

nalmente hay una declaración de la Congregación de Cardenales, dirigida al Obispo de Salamanca, interpretando el verdadero sentido del Canon Tridentino, y según ella, un matrimonio contraído en presencia de un Cura y de testigos, no dejaría de ser válido, aunque aquel no pronunciase ningunas palabras, con tal de que estuviese presente al acto. *Non pertinet ad substantiam Matrimonii, ut Parochus aliqua verva proferat, ideo valet matrimonium, quamvis verba experimentia consensum prolata sint tantum á contrahentibus, dummodo Parochus sit præsens et intelligat id quod agitur.*¹

307. No queda, pues, sino la cuarta de las maneras de clandestinidad, mencionadas antes, que amerite nulidad, según el Concilio de Trento. *Qui aliter, quam præsentem parochum, vel alio sacerdote, de ipsius parochi seu Ordinarii licentia et duobus, vel tribus testibus Matrimonium contrahere attentabunt; eos Sancta Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles, reddit; et hujusmodi contractus irritos, et nullos esse decernit, prout eos præsentem decreto irritos facit. et annullat.* El Cardenal de Luca, exponiendo esta declaración del Tridentino, dice: "Algunos opinan que esta forma (la presencia del Párroco) más bien debe ser preparatoria que solemne; pero se equivocan, y fué con razón desechada esta opinión, porque es más seguro llamarla solemne; por tanto, se exige de precisión su cumplimiento, no admitiéndose éste por otro testimonio equivalente. Nada, pues, importa que el matrimonio se celebre en público y delante de un gran concurso de personas escogidas, siempre que no esté presente el Párroco de alguno de los contrayentes ú otro, con licencia del mismo ó del Ordinario. Sólo el Romano Pontífice, Pastor Supremo de la Cristiandad, y, como monarca temporal, testigo cuyo dicho

¹ *Declaratio Congregationis, Concil. Trid. Interpretis.*

308. Sobre la aplicación é inteligencia de este Canon, disputan los Doctores, sosteniéndose con tal motivo interesantes y variados temas, que conviene exponer y precisar. Y con ese intento, preguntamos desde luego: ¿La presencia del Párroco deja de ser necesaria en algunos casos? Sí, á no dudar; 1.º, en los países donde no se ha publicado el Concilio Tridentino,¹ sobre lo cual es de toda necesidad fijar los hechos y circunstancias con completa exactitud, según las enseñanzas y declaraciones de la Iglesia. En consecuencia, son lícitos y perfectamente válidos los matrimonios celebrados en lugar de infieles, aun sin Párroco, por los fieles cautivos, ó por los mercaderes ó comerciantes que allí tengan su domicilio; pero no será así en el caso de que alguno se trasladara á dicho lugar por pocos días y con ánimo de regresar en seguida de celebrado el matrimonio clandestino, según declaración de la Sagrada Congregación, aprobada para toda la Iglesia por el Sumo Pontífice Urbano VIII. 2.º. En cuanto á los países donde el Concilio ha sido promulgado; si por razón de desórdenes y persecuciones, no es facil ni seguro acudir al cura ó á los superiores legítimos, los matrimonios en ellos verificados, aunque clandestinos, son válidos, porque la ley del Concilio deja entonces de obligar, según lo ha declarado el Cardenal Zelada, en nombre del Señor Pío VII, al Obispo de Luçon: *Quoniam complures ex istis fidelibus non possunt omnino parochum legitimum habere, istorum profecto conjugia contracta corám testibus et sine parochi presentia, si nihil aliud obstet, et valida et licita erunt, ut sæpe sæpius declaratum fuit á Sacra Congregatione concilii Tridentini interprete.* «Los matrimonios contraídos en Francia durante la revolución de 93, dice André, delante de dos testigos, y sin la presencia del propio Cura ó de otro

¹ Laurentius, *De Matrimonio*, lib. 4, tit. 3, quæst. 143.

sacerdote delegado por él ó por el Obispo, eran válidos, siempre que el recurso al propio Cura fuese imposible ó muy difícil, porque la ley del Concilio de Trento sobre la *clandestinidad* no obliga, cuando no es posible observar-la.»

Según una Instrucción del Cardenal Caprara, aun los matrimonios meramente *civiles*, son válidos en épocas de perturbación social, con tal de que hayan sido contraídos en presencia de dos ó tres testigos, siendo imposible ó por lo menos muy difícil ó peligroso recurrir al superior legítimo ó á otro sacerdote especialmente delegado. En estos casos los cónyuges deben ser advertidos de la validez de su matrimonio y exhortados á recibir la bendición nupcial, cuando sea posible, de su propio Cura. Pero, según esa misma Instrucción, si no han sido, sino vanos pretextos, las dificultades y peligros para no observar la forma Tridentina, los contrayentes están obligados, so pena de nulidad, á celebrar de nuevo matrimonio, según lo mandado por el Concilio. Cuando haya temor prudente de un gran peligro, por advertir á los así casados de la nulidad de su unión, la Instrucción ordena también dejarlos en su buena fé, sin perturbación alguna. ¹ Todo esto se halla además fundado en un Breve del Sr. Pío VI al Obispo de Génova, de 5 de Octubre de 1793.

309. En tiempos normales, para que se cumpla con el Decreto Tridentino ¿es indiferente que el Sacerdote celebrante sea cualquier Cura? No es necesario más que leer el primer capítulo de la Sesión 24 del Tridentino, para convencerse de que, cuando exige en los Matrimonios la presencia del Cura propio, habla del Cura de la Parroquia en que las partes contratantes tienen su domicilio, y no del Cura del lugar del

¹ *Instrucción* de Juan Bautista Caprara á los Obispos de Francia, en 22 de Mayo de 1803.

nacimiento de aquellas, ó donde el matrimonio se celebra. La razón es que el Cura, cuya presencia exige el Concilio, no es otro que el que debe hacer la publicación de las banas, la cual, según el Concilio, debe practicarse por el Párroco de las partes contratantes y en el lugar donde éstas tienen su morada ó domicilio, pues, de otra suerte, tal publicación sería inútil para los fines á que ha sido instituida, es á saber, el conocimiento de la inhabilidad ó idoneidad de los pretendientes. En consecuencia, es fuera de duda, que el Cura propio, en orden al matrimonio, es el de la Parroquia donde los contrayentes viven habitualmente, *animo manendi*, es decir, con designio de permanecer en él, sin separarse sino por accidente y por poco tiempo. En este sentido, la Congregación de Cardenales, establecida para interpretar el Concilio de Trento, dice: *Matrimonium contrahitur inter duos alienigenas, et a parvo tempore aliquo loco habitantes, si tamen sint cogniti, ita ut non sint de comprehensis inter vagabundos; proprius autem eorum Parochus esse intelligitur, is in cujus Parochia habitant eo tempore, quo Matrimonium contrahunt*. Navarro propone el siguiente caso: Un hombre y una mujer, que tienen su domicilio en determinada ciudad, han ido á pasar algunos meses á una Parroquia, donde están ubicadas sus casas de campo, ó yendo de viaje, permanecen algún tiempo en otra ciudad, pero siempre con la intención de volver á su domicilio; ¿será válido el matrimonio que ambos celebren entre sí, delante del Cura, cuyo asiento está donde las casas de campo, ó por ante el de la ciudad que han tocado en el viaje? El mismo autor contesta negativamente, diciendo, que el Cura de estos lugares no puede ser el propio de los contrayentes, que sólo tienen su domicilio en aquel, donde han establecido su permanencia habitual y ordinaria. ¹

1 Navarro, *Consilium 7, de clandest. despons.*

310. Mas ¿qué decidir en el caso en que cada contrayente tenga diferente domicilio? ¿cuál es entonces el párroco propio? Fagnan, apoyándose en muchas autoridades, asegura, que se estima en Roma, que, cuando las partes contratantes son de dos parroquias, uno de los dos Curas, sea el del esposo, sea el de la esposa, basta para celebrar el matrimonio, aun independientemente del otro, porque, ni el Concilio de Letrán ni el de Trento, han dicho, respecto á la celebración del matrimonio, que debe verificarse en presencia de los curas, *presentibus parochis*, sino del cura, *parochus*; lo cual no excluye la necesidad de la publicación de las banas en las dos parroquias (1).

311. Los Canonistas examinan también esta cuestión: ¿cuál es el párroco propio, cuando las partes tienen legítimamente dos domicilios. El Papa Bonifacio VIII, declara que aquellos que pertenecen á dos diferentes Parroquias, pueden válidamente casarse por ante el cura de uno ú otro domicilio, recomendándoles, como muy conveniente, que procuren obtener el consentimiento del Cura de la Parroquia donde el matrimonio no se verifica, para evitar todo inconveniente. (2)

312. La presencia del Cura propio, ó de un Sacerdote encargado por aquel ó por el Ordinario, es pues indispensable, so pena de nulidad, para celebrar canónicamente el matrimonio. ¿Será válido éste, cuando ha sido celebrado ante un Cura, *suspensado, excomulgado, irregular, hereje ó cismático*; pero no despojado todavía de su título por una deposición en forma? Sainte-Beuve decide esta cuestión afirmativamente (3), y Fagnan refiere que la Congregación de Cardenales lo ha declarado así, siendo también uniforme en el mismo sentido la práctica de la Rota: *Satis est ut remaneat proprius*

(1) Fagnan, cap. *Quod nobis, de clandestina desponsat.*

(2) Bonifacio VIII, Cap. *Cum quis, de Sepulturis.*

(3) Sainte-Beuve, tom. I caso 64.

parochus, adhoc ut habeat in consequentian (id quod sibi lex concedit), nec per suspensionem desinit esse parochus, nam á suspensis quibus administratio interdicitur, potestas non auferitur. ¹ “La razón es, dicen las Conferencias de Angers, que el Concilio no exige, para la validez del matrimonio, que sea contraído delante de un Cura, que no esté ni en las censuras, ni en la irregularidad; sino que requiere solamente que sea contraído en presencia del Cura; ahora bien, aquel que está suspenso ó excomulgado, así como aquel que es irregular, es Cura, mientras conserva su título y no ha sido desposeído. Nada importa que las funciones Curiales estén prohibidas á este Cura, y que ya no tenga el ejercicio de su jurisdicción, porque la presencia del Cura á la celebración del matrimonio no es un acto de jurisdicción, y aquello, sin perjuicio alguno de la validez del matrimonio, solamente quiere decir, que el Cura peca muy gravemente cuando ejerce una función que le es prohibida; del mismo modo que aquellos, que ante él celebran matrimonio, á sabiendas de las circunstancias en que se encuentra.

313. ¿Qué decidir en el caso de que el Cura sea un intruso? Se afirma generalmente que el matrimonio ante él celebra es nulo, pues, por Cura intruso entienden los Canonistas, un Eclesiástico que, sin tener ningún título, ni verdadero ni aparente, se ha inmiscuido en las funciones de un Curato. No siendo este hombre Cura en ningún sentido, carece de toda competencia para presidir y autorizar los matrimonios. Pero si tiene un título, á lo menos aparente, ó pasare por Cura, según la creencia común, en virtud de ejercer públicamente las funciones curiales, el matrimonio sería válido tanto en el foro externo como en el interno. ²

¹ Fagnan, Cap. *Litteræ, quas de matrimonio contracto contra interdictum Ecclesie.*

² Cap. *Infamis. Causa 3, Quæst. 7.*

314. ¿Cómo debe ser la presencia del Párroco? Los Canonistas responden que el Párroco debe estar presente al matrimonio, no sólo física sino moralmente: «No es una presencia puramente física, dice André, la que exige el Concilio, porque el Cura es el principal testigo, encargado por la Iglesia para comprobar el matrimonio: ahora bien, para llenar esta función, una presencia puramente física no basta, sino que es necesario una presencia moral; que el Cura vea á las partes contratantes y las oiga dar su consentimiento en el matrimonio, ó á lo menos, que vea los signos que manifiestan el mútuo consentimiento de los esposos.»¹ Por consiguiente, es requisito indispensable que el Párroco oiga, por lo menos, la expresión del mútuo consentimiento de los cónyuges, siendo, por lo mismo, válido el matrimonio celebrado ante el Párroco ciego pero no ante el que fuese ciego y sordo. «Si el Párroco, dice el Dr. Carbonero y Sol, no entendiera bien la expresión del consentimiento mutuo, porque los contrayentes hablaran un idioma para él desconocido, deberá cerciorarse de la expresión del consentimiento por la declaración de intérpretes que tengan las condiciones de tales, esto es, que sepan el idioma y puedan ser testigos de toda excepción.»² ¿Es necesario que el Párroco asista al matrimonio, de propósito, intencionalmente y con su plena voluntad? En rigor de derecho, tal necesidad no existe, supuesto que, en estos matrimonios existen perfectamente la forma y materia del Sacramento, que no son otra cosa que el consentimiento de las partes, dado y aceptado respectivamente en presencia del Cura y de los testigos; pero los Teólogos comunmente estiman que las partes, que celebran su matrimonio de esa manera, son muy criminales, y en muchas Diócesis ellas incurren en la excomunión *ipso facto*.

1 André, *Dic. de Derecho Canónico*, "Clandestinidad."

2 Doctor Carbonero y Sol, *Trat. de Matrimonio*, tom. 1, cap. 48.

«Es necesario, se lee en las Conferencias de Angers, saber que muchos Obispos de Francia no miran un matrimonio, como Sacramento, cuando las partes se han dado mutuamente la fé del matrimonio en presencia de su Cura, que rechazaba darles la bendición nupcial, y que si estas personas persisten en vivir juntas, como marido y mujer, aquellos Prelados las obligan á presentarse de nuevo delante de su Cura, para renovar su consentimiento y recibir de él la bendición nupcial, después de haber cumplido la penitencia que les hubiere sido impuesta.» La Sagrada Congregación del Concilio declaró en 1581 que era válido el matrimonio contraído en los casos y circunstancias siguientes: 1.º Si el Párroco fuese obligado por la fuerza ó violencia á presenciarse el matrimonio. 2.º Si por casualidad se hallase presente, y avisado el matrimonio, oyese la expresión del consentimiento mútuo. 3.º Si fuese llamado para otro objeto y realmente presenciase el matrimonio. 4.º Si advertido del matrimonio, afectase no oír ni entender á los contrayentes. *Non valere, si sacerdos non intellexit, nisi tamen affectasset non intelligere.* El Señor Benedicto XIV explica esta decisión, diciendo: *In supra citato decreto matrimonium illud affectu carere statuitur cui parochus ita sit præsens ut neque videat contrahentes, neque auribus eorum verba percipiat.*¹ "La restricción, dice André que la Congregación de Cardenales ha puesto á su decisión, *nisi tamen affectasse non intelligere*, se aplica á ciertos casos extraordinarios en que el Cura asiste al matrimonio á pesar suyo, y en que no ve ni oye nada, porque no quiere ni lo uno ni lo otro. En estas circunstancias, aunque el Cura no vea á los esposos, ni oiga las palabras que expresen su mútuo consentimiento, el matrimonio es, con todo, válido, porque según el Derecho canónico, no se debe atender, de ninguna manera, á la ignorancia afectada de

1 Benedicto XIV. *De Synodo diœcesana*, lib. XII, cap. 23.

aquel que ha podido fácilmente ver y oír, y que si ha creado así mismo un obstáculo para no ver ni oír nada." 5.º También es válido el matrimonio, si se celebra, sorprendiendo al Párroco y contra su voluntad, con tal de que expresen en su presencia los esposos la fórmula consensual.¹

Cuando el matrimonio se pretende celebrado en un lugar profano, por ejemplo, en una casa particular, donde el Cura y algunas personas, se encuentran por casualidad, es necesario que ciertas circunstancias denoten, que las partes han querido aprovecharse de la presencia del Cura y de los testigos, para casarse, pues de otra manera, el matrimonio sería nulo, según la siguiente decisión de la Congregación, intérprete del Tridentino: *An sit matrimonium, si duo contrahant per verba de præsenti, proprio parochi præsente, et aliis requisitis non omissis, cui contractui parochus formaliter adhibitus non fuit, sed dum forte convivii vel confabulationis vel alius tractandi causa adesset, audit hujusmodi contractum geri, et postea alter contrahentium velit ab hujusmodi contractu ratione defectus resilire: sacra congregatio respondit posse, nisi alia intervenierint quæ parochum á contrahentibus adhibitum fuisse arguant.*

315. ¿La presencia del Párroco debe ser simultánea con la de los testigos? Sí, por universal decisión de los Canonistas. «Es necesario, dice André, que el Cura esté presente al matrimonio, al mismo tiempo que los testigos. Si las partes se casan desde luego en presencia del Cura, y más tarde, renuevan su consentimiento delante de los testigos, no sería llenado el objeto del Concilio de Trento, porque él exige la presencia simultánea del Cura y de los testigos, á fin de que el matrimonio sea perfectamente comprobado á los ojos de la Iglesia.»²

¹ Elías, *Manual de Derecho administrativo eclesiástico*, tom. 2, pág. 263.

² André, *Dicc. de Der. canon.* «Clandestinidad.»—Mansella, *De impedimentis*, pág. 149.

316. ¿Cuántos testigos deben concurrir con el Párroco á la celebración del matrimonio? Las palabras usadas por el Tridentino, sobre este particular, no pueden menos de convencernos de que la presencia de *dos ó tres* testigos, es tan necesaria para la validez del matrimonio, como la presencia misma del Párroco. En consecuencia, si dos ó tres personas hubieran firmado la partida de matrimonio, sin haber estado presentes, el acto sería nulo, por la falta de un requisito esencial.

317. ¿Qué cualidades deben tener los testigos de matrimonio? El Concilio Tridentino nada dice sobre esto, no obstante las distintas menciones que hace de los testigos. En cuanto al sexo, la práctica nos enseña que las mujeres, lo mismo que los hombres, son testigos suficientes para acreditar la celebración del matrimonio. Sainte-Beuve lo sostiene, apoyado sobre las siguientes palabras de un canon: *Quod autem parentes, fratres et cognati utriusque sexús in estificationem suorum ad matrimonium conjungendum, vel dirimendum admittantur, tam antiqua consuetudine quám legibus approbatur.*¹ Sylvio asegura que Octavio Franchipani, Nuncio Apostólico en Alemania y Flandes, lo había declarado del mismo modo, dando por razón que la celebración del matrimonio no es una cosa elevada y difícil de conocer, sino manifiesta por sí misma; porque basta para saber lo que se hace, atender á las palabras que pronuncian los contrayentes y ver los signos de la ceremonia.² «La razón que sin duda ha tenido el Concilio, dice el Dr. Carbonero y Sol, para no exigir condiciones en los testigos, ni mucho menos, la de que fueran mayores de toda excepción, fué la de evitar se suscitaran dudas sobre la validez del ma-

¹ Sainte-Beuve, *Resolutions*, tom. 2, caso 101.—Cap. *Super eo*. 2, *de testib. et attest.*—Can. *Videtur*, caus. 35, quæst. 6.

² Sylvio, *Suplemento á la Suma de Sto. Tomás*, cuestión 45, art. 1, § *Quæritur non*.

rimonio. En efecto, si se exigiera que los testigos fueran mayores de toda excepción, podría suceder que, después de celebrado el matrimonio, se descubrieran en los testigos tachas de que no se habría tenido noticia al tiempo de su celebración, lo cual haría, por lo menos, dudosa la celebración del matrimonio, ó daría lugar á litigios . . . Sin embargo, es conveniente que los Párrocos prefieran testigos con mayores condiciones, habiendo facilidad para ello.¹⁾

Respecto á la edad y otras cualidades de los testigos, no hay un completo acuerdo entre los Canonistas, de los cuales unos juzgan que, como el matrimonio es un contrato solemne de grande importancia, es necesario llamar testigos mayores de toda excepción, debiendo exceptuarse, por consiguiente, los niños y las personas sin probidad ó mal notadas en los tribunales. Pero la opinión más común es la que acepta á toda especie de personas, fundándose en la consideración del grande embarazo que resultaría, si para casarse, se viesan los pretendientes obligados á buscar testigos, á quienes nada pudiera reprocharse, ni sobre su edad, ni sobre sus cualidades y costumbres.

Todo lo antes dicho sobre que no es necesario que el Párroco asista intencionalmente y de propósito, al matrimonio, valiendo aun su presencia casual é involuntaria, con tal de que se haga cargo perfectamente de que es voluntad de las partes tomarse por esposo y esposa, se aplica en toda su latitud á los testigos, que, por lo mismo, aun violentados y engañados con artificio, hacen válido el matrimonio, al cual han sido presentes. Así nos lo asegura el Abate André, como decidido por la Sagrada Congregación del Concilio.

318. ¿En qué lugar debe celebrarse el matrimonio? El Concilio de Trento dice que los matrimonios serán celebrados *in facie Ecclesie*; pero, según los canonistas, esto no im-

1 Dr. Carbonero y Sol, *Obra citada*, cap. 44.

pide que el Cura, representante de la Iglesia, pueda bendecirlos en otra parte, según las formas ordinarias, ó como lo aconseja el Dr. Carbonero y Sol, ante un número crecido de fieles, los cuales pueden considerarse la Iglesia, á manera de cierta congregación de católicos.¹ Sin embargo, lo regular y debido y digno de la alteza é importancia del matrimonio, es que no sea celebrado ni bendito sino en la Iglesia, residencia oficial del Párroco y lugar más propio para dar toda la solemnidad al acto, pues, como dice Barbosa: *Quia sancta res est matrimonium, et sic sancté teactandum.*² El Ritual Romano contiene la siguiente prescripción. «El matrimonio debe celebrarse en la Iglesia, con preferencia á cualquier otro lugar, pero si se hubiese celebrado en una casa particular, en presencia del Párroco y de los testigos, los esposos deben ir á la Iglesia para recibir la bendición, *en cuyo caso el sacerdote se abstendrá de exigir un nuevo consentimiento*, pues solamente debe dar la bendición, concluida que sea la misa, y bajo la forma prescrita más adelante.»

319. Ya en otro lugar (núm. 217) y como un ejemplo típico de nulidad absoluta, hemos asentado que el vicio de clandestinidad no podía ser causa de nulidad relativa, cuando no había sido considerado por la Iglesia en beneficio sólo de los cónyuges, sino por motivo de Derecho eclesiástico, de la mayor importancia y por tanto proponible, aun por extrañas personas. D' Aguesseau, refiriéndose á las palabras del Tridentino, antes citadas (núm. 307) dice: «No hay nada en estos términos, que no establezca una nulidad absoluta; no se encuentra allí ni condición, ni restricción. La ley no ha sido hecha en favor de cierto género de personas, de tal manera que su ejercicio esté limitado, modificado ó determinado expresamente. En ella no se hace mención ni de me-

¹ Dr. Carbonero y Sol, *Obra citada*, cap. 58.

² Barbosa, *De Officio et potestate parochi*, cap. 27, núm. 29.

nores ni de mayores, ni de padres de familia, ni de los que están en poder de otro; al contrario, el Concilio declara, en términos generales y absolutos, que todos aquellos que quisieren contraer un matrimonio fuera de la presencia de su propio Pastor, son, por esto mismo, incapaces de contraer válidamente, y que los contratos que pudieran verificar, en este caso, son nulos é inútiles. Si la intención del Concilio pudiera ser dudosa, á no considerar sino los términos mismos de su disposición, sería fácil mostrar, por el preámbulo y por todo el contexto de este decreto, que no puede dársele ningún otro sentido legítimo. En efecto, se ve, por todo lo que precede y sigue á esas disposiciones, que el objeto del Concilio ha sido impedir los matrimonios clandestinos, y que es, con esta mira, que él ha establecido la necesidad de la presencia del propio Cura. Ahora bien, pudiendo el vicio de clandestinidad infectar el matrimonio de un mayor como el de un menor de edad, no se puede dudar que la intención del Concilio haya sido comprender al uno y al otro en su disposición; y se dudará todavía menos de esto, si se considera la diferencia que los Padres del Concilio han establecido entre la proclamación de las banas y la presencia del propio Cura. Ellos han mirado la primera de estas solemnidades como útil, no como necesaria, puesto que dejan al Ordinario la libertad de dispensarla en ciertos casos, mientras que la falta de la otra importa, según ellos, una incapacidad absoluta en los contratantes y una nulidad esencial en el contrato.»¹

320. La antigua legislación española sobre la materia que nos ocupa, se refiere á dos épocas que conviene marcar: la una, anterior al Concilio de Trento, y la otra, posterior al

1 D' Aguesseau, *Œuvres*, tom. 5. °, *Memoire sur la nécessité de la presence ou du consentement du propre curé de chacun des contractans pour la validité du mariage.*

mismo. En la primera encontramos que el Código de las Partidas, que fué publicado en el año de 1263, contiene la siguiente declaración: «los casamientos eran ascondidos en tres maneras. La primera, cuando los facen encubiertamente, é sin testigos, de guisa que se non puedan probar. La segunda, cuando no demandan la novia á su padre ó á su madre ó á los otros parientes que la han en guarda; nin le dan sus arras ante ellos, nin les facen las otras honras que manda Santa Iglesia. La tercera, es cuando non lo facen saber concejaramente en aquella iglesia, onde son parrochianos, ¹ cuya declaración es conforme á la doctrina del Derecho Canónico, observada en toda la Iglesia, al tiempo de ser dada aquella. ² Por causa de los matrimonios clandestinos, así comprendidos y definidos, se expidió por D. Felipe II en 1563 la ley conocida por la 49 del Toro, la cual dice: «Mandamos que el que contrajere matrimonio que la iglesia tubiere por clandestino con alguna mujer, por el mismo fecho él y los que en ello intervinieron, y los que de tal matrimonio fueren testigos, incurran en perdimiento de todos sus bienes, é sean aplicados á nuestra cámara y fisco, y sean desterrados de estos nuestros reinos, en los cuales no entren, sopena de muerte, é que esta sea justa causa, para que el padre é la madre puedan desheredar, si quisieren á sus fijas que el tal matrimonio contrajeren, lo qual otro ninguno no pueda acusar sino el padre ó la madre muerto el padre. ³ En la segunda época, mandado ejecutar y cumplir, conservar y defender lo ordenado en el Concilio de Trento por la Real Cédula de D. Felipe II de 12 de Julio de 1564, ⁴ ya no fueron clandestinos en el sentido del Concilio, ni nulos por consiguiente, sino los matrimonios celebrados fuera de la pre-

¹ Partida 4.ª, tít. 3, lib. 1.

² Caps. 2 y 3. *De Clandest. despons.* y Can. 1, const. 30, quest 5.

³ *Nov. Recop.*, lib. 10, tít. 2, l. 5.

⁴ *Nov. Recop.*, lib. 1, tít. 10, l. 13.

sencia del Párroco y testigos, quedando subsistentes, para la clandestinidad en los otros sentidos, las penas establecidas por leyes civiles anteriores.

321. El Código de Napoleón considera también la nulidad del matrimonio clandestino como absoluta, según se manifiesta por los siguientes artículos, relativos á este punto: «191. Todo matrimonio que no ha sido contraído públicamente y que no ha sido celebrado delante del oficial público competente, puede ser atacado por los esposos mismos, por los padres, por los ascendientes y por todos aquellos que tengan un interés nato y actual, así como por el Ministerio Público.—192. Si el matrimonio no ha sido precedido de las dos publicaciones requeridas, ó si no se han obtenido las dispensas permitidas por la ley, ó si los intervalos prescritos en las publicaciones y celebración no han sido observados, el fiscal hará que se imponga al oficial público una multa que no exceda de 300 francos y contra los contrayentes ó aquellos bajo cuyo poder ó jurisdicción han obrado, una multa proporcionada á su fortuna.—193. Las penas designadas en el artículo precedente se impondrán á las personas indicadas, por toda infracción de las reglas prescritas en el art. 165, aun cuando no se consideren suficientes tales infracciones para declarar la nulidad del matrimonio.»

Estudiemos, bajo sus más importantes aspectos, esta legislación. «La más grave de las nulidades, dice Portalis, es la que deriva de que un matrimonio no ha sido celebrado públicamente y en presencia del oficial civil competente: Esta nulidad da acción á los padres, á los esposos, al Ministerio público y á todos aquellos que tengan interés. Ella no puede ser cubierta por la posesión, ni por ningún acto expreso ó tácito de la voluntad de las partes; es indefinida y absoluta.» Así debiera ser, pero, dado el texto de los artículos transcritos, nos parece exagerada la doctrina del ilustre

Portalis. Acabamos de ver que el art. 193 termina diciendo: «aun cuando tales infracciones no se consideraran suficientes para declarar la nulidad del matrimonio;» el art. 165 dice: el matrimonio será celebrado *públicamente*. ¿Cuáles son las formalidades, que constituyen la publicidad? Otros textos del mismo Código las establecen: son las publicaciones, la celebración del matrimonio por el oficial civil en la casa común, la admisión del público á esta solemnidad, la presencia de cuatro testigos. ¿Por falta de cuál de estas formalidades debe ser declarada la nulidad? El Código de Napoleón no lo dice, librando la solución de tan grave materia al poder discrecional del juez. «Es á él, dice Laurent, á quien toca apreciar, según el art. 193, si la clandestinidad es bastante grave para anular el matrimonio; él puede, pues, mantener el matrimonio, si encuentra que, á pesar de la inobservancia de una ó de otra formalidad, la contravención no es suficiente para hacer pronunciar la nulidad. ¿Cuál es la razón de esta diferencia entre el vicio de clandestinidad y los otros que pueden hacer nulo un matrimonio? La publicidad es un hecho complejo, que se compone de diversos elementos; uno de estos puede faltar y sin embargo, el matrimonio tendrá toda la publicidad posible.»¹ Esto, á nuestro humilde juicio, es interpretar acertadamente la ley; pero no defenderla y justificarla. ¿Será digno de la estabilidad y firmeza sobre que debe descansar el acto más importante de la vida, hacerlo depender de la aplicación libre y aun arbitraria que los tribunales quieran hacer de la palabra «publicidad»? ¿No se ven todos los graves y nada inverosímiles peligros á que tal disposición puede dar lugar? Tratándose de cualquier contrato, sin duda alguna que el legislador francés ha cuidado de la mayor claridad y precisión en las formas y solemnidades. ¿Por qué no proceder del mismo modo

¹ Laurent, tom. 2, núm. 477.

en orden á las condiciones de celebración del matrimonio? Lo menos que de allí tiene que resultar es que matrimonios, verificados en igualdad de circunstancias y con identidad de formas, sean, sin embargo declarados, los unos, válidos y los otros, nulos según la diversa impresión que de su grado de publicidad causen en el ánimo libre y soberano del juez.

Si en materias jurídicas nada es más común que la diversidad de opiniones no sólo en los tratadistas, sino, lo que es más lamentable, en los encargados de administrar justicia, júzguese, por esa arbitrariedad judicial, del semillero de cuestiones á que habrá dado margen el Código que nos ocupa, en orden á la validez y nulidad de matrimonios.

322. Según el Código francés ¿podrá ser declarado nulo un matrimonio, celebrado sin las previas publicaciones? Portalis responde: «Se colocan también, entre los matrimonios clandestinos, los que no han sido precedidos por las publicaciones requeridas. La nulidad de estos matrimonios clandestinos es evidente.» Proudhon es de la misma opinión. Pero Laurent, fundándose en la letra del art. 191, sostiene lo contrario, por medio del siguiente razonamiento: «Este artículo permite atacar al matrimonio que no ha sido *contraído* públicamente. La palabra *contraído* indica que se trata del momento en que el matrimonio es celebrado, porque es entonces cuando el *contrato* se forma por el concurso del consentimiento de las partes.» Reiterados nuestros respetos al inmortal jurisconsulto belga, nosotros nos atreveríamos á replicar: ¿Por qué no reconocer que las banas ó amonestaciones previas al matrimonio constituyen, en la mente del legislador, uno de los elementos, el no menos importante, de esa publicidad que se desea? Creemos además, que á pensarlo así, nos autorizan los mismos términos de los arts. 192 y 193 combinados: «las penas designadas por el artículo

precedente, dice el segundo, se impondrán, etc., aun cuando no se consideren suficientes tales infracciones para declarar la nulidad.» Ahora bien, el 192 dice: «si el matrimonio no ha sido precedido de las dos publicaciones requeridas, etc., etc., el fiscal hará que se imponga al oficial público, á los contrayentes, etc., etc., una multa.» Luego, la falta de publicaciones puede ser considerada como suficiente para declarar la nulidad, dependiendo todo de la libre y soberana apreciación del juez. Así lo asienta Merlin, comentando una sentencia sobre el matrimonio de un francés en país extranjero ¹

323. El art. 75 del Código francés prescribe que el matrimonio se celebre en la *casa común* ¿la falta de esta formalidad implica nulidad del acto? Maleville, considera la celebración del matrimonio en la casa común, como uno de los elementos esenciales de su publicidad. La razón que da es que, cuando la discusión del art. 74 en el Consejo de Estado, se propuso dejar al oficial del estado civil la facultad de transportarse, en los casos de urgencia, por ejemplo, un matrimonio *in extremis*, fuera del lugar ordinario de la celebración de los matrimonios; que se respondió que esta facultad tendría muchos inconvenientes, pues se convertiría en el recurso del poder y de la riqueza y que por tanto, convenía más mantener el principio de la publicidad; que sin embargo se convino en remitir la cuestión al título *del matrimonio*; y que en este título, no sólo no se encuentra excepción á la publicidad, sino que, al contrario la publicidad está allí formalmente prescrita por el art. 165.² Toullier apoya este razonamiento en el pasaje de la *Exposición de Motivos* del título *del matrimonio*, en que Portalis dice que el oficial

¹ Merlin, *Repert.* "Bans de Mariage," núm. 2.

² Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil du conseil d'Etat*, art. 74, pag. 97.

público no tiene ningún poder personal para cambiar el lugar ó modificar las formalidades de la celebración.¹ Laurent, fundándose en varias sentencias citadas por Dalloz² y en una de Agen de 28 de Enero de 1857, de las cuales se infiere que en unos matrimonios la falta de celebración de la casa común ha sido reputada, como causa de nulidad del matrimonio y en otros, considerada sin importancia alguna, asienta que es ésta una cuestión de hecho que el juez deberá decidir según las circunstancias.³

324 ¿La falta de cuatro testigos es causa de nulidad del matrimonio? Dalloz menciona varias desiciones, de las cuales se deduce que, no exigiendo el Código la presencia de cuatro testigos bajo pena de nulidad, esta no debe ser pronunciada contra un matrimonio celebrado en presencia de dos testigos solamente. ¿Qué cualidades deben tener los testigos? El mismo autor cita otra sentencia, cuya parte razonada dice: «Resultando la publicidad del matrimonio particularmente de la presencia de cuatro testigos del *sexo masculino* en su celebración, se sigue que hay nulidad en aquel que ha sido celebrado en presencia de *tres mujeres*».⁴

325. ¿La nulidad proveniente de falta de publicidad puede ser cubierta por la posesión de estado de los esposos? Si recordamos las palabras de Portalis, antes citadas (núm. 321), será preciso responder negativamente, puesto que siendo absoluta la nulidad de que se trata; no es posible borrarla por ninguna confirmación ó ratificación. Pero Marcadé dice: «Sin duda no puede invocarse aquí una ratificación emanada de la voluntad de las partes; pero, puesto que los matrimonios de que se trata no son nulos sino por la falta

1 Toullier, *Droit civil français*, lib. 1, tit. 5, núm 642.

2 Dalloz, *Repert.* "Mariage" núms, 447, 556.

3 Laurent, tom. 2, núm. 479.

4 Dalloz, "Mariage," núm. 558.

de una publicidad anterior ó contemporánea á la celebración, ¿por qué la publicidad suficiente, dada á estos matrimonios después de la celebración, pero antes del ataque dirigido contra ellos, no haría ese ataque inaceptable? La persona que viene entonces á pedir la anulación de un matrimonio, se apoya sobre el solo fundamento de que aquel, por su clandestinidad, no ha tenido los caracteres de un verdadero matrimonio y no ha parecido ser sino la unión ilícita y pasajera de un hombre y de una mujer. ¿Cómo, pues, esta persona vería admitir su preteusión, cuando antes de su demanda, esa unión ha tomado, á los ojos de todos, los signos ciertos de matrimonio válido? Nos parece que el poder discrecional dado á los tribunales por el art. 193 para la apreciación de los hechos, los faculta naturalmente para encontrar una excepción, contra la acción en nulidad, en la pública posesión de estado de los esposos.¹ «Laurent, es de opinión contraria, fundándose en la falta de *texto* expreso y en la declaración de Portalis, que tiene, dice, todo el rigor de los principios.² No comprende este silencio, atribuido al legislador francés, cuando leemos que el art. 196 del Código dice: "Cuando haya posesión de estado y se haya presentado el acta de celebración de matrimonio entre el oficial del estado civil, no podrán los esposos presentar demanda de nulidad de aquel acto." Hay pues, según nuestra humilde opinión, texto expreso sobre este punto, y aquí nada tiene que hacer el poder discrecional del Juez, de que trata, sin conexión ninguna con esta materia, el art. 193, sólo relativo á la acción de nulidad; pero no á su manera de cubrirla.

326. El art. 165 del Código francés ordena que el matrimonio se celebre públicamente *delante del Oficial civil de una de las partes*. La no presencia de tal oficial civil ó su incom-

1 Marcadé, tom. I. art. 191, 669, III.

2 Laurent, tom. 2, núm. 480.

petencia, por no tener ninguno de los contrayentes su domicilio en el lugar donde ejerce sus funciones ese oficial civil. ¿es causa cierta y necesaria de nulidad? El art. 193 nos autoriza á pensar que, aun esto depende del poder discrecional del juez, que puede encontrar tales defectos insuficientes para motivar la nulidad. «Confirmamos nuestra opinión, leyendo á Marcadé, según el cual, el oficial civil no es ni puede ser otra cosa que un testigo, aunque importantísimo del matrimonio.» «La ausencia, pues, dice este autor, durante el matrimonio del funcionario delegado para representar la sociedad en este matrimonio, en otros términos, la ausencia del oficial competente, no es otra cosa que la falta de la publicidad requerida.»¹ Ahora bien, ¿no da la ley un poder absoluto al juez para apreciar los grados y condiciones de la publicidad, de la cual la presencia del oficial civil competente, es uno de tantos elementos? Demante dice también: «La presencia del oficial público competente, sin hablar de las garantías que ofrece en sí misma, para la perfecta observancia de las condiciones del matrimonio, es también uno de los principales elementos de publicidad.»² A primera vista, no lo negamos, parece absurda nuestra solución, pero á proponerla nos facultan los términos expresos de la ley. Hay otra interpretación diversa de la de Marcadé y Demante, según la cual la presencia del oficial civil es algo distinto, entre las condiciones de celebración del matrimonio, de la publicidad. Según Laurent, la verdadera teoría del Código es la siguiente: "La presencia del oficial público es desde luego requerida, como condición de la existencia del matrimonio, independiente de toda publicidad. En seguida es necesario que el oficial público pronuncie, en nombre de la ley, que las partes son unidas por el matrimonio. Esto es

1 Marcadé, tom. 1, art. 191. 665.

2 Demante, tom. 1, núm. 273, bis. I.

todavía independiente de la publicidad. El consentimiento, pues, de las partes habría sido dado con toda la publicidad posible, y sin embargo, no habría matrimonio, si el oficial público no pronunciase la unión." ¹ La presencia pues del oficial civil, sería un requisito de tal manera esencial á la celebración del matrimonio que su falta, independientemente de cualquiera publicidad, importaría, no sólo una causa de nulidad, sino hasta de inexistencia del acto (núm. 208).

Pero supongamos que se trata, no ya de la presencia material del oficial civil, sino de su competencia, por no ser el del domicilio de ninguna de las partes; ¿hay entonces nulidad necesaria y forzosa? El art. 193 da al juez el mismo poder de apreciación para la incompetencia que para la falta de publicidad, puesto que habla de contravenciones á las reglas prescritas por el art. 165; ahora bien, este artículo establece dos reglas, conforme á la interpretación de Laurent, la celebración pública y la presencia del oficial civil del domicilio de una de las partes; luego el juez ante quien se proponga la nulidad, tiene un poder amplísimo según los textos legales para graduar si la incompetencia del oficial civil es ó no suficiente, en virtud de otras circunstancias de publicidad realizadas por los contrayentes para ameritar ó no la nulidad del matrimonio.

Tales el rigor de los principios consignados en el Código, y por tanto no consideramos sino como una muestra de su grande ingenio, la siguiente explicación de Laurent: «En tanto que la competencia se liga á la publicidad, se concibe que el Juez tenga un poder de apreciación. Si un oficial civil celebra fuera de su comunidad el matrimonio de dos personas que están domiciliadas en ella, hay incompetencia territorial, y por consiguiente, una causa de nulidad. Pero supongamos que la celebración haya tenido lugar en la casa de

¹ Laurent, tom. 2, núm. 481.

campo de una de las partes, en un lugar donde ella es perfectamente conocida, donde la publicidad ha sido completa; el juez mantendrá el matrimonio. Si al contrario, hubiera en el hecho de la celebración fuera de la comunidad una intención de clandestinidad, el juez podría anularlo.¹ He ahí, pues, como la incompetencia, en el primer caso, según la apreciación del juez, puede no dar lugar á la nulidad, en virtud de haber acompañado al matrimonio otras circunstancias de perfecta publicidad. En el segundo caso, cuando se sospechara que las partes habían tenido intención de incurrir en la clandestinidad, se supone que el juez podría anular el matrimonio. ¿Por qué? por esa intención de clandestinidad se dice: pero nosotros, pretendiendo ir más adentro en esta cuestión, decimos: por el mismo poder de apreciación que tiene el juez, que en el caso se normaría por la intención dolosa de las partes. Además, si este poder de apreciación no fuera el verdadero fundamento de la decisión, vendríamos al absurdo de que una ley de derecho público como es la que tiene por objeto la forma y comprobación de los matrimonios, y debidamente promulgada, podría ser impunemente infringida con sólo que las partes se excusasen con su ignorancia ó buena intención.

327. Nuestra legislación nacional sobre nulidad de matrimonios clandestinos es como sigue: Las leyes de 28 de Julio de 1859 y 23 del mismo mes y año fueron las primeras que, fundándose en la base de que el matrimonio es un contrato civil, determinaron sus condiciones de validez y por consiguiente también los motivos de nulidad. La primera (arts. 25 á 34) establece la manera de celebrar el matrimonio, ante qué funcionarios, ante qué testigos, etc., etc., en términos generales; la segunda, repitiendo lo que aquella contiene de particular y específico, declara (art. 30) que ningún matri-

¹ Laurent, tom. 2, núm. 483.

monio celebrado sin las formalidades prescritas será reconocido como verdadero y legítimo para los efectos civiles.¹ El Código de Veracruz (art. 251, frac. 1) declara que es matrimonio nulo el celebrado sin las formalidades civiles que él establecá. ¿Cuáles son estas formalidades? Pudiera creerse, dada la generalidad de los términos en que este artículo está concebido, que la nulidad procede de la infracción de cualquiera formalidad, aun de las previas al matrimonio. Pero el art. 252 nos dice que anula el matrimonio la falta de celebración en los términos del art. 200. Ahora bien, este artículo declara que los matrimonios no celebrados precisamente ante los funcionarios designados y conforme á las reglas establecidas en el Código, no producirán efecto alguno civil. Precisa, pues, averiguar cuáles son estos funcionarios y cuáles estas reglas. El 157 nos enseña ambas cosas: el matrimonio deberá celebrarse en el lugar, día y hora señalados, según el 142, á pedimento y de acuerdo con las partes, ante el encargado del registro civil, que es, según el 132, el de la residencia de ambos ó de uno solo de los contrayentes; ante dos testigos por lo menos, que podrán ser presentados por aquellos ó sus parientes. El encargado del registro deberá preguntar á cada uno de los pretendientes, llamándolos por su nombre, si es su voluntad unirse uno al otro en matrimonio. Si ambos contestan afirmativamente, el mismo funcionario les manifestará que queda celebrado el matrimonio, recordándoles sus obligaciones por medio de un texto, que puede verse en el mismo art. 57.

Pero no es este todo el ceremonial del matrimonio civil, según el Código que nos ocupa. Si el matrimonio hubiere de celebrarse ante algún auxiliar, y no ante el juez del registro civil, asociará á aquel, dice el art. 159, el Presidente del Ayun-

1 Véase tomo I. ° de esta obra, Apéndiccs letras R y X.

tamiento del lugar. Concluida la ceremonia, es necesario, so pena también de nulidad, según el art. 252, que se extienda inmediatamente una acta que deberán firmar, antes de separarse del lugar de la reunión, los esposos y sus testigos, autorizándola el encargado del registro y el Presidente del Ayuntamiento en su caso, y en cuya acta, además de la relación de los hechos, se consignarán las generales de los contrayentes y de sus padres, si fuesen conocidos: el consentimiento de éstos, de los abuelos ó de los tutores, ó la habilitación de edad, siendo necesaria: la constancia de que hubo ó no impedimento, y en el primer caso, de que no fué declarado legítimo; y por último, la declaración de los esposos, de tomarse mutuamente por marido y mujer y la que de quedar unidos deberá hacer, en nombre de la sociedad y conforme queda expresado, el oficial del estado civil; todo esto es prescrito por el art. 160, y la falta del acta á que este artículo se refiere, es, según el 252, causa de nulidad del matrimonio, el cual sólo puede probarse por la copia de aquella. Esta causa de nulidad puede deducirse por los cónyuges, por cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio y aun de oficio. Los testigos que intervengan en el matrimonio, habrán de ser, según este Código (art. 73), mayores de 18 años, debiendo preferirse las personas interesadas, sean ó no parientes de los contrayentes.

328. El Código del Estado de México, en sus arts. 206 fracción 7.^a, 115 y 212, es substancialmente, salvo algunas diferencias de forma, muy semejante al anterior, en lo relativo á los fundamentos de la nulidad por clandestinidad. Esas diferencias de forma son, solamente tres: 1.^a, que en vez de dos testigos con que se contenta, el Código de Veracruz, éste exige tres por lo menos, para que presencién el matrimonio; 2.^a, que según aquel, los testigos pueden ser del sexo femenino y menores de veintiun años, y según éste (art. 38),

sólo pueden serlo los varones y mayores de aquella edad; y 3ª, que este Código no exige, como el otro, que el oficial civil dirija á los contrayentes la alocución que menciona, conformándose sólo con la fórmula declaratoria de quedar unidos en matrimonio. En cuanto á las personas que pueden ejercitar esta acción de nulidad, el Código que nos ocupa, la da también á los cónyuges y á cualquier interesado; pero no al oficio del juez. Según ambos Códigos (art. 264 de el de Veracruz y 213 de el del Estado de México), la posesión de estado matrimonial (núm. 325), unida á la existencia del acta de matrimonio, importa una excepción indestructible contra la demanda de nulidad, entablada por los esposos.

De los preceptos de ambos Códigos, creemos poder deducir dos consecuencias capitalísimas: 1ª No es causa de nulidad sino la infracción de las solemnidades que constituyen la *celebración*, es decir, el acto del matrimonio, quedando fuera, por lo mismo, de la pena de nulidad, las solemnidades anteriores, que se refieren á la presentación para contraer matrimonio; 2ª No es causa de nulidad la falta de publicaciones ó banas, aunque no hayan sido dispensadas.

329. El Código de Tlaxcala (art. 128, frac. 2ª) declara nulo el matrimonio contraído, *sin cumplir todos los requisitos señalados para la presentación y celebración* ante los jueces del estado civil, con excepción de las publicaciones de las actas de presentación. Al contrario, pues, de los dos códigos, cuyo examen antecede, éste incluye, entre los motivos para la nulidad, la falta de presentación ante el Juez del estado civil del domicilio de cualquiera de los pretendientes, la de la acta que este funcionario debe levantar, conteniendo las generales de aquellos y de sus padres, las de dos testigos por cada parte, la licencia paterna (art. 73) etc., etc. Este Código no reconoce la revalidación de la clandestinidad por la posesión de estado. Por el art. 137 se da esta ac-

ción de nulidad á los cónyuges y á cualquier interesado. En cuanto á los testigos del matrimonio, el art. 88 previene que sean tres por lo menos, parientes ó extraños, prefiriéndose los que designen (art. 33) los contrayentes, pero á condición de que aquellos sean mayores de edad.

330. Los dos Códigos del Distrito Federal (arts. 280, fracs. 2^a, 3^a, 4^a, 5^a y 6^a de el de 1870 y 257, fracs. 2^a, 3^a, 4^a, 5^a y 6^a del actual) establecen un sistema aparte respecto á la nulidad que nos ocupa, y no poco diferente de los anteriores, como ya á verse. Desde luego podemos afirmar que, según estos Códigos, son causa de nulidad, bajo el punto de vista de la clandestinidad, aun las faltas, que, con tal carácter, quedan excluidas de esa acción por los demás códigos. Los del Distrito Federal, pues, establecen una nulidad más amplia, más comprensiva, más rigurosa. Así es que, conforme á estos códigos, resultan nulos: 1º, los matrimonios celebrados sin que el juez haya recibido los testimonios de las actas que debe levantar el del domicilio de los contrayentes, después de quince días de publicación de la acta de presentación; 2º, el celebrado, sin que se hayan repetido las publicaciones, no obstante haber pasado seis meses después de las primeras y no haberse verificado aquel; 3º, los celebrados sin previas publicaciones; 4º, los celebrados, á pesar de no haberse dispensado aquellas; 5º, aquellos, para cuyas actas de presentación y celebración, no comparecieron los dos testigos por cada parte en el primer caso y los tres en el segundo y 6º, los celebrados en secreto, sin la presencia del juez ó de los contrayentes. Los testigos pueden ser parientes ó extraños, prefiriéndose los que presenten los interesados, con tal de que sean mayores de edad. Esta acción de nulidad puede ser deducida por los cónyuges, por cualquier interesado, por el Ministerio público ó por el oficio del juez (art. 293 de el de 1870 y 270 del actual). La nulidad será cubierta por la

posesión de estado matrimonial, si á ella se une la existencia del acta (arts. 291 de el de 1870 y 271 del actual).

331. Supuesta la legislación nacional que precede, preguntamos: ¿es válido el matrimonio civil, contraído ante el oficial mayor del Juzgado del registro civil? Hemos visto que, desde la ley de 23 de Julio de 1859, confirmada en este punto por la de 28 del mismo mes y año, se viene exigiendo, como una condición principalísima del matrimonio, la presencia del Juez del estado civil, que es quien exclusivamente debe presidir y autorizar aquel acto, en nombre de la sociedad: En consecuencia, cualquiera otra persona que intervenga en el matrimonio, es incompetente y tiene que invalidarlo, por falta de un requisito esencial. Pero ¿no bastará la autorización del oficial mayor, ni en el caso de que el juez se halle *verbi gratia*, ausente ó imposibilitado de cualquiera otra manera, para autorizar el acto? Tampoco, pues, como es de verse en el art. 3º de la ley de 28 de Julio de 1859, en el 68 del Código actual del Distrito Federal y en el 73 de el de 1870, los jueces del estado civil deberán ser suplidos, en sus faltas temporales, por los jueces de primera instancia de cada lugar; luego ningún otro funcionario, por caracterizado que sea y aunque forme parte del personal mismo del Juzgado de registro civil, es considerado por nuestras leyes con representación y facultades bastantes para presidir el matrimonio. Según el de Veracruz (art. 52) dichas faltas temporales deberán ser suplidas por el Juez 1º de paz de la cabecera respectiva y en caso de no ser esto posible, la substitución se hará conforme á las leyes. Según el 50 de el del Estado de México, los Presidentes de los Ayuntamientos y los municipales deben ejercer, en sus respectivas municipalidades ó municipios, las funciones de oficiales del registro civil. Según el de Tlaxcala (art. 45) los jueces del estado civil serán suplidos, en sus faltas, por los

Presidentes municipales. Es verdad, por lo que hace al Distrito Federal que, según un Reglamento del Gobierno del Distrito Federal del 5 de Septiembre de 1871, los jueces del estado civil deben ser suplidos, en sus faltas temporales, *por los respectivos oficiales mayores*; pero tal reglamento es, á todas luces, ilegal, supuesto que, emanado de la autoridad administrativa, no puede ser contrario á las leyes ya vigentes, cuando su promulgación y menos aún, á una ley federal.

332. La omisión en la acta de matrimonio de alguno de los requisitos mencionados, como son: las generales de los contrayentes, las de sus padres, si hubo ó no impedimento, etc., etc., es causa de nulidad? El caso se ha presentado ante los tribunales del Distrito Federal y creemos, por lo mismo, conveniente reproducir los principales considerandos de la sentencia pronunciada en 7 de Julio de 1874 por el Sr. Juez 5° de lo Civil. La especie comprende también el caso anterior: «Considerando que, aunque por el Reglamento expedido por el C. Gobernador del Distrito en 6 de Septiembre de 1871, se dispuso que dichos jueces fuesen suplidos en sus faltas temporales por los oficiales mayores, semejante disposición, como abiertamente contraria al art. 3 de la ley orgánica del estado civil, no estaba en las facultades del Gobernador del Distrito haberla dictado, ni puede por lo mismo tener valor alguno legal, puesto que el Gobernador del Distrito no tiene facultades ni atribuciones sino en el orden gubernativo Considerando que el acta con que se pretende justificar el matrimonio, no sólo adolece de los vicios legales expuestos; sino que ni siquiera llena los requisitos que el art. 34 de la ley de 28 de Julio de 1859 exige que contenga el acta de matrimonio, es á saber: los nombres, apellidos, edad, profesiones, domicilio y lugar del nacimiento de los contrayentes; los nombres, etc., etc., de los padres, el

consentimiento de éstos, de los abuelos ó tutores ó la habilitación de edad, la constancia relativa á si hubo ó no impedimento, y si lo hubo, á que éste no fué declarado legítimo; la declaración de los esposos de tomarse y entregarse por marido y mujer; su voluntad afirmada de unirse en matrimonio y la declaración que de quedar unidos debe hacer el juez del estado civil, luego que hayan pronunciado el sí que los une; los nombres, apellidos, etc., etc., de los testigos; su declaración de si son ó no parientes de los contrayentes, y si lo son, en qué grado y en qué línea; formalidades que faltan en el acta presentada, sin que baste á subsanar esta omisión la circunstancia de que algunos de estos requisitos se anotaron en el acta de presentación, pues la ley citada determina que se dupliquen y consten en ambas actas. Considerando que, con arreglo á las leyes de 23 de Julio de 1859, artículo 30 y á la de 4 de Diciembre de 1860, artículo 20, que eran las vigentes, al verificarse el acto que se examina, era requisito esencial para la validez y legalidad de un matrimonio civil, la estricta observancia de las formalidades establecidas por las leyes que lo instituyeron, de tal modo que ningún matrimonio que se contrajera sin observarse tales formalidades, podría reputarse legítimo para los efectos civiles, sino nulo é ineficaz de producirlos, según la letra de las leyes citadas. Por todo lo expuesto, es nulo y de ningún valor ni efecto, el matrimonio celebrado etc., etc.»¹ Apelada esta sentencia, la 3ª Sala del Tribunal Superior del Distrito la confirmó por sus propios y legales fundamentos, añadiendo además que el matrimonio en cuestión era nulo también, por no contener el acta respectiva la constancia de el consentimiento expreso de los contrayentes en el matrimonio, sino sólo, del deseo de contraerlo, pero sin que hu-

¹ *El Foro*, tom. 3, año de 1874, núm. 12.

biera llegado á realizarse conforme á las prescripciones legales; ¹ é interpuesto el recurso de súplica, la 1ª Sala del mismo Superior Tribunal confirmó también el fallo aludido por sentencia de 24 de Julio de 1877. ²

333. Supuesta siempre la legislación nacional, ¿resulta la nulidad de matrimonio de la omisión de las publicaciones respectivas en la residencia anterior de uno de los contratantes, cuando consta que no la tuvo continua y por los seis meses anteriores á la presentación en el mismo lugar del juez del registro civil, ante el cual se verificó el acto? El caso se presentó ante el Juzgado 1.º de lo Civil de esta capital, habiéndose fallado en sentido afirmativo sobre la nulidad é insubsistencia del matrimonio por los siguientes fundamentos: «Considerando que, conforme al art. 116 del Código Civil, es forzoso remitir copias del acta de presentación á los anteriores domicilios de los pretendientes, siempre que los dos ó alguno de ellos, no hubiesen tenido en los seis meses precedentes el mismo domicilio del juez del estado civil; que conforme al 118, cuando ese domicilio anterior de alguno de los pretendientes no ha sido fijo durante seis meses continuos, las copias de que habla el 116 deben permanecer fijadas por dos meses en los lugares señalados, es decir, en el del Juzgado donde se celebra el acto y en el de los domicilios anteriores; que conforme al 123, el juez que reciba actas remitidas por los encargados de otros registros, deberá levantar una en que haga constar que se verificó la publicación, enviando testimonio al juez del matrimonio; que conforme al 124, no puede procederse á este acto, sin haber recibido los testimonios referidos y que conforme al 126, pasados los términos de las publicaciones, deben anotarse sus resultados en el libro que corresponda y pueda señalarse ya

1 Sentencia de la 3ª Sala de 28 de Abril de 1876.

2 *El Foro*, 2ª época, tom. 2, año de 1877, núm. 22.

el día de la celebración del matrimonio. Considerando que, fuera de la publicación que según el informe del juez del estado civil, se hizo en esta capital del acta preparatoria del matrimonio de que se trata, no se dispuso ninguna otra en el lugar de la anterior residencia y de consiguiente, se echan de menos todas las particularidades prescritas tan minuciosamente en los mencionados arts. 118, 123 y 124 del Código Civil de 1870.»¹

334. Hemos visto antes que tanto el Código francés como los nuestros, excepto el de Tlaxcala, aceptan contra la demanda en nulidad por clandestinidad del matrimonio, la posesión de estado matrimonial, unida á la existencia del acta respectiva. Prescindiendo de las consideraciones morales que militan en favor del reconocimiento de esa excepción contra la nulidad, ella importa, respecto al matrimonio, lo que el art. 309 establece en cuanto á la filiación legítima.² La semejanza entre ambos casos resulta también de que, así como para la filiación se exige, además de la posesión de estado, que exista el acta de nacimiento, á la cual no contradiga aquella, para el matrimonio es necesario la existencia del acta respectiva, con la cual sea conforme la posesión de estado matrimonial que se invoca. Dos condiciones pues son indispensables para constituir la excepción que nos ocupa: una acta de matrimonio, aunque defectuosa por la falta de solemnidades prescritas y la posesión de estado matrimonial. El derecho canónico, aunque verdadero creador de los registros públicos en las partidas parroquiales,³ se he mostrado siempre menos exigente que el civil, en la prueba del matrimonio, considerándola como digna de todo favor y haccedera, por tanto, no sólo mediante la presentación de las

1 *El Foro*, 2.ª época, año de 1885, tom. 26, núm. 2.

2 Véase tomo I.º de esta obra, núm. 353.

3 Véase tom. I.º de esta obra, núm. 329.

constancias de aquellos registros, sino aun por testigos, ó de otra manera menos demostrativa y satisfactoria. Así dice el Cardenal de Luca: «Si bien es verdad que el Párroco obra mal, si no lleva ni conserva el libro en que se apuntan los matrimonios, esta omisión *no anula* el matrimonio, y mucho menos afecta á la facultad de probarle por testigos ó de otro modo; puesto que la negligencia del Párroco no debe perjudicar á las partes ni privarlas de sus derechos. Esta prueba es favorable, de modo que puede hacerse, según la cualidad del hecho, valiéndose de testigos, parientes ó de otras maneras imperfectas; por lo tanto, tampoco se puede dar una regla cierta y determinada, porque siendo arbitraria la materia de las pruebas, debe tomarse de la cualidad y circunstancias del hecho, como *verbi gratia*, si en un caso son los parientes ó allegados fidedignos y en otros no.» El antiguo derecho civil daba grande importancia á la posesión de estado, aun á falta absoluta de cualquiera otra prueba en favor del matrimonio. «De todas las pruebas, decía Cochin, que aseguran el estado de los hombres, no la hay más sólida, más poderosa que la de la posesión pública . . . Aquel que la tiene á su favor, no está obligado á remontar á otras pruebas; aquella ocupa el lugar de todos los títulos que las leyes desean; *suple á las actas de celebración del matrimonio*, á los extractos baptismales y á todas las constancias establecidas para fijar el estado de los hombres. ¹»

Pero la legislación moderna, informada por otros principios, ha establecido éste que es capitalísimo: el estado civil de los hombres no puede probarse sino por las respectivas constancias del registro,² y así vemos que, tratándose del matrimonio, es necesario, además de la posesión de estado, el acta relativa.

¹ Cochin, *Œuvres*, tomo I, pág. 590.

² Véase tomo I.^o de esta obra, núm. 351.

Varias observaciones tenemos que hacer sobre esta disposición. 1.ª Ella no se refiere sino á los vicios de forma, al defecto de clandestinidad, tal como los Códigos lo consideran, y, en consecuencia, si el matrimonio es nulo por otra causa, *verbi gratia*, por bigamia, por incesto, ni la posesión de estado matrimonial, ni el acta pueden cubrir esa nulidad. La acción, pues, queda entonces expedita y abierta, según lo hemos explicado en los números anteriores. 2.ª La excepción que nos ocupa sirve sólo contra los cónyuges; luego concediendo los códigos la acción de nulidad por clandestinidad, no sólo á aquellos, sino á cualquier interesado, al Ministerio Público y al juez de oficio, la excepción no tiene lugar ni puede hacerse extensiva á estas personas. ¿Cuál es la razón de esta diferencia? No alcanzamos sino una que nada satisface en abono de tal diferencia: siendo la posesión de estado matrimonial obra de los mismos cónyuges, la ley ha debido considerarla como un obstáculo incontrastable en que se estrellaran las valeidades y caprichos de aquellos que, después de haber vivido públicamente como marido y mujer, quisieran destruir su matrimonio y recobrar por defectos de forma en la celebración de aquel, pero sobre los cuales habían guardado silencio, su plena y absoluta libertad. Decimos que esta razón no nos satisface, para que, á pesar de la posesión de estado, sean recibidos á demandar la nulidad del matrimonio los extraños, porque nosotros no podemos menos que ver en ese acto, uno de los más trascendentes para la familia y el honor principalmente de la esposa, y el más fecundo en resultados para la sociedad. O la posesión de estado hace válido é inatacable el matrimonio clandestino ó nó: si lo primero, como se pretende respecto de los cónyuges, debe ser cierto también para todos, pues lo contrario equivaldrá á someter á las pasiones é intereses de los demás, la quietud y hasta el porvenir de los hijos. Un célebre

abogado francés, Romain de Seze, decía en el siglo pasado, lo siguiente que no tiene réplica: «La ley, que no tiene sino grandes miras, ha abrazado, en su vasto golpe de vista, el bien general de la sociedad; ha visto que el reposo que hace la felicidad de ésta, no tenía otra base que el mismo de las familias que componen aquella, y que el solo medio de asegurar este reposo de la sociedad y de las familias, era no tolerar que se pudiera inquietar en su estado á los ciudadanos pacíficos que lo hubieran conquistado por una posesión de muchos años; ha querido que su goce fuese, á este respecto, su propiedad: que su derecho naciera de su usurpación misma; que ellos poseyesen porque habían poseído y que esta posesión, sin base, la encontrara en sí misma, sin que fuese nunca posible destruirla.»¹

335. Hemos dicho que la excepción de revalidación que nos ocupa, tiene lugar solamente tratándose de la nulidad por vicios de forma, es decir, por clandestinidad; mas no hay que entender estas palabras de una manera absoluta. La clandestinidad, como lo hemos manifestado en varios lugares de este número, es más ó menos extensa y comprensiva, según las diferentes legislaciones. Así es que, mientras en el Derecho canónico se reduce á la no presencia del Párroco y de los testigos, en nuestros Códigos, principalmente en los del Distrito Federal, abarca aun la falta de formalidades preparatorias del matrimonio. Pero existe una solemnidad que, según todas las leyes, es absolutamente esencial á la celebración de este acto, so pena de nulidad: la presencia del Párroco ó del juez del estado civil. Esto supuesto, preguntamos, la posesión de estado, unida á la acta de celebración ¿basta á cubrir todos los vicios de forma de que ese acto adolezca, aun la falta de la autorización del juez del estado

1 Romain de Seze, *Plaidoyer, dans la cause de la Gravier*, 1775.

civil? No, sin duda alguna, pues basta leer los artículos de los diferentes códigos que aceptan tal revalidación, para persuadirse de que ella supone todos los vicios de forma, menos el de la no asistencia del juez del registro. El art. 196 francés dice: «cuando hay posesión de estado y es presentada la acta de celebración del matrimonio *delante del oficial del estado civil*, etc., etc.» Nuestros Códigos dicen también: «No se admitirá á los cónyuges la demanda de nulidad por falta de solemnidades, contra el acta de matrimonio *celebrado ante el juez del registro civil*, etc.; etc.» Luego, si el matrimonio es nulo, *verbi gratia*, por falta de testigos, pero, habiendo autorizado la celebración el juez del registro, la revalidación tiene lugar.

336. ¿Tendrá lugar también, cuando era incompetente el juez, por no ser el del domicilio de ninguna de las partes? Esta cuestión no tiene importancia entre nosotros, supuesto que nuestros Códigos resuelven toda la dificultad en este punto, aumentando las publicaciones previas al matrimonio; pero el Código francés dice en su art. 165: «el matrimonio será celebrado públicamente *delante del oficial civil del domicilio de una de las partes*.» ¿Cómo, pues, resolver la anterior cuestión, ante una acta de matrimonio levantada por juez incompetente? ¿se aplica el art. 196 francés? Sobre esta controversia se han dividido las opiniones: Merlin, Proudhon, Zacharias, Demante y Ducaurroy¹ responden negativamente, haciendo el razonamiento que sigue: «El texto del art. 196 se sirve de estas palabras: *el oficial del estado civil*, y no, de estas: *un oficial del estado civil*; luego, presupone la competencia del oficial público que ha procedido á la celebración. ¿Qué relación, por otra parte, y qué correlación en-

¹ Merlin, *Repert.*, «Mariage», sect. 6, § 2.—Proudhon, tom. 1, pág. 442.—Zacharias, tom. 3, pág. 308.—Ducaurroy, tom. 1, núm. 343.—Demante, tom. 1, núm. 278, bis. III.

contrar entre el vicio de incompetencia del oficial público y la posesión de estado? Por esto Portalis ha declarado que esta nulidad *no puede ser cubierta por la posesión* (núm. 321). Demolombe responde afirmativamente y dice: "1º El texto del artículo en cuestión se sirve de las palabras: *el oficial del estado civil*, sin añadir *competente*; luego no exige necesariamente esta condición. 2º La incompetencia es uno de los vicios de la celebración del matrimonio, *del acta de celebración*; ahora bien, á estos vicios es aplicable el art. 196. Finalmente 3º, nada más lógico, ni más racional que decirlo así, porque la competencia del oficial público es exigida, ya para procurar la publicidad misma del matrimonio, ya para garantizar la libertad del consentimiento de los esposos; ahora bien, la posesión de estado, que ha seguido á la celebración, ha hecho público el matrimonio, y probado la libertad del consentimiento de los esposos; luego debe crear también una excepción contra su demanda de nulidad, fundada sobre la incompetencia del oficial público."¹ La jurisprudencia se ha manifestado en este sentido.

SECCION 5ª DE OTRAS CAUSAS DE NULIDAD CONFORME AL DERECHO CANÓNICO.

337. Así como en otro lugar de esta obra² expresamos que había varios impedimentos para el matrimonio, fuera de los mencionados por el Derecho civil, es saber, aquellos de que trata el Canónico, y de los cuales teníamos la necesidad de ocuparnos, para rendir á lo menos un tributo de respeto á esa legislación sapientísima, que ha sido y será siempre el modelo inmejorable de la moderna, cumple hoy también á

1 Demolombe, tom. 3, núm. 328.

2 Véase tomo 2º de esta obra, núm. 273.

nuestro propósito estudiar, siquiera brevemente, las causas de nulidad, que á tales impedimentos corresponden, sus condiciones y excepciones y todo lo demás que á ella se refiere.

NÚMERO 1.º DE LA NULIDAD POR PÚBLICA HONESTIDAD.

338. Con esta mira, estudiemos desde luego lo que concierne impedimento de *Pública Honestidad*, que como lo hemos ya manifestado en otra parte,¹ se funda en cierta especie de parentesco, nacido de los sponsales y del matrimonio nato ó no consumado, entre el desposado y los parientes de la desposada, ó entre el esposo y los parientes de la esposa. Santo Tomás de Aquino define este impedimento: *propinquitias ex sponsalibus proveniens, robur trahens ab Ecclesie institutione propter ejus honestatem*. Este impedimento no es de Derecho natural, sino que fué introducido por el civil, habiéndolo la Iglesia adoptado después, por encontrarlo fundado en razones de conveniencia y moral públicas incontestables. Ortolan comentando un párrafo de la Instituta de Justiniano, dice: «Aunque no halla ni parentesco ni alianza entre dos personas, motivos de conveniencia y honestidad públicas bastan algunas veces para impedir que haya entre ellas *con nubium*. Así el adoptante no puede casarse, aun después de haberla emancipado, con aquella que había adoptado, aunque, después de la emancipación, haya cesado ser su hija. Del mismo modo aquel no se puede casar, aun después de la emancipación con aquella que ha sido la mujer de su hijo adoptivo, aunque después de la emancipación, ella haya cesado de ser su nuera. La Instituta nos da todavía otros dos ejemplos: un hombre se divorcia de su mujer;

¹ Véase tomo 2.º de esta obra, núm. 273.

ésta contrae un segundo matrimonio del cual nace una hija; ésta no es la nieta (*privigna*) del marido de su madre, puesto que ha nacido en una época en que el primer matrimonio, ya roto, no producía ningún lazo; sin embargo este primer marido no podrá casarse con aquella, porque no es conveniente que aquel que ha sido el marido de la madre, sea todavía el marido de la hija. Los esponsales no eran sino un proyecto, sino una promesa de matrimonio, que no producía alianza (*affinitas*): así la desposada del hijo no era la nuera del padre (*nerus*), la desposada del padre no era la madrastra del hijo (*noverca*); y sin embargo, como no era conveniente que el padre se casase con aquella que había sido destinada á su hijo y recíprocamente, los jurisconsultos querían que no pudieran contraerse semejantes nupcias.¹

La disciplina antigua de la Iglesia parece haber sido severísima en cuanto á este impedimento, extendiéndose tan lejos como el de parentesco;² pero el Concilio de Trento, lo ha reducido al primer grado, de manera que, conforme á ésta, que es la actual disciplina de la Iglesia, un desposado no puede casarse con una parienta en primer grado de la desposada, sea en línea directa, sea en la colateral, es decir, que no puede, sin dispensa, casarse con la madre, la hija ó la hermana de la desposada, porque son parientes en el primer grado; del mismo modo, una desposada no puede casarse, ni con el padre, ni con el hijo, ni con el hermano de la desposada, pudiendo ambos contraer matrimonio con los otros parientes.³ Este impedimento de pública honestidad existe, aun tratándose de parientes ilegítimos, pues en orden al matrimonio, debe atenderse al Derecho natural, al

1 Ortolan, *Explication historique des Instituts*, lib. 1, tit. 10, § 9.

2 Cap. *Sponsam, De Sponsal, et Matrim.*

3 *Concil. Trident.*, Cap. *De Reform. matrim.*

pudor y á la honestidad, bajo cuyos puntos de vista los parientes ilegítimos no dejan de ser verdaderamente parientes: *In contrahendis Matrimoniis nature jus et pudor inspicendus est.*

Bonifacio VIII había decidido que el impedimento de que tratamos existía, aun cuando los esponsales fuesen nulos, excepto por falta de consentimiento, porque éste es la esencia del matrimonio; pero el Tridentino ha dicho: *Publicæ honestatis impedimentum, ubi sponsalia quæcumque ratione valida non erunt, S. Synodus prorsus tollit; ubi autem valida fuerint, primum gradum non excedant.* ¹

En cuanto al impedimento de pública honestidad proveniente del matrimonio no consumado, debe notarse que él existe, á pesar de que, según en otro lugar ya lo expresamos, la afinidad no deriva sino del comercio carnal. ² ¿A qué grados de parentesco se extiende en este caso el impedimento? Autores hay, según los cuales, dicho impedimento no pasa del primer grado desde el Concilio de Trento. Pero, á no dudarlo y atentas las reglas de una imparcial interpretación, tal sentimiento es erróneo. En efecto, los historiadores del Concilio, que refieren tan minuciosamente todas las materias agitadas en esa ilustre Asamblea, no dicen ni una palabra de la pública honestidad proveniente de matrimonio. Ahora bien, cuando se trata de abrogar ó corregir el antiguo derecho por una ley nueva, es necesario que ésta se explique expresamente. Además, un matrimonio perfecto, aunque no consumado, es un compromiso más considerable, más respetable, más inviolable que el que constituyen los simples esponsales de futuro; luego no es jurídico deducir ninguna consecuencia respecto al matrimonio no consumado de la dimi-

¹ *Concil. Trident.*; Ses. 24, cap. 3.

² Véase tomo 2.º de esta obra, núm. 133.

nución traída por el Concilio al impedimento de esponsales, porque sería argumentar *á minori ad majus*, lo que es contrario á una buena lógica. ¹ Mas toda duda se desvanecerá sobre el particular, leyendo las siguientes palabras del Papa Pío V, en su Bula *Ad Romanum*, dada en 1568, ó sea, cinco años después de la conclusión del Concilio: *Definimus decretum Concilii hujusmodi omnino intelligendum esse, et procedere in sponsalibus de futuro duntaxat, non autem in Matrimonio sic, ut præfatur, compacto, sed in eo durare adhuc impedimentum in omnibus illis casibus et gradibus, quibus de jure veteri ante prædictum Concilii Decretum, introductum erat.* Así pues, la verdad canónica es que hoy, como antes del Tridentino, un matrimonio no consumado, aunque nulo, como no lo sea por falta de consentimiento, forma el impedimento de pública honestidad, el cual tiene lugar hasta el cuarto grado de parentesco *inclusive*. ²

339. Los canonistas hacen esta importante advertencia: El impedimento de pública honestidad no tiene lugar sino respecto de parientes consanguíneos, pero no respecto de afines. Por consiguiente, aunque un desposado no pueda casarse con la hermana de la desposada, puede, sin embargo, hacerlo con la viuda del hermano de aquella, porque esta viuda no es pariente, sino sólo afín de la desposada. ³

340. Establecido que los matrimonios, aunque nulos, como no lo sean por falta de consentimiento, producen el impedimento de que tratamos, se pregunta: ¿él tiene también lugar por los matrimonios clandestinos? Sánchez opina que no; ⁴ pero de otro parecer es la mayoría de los Doctores y

¹ Pothier, núm. 223.

² Fagnan, Cap. *Ad Audientiam*, 4 Extr. *De Spons. et Matrim.*

³ André, *Diccionario*, "Imped. de pública honestidad."—Sánchez, lib. 7, disput. 70, núm. 5.

⁴ Sánchez, lib. 7, disput. 70, núm. 3.

es á nuestro juicio ésta la sentencia más probable. Bonifacio VIII declaró, según el Derecho antiguo, que los esponsales nulos, por cualesquiera razones que lo fuesen, menos por falta de consentimiento, producían el impedimento de honestidad pública; ¹ ahora bien, no se puede decir que el consentimiento de las partes falte en los matrimonios clandestinos, en los cuales se consiente verdaderamente, aunque de una manera imperfecta, que no es legítima ni suficiente para hacerlos válidos. Además, la S. Congregación lo tiene así declarado: *Præsupposita declaratione per Constitutionem Pii V super hoc decreto (Sess. 24, cap. 3 de reform. matrim.) censuit Congregatio oriri impedimentum publicæ honestatis ex sponsalibus per verba de præsentibus etiam nulliter contractis omissa forma Tridentini.*

341. La nulidad fundada en este impedimento, es por su naturaleza absoluta y perpetua, aun después de la muerte de uno ó de otro de los desposados; ² pero dispensable por el Romano Pontífice.

342. Con el Derecho canónico concuerda también en este punto la antigua legislación española: *Publicæ honestatis justitia* tanto quiere decir en romance como derecho que debe ser guardado por honestidad de Santa Iglesia, e del Pueblo. E esta es la dezena cosa, que embarga el casamiento, que se non faga, e si fuere fecho, desfazelo. ³

NÚMERO 2.º DE LA NULIDAD POR DISPARIDAD DE CULTO.

343. «¿Qué unión, pregunta S. Pablo, puede haber entre la justicia y la iniquidad? ¿qué comercio entre la luz y las

¹ Bonifacio VIII, Cap. *Ex sponsalibus*, tít. *de sponsalibus, et matrim.*

² Can. *Si quis desponsaverit*, Caus 27, quæst. 2. — Alejandro VII, Cap. *Al audientiam. De sponsalibus, et matrim.*

³ Partida 4.ª, tít. 2, l. 17.

tinieblas? ¿qué acuerdo entre el fiel y el infiel? ¿qué acuerdo entre Jesucristo y Belial? ¿qué sociedad entre el templo de Dios y los Idolos? Por esto el Apóstol recomienda á los fieles: *nobite jugum ducere cum Infidelibus*.¹ La reprobación de las nupcias entre cristianos y gentiles se halla en diferentes lugares de las obras de los maestros de la Doctrina eclesiástica² y de los Concilios.³

Pero tales matrimonios ¿son nulos? Pudiera vacilarse en afirmarlo, supuesto que la Iglesia toleraba en los primeros siglos el matrimonio entre cristianos y paganos, lo cual parece confesar S. Agustín, cuando después de haber notado que S. Cipriano vitupereaba, como grandes crímenes, las nupcias de cristianos con gentiles, descargando sobre ellas la responsabilidad de las persecuciones contra la Iglesia, dice que, sin embargo, en su tiempo, no se creía que hubiera pecado en contraer tales matrimonios, ó que, á lo menos, se dudaba que fuesen aún ilícitos, porque no se encuentra en el Nuevo Testamento ninguna prohibición expresa á este respecto: *quæ nostris temporibus iam non putantur esse peccata, quoniam reverá in novo Testamento nihil inde præceptum est, et ideo aut licere creditum est, aut velut dubium derelictum*.⁴ Y en efecto, pueden citarse varios matrimonios de cristianos con infieles, no declarados nulos por la Iglesia: el de Sta. Cecilia con Valeriano, el de Sta. Mónica con Patricio, padre de S. Agustín, de que habla el Obispo de Hipona en sus confesiones,⁵ sin hacer el menor reparo sobre su validez, el de Sta. Clotilde con Clodoveo, rey de los Francos, etc., etc.⁶ ¿Las

1 S. Pablo, 2, *Ad Cor.* 6.

2 Tertuliano, *Ad uxorem*, lib. 2, cap. 3.—S. Cypriano, *Testimonia adversus Judæos ad Quirinum*, cap. 62.—S. Agustín, *De adulterinis conjugis*, cap. 21.—S. Gerónimo, *Adversus Jovinianum*, lib. 1, cap. 5.

3 *Concil. Eliberitan.* Can. 15.—*Concil. Calcedon.* Can. 14.

4 S. Agustín, *De fide et operibus*, cap. 19.

5 S. Agustín, *Confesiones*, lib. 9, cap. 9.

6 Laurentius, lib. 4, tit. I, *quæst.* 115, núm. 1:

palabras de S. Pablo, antes citadas, encerrarán un precepto de Derecho divino? Es muy controvertible porque, fuera de que ellas apenas contienen una recomendación, *nolite*, debe tenerse presente que los Apóstoles han ordenado muchas cosas, no en calidad de Apóstoles, sino como Obispos y Pastores de Iglesias, y por tanto sus decretos ó mandatos son sólo de Derecho eclesiástico. Aun éste no puede afirmarse con certeza que, en su primera época, declarara nulos tales matrimonios, pues de las Autoridades y Cánones que hemos mencionado, sólo puede inferirse que eran expresamente prohibidos. ¿Quién si no, se atrevería á afirmar, que tales textos autorizarían para separar á los Cristianos de la parte Infiel, con la cual se encontraban unidos en matrimonio? Por lo demás, las uniones entre Cristianos é Infieles eran prohibidas por las leyes civiles, como se desprende de una del año 365, dada por los emperadores Valente y Valentiniano, ¹ y puede asegurarse que, desde remota antigüedad y aun antes del siglo XII, eran no sólo ilícitos sino aun nulos, según la Iglesia, los matrimonios de cristianos con judíos ó infieles, porque Ives de Chartres, que murió al principio de aquella centuria, así lo afirma en su Carta á Vulgrino, Archidíacono de la Iglesia de París. ² Graciano nos suministra también una prueba de esto ³ y Lombardo, el Maestro de las Sentencias, que vivía hacia mediados de aquel mismo siglo, habla del impedimento que llama *disparem cultum*, como de una cosa ya establecida: *dé dispari cultu videndum est, hæc est enim una de causis quibus personæ illigitimæ fiunt ad contrahendum Matrimonium.*

344. A falta, pues, de una ley precisa que pronuncie la pena de nulidad para los matrimonios que nos ocupan, puede

¹ Código Teodosiano, lib. 3, tit. 14, de nuptiis Gentilium.

² Ives Chartres, Carta 122.

³ Graciano, pars. 2.^a, causa 28, quæst. 1.

decirse que la causa viene de una constumbre antiquísima, cuyo origen no señalan exactamente los teólogos y canonistas. Las razones de esta constumbre pueden reducirse á tres: es á saber, peligro de la subversión de la Fé, mala educación de los hijos, y desacuerdo que estalla de ordinario entre las personas de diversa religión. *¿Quomodo*, pregunta S. Ambrosio, *potest congruere charitas, si discrepet fides?*¹ La Santidad de Benedicto XIV dice á este respecto: *Omnes nunc sentiunt ob cultus disparitatem irrita matrimonia esse non quidem jure Sanctorum canonum sed Ecclesie more, quia pluribus seculis vim legis obtinet.* En el mismo lugar, afirma este célebre Pontífice, que sería inválido el matrimonio de un protestante ú otro hereje con persona infiel ó no bautizada; porque los herejes, dice, son súbditos de la Iglesia, y les ligan sus leyes, y enseña en fin, allí mismo, que esta causa de nulidad no tiene lugar en el matrimonio de dos personas bautizadas, aunque una sea católica y la otra hereje.

345. En cuanto á los matrimonios de Católicos con herejes, se cita, como fundamento de su nulidad, el Canon 72 del Concilio Constantinopolitano del año 692, que declara aquellos, no sólo ilícitos, sino inválidos: *si quod hujusmodi á quopiam factum apparuerit, irritas nuptias existimari, et nefarium conjugium dissolvi etc.* Pero esta reunión de Obispos, en su mayor parte Monotelistas, que presidió el emperador Justiniano II, no fué considerada en la Iglesia Latina sino como un conciliábulo, al cual Sergio, que ocupaba entonces la Sede Apostólica, no quiso nunca adherirse, á pesar de las órdenes y amenazas de aquel monarca. La verdadera Iglesia ha mostrado hacia los herejes una indulgencia negada á los paganos y á los judíos, por causa del bautismo que les es común á los primeros con los Católicos, pues como en-

¹ San Ambrosio, *De Abraham*, lib. 1, cap. 9.

seña el doctor Angélico: *Matrimonium Sacramentum est, et ideo quantum pertinet ad necessitatem Sacramenti, requirit paritatem, quantum ad Sacramentum fidei, scilicet, Baptismum magis quam quantum ad interiorem fidem, unde etiam hoc impedimentum non dicitur disparitas fidei, sed disparitas cultus, qui respicit exterius servitium, et propter hoc si aliquis fidelis cum hæretica baptisata Matrimonium contrahit, verum est matrimonium, quamvis peccet contrahendo, si sciat eam hæreticam, sicut peccaret si cum excommunicata contraheret, non tamen propter hoc Matrimonium dirimeretur.*¹

346. Volviendo á la nulidad del matrimonio por causa de disparidad de culto, reconózcase que, siendo de sólo Derecho eclesiástico, puede ser levantada por el Romano Pontífice, mediante dispensa, para cuya concesión los Doctores enseñan que deben tomarse las necesarias precauciones, á fin de evitar la perversión de la parte fiel y conseguir la educación de la prole en la doctrina católica.² La legislación antigua española es también conforme á la canónica en esta parte.³

NÚMERO 3. DE LAS NULIDADES POR PARENTESCO ESPIRITUAL Y POR EL CIVIL.

347. Se llama *parentesco espiritual* el que se contrae por medio de los Sacramentos del Bautismo y de la Confirmación entre los padrinos y madrinas de un lado, y el bautizado y sus padres del otro; entre el que bautiza y el bautizado y sus padres, entendiéndose esto mismo de la Confirmación. Tal es la disciplina vigente en la Iglesia, desde el siguiente

¹ Div. Thom. de Aquin. *in 4 sentent, distinct. 39, quæst. 1, art. 1, ad. 5.*

² Perrone, *De matrimonio christiano*, lib. 2, sect. 1, cap. 7, art. 2.

³ *Partida 4.^a, tit. 2, l. 15.*

Canon del Concilio Tridentino: «La experiencia enseña que muchas veces se contraen matrimonios por ignorancia en casos prohibidos á causa de la multitud de impedimentos, y que, ó se persevera en ellos, no sin grave pecado, ó no se dirimen sin grave escándalo. Por lo tanto, queriendo el santo Concilio remediar este daño, y principiando por el impedimento del parentesco espiritual, establece que sólo una persona, sea hombre ó sea mujer, según lo dispuesto en los sagrados Cánones ó á lo sumo uno y una, sean los padrinos del bautismo; entre los cuales y el mismo bautizado, su padre y madre, así como también entre el que bautiza y el bautizado, y padre y madre de éste, se contraiga solamente el parentesco espiritual. El párroco, antes de administrar el Bautismo, infórmese con diligencia de las personas á que esto pertenezca, quién es la elegida ó elegidas para tener en la pila bautismal; y sólo á ésta ó á éstos admita para sacarle, escribiendo sus nombres en el libro, y declarándoles el parentesco que han contraído, para que no puedan alegar ignorancia alguna. Mas si otras, además de los señalados, tocasen al bautizado, de ningún modo contraigan parentesco espiritual, sin que obsten ningunas constituciones en contrario. Si se contraviniere á este mandato por culpa ó negligencia del Párroco, le castigará á su arbitrio el Ordinario. Tampoco el parentesco que se contrae por la Confirmación se ha de extender á más personas que al que confirma, al confirmado, al padre y madre de éste y al padrino, confirmado y padre y madre, quedando enteramente abolidos todos los impedimentos de este parentesco espiritual con respecto á otras personas.»¹ Según Salazar, dos excepciones tiene esta declaración: 1.^a Si el padre ó madre bautizan á la prole legítima, cuando ésta se halla en artículo de muerte y no hay

¹ *Concilio Tridentino*, ses. 24, cap. 2.

otra persona de quien valerse para el Bautismo; 2.^a Si el padre ó madre, por ignorancia, hiciesen de padrinos en el bautismo de algún hijo suyo.¹ El Dr. Carbonero explica como sigue, el parentesco espiritual de que tratamos: «1.^o Que el padrino y la madrina no contraen parentesco entre sí. 2.^o Que tampoco contrae parentesco con el bautizado y sus padres el que hace de padrino para suplir las ceremonias del Bautismo, cuando éste se administró en caso de necesidad. 3.^o El procurador que es padrino en el Bautismo, en nombre de otro, no contrae parentesco, pero sí el que bautiza por comisión que se le haya dado al efecto, porque no desempeña este ministerio en nombre del que le comisiona, sino de Jesucristo.»

348 La nulidad fundada sobre este impedimento, establecido sólo por el Derecho eclesiástico, es, sin duda, absoluta y perpetua, aun despues de la muerte de la persona, mediante la cual, se ha contraído el parentesco espiritual; pero, como el impedimento es indispensable, resulta que dicha nulidad puede también dejar de existir por la dispensa.

349. Los Canonistas dicen, que una de las razones que han podido mover á la Iglesia para poner el parentesco espiritual en el número de los impedimentos dirimientes, es que, estando obligados los padrinos y madrinas, según el espíritu de aquella, á instruir á los que han llevado sobre la pila bautismal, esta instrucción podría algunas veces dar lugar á familiaridades de funestas consecuencias, si las partes pudieran esperar casarse legitimamente.

350. Este impedimento y la nulidad que le corresponde, son también reconocidos por la antigua legislación española.²

351. Parentesco legal es el que existe, á virtud de la adop-

¹ Salazar, *Procedimientos eclesiásticos*, tom. 1, pág. 255.

² *Partida 4.^a*, tit. 7, l. 1. 1. y 2.

ción, entre el adoptante y el adoptado, entre éste y los hijos naturales de aquel, entre el adoptante y la mujer del adoptado y entre éste y la mujer de aquel. Al reconocer el Derecho Canónico este impedimento, lo ha hecho sobre la base de que la adopción revista un carácter legítimo, de tal manera que, si las leyes civiles no tratan de la adopción, ó ésta se verifica de una manera privada, el impedimento deja de existir, pues le falta su razón esencial de ser. Los cánones, siguen en este punto, lo establecido por el derecho romano y se refieren á las leyes civiles de cada país. *Cognitionem legalem*, dice Benedicto XIV, *et quæ ex ea ad nuptias profluunt obstacula, eo prorsus modo quo a jure civile statuta fuerunt, universim recepit approbavitque Nicolaus I, in responsione ad consulta Bulgarorum. Quamobrem, si quæstio incidat, sive in tribunali ecclesiástico, sive etiam in synodo, an in hoc vel illo casu adsit impedimentum cognitionis legalis, necessario recurrendum est ad leges civiles, atque ad earumdem normam controversia decidenda.*¹ Este impedimento es perpétuo en la línea directa, es decir, entre el adoptante y el adoptado, entre éste y la mujer de áquel, entre el adoptante y la mujer del adoptado; pero puede quitarse, por medio de la emancipación, en la línea colateral.

352. Como impedimento de derecho eclesiástico, fundado en el derecho civil y á imitación del parentesco natural, puede ser dispensado por el Romano Pontífice, mediante causas graves y justificadas.

353. Debemos advertir que, á pesar de algunas opiniones de canonistas en contrario, este impedimento de cognación legal no existe entre los hermanos adoptivos, es decir, entre personas adoptadas por alguno.²

354. El impedimento dirimente de parentesco legal y la

¹ Benedicto XIV, *De Synodo diæc.*, lib. 7, cap. 36.

² Sánchez, lib. 7, disput. 63, núm. 28.

nulidad respectiva, reconocidos por la antigua legislación española en conformidad con el derecho romano,¹ lo son también por algunos de nuestros códigos, pero sólo en la línea directa, según es de verse en los arts. 188 del Código de Veracruz, 128 de el del Estado de México y 128, frac. 10^a de el de Tlaxcala, siendo la nulidad considerada, como absoluta, y rigiéndose, en consecuencia, por los principios que en otros lugares dejamos expuestos.

NÚM. 4. DE LAS NULIDADES POR CAUSA DE VOTO SOLEMNE
Y DE ORDENES SAGRADAS.

355. Es dogma de fé que el voto solemne de castidad, hecho en profesión de una religión ó instituto aprobado y las Ordenes Sagradas, ó sean, el Subdiaconado, el Diaconado y Sacerdocio, constituyen impedimento dirimente del matrimonio y dirimen el celebrado á pesar de él. *Si quis dixerit, declara el Concilio de Trento, Clericos in Sacris Ordinibus constitutos, vel Regulares castitatem solemniter professos, posse matrimonium contrahere, contractumque validum esse, non obstante lege ecclesiastica vel voto . . . anatema sit.*²

Este impedimento es sólo de Derecho eclesiástico y puede ser dispensado por el Romano Pontífice, en casos extraordinarios y por causas gravísimas que decidan en favor de la dispensa. S. Alfonso de Ligorio, con otros teólogos y canonistas, juzgan que la dispensa nunca puede ser aplicable á los sacerdotes; pero por un lado nos afirman en lo que decimos las siguientes palabras del Sumo Pontífice Bonifacio VIII: *Voti solemnitas ex sola Constitutione Ecclesie est inventa,*³ de lo cual se sigue que el Romano Pontífice, como

¹ Partida 4^a, tít. 7, l. 1. 7 y 8.

² Concil Trident. Ses. 24, Can. 9.

³ Conferencés d'Angers, tom. 2, quest. 2.

superior gerárquico de la Iglesia y Supremo legislador del Derecho canónico, puede derogarlo; y por otro nos deciden á tal sentido ejemplos célebres de la Historia, escrupulosamente investigados y confrontados. En efecto, Benedicto IX, á instancia de los Polacos, concedió en 1032 dispensa á Casimiro, monge de Cluny y nieto del rey Boleslas, para que, á pesar de la Orden del Diaconado y de los votos solemnes á que estaba sujeto, pudiera abandonar el claustro, suceder á su abuelo y casarse, pues aquella nación carecía de heredero de la corona; aquel Pontífice otorgó la dispensa, á condición de que el agraciado, como los Diáconos, llevara la estola en cruz en las cuatro grandes fiestas del año y usara siempre los cabellos cortos en memoria de su primer estado. Pelino refiere que, habiéndose extinguido toda la familia real de la casa de Aragón, obtuvo dispensa para casarse, un Religioso Sacerdote de aquella, el cual procreó una hija, que fué la esposa del conde Raymond. ² La historia de Inglaterra nos suministra el siguiente ejemplo: en tiempo de Guillermo *el Conquistador*, Duque de Normandía, que entró á saco en la isla, á mediados del siglo XI, muchas jóvenes se retiraron á monasterios para evitar el furor de los vencedores, habiendo llegado á profesar, con el fin de no ser reconocidas; vuelta al país la tranquilidad, aquellas protestaron contra votos que les había arrancado el miedo y pidieron ser repuestas en su anterior libertad. Lanfranc, Arzobispo de Contorbery y, con aprobación de la Santa Sede, reunió un Concilio, el cual decidió que ellas podían salir de los claustros, porque no habían ratificado voluntariamente sus votos. Finalmente, el Papa Pío VII, por poderosas razones, dispensó de sus votos á algunos malos Sacerdotes y

² Pelinus, sobre el cap. *Si quando, de rescriptis*.