

## § I.—DEL PARENTESCO Y LA ALIANZA.

*Núm. 1. Principios generales.*

347. El parentesco es un lazo que une á dos personas por relaciones que se derivan de la Naturaleza ó de la ley. Se divide en natural, civil y mixto.

El parentesco natural une á los hijos naturales y sus descendientes con sus padres. Por regla general este parentesco no se extiende á los parientes de los padres. La ley hace excepción de este principio en materia de matrimonio por motivos de honestidad y moralidad públicas. El parentesco natural es simple cuando se deriva del comercio de dos personas que podrían casarse; es adulterino cuando se deriva del comercio de dos personas de las cuales una por lo menos está ligada por los lazos de un matrimonio anterior; es incestuoso cuando resulta del comercio entre dos personas que no podrían casarse porque son parientes ó allegados en el grado prohibido por la ley.

El parentesco civil resulta de la adopción; es obra sólo de la ley; tiene lugar entre el adoptante, el adoptado y los descendientes de éste; no se extiende á los parientes del adoptante.

El parentesco mixto es, á la vez, natural y civil; también se le llama legítimo porque nace del matrimonio; existe entre los hijos, sus padres y todos los parientes de estos últimos.

348. El parentesco no es un impedimento para el matrimonio sino hasta cierto grado cuando se trata de parientes colaterales, mientras que sí lo es para todos los parientes en línea recta. De ahí la necesidad de distinguir los grados y las líneas. El Código define los grados, las líneas y la manera de contar los grados en línea recta y en línea colateral. Nos remitimos á los arts. 735-738. En el

título *De las Sucesiones* examinaremos las dificultades á que dan lugar esas disposiciones.

349. También la afinidad es un impedimento para el matrimonio. Este es el lazo que une á uno de los cónyuges con los parientes del otro. En la afinidad no hay, propiamente hablando, grados ni líneas, toda vez que los grados resultan de la generación, lo mismo que las líneas, y entre afines no hay generación. Empero ha sido necesario aplicar la distinción de los grados y de las líneas á la afinidad, puesto que el matrimonio no está prohibido más que entre ciertos afines. Como la afinidad se deriva del parentesco y es, por decirlo así, su imagen se han extendido á los afines los principios que rigen á los parientes.

350. Tales son las nociones elementales. Dan margen á grandes dificultades en lo que concierne al parentesco natural y á la afinidad. Se necesita que el parentesco esté probado para que constituya un impedimento legal. El parentesco legítimo se prueba con el matrimonio; el Código trata de la prueba del matrimonio; ya volveremos á ella. La prueba del parentesco natural descansa en principios particulares. Resulta del reconocimiento de los hijos naturales; este reconocimiento se hace voluntariamente por acta auténtica ó es obligado cuando el hijo busca á sus padres. Por regla general está vedada la inquisición de la paternidad; la ley permite la de la maternidad, pero sometiéndola á condiciones rigurosas. El Código prohíbe todo reconocimiento de los hijos adulterinos é incestuosos. La ley deduce de esto que sólo los hijos naturales simples tienen una filiación; pero no la tienen más que por el reconocimiento voluntario ú obligado. ¿Reciben estos principios su aplicación en el matrimonio? ¿No hay impedimento que resulte del parentesco natural cuando está justificado éste, bien con una acta auténtica de reconoci-

miento, bien por un fallo? La cuestión está muy debatida.

Nosotros sin vacilar decimos que deben aplicarse en materia de impedimentos para el matrimonio las reglas establecidas en los arts. 334 y siguientes. El Código Civil tiene un título sobre la filiación; ese título asienta cómo se prueba la filiación de los hijos legítimos y cómo la de los naturales. Nunca se ha pensado en negar que sean generales las reglas sobre la prueba de la filiación legítima; es evidente que se aplican á todas las materias de derecho; así lo dice la ley cuando exige que se descansen en el rigor de los principios que establece. ¿Por qué había de ser de otra manera con las reglas que el Código establece sobre la prueba de la filiación natural? ¿Hay alguna razón para que unas sean generales y las otras no? El texto de los arts. 334 y siguientes está concebido en los términos más generales. ¿Hay algún motivo en el espíritu de la ley para no aplicarlo al matrimonio? Vano sería buscarlo. El Código establece el principio de que la filiación de los hijos naturales resulta de su reconocimiento voluntario ú obligado; de donde se sigue que los hijos naturales no reconocidos no tienen filiación. La ley establece ese principio para evitar procesos escandalosos que llevan la confusión á las familias sin producir nunca una certidumbre completa. Hé ahí motivos que por su propia naturaleza no toleran excepción. Así, pues, el texto es general y las razones generales también; por eso mismo está decidida la cuestión.

Se objeta que esta doctrina conduce á legitimar la inmoralidad más espantosa. El hermano podrá casarse con su hermana natural, porque no se probará legalmente la filiación natural, aunque se justifique con la posesión de estado. En rigor el padre podrá casarse con su hija adulterina, porque estando prohibido el reconocimiento nunca

puede tener filiación el hijo adulterino ó incestuoso. Queríamos admitir esta objeción que apesar nuestro rechazamos, pero á ello nos obligan los principios elementales de derecho. La censura se dirige al legislador, y sólo él puede tenerla en cuenta. Ha establecido una regla general sobre la prueba de la filiación natural; ¿cabe hacer una excepción en los impedimentos para el matrimonio? Puede sostenerse; mas si tal hubiera sido la mente de los autores del Código habrían debido formular la excepción y decir qué prueba admiten. ¡Cómo! ¡Después de haber puesto tanto rigor en limitar la prueba de la filiación natural abandonaría el legislador á la arbitrariedad del juez cuando se trata del matrimonio! Prohibe en los términos más absolutos la inquisición de la paternidad (art. 340); ¡y la admitiría luego sin decir cómo se hará! ¿Es admisible sin texto semejante excepción? ¡Se invoca la moralidad pública! Olvídase que también por razones de moralidad prohíbe el Código la inquisición de la paternidad natural. Tocaba, pues, al legislador, y sólo á él, ver si la moralidad que ha hecho prohibir, en general, la inquisición de la paternidad exige que en materia de matrimonio se permita esta inquisición. No lo ha hecho; su silencio es decisivo.

Hácense otras objeciones; vamos á referirlas con agrado, porque no deseamos otra cosa que convencernos de que hay un medio legal de prevenir la vergüenza y el escándalo de un matrimonio incestuoso. Oigamos á Merlin. La Corte de Apelación de Lyon había pedido que el impedimento que se deriva del parentesco natural fuese limitado á los hijos *legalmente reconocidos* «á fin de prevenir las inquisiciones frecuentemente calumniosas y escandalosas, siempre que el odio ó la avidez podrían hacer de una paternidad ó de una maternidad ignorada ó supuesta.» Esta distinción, dice Merlin, no se encuentra ni en el art. 161

ni en el 162. ¿Por qué fué omitida? No es posible suponer que lo haya sido por inadvertencia. Era de bastante alta importancia para que no impresionara á los que tomaron parte en la redacción definitiva de esos artículos. De consiguiente, no puede haberse omitido sino con la intención formal de no insertarla, porque se ha querido que el parentesco natural formase un impedimento para el matrimonio, aun cuando no estuviera legalmente justificado. (1) Hé ahí un fundamento bastante débil para la opinión que quisiéramos admitir si pudiésemos. Merlin está obligado á crear una excepción por vía de suposición. ¿Quién no ve que la suposición contraria también es muy admisible? Puede ser, y esta suposición es la más probable, que haya pasado inadvertida la observación de la Corte de Lyon; si, como Merlin dice, ha impresionado á los autores del Código por su alta importancia ¿no habrían hecho mención de ella, ya en el curso de la discusión, ya en los discursos y los informes? Pues bien, ni una palabra se dijo acerca de la cuestión. ¿No destruye este silencio absoluto toda la argumentación de Merlin? También puede suceder que los autores del Código hayan juzgado inútil formular en la ley la observación de la Corte de Lyon. En efecto, era inútil. Cuando el legislador establece una regla general esta regla debe recibir su aplicación en todos los casos, á no ser que él mismo admita una excepción. Bastaría, pues, que la ley hubiese prohibido en el título *De la Filiación* que no hay parentesco natural sin reconocimiento legal. Este principio recibe su aplicación por el solo hecho de que la ley no lo deroga.

Nó, se dice, no es así como proceden los autores del Código, cuando quieren conservar las reglas sobre el parentesco natural lo dicen. Véase el art. 331; dice *legalmen-*

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Impedimentos de matrimonio*, pfo. 4, art. 4.º

*te reconocidos*. Igual expresión hay en los arts. 383, 756 y 158, mientras que no se encuentra en los arts. 161 y 162. Tendría algún valor el argumento si se pudiera probar que se ha omitido adrede esta expresión. Pero faltando una declaración del legislador nada hay que deducir de que unas veces añade una expresión inútil y otras la omite.

Tenemos la fortuna de añadir que no existen sentencias sobre este tema en las recopilaciones de jurisprudencia y los autores no citan ningún ejemplo de un matrimonio incestuoso que hubiera agitado la conciencia pública. Eso demuestra que las costumbres son el verdadero suplemento de la ley. ¿Se necesitará decir, con M. Demolombe, que los magistrados no vacilarían en apartarse del rigor de los principios si se tratara de impedir un incesto abominable? Si, como confiesa M. Demolombe, es cierto que la opinión que defendemos es la más racional y la más jurídica lo es también por eso mismo que la ley la sanciona; ¿y deberá alentarse á los magistrados á que pasen por encima de la ley? (1)

351. La afinidad da lugar á una dificultad que interesa igualmente á las buenas costumbres. En el derecho antiguo se admitía una afinidad natural. Cuando dos personas, dice Pothier, han cometido juntas una fornicación nace de ese concubinato una especie de afinidad entre una de esas personas y los parientes de la otra. Esta afinidad natural está fundada en una razón de analogía. ¿Qué importa que el comercio sea lícito ó ilícito? El concubinato, tanto como el matrimonio, une al hombre y á la mujer para hacer de ellos una sola carne. El Concilio de Trento sancio-

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 141, número 107. Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núms. 240 y 241.

na esta afinidad natural y el impedimento que resulta de ella. (1) ¿Subsiste en el Código de Napoleón?

Es cierto que hay una afinidad natural, lo mismo que hay una afinidad legítima. Así si mi padre natural se casa su esposa será mi afine natural y habrá impedimento para el matrimonio. ¿Por qué? En razón del lazo que crea el matrimonio. Acerca de este punto todos están de acuerdo; ¿pero produce el mismo lazo el concubinato? Tal es la cuestión. Nos parece que el silencio del Código la decide. La afinidad natural producida por el concubinato era una institución de derecho canónico. Este derecho fué derogado con toda la antigua jurisprudencia. Desde ese momento ya no podemos admitir una afinidad establecida por los concilios. En vano se dice que no definiendo el Código la afinidad natural debe entenderse ésta tal como se entendía en el derecho antiguo. (2) Para que tuviese algún valor este argumento histórico se necesitaría que el legislador hubiese manifestado la intención de conservar ese principio tradicional; ahora bien, ni una palabra hay en los trabajos preparatorios que pueda hacer suponer que los autores del Código hayan pensado en la afinidad natural tal como la admite el Concilio de Trento. Hay más: no era en razón de una verdadera afinidad por lo que se prohibía el matrimonio sino más bien por un motivo de honestidad pública. Efectivamente, no bastaba el concubinato, se exigía que fuese notorio; la notoriedad era la que producía el escándalo y, por ende, un impedimento para el matrimonio. Eso estaba en armonía con los principios del derecho antiguo, según el cual había impedimentos fundados en la

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núms. 162 y siguientes.

2 Esta es la opinión de Zachariae, t. III, pfo. 461, p. 251, nota 12, seguida por Marcadé, t. I, p. 409, y Demante, t. I, ps. 316 y siguientes.

honestidad pública. El Código no reproduce esta teoría; de consiguiente, habría necesitado una disposición expresa para conservarla en un solo caso: el de la afinidad canónica. Cuando menos se necesitaría una manifestación cualquiera de voluntad; ahora bien, el silencio de los autores del Código es tan completo como el del texto de la ley. Desde ese momento es necesario deducir, con Merlin, que ya no conocemos la afinidad canónica. La afinidad, en todos nuestros textos, es tal como la definen los jurisconsultos romanos. (1) Agregaremos que esta es la verdadera doctrina. No es exacto decir, como los canonistas, que el comercio ilegítimo une al hombre y á la mujer como si no formaran más que una sola carne; eso sólo es verdad en cuanto al matrimonio, el cual, si no es indisoluble, al menos es contraído en un espíritu de perpetuidad; y no es ciertamente exacto respecto de esas uniones fortuitas ó pasajeras que atan y desatan los hombres al capricho de sus pasiones del momento.

La Corte de Nimes ha dictado acerca de esta cuestión una sentencia que puede ser invocada contra la opinión que sostenemos. Un padre, para justificar su oposición al matrimonio que su hija mayor se disponía á contraer, ofrecía probar que su esposa, madre de esa hija, había mantenido relaciones ilícitas con el hombre que ella quería dar por marido á su hija. La Corte decidió que el art. 161, que prohíbe el matrimonio entre los ascendientes legítimos y naturales y los afines en la misma línea, debe interpretarse tanto respecto de los ascendientes y descendientes, *afines naturales*, como respecto de los *legítimos*; pero es necesario, agrega la sentencia, que la afinidad sea *constante y legalmente establecida* en la época en que se

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Impedimentos de matrimonio*, pfo 4, art. 3º, núm. 3.

oponga el impedimento; ahora bien, esta prueba no existe en el presente caso. (1) De esto puede deducirse que la Corte de Nimes habría admitido la oposición del padre si éste hubiera probado el concubinato de la madre con una sentencia que la hubiera condenado por adúltera, lo mismo que á su cómplice. La sentencia habría sido muy moral, dice Merlin, pero, ¿habría estado de acuerdo con la ley? La crítica es justa, y se dirige á los autores y magistrados que quieren ser más morales que el legislador.

352. ¿Subsiste la afinidad y el impedimento que de ella resulta cuando muere sin hijos el cónyuge que la produce? Hay un antiguo adagio que dice: *Muerta mi hija, muerto mi yerno.* (2) El art. 206 del Código Civil parece sancionar ese principio; dice que la obligación de dar alimentos cesa entre aliados cuando hayan muerto el cónyuge que producía la afinidad y los hijos nacidos de su nuevo matrimonio. ¿Si en ese caso acaba la obligación de dar alimentos entre afines no es porque acaba la misma afinidad? Así se ha dicho; pero nosotros creemos, con M. Demolombe, que es un error. En principio no se ve por qué acabaría la afinidad con la muerte del cónyuge y los hijos; el matrimonio ha producido entre las dos familias lazos que no rompen la muerte. Se concibe que cesen ciertos efectos producidos por la afinidad, tales como la obligación de dar alimentos; pero de que cesa un efecto sería muy poco lógico decidir que deben cesar todos. Si hay una razón para que cese la obligación de dar alimentos hay igualmente razones en contrario para que subsista el impedimento para el matrimonio. La afinidad produce otros efectos, y la jurisprudencia decide invariablemente que subsisten después de la muerte del cónyuge sin hijos. Así,

1 Sentencia de 3 de Diciembre de 1811 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 229).

2 Loysel, *Institutos de las costumbres*, t. I, p. 166 (edición de Dupin).

pues, el art. 206 es una excepción, y este es el caso de decir que la excepción confirma la regla. (1)

353. Se pregunta además si subsiste el impedimento para el matrimonio en el caso en que se anula el matrimonio que produce la afinidad. Es cierto que en ese caso cesa la afinidad; efectivamente, la afinidad resulta del matrimonio; ahora bien, el matrimonio anulado se considera como si nunca hubiera existido. ¿Puede ser cuestión de afinidad donde no hay matrimonio? ¿Y si está destruida la afinidad cómo continuarían sus efectos? Se oponen las buenas costumbres: ¿no se ofenderían éstas si un hombre después de haberse casado con la madre y vivido públicamente con ella pudiese casarse con la hija? (2) Indudablemente; pero diremos, con Merlin, que el intérprete no debe tener la pretensión de ser más moral que el legislador. Para hacer producir un efecto en el matrimonio anulado la ley habría debido organizar el matrimonio putativo. Se necesitaría igualmente una disposición para conservar la afinidad cuando se interrumpe el matrimonio. Zachariae da otra forma á la objeción. La anulación del matrimonio no destruye el hecho de la cohabitación; ahora bien, el comercio de los dos cónyuges, notorio, confesado, basta para establecer una afinidad natural y, por ende, un impedimento para el matrimonio. (3) Eso supone que en derecho francés subsiste la afinidad canónica. Como nosotros no admitimos esta doctrina debemos rechazar la aplicación que hace de ella Zachariae en punto á la anulación del matrimonio.

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 158, número 117.

2 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. II, p. 119, núm. 159.

3 Zachariae, *Curso de derecho civil francés*, t. III, pfo. 461, nota 9, p. 251.