

LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL.

Por AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO

(Profesor adjunto honorario de Derecho Civil V)

I. Generalidades

1. *Disposiciones aplicables.*— Establece el art. 16 de la ley de matrimonio civil que "la violencia, el dolo y el error sobre la identidad del individuo físico o de persona civil vician el consentimiento". Viene así la ley de matrimonio a hacer aplicación, para este típico acto jurídico familiar, de la doctrina de los vicios de la voluntad que, como motivos de invalidez de los actos jurídicos en general había establecido el Código Civil en el libro segundo, sección segunda, que legisla acerca de los actos jurídicos en general.

De ahí que en principio sean aplicables a los vicios del consentimiento de los actos jurídicos en general, pero la naturaleza especial del acto tenido en vista impone dos órdenes de limitaciones:

a) aquellas que resultan de la ley misma; así, en cuanto al error, que queda limitado a los casos expresamente previstos en el art. 16;

b) aquellas que resultan de la naturaleza del matrimonio, de la cual emerge la inaplicabilidad de disposiciones que carezcan de sentido en cuanto a él, especialmente algunas relacionadas con los efectos patrimoniales de los actos jurídicos en general.

2. *La crítica de la teoría de los vicios del consentimiento.*— En nuestro medio, la teoría de los vicios del consentimiento ha sido objeto de la crítica de Borda, quien la considera falsa y señala que no se dan en el matrimonio los requisitos que la teoría psicológica del consentimiento exige para que éste sea válido: discernimiento, intención y libertad. El discernimiento no sería requisito del matrimonio válido, pues la ley admite su celebración sin límite de edad cuando la mujer ha quedado encinta o ha sido víctima de alguno de los delitos previstos por el art. 132 del Código Penal. Sostiene por otra parte que la falta de libertad en el matrimonio es, más que frecuente, normal, y sólo llega a considerarse desahucio la falta de libertad cuando los consentidos han perdido su libertad y claridad de juicio por estar profundamente enamorados.

Cualesquiera sean los reparos que puedan oponerse a la llamada teoría psicológica clásica del consentimiento, lo cierto es que existe la posibilidad concreta de que éste se halle afectado por las circunstancias que la ley deter-

mina como vicios de él, y que las situaciones en que éstos se dan resultan sin lugar a dudas mercedoras de protección legal. En consecuencia, la crítica formulada queda relegada a un plano puramente teórico y resulta ineficaz para modificar las soluciones prácticas consagradas por la ley, que si algún reparo merecieren sería resultado de otras consideraciones —en especial la deficiente solución dada con relación al vicio de error— mas no de consideraciones referentes al fundamento teórico de la doctrina que la funda. Puede afirmarse, como lo hace Orgaz, que en los casos contemplados en la ley existe interés social en no manosear por la fuerza una unión mal constituida o que aparece desde su comienzo como fracasada.

II. Violencia

3. *Disposiciones aplicables.* — En materia de violencia, resultan aplicables los principios generales establecidos a su respecto en el Código Civil. Así, debe distinguirse la violencia física de la moral.

4. *Violencia física.* — Violencia física es la "fuerza irresistible" ejercida sobre uno o ambos contrayentes para obtener la celebración del acto (art. 936 del Cód. Civil). Si es difícil que ella pueda ocurrir con relación a los actos jurídicos en general —solamente se conciben ejemplos parámetros de escuela, como el clásico de aquél a quien se hace firmar (llevándosele la mano— las solemnidades de que el acto de celebración del matrimonio esal reverseido hacen aún más difícil que pueda configurarse, pues supondría el ejercicio a la vez de la violencia sobre el oficial público —que debería negarse a autorizar el matrimonio en presencia de actos forzosamente notorios como los que configurarían esta situación— o bien que ella fuese ejercida por el propio oficial.

5. *Violencia moral.* — En cambio, más posibilidad de juego existiría con relación a la violencia moral o intimidación, que existe "cuando se impone a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos". (Art. 937 del Cód. Civil). Por consiguiente, "no hay intimidación por injustas amenazas, cuando el que las hace se reduce a poner en ejercicio sus derechos propios" (art. 939 del Cód. Civil).

Debe tenerse en cuenta también la situación subjetiva de quien habría sufrido las amenazas, conforme con el art. 938 del Código, que establece que "la intimidación no afectará la validez de los actos, sino cuando por la condición de la persona, su carácter, habiéndole o seno, pueda juzgarse que ha debido racionalmente hacerle una fuerte impresión".

Por aplicación de estos preceptos, se ha resuelto que no hay violencia cuando se contrae matrimonio para evitar las consecuencias penales de la violación;² en tal caso, aunque hubiese amenazas de ejercer la acción penal,

² Cán. Civ. 2^a, 16-7-43, La Ley 39-364, Jus. Arg. 943-III-779.

la amenaza no sería injusta, conforme con el art. 939. Tampoco la hay en el mero temor de la mujer inmigrante de verse obligada a regresar al país de origen si no contraía el matrimonio concernido previamente para poder ingresar en el país.³

6. *Violencia de un tercero.* — Con relación a ambos tipos de violencia, es de aplicación el art. 941 del Código, que asigna iguales efectos que a la ejercida por una parte sobre la otra a la empleada por un tercero que no interviene en el acto. De tal modo, la violencia que debe tenerse en cuenta en el matrimonio es tanto la proveniente del cónyuge como la de un tercero.

Lo mismo ocurre con los arts. 942 y 943, que hacen responsable al tercero de la indemnización de los daños ocasionados para la parte violentada —solidariamente con la otra parte, cuando ésta es subidora de la violencia, y sólo por el tercero cuando no ocurre así— pues si la ley reconoce expresamente la acción de daños y perjuicios en los casos de nulidad del matrimonio por existencia de impedimentos (arts. 91 y 109 de la ley de matrimonio) no existe óbáculo para su aplicación cuando la nulidad proviene de la existencia de vicios del consentimiento. En tal caso, aunque no hay previsión expresa de la acción en las disposiciones especiales relativas al matrimonio, las de los actos jurídicos en general son aplicables por falta de incompatibilidad con aquéllas.

7. *Temor reverencial.* — En cuanto al temor reverencial, del mismo modo que no tiene efectos en los actos jurídicos en general, tampoco los tiene en cuanto al matrimonio (art. 940 del Cód. Civil).⁴ Pero no debe por eso excluirse la posibilidad de que la violencia sea ejercida por el ascendiente sobre el descendiente, el tutor sobre el pupilo o el superior sobre el subordinado, y en tal caso debe ser tenida en cuenta. Lo que la ley deja de lado es el temor que deriva de la sola existencia de tal tipo de vinculación, situación subjetiva de quien lo sufre, pero no el ocasionado por actos comprendidos en las situaciones de violencia previstas, que nada impide que sea ejercida por las mismas personas con respecto a las cuales podría existir el temor reverencial. Aún más, la vinculación de ese carácter puede dar lugar a una menor exactitud en la apreciación de la existencia de la intimidación, por aplicación de lo dispuesto en el art. 938 del Código.

La doctrina canónica difiere de la ley civil en este punto, pues admite el miedo reverencial como un tipo de violencia moral. Entiende por miedo reverencial el causado por la autoridad de aquél a quien alguien se halla sometido y debe honor y reverencia, producido por el mal que sobrevendría en caso de desobediencia. Es el llamado miedo relativamente grave, porque lo es para una persona determinada y no lo sería para otras.

³ Cím. Civ. 2^o, 35-6-43, La Ley 39-356.

⁴ Cím. Civ. 2^o, 24-8-43, La Ley 40-187.

8. *Rapto*. — En el derecho romano antiguo el rapto, si bien era delito sujeto a pena capital, no impedía la validez del matrimonio. El derecho Justiniano, en cambio, lo consideró, además de un delito, un impedimento dirimente perpetuo para el matrimonio entre el raptor y la raptada.*

En el derecho germánico, si bien también era considerado un delito, una vez pagada la composición pecuniaria que correspondía, nada obstaba a la celebración de matrimonio válido entre raptor y raptada.

En el derecho canónico es impedimento dirimente, pero temporal. Cesa una vez que la raptada se halla fuera del poder del raptor y en lugar seguro. Comprende, además del rapto propiamente dicho, la retención violenta de la mujer (canon 1074).

En el derecho comparado, contemplan el rapto como impedimento dirimente los códigos brasileño, español y mejicano; en el alemán, constituye una forma de amenaza ilegal.

En nuestra ley no está contemplado por sí solo, pero podría constituir una forma de violencia.

9. *Seducción*. — El derecho canónico contempla también el llamado rapto de seducción —a diferencia del rapto propiamente dicho, o rapto de violencia— que consiste en el que se hace con una mujer menor de edad, con consentimiento de ella pero ignorándolo u oponiéndose los padres o tutores. Si bien es delito, no es impedimento matrimonial ni causa de nulidad (canon 2353).

En el antiguo derecho francés, la jurisprudencia extendió al rapto de seducción las soluciones referentes al rapto de violencia, creando así un impedimento dirimente para el matrimonio de menores de edad celebrado sin el consentimiento paterno. Se tendía de tal manera a solucionar la situación dada por aplicación del derecho canónico, en el cual la falta de consentimiento paterno no es causa de nulidad. La disposición no pasó al Código Napoleón, pero debe tenerse en cuenta que en éste —a diferencia del derecho canónico y el nuestro— la falta de consentimiento paterno es causa de nulidad del matrimonio (art. 182).

En nuestro derecho, la seducción no es por sí sola causa de nulidad, pero podría llegar a serlo si reuniere los caracteres del dolo.

III. Error

10. *Derecho canónico*. — En derecho canónico se distingue el error de hecho y el de derecho, y dentro del primero el error sobre la persona y el error sobre las cualidades de la persona.

* Cód., l.^o 9, tit. 13, ley única; Nov. 123, cap. 43.

El error sobre la persona ("error personarum") es motivo de invalidez del matrimonio (canon 1083, § 1). Consiste en el error sobre la identidad física de la persona, es decir, el caso de quien intenta casarse con determinada persona y lo hace con otra, supuesto tomado del caso bíblico de Jacob, que cayó con Lia en lugar de hacerlo con Raquel.

El error sobre las cualidades de la persona ("error qualitatis"), en cambio, no es —en principio— motivo de invalidez. Pero tal principio reconoce dos excepciones:

a) El error sobre las cualidades que redundan en error sobre la persona ("error qualitatis in personam redundans"), que se produce cuando ha existido intención de contraer matrimonio con la persona que revistiera determinada calidad individual que no le pertenece más que a ella. De tal situación, los canonistas dan como ejemplos el matrimonio consumido con el príncipe heredero de un estado, que luego resulta no serlo, el primogénito de una familia, que en realidad es el segundo o ulterior hijo, el más eminente matemático de una escuela, que luego resulta ser un fraude, o el héroe de una batalla, que luego resulta ser un vencedor de una batalla. Es un supuesto que difícilmente acontece, pues el matrimonio se contrae ordinariamente en consideración a la persona del otro contratante y no a sus cualidades, aunque se trate de una cualidad única que lo distinga de toda otra persona.

b) El error sobre la condición del otro contratante ("error conditionis"), que tiene lugar cuando se contrae matrimonio con un esclavo creyéndolo libre (canon 1083, § 2). Este supuesto ha perdido aplicación práctica ante la desaparición de la esclavitud.

De tal modo, queda excluido todo otro error sobre cualidades del otro contratante, por sustanciales que ellas fueran, como los casos en que se contrae matrimonio con un enfermo creyéndolo sano, con una prostituta creyéndola mujer virtuosa, con un delincuente creyéndolo honrado, con un plebeyo creyéndolo noble, o con un pobre creyéndolo rico ("error fortunae"), etc.

En cuanto al error de derecho, contempla el derecho canónico la ignorancia de la esencia y fines del matrimonio, que se produce cuando los contratantes ignoran que el matrimonio es una sociedad permanente entre varón y mujer para engendrar hijos, ignorancia ésta que no se presume después de la pubertad (canon 1082). Pero no basta el error acerca de la unidad, indisolubilidad o dignidad sacramental del matrimonio (canon 1084) ni la certeza u opinión de que el matrimonio consumido va a ser nulo (canon 1085).

11. *Derecho francés.* — En el antiguo derecho francés se conocía la distinción canónica entre el error en la persona y el error en las cualidades de la persona, distinción que fue expuesta por Pothier, quien únicamente aceptaba el primero como vicio del consentimiento en el matrimonio.

El Código Napoleón parece haberse inclinado por esa tesis, pues en su art. 180 solamente prevé el error en la persona. Sin embargo, sus intérpretes están divididos. Mientras unos consideran que sólo comprende el error acerca de la individualidad física (Zacharias, Laurent), otros estiman comprendido también el error sobre la individualidad civil, que esa vez dada por el nombre y las demás cualidades sociales que determinan a una persona como la pertenencia a determinada familia (Aubry y Rau, Baudry-Lacanciniere y la generalidad de la doctrina clásica); tal supuesto era denominado por Napoleón "error en la familia". Por último, otros autores y en especial la doctrina moderna, se inclinan por la opinión de que deben ser tenidas en cuenta no sólo las cualidades de la persona referentes al estado y la familia, sino también las cualidades morales o cualidades sustanciales de la persona; tratase de errores más graves que el error en la familia y su determinación sería una cuestión de hecho librada a la apreciación judicial (Joussand, Colin y Capitant, Planiol, etc.).

La Corte de Casación tuvo oportunidad de decidir la cuestión en fallo dictado el 24 de abril de 1862.² Se había planteado la nulidad del matrimonio sobre la base de que la mujer se había casado sin saberlo con un ex-presidiario, que había sido condenado a 15 años de trabajos forzados por complicidad en un asesinato. La Corte decidió que sólo podía tenerse en cuenta el error sobre la identidad física o civil de la persona, de modo que el caso no estaba encuadrado en la previsión legal. Consideró que si bien la nulidad no debía restringirse al caso de error derivado de la sustitución fraudulenta de una persona por otra, solamente podría considerarse el caso en que uno de los esposos se haya hecho aceptar presentándose como miembro de una familia que no es la suya y se haya atribuido las condiciones de origen y filiación que pertenecen a otro; mas no el error sobre las condiciones y cualidades de la persona, por más deseoso que el otro cónyuge pudiera haber sufrido.

A pesar de tal decisión, posteriormente otros tribunales inferiores desconocieron esta doctrina, al admitir casos de errores sobre cualidades sustanciales. Tuvose así en cuenta el error sobre la nacionalidad en casos en que, durante la primera guerra mundial, mujeres francesas contrajeron matrimonio con alemanes creyéndolos alemanes o lozaneses; para llegar a tal solución se tomó en consideración la situación a que la mujer quedaba sometida como consecuencia de tales matrimonios, pues perdía su nacionalidad francesa para adquirir la de su marido, lo que la sometía a las restricciones impuestas durante la guerra a los nacionales de países enemigos. También se admitió el error sobre el estado civil, en caso en que una mujer contrajo matrimonio con un divorciado y padre de un hijo, creyéndolo soltero. Tales supuestos no son propiamente de error sobre la identidad civil, mas por su semejanza pudieron ser asimilados. Sin embargo, se ha ido aún más lejos, pues también es admitido la nulidad por el error de creer que el concu-

² Dalles 1862-1-113.

yente no estaba ligado por un matrimonio religioso anterior, cuando en realidad lo estaba, y por haber sido detenido el contrayente inmediatamente después de la ceremonia en razón de estar acusado de un delito. La doctrina moderna aprueba estas soluciones excepcionales.

12. *Otras relaciones legislativas.* — Las soluciones de la legislación comparada oscilan entre la restricción y la amplitud de los casos de error.

Está restringido al error sobre la identidad de la persona en los códigos español, italiano, mejicano y venezolano. El código italiano de 1865 aludía al error en la persona (art. 103). La doctrina y la jurisprudencia se habían inclinado por reconocer que estaba comprendido el error sobre las cualidades sustanciales de la persona, pero esta tesis halló resistencia en la Corte de Casación; este tribunal llegó a admitir, sin embargo, que el error del art. 103 se refería también a las cualidades esencialmente inherentes a la persona, entendida no únicamente en sus atributos físicos sino también en los civiles y sociales, siempre que esa inherencia fuera tal que hiciera de esa misma persona una individualidad distinta de las otras, en forma que su defecto importase casi la transformación de la personalidad.⁸ El código de 1942 (art. 122) adoptó un texto similar al canónico, al aceptar sólo el error sobre las cualidades de la persona que se resuelve en error sobre la identidad de la persona.

Otras legislaciones establecen fórmulas generales de gran amplitud. Así el código alemán (art. 1333) y la ley alemana de matrimonio vigente actualmente (arts. 31 y 32) contemplan el error sobre la identidad de la persona o sobre cualidades personales que, conocidas antes de la celebración y apreciando razonablemente la esencia del matrimonio, habrían disuadido al otro cónyuge de celebrarlo. El código suizo (art. 124) comprende el error sobre la identidad de la persona y el que versa sobre cualidades tan esenciales de ella que en su ausencia no pueda exigirse razonablemente el mantenimiento de la vida en común.

Finalmente, otras legislaciones hacen enumeración de los casos de error que pueden ser computados. Así, el código brasileño contempla el error esencial (art. 218) y enumera los casos que deben considerarse de error esencial, que son los siguientes: 1) el error sobre la identidad del otro cónyuge, su honor y buena fama, siempre que este error fuera de tal naturaleza que, después de ser conocido, haga insoportable la vida en común; 2) la ignorancia de crímenes inafianzable cometido por el otro contrayente antes del matrimonio y definitivamente juzgado por sentencia condenatoria; 3) la ignorancia anterior al matrimonio de defecto físico irremediable o de enfermedad grave y transmisible por contagio o herencia, susceptible de poner en peligro la salud del otro cónyuge o de su descendencia; 4) el desfloramiento de la mujer, ignorado por el marido (art. 219). El código peruano establece que el error puede versar sobre la identidad del otro contrayente o consistir

⁸ Fallo del 5-12-1911, *Giurisprudenzia italiana*, 1912-1-1-61.

en la ignorancia de algún defecto sustancial del mismo que haga insostenible la vida en común; se entiende por defecto sustancial la vida económicamente deshonrosa, el haber sido condenado por delito a más de 2 años de penitenciaría, relegación o prisión, y la enfermedad incurable, transmisible por contagio o herencia, como también cualquier vicio que constituya un peligro para la prole (art. 147).

El error de derecho está contemplado en la legislación alemana (art. 1332 del código y art. 31 de la ley de matrimonio) y en el código suizo (art. 124), en los casos en que la intención no ha sido la de contraer matrimonio.

13. *Proyecto argentino de reforma.* — El Anteproyecto de Biliboni establece una fórmula general similar a las de la legislación germánica. Contemplaba el error sobre la persona o sobre las cualidades personales del otro cónyuge de tal naturaleza que no se habría contraído el matrimonio si se hubiese conocido el estado de las cosas y apreciado razonablemente la unión que se buscaba.

En cambio, el Proyecto de 1936 adopta una enunciación similar a la del código brasileño. Expresa que el error o la ignorancia sólo puede referirse: 1) a la identidad del otro cónyuge, a su honra y buena fama, cuando fuere de tal naturaleza que el conocimiento ulterior impidiese continuar la vida en común; 2) al hecho de haber cometido el cónyuge un delito, juzgado por sentencia firme y condenatoria, cuando el conocimiento de ello colocare al otro en el supuesto de no poder continuar la vida en común; 3) a la existencia de un defecto físico irreparable, o enfermedad grave, contagiosa o hereditaria, susceptible de poner en riesgo la salud del otro esposo o de los hijos (art. 390).

14. *Interpretación del texto argentino.* — El art. 16 de la ley de matrimonio civil contempla el error sobre la identidad del individuo físico o de la persona civil. Tal fórmula fue adoptada en el Senado, pues el proyecto del Poder Ejecutivo studia al "error sobre la persona".

Ningún inconveniente existe en la interpretación del primer caso, error sobre la identidad del individuo físico: es el error sobre la persona en su interpretación más restrictiva. Es un supuesto poco menos que imposible de darse en la práctica, pero su posibilidad se concibe en caso de matrimonio por poder, en que el mandante lo contraiga con un homónimo de la persona con quien quería casarse el poderdante, o de ceguera de uno de los contrayentes y sustitución del otro. Los repertorios de jurisprudencia no registran ningún caso de error sobre la identidad del individuo físico; pero se cita uno ocurrido en Suecia: Un sueco residente en Estados Unidos mantuvo correspondencia con una compatriota residente en su país natal, le ofreció matrimonio y se dirigió a su país para escuchar su decisión; la carta en que tal ofrecimiento hizo fue entregada a una homónima, la que lo aceptó y celebró el matrimonio con él. Luego el contrayente advirtió el error de

no haberse casado con la mujer con quien había sostenido la correspondencia. Habo error sobre la identidad de la persona física, sin dolo.⁷

Lo que ofrece dificultades es determinar el alcance de la expresión "identidad de la persona civil". A este respecto, se dan tres soluciones:

a) La más amplia es la sostenida por Spota, que entiende comprendidos todos los casos de error sobre las cualidades sustanciales de la persona. Funda su opinión en la mayor importancia que como motivos determinantes del consentimiento revisten algunas de tales cualidades frente al nombre, el vínculo de filiación y el estado civil, y en el hecho de haberse aceptado en la ley el dolo como vicio del consentimiento; este último es, para él, el argumento decisivo.⁸

b) Otros autores, como Frías, sostienen una interpretación muy restrictiva, pues exigen que exista una distinta personalidad civil, es decir, que el error debe recaer sobre el conjunto de los elementos o atributos que individualizan a la persona en la vida civil.

c) Finalmente, se afirma que el error puede recaer sobre sólo alguno de esos elementos o atributos. Así, Llerena atendía al estado civil, y Lafaille a él y a la situación de familia.

La tesis de Spota debe ser desechada. Si bien es verdad que el error acerca de determinadas cualidades de la persona puede recaer mayor grado que el relativo a la personalidad civil, lo cierto es que la ley ha limitado la aplicación del vicio a este supuesto y semejante interpretación extensiva es contraria al tenor legal. Por lo que hace a la admisión del dolo, nada obsta y, es además lógico, que en caso de existir dolo la ley haya sido menos exigente y pueda contemplar supuestos de error que no viciarían el consentimiento si derivase de la situación subjetiva de error que padece un contrayente pero sí cuando se originan en acciones u omisiones dolosas del otro.

La interpretación correcta debe partir de la base de que la ley adoptó la fórmula que al tiempo de su sanción regía en la jurisprudencia francesa, según el antes recordado fallo de 1862. Precisamente el proyecto del Poder Ejecutivo contenía disposición similar a la del Código Napoleón y en el Senado se la modificó para introducir un tenor concordante con la jurisprudencia de la Casación francesa. Las enseñanzas de Aubry y Rau y de la doctrina clásica francesa eran ya bien conocidas en la sanción de la ley de matrimonio civil; por consiguiente, la intención de los legisladores no puede haber sido otra que la de eliminar la dificultad interpretativa mediante la adopción de la solución consagrada en la jurisprudencia francesa.

⁷ Citado por Maffía, en "Dolo y error en materia matrimonial", La Ley 108-1123

⁸ Spota: "Tratado de Derecho Civil", t. II, vol. 1, Nº 63 y t. I, vol. 3-4; nos. 1481-1512.

Sin embargo, actualmente la interpretación no debe ser exactamente la misma que la de la Corte de Casación de 1862, que ya ha sido superada en su propio país. Por un lado, debe excluirse el error sobre el nombre, la familia o la filiación, que en el estado actual de la evolución de las costumbres no revisten el carácter de elementos decisivos para el otorgamiento del consentimiento matrimonial; lo mismo ocurre con relación a la condición noble del otro contratante, en razón de la igualdad ante la ley y la supresión de títulos de nobleza consagrados por el art. 16 de la Constitución Nacional.

Por el contrario, ha de estimarse comprendido el error sobre el estado civil, elemento integrante de la personalidad civil de relevancia indiscutible, en especial cuando se contrae matrimonio con una persona divorciada creyéndola soltera y las convicciones religiosas del otro contratante le hubieran impedito celebrar "la acto." "Tashóten"na ha de estimarse comprendido en caso de viudez, especialmente cuando existen hijos del matrimonio anterior, pues aunque no haya razones de orden religioso puede admitirse que no se desea contraer la unión con quien tiene o ha tenido otra familia. En suma, el error sobre el estado civil puede darse en todo caso en que se contrae matrimonio con una persona a quien se cree soltera y en realidad es divorciada o viuda.

En cuanto al error sobre la nacionalidad, carece de relevancia por lo menos en nuestro país y en la actualidad, en especial por la circunstancia de que no existe cambio de la nacionalidad de la mujer en razón del matrimonio. Sin embargo, podría llegar a ser de alguna importancia en caso de guerra con otro país en que fuera admisible pensar que en caso de haberse conocido la nacionalidad enemiga del otro contratante el matrimonio no se hubiese celebrado.

Todo otro tipo de error queda excluido de la enunciación legal, pues no hay otro elemento de la personalidad civil cuya importancia sea tan relevante que pueda ser considerado motivo legítimo del consentimiento matrimonial.

En suma, hay error sobre la identidad de la persona civil cuando el vena sobre algún elemento o atributo de la personalidad que pueda legítimamente haberse tenido en cuenta para otorgar el consentimiento; y el único elemento que —en nuestro país y en el momento actual— podría ser así considerado— es el estado civil.

13. *Aplicación de principios generales.* — La aplicación de casi todas las disposiciones generales del Código Civil referentes al error queda excluida por la norma especial del art. 16 de la ley de matrimonio.

Sin embargo, resta la discusión de si es aplicable el art. 929, según el cual el error debe ser excusable, es decir que "no podrá alegarse como la ignorancia del verdadero estado de las cosas proveniente de una negligencia culpable". En su contra se arguye que si el error reviste tal gravedad que

queda comprendido en la disposición del art. 16 sería una sanción excesiva para el conyugue negligente privado de la acción de nulidad. Sin embargo, en materia matrimonial es admisible la exigencia de que haya mediado una razonable preocupación por conocer los antecedentes del otro conyugue, de donde el error debería ser excusable para ser admitido.

IV. Dolo

16. *La exclusión es derecho canónico y francés.* — El derecho canónico no contempla el dolo como vicio del consentimiento matrimonial. Sólo se atiende, en consecuencia, al error, sin que quepa establecer diferencias sobre la base de que éste sea espontáneo o provocado por el dolo del otro conyugue o de un tercero. Se estima que no cabe hablar de dolo en un sacramento que de por sí produce bien espiritual, lo que excluye el interés en la acción, a menos que el vicio se traduzca en error que haga anulable el acto; se teme también la introducción por esta vía de un sucedáneo del divorcio.

Lo mismo ocurre en el derecho francés. Ya en el antiguo derecho consuetudinario era tal la solución, y llegó a considerarse que no debía retirarse en cuenta por ser natural que existiese en el matrimonio, pues para llegar a él los futuros conyugues trataban de aparecer con virtudes que en realidad no tenían. "En mariage il trompe qui peut" (en matrimonio engaña quien puede), decía una de las máximas de Loyseau en sus "Institutes coutumières".

La doctrina moderna halla otros fundamentos más jurídicos para la exclusión. Así, se dice que el dolo no es en realidad un vicio del consentimiento, sino un motivo que engendra el error; en materia consuetual se sanciona a su autor privando de efectos al contrato cuando no sería suficiente el error por sí solo, pero en materia matrimonial —en razón de la gravedad del efecto— el error debe ser apreciado en sí mismo, independientemente del motivo que lo determinó.

17. *El dolo en nuestra ley.* — En cambio, la ley de matrimonio civil argentina ha admitido el dolo como vicio del consentimiento matrimonial. En consecuencia, todo error relativo a la persona del otro conyugue que por sí mismo no podría dar lugar a la anulación del matrimonio debe ser tenido en cuenta si no es espontáneo sino provocado por el engaño del segundo; lo que no significa que el dolo sólo pueda referirse a las cualidades personales de quien lo ejerce, como se verá más adelante al ejemplificar los principales casos de dolo.

Con relación a ese vicio, resultan aplicables la mayor parte de los principios generales del Código.

En primer lugar, cabe la existencia de acción dolosa, consistente en "toda aseveración de lo que es falso o disminución de lo verdadero, cualquier

artificio, astucia o maquinación que se emplea" con el fin de lograr la ejecución del acto (art. 931) y de omisión dolosa, que consiste en la "retención u ocultación dolosa" (art. 933). Precisamente la segunda de las formas de dolo es la que tiene mayor campo de acción posible en materia de matrimonio.

Para que el dolo pueda ser causa de nulidad del matrimonio es preciso que se reúnan las siguientes circunstancias contempladas por el art. 932 del Cód. Civil:

- a) que sea grave (inc. 1);
- b) que haya sido causa determinante del acto (inc. 2);
- c) que no haya habido dolo por ambas partes (inc. 4).

En cuanto al requisito del inciso 3, que haya ocasionado un daño importante, resulta superfluo pues está dado por el solo hecho de haberse obtenido la celebración del matrimonio mediante la acción o la omisión dolosa.

Por lo que hace al dolo incidente, previsto por el art. 934, carece de efectos en materia matrimonial, pues sólo se concibe en ésta el efecto de nulidad del matrimonio y no el de resarcimiento de daños. De tal manera, o bien el dolo es determinante y es causa de nulidad, o bien no lo es y carece de efectos.

También debe ser tenido en cuenta el dolo proveniente de una tercera persona (art. 935), aunque es más difícil que ocurra en el matrimonio.

Fuera de las condiciones generales establecidas por el Código Civil, cabe requerir que el engaño verse sobre causas legítimas del consentimiento matrimonial, ya que de lo contrario no existiría interés digno de la protección legal.⁹

18. *Cases de dolo.* — Sin que pueda hacerse una enumeración completa de los posibles casos de dolo en el matrimonio, conviene ejemplificar sistematizando los principales supuestos que han sido materia de juzgamiento o que podrían presentarse.

1) Engaño sobre cualidades físicas:

a) Defecto físico en general: En principio, el ocultamiento de un defecto físico, sea que disminuya las cualidades estéticas, la capacidad de trabajo o la salud de un cónyuge, no vicia el consentimiento. Pero si se trata de un defecto físico grave que pueda hacer repugnante la convivencia a punto tal que pueda estimarse que de haberlo conocido el matrimonio no se habría celebrado, debe ser tenido en cuenta.

⁹ Cfm. Nac. Civil, Sala C., 8-6-63, La Ley 108-798.

Un fallo de Mendoza rechazó la nulidad por ocultamiento de defectos físicos de la mujer —calvicie total disimulada con peluca, carencia de cejas y pesetas y grave defecto de la vista— pero no por insuficiencia de los defectos en sí, sino por considerar que no podían haber pasado inadvertidos durante el noviazgo, por breve que hubiera sido.¹⁰

b) Defecto físico de los órganos sexuales: Este tipo de defecto no puede dar lugar a vicio del consentimiento, pues a su respecto existe un precepto expreso de la ley que lo excluye: el que instituye la impotencia como causal de nulidad del matrimonio (art. 85 inc. 4 de la ley de matrimonio). Luego, o bien el defecto da lugar a impotencia y es causa de nulidad, o bien no da lugar a ella y carece de efecto.

En cuanto a la esterilidad, no cabe tenerla en cuenta aún cuando sea conocida y ocultada por el cónyuge que la padece, pues no impide el cumplimiento de los fines del matrimonio.¹¹

c) Enfermedad contagiosa o hereditaria: El ocultamiento de enfermedad contagiosa o hereditaria capaz de poner en peligro la salud del otro cónyuge o de la descendencia que pudiere haber de la unión es un caso de dolo que debe ser admitido, pues cabe presionar que nadie contraería matrimonio conociendo una situación tal.

Una situación de este tipo —ocultación de la sífilis que padecía el novio— dio lugar a la anulación del matrimonio en un ya antiguo fallo.¹²

d) Engaño sobre la virginidad: El engaño acerca de la virginidad de la mujer no debe considerarse incluido, en virtud de razones de dos diferentes órdenes. En primer lugar, desde el punto de vista técnico, porque implicaría un rigor con relación a la conducta anterior al matrimonio de una sola de las partes que no merece protección legal pues sería vejatorio y constituiría una afrenta a la dignidad de la mujer. En segundo término, desde el punto de vista práctico, porque sería prácticamente imposible probar si el desfloramiento se produjo antes o después del matrimonio, y en el primer caso si era conocido por el novio, pues una revelación de tal índole seguramente se habría hecho confidencialmente.

e) Ocultación de embarazo: La ocultación del embarazo de la mujer anterior al matrimonio y proveniente de relaciones con un tercero sería un engaño de gravedad suficiente para configurar el dolo.

f) Suposición de embarazo: En cambio, la suposición de embarazo para obtener el consentimiento del novio, no pasaría de ser un ardid intrin-

¹⁰ Cím. Civ. y Min. Mendoza, 7-5-43, La Ley 30-908.

¹¹ Cím. Nac. Civil, Sala A, 1-7-53, fallo inédito citado por Borda.

¹² Cím. Civ. 1º, 27-12-1910, Jurisprudencia de los Tribunales Nacionales, 1910, t. IV, pág. 2195.

cendense, pues en modo alguno cabe concluir que su voluntad quedase excluida por el hecho de no existir en realidad tal situación.

2) Engaño sobre las cualidades morales: El engaño sobre las cualidades morales debe ser admitido, cuando se trata de situaciones de gravedad tal que pueda suponerse que de haber sido conocidas antes del matrimonio ére no habría sido contraído, y que a la vez al llegar al conocimiento del otro conyugue le hagan intolerable el mantenimiento de la vida en común.

Ello ocurre, por ejemplo, en los casos de condena penal por delito grave, ejercicio de la prostitución, vida deshonrosa de la mujer anterior al matrimonio, concubinato anterior del que hubo hijos, o simplemente existencia de hijos extramatrimoniales.

Entre los casos juzgados en nuestro país, cabe destacar la existencia de concubinato con otra mujer, con intención de continuar manteniéndolo después del matrimonio.¹³ La acción fundada en un concubinato anterior del marido se rechazó, más no porqué no configurarse dolo ni ocultación, sino por falta de prueba.¹⁴ Lo mismo ocurrió con el ocultamiento de la vida licenciosa de la mujer anterior al matrimonio, que no se admitió por falta de prueba de los ardides y argucias empleados para obtener el consentimiento,¹⁵ y con la existencia de un hijo ilegítimo de la mujer a quien éra hacia pasar por sobrino, por no acreditarse que el marido ignorase la verdad.¹⁶

3) Engaño sobre cualidades intelectuales: No existe dolo en el engaño sobre cualidades intelectuales, pues éstas pueden ser fácilmente apreciadas mediante el trato personal mantenido durante el noviazgo.

Rechazóse así como fundamento de la nulidad el engaño sobre la verdadera cultura universitaria del novio, estudiante de ingeniería de 3er. año que decía serlo de 5º.¹⁷

4) Engaño sobre cualidades civiles:

a) Nacionalidad: En principio, el engaño sobre la nacionalidad no es motivo valedero para anular el matrimonio, por lo menos en el estado actual de nuestra legislación y nuestras costumbres. Sin perjuicio de ello, podrá serlo en los casos de excepción mencionados al tratar anteriormente sobre el error, si ellos se presentasen.

b) Edad: El engaño sobre la edad tampoco debe ser admitido, por no revertir la suficiente gravedad.¹⁸

¹³ Cám. Civ. 2ª, 17-10-34, *Gas. del Foro*, 33-46.

¹⁴ Cám. Civ. 1ª, 23-1-31, *La Ley* 23-807.

¹⁵ Cám. Civ. 2ª, 12-12-38, *La Ley* 13-733, *Jur. Arg.* 64-908.

¹⁶ Cám. Nac. Civ., Sala C., 6-6-35, *La Ley* 79-711.

¹⁷ Cám. Nac. Civ., Sala C., 10-7-39, *La Ley* 96-176, *Jur. Arg.* 93º-VI-112.

¹⁸ Cám. Nac. Civ., Sala B., 6-7-39, *La Ley* 93-636, *Jur. Arg.* 96º-III-333.

c) Condición social: Tampoco debe admitirse, actualmente y en nuestro país, el engaño sobre la condición social. No existen títulos nobiliarios, y la condición social del contratante no constituye motivo legítimo del consentimiento matrimonial, fuera de que puede ser apreciada por el conocimiento de las partes durante el noviazgo.

d) Filiación: El engaño sobre la verdadera filiación no parece ser una circunstancia decisiva para llegar al matrimonio.

En un caso fue desechado. La mujer se decía hija legítima de un diplomático, de quien la madre se decía separada, cuando en verdad era hija natural y hermana de un maleante. Se consideró que no pudo haber engaño sobre la honestidad de la familia, porque los cónyuges habían vivido en concubinato antes del matrimonio con la tolerancia de la madre de la esposa.²⁰ Pero quedó sin solución el caso en que el engaño se hubiese producido realmente.

A mi juicio, no cabe considerar el engaño sobre la filiación así sobre la familia a la cual se dice pertenecer el contratante, pues no se trata de condiciones personales supras decisivas para la celebración del matrimonio.

e) Estado civil: El engaño sobre el estado civil, de quien se hace pasar por soltero cuando en realidad es divorciado o viudo, es suficiente para configurar dolo. Si el error sobre este punto vicia el consentimiento aunque no haya engaño, con mayor razón debe ocurrir así en caso de haberlo.

Se anuló por dolo un matrimonio en que el marido había ocultado su estado civil de casado y contraído matrimonio cuatro días después de enviudar, cuando ya se habían iniciado las diligencias previas a la celebración.²¹ En cambio, la nulidad se denegó en otro en que la mujer había ocultado su estado civil de divorciada, pues no se estimó acreditado que de haberlo conocido el esposo no se hubiera casado.²² Evidentemente, en estos casos deben ser tenidas en consideración las ideas religiosas o morales del cónyuge engañado.

f) Condición sacerdotal: El ocultamiento de la condición de sacerdote debe ser tenido en cuenta, especialmente cuando se trata de un sacerdote católico y la novia pertenece a la misma religión, pues ello le impediría celebrar matrimonio canónico válido en razón del impedimento de orden, lo que afectaría sus convicciones religiosas.

g) Fortuna: El engaño sobre la fortuna o la situación patrimonial no

²⁰ Cóm. Civ. 1ª, 19-6-42, La Ley 37-66, Jur. Arg. 942-III-426.

²¹ Cóm. Civ. 2ª, 26-12-46, La Ley 49-461, Jur. Arg. 947-6-419. En sus autos, el Dr. Chase opinó en su voto que había error sobre la identidad de la persona casada.

²² Cóm. 1ª Civ. y Com. La Plata, 28-9-54, La Ley 75-568, Jur. Arg. 954-III-492.

debe ser considerada, pues no se trata de un motivo legítimo del consentimiento matrimonial.³⁹

5) Engaño sobre intenciones del contrayente con relación a la vida en común: El engaño puede versar también, no ya sobre cualidades o condiciones del contrayente, sino sobre otras circunstancias capaces de tener influencia decisiva sobre la decisión de contraer matrimonio, en especial determinadas intenciones con relación a la vida en común ulterior.

a) Promesa incumplida de celebrar matrimonio religioso: El incumplimiento de la promesa de celebrar matrimonio religioso después de la ceremonia civil es motivo suficiente para tener por configurado el dolo, especialmente cuando el otro contrayente es creyente y no cabe suponer que habría admitido la iniciación de la vida en común sin la consagración religiosa de la unión. Existen varios fallos en este sentido.⁴⁰

Cabe señalar que no se trata en estos casos —como erróneamente afirma algún autor— de engaño sobre las ideas religiosas, pues no bastaría que se tratase de un acto si está dispuesto a celebrar el matrimonio con dispensa del impedimento de disparidad de cultos.

b) Negativa de iniciar la vida en común o unión con ánimo de no consumar el matrimonio: Estas situaciones pueden dar lugar a la nulación del matrimonio, pues se trata de engaños tales que defraudan la legítima esperanza del otro contrayente de contraer un matrimonio normal.⁴¹

V. Vicios no admitidos por nuestra legislación

19. *Reserva mental.* — Existe reserva mental cuando uno de los contrayentes, a pesar de expresar formalmente su voluntad de contraer el matrimonio, en su fuero interno no desea la realización del acto, o bien la desea pero con determinadas condiciones que no se ponen de manifiesto formalmente.

El derecho canónico reconoce el principio de que se presume que el consentimiento interno de la voluntad está en conformidad con las palabras o signos empleados en la celebración del matrimonio (casos 1086 § 1). Pero tal presunción es "iuris tantum", ya que en determinadas situaciones admite prueba en contrario. Trátase de los casos en que una de las partes o las dos, por un acto positivo de la voluntad, excluyen el matrimonio mismo (intención de no contraer) o bien todo el derecho al acto conyugal, o alguna

³⁹ Cám. Nac. Civ., sala C., 10-7-59, La Ley 96-176, Jur. Arg. 33989-113.

⁴⁰ Cám. Nac. Civ., sala C., 8-6-63, La Ley 108-798. 1ª instancia civil firme: Juan Dr. Albarrín, 26-8-55, Jur. Arg. 954-1-456; Juan Dr. Caballero, 23-2-62, El Derecho 2-538.

⁴¹ Cám. Nac. Civ., sala D, 10-8-54, Jur. Arg. 954-IV-226. 1ª instancia firme de Mendoza, 26-4-63, La Ley del 13 de julio de 1965.

vamente en el art. 16. Otra solución implicaría crear una peligrosa fuente de invalidez nupcial, susceptible de atacar contra la estabilidad del vínculo.

En consecuencia, ni reserva mental, ni falta de seriedad en la expresión del consentimiento pueden dar lugar a vicio de éste susceptible de ocasionar la nulación del matrimonio por sí solos; pero si reuniesen los caracteres del dolo podrían dar lugar a la aplicación de las soluciones contempladas con respecto a él. Así, en los antes citados casos de negativa a celebrar la ceremonia religiosa, o de celebración con ánimo de no iniciar la vida en común o no consumar el matrimonio, hay en realidad en el acto del matrimonio una reserva mental de caracteres dolosos.

En cuanto a la simulación, tampoco es vicio del acto matrimonial que admite la ley argentina. Negóse así la acción de nulidad fundada en que el matrimonio se había contraído para facilitar al novio la exención del servicio militar, pero con el acuerdo de no consumarlo.²⁴

BIBLIOGRAFIA ELEMENTAL DERECHO ARGENTINO

Obras generales

- Prayon, Eduardo: Nociones de Derecho Civil. Derecho de Familiar (compilación de Luis A. Foderri Costa). Buenos Aires 1914. Cap. V.
- Lafaille, Héctor: Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia (compilación de Pedro Frutos e Inés P. Argiello). Buenos Aires 1930. Cap. II. § V, Nros. 39 a 71.
- Borda, Guillermo A.: Tratado de Derecho Civil Argentino. Familia. Buenos Aires 1933. Tomo I, cap. II, II.
- Rébora, Juan Carlos: Instituciones de la familia. Tº II: El matrimonio. Buenos Aires 1933.
- Basso, Eduardo B.: Código Civil anulado. Tº II. Buenos Aires 1945. Nota al art. 16 de la ley de matrimonio civil.
- Spota, Alberto G.: Tratado de Derecho Civil. Tº I, vol. 3-6, Buenos Aires 1945. Tº II, vol. 1, Buenos Aires 1962.

Trabajos especiales

- Consejo, Raúl J.: "El error y el dolo, causas de anulabilidad del matrimonio". La Ley 48-461.
- Frías, J. A.: "El matrimonio, sus impedimentos y nulidad". Córdoba 1941.

²⁴ Cám. Inv. Civ. con La Plata, sala III, 2 0-63, La Ley 112-203.

- Orga, Alfredo: "Los vicios del consentimiento y la nulidad del matrimonio", en La Ley 72-84, y en Nuevos Estudios de Derecho Civil, pág. 379.
- Matella, Jorge O.: "Dolo y error en materia matrimonial", La Ley 109-1125.

Proyectos de Reformas

Anteproyecto de Juan A. Bóhls y Proyecto de la Comisión de 1936.

DERECHO COMPARADO

- Fernández Cárdeno, Luis: "El derecho de familia en la legislación comparada", México 1947.
- Códigos civiles de diferentes países.

DERECHO CANONICO

- Código de Derecho Canónico y legislación complementaria (texto bilingüe latino y castellano acordado por Lorenzo Miguelín Domínguez, Sebino Alonso Morán y Marcelino Cabrerizo de Ana). Madrid 1962.
- Kersch, A.: "Derecho matrimonial canónico" (trad. de Gómez Piñón). Madrid 1932.
- Cárdeno, Juan: "El derecho matrimonial" (trad. de José Ángel Fernández Arroyo). Barcelona 1939.
- Iribarne, Ramón: "El matrimonio civil comparado con el canónico", Buenos Aires 1963.

DERECHO FRANCÉS

- Massad, Henri, León y Jean: Lecciones de Derecho Civil (trad. de Luis Alcalá Zamora y Castillo). Paris 1ª, vol. III. Buenos Aires 1939. Lección XXXV.
- Ripert, Georges y Boulanger, Jean: Traité de Droit Civil según el Traité de Fustol (trad. de Delia García Durozour). Tª II, vol. 1. Buenos Aires 1963. Segunda parte, cap. II, sección 1, § 2.