

suponer que quiera conservar el matrimonio, á pesar de la imposibilidad física de la cohabitacion de parte de este cónyuge? ¿No equivaldria 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 seria 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 argumentacion 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 concepcion, la madre es culpable de adulterio, y el marido debe tener el derecho de desconocer un hijo adulterino que vendria á usurpar su nombre. Por el contrario, cuando uno de los cónyuges pide la nulidad del matrimonio, hay que examinar si habia 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, *Recopilacion 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 jurisculto 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 corazon. ¿Qué aconteceria con los debates judiciales? M. Demolombe, consecuente en su teoría de las calidades sustanciales, 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? No, 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! Creeíamos que estaba abolida la tortura (1).

NUM. 3. LA VIOLENCIA.

299. El art. 180 dice que el matrimonio realizado sin el consentimiento libre de ámbos 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 Napoleon*, 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 casacion 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 este 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 aplicacion en el matrimonio? Dudamos de ello. Los futuros cónyuges deben hacer una declaracion verbal, pronunciar sí ó no. 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 del 4 vendimiario, año X, núm. 38 (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 raptó 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 declaracion de 1639 (1). En el proyecto de código había una disposicion análoga: «Si ha habido raptó, no hay consentimiento, á no ser que este haya sido dado por la persona después de haber recobrado su entera libertad.» Este artículo fué tachado como inútil; para decidir la cuestion 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 pié de la letra las expresiones de que se sirvieron en esta materia los autores del código, porque ignoraban la distincion de los actos inexistentes y de los actos civiles. Por consiguiente, debe decidirse la cuestion según los principios. Ahora bien, los principios no dan lugar á duda. El código no habla del raptó; desde

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

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

301. En el derecho antiguo se admitia un *raptó de seducción*. Entendiase por esto los malos medios y los culpables artificios con que se persuade á una persona jóven á que consienta en un matrimonio. Aunque no habia violencia alguna en la seducción, se consideraba una especie de raptó, y se le llamaba *raptó de seducción*. La seducción se presumia 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 cuestion fué promovida en el consejo de Estado. Portalis hizo notar que era inútil la disposicion del derecho antiguo. Esta tenia 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 denegacion del consentimiento es bastante para anular el matrimonio. Cuando la futura es mayor de edad, se rige por el derecho comun; si cede á seducciones ó á artificios perversos, como dice Pothier, no es ménos válido el consentimiento que da. Efectivamente, ¿qué son estos artificios sino los manejos que llamamos dolo? Ahora bien, el dolo no vicia el consentimiento en punto á matrimonio. De aquí que ya no pueda ser cuestion de un raptó de seducción. Esta es la opinion comun de los autores (2).

302. Sólo un autor ha reproducido la doctrina del derecho antiguo, bajo una nueva forma y dándole mayor extension 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 pueda ser anulado, aun cuando no hubiera habido violencia propiamente dicha. La misma diferencia de redaccion hay entre los arts. 181 y 1304; este hace correr el plazo á contar del dia *en que ha cesado la violencia*, miéntras el primero lo hace correr desde el dia en que el cónyuge *ha adquirido su entera libertad*. Supongamos, dice Marcadé, que un jóven de veintiun años de edad, que ya no tiene ascendientes, se deja seducir por una cortesana hábil, que explota su ciega pasion para exigir el matrimonio. Ahí hay consentimiento, pero este no ha sido dado con entera libertad. ¿Si ese jóven, 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 seria impulsar al desdichado á contraer lazos adulterinos ó condenarlo á perpétuo 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 razon muy sencilla. Porque hay dos

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 460, núm. 1.
2 Demolombe, *Curso del Código de Napoleon*, 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 disposicion de la ley, los autores del código han empleado la expresion más general. Eso era inútil, toda vez que la palabra *violencia* tiene un sentido sancionado por una tradicion secular, pero al fin tal es la intencion del legislador. El proyecto del art. 180 decia: *cuyo consentimiento ha sido forzado*. Se propuso decir: *cuyo consentimiento no ha sido libre*. ¿Cuál fué la razon 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 disposicion 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 innovacion; se queria únicamente hacer más clara la ley, marcando con la nueva redaccion 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 seduccion nunca es una violencia; si en el derecho antiguo se llamaba *raptó*, consistia en que, de cierto modo, eran robados á sus padres por el seductor los menores. Pero en cuanto al seductor, que tambien es seducido, los artificios que se han puesto en juego no destruyen su libertad, han obcecado su razon. Si consiente en el matrimonio, es por malos móviles, pero éstos, léjos de destruir su voluntad, la determinan. Quiere más firmemente, con tal fuerza, que ya no escucha la razon. Es una especie de locura, pero locura que no es vicio

1 Observaciones de la sesion de legislacion del Tribunado, número 15 (Loché, t. II, p. 369).

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

¿Qué puede decirse de la extraña moral de Marcadé? ¡Cómo! Vuestro jóven comienza por satisfacer su pasion; despues, cuando está harto, se necesita que la justicia rompa el lazo que habia formado para saciarla, necesita que lo ayude á satisfacer una nueva pasion. ¡Si no ese infortunado se verá compelido á entregarse á amores adúlteros, á no ser que por un heroismo sublime se condene á celibato perpétuo! No podria contestarle la justicia: «Teneis una mujer legítima, á quien amábais hasta el punto de que para poseerla habeis atropellado todas las conveniencias. Al casaros con ella, sabiais que era una cortesana; os habeis empeñado en elevarla hasta vos; si sufris molestia interior, componeos con ella, pero no pidais que os descarguemos de las obligaciones que habeis contraido. ¡La moral que invocais exige, ante todo, ser fiel al deber!

303. El código no dice cuáles deben ser los caractéres de la violencia para que vicie el consentimiento. Cuando es física, evidentemente es una cuestion 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 algun tribunal decidiera que no habia lugar á hacer su aplicacion al matrimonio, estaria sujeto á casacion su fallo. Ya más de una vez hemos dicho que hay una notable diferencia entre el contrato de matrimonio y los demas contratos; el primer cónsul la formuló diciendo que el matrimonio es la union de las almas, miéntras 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 modificaciones. 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 relacion alguna con el matrimonio.

Segun el art. 1111 la violencia ejercitada contra aquel *que ha contraído* la obligacion, 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 aplicacion al matrimonio. ¿Quiere decir que para que la violencia sea una causa de nulidad, debe ser ejercitada por el cónyuge? No, en verdad; pero no necesitamos el art. 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 cuestion.

El art. 1112 dice «que hay violencia cuando ésta es de tal naturaleza que haga impresion 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 condicion de las personas.» ¿Acaso no es cierto esto tambien para el matrimonio? se pregunta. ¡Qué! se escucharia á un viejo de setenta años que llegara pidiendo la nulidad de su matrimonio, porque hubiera sido violentado! La disposicion del art. 1112 se ha dado, sin embargo, para aquellos á quienes la edad debilita la fuerza de voluntad. ¿Se escucharia más á quien llegara diciendo que temeria *exponer*

1 Demolombe, t. III, p. 191 y siguientes, núm. 248. Duranton, 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 rechazaria 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 cuestion: cuando no ha sido libre el consentimiento. Cuestion de hecho como lo confiesan los mismos que dicen que en ese caso há lugar á la aplicacion 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 tambien cuando han sido objeto de ella *cualquiera de los cónyuges, ó sus descendientes ó ascendientes.*» ¿Acaso el legislador pensaba en el matrimonio cuando escribia esta disposicion? De tres casos que prevé hay dos que no corresponden á la jóven 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? Seria necesario inventar una novela para hallar circunstancias en las que pudiera aplicarse el art. 1113.

Queda el art. 1114: «El temor respetuoso hácia los padres ú otros ascendientes, sin que hayan aparecido los verdaderos actos de violencia, no basta por sí sólo para anular el contrato.» Hé ahí la única disposicion que por su naturaleza puede aplicarse al matrimonio. El juez podrá hacerlo por analogia, porque hasta hay razon para decirlo. Pero no existiria 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.

§ 3º De las promesas de matrimonio.

304. Las promesas de matrimonio se acostumbraban mucho en el derecho antiguo bajo el nombre de esponsales. Pothier dice que es costumbre preceder de esponsales el matrimonio, aunque no sea necesario. Así define los *esponsales*: «Un convenio por el que se prometen recíprocamente un hombre y una mujer que juntos contraerán matrimonio.» ¿Cuál era el efecto de esta promesa? ¿era obligatoria en el sentido de que los desposados podían ser obligados á consentir en el matrimonio? Los términos de la cuestión implican que debe resolverse negativamente; el consentimiento, en punto á matrimonio, no se da sino en el acto de la celebración, y ese consentimiento debe ser libre; un convenio anterior que destruyera esta libertad, sería esencialmente nulo. Además, los esponsales no eran obligatorios en ese sentido; no producían más que una promesa moral. El juez eclesiástico, el oficial era el que conocía de los esponsales; si se habían contraído válidamente, el oficial exhortaba á la parte á cumplir su promesa, pero no podía sentenciarlo á la ejecución ni á obligarlo con censuras eclesiásticas. Si la parte persistía en su negativa, el oficial declaraba la disolución de los esponsales, imponiéndole una penitencia por su falta de fe, es decir, algunas preces ó una pequeña limosna. Es indudable, dice Pothier, que el que se niega á cumplir una promesa, falta á la fé dada y recibida; pero debe tolerarse esta falta de fe como un mal menor, para evitar el mayor de los males que podría ocasionar un matrimonio que fuera contraído por fuerza (1).

También se admitía, en el derecho antiguo, que los esponsales, en caso de no ejecución, daría lugar á daños y perjuicios. Como era válida la promesa de matrimonio,

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núms. 23 y 51.

Napoleon, son válidas las promesas de matrimonio, si lo son las cláusulas penales, y si proceden los daños y perjuicios. Sabido es que no se acostumbran los esponsales, lo que no impide que sean muy frecuentes las promesas de matrimonio, como se ve en el considerable número de sentencias dictada en esta materia. Toullier enseña que son válidas las promesas de matrimonio (1). Defiende muy bien su tesis, aunque, según nosotros, es insostenible. El código nada dice de las promesas de matrimonio ni del efecto de las cláusulas penales, que estarían comprendidas en él. De lo cual resulta, al decir de Toullier, que estas cuestiones deben resolverse según los principios generales que el código establece. Estos principios son elementales. Toda obligación de hacer, dice el art. 1142, se condena con daños y perjuicios, en caso de no ejecución. Esa es la regla general. Las promesas de matrimonio son una obligación de hacer; de consiguiente, están regidas por la disposición que acabamos de citar; porque la ley es general, emplea las expresiones más latas que pueden emplearse: *toda obligación de hacer*. ¿Será necesario agregar que la palabra *hacer*, en el lenguaje jurídico, comprende toda clase de acción? Así lo dicen los jurisconsultos romanos, y no cabe duda alguna. Por forma de consecuencia, la cuestión queda decidida. Para que las promesas de matrimonio no fuesen regidas por el principio general del art. 1142, se necesitaría una excepción positiva; ahora bien, esa excepción no se encuentra en el código; y los jueces no pueden suplirla bajo pretexto alguno, porque es un axioma que las excepciones que no están en la ley no deben ser suplidas.

El argumento parecía irresistible, y ha impresionado á un pensador muy lógico. Merlin se declara, sin vacilar,

1 Toullier, *El derecho civil francés*, t. VI, núms. 293-303, ps. 305 y siguientes.