

suponer que quiera conservar el matrimonio apesar de la imposibilidad física de la cohabitación de parte de este cónyuge? ¿No equivaldría esto á decir que la ley pretende hacer subsistir un matrimonio dando al marido el derecho de desconocer á todos los hijos que nazcan de su mujer? ¿No sería obligar á uno de los cónyuges á buscar en otra parte los goces que no encuentra en su casa? ¿Pueden suponerse en el legislador ideas tan inmora-les? (1)

Esta hábil argumentación prevaleció ante la Corte de Trèves, pero la jurisprudencia se declaró en sentido contrario. (2) El art. 312 está basado en una hipótesis muy diferente de la nuestra. Cuando una mujer da el sér á un niño estando su marido en la imposibilidad de cohabitar con ella en la época de la concepción la madre es culpable de adulterio y el marido debe tener el derecho de desconocer un hijo adulterino que vendría á usurpar su nombre. Por el contrario, cuando uno de los cónyuges pide la nulidad del matrimonio hay que examinar si había error en la persona ó sólo en una calidad; aquí no hay crimen en litigio; hay solamente el interés de un cónyuge engañado en su esperanza. El legislador no admite estas decepciones como causa de nulidad porque en esto hay un interés que domina al del cónyuge: el interés de la sociedad. Cuando es la impotencia la que se invoca como vicio del consentimiento hay un motivo particular que él solo justifica el silencio del legislador, y es el escándalo á que dan lugar esos procedimientos. Es preciso evitar esos debates vergonzosos porque ofenden la moralidad. Es tan cierto eso que apenas si se pueden tratar estas materias

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Impotencia*, núm. 1.

2 Véanse las sentencias de las cortes de Génova y de Riom en Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núms. 76 y 77. Debe agregarse una sentencia de la Corte de Tolosa, de 10 de Marzo de 1858 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1859, 2, 40).

aun en una obra científica. En el artículo consagrado por el *Repertorio* de Merlin á la *impotencia* se lee que el juriconsulto debe ser casto y puro como la ley; el autor pone allí toda la reserva posible y, sin embargo, los detalles en que entra hacen palpitar el corazón. ¿Qué acontecería con los debates judiciales? M. Demolombe, consecuente en su teoría de las calidades substanciales, admite la impotencia como causa de nulidad del matrimonio. Pero se necesita probarla. ¿Cómo se rendirá esta prueba? ¿Por medio de una junta como en los tiempos memorables en que imperaba el derecho canónico? Nó, se reconocerá al cónyuge impotente. ¿Y si se resiste al reconocimiento? Se empleará la fuerza. ¿Por ventura la justicia no dispone de los gendarmes? ¡Los gendarmes violentando á una mujer para obligarla á que la reconozcan los peritos! Creíamos que estaba abolida la tortura. (1)

Núm. 3. La violencia.

299. El art. 180 dice que el matrimonio realizado sin el consentimiento libre de ambos cónyuges puede ser impugnado por aquel de ellos cuyo consentimiento no haya sido libre. Este es el vicio de violencia. La violencia, como la explica muy bien Pothier, no impide que haya consentimiento. Aquel que hace algo por temor consiente, por grande que sea la violencia que se emplee para atemorizarle, porque se determina á ello por un acto reflexivo de su voluntad. Prefiere ejecutar lo que se le obliga á hacer más bien que exponerse al mal con que se le amenaza; prefiere, pues, hacerlo; de dos males elige el menor. Pothier aplica este principio al matrimonio. El que contrae

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 410, número 254.

matrimonio por temor da una especie de consentimiento, pero este consentimiento está viciado; efectivamente, el verdadero consentimiento supone la libertad. El consentimiento que se da bajo el imperio de la violencia es imperfecto y, por lo mismo, el matrimonio es nulo. (1)

De aquí se sigue que la violencia es únicamente una causa de nulidad del matrimonio; no trae consigo la inexistencia de éste. El Primer Cónsul sostuvo en el Consejo de Estado que la violencia, según las circunstancias, podía volver nulo ó inexistente el matrimonio. Cuando la violencia, dijo Napoleón, ha llevado á la persona violentada á la presencia del oficial del estado civil y declara que consiente hay en ese acto una apariencia de matrimonio que la casación debe destruir. En todos los demás casos de violencia ni siquiera hay matrimonio. El Primer Cónsul supone que la violencia continúa hasta en presencia del oficial del estado civil, que se lleva por la fuerza ante el oficial público al cónyuge violentado, y que también por la fuerza se le arranca su consentimiento. También debe suponerse, agrega Tronchet, que el mismo oficial público es violentado; que, en tal caso, no habiendo consentimiento tampoco hay matrimonio. (2) En otros términos, la violencia física en el acto en que se da el consentimiento hace que éste no exista. Esto puede sostenerse en los contratos ordinarios. Si se obliga á mi mano á trazar los caracteres que constituyen mi firma es evidente que no consiento y que, en realidad, el contrato será inexistente. ¿Pero reciben estos principios una aplicación en el matrimonio? Dudamos de ello. Los futuros cónyuges deben hacer una declaración verbal, pronunciar sí ó nó. Desde ese momento el que dice sí ejercita un acto de voluntad; elige entre dos

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núm. 315.

2 Sesión del Consejo de Estado de 4 Vendimiario, año X, número 33 (Loché, t. II, p. 330).

males el menor; por lo tanto, consiente y hay matrimonio; es inútil decir que nulo, pero al fin hay matrimonio. Se aplicarán, pues, los principios que rigen la acción de nulidad y no los principios sobre el matrimonio inexistente.

300. En el derecho antiguo el rapto estaba regido por reglas particulares. Justiniano decidió que el que se hubiera robado una mujer nunca podría casarse con ella. Inocencio III corrigió este rigor excesivo permitiendo á la persona robada contraer matrimonio con el raptor si así lo determinaba libremente. Para asegurar su libertad el Concilio de Trento exigió que la persona robada fuera puesta lejos del poder del raptor. En el mismo sentido está concebida la declaración de 1639. (1) En el proyecto de Código había una disposición análoga: "Si ha habido rapto no hay consentimiento, á no ser que éste haya sido dado por la persona después de haber recobrado su entera libertad." Este artículo fué tachado como inútil; para decidir la cuestión bastaban los principios establecidos en el Código. Si la persona robada ha recobrado su libertad en el momento en que consiente su matrimonio será perfectamente válido. Si está aún bajo el imperio de la violencia procederá aplicar el art. 180 y, en consecuencia, el matrimonio será nulo. El proyecto parecía expresar que el matrimonio era más que nulo, que no habiendo consentimiento no había matrimonio. Pero es necesario no tomar al pie de la letra las expresiones de que se sirvieron en esta materia los autores del Código, porque ignoraban la distinción de los actos inexistentes y de los actos civiles. Por consiguiente, debe decidirse la cuestión según los principios. Ahora bien, los principios no dan lugar á duda. El Código no habla del rapto; desde

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núms. 227 y siguientes.

ese momento la violencia por raptó permanece en el derecho común; es decir, es una causa de nulidad como cualquiera otra violencia.

301. En el derecho antiguo se admitía un *raptó de seducción*. Entendíase por esto los malos medios y los culpables artificios con que se persuade á una persona joven á que consienta en un matrimonio. Aunque no había violencia alguna en la seducción se consideraba una especie de raptó y se le llamaba *raptó de seducción*. La seducción se presumía de derecho cuando un menor se casaba sin el consentimiento de sus padres, tutor ó curador. (1) Se pregunta si el raptó de seducción existe aún en nuestro derecho civil. La cuestión fué promovida en el Consejo de Estado. Portalis hizo notar que era inútil la disposición del derecho antiguo. Esta tenía por objeto garantizar á las familias contra los atentados de un aventurero. Pues bien, tenemos un remedio eficaz contra ese peligro, y consiste en la necesidad del consentimiento de los ascendientes y de la familia en su caso. La denegación del consentimiento es bastante para anular el matrimonio. Cuando la futura es mayor de edad se rige por el derecho común; si cede á seducciones ó á artificios perversos, como dice Pothier, no es menos válido el consentimiento que da. Efectivamente, ¿qué son estos artificios si no los manejos que llamamos dolo? Ahora bien, el dolo no vicia el consentimiento en punto á matrimonio. De aquí que ya no pueda ser cuestión de un raptó de seducción. Esta es la opinión común de los autores. (2)

302. Sólo un autor ha reproducido la doctrina del derecho antiguo bajo una nueva forma y dándole mayor extensión todavía. Marcadé, al comparar el art. 180 con

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núms. 228 y 229.
2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 56.

el 1109, hace notar que en el título *Del Matrimonio* la ley no se sirve de la palabra *violencia*; permite anular el matrimonio desde el punto que *no ha sido libre* el consentimiento, lo que implica que puede ser anulado aun cuando no hubiera habido violencia propiamente dicha. La misma diferencia de redacción hay entre los arts. 181 y 1304; éste hace correr el plazo á contar del día *en que ha cesado la violencia*, mientras el primero lo hace correr desde el día en que el cónyuge *ha adquirido su entera libertad*. Supongamos, dice Marcadé, que un joven de veintiún años de edad que ya no tiene ascendientes se deja seducir por una cortesana hábil que explota su ciega pasión para exigir el matrimonio. Ahí hay consentimiento, pero éste no ha sido dado con entera libertad. ¿Si ese joven, una vez desilusionado, quiere salir del abismo en que lo arrojó su inexperiencia, si pide la nulidad de su matrimonio, se le rechazará porque no hubo violencia? Esto sería impulsar al desdichado á contraer lazos adúlteros ó condenarlo á perpetuo celibato. (1)

Esta teoría de la violencia no ha encontrado más eco que la del mismo autor sobre el dolo. (2) Si la mencionamos es para dar á nuestros jóvenes lectores el desagrado de la palabrería jurídica y de las novedades temerarias. ¿Existe diferencia entre el consentimiento que no es libre y el arrancado por la violencia? Desde que se escribe sobre derecho se enseña precisamente que el consentimiento debe ser libre y que no es libre cuando se ha dado bajo el imperio del temor. De consiguiente, un consentimiento que no es libre está viciado por la violencia. Se nos preguntará por qué el legislador no se sirvió de la palabra *violencia*. Por una razón muy sencilla. Porque hay dos

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 460, núm. 1.

2 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 395, número 250.

clases de violencia: la violencia material, que consiste en malos tratamientos, y la violencia moral, que consiste en amenazas; esta última, por decirlo así, es la única que se emplea en punto á matrimonio; para comprenderla en la disposición de la ley los autores del Código han empleado la expresión más general. Eso era inútil toda vez que la palabra *violencia* tiene un sentido sancionado por una tradición secular, pero al fin tal es la intención del legislador. El proyecto del art. 180 decía: *cuyo consentimiento ha sido forzado*. Se propuso decir: *cuyo consentimiento no ha sido libre*. ¿Cuál fué la razón de este cambio? El Tribunado nos lo dice: «Se piensa que este *ligero* cambio hará comprender mejor toda la esencia de la ley, en vista de que desde ese momento se aplicará la disposición más *claramente* en defecto de *libertad moral*, como á falta de *libertad física*.» (1) No se trataba, pues, de un cambio de sistema, de una innovación; se quería únicamente hacer más clara la ley marcando con la nueva redacción que se aplicaba lo mismo á la violencia *moral* que á la *física*.

Esto en cuanto á los textos. Respecto de los principios la teoría ideada por Marcadé confunde las nociones más elementales de derecho. La seducción nunca es una violencia; si en el derecho antiguo se llamaba *raptó* consistía en que, de cierto modo, eran robados á sus padres por el seductor los menores. Pero en cuanto al seductor, que también es seducido, los artificios que se han puesto en juego no destruyen su libertad, han obcecado su razón. Si consiente en el matrimonio es por malos móviles, pero éstos, lejos de destruir su voluntad, la determinan. Quiere más firmemente, con tal fuerza, que ya no escucha la razón. Es una especie de locura, pero locura que no es vicio

1 Observaciones de la Sección de Legislación del Tribunado, número 15 (Loaré, t. II, p. 369).

de consentimiento. ¿Se dice que no es libre el que está loco? Tampoco puede decirse del joven á quien ciega su pasión.

¿Qué puede decirse de la extraña moral de Marcadé? ¡Cómo! Vuestro joven comienza por satisfacer su pasión; después, cuando está harto, se necesita que la justicia rompa el lazo que había formado para saciarla; necesita que lo ayude á satisfacer una nueva pasión. ¡Si no ese infortunado se verá compelido á entregarse á amores adulterinos, á no ser que por un heroísmo sublime se condene á celibato perpetuo! No podría contestarle la justicia: «Tenéis una mujer legítima á quien amabáis hasta el punto de que para poseerla habéis atropellado todas las conveniencias. Al casaros con ella sabíais que era una cortesana; os habéis empeñado en elevarla hasta vos; si sufrís molestia interior componeos con ella, pero no pidáis que os descarguemos de las obligaciones que habéis contraído. ¡La moral que invocáis exige, ante todo, ser fiel al deber!»

303. El Código no dice cuáles deben ser los caracteres de la violencia para que vicie el consentimiento. Cuando es física evidentemente es una cuestión de hecho. En cuanto á la violencia moral el Código se ocupa de ella en el título *De las Obligaciones* y señala algunas reglas que la caracterizan. Se pregunta si son aplicables al matrimonio los artículos 1111-1114. La mayor parte de los autores están de acuerdo en que deben ser aplicados y que si algún tribunal decidiera que no había lugar á hacer su aplicación al matrimonio estaría sujeto á casación su fallo. Ya más de una vez hemos dicho que hay una notable diferencia entre el contrato de matrimonio y los demás contratos; el Primer Cónsul la formuló diciendo que el matrimonio es la unión de las almas, mientras que los contratos se celebran por motivos de interés pecuniario. De ahí se sigue que los principios generales no pueden aplicarse al matri-

monio sino con modificación. Por eso el Código Civil tiene un capítulo especial sobre las causas de nulidad. Basta leer los arts. 1111 y siguientes para convencerse de que no tienen relación alguna con el matrimonio.

Según el art. 1111 la violencia ejercitada contra aquel que ha contraído la obligación es causa de nulidad, aun cuando haya sido ejercitada por un tercero distinto de aquel en cuyo beneficio se haya celebrado el convenio. (1) La ley supone, lo que es elemental, un acreedor y un deudor. ¿Puede hablarse de acreedor y deudor en punto á matrimonio? ¿En beneficio de cuál de los cónyuges se celebra el convenio? Los mismos términos del texto se oponen á cualquiera aplicación al matrimonio. ¿Quiere decir que para que la violencia sea una causa de nulidad debe ser ejercitada por el cónyuge? Nó, en verdad; pero no necesitamos el artículo 1111 para decidirlo así; bastan el buen sentido y el silencio del art. 180. Poco importa, en efecto, que ejercite la violencia; es bastante que ésta exista para que esté viciado el consentimiento. Tampoco distingue el art. 180, lo que decide la cuestión.

El art. 1112 dice "que hay violencia cuando ésta es de tal naturaleza que haga impresión en persona razonable y que pueda inspirar el temor de exponer su persona ó su fortuna á un mal considerable y presente. En esta materia hay que tener en cuenta la edad, el sexo y la condición de las personas." ¿Acaso no es cierto esto también para el matrimonio? se pregunta. ¿Qué! se escucharía á un viejo de setenta años que llegara pidiendo la nulidad de su matrimonio porque hubiera sido violentado! La disposición del artículo 1112 se ha dado, sin embargo, para aquellos á quienes la edad debilita la fuerza de voluntad. ¿Se escucharía más á quien llegara diciendo que temería exponer

1 Demolombe, t. III, ps. 191 y siguientes, núm. 248. Durantón, t. II, ps. 36 y siguientes, núms. 44, 46, 48 y 49.

su fortuna á un mal considerable si no se casara? Esto ni aun se concibe en punto á matrimonio; y si se concibiera se rechazaría al quejoso diciéndole que el matrimonio es la unión de las almas. Se nos preguntará cuándo hay violencia que vicia el consentimiento de los cónyuges. El texto del art. 180 contesta la cuestión: cuando no ha sido libre el consentimiento. Cuestión de hecho, como lo confiesan los mismos que dicen que en ese caso há lugar á la aplicación del art. 1112.

El art. 1113 dice: "La violencia es causa de nulidad del contrato no sólo cuando se haya ejercido en la persona del contratante sino también cuando han sido objeto de ella cualquiera de los cónyuges ó sus ascendientes ó descendientes." ¿Acaso el legislador pensaba en el matrimonio cuando escribía esta disposición? De tres casos que prevee hay dos que no corresponden á la joven á quien se ha obligado á casarse con el hombre que no ama. ¿Y le es aplicable el tercero? Precisamente es un ascendiente, el padre, el que ha violentado su voluntad. ¿Se concibe una violencia ejercida para obligar á una hija á casarse? Sería necesario inventar una novela para hallar circunstancias en las que pudiera aplicarse el art. 1113.

Queda el art. 1114: "El temor respetuoso hacia los padres ú otros ascendientes, sin que hayan aparecido los verdaderos actos de violencia, no basta por sí solo para anular el contrato." Hé ahí la única disposición que por su naturaleza puede aplicarse al matrimonio. El juez podrá hacerlo por analogía porque hasta hay razón para decirlo. Pero no existiría el art. 1114 si los magistrados dotados de juicio hubieran decidido que no hay vicio de violencia cuando "no se ha ejercido violencia." Casi es una simpleza decirlo.