

NUM. 2. IMPEDIMENTOS PRODUCIDOS POR EL PARENTESCO  
Y LA AFINIDAD.

354. «En línea recta, está prohibido el matrimonio entre todos los ascendientes y descendientes legítimos ó naturales y los afines en la misma línea (art. 161).» «La ley natural, dice Pothier, ha formado este impedimento, y todos los pueblos están de acuerdo en mirar como incestuosa y abominable la union carnal entre parientes de esta línea.» «En todo tiempo, dice Portalis, ha estado prohibido el matrimonio entre los hijos y los autores de sus dias; trastornaria entre ellos todos los derechos y todos los debè-res y causaria horror.»

La prohibicion se extiende al parentesco natural, en todos los grados. En esto hay algo especial para el matrimonio. En principio, los hijos naturales no son la familia de sus padres; no son ni herederos de los parientes de esta familia, y ni siquiera están ligados entre sí por ningún derecho ni por ninguna obligacion. Estos son los términos de una sentencia de la corte de casacion. Segun ese principio, no deberia existir el impedimento para el matrimonio sino entre el hijo y sus padres. ¿Por qué lo extiende el código á todos los grados? Unicamente, como dice la misma sentencia, por razones de moral y honestidad públicas (1). En punto á impedimentos para el matrimonio, la ley considera los lazos de la sangre, y no los que crea el matrimonio; sentado esto, no habria lugar á hacer una diferencia entre el parentesco legítimo y el natural. Tambien por razones de moral y honestidad públicas se ha extendido la prohibicion á la afinidad.

355. «En la línea colateral se prohíbe el matrimonio entre hermanos legítimos ó naturales, y los afines del

1 Sentencia de 7 de Julio de 1817 (Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 626).

mismo grado (art. 162).» Portalis nos explicará el motivo de esta prohibicion. «El horror del incesto del hermano y la hermana, y de los aliados en el mismo grado, se deriva del principio de la honestidad pública. La familia es el santuario de las cóstumbres; en su seno es donde debe evitarse con sumo cuidado todo lo que pudiera corromperlas. El matrimonio no es indudablemente una corrupcion; pero la esperanza del matrimonio entre séres que viven bajo el mismo techo y que están ya invitados por tantos motivos á aproximarse y unirse, podria encender deseos criminales y arrastrarian á desórdenes que mancillarían la casa paterna, ajarían la inocencia, y perseguirían á la virtud hasta su último asilo.» Estos mismos motivos han hecho extender la prohibicion al parentesco natural.

La ley de 1792 permitia el matrimonio entre cuñado y cuñada. Esta legislacion encontró partidarios en el consejo de Estado. Se invocaba el interés de los hijos que hallaban en su tía una segunda madre. Cambacérès contestó que esc no era cierto más que en casos rarísimos. Motivos mucho ménos respetables, dijo, determinaban de ordinario esta clase de uniones. En un país en que está permitido el divorcio, debe temerse que la posibilidad de romper el matrimonio existente, unida á la facultad de casarse, conduzca al concubinato á los cuñados, turbando el interior de las familias (1).

356. «Tambien se prohíbe el matrimonio entre tios y sobrinas y entre sobrinos y tias (art. 163).» Pothier da como razon que el tío hace veces de padre para con su sobrina, y la tía veces de madre para con su sobrino. Los deberes del tío, agrega Portalis, y los cuidados de la tía, casi nunca podrian averirse con los procedimien-

1 Sesion del consejo de Estado del 26 fructidor, año IX (Loché, t. II, p. 320, núm. 33).



tos ménos serios que preceden al matrimonio y lo preparan.

¿Se extiende la prohibicion al parentesco natural? Maleville contesta que por lo regular no hay parentesco natural fuera de los padres; de consiguiente, basta que la ley no mencione el parentesco natural para que deje de ser un impedimento. Merlin dice que esta razon es mala: «En todo lo que concierne á la honestidad pública, el parentesco natural está asimilado al legítimo.» Se extiende hasta decir que habria existido el impedimento entre parientes naturales en línea recta, aun cuando la ley no lo hubiese establecido. Desde el punto de vista de la teoría, eso es verdad, pero la teoría compete al legislador; en cuanto al intérprete, no puede decidirse, si no es por causas legales; por lo mismo debe discurrir como lo hace Maleville. Merlin agrega con éste, que no existe otra razon para decidirlo así, y esa razon es concluyente. Los dos artículos que preceden al 163 se sirven de la expresion *legítimos ó naturales*, mientras de que este artículo no reproduce esas palabras. ¿Por qué? Porque no quiere dar la misma extension al impedimento del matrimonio entre tío y sobrina ó entre sobrino y tía, sin duda por la razon de que ofende ménos á la honestidad pública (1).

Merlin da la misma solucion para la afinidad; no hablando de los *afines* el art. 163, le parece evidente que está permitido el matrimonio entre tío y sobrina ó entre sobrino y tía por afinidad. Esta nunca se halla asimilada de pleno derecho al parentesco; no lo está sino en virtud de leyes expresas, y estas leyes deben estar siempre restringidas á sus casos precisos. Merlin dice que no es posible adoptar otra opinion. Se ha tratado, sin embargo, de sorprender á la jurisprudencia una interpretacion extensiva

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Impedimentos de matrimonio*, § 4, art. 2º, núm. 3.

del art. 163; se ha invocado la honestidad pública, y la paridad de razon que existe para cuñados y cuñadas de una parte y para tíos y sobrinas de otra. Ha fracasado esta tentativa; la corte de casacion decidió que los impedimentos para el matrimonio son de estricto derecho, y que no pueden resultar si no es de una declaracion expresa de la ley. Ahora bien, el silencio que guarda el art. 163 respecto de la afinidad, comparado con los arts. 161 y 162 que extienden expresamente la prohibicion á los afines, manifiesta de una manera evidente la voluntad del legislador (1). En consecuencia, no procede invocar el espíritu de la ley contra un texto expreso.

357. Se ha preguntado si la prohibicion que establece el art. 163 se aplica al tío abuelo y á la sobrina nieta. La cuestion fué sometida, en 1808, al consejo de Estado por el ministro de justicia; el consejo fué de opinion que, no prohibiendo ningun artículo del código el matrimonio entre un tío abuelo y una sobrina nieta, está permitido el matrimonio. Puede objetarse que esos matrimonios serian muy desproporcionados, en razon de la gran diferencia de edad que existe de ordinario entre el tío abuelo y la sobrina nieta; pero para autorizarlos basta establecer que no están prohibidos por ninguna ley. El emperador no aprobó esa opinion, y decidió que no podia verificarse el matrimonio entre un tío abuelo y una sobrina nieta, sino en virtud de una dispensa concedida conforme al art. 164 del código (2). Esta decision se ha citado á veces como un parecer del consejo de Estado, aprobado por el emperador y teniendo como tal, fuerza obligatoria. Zachariæ dice con fundamento que la decision de 1808 no tiene autoridad alguna, porque no se dió en la forma ordinaria de los decre-

1 Sentencia de 10 de Noviembre de 1858 Dalloz, *Recopilacion periodica*, 1869, 1, 457).

2 Resolucion de 7 de Mayo de 1808 (Loché, t. II, p. 439).



tos, ni está autorizada con la firma del emperador ó de uno de sus ministros. La cuestion permanece, pues, inflexible. ¿Qué interpretacion debe seguirse, la del consejo de Estado ó la del emperador?

Hay autores que sostienen que sin considerar como acto legislativo la decision de 1808, debe admitirse la interpretacion que sanciona como si estuviera conforme con el texto y el espíritu de la ley. ¿Qué dice el texto? Se prohíbe el matrimonio entre el tío y la sobrina. ¿Por ventura el *tío abuelo* no es *tío*? En cuanto al espíritu de la ley, no deja duda alguna; el *tío* hace veces de padre; ¿no las hace también el *tío abuelo* (1)? Nosotros preferimos aplicar el principio formulado por la corte de casacion en su sentencia de 1858. Los impedimentos para el matrimonio son de estricto derecho; se necesita una declaracion expresa del legislador para prohibir un matrimonio. Eso decide la cuestion. El texto no habla más que del tío; aplicarlo al tío abuelo es extender la prohibicion á un grado más; esta interpretacion extensiva no está admitida en materia de prohibicion. ¿Qué importa que haya paridad de razon? Los motivos dados para justificar una ley no bastan para crear nuevas prohibiciones (2).

358. El art. 164 faculta al emperador para levantar, por causas graves, la prohibicion establecida para el matrimonio entre tío y sobrina y sobrino y tia. Una ley francesa de 16 de Abril de 1832 extendió el beneficio de la dispensa para el matrimonio entre cuñado y cuñada. Una ley belga de 28 de Febrero de 1831 faculta igualmente al rey para levantar, por causas graves, el impedimento para el matrimonio entre afines en el grado de hermano y hermana. Cuando se discutió esta ley en el Congreso, se

1 Zachariae, *Curso de derecho civil francés*, t. III, § 464, p. 289.

2 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. III, p. 138, núm. 105. Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 411.

hizo la observacion de que era inútil, puesto que la facultad de dispensar existia ya en virtud de la ley de 23 de Abril de 1827 (1). La observacion es justa; lo que hay en esto de más singular, es que el decreto de 1831 fué propuesto por un sábio magistrado: ¡M. Raikem habia olvidado la ley de 1827!

La ley belga agrega que las dispensas no pueden concederse sino despues de que el matrimonio se ha disuelto por la muerte natural de los cónyuges. Esta restriccion responde al argumento que Cambacérès hizo valer en el consejo de Estado para justificar la prohibicion. Nuestra legislacion admite el divorcio; no se necesita que la esperanza del matrimonio, tras un divorcio escandaloso, favorezca pasiones bastardas.

El código de Napoleon y la ley belga no permiten conceder dispensas sino por *causas graves*. ¿Cuáles son esas causas graves? La más frecuente, dice Marcadé, es el embarazo de la mujer. Si así fuera, tendria razon Marcadé para censurar el sistema de las dispensas, que nos viene del derecho canónico. Efectivamente, interpretada de esa manera, la ley es inmoral; favorece y provoca á la seduccion y al escándalo (2). Apresurémonos á añadir que no es ese el espíritu de nuestra legislacion. Marcadé habria podido convencerse de ello con sólo leer las circulares emanadas del ministerio de justicia en 1824 y 1832. «Con demasiada frecuencia, dice el ministro, se ha creido poder invocar como un título la existencia anterior de un comercio escandaloso.» El favor otorgado á causas semejantes seria un aliciente para la corrupcion de las costumbres . . . . Las circunstancias que sobre todo merecen ser tomadas en consideracion son aquellas que deben hacer provechosas para las familias los matrimonios. Es necesario colocar en pri-

1 *Discusiones del Congreso nacional de Bélgica*, t. II, p. 612.

2 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, ps. 411 y siguientes.



mera línea el interés de los hijos, que vuelven á encontrar en su tío la proteccion de un padre, en una tía los cuidados de una madre. Conviene tambien facilitar un matrimonio que diera por resultado conservar un establecimiento ó una explotacion cuya ruina destruiria intereses de importancia. Finalmente, se conciliaria la aprobacion de la autoridad en un matrimonio que debiera procurar medios de existencia á uno de los cónyuges ó el que tuviera por mira arreglos de familia (1).

Interpretada así la facultad de dispensar, nada tiene de inmoral. Esta es la excepcion á la regla. Es indudable que hay reglas que no toleran excepcion. ¿Quién ha pensado nunca en permitir el matrimonio entre hermano y hermana, entre ascendientes y descendientes? Miéntras que la ley de 92 admitia el matrimonio entre cuñado y cuñada. Lo que prueba que á este respecto la moralidad pública no está ya interesada en que se conserve la prohibicion absoluta.

359. El parentesco puramente civil produce tambien impedimentos para el matrimonio. Segun el art. 348, «está prohibido entre el adoptante, el adoptado y sus descendientes, entre los hijos adoptivos del mismo individuo; entre el adoptado y los hijos que puedan sobrevenir al adoptante; entre el adoptado y el cónyuge del adoptante, y recíprocamente entre el adoptante y el cónyuge del adoptado.» En verdad, no hay parentesco civil más que entre el adoptante y el adoptado; pero la ley extiende las relaciones que nacen de la adopcion, cuando se trata del matrimonio, por razones análogas á las que se dan para la afinidad; y consisten en el temor de que la vida comun haga nacer relaciones culpables, si la ley diera la esperanza de ampararlas luego con el matrimonio.

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 228.

NUM. 3. IMPEDIMENTOS DE UN MATRIMONIO PREEXISTENTE.

360. El art. 147 dice: «No se puede contraer segundo matrimonio ántes de la disolucion del primero.» Portalis nos dirá por qué razones nuestras leyes reprueban la poligamia. «La diversidad de maridos ó de mujeres puede estar autorizada en ciertos climas; pero en ninguno es legítima; esa diversidad trae consigo necesariamente la esclavitud de un sexo y el despotismo del otro; no podria ser solicitada para las necesidades reales del hombre, que teniendo toda la vida para conservarse, sólo tiene instantes para reproducirse; introduciria en las familias una confusion y un desórden que se comunicarian muy pronto al cuerpo entero de la sociedad; ofende á todas las ideas, desnaturaliza todos los sentimientos; despoja al amor de todos sus encantos, quitándole todo lo que tiene de exclusivo; finalmente, repugna á la esencia misma del matrimonio, es decir, á la esencia de un contrato por medio del cual dos esposos se dan todo, el cuerpo y el corazón. Cuando se aproxima uno á los países en que está permitida la poligamia, parece que se aleja uno de la moral.»

¿De qué sirven, se dirá, esas prolijas razones para justificar la reprobacion de la poligamia, que rechazan nuestros sentimientos y nuestras ideas? Porque la cuestion es de bastante importancia; la solucion que le da el código nos demuestra la superioridad de la ley civil sobre la ley religiosa en el dominio de la moral. Hay religiones que admiten la poligamia. No hablamos del Coran ni de la parodia de religion que se denomina mormonismo. Una ley que se llamó revelada, la del pueblo de Dios, sanciona la poligamia. Pothier se encuentra cruelmente embarazado cuando trata de conciliar la santa Escritura con el derecho natural. Este autor enseña, como Portalis, que la poliga-



mia es contraria á la esencia del matrimonio; y sin embargo, católico sincero, se ve obligado á decir que los santos patriarcas contraian matrimonio con varias mujeres á la vez con el permiso y la aprobacion de Dios (1). ¡Cómo! ¡Dios aprueba lo que condena el derecho natural! ¿El derecho natural no tiene su principio en Dios? ¡Hé ahí, pues, á Dios, que aprueba y reprueba juntamente la poligamia! Pothier se parapeta detrás de la omnipotencia divina. «Dios, dice Pothier, habria podido, si hubiese querido, establecer el matrimonio, sin que este debiera ser la union de una sola mujer con un solo hombre. De la misma manera ha podido permitir á un pueblo entero tener varias mujeres. Dios, que habia prometido á los santos patriarcas multiplicar su raza como las arenas del mar, les permitió tener varias mujeres á la vez.» ¡Extraña moral la que declara lícito y moral un acto que por sí mismo es inmoral, invocando la autoridad de Dios! ¿Acaso Dios habria practicado la doctrina que justifica el medio por el fin? No, Dios no ha podido justificar la poligamia, porque quisiera multiplicar la raza de los patriarcas como las arenas del mar! No, Dios no puede hacer que la poligamia, ilegítima en todas partes, se vuelva legítima para un pueblo de que se declara especial protector! ¡Singular preferencia la que autoriza al pueblo elegido á practicar una ley que desnaturaliza nuestros sentimientos y vicia en su esencia un contrato en que descansa la moral!

361. Deducimos que la ley civil es más moral de lo que era una ley que se llamó revelada. Por consiguiente, reclamamos, con razon, para la ley civil la preeminencia sobre el orden religioso. El código penal belga castiga con reclusion al que obligado por los lazos del matrimonio, contrae otro antes de la disolucion del primero (art. 391).

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núms. 99 y 100.

¿Quizás un mahometano ó un mormon podria casarse con varias mujeres á la vez, invocando la libertad religiosa sancionada en nuestra constitucion, en los términos más ilimitados? No, en verdad; hay un derecho superior al de las religiones: el derecho, ó mejor dicho, el deber que la sociedad tiene de conservarse. ¿Y cómo se conservaria, si, so pretexto de religion, se pudieran cometer crímenes, por la razon de que place á una religion considerar el crimen como un derecho?

¿Podria casarse en el extranjero con varias mujeres el belga que se hiciera mormon ó mahometano? Tampoco, porque la ley que prohíbe la poligamia es una ley personal que le rige aun cuando resida en país extranjero (art. 3º). A no ser que al cambiar de religion, tambien cambie de nacionalidad.

362. ¿Si el primer matrimonio es nulo, puede contraer matrimonio, ántes de que se pronuncie la anulacion, el que tiene el derecho de pedir la nulidad? No, por cierto. Porque el matrimonio nulo existe y produce sus efectos hasta que haya sido anulado; ahora bien, uno de esos efectos es impedir una nueva union. Si se contrajera, sin embargo, el nuevo matrimonio, seria válido, en el caso en que los cónyuges obtuvieran la anulacion del primero (art. 189).

¿Qué debe decidirse si el primer matrimonio es inexistente? ¿Puede el cónyuge que lo contrajo casarse sin haber obtenido un fallo? En ese caso, ya no puede decirse que el primer matrimonio produce sus efectos hasta que un fallo declara que no ha habido matrimonio; porque lo que caracteriza los actos inexistentes es que no pueden surtir efecto alguno (art. 1131). Si, pues, era reconocida y notoria la inexistencia, el oficial del estado civil podria proceder, sin necesidad de fallo, á la celebracion del matrimonio. Pero seria bastante que hubiera una duda acerca