecuencia viciar el contrato *en que ha habido dolo por una parte y error sobre una cualidad esencial por la otra*; 4º Que el objeto social y morigerador de las costumbres que se ha propuesto la ley, al oponerse al

1 E. Glasson, *obra citada*, págs. 74 y 75.—Carbonero y Sol, *obra citada*, tom. 1, págs. 658 y siguientes.

fácil rompimiento del vínculo matrimonial, no existe en el presente caso, puesto que, atendida la grave falta que ha cometido D^a D. existirá *perpetuamente* entre ella y D. D. de L. una repulsación invencible que les impedirá vivir unidos, y *tener prole* Por tales fundamentos se declara el matrimonio *nulo*.¹ Esta sentencia nos parece defectuosa en todas sus partes, bajo el punto de vista de la redacción, lo mismo que de la doctrina que expone: Las frases subrayadas son errores crasos é imperdonables en cualquiera, que ha lo menos haya hojeado los libros de la ciencia jurídica. ¿La honestidad es cualidad *esencial* en el sentido riguroso y filosófico de la palabra? suponiéndola de lo más importante para el matrimonio, como lo es sin duda ¿constituye la *persona misma*, que no puede concebirse sin ella? ¿El *vicio* del consentimiento es igual á la *falta absoluta* del consentimiento? ¿Es decir que este matrimonio, donde según el autor de la sentencia, *falta el consentimiento, no hay contrato, es inexistente* y esto, por error en las cualidades? ¿Lo que no es causa de divorcio, á de ser causa de nulidad? ¿Por qué no ocurrir al juez, que el engaño de la mujer podía á lo menos ser una injuria grave? ¿Con que *el dolo* es causa de nulidad del matrimonio? ¿Y la nulidad por error es *perpetua*, es decir, incompatible con la ratificación? ¿Qué, *no puede haber prole* en un matrimonio semejante?

245. Sexto caso. Pedro, víctima de maniobras fraudulentas y engaños, se casa con Antonia. ¿Este matrimonio es nulo? Parecerá ocioso que nos ocupemos en el estudio de esta cuestión, que desde luego, juzgamos negativamente resuelta por muchas de las explicaciones que preceden, pues el dolo, ó induce á error sobre la persona ó sobre las cualidades. Pero á hacerlo nos obliga una obra, en la cual se encuentran

¹ *El Derecho*, tom. 5^o, págs. 40 y 41.

con perdón de su ilustrado autor, muy erróneas opiniones en lo tocante al Derecho canónico, que pueden ser funestamente trascendentales á la materia civil. Según Thibaut, todo *dolus causam dans*, aun cuando solo recaiga sobre la fortuna, autoriza á pedir la nulidad del matrimonio, en virtud dice este autor, de lo dispuesto en el Cánón 26. X. *De sponsalibus et matrimonio*.¹ Ahora bien, este cánón dice así: *Consequenter quæsiuiste, cum quandam mulieren quidam aliter inducere nequiuisset, ut sibi commisceretur carnaliter, nisi desponsasset eandem, nulla solemnitate adhibita, vel alicujus præsentia dixit illi. Te Joannes desponsat, cum ipse Joannes non vocaretur, sed finxit se vocari Joannem, non credens esse conjugium, eo quod ipse non vocaretur hoc nomine, nec haberet propositum contrahendi, sed copulans tantum exequendi carnalem: utrum inter prædictos sit matrimonium celebratum, cum mulier consenserit in eundem, etc. ille dissenserit etc. dissentiat, nec aliud quicquam egerit, quam superius est expressum, nisi quod cognoverit eandem? Super quo tibi respondemus, quod cum prætatus vir prædictam desponsauerit mulierem in propria persona, etc. sub nomine alieno, quo vocari tunc se finxit, inter eos sit carnalis copula subsecuta: videtur forte pro conjugio præsumendum, nisi tu nobis expressè scripsisses, quod ille non proposuit, nec consensit illam ducere in uxorem; quod qualiter tibi constiterit, non videmus. Nos autem, quid juris sit rescribentés, dicimus, quod si res ita se habet, videlicet quod ille eam non proposuit ducere in uxorem, nec unquam consensit in prædictam personam, non debet ex illo facto conjugium judicare, cum in eo nec substantia conjugalis contractus, nec forma contrahendi conjugium valeat inueniri; quoniam ex altera*

¹ Thibaut, *Pandectes*, párrafo 45.

parte dolus solummodo assuit, desuit omnino consensus, sine quo cetera nequeunt fœdus perficere conjugale. Como se ve, este cánon no dice una palabra del dolo que recae sobre la fortuna ocupándose, al contrario, de aquel por el cual una persona se hace pasar por otra, ó sea, del *error personæ* ¹ «En el matrimonio, decía Loisel en su lenguaje pintoresco, se engaña quien puede. ² ¿Qué es en efecto el dolo? ¿es acaso un vicio del consentimiento? De ninguna manera. Tal como lo han presentado Marcadé y Demolombe, el dolo no es causa de una acción en nulidad sino 1.º, cuando haya sido la causa principal y eficiente del consentimiento; 2.º, cuando emana de la persona con la cual se ha celebrado el contrato. Reunidas estas dos condiciones, el contrato es anulable, en el sentido de que, ó hay lugar á reparación de daños y perjuicios ó á la rescisión de lo convenido. Pero tratándose del matrimonio, en el cual no está en juego ningún interés pecuniario, pues su objeto es sólo la persona misma, sería absurdo aplicar tales disposiciones.

NUMERO 2. DE LA NULIDAD POR FALTA DE CONSENTIMIENTO DE LOS ASCENDIENTES.

246. En otro lugar hemos tratado ámpliamente de este impedimento para contraer matrimonio, que á primera vista no parecerá á nadie tan necesario á la validez del acto, como el

¹ Can 18, X. *De sponsal. et matrim.*—Can. 6, X. *De his quæ vi nuptiæ.*—Sánchez, lib. 7, disp. 18, número 18.

² Loisel, *Edition de Dupin et Laboulaye*, tomo 1, pág. 145.

requisito de la voluntad mútua de los mismos contrayentes. ¹
 La Iglesia católica siempre ha detestado los matrimonios
 contraídos por los hijos de familia sin anuencia de sus pa-
 dres, como lo declara el Concilio Tridentino precisamente, al
 anatematizar á aquellos que, siguiendo á Calvino y otros
 sectarios, enseñan falsamente que tales enlaces son nulos y
 que los ascendientes pueden validarlos ó nulificarlos: *Matrimonia á filiis-familiás sine consensu parentum contracta, sancta Dei Ecclesia semper detestata est atque prohibuit ex justissimis causis Eos sancta Synodus anathemate damnat qui falso affirmant Matrimonia á filiis-familiás sine consensu parentum contracta irrita esse, et parentes ea rata vel irrita facere possunt, nihilominus sancta Dei Ecclesia ect.* ²

He aquí, según las actas del Concilio, las razones que tuvo para decretarlo así: El pretender anular los matrimonios contraídos por los hijos sin el consentimiento de los padres, es lo mismo que privar á los hijos de la libertad que han recibido de la naturaleza. Si la naturaleza los hace capaces del matrimonio, teniendo la mujer doce años y el varón catorce, indudablemente es contra el derecho natural dejar á la libertad de los padres retrasar el matrimonio de sus hijos hasta los diez y seis ó diez y ocho años. Un hijo que ha salido de su país, no puede obtener fácilmente el consentimiento de sus padres, y si no se le quiere casar, sin haber obtenido este consentimiento, se le expone á un peligro manifiesto de vivir en el desórden. S. Pablo interpreta la ley divina cuando dice: «Si alguno no puede guardar continencia, tome una esposa.» El Apóstol no dice que tome esposa á tal ó cual edad, ó con consentimiento de los padres: dice, sin restric-

¹ Véase tomo 2.^o de esta obra, números 48 y siguientes.

² *Concil. Trident.*, Ses. 24, cap. 1.—Kemnitius, *Examen du concil. Trident.*, tit. de clandest. matrim. 2.^a parte.

ción alguna, que tome esposa. Por consiguiente, no puede hacerse que dependa de cierta edad ó del consentimiento de otro, un remedio dado por Dios contra la fragilidad humana, la cual es un mal que todos disimulan por vergüenza y que nadie conoce más que por sí mismo. ¿No podría suceder que los padres incurrieran en una negligencia culpable con respecto á sus hijos por el temor de que contrajeran un matrimonio deshonesto, temor que tiene en ellos más imperio que el respeto á Dios y el afecto paterno? En la Sagrada Escritura leemos que el hombre debe dejar á su padre y á su madre para unirse á su mujer. El decreto que exige el consentimiento de los padres obliga al hijo, hasta cierta edad, á no separarse de su padre ni de su madre, para tomar esposa. Y este decreto daría á los padres el derecho de dejar que sus hijos se abrasaran durante aquel tiempo en el fuego de la concupiscencia. Los padres no tienen derecho alguno que ejercer en el uso de los Sacramentos, y así se prueba con el *cánón cum causa*, *tít. de Baptismo*. Los señores no pueden impedir que sus criados se casen á su gusto, como se previene en el *cánón 1 de conjug serv.*¹ Bentham, desde su punto de vista material y utilitario, justifica, sin pretenderlo por supuesto, esta disposición del Tridentino: «¿De quién dependerá, dice, la elección de un esposo ó de una esposa? Esta cuestión presenta un absurdo aparente, si no real: como si semejante elección pudiera pertenecer á otro que á la parte interesada. Las leyes nunca hubieran debido confiar este poder á los padres, porque les faltan dos cosas esenciales para ejercerlo bien: los conocimientos necesarios para hacer una elección de una especie, y una voluntad dirigida al verdadero objeto de ella. El modo de ver y sentir de los padres y de los hijos no es lo mismo, ni ellos tienen el mismo interés.

1 Dr. Carbonero y Sol. *obra citada*, tom. 1, cap. XXIV.

El amor es el móvil de la juventud: los viejos apenas hacen caso de él: los bienes en general merecen poca atención á los hijos, y son lo que casi únicamente consideran los padres. Lo que quiere el hijo es ser feliz, y lo que el padre quiere es que lo parezca. El hijo puede querer sacrificar cualquier otro interés al del amor; pero el padre quiere que sacrifique este interés á otro muy diferente. Recibir en su familia un yerno ó una nuera que no le gusta, es ciertamente una cosa desagradable para un padre; pero ¿no es mucho más cruel para los hijos que se les prive del esposo ó de la esposa que haría su felicidad? Comparad las penas de una parte y otra: ¿hay igualdad en ellas? Comparad la duración probable de la carrera del padre y del hijo, y ved si debereis sacrificar la que empieza á la que acaba. Esto es por el sólo derecho de impedir: ¿qué sería, si con la máscara de padre, un tirano desapiadado pudiera abusar de la dulzura y de la timidez de su hija, para obligarla á unir su suerte á un esposo detestado?»¹

247. ¿Acaso el dogma Tridentino condena la legislación y jurisprudencia observadas, al parecer en sentido contrario á aquél, en España y en Francia antiguamente? Por lo que hace á la primera, creemos haber demostrado la negativa en otro lugar de nuestra obra.² El Emperador Carlos V, en el decreto dado en Apsburgo en 1548, dice lo siguiente: «La potestad matrimonial no tiene efecto sobre la unión que contraen los esposos, y por lo mismo no debe escucharsè á los que quieran anular los matrimonios contraídos por los hijos de familia sin el consentimiento de sus padres. Nos en nada queremos disminuir el respèto que los hijos deben profesar á sus padres, pero tampoco queremos que éstos

¹ Benthan, *Legislacion civil y penal*, tom. 3, sec. 5.

² Véase tom. 2.º de esta obra, núm. 53.

abusen de su autoridad, impidiendo y rompiendo sus matrimonios. Pero por lo mismo que nos parece bien que los hijos no se casen sin el consentimiento de sus padres, recomendamos á los Pastores que con frecuencia les recuerden este deber.» Respecto á Francia, convencen de la misma verdad las siguientes respetabilísimas autoridades: Jerome Bignon, abogado general en el Parlamento de París, que redactó la Ordenanza de 1639, y cuya profunda erudición hacía la admiración de su siglo, reconoce que el decreto Tridentino no es de ninguna manera contrario á aquella. El autor de las Conferencias de Angers, dice: «Los Parlamentos de Francia no han jamás pretendido, que fuese del resorte de la autoridad paterna, ni han querido nunca dar á los padres el derecho de anular los matrimonios de sus hijos, ni en fin, han juzgado que, por derecho natural y divino, el consentimiento de aquellos fuese una condición necesaria para la validez del matrimonio de éstos, condición sin la cual sería nulo. Así es que, no tenemos en el reino ninguna Ordenanza vigente que declare nulo ó no válidamente contraídos los matrimonios de los hijos de familia por falta del consentimiento de sus padres; nuestros Reyes se han contentado con establecer penas contra los hijos de familia, que contraxeran matrimonio, sin el consentimiento de sus padres, ó de sus tutores ó curadores.» ¹ Lamoignon, Abogado General, en el Alegato que hizo en la causa de matrimonio de Gentil Barbier y de María Deschamps, dice también, que no se veía que las Ordenanzas de los Reyes franceses declarasen nulos los matrimonios contraídos sin el consentimiento de los padres, no obstante las penas señaladas contra tales actos. ² Finalmente, son por todo extremo sig-

¹ *Conferences d'Angers*, tom. 1, Quest. III.

² *Journal des Audiences*, tom. 5, lib. 7. chap. 11.—lib. 3, chap. 3, tom. id.—tom. 2, lib. 6.

nificativas las siguientes palabras de Merlin: «Nuestras leyes no dicen de una manera expresa que el matrimonio de los menores, sin el consentimiento de sus padres, no será validamente contraído.»¹

248. La doctrina del Tridentino fué reproducida por el Sr. Benedicto XIV en la Enciclica de 17 de Noviembre de 1741, encargándose en ella que cuidadosamente se examinase y averiguase la cualidad, grado, condición y estado de las personas particularmente si son hijos de familia, cuyos padres justamente disintiesen; siendo muy propio del ministerio pastoral evitar toda ocasión y motivo de que los hijos faltasen á la debida obediencia de sus padres, de lo cual resultaban tantas ofensas á Dios y funestas consecuencias al honor y tranquilidad de las familias. El Catecismo de S. Pío V dice así: «Se ha de amonestar muy encarecidamente á los hijos de familia que honren á sus padres, y á aquellos bajo cuyo cargo y potestad están, no contrayendo matrimonio sin darles noticia, y mucho menos contra su voluntad; porque en el Viejo testamento se puede echar de ver que siempre fueron los hijos colocados en matrimonio por sus padres, y acerca de ésto han de condescender muy mucho con su voluntad, como lo da á entender el Apóstol cuando dice: El que casa á su vírgen, hace bien; más el que no la casa hace mejor.»

249. La doctrina dogmática del Concilio Tridentino, en este punto se reduce, pues, á declarar, no que sean buenos y loables los matrimonios de los menores, celebrados sin el consentimiento de sus padres, sino que no son nulos, en razón á que tal circunstancia no es ni puede ser esencial al acto como extraña á los contrayentes, en cuyo solo consentimiento consiste el matrimonio. ¿Procedió de esta suerte

¹ Merlin, *Repert.* § 5, art: 2. núm. 2.

aquel Concilio, es decir, la Asamblea más ilustre que han visto los siglos por respetos humanos ó porque así lo creyó justo y legítimo? Desde luego debemos declarar que el Concilio no hizo una innovaci6n en el sentido riguroso de la palabra, sino una mera declaraci6n contra los errores de ciertos sectarios. La validez de los matrimonios, de que nos ocupamos, no era negada antes, aunque sí reconocida su inconveniencia y castigada con penas más ó menos severas. Si abrimos el Fuero Juzgo, que es como la luz de una época oscura y áspera, encontramos estas palabras: «Si alguno desposar la manceba de voluntad de su padre, é la manceba contra la voluntad de su padre quisiera casar con otro, é non con aquel á quien le prometió su padre, a questo non lo sufrimos por nenguna manera que ella lo pueda facer . . . etc.¹ ». Esta disposici6n, como se vé, aparte de que no declara la nulidad, se refiere solo á la hija, ya desposada, que se casare con otro contra la voluntad de su padre. El Fuero Real dice: «Si la manceba en cabello casare sin consentimiento de su padre, é de su madre, non parta con sus hermanos en la buena del padre ni de la madre, fueras ende, si el padre ó la madre la perdonasen² ». El matrimonio es pues ilícito y como tal punible; pero no nulo ó imposible. El Código de las Partidas dice: «é otrosi; cuando el padre quiere casar su hija é la dotase segund la riqueza que oviese, é segund que pertenesciese á ella, si ella contra la voluntad del padre, dicesse que non queria casar, é despues desto ficiere vida de mala mujer . . . poderla y desheredar por tal razon³ ». Si de la legislaci6n civil pasamos á las declaraciones hechas en el seno de la misma Iglesia por sus doctores y órganos más

¹ *Fuero Juzgo*, lib. 3, tit. 2, l. 8.^a

² *Fuero Real*, lib. 3.^o tit. 1.

³ *Partida* 6.^a, tit. 7, l. 5.^a

autorizados, encontramos la misma verdad: precepto del consentimiento paterno bajo la sanción de una pena, pero no la de nulidad. El Concilio de Elvira, verificado en el año 305, prohíbe bajo pena de excomunión á los padres casar á sus hijas con paganos, herejes ó judíos, no diciendo otro tanto de aquella, lo que prueba que si se estaba persuadido en la primitiva Iglesia de la necesidad y aún naturalidad del consentimiento paterno, ni la pena de excomunión, que era la única señalada, alcanzaba á los contrayentes. *Virgines*, dice también solamente el Concilio de Toledo del año 589, *nec citra voluntatem parentum, vel suam maritos cogantur accipere* ¹. El Concilio Arelatense IV en el año 54 declara *matrimonium contra voluntatem parentum impie copulari*; nada pues tampoco de nulidad, porque luego se dice que tal matrimonio, *sicut est prohibitum, non admittatur* ². Finalmente los Padres del Concilio de Colonia, en el año 1530, manifestando el deseo de que se renovara en un Concilio general el Canon *Aliter*, que Graciano atribuye al Papa Evaristo contra los matrimonios que los hijos contraen, á pesar de sus padres, se expresaban así: *Optamus ut Canon Evaristi Pontificis Concilio Generali renovetur, tollanturque illa clandestina Matrimonia quæ invitis parentibus et propinquis, Veneris potius quàm Dei causa, contrahuntur, interea vero donec Ecclesia de hoc prospiciat, si non irrita prohibita saltem sint, et pænæ canonicæ, id est, excommunicatione contrahentes et qui his ope et concilio adsuerint, subjacent.* ³ Las palabras, *si non irrita, prohibita saltem sint, et pænæ canonicæ . . . subjacent*, ¿pueden dejar alguna duda sobre la validez de estos matrimonios, como doctrina recibida universalmente antes del Decreto Tridentino? Podría citarse, como argumento en

¹ *Concil Toletan*, an. 589, can. 10.

² *Concil. Arelat*, an. 541, can. 22.

³ *Concil. Coloniens*, an. 1530, Tit. *De administrat. Sacramentor.* cap. 43.

contra, que el Papa Evaristo, en su Epístola á los obispos africanos, afirma que no es matrimonio legítimo el contraído sin consentimiento de los padres, y que á tales enlaces los llama: *adulteria, stupra, et fornicationes*. Billuar contesta satisfactoriamente á esta objeción en los siguientes términos: *Evaristus ibidem præter consensum plura alia requirit ad legitimum Matrimonium, ut quod puella dotetur, quod á Paranympis custodita et sociata offeratur, quod Matrimonium benedicatur a Sacerdote cum precibus et oblationibus, et quod conjungendi viduo vel triduo oratione vacent, et castitatem servant; atque aliter contracta matrimonia dicit pariter esse illegitima; et vocat adulteria, fornicationes, etc. Quis tamen dicat, matrimonia absquè his omnibus circumstantiis inita esse illegitima, fornicationes et adulteria? Palám est ergo, Evaristum vocare hæ matrimonia illegitima, non quia sunt invalida, sed quia non contrahuntur secundum leges: vocat autém adulteria, fornicationes, etc. secundúm quamdum exaggerationem, quia sunt illicita et prohibita, manifestum est enim non esse adulteria. Habent tamen speciem fornicationis et adulteri; quia furtive fiunt, et meretricio magis, quam maritali affectu suscipiuntur. Unde Pontifex pauló post vocal ea mala illicita; non præcipit tamen ea dissolvi, sed puniri.*¹

La misma discusión habida en el Concilio de Trento sobre este punto demuestra que no era una novedad lo que se trataba de definir, pues, aun en el concepto de aquellos Padres, que opinaban sobre la nulidad del matrimonio, contraído sin el consentimiento de los ascendientes, se podía recurrir, en caso de disenso irracional de éstos, al consentimiento de la autoridad. «*De filiis familias ita variatum est*, dice el Cardenal Pala vicini, *ut marium conjugium absque con-*

¹ Billuart, obra citada, *Tract, de matrim*, art. 6.º

sensu parentu esset irritum ante annum vigesimum fœminarum vero ante decimum octavum completum, nisi ubi parentes rogati ipsorum consensum ad nuptias honeste expetitas a filiis, inique iudicio præsulis dissentirent, filiis vero, obtenta á præsule facultate, matrimonium contraherent. Se ve, pues, que en aquella razón, ya el magistrado entendía, sobre si era ó no razonable el disenso del padre; y ésto lo reconoce el Concilio, y ciertamente no lo desapueba. El Cardenal de Lorena opinaba que debían ser declarados nulos los matrimonios verificados por los menores sin el parecer de sus padres, usando, como de principal argumento, que en la antigua ley los patriarcas casaban á sus hijos. Contestó á este el Cardenal Madrucio, diciendo que el patriarca, en la ley bíblica, era á la vez padre, rey y sacerdote y que en la misma, se ven casos de hijos casados sin saberlo sus padres, y con la bendición de Dios. *Causas, decía, á se non conspicitur Ecclesia post continuam tot sæculorum consuetudinem, ad rem adeo novam aducenda esset: corruptelas potius reparandas.* Del mismo sentir fué el gran jesuita Lainez, llegando hasta decir, con santa libertad, que dudaba tuviese facultad la Iglesia para establecer las novedades que se proponían; el matrimonio era Sacramento, y había sido concedido al hombre, para que en él viviese castamente, si fuera de él había devir en incontinencia; y que cada cual por sí solo é independientemente de los demás, estaba obligado á mirar por la salud de su alma. ¹

250. El Código de Napoleón ha inaugurado pues una jurisprudencia contraria en los artículos siguientes: 182. «El matrimonio contraído, sin el consentimiento de los padres, de los ascendientes ó del consejo de familia, en los casos en

¹ *Historia Concilii Tridentini* por el P. Sforza Pallavicino, tom. 4.º, lib. XXII, cap. 4, núms. 5, 6, 7, 8, 9.

que era necesario, no puede ser atacado sino por aquellos cuyo consentimiento era requerido, ó por aquél de los dos esposos que tenía necesidad de tal consentimiento.» 183. «La acción de nulidad no puede ser intentada ni por los esposos ni por los padres, cuyo consentimiento era requerido, siempre que el matrimonio haya sido aprobado expresa ó tácitamente pór aquellos cuyo consentimiento era necesario, ó cuando ha transcurrido un año sin reclamación de su parte, desde que tuvieron conocimiento del matrimonio. Tampoco puede ser intentada dicha acción por los esposos, cuando ha transcurrido un año sin reclamación de su parte, desde que han tocado la edad competente para consentir por sí mismos en el matrimonio.» ¿Por qué esta nulidad es *relativa*? Portalis responde: «Los ascendientes vengan su propia injuria, intentando esta acción; hacen más, cumplen un deber. La ley requería su intervención en el matrimonio por la utilidad misma de los esposos. Ellos satisfacen al voto de la ley, responden á su confianza, procurando reparar, por la vía de la nulidad, el mal que no han podido prevenir por los caminos más dulces de una tierna vigilancia.» ¿Pero por qué dar también acción de nulidad á los hijos, que han olvidado el respeto y obediencia que deben á los autores de sus días contra la regla: *Nemo ex delicto suo actionem consequi debet*? El mismo Portalis da la razón, diciendo: «Hemos igualmente creído justo acordar á los hijos, á quienes el consentimiento de los padres era necesario, el derecho de hacer anular su propio matrimonio por la consideración de la falta de ese consentimiento. En general es permitido á todos los que han contraído una obligación nula y viciosa, reclamar contra ella, sobre todo cuando la han aceptado durante su menor edad. El interés de las partes es la medida de su acción; y si se reciben favorablemente las quejas de un menor, que pretende haber sido sorprendido en una convención poco im-

portante, se debe, con mayor justicia, acordarle el mismo favor, cuando pide ser restituído contra la enagenación de todos sus bienes y de su persona. ¹

251. ¿Esta nulidad puede cubrirse? Sí, por la aprobación expresa ó tácita del matrimonio por parte de los ascendientes cuyo consentimiento era necesario, supuesto que esta nulidad es de interés privado. Sobre la confirmación expresa ninguna duda puede surgir; pero ¿qué decir de la aprobación tácita? La ley no la define; por consiguiente este punto es abandonado á la aprobación del juez. En el antiguo derecho y por sentencia del mes de Diciembre de 1672. un padre fué rechazado, al pretender atacar el matrimonio de su hijo, que se había casado sin el consentimiento de aquél, porque había sido padrino de un hijo nacido de ese matrimonio. ² Vigente ya el código, la corte de Tréves ha dado la misma decisión en un caso en que el padre había asistido á el acta de nacimiento. Dalloz dice igualmente que habría ratificación tácita, si el padre hubiera recibido en su casa al yerno ó á la nuera, los hubiera tratado como hijos y les diese este nombre, en su familia, en la sociedad ó en cartas que les hubiese escrito. ³ Hay también, según el art. 183, aprobación tácita, cuando ha transcurrido un año sin reclamación de parte de aquellos cuyo consentimiento era necesario, á contar desde que han tenido conocimiento del matrimonio. «Dos condiciones, Dice Laurent, son prescritas para que la acción del ascendiente no sea ya aceptable: es necesario que él haya tenido conocimiento del matrimonio posteriormente á la celebración que se hizo sin su consentimiento, y que después haya guardado silencio durante un año.

¹ Portalis, *Expos.*—Pothier, núm. 446.

² Pothier, núm. 446.—*Journal des Audiences*, tom. I, lib. II, cap. 21.

³ Dalloz, "Mariage," núm. 492.

No basta, pues, para rechazar la acción del ascendiente, oponerle que ha guardado silencio durante un año, aún durante años, sino que es necesario establecer que él ha tenido conocimiento del matrimonio á lo menos durante un año después de su celebración.»¹ La confirmación tácita del matrimonio, contraído sin consentimiento de los padres, puede también proceder del hijo, cuando ha transcurrido un año sin reclamación de su parte, á contar desde que ha tocado la edad competente para consentir por sí mismo en el matrimonio.

252. Con respecto á la ratificación expresa de parte del hijo, los autores están de acuerdo en que es también legal y así está enseñado desde el antiguo derecho.² ¿Qué decir de la ratificación tácita? ¿existe otra que la consistente en el silencio guardado por el hijo durante un año, á contar desde que cumplió la edad necesaria para el matrimonio? Hay sobre ésto la mayor discordancia entre los comentadores. Unos, como Delvincourt,³ Toullier,⁴ Vazeille⁵ y Aubry y Rau⁶ sostienen que, así como la ejecución voluntaria de cualquiera convención importa su ratificación, la cohabitación de los esposos, que es la ejecución del contrato de matrimonio, equivale á la renuncia tácita de la acción de nulidad. ¿No sería deplorable, se dice, que después de diez meses y aun más de vida común, ó después del nacimiento de un hijo, pudiera el esposo venir todavía á proponer esta nulidad? Demolombe, aunque de opinión contraria, declara como Alle-

¹ Laurent, tom. 2, núm. 461.

² Pothier, núm. 446.—Marcadé, tom. 1, núm. 653, III.—Demolombe, tom. 3, núm. 287.—Laurent, tom. 2, núm. 465.

³ Delvincourt, tom. 1, pág. 74

⁴ Toullier, tom. 1, núm. 616.

⁵ Vazeille, tom. 1, núm. 271.

⁶ Aubry y Rau *sobre Zacharias*, tom. 4, pág. 11.

mand¹ y Demante,² que no se sorprendería de que, en efecto, dadas ciertas circunstancias favorables, fuese considerada la cohabitación como ratificación tácita.³ Durantón, después de haber establecido que el Código no admite sino un caso de confirmación tácita, añade por vía de reserva que, en la insuficiencia de la ley sobre este punto, las decisiones de los tribunales no serían probablemente censuradas por la superioridad.⁴ Otros, como Marcadé y Laurent,⁵ sostienen no sólo que, tratándose de los menores de edad, el Código no acepta sino la ratificación tácita expresada por el art. 183, pero también que hay sobrada razón para que así sea. En efecto, dicen, y es la hipótesis más ordinaria, la cohabitación es una consecuencia natural del matrimonio, á tal punto que no se debe ver siempre en ella una ratificación suficiente. Además, en el caso particular de que se trata, casi siempre habría la ratificación que se pretende, pues estas especies de matrimonios, contraídos por menores de edad, sin el consentimiento de su familia; como el resultado de la seducción, de la inexperiencia y de la pasión de los sentidos, las más veces son seguidos de la más íntima y estrecha unión de los esposos. ¿No podría ser esta la razón por la que el Código ha concedido al esposo menor el plazo de un año, para que puesto aparte como hecho indiferente el de la cohabitación, reflexionase y manifestase con madurez su voluntad?

253. Nuestra legislación nacional no es uniforme sobre este punto. El Código del Estado de México, fiel á las pres-

1 Allemand, tom. 1, núm. 593,

2 Demante, tom. 1, núm. 265 bis. VII y VIII.

3 Demolombe, tom. 3, núm. 288.

4 Durantón, tom. 2, núm. 312.

5 Marcadé, tom. 1, núm. 653, III.—Laurent, tom. 2, núm. 465.

cripciones canónicas; declara (art. 124) que los hijos de ambos sexos, que no hayan cumplido cierta edad, no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento de los ascendientes; pero la falta de este requisito no es causa de nulidad sino sólo de la ilicitud del acto (arts. 205 y 223, inciso 2). El Código del Estado de Veracruz sí reconoce, como causa de nulidad, la falta de consentimiento de los ascendientes, declarando (art. 253) que la acción sólo puede deducirse por el cónyuge menor dentro de su minoría y quince días después de haber cumplido veintiún años, ó por el ascendiente á quien tocaba prestar el consentimiento. La causa de nulidad cesa: 1.º Cuando ha pasado ese término sin que aquella se haya pedido; 2.º Cuando aun durante él, el ascendiente ha consentido expresa ó tácitamente en el matrimonio, como dotando á la hija ó haciendo donación al hijo para el matrimonio, ó recibiendo á los consortes para vivir en su casa, ó presentando la prole como legítima al Registro Civil, ó practicando otros actos que, á juicio de juez, sean tan claros como éstos.

El Código de Tlaxcala (arts. 133 y 134 no dá esta acción de nulidad sino al ascendiente á quien tocaba prestar el consentimiento para el matrimonio, y dentro de quince días contados desde él en que tuvo conocimiento del acto. Cesa la nulidad: 1.º por el lapso de este tiempo, sin haberla pedido; 2.º cuando aun durante este término el ascendiente ha consentido expresa ó tácitamente en el matrimonio.

El Código del Distrito Federal de 1870 prescribe (arts. 282 y 283), lo mismo que el anterior, con la diferencia de que, en vez de quince días, el plazo es de treinta. En el propio sentido están redactados los arts. 259 y 260 del Código que comentamos. Aparte de lo expuesto con motivo de los arts. 182 y 183 del Código francés, varias son las cuestiones que pueden ocurrir en virtud de los artículos que preceden.

254. Supuesto que el Código de Veracruz concede la acción de nulidad que nos ocupa, no sólo á los ascendientes cuyo consentimiento era necesario para el matrimonio del menor, sino también á éste, se pregunta: ¿puede el esposo menor intentar la acción de nulidad que le concede la ley, aun después de ratificado el matrimonio expresa ó tácitamente por el ascendiente? Vinnio, aunque reconociendo que el matrimonio del menor se hace válido, según el Derecho Romano, por la ratificación del padre, sostiene que ella no es de efecto retroactivo, pues el consentimiento del *pater familias* debía necesariamente preceder ó á lo menos acompañar el matrimonio. «*Nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio suadet, in tantum ut jussus parentis præcedere debeat; adeo consensus aut potius assensus parentis in nuptiis filiorum familias necessarius est, ut etiam præcedere debeat, neque ratihabitione patris retro legitimæ fiant, nimirum cum ratihabitione in iis tantum locum habet, quæ non statim ipso jure nullæ sunt, sed aliquo modo consistunt aut pendet.*»¹ Luego, conforme á esta doctrina, el menor podía todavía anular su matrimonio, verificado sin el consentimiento de su padre, aun después de confirmado el acto por éste. Fácil es percibir la horrible inmoralidad de la ley, que diera semejante facultad al hijo. Huber no acepta tal interpretación, diciendo: *ratio est quod ratihabitione fit ejus naturæ, ut ad principium cujusque actus retrahatur, eique inde ab initio qualitatem suam imprimat, adeoque retro recurrat. Nam ratihabitione est subsecutus consensus, et præcedentem defectum supplet. Quid causæ igitur est, cur in nuptiis, quæ maxime consensu perficiuntur, non sit idem statuendum? Cum et status liberarum favorabilis*

¹ Vinnio, *De nuptiis*.

*accedat, quem incesti macula Divi Fratres liberarunt. Ad de similitudinem in legitimatione per subsequens matrimonium. Cur liberi ex concubina justi non sunt? Quia titulus nuptiarum deficit: cur nuptiis secutis fiunt legitime? Quia defectus illius per supplementum retrahitur, ac si matrimonium semper fuisset etc.*¹ Heinecio es de la misma opinión,² que sin duda alguna es la más conforme á la razón y los principios que dominan esta materia. «Si el esposo era menor, dice Duranton, y por consiguiente incapaz, lo era porque no tenía, al contratar, el consentimiento de sus padres; pero dándolo éstos ahora, la ratificación dada después equivale al consentimiento, luego el matrimonio debe ser valido y considerado, como perfecto *ab initio*, no pudiendo ya el esposo atacarlo.»³

255. Supuesta la prescripción del mismo código, ¿la ratificación del hijo impide la acción de nulidad del ascendiente? Vazeille dice que la aprobación de los esposos no hace nacer excepción, sino contra ellos mismos, y no contra los padres, cuyo poder han menospreciado.⁴ La opinión contraria es más generalmente seguida por las siguientes razones: 1.^a, los padres no pueden ratificar el matrimonio, sino en tanto que el hijo depende de ellos; 2.^a, el esposo no puede ratificar, sino después de haber tocado la edad competente para consentir por sí mismo en el matrimonio; ahora bien, en esta época los ascendientes no tienen ya acción en nulidad. En otros términos: cuando la ratificación de los ascendientes puede ser dada, la acción de nulidad pertenece todavía necesariamente al hijo; al contrario, cuando la ratificación del

1 Huber, *Prælectiones juris civilis*, tom. 1, lib. 1, tit. 10, núm. 10.

2 Heinecio, *Elementa juris*, lib. 1, tit. 10, § 150.

3 Duranton, tom. 1, núm. 387.—Laurent; tom. 2, núm. 462.

4 Vazeille tom. 1, núm. 264.

hijo puede ser dada, la acción de nulidad no pertenece ya necesariamente á los ascendientes. ¹

256. Finalmente, el mismo Código de Veracruz guarda un silencio inexplicable sobre un punto de la mayor importancia: ¿desde cuándo empieza á contarse el plazo que tiene el ascendiente para intentar la acción de nulidad? Como hemos visto, el Código francés, lo mismo que el de Tlaxcala y los dos del Distrito Federal expresan lo que es muy natural, que ese plazo debe contarse desde que el ascendiente *tuvo conocimiento del matrimonio*. Supóngase el caso de un matrimonio celebrado por un menor, durante la ausencia de su padre, ó si se quiere, con dispensa de publicaciones; pero, en uno y en otro, sin el consentimiento paterno. ¿Hay aquí esa falta de respeto, ese peligro de desacierto, que la ley ha querido remediar con la acción de nulidad? Y sin embargo si el desobediente é irrespetuoso hijo cumple los veintiun años y quince días más, sin que el ausente ignorante padre intente la nulidad, el matrimonio se tiene por ratificado. Pero ¿por quién? Por quien, quizá, á haber tenido noticia de su celebración, se habría apresurado á ejercitar los derechos que la ley otorga. Esto es injusto.

NUMERO 3. DE LA IMPOTENCIA.

257. Si doctas plumas han temblado ante la presente materia, tan llena de escollos y peligros, nada extraño parecerá que obligados nosotros á cumplir el programa que nos he-

¹ Demolombe, tom. 3, núm. 291.—*Contra* Delvincourt, tomo 1, pág. 74.—Tulie, tom. 1, núm. 618.

mos impuesto, no retrocedamos, pero á condición de que descarguemos sobre otros la grave responsabilidad de explicar un asunto que por su naturaleza se relaciona con las pasiones más vehementes de ambos sexos y con los secretos íntimos del hogar. «El jurisconsulto, dice Merlin, que debe ser casto y puro como la ley, se encuentra embarazado, al tratar estas materias, que pueden despertar imágenes voluptuosas; pero, intérprete de esa misma ley, se obliga á hablar con tanta entereza como el legislador de los misterios de la naturaleza. No es sin duda, en un libro de jurisprudencia donde la imaginación vendrá á buscar lo que puede inflamar los sentidos. Aquí todo está depurado por la justicia, que es á la vez el guía y el objeto de nuestras investigaciones. Las leyes civiles y la religión presiden juntas á la unión del hombre y de la mujer: las primeras han hecho de ella un contrato; la segunda, un Sacramento. El instinto más ciego y más fogoso de la naturaleza se ha convertido de esta suerte, para la especie humana, en fuente de los deberes más sagrados y de las más extensas obligaciones. Algunos han pensado que la Religión Cristiana era la única y la primera que había impreso un carácter de santidad al matrimonio. Es un error: es la única, sin duda, que lo haya santificado realmente, puesto que es la sola que tiene un origen celeste; pero todas las otras han hecho intervenir también el cielo en este grande acto y por doquiera los dioses han sido tomados como testigos de la fe conyugal. ¹

El matrimonio, pues, sopena de ser el juguete de los más peligrosos caprichos y de las más ciegas pasiones, necesita ser indisoluble como nuestra santa religión lo considera y ha atravesado los siglos, á despecho de los reiterados esfuerzos de la lujuria y la impiedad para convertirlo en ocasión

¹ Merlin, *Repert.* "Impuissanse," número 1.

solo de fugaces y criminales placeres. Este concepto tan levantado y espiritual del matrimonio ¿será acaso incompatible con las leyes que aceptan la impotencia, como impedimento dirimente y como causa de nulidad? No lo creemos así, atentos la misma naturaleza del matrimonio, sus efectos ordinarios y sus santos fines. El *crescite et multiplicamini* de la Sagrada Escritura, que nos refiere esas palabras como pronunciadas por el Creador, apenas surgida á la luz del paraíso la primera mujer y como uno de los mandamientos más elementales para la unión de los sexos, permite afirmar que la procreación de los hijos, muy lejos de ser punto indiferente y secundario en orden al matrimonio, constituye uno de sus principales y más importantes fines, la real y verdadera realización de un acto, en el que se depuran y santifican deseos y pensamientos, que aunque de especie material, son susceptibles de casta intensión y de innegable idealidad. Además, véase en el matrimonio un consuelo de la vida, una salvaguardia de la virtud, que fuera del orden y mutua conformidad que encierran las palabras *et erunt duo in carne una* se mancharía y disiparía en el cieno del libertinajé; un medio, en fin, regular de dar ciudadanos á la patria, y nada más obvio que convenir en que la impotencia de uno de los esposos, causa del mayor tormento de ambos en una tendencia que puede ser su mayor encanto; irritación vana de deseos que dicta la naturaleza para ser satisfechos; por el atractivo más terrible que suscita hacia el vicio, por el peligro más invencible en que coloca á la virtud, sea motivo de nulidad de un enlace en el que á la postre la patria pierde á la vez por la desgracia de uno, todos los frutos de la fecundidad del otro. Isidoro, *el Hispalense*, dice que son tres las causas del matrimonio: *causa prolis* consistente en el sentido de las palabras antes expresadas del Génesis; *causa adjutorii*, pues como afirma el mismo libro, *non est bonum hominem esse solum*

faciamus et adjutorium simile y causa continentiae, por lo que dice el Apóstol: *si non se continet, nubat*. El recopilador de las sentencias se expresa así: *Si non est permixtio sexuum; non pertinet ad matrimonium, quod expresam et plenam tenet figuram conjunctionis Christi et Ecclesiae. Figuratur enim illam unionem Christi et Ecclesiae, quae est in charitate: sed non illam quae est in naturae conformitate. Et ergo et in illo matrimonio typus conjunctionis Christi et Ecclesiae: sed illius tantum, quae Ecclesia Christo charitate unitur, non illius quae per susceptionem carnis capiti membra uniuntur non ideo tamen minus sanctum est conjugium*. Una decretal de Graciano declara: *Commixtio animorum significat charitatem, quae consistit in spiritu inter Deum et justum animum; commixtio vero corporum designat conformitatem quae constat inter Christum et Ecclesiam. Et ideo, si alterum deficiat, non pertinet ad illud conjugium designatum, quia inter eos una caro non est.*¹ ¿Es esto decir que el *actus carnalis copulae* sea de la esencia del matrimonio? No, ciertamente; pero, como afirma S. Tomás de Aquino, debe ponerse sin embargo la impotencia como impedimento del matrimonio, *quia per id datur utrique conjugum potestas in corpus alterius respectu carnis copulae.*²

258. Mas ¿qué es impotencia y bajo qué condiciones constituye la causa de nulidad que nos ocupa? No nos atrevemos nosotros á contestar á estas preguntas por lo delicado de su asunto, prefiriendo insertar aquí el § 190 del cap. 9 de la excelente obra del Cardenal Saglia, *Institutiones juris privati ecclesiastici*; donde en admirable compendio está expuesta con sus mejores fundamentos toda esta grave materia. *Impotentiam hoc loco vocamus inhabilitatem ve ex parte viri, vel ex parte foeminae ad matrimonium consummandum, perfectam-*

1 Graciano, *Can In omni* 27, q. 2, c. 2.

2 Dig. Thom. Aquinat, *Quæst* 58, art. 2.

que copulam habendam. Cum autem commercium carnale naturaliter compleri possit, etiamsi generatio non sequatur, non est judicanda impotentia, ut si mulier fuerit sterilis. Est autem impotentia vel naturalis et intrinseca, vel accidentalis et extrinseca. Prior ex naturae defectu, posterior ex maleficio, vel ex hominis opera proficiscitur. Utraque vel perpetua est, vel temporalis; perpetua est si nonnis eum mortis periculo, aut per miraculum, aut per media illicita auferri possit. Temporalis, vero dicitur, si queat aut medicae artis ope, aut per exorcismos Ecclesiae, aut aliis modis licitus superari. Tandem alia est absoluta, alia respectiva: absoluta est quae in viro respectu omnium mulierum, aut in foemina respectu omnium virorum reperitur; respectiva est quae aut virum aut mulierem respectu certae personae, non vere respectu aliarum omnium inhabilem reddit ad matrimonium consummandum. Quaelibet autem impotentia, si matrimonium praecesserit, antecedens; si jam contractum subsequuta sit, subsequens appellatur.

His praemissis haec apud omnes certa sunt: 1. Impotentiam temporalem sive antecedentem, sive subsequentem non dirimere matrimonium, cap. Fraternitati De frig. et malef. nam impotens ad tempus potest jus in corpus transferre cum obligatione copulae, ubi impotentia cessaverit: quemadmodum rite contrahitur obligatio ad id praestandum, cuanvis praestare praesenti tempore non valeas, in posterum tamen poteris, aut saltem prudenter speras te fore in posterum solvendo parum. Hinc nunptiae impuberum, cuandoquidem impotentia perpetua non est, irritae sunt jure tantum ecclesiastico, ac proinde poterit Pontifex dispensare. Quin ipso jure ecclesiastico impuberum conjugia valida sunt, si praecox malitia, et corporis aptitudo aetatem supleat, et eo casu nulla opus est Pontificis dispensatione, sed sola Episcopi declaratione eos esse conjugio idoneos. 2. Impotentiam subsequentem, liciter perpetuam, non dirimere matrimonium, tum quia omnis contractus natura est, ut per

supervenientem rei mutationem non dissolvatur, tum praecipue quia vinculum matrimonii indissolubile omnino est. Idque locum sibi vindicat, etiam si impotentia consumationem matrimonii praecesserit; siquidem semel validum matrimonium ob subsequentem quovis tempore defectum neque rite contractum esse cessat, neque ideo dissolvi potest. Relinquitur tantum hoc casu, ut ratum matrimonium dissolvatur, si alteruter ex contrahentibus religionem approbatam solemniter profiteatur, vel Summus Pontifex dispenset. 3. Certum est solam impotentiam perpetuam et antecedentem, sive naturalis sit, sive accidentalis, sive absoluta, sive respectiva, sive ante matrimonium contrahentibus notafuerit, sive ignota, matrimonium dirimere utroque jure et naturali et ecclesiastico. Cum enim procreandae prolis causa nuptiae comparatae sint, ad essentiam matrimonii pertinet potentia perfectae copulae habendae, sime qua haud potest ipsius matrimonii usus et finis obtineri. Abren S. Thomas in 4 distinct. 34 quaest. unic. á 2 ad 1: « Quamvis actus carnalis copulae non sit de essentia matrimonii, potentia tamen ad hoc est de ejus essentia, quia per matrimonium datur utrique conjugum potestas in corpore alterius respectu carnalis copulae.» Cum igitur quaelibet res absquesua essentia naturaliter consistere nequeat, ex jure naturali irritum erit matrimonium, si ea sit ab initio viri aut mulieris imbecilitas, ut ipsom consummare non valeant Huc etiam facit Regula Juris impossibilium nulla est obligatio. Hinc Alexander III, cap. Quod sedem De frig. et malef. respondet Episcopo Ambianensi: " Sicut puer qui non postest reddere debitum, non est aptus conjugio, sic qui impotentes sunt, minime apti ad contrahenda matrimonia reputantur.» Et Sixtus V. in suis litteris Cum frequenter ad Episcopum Novariensem apud Regem Hispaniarum Apostolicum Muntium datis universim declarat, quod «secundum Canonum sanctiones et naturae rationem qui frigidae naturae sunt et impotentes, iisdem minime

apti ad matrimonium contrahendum reperiuntur.» Regulariter autem in eisdem litteris de Eunuchorum matrimoniis sic edixit: «Fraternitati tuae per praesentes committimus et mandamus, ut conjugia per dictas et alios quoscumque. Eunuchos et Spadones utroque teste carentes cum quibusvis mulieribus defectum prae dictum sive ignorantibus sive etiam scientibus contrahi prohibeas eosque ad matrimonia quomodocumque contrahenda inhabiles auctoritate nostra declares, et tan locorum Ordidariis, ne hujusmodi conjunctiones de caetero fieri quoque modo permittant, interdices, quam eos etiam qui sic de facto matrimonium contraxerint, separari cures et matrimonia ipsa sic de facto cantracta, nulla irrita et invalida esse decernas.»

Jam vero si evidentibus signis, aut legitimis documentis certo constet, impotentiam adesse, eamque et perpetuum esse, et matrimonium praecessisse, statim vir et mulier separandi sunt. Si vero aliquod dubium exoriat, natura et qualitas dubitationis expendenda est. Nam si dubitetur, utrum dicta impotentia matrimonium praecesserit, an subsequuta fuerit, tunc si ea naturalis sit et intrinseca, praecessisse praesumitur; quod enim a natura inest, semper adfuisse censetur. Si vero accidentalis sit et extrinseca, matrimonium subsequutam esse praesumitur. «Cum enim,» ait Sanchez lib. 7, disp. 103 num. 5, «natura ipsa hominem illum potentem produxerit, asserenti eum aliquando impotentem fuisse, onus probandi incumbit, utpote cui adversatur praesumptio a natura ipsa descendens.» Quae praesumptio maxime valet, quando conjux de alterius impotentia diu post contractum matrimonium conqueri incipit: «Si enim reclamare voluit, cur tam diu tacuit? cito enim et praevio tempore scire potuit, si secum coire potuisset.» Ita cap. Accepisti de Frig. et malef. At si constituerit de impotentia antecedente, et dubitetur utrum ea perpetua sit an temporalis, tum locum ha-

det celeberrima Constitutio Celestini III cap. Laudabilem eod, in qua, sic statuit: «Requisivisti quantum temporis indulgendum sit naturaliter frigidis ad experientiam copulae conjugalis? Nos vero praesenti consultatione sentimus, ut a tempore celebrati matrimonii, si frigiditas prius probari non possuit, cohabitent per triennium.» Manente autem dubio haec a Sacris Canonibus sancita sunt: I. Si vir a se cognitam uxorem contendat, mulier autem neget, viro afirmani credendum est, quia vir est caput mulieris. Haec regula firmatur ab Alexandro III cap. Continebatur de Desponsat. impub: «Consultationi tuae taliter respondemus, quodcum in decretis habeatur expressum, quod si vir dixerit, quod uxorem suam cognoverit, et mulier negaverit, viri standum est veritati: praefato viro qui dicit se mulierem ipsam cognovisse fides est habenda, si juramento id firmaverit.» Quod si mulier virum arguat mendacii et perjurii seque virginem probari velit, inspectio decerni potest. «Cum partes,» inquit Gregorius VIII in cap. Proposuisti de Probat., «essent in tua praesentia constitutae, mulier proposuit, se nec a viro cognitam nec potuisse cognosci; quod tam proprio juramento quam testimonio septem mulierum probaverit, quae per aspectum corporis eam esse virginem asseverant, viro per juramentum suum contrarium assereute. Videtur igitur novis quod juramento puellae, est testimonio illarum septem mulierum fides est potius adhibenda.» Contra vero si vir negaverit, mulier vero se cognitam esse contestetur, et aliae probationes pro viro non suppetant, videtur muliere fides habenda esse, tum «quia vir,» ut obserbat S Raymundus lib. 14 Summae tit. de Impotent. coeundi «in ea hypothesis actor est, et si non probat quod asseverat, mulier cum sit rea, etsi nihil praestiterit, absolvi debet ab impetitione viri;» tum quia non praesumitur foeminam velle cum

vira impotente cohabitare. 2. Si uterque conjux impotentiam fateatur etiamsi triennium experimenti completum sit, eisdem juramentum defertur, ut omnis fraus aut collusio, quod ejus fieri possit avertatur. Itaque uterque conjux cum septima manu parentum aut vicinorum bonae famae, si propinqui defuerint, tactis sacrosanctis Evangeliiis jurare debent, quod nunquam per carnis copulam una caro effecti sint. Conjuges autem de veritate, hoc est de certa scientia jurare debent, propinqui de credulitate, se nimirum credere quod conjuges bona fide et absque dolo matrimonium consummare nequiverint. 3. Soluta matrimonio ex capite impotentiae, alteri quae impotens non est, vel si impotentia, respectiva sit, utrique parti conceditur transitus ad alias nuptias. Si vero post novas nuptias conjux qui perpetuo impotens putabatur, subeundis matrimonii oneribus postmodum habilis inveniatur, matrimonium prius redintegratur juxta cap. Laudabilem et cap. fraternitatis de Frig. et malef. Neque enim sententia in causa impotentiae lata transit in rem judicatam. 4. Si conjuges impotentes velint cohabitare tanquam frater et soror, id eis permittitur per cit cap. Laudabilem, et cap. Consultationi eod. Unde colligitur matrimonium bona fide contractum a nemine posse, ex causa impotentiae, nisi ab ipsis conjugibus accusari. Quia vero haec fraterna societas plena periculi est, praesertim si vir et mulier florentis adhuc aetatis sint, praestat agere ut ad separationem auctoritate Ecclesiae inducantur: quippe in eo casu praevalet jus naturale, quod jubet omnem peccandi occasionem declinare. Caeterum fraterna hujusmodi societas impotentium nullum jus tribuit in corpora, neque matrimonium est, quemadmodum Doctores communiter tradunt contra Paludanum, Pontium alaisque paucos.

De toda esta exposición se infiere: 1º que la nulidad por causa de impotencia, es solo relativa. ¿Por qué? «El vicio de impotencia de una de las partes, dice Pothier, que han contraído matrimonio, como no se refiere sino á la parte con quien el impotente ha contraído matrimonio, que no puede hacerse pagar por éste el débito conyugal; como este vicio por su naturaleza secreta, no puede herir la honestidad pública, no debe ser considerado sino como un vicio respectivo; en consecuencia, sólo la parte con quien el impotente ha contraído matrimonio, es recibida á atacarlo, no siendo así, cuando aquella no se queja.»¹ Pero el derecho canónico hace extensiva la acción de nulidad aun al cónyuge impotente, pues á lo expresado por Soglia, puede agregarse lo afirmado por Murillo y todos los canonistas: *Hac eadem ratione soli conjuges admittuntur ad impugnandum matrimonium ut tanquam invalidum dissolvatur, cuando ejus nullitas provenit ex impotentia etc.*² Se infiere 2º que la acción para reclamar esta nulidad, como fundada, no sólo en el derecho eclesiástico positivo, sino también en el natural, es necesariamente imprescriptible, pues así aparece de varias decisiones pontificias. Habiéndose preguntado al Papa Alejandro III, qué conducta debiera observarse con respecto á una joven de 13 años que había casado con un joven de 16: *Cum debitum reddere non posset, mulier, tam gravem infirmitatem contraxit, ut omnino viro sic facta inutilis, instrumentum ejus impeditum, ita quod vir ei commiscere non potest: el Papa respondió: quod si vitium illud á natura contraxit, nec ope medicorum poterit adjuvari, viro aliam accipiendi liberum tribuas facultatem: el socorro de los médicos de que aquí se trata debe entenderse del que puede administrarse sin peligro de la vida, siendo*

¹ Pothier, núm. 445.

² Murillo, tom. 2, lib. 4, tit. 18.

preciso observar que el Papa proveyó una decisión indefiniva, sin marcar ningún tiempo fatal, en que tenga una obligación de intentar su acción el que haya casado con una mujer de esta especie. Vemos también que en el capítulo *fraternitatis 6 eod.*, se trataba de una mujer que había casado con un hombre con quien vivió muchos años: *mulier cuidam viro matrimonialiter nupsit, cum quo per multos annos morata; non potuit carnaliter ab eo cognosci*: el obispo en vista de todo ésto, proveyó un auto para que fuera reconocida por comadres, *ut perquirerent diligentur utrum idonea esset ad viriles amplexus*, y previo el reconocimiento, las comadres declararon que no podía ser jamás ni esposa, ni madre, *tanquam cui naturale deerat instrumentum*, y en su consecuencia el obispo pronunció la nulidad del matrimonio: después de la que ella contrajo nuevo matrimonio con otro, *qui seras hujusmodi reseravit*. Se infiere también 3.º que la impotencia, para que sea causa de nulidad, debe estar perfectamente demostrada. *Ut judex*, dice Murillo, *possit matrimonium nullum declarare ob impotentiam debet hæc plene probari*.¹ Finalmente se deduce 4.º que sólo es impedimento dirimente del matrimonio la *impotentia antecedens coeundi, sive accidentalis, sive naturalis, vel absoluta vel respectiva, si sit perpetua*.

259. Sobre las causas y formas de la impotencia, tanto en el hombre como en la mujer y sobre su prueba en dercho civil y canónico; permítasenos, en razón á lo delicado y ese cabroso de la materia, remitir al lector á las siguientes precisas autoridades: S. Thomás de Aquino, *Summa Theológica*, cuestión 58, art. 1.—S. Alfonso de Ligorio, *Theología moralis*, tratado 35.—Antonio Hotman, *Tratado de la disolución del matrimonio por impotencia y frialdad*.—Debreyne,

¹ Murillo, tom. 2, lib. 4, tit. 18, núm. 139.

Mæchialogiæ, 2d. partie.—Zachías, *De impotentia coeundi et generandi*, lib. 3, tit. 1, quæst. 5, núms. 31 y 32.—Sánchez, lib. 7, *de impedimentis matrimonii*, disp. 92, núm. 1.

260. La legislación española es fiel reproducción de los preceptos canónicos en este punto. La impotencia *perpetua*, sea natural ó casual, es impedimento dirimente del matrimonio, el cual se anula á instancia de alguno de los cónyuges, aun del impotente, quedando libre el otro para casarse; más para ello la impotencia debe ser anterior al matrimonio, pues si sobreviniere después de su celebración, ya no da lugar á la nulidad, porque el matrimonio es indisoluble.¹ Nadie puede pedir la anulación del matrimonio sino los mismos cónyuges; y si ellos callaren su impedimento conviniéndose en vivir juntos, como hermanos, no se les podrá separar.²

261. El código de Napoleón, según la mayoría de sus intérpretes, no acepta la impotencia como impedimento dirimente del matrimonio. «No se ha hecho de la impotencia, dice Tronchet, el objeto de una acción en nulidad; y este silencio absoluto de la ley está fundado en razón: porque *no hay miedo de reconocer con certidumbre la impotencia*. En general, estaba en el espíritu del proyecto aniquilar esta causa bajo todos sus aspectos.»³ El silencio del código excluye, en consecuencia, la acción de nulidad por impotencia, no porque ella no sea fundada en sí, sino como acabamos de verlo, porque *no hay medio de reconocer con certidumbre la impotencia*. No es, pues, porque bajo el punto de vista del derecho, haya verdaderamente matrimonio, aunque uno de los pretendidos esposos sea impotente; pero sólo es, porque

¹ Partida 4.^a, tit. 2, l. 1. l. 6 y 16, tit. 8, l. 1. l. 1.^a, 2.^a, 3.^a y 4.^a

² Partida 4.^a, tit. 9, l. 1.^a

³ Tronchet, *Proccs verbal, du 14 thermidor an 10*.

bajo el punto de vista del hecho, no es según estos legisladores, posible comprobar legalmente la impotencia. «Esta razón, dice Merlin, se aplica en toda su fuerza á la *impotencia natural*, es decir, según la relación del tribuno Duveyrier, á la suposición (porque siglos de esfuerzos, de contenciones y de investigaciones no han hecho todavía, de aquella sino una suposición) que consiste en que un hombre hubiera sido producido sin haber recibido de la naturaleza la facultad de producir; á la impotencia que, según Bigot de Preameneu, ejemplos célebres han probado no merecer ninguna confianza, pues los peritos del arte no tienen ningún medio de penetrar semejantes misterios y se afirma que tal marido cuyo matrimonio ha sido disuelto por causa de impotencia, ha obtenido de otro enlace una numerosa posteridad; en una palabra, á la especie de impotencia á que se refiere el art. 313, cuando dice: que *el marido no podrá, alegando su impotencia natural desconocer el hijo concebido durante el matrimonio.*¹

262. Nuestra legislación nacional sobre esta materia es como sigue: ambos Códigos del Distrito Federal (arts. 280, fracción 7ª y 295 de el de 1870 y 257, fracción 7ª y 272 del actual) consideran como causa de nulidad del matrimonio la impotencia *anterior, incurable y legalmente comprobada*, declarando que esta acción sólo puede ser deducida por los cónyuges.

263. El Código de Veracruz (art. 261), reconociendo, como en otro lugar hemos visto, que el error sobre la identidad física de la persona y no el error sobre las cualidades anula el matrimonio, hace sin embargo una salvedad respecto á la impotencia, cuya cualidad, dice: anula el matrimonio, cuando existe en el momento de contraerlo, es incurable y reco-

¹ Merlin, *Repert.* "Impuissance" núm. 2.

nocible evidentemente por la sola inspección de peritos. Como este Código parte del supuesto error, declara que tal causa de nulidad sólo puede deducirse por el cónyuge engaño, es decir, por el sano y *dentro de ocho días de reconocido el error*.

264. El Código del Estado de México (art. 140) dice: «La impotencia anterior al supuesto matrimonio lo dirime siempre que sea perpetua e incurable. La impotencia absoluta é incurable hace inhábil al que la padece para contraer matrimonio con cualquiera persona. La impotencia relativa perpetua, anterior al matrimonio, disuelve éste, dejando libres á los cónyuges para contraer otro matrimonio. La impotencia temporal y curable impide la celebracion del matrimonio mientras exista; pero no dirime el que se haya celebrado ya. La impotencia posterior al matrimonio consumado, en ningún caso lo dirime. La impotencia jamás se presume, y el que la alegue debe probarla por medios que no se opongan á la moral. Se entiende por impotencia, para los efectos de este artículo, la falta de capacidad para consumir el matrimonio.» Este mismo Código expresa más adelante (art. 206), aunque no en términos precisos, que la impotencia es causa de nulidad; pero guarda el más completo silencio sobre las personas á quienes exclusivamente corresponda el ejercicio de tal acción. Ahora bien, la regla es que todo interesado puede ejercer la acción, menos en los casos expresamente exceptuados. ¿Es decir, qué según este Código, cualquiera puede, aun el más extraño, pero con tal de que tenga interés en ello, pedir la nulidad de un matrimonio por causa de impotencia? El Código de Tlaxcala (arts. 128, frac 11^a y 136) reconocen también que la circuntancia que nos ocupa es motivo de nulidad no concediendo el derecho de reclamarla sino solo á los cónyuges.