

las excepciones no existen sino en virtud de un texto expreso. Toullier dice que la negativa de los colaterales podría reconocer por causa un interés personal para los opositores (1). Es cierto que en los colaterales no puede haber la misma confianza que en los ascendientes; la misma ley establece una considerable diferencia entre unos y otros, en materia de oposicion al matrimonio. Pero cuando se trata del consentimiento, no hace otra cosa que lo que ya hemos afirmado, y es volver á la mayoría ordinaria para los hijos. En consecuencia, el silencio del código es decisivo.

La corte de Lieja habia fallado primero en el sentido de Toullier; pero cambió de opinion, declarándose por la doctrina de Merlin, que acabamos de exponer (2).

#### § 5º Sancion.

345. Las disposiciones que exigen el consentimiento de los ascendientes ó de la familia tienen doble accion. Si se ha celebrado el matrimonio sin que se haya otorgado el consentimiento, hay nulidad. Existe además de esto una sancion penal.

Si no se han hecho las peticiones respetuosas, el oficial del estado civil no puede proceder á la celebracion del matrimonio. Este es un impedimento prohibitivo, pero no dirimente. No podría ser combatido el matrimonio. En ese caso no hay más que una sancion penal.

En el capítulo de las nulidades hablaremos de la sancion civil. Por ahora, sólo tenemos algo qué decir de las penas pronunciadas contra el oficial del estado civil que no observe la ley. Los arts. 156 y 157 del código civil han sido sustituidos por los arts. 264 y 265 del nuevo código penal

1 Toullier, *El derecho civil francés*, t. I, p. 460, núm. 547.

2 Sentencia de la corte de Lieja de 10 de Abril de 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 178).

belga. Nos limitaremos á transcribirlos. El art. 264 dice así:

«Se castigará con multa de veintiseis á quinientos francos al oficial del estado civil que haya descuidado expresar en el acta de matrimonio los consentimientos, ó insertar en ella las peticiones respetuosas que previene la ley;

«Al que haya procedido á la celebracion de un matrimonio sin haberse asegurado de la existencia de esos consentimientos ó de esas peticiones respetuosas.»

El art. 265 dice:

«Se castigará con tres meses á un año de prision y multa de cincuenta á quinientos francos, al oficial del estado civil que celebre un matrimonio contra la voluntad de las personas cuyo consentimiento se requiere.»

#### SECCION IV.—De los impedimentos para el matrimonio.

346. Los impedimentos para el matrimonio se dividen en prohibitivos y dirimentes. Estas denominaciones provienen del derecho canónico. El código no los sanciona, porque evita lo que es de pura doctrina, lo que pertenece á la escuela más bien que á la legislacion. Sin embargo, hoy, lo mismo que ántes, hay impedimentos que sirven de obstáculo para que se contrate el matrimonio, y dan derecho á formar oposicion para que se celebre este; más si el oficial del estado civil procediese á la celebracion, no podría ser combatido el matrimonio: estos son los impedimentos *prohibitivos*. Hay otros que son juntamente un obstáculo para la celebracion, y una causa de nulidad: de ahí el que se les llame dirimentes.

## § 1º Del parentesco y la alianza.

## NUM. 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 excepcion 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 podrian casarse; es adulterino cuando se deriva del comercio de dos personas de las cuales una por lo ménos está ligada por los lazos de un matrimonio anterior; es incestuosa cuando resulta del comercio entre dos personas que no podrian casarse porque son parientes ó allegados en el grado prohibido por la ley.

El parentesco civil resulta de la adopcion; 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; tambien se le llama legitimo 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

titulo de las Sucesiones examinaremos las dificultades á que dan lugar esas disposiciones.

349. Tambien 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 generacion, lo mismo que las líneas, y entre afines no hay generacion. Empero, ha sido necesario aplicar la distincion 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 imágen, se han extendido á los afines los principios que rigen á los parientes.

350. Tales son las nociones elementales. Dan márgen 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 legitimo 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 inquisicion 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 filiacion; pero no la tienen más que por el reconocimiento voluntario ú obligado. ¿Reciben estos principios su aplicacion 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 cuestion está muy debata-  
tida.

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 filiacion; ese título asienta cómo se prueba la filiacion 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 filiacion legítima; es evidente que se aplican á todas las materias de derecho; así lo dice la ley, cuando exige que se descansa en el rigor de los principios que establece. ¿Por qué habia de ser de otra manera con las reglas que el código establece sobre la prueba de la filiacion natural? ¿Hay alguna razon 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 algun motivo en el espíritu de la ley para no aplicarlo al matrimonio? Vano seria buscarlo. El código establece el principio de que la filiacion de los hijos naturales resulta de su reconocimiento voluntario ú obligado, de donde se sigue que los hijos naturales no reconocidos no tienen filiacion. La ley establece ese principio para evitar procesos escandalosos que llevan la confusion á las familias sin producir nunca una certidumbre completa. Hé ahí motivos que por su propia naturaleza no toleran excepcion. Así, pues, el texto es general, y las razones generales tambien; por eso mismo está decidida la cuestion.

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 filiacion natural, aunque se justifique con la posesion de estado. En rigor, el padre podrá casarse con su hija adulterina, porque estando prohibido el reconocimiento, nunca

puede tener filiacion el hijo adulterino ó incestuoso. Querriamos admitir esta objecion, que á pesar 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 filiacion natural; ¿cabe hacer una excepcion en los impedimentos para el matrimonio? Puede sostenerse; mas si tal hubiera sido la mente de los autores del código, habrian debido formular la excepcion y decir qué prueba admiten. ¡Cómo! ¡Despues de haber puesto tanto rigor en limitar la prueba de la filiacion natural, abandonaria el legislador á la arbitrariedad del juez cuando se trata del matrimonio! Prohibe en los términos más absolutos la inquisicion de la paternidad (art. 340); ¡y la admitiria luego sin decir cómo se hará! ¿Es admisible, sin texto, semejante excepcion? ¡Se invoca la moralidad pública! Olvidase que tambien por razones de moralidad prohíbe el código la inquisicion de la paternidad natural. Tocaba, pues, al legislador, y sólo á él, ver si la moralidad que ha hecho prohibir, en general, la inquisicion de la paternidad, exige que en materia de matrimonio se permita esta inquisicion. 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 apelacion de Lyon habia 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 podrian hacer de una paternidad ó de una maternidad ignorada ó supuesta.» Esta distincion, 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 redaccion definitiva de esos artículos. De consiguiente, no puede haberse omitido sino con la intencion 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 opinion que quisiéramos admitir, si pudiésemos. Merlin está obligado á crear una excepcion por vía de suposicion. ¿Quién no ve que la suposicion contraria tambien es muy admisible? Puede ser, y esta suposicion es la más probable, que haya pasado inadvertida la observacion de la corte de Lyon; si, como Merlin dice, ha impresionado á los autores del código por su alta importancia, ¿no habrian hecho mencion de ella, ya en el curso de la discusion, ya en los discursos y los informes? Pues bien, ni una palabra se dijo acerca de la cuestion. ¿No destruye este silencio absoluto toda la argumentacion de Merlin? Tambien puede suceder que los autores del código hayan juzgado inútil formular en la ley la observacion de la corte de Lyon. En efecto, era inútil. Cuando el legislador establece una regla general, esta regla debe recibir su aplicacion en todos los casos, á no ser que él mismo admita una excepcion. Bastaria, pues, que la ley hubiese prohibido, en el título de la Filiacion, que no hay parentesco natural sin reconocimiento legal. Este principio recibe su aplicacion por el solo hecho de que la ley no lo deroga.

No, 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*, § 4, art. 4o

*te reconocidos*. Igual expresion hay en los arts. 383, 756 y 158, miéntras que no se encuentra en los arts. 161 y 162. Tendria algun valor el argumento si se pudiera probar que se ha omitido adrede esta expresion. Pero faltando una declaracion del legislador, nada hay que deducir de que unas veces añade una expresion 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 ningun 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 vacilarian en apartarse del rigor de los principios si se tratara de impedir un incesto abominable? Si, como confiesa M. Demolombe, es cierto que la opinion que defendemos es la más racional y la más jurídica, lo es tambien, 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 fornicacion, 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 razon 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 Napoleon*, t. III, p. 141, número 107. Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núms. 240, 241.

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

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 razon del lazo que crea el matrimonio. Acerca de este punto todos están de acuerdo; pero ¿produce el mismo lazo el concubinato? Tal es la cuestion. Nos parece que el silencio del código la decide. La afinidad natural producida por el concubinato era una institucion 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 esta tal como se entendia en el derecho antiguo (2). Para que tuviese algun valor este argumento histórico, se necesitaria que el legislador hubiese manifestado la intencion 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 razon de una verdadera afinidad por lo que se prohibia el matrimonio, sino más bien por un motivo de honestidad pública. Efectivamente, no bastaba el concubinato, se exigia 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, segun el cual habia impedimentos fundados en la

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

2 Esta es la opinion de Zachariae, t. III, § 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, habria necesitado una disposicion expresa para conservarla en un solo caso, el de la afinidad canónica. Cuando ménos se necesitaria una manifestacion 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 ménos 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 cuestion una sentencia que puede ser invocada contra la opinion que sostenemos. Un padre, para justificar su oposicion al matrimonio que su hija mayor se disponia á contraer, ofrecia probar que su esposa, madre de esa hija, habia mantenido relaciones ilícitas con el hombre que ella queria 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 oponga el impedimento; ahora bien, esta prueba no existe

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

en el presente caso (1). De esto puede deducirse que la corte de Nimes habria admitido la oposicion 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 habria sido muy moral, dice Merlin; pero, ¿habria 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 obligacion 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 obligacion 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 rompe la muerte. Se concibe que cesen ciertos efectos producidos por la afinidad, tales como la obligacion de dar alimentos; pero de qué cesa un efecto sería muy poco lógico decidir que deben cesar todos. Si hay una razon para que cese la obligacion 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 despues de la muerte del cónyuge sin hijos. Así,

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

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

pues, el art. 206 es una excepcion, y este es el caso de decir que la excepcion 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 cuestion de afinidad donde no hay matrimonio? ¿Y si está destruida la afinidad, cómo continuarían sus efectos? Se oponen las buenas costumbres: ¿no se ofenderían estas si un hombre, despues 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 pretension de ser más moral que el legislador. Para hacer producir un efecto en el matrimonio anulado, la ley habria debido organizar el matrimonio putativo. Se necesitaria igualmente una disposicion para conservar la afinidad, cuando se interrumpe el matrimonio. Zachariæ da otra forma á la objecion. La anulacion del matrimonio no destruye el hecho de la cohabitacion; 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 aplicacion que hace de ella Zachariæ en punto á la anulacion del matrimonio.

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

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

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