

CAPITULO III DEL CONSENTIMIENTO

ARTICULO 172	73
1. Consideraciones previas	73
a) El consentimiento matrimonial	73
b) Efecto genitor del consentimiento matrimonial	75
c) El consentimiento matrimonial en la legislación vigente	75
2. Los requisitos esenciales del consentimiento matrimonial	75
a) Antecedentes	76
b) Interpretación	77
b.1) Voluntad interna y voluntad declarada en el acto matrimonial	77
b.2) Inoperancia de la sujeción de los efectos de la declaración a modalidades	80
b.3) Expresión personal del consentimiento	83
b.4) Los sujetos del consentimiento matrimonial	84
b.5) Presencia de autoridad competente	85
3. Inexistencia del matrimonio	86
a) Supuestos de inexistencia matrimonial	86
a.1) Falta de consentimiento	87
a.2) Expresión no personal del consentimiento	87
a.3) Identidad de sexos	87
a.4) No presencia del oficial público competente	87
b) Consecuencias de la inexistencia matrimonial	87
ARTICULOS 173 Y 174	89
1. Matrimonio entre ausentes	90
a) Antecedentes	90
a.1) Ley 2393	90
a.2) Convención de Nueva York	90
a.3) Incorporación del matrimonio a distancia al Código Civil	91
b) Interpretación	91
b.1) Hipótesis contemplada	91
b.2) Autoridades intervinientes	92
b.3) Dificultades interpretativas	92
b.4) Celebración	93
b.5) Remisión	95
b.6) Consecuencias de la violación del régimen establecido en los artículos 173 y 174	95
ARTICULO 175	97
1. La teoría de los vicios del consentimiento matrimonial y el Código Civil. ¿Especialidad de las nulidades matrimoniales?	97
2. Antecedentes del artículo 175	100
3. Interpretación	102
a) La violencia	102
b) El error	103
b.1) Antecedentes	103
b.2) Interpretación	105
c) El dolo	108
c.1) Caracterización	108
c.2) Derecho extranjero	109

CAPITULO III
DEL CONSENTIMIENTO

CAPITULO IV
DEL CONSENTIMIENTO

Art. 172 Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo.

El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

1. Consideraciones previas

a) El consentimiento matrimonial

La noción de “consentimiento” propia del acto jurídico bi o multilateral, supone la convergencia de dos o más manifestaciones de voluntad en un objeto-fin determinado. *El consentimiento matrimonial es la convergencia de dos voluntades internas y manifestadas, en la entrega y aceptación mutua de hombre y mujer para generar el consorcio vital que es el matrimonio.*

La convergencia de voluntades debe abarcar la integri-

dad del objeto-fin matrimonial con sus elementos impuestos por el Derecho Natural y recepcionados por el Derecho Positivo. En el esquema de la ley 2393, significaba aceptar la unión indisoluble, salvo por la muerte, de un hombre y una mujer con derechos y deberes señalados por la finalidad perseguida: la plena realización de los esposos en el amor conyugal y la procreación y educación de los hijos. Uno de estos elementos típicos ha desaparecido con la aceptación de que la disolubilidad del vínculo sea admitida *ab initio* (art. 217 según la redacción de la ley 23.515) con todas sus consecuencias personales, familiares y sociales¹.

El “sentir con” de un contrayente con el otro debe existir a la celebración. No es preciso, como lo fue en el Derecho Romano clásico, que perdure en el tiempo. En cuanto a la imposibilidad de la satisfacción del objeto-fin, sólo la que obedece a causas contemporáneas a la manifestación del consentimiento determina la anulabilidad del matrimonio (y no la inexistencia) porque el objeto-fin está presente en la voluntad de los contrayentes aunque obstáculos ajenos a esa voluntad, y no improbablemente ignorados, impidan que sea satisfecho. En la legislación derogada y en la vigente, sólo una razón de esta especie permite que el matrimonio sea anulado: la impotencia. En Derecho Canónico se prevén otras causales pero todas ellas contemporáneas a la celebración y nunca sobrevinientes.

¹ La menor reflexión y preparación que precederá al matrimonio, el debilitamiento de la decisión con que deben asumirse los deberes que comporta y de la valentía con que debe encararse su cumplimiento, la fragilidad del núcleo familiar, el resentimiento de la vida social a causa de esta inestabilidad de su núcleo básico, etcétera.

b) Efecto genitor del consentimiento matrimonial

Es el consentimiento de los contrayentes el que da nacimiento al matrimonio. El Derecho Canónico lo expresa rotundamente en el canon 1057: “El matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado”, “consentimiento que ningún poder humano puede suplir”. Elementales principios de hermenéutica jurídica imponen los mismos alcances a la interpretación del artículo 172 del Código Civil.

c) El consentimiento matrimonial en la legislación vigente

Después de la ley 23.515, el Código Civil incluye cuatro artículos en el Capítulo IV denominado *Del consentimiento*: el artículo 172 reproduce el artículo 14 de la ley 2393 con modificaciones; los artículos 173 y 174 regulan el matrimonio a distancia relacionándolo con la expresión del consentimiento; el artículo 175 se refiere a los vicios del consentimiento matrimonial con importantes diferencias con respecto a la norma que sustituye. En el contenido del Capítulo VI se encuentra el artículo 193, cuya ubicación correcta hubiera sido dentro de la temática del consentimiento matrimonial. Con éste se conectan, igualmente, dos de las alternativas de la unión concertada: su inexistencia (art. 172) y su anulación con nulidad relativa (art. 220, inc. 4).

2. Los requisitos esenciales del consentimiento matrimonial

Los requisitos esenciales del consentimiento matrimonial son su contenido interno y su manifestación en persona por

el varón y la mujer contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.

a) Antecedentes

El antecedente legal es el artículo 14 de la ley 2393, del siguiente tenor: "Es indispensable para la existencia del matrimonio el consentimiento de los contrayentes, expresado ante el oficial público encargado del Registro Civil. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aun cuando las partes tuviesen buena fe".

El primer párrafo de los artículos 351 y 416 de los proyectos de 1936 y 1954, respectivamente, son esencialmente idénticos. Con el número 14 figura la misma redacción en el proyecto del diputado Pedrini y en el de los senadores Menem, Sánchez y Gass (primer párrafo) y Leconte (primer párrafo). La prohibición del término o condición es agregada, con la sanción de ineficacia del matrimonio pese a la buena fe, en el proyecto de Horta y otros.

El texto sancionado por la Cámara de Diputados disponía: "Artículo 172 — Es indispensable para la existencia del matrimonio el consentimiento de los contrayentes expresado personalmente ante la autoridad competente para celebrar matrimonios. Dicho consentimiento no podrá estar sujeto a modalidad alguna.

El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aun cuando las partes tuviesen buena fe".

La crítica recayó sobre la consideración del matrimonio modal y la extensión de la inexistencia matrimonial a dicho supuesto. Belluscio estimó que se trataba de una solución

extrema que nadie ha solicitado y que carece de justificación, inclinándose por la validez del matrimonio y la ineficacia de la modalidad ya que hay voluntad de casarse sujetándose a un elemento accesorio del acto, no permitido². Mazzinghi sugirió la modificación del texto trasladando lo relativo a la condición y al plazo al final de su redacción, con el propósito de substraer la hipótesis a la inexistencia, categoría que rechaza en términos generales y que considera, al menos, no adecuada al matrimonio condicionado³.

El texto vigente es el del proyecto de Comisión en minoría del Senado y conviene subrayar desde ya, la diferencia con sus antecedentes citados: la palabra “contrayentes” está reemplazada por la expresión “hombre y mujer”.

b) Interpretación

b.1) *Voluntad interna y voluntad declarada en el acto matrimonial*. La ley exige indispensablemente para la existencia del matrimonio, el consentimiento del varón y la mujer contrayentes expresado ante la autoridad competente. Una interpretación cerradamente gramatical puede conducir a una inferencia inmediata errónea: bastaría el consentimiento “expresado”, el “sí” pronunciado cualquiera sea la correspondencia entre esta palabra y la voluntad interna del sujeto emisor.

He aquí, tal vez en su vertiente más trascendente, la divergencia doctrinaria que se bifurca en conceder preponderancia a la voluntad interna o a la voluntad declarada, tema clásico en el estudio del acto voluntario y, por ende, del

² BELLUSCIO, ...*observaciones* cit., comentario al artículo 172.

³ MAZZINGHI, *Objeciones* cit., VI, D.

acto jurídico y del que no puede independizarse el análisis del consentimiento matrimonial. Ello es así, en efecto, por una razón metodológica y otra ontológica. Metodológicamente, la ley 23.515 ha modificado artículos del Código Civil sin desplazarlos de su ubicación originaria y sin alterar su numeración. Ontológicamente, por la conclusión de un sencillo silogismo: el matrimonio en cuanto a su celebración, el matrimonio *in fieri* del derecho canónico, es un negocio jurídico, una manifestación voluntaria de la intención de producir un efecto jurídico que cabe en la definición del artículo 944⁴. Pues bien, la doctrina argentina mayoritaria enseña que ni una ni otra posición merece predominio excluyente y que, por cierto, no lo tienen en nuestro sistema. Según Brebbia, no es cuestión de preguntarse si el elemento externo debe subordinarse al interno o viceversa, sino de saber cuál es el principio general de que debe partirse, admitiendo la necesidad de su corrección mediante la aplicación de otros principios limitadores. Para él y Llambías, el Código Civil adoptó la concepción clásica que hace prevalecer la voluntad real sobre la declarada, especificando el autor citado en primer término que "la aceptación de la tesis voluntarista no implica que deba entrarse a indagar la existencia de una voluntad íntima no manifestada porque

⁴ Esta afirmación no implica necesariamente adherir a la tesis de la subsidiariedad en materia de nulidades matrimoniales que remite para su régimen a la nulidad de los actos jurídicos cuando la preceptiva de la ley especial resultara insuficiente. No. Es sólo el reconocimiento de un hecho notorio, absolutamente indiscutible y que ningún especialista rechaza. Los sustentadores de la tesis de la especialidad en ningún momento apelan a la negación de la naturaleza jurídica del acto de celebración del matrimonio y se lo considera como el más típico de los actos jurídicos familiares (por ejemplo, BELLUSCIO, *Derecho* cit., T. I, Nº 48, b).

la existencia de esa voluntad interna debe por fuerza inferirse de los signos exteriores". Concluye: "la voluntad interna y la exteriorización de ella a través del acto conforman una unidad inescindible"⁵. No obstante, cabe precisamente la discordancia entre lo querido y lo manifestado cuando en los sujetos emisores de la manifestación, falta la voluntad del contenido del acto, cuando la voluntad se encuentra viciada por error espontáneo o provocado por acción u omisión dolosa o por violencia moral, sin dejar de reconocer que tanto la voluntad del contenido como la de la manifestación faltan en el supuesto de violencia física ejercida sobre el declarante. En el acto jurídico bilateral, esa conjunción de voluntad interna y manifestada de cada parte coincide, a su vez, con idéntica conjunción de la otra parte. He aquí el consentimiento, que vale tanto como sentir con otro, y que genera el contrato en lo patrimonial y, como se ha expresado, da vida al matrimonio, que es distinto a aquél por su efecto de emplazamiento en el estado conyugal.

Es asimismo innegable que el derecho matrimonial se inclina por la doctrina de la voluntad interna sobre la declarada. Las consecuencias que atribuye a los vicios de la voluntad lo confirman. La expresión del querer ante el funcionario competente pierde toda consecuencia vinculatoria si ha sido vertida como resultado del error sobre la persona del otro contrayente o sus cualidades personales, del dolo o de la violencia (arts. 175 y 220, 4). Pero la redacción misma del artículo 172 lo destaca: el consentimiento requerido se

⁵ LLAMBIAS, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, Buenos Aires, 1984, T. II, N° 1401; BREBBIA, Roberto H., *Hechos y actos jurídicos*, comentario al artículo 913, parágrafo 5 y ss.

califica como debiendo ser *pleno y libre*. Con estos alcances, la expresión ni es superflua ni puede conducir a error. Pone énfasis en la internidad del consentimiento y nada quita a que los vicios que afectan la intención (el error y el dolo) o la libertad (la coacción o violencia) configuren causales de anulación y no de inexistencia, porque la ley mantiene con independencia el tratamiento de los vicios del consentimiento con esa sanción. No sería extraño, además, que la fórmula haya sido empleada para adecuarla a los términos de la Convención de Nueva York (ley 18.444) que consigna: "No podrá contraerse matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona" y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por ley 23.054: "El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes".

Pero la falta de consentimiento existe, aunque éste se haya expresado, si la manifestación carece totalmente de su substracto interno.

b.2) *Inoperancia de la sujeción de los efectos de la declaración a modalidades*. El artículo 193 se define claramente disponiendo: "La declaración de los contrayentes de que se toman respectivamente por esposos no puede someterse a modalidad alguna. Cualquier plazo, condición o cargo se tendrán por no puestos, sin que ello afecte la validez del matrimonio". Ya ha sido recordado que el proyecto con sanción de la Cámara de Diputados se ubicó en la tesitura contraria.

La norma expresa, se compartan o no sus fundamentos, tiene el resultado de poner fin a la controversia entre las po-

siciones extremas porque si bien la prohibición de modalidades figuraba en la ley 2393, su ubicación en ésta no permitía resolver decididamente el alcance de su incidencia sobre la inexistencia o nulidad del matrimonio: el artículo 44 la incluía en la reglamentación de la forma de la celebración de las nupcias disponiendo que “la declaración de los contrayentes de que se toman respectivamente por esposos, no puede someterse a término o condición alguna” pero sin que se previeran las consecuencias de la modalidad prohibida.

La doctrina al respecto es conocida, con su divergencia entre los autores que sostenían la nulidad del matrimonio modal, los que afirmaban la validez del vínculo y la nulidad de la condición o plazo, y la posición que distinguía según que la modalidad fuera suspensiva o resolutoria acarreando solamente la primera la nulidad del connubio y dejándose sin efecto aquélla y no las nupcias, para la segunda, con obvias vinculaciones con la ubicación personal de cada autor sobre el régimen de especialidad o subsidiariedad de las nulidades matrimoniales.

Ahora sólo cabe interrogarse sobre la justificación del precepto del artículo 193. En principio, no se justifica la ineficacia de las nupcias sometidas a cualquier clase de condición o término. Si se trata de modalidad suspensiva, la inexistencia corresponde porque no consienten aquellos que supeditan los efectos del matrimonio a la producción de un acontecimiento futuro e incierto o al transcurso del tiempo. Si se trata de modalidad resolutoria, la exclusión acordada recae sobre una característica, si bien fundamental, de los efectos del matrimonio: su prolongación en el tiempo sustraída a la voluntad de los contrayentes. Es obvio que quie-

nes pactan una modalidad resolutoria aceptan todos los efectos de las nupcias sólo que hasta que el acontecimiento futuro acaezca o venza el término: el matrimonio ha cobrado existencia de manera que, a lo sumo, podría pretenderse su anulación por causa de la modalidad prohibida. Esta conclusión tampoco es valiosa puesto que confiere a los contrayentes la habilidad jurídica necesaria para resolver anticipadamente la duración del vínculo que los une, en una concesión a su voluntad que quiebra el concepto mismo de la institución. Lo lógico y armónico es conservar la validez del matrimonio y anular la modalidad resolutoria: no es ésta, insistimos, la respuesta dada por la redacción de la ley 23.515: tanto la modalidad suspensiva como la resolutoria son ineficaces pero el matrimonio es válido.

Los enfoques del derecho extranjero varían: se considera válido el matrimonio y como no puesta la modalidad, en el artículo 108 del Código Civil italiano no afectado por la ley de 1975; en el artículo 1618, párrafo 2º del Código Civil portugués, en el artículo 45, párrafo 2º del Código Civil español. Por el contrario, se considera nulo el matrimonio en la legislación de Alemania Occidental (interpretación de los artículos 13 y 17 de la ley respectiva, correspondientes a los artículos 1317 y 1324 del Código Civil).

Es original la disposición del Código de Familia cubano que reputa "condicionales" los matrimonios "en peligro inminente de muerte" (arts. 12, 13 y 15), cumpliéndose la condición cuando se acrediten documentalmente los "particulares" establecidos en el artículo 8 (datos de identificación de los contrayentes, ciudadanía, estado civil, domicilio, etc.). El Código de Familia de Costa Rica (art. 29) con-

tiene una norma similar pero en ninguno de esos casos se trata de la condición como ésta se concibe en el derecho argentino.

El derecho canónico es muy especial. El nuevo Código conserva la distinción entre condición de futuro, de pasado y de presente. El matrimonio contraído bajo condición de futuro, concebida igual que la condición en nuestra legislación, es inválido. A la inversa, es válido el contraído bajo condición de pasado o de presente, elementos que carecen de equivalentes en derecho nacional. La invalidez por condición de futuro no tiene en cuenta la condición en sí (ilícita, imposible, torpe). La doctrina canónica admite que las condiciones de pasado y de presente son condiciones en sentido impropio, puesto que el hecho en que consisten ya existe objetivamente a la celebración del acto matrimonial. Aun así, estas condiciones sólo pueden pactarse con licencia escrita del Ordinario del lugar (canon 1102).

b.3) *Expresión personal del consentimiento.* Mediante el requisito de la expresión del consentimiento matrimonial por los contrayentes actuando por sí mismos queda claramente suprimido el matrimonio por poder. Después de la incorporación del matrimonio a distancia a nuestro derecho por la ratificación de la Convención de Nueva York (ley 18.444), hubo opiniones doctrinarias muy prestigiosas que sustentaron la aplicación exclusiva de esta forma de celebración del matrimonio entre ausentes, mientras que la resolución 16/70 del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Capital admitió simultáneamente y en su jurisdicción, el matrimonio por poder si uno solo de los contrayentes se pronunciaba por medio de mandatario.

La hoy indiscutible exclusión de las nupcias celebradas con intervención de mandatarios se desprende del empleo del adverbio “personalmente” en el artículo 172, que no cuadra interpretar en otro sentido, de la derogación de los artículos 15 y concordantes de la ley 2393 en que se alude al mandato, incluida en la derogación expresa total de la ley 1888/89, y en la derogación también expresa del inciso 5 del artículo 1881 (ambas en el artículo 9º de la ley 23.515). Asimismo, los artículos 173 y 174 organizan el matrimonio a distancia y el primero insiste en el uso del adverbio citado.

b.4) *Los sujetos del consentimiento matrimonial.* El artículo 172 menciona a los contrayentes por separado, o sea, dice “varón” y “mujer”. Ha parecido prudente evitar toda suspicacia que, mediante la interpretación de la falta de referencia legal a la heterogeneidad de sexos de los contrayentes, arribara a una conclusión que no fuera la uniformemente aceptada ante ese silencio de la ley 2393, sobre todo porque en la nueva legislación desaparece el argumento gramatical basado en la mención expresa a “marido” y “mujer” que, insistente en el texto derogado, no tiene lugar en el vigente dada la equiparación de situaciones y roles que trasunta la igualdad jurídica de los cónyuges. Es irrefutable la preeminencia de la realidad biológica contra la cual no valdría ningún absurdo “derecho” que se pretendiera apoyar en la libertad civil. La relación contra natura no sería nunca un matrimonio porque éste implica complementación de sexos en una comunidad espiritual y física que normalmente se prolonga en la procreación⁶.

⁶ SCALA opinó que debía disponerse expresamente el no reconocimiento como matrimonio de las uniones de personas del mismo sexo celebradas en el extranjero (*op. cit.*, II).

b.5) *Presencia de autoridad competente*. La ley hace referencia exclusivamente a la competencia *ratione materiae* determinada por los límites de las atribuciones del funcionario con respecto a la naturaleza del acto (art. 980 del Código Civil) y que corresponde al oficial público del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas o a magistrado o funcionario judicial, según lo dispuesto en los artículos 186, 188 y 196 a cuyo comentario nos remitimos, o el que corresponda en el matrimonio a distancia (art. 173). La calificación de la competencia mediante la expresión “para celebrarlo” (al matrimonio) excluye toda duda sobre si el precepto abarca también la competencia *ratione loci* (art. 980 del Código Civil) que la ley tiene en cuenta en los artículos 186 y 188.

Quedan pendientes las mismas hesitaciones que generó la ley 2393 con respecto a la inexistencia de un matrimonio celebrado ante quien no es el verdadero funcionario competente que los contrayentes esperaban encontrar (usurpado, destituido, reemplazado, etc.). En el derecho extranjero se encuentran los antecedentes de los artículos 1628, inciso a) y 1629 del Código Civil portugués que consagran la existencia del matrimonio celebrado ante quien carece de competencia si ejercía públicamente las funciones correspondientes sin que ninguno de los contrayentes conociese su incompetencia, y del artículo 53 del Código Civil español, del siguiente tenor: “La validez del matrimonio no quedará afectada por la incompetencia o falta de nombramiento legítimo del juez o funcionario que lo autorice, siempre que al menos uno de los cónyuges hubiera procedido de buena fe, y aquéllos ejercieran sus funciones públicamente”. Esta última re-

dación cubre también cualquier duda sobre la validez de la unión así celebrada⁷.

3. Inexistencia del matrimonio

La inexistencia del matrimonio, categoría de máxima significación en la escala de la ineficacia del connubio, no gozaba de aceptación general por la doctrina argentina no obstante la redacción del artículo 14 de la ley 2393. La fórmula del artículo 172, elegida después de haberse casi agotado la divergencia doctrinaria empleando la misma terminología de la ley derogada y consagrando la diferencia con la nulidad que resulta de comparar las consecuencias de este "matrimonio" con la eficacia, anormal pero eficacia al fin, del matrimonio putativo (arts. 221 y 222), conduce a afirmar que el legislador de 1987 se ha inclinado resueltamente por admitir la distinción entre inexistencia y nulidad. La observación formulada con respecto a la ley 2393 conserva su adecuación: la terminología legal resulta definitoria en cuanto traduce una distinción conceptual, entre matrimonios viciados aptos para producir efectos jurídicos en ciertos supuestos y matrimonios inexistentes, que nunca pueden producirlos⁸.

a) Supuestos de inexistencia matrimonial

Deducidos del artículo 172, los supuestos de inexistencia matrimonial son los siguientes:

⁷ BELLUSCIO estima aplicable la solución portuguesa a nuestro derecho a falta de norma expresa (*Derecho* cit., T. II, N° 380). Lo mismo cabe afirmar de la española.

⁸ BELLUSCIO, *Derecho* cit., T. II, N° 376.

a.1) *Falta de consentimiento*. Comprende la falta de expresión del “sí” nupcial por uno o ambos pretendidos contrayentes, con ejemplos de escuela (sustitución de personas, no veracidad del acta), o una expresión asertiva sin contenido (el matrimonio en broma, por ejemplo), o, en caso de matrimonio a distancia, la no identidad del compareciente ante una de las autoridades competentes con aquel con respecto al cual se ha otorgado el consentimiento ante la otra autoridad, o si quien otorgó el primer consentimiento ha muerto o ha revocado su actitud.

No hay consentimiento posible del sordomudo en el supuesto del inciso 9 del artículo 166.

a.2) *Expresión no personal del consentimiento*. El matrimonio por poder es inexistente.

a.3) *Identidad de sexos*. El pretendido matrimonio homosexual es inexistente.

a.4) *No presencia del oficial público competente*. Es inexistente el matrimonio que se quisiera celebrar manifestando el consentimiento ante funcionarios distintos de los habilitados para recibirlo, por ejemplo, cónsules de naciones extranjeras dentro del territorio argentino, ministros de cultos religiosos.

b) Consecuencias de la inexistencia matrimonial

El último párrafo del artículo 172 especifica la consecuencia básica del pretendido matrimonio: el acto que careciere de los requisitos enunciados en el mismo, carece de efectos civiles aunque las partes hubieran sido de buena fe. Esta ineficacia es absoluta es decir, *erga omnes*, y va más allá

de la propia aun del matrimonio anulado celebrado con mala fe de ambos contrayentes porque incluso éste produce efectos con respecto a los terceros que hubieran contratado de buena fe con los supuestos esposos (art. 226).

Las restantes características de la inexistencia matrimonial destacadas por la doctrina durante la vigencia del artículo 14 de la ley 2393 son aplicables con la nueva legislación: la inexistencia no requiere declaración judicial; el juez sólo ha de comprobarla, si se plantea en sede judicial, para rehusar efectos al pretendido matrimonio o para anular el acta, si existiera, único caso en que es necesario el ejercicio de la acción a ejercer por cualquier interesado; no hay prescripción ni caducidad; puede ser declarada de oficio y opuesta como excepción en todo proceso que tenga por fundamento la existencia del matrimonio (anulación, separación legal, divorcio, alimentos entre cónyuges o entre afines en virtud de afinidad surgida del matrimonio inexistente, cumplimiento de efectos del matrimonio entre cónyuges o con respecto a terceros)⁹.

⁹ Idem, N° 385.

Art. 173 Se considera matrimonio a distancia aquel en el cual el contrayente ausente expresa su consentimiento personalmente ante la autoridad competente para autorizar matrimonios del lugar en que se encuentra.

La documentación que acredite el consentimiento del ausente sólo podrá ser ofrecida dentro de los noventa (90) días de la fecha de su otorgamiento.

Art. 174 El matrimonio a distancia se reputará celebrado en el lugar donde se presta el consentimiento que perfecciona el acto. La autoridad competente para celebrar el matrimonio deberá verificar que los contrayentes no están afectados por los impedimentos legales y juzgará las causas alegadas para justificar la ausencia. En caso de negarse el oficial público a celebrar el matrimonio, quien pretenda contraerlo con el ausente podrá recurrir al juez competente.

1. Matrimonio entre ausentes

a) Antecedentes

a.1) *Ley 2393*. La ley 2393 admitió una de las posibilidades de celebración del matrimonio entre ausentes: el matrimonio por poder según su artículo 15, con los requisitos de que el poder fuera especial y se designara expresamente la persona con quien el mandante había de contraer matrimonio, correlativamente con el inciso 5 del artículo 1881 que incluía el poder para “contraer matrimonio a nombre del mandante” entre aquellos actos para los cuales son necesarios poderes especiales.

Los proyectos de reforma del Código Civil mantuvieron la figura, mencionando en forma expresa la conclusión doctrinariamente admitida de que el poder se otorgara en escritura pública.

La práctica del matrimonio por poder no fue muy frecuente pero tampoco constituyó una institución carente de vida efectiva porque era adecuada para resolver cuestiones de hecho no totalmente excepcionales.

a.2) *Convención de Nueva York*. La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 7 de noviembre de 1962 la “Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios” contando con el voto aprobatorio de los representantes argentinos. La Convención fue ratificada por la ley 18.444 del 13 de noviembre de 1969 y dispone en el artículo 1: “1) No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publi-

cidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley; 2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, no será necesario que una de las partes esté presente cuando la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que tal parte, ante una autoridad competente y del modo prescripto por la ley, ha expresado su consentimiento, sin haberlo retirado posteriormente”.

En el comentario al artículo 172, b.3), nos hemos referido a la proyección que la Convención de Nueva York tuvo sobre el matrimonio por poder y finalmente, a la clara exclusión de éste por disposiciones de la ley 23.515.

a.3) *Incorporación del matrimonio a distancia al Código Civil*. La incorporación del matrimonio a distancia al Código Civil fue propuesta en el proyecto de los senadores Menem, Sánchez y Gass y figura en el texto sancionado por la Cámara de Diputados para el artículo 173. La redacción vigente corresponde al proyecto de Comisión en minoría del Senado.

Debió estar ubicado en materia de celebración del matrimonio (Capítulo VI).

b) Interpretación

b.1) *Hipótesis contemplada*. La ley contempla la hipótesis de que los contrayentes no se encuentran presentes conjuntamente en el momento de la celebración del matrimonio. La norma del artículo 173 no requiere que necesariamente deban concurrir motivos graves que obstaculicen la concurrencia conjunta de los futuros esposos, pero en el artículo 174 se sobreentiende que ha de haberlos pues la autoridad

competente debe juzgar las causas alegadas con recurso judicial contra su resolución denegatoria.

b.2) *Autoridades intervinientes*. Intervienen dos autoridades conforme a la competencia que rija en el lugar de actuación de cada una de ellas, por lo tanto, conforme al Código Civil argentino aquellas (una o las dos) que se desempeñan en territorio nacional.

b.3) *Dificultades interpretativas*. El texto no es claro con respecto a una cuestión de importancia decisiva, porque no concreta qué contrayente se considera “presente” y cuál “ausente”, a pesar de que a este último se refiere en el segundo párrafo del artículo 173 (ambos pueden encontrarse “presentes” en el lugar de su respectivo domicilio). Correlativamente, es difícil determinar si las dos autoridades competentes deben verificar la existencia de impedimentos y apreciar las causas alegadas, lo que conduciría a la posibilidad de resoluciones contradictorias.

El texto sancionado por Diputados intentó una aproximación a la respuesta del problema, estableciendo “que el matrimonio se celebra en el país escogido de común acuerdo para realizar la ceremonia con la presencia del otro cónyuge y la documentación que acredite el consentimiento del ausente, la que tendrá una vigencia de noventa (90) días desde su otorgamiento” y confiriendo a la autoridad del lugar de celebración el juzgamiento de las causas alegadas para justificar la procedencia de la forma extraordinaria de celebración.

Pero la legislación actual no encara la dificultad ya evidente en el texto de la Convención de Nueva York que tampoco proporciona pautas para distinguir entre una autoridad

ordinaria y otra extraordinaria a las que se hace constante referencia en su estudio. La cuestión es particularmente importante cuando una autoridad se desempeña en la Argentina y la otra en el extranjero en virtud de lo dispuesto en los artículos 159 y 161, es decir, porque las condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas del matrimonio se rigen por el derecho del lugar de su celebración y porque la prueba del matrimonio celebrado en el extranjero se rige también por el derecho del lugar de celebración.

Una correcta hermenéutica impone que la autoridad con atribuciones para verificar la habilidad de los contrayentes y la concurrencia de circunstancias justificativas de la celebración a distancia, es aquella ante la cual se presta el consentimiento que perfecciona el acto que, a su vez, no puede ser otro que el prestado en segundo término cronológico, es decir, el prestado personalmente cuando ya obra en poder de dicha autoridad la documentación que acredita el consentimiento del otro contrayente. Por lo tanto, reside en la voluntad de los futuros esposos la elección del lugar de celebración de su matrimonio por el simple expediente de acordar un orden en el tiempo para comparecer ante los funcionarios que recibirán sus respectivos consentimientos.

b.4) *Celebración*. Las consideraciones que siguen se ajustan a las pautas recién propuestas, identificándose como autoridad ordinaria a la que recibe el segundo y último consentimiento y como contrayente “ausente” al que expresa el primer consentimiento.

La celebración del matrimonio se realiza en varias etapas, a saber:

b.4.1) En la primera, el contrayente ausente comparece

ante la autoridad competente para celebrar matrimonios en el lugar donde él (o ella) se encuentra y expresa su consentimiento para contraerlo con determinada persona que se encuentra en otro lugar geográfico. El ausente puede ser tanto el que se encuentra en la Argentina como el que se encuentra en el extranjero o cualquiera de los dos si ambos se encuentran en distintos sitios del país. Zannoni entiende acertadamente que aunque en la nación extranjera en cuestión sea admitido el consentimiento expresado por poder, éste no valdría en territorio nacional dada la supresión de este medio de expresar el consentimiento matrimonial¹⁰.

b.4.2) En una segunda etapa, la documentación en que consta el consentimiento prestado por el ausente es remitida a la autoridad ordinaria debiendo recibirse ("ofrecerse" según la terminología legal) dentro de los 90 días de la fecha de su otorgamiento.

b.4.3) Recibida la mentada documentación, la autoridad ordinaria procederá a citar al otro contrayente a los efectos de requerir los datos y documentación que le permitan determinar la habilidad nupcial de los futuros cónyuges y la concurrencia de circunstancias que justifiquen la celebración a distancia, siendo recurrible su resolución denegatoria en los términos del artículo 174 *in fine*, con competencia judicial idéntica a la que corresponde a los trámites de oposición al matrimonio.

La autoridad ordinaria debe encontrarse, asimismo, convencida de que el consentimiento del ausente no ha sido re-

10 ZANNONI, *op. cit.*, comentario a los artículos 173-174, d).

tirado, requisito establecido en el apartado 2 del artículo 1 de la Convención de Nueva York.

b.4.4) Admitida la celebración a distancia, el contrayente presente expresará su consentimiento ante la autoridad ordinaria quedando celebrado el matrimonio.

b.5) Nos remitimos a la bibliografía al respecto para las interesantes cuestiones que puede acarrear el matrimonio a distancia y que no han cambiado en su enfoque por la incorporación de la figura al Código Civil (ejemplificación de circunstancias que autorizan su procedencia, caducidad del consentimiento del ausente por desaparición de las mismas, revocación del consentimiento, etc.)¹¹.

b.6) *Consecuencias de la violación del régimen establecido en los artículos 173 y 174.*

b.6.1) *Recepción del consentimiento del contrayente presente sin haber recibido el del ausente.* El matrimonio sería inexistente por falta de consentimiento. La recepción posterior de aquél no eximiría de una nueva expresión del consentimiento del contrayente presente para que el matrimonio quedara celebrado.

b.6.2) *Celebración a distancia no concurriendo circunstancias que lo justifiquen.* Interpretando directamente la Convención de Nueva York, Guastavino sostuvo que la falta de circunstancias excepcionales no podía acarrear la anulación del vínculo¹², opinión que compartió Belluscio sobre

¹¹ GUASTAVINO, Elías P., *Celebración del matrimonio. La Convención de Nueva York de 1962 aprobada por la ley 18.444*, en *Jurisprudencia Argentina - Doctrina* 1971, 149 y ss.; BELLUSCIO, *Derecho* cit., T. I, N° 249 y ss.

¹² GUASTAVINO, recién citado, N° 30.

DEL CONSENTIMIENTO

la base de que el matrimonio celebrado lo habría sido conforme a los requisitos de su existencia y de que no cabe la anulación por vicio de forma¹³. Son argumentos válidos para el régimen vigente: el consentimiento habría sido expresado por ambos contrayentes ante autoridad competente para celebrar el matrimonio y en los artículos 219 y 220 no se prevé la anulabilidad de las nupcias por defecto de forma.

¹³ BELLUSCIO, recién citado, N° 255.

Art. 175 Vician el consentimiento la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contrayente. También lo vicia el error acerca de las cualidades personales del otro contrayente si se prueba que, quien lo sufrió, no habría consentido el matrimonio si hubiese conocido el estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía. El juez valorará la esencialidad del error considerando las condiciones personales y circunstancias de quien lo alega.

1. La teoría de los vicios del consentimiento matrimonial y el Código Civil. ¿Especialidad de las nulidades matrimoniales?¹⁴

Al iniciar la consideración de los vicios del consentimiento es oportuno referirse a este tema clásico en el estudio de la nulidad del matrimonio, en la conocida alternativa entre un régimen de especialidad o la aplicación subsidiaria del

¹⁴ Este y otros aspectos del consentimiento matrimonial han sido tratados en nuestro estudio: *Consideraciones sobre el consentimiento matrimonial en la proyectada reforma de la ley 2393*, en La Ley del 20 de febrero de 1987, algunos de cuyos párrafos se reproducen en este capítulo pero fundamentalmente modificados porque la ley 23.515 se apartó del texto sancionado por la Cámara de Diputados.

régimen de nulidades del Código Civil con respecto a todos los actos jurídicos. Es fácil constatar que se trata de una materia en la cual aun los más decididos partidarios de la especialidad se remiten constantemente al régimen del Código para la tipificación de los vicios aplicables al consentimiento matrimonial, de manera que la especialidad tiene sus expresiones más significativas en lo taxativo de las causales de invalidez (rechazo de las nulidades virtuales), la improcedencia de la declaración de oficio de la nulidad absoluta y la imprescriptibilidad de la acción de nulidad relativa.

Pero no hay norma expresa que disponga la especialidad. En principio, la controversia podrá continuar con la vigencia de la reforma. Algunos de los argumentos en que se apoyan los sustentadores de la aplicación subsidiaria del régimen de nulidad de los actos jurídicos continúan siendo razonables: el matrimonio-acto sigue caracterizándose como acto jurídico; la integración de los textos en el Código Civil es más clara aún que si la incorporación material de la ley 2393 al cuerpo de aquél hubiera sido respetada. También se registra un paralelismo más definido con el régimen de nulidad de los actos jurídicos, al sustituirse las expresiones “son absolutamente nulos” y “son anulables” de los artículos 84 y 85 de la ley 2393, por las expresiones “es de nulidad absoluta” y “es de nulidad relativa” de los artículos 219 y 220¹⁵. Quedan pendientes hipótesis dudosas: las consecuencias de la violación del impedimento de enfermedad venérea en período de contagio, de la celebración con vicios de forma y el de la intervención de funcionario incompetente por el territorio o por haber sido defectuosamente designado o ser usur-

15 Ver VIDAL TAQUINI, *op. cit.*, XVIII.

pador, hallarse sustituido, etcétera. Tampoco ha sido especialmente prevista la imprescriptibilidad de la acción de nulidad del matrimonio con un precepto que desplazara toda duda, ni resulta indiscutible que no procede la anulación de oficio en las hipótesis de nulidad absoluta.

A su vez, la doctrina de la especialidad encuentra reforzadas sus bases argumentales con la marcada continuidad de los antecedentes históricos que condujeron, primero, a la ley 2393 y que no se interrumpe con la etapa de formación del derecho actual. La disposición del artículo 219 inviste particular relevancia al atribuir el ejercicio de la acción de nulidad absoluta al contrayente de mala fe. Es la total ruptura con un principio general del derecho lo que marcaría la independencia del sistema que se introduce para la invalidez del vínculo matrimonial, sin perjuicio de que merezca, semejante innovación, la más severa crítica por ser intrínsecamente desvaliosa al despojar a la buena fe del contrayente engañado de uno de los privilegios que derivan de la rectitud de su conducta, y privar de una justa sanción a quien obró consciente de la ilegalidad de su comportamiento, si bien la demanda constituye para él una cierta confesión apta para acarrearle los perjuicios propios de su mala fe¹⁶.

En cuanto a la especialidad de las nulidades en derecho extranjero incluidos los más recientes, no debe descuidarse que estas legislaciones han de interpretarse en su contexto y que, casi siempre, carecen de una doctrina general de las nulidades negociales: el Código español, por ejemplo, regula por separado la nulidad del matrimonio y la nulidad de los

¹⁶ D'ANTONIO recuerda estos conceptos nuestros: *op. cit.*, comentario al artículo 219.

contratos y otras especies, por lo que lógicamente el sistema de aquélla es específico.

Las precedentes observaciones solamente buscan subrayar que la cuestión sobre la especialidad de las nulidades matrimoniales no ha recibido el tratamiento definitivo que algún sector de la doctrina hubiera deseado. Pero, en materia de vicios del consentimiento, no cabe discutir que el régimen debe necesariamente integrarse con lo que el Código dispone al respecto en sus reglas aplicables a todos los actos jurídicos. Sería absurdo que se requieran normas particulares para conceptuar el error, o el dolo o la violencia o sus elementos determinantes de la invalidez de los actos. La legislación se limita a delimitar el objeto sobre el cual debe recaer el error de hecho. En lo restante, el Código Civil es aplicable sin perjuicio de que la singularidad única del matrimonio presida la investigación y apreciación del vicio por el juzgador.

2. Antecedentes del artículo 175

Conviene transcribir las propuestas legislativas con respecto a los vicios del consentimiento matrimonial por la importancia del tema y porque algunas demostraron auténtica inquietud renovadora.

El proyecto con media sanción de la Cámara de Diputados disponía la nulidad relativa del matrimonio por su celebración con consentimiento viciado. Conforme al artículo 174, "vician el consentimiento: 1) la violencia; 2) el error sobre la identidad de la persona; 3) el dolo que induzca a error sobre alguna cualidad personal relevante del otro con-

trayente, cuando aquélla revista una importancia tal que, de haber sido conocida por quien padece el vicio, no hubiera contraído matrimonio. El juez apreciará el carácter invalidante del error tomando en consideración las condiciones personales y ambientales de quien lo alega”. Además, en el artículo 175 introducía el concepto de “consentimiento inválido” correspondiente a la privación de la razón en el momento de celebración del matrimonio. El texto redactado por la minoría reza en el artículo 16: “La violencia, el error o el dolo acerca de la identidad de la persona del contrayente, sea en cuanto a sus condiciones físicas, su situación jurídica o social, vician el consentimiento”. El muy detallado artículo 16 de la propuesta de Horta y otros especifica: “Anulan el consentimiento: 1) la violencia o miedo grave proveniente de una causa externa, incluso el no inferido de propio intento para librarse del cual alguien se vea obligado a elegir el matrimonio; 2) el engaño doloso provocado para obtener el consentimiento, acerca de una cualidad del otro contrayente, que por su naturaleza pueda perturbar gravemente el consorcio de la vida conyugal; 3) el error acerca de la identidad de la persona; 4) el error acerca de una cualidad de la persona sólo cuando se pretenda esa cualidad directa y principalmente”. Menem, Sánchez y Gass sugirieron: “La violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contrayente, vician el consentimiento. También lo vicia el error acerca de cualidades o circunstancias personales del otro contrayente si se prueba que no habría contraído matrimonio si hubiera conocido el estado de las cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía”. El senador Leconte redactó de la siguiente manera: “Artículo 16 – Es

inválido el matrimonio contraído: 1) Por error sobre la persona del otro contrayente. 2) Por error sobre una cualidad del otro contrayente, sólo cuando esa cualidad se pretenda directa y principalmente y que su carencia pueda perturbar gravemente la vida conyugal. 3) Por dolo proveniente para conseguir el consentimiento, sobre una cualidad del otro contrayente, que por su naturaleza pueda perturbar gravemente la vida conyugal, aunque la acción proviniese de ambas partes o de un tercero. 4) Por fuerza o intimidación, si para librarse de aquéllas, alguien se ve obligado a contraer matrimonio. El temor que condiciona gravemente la voluntad, proveniente de una causa externa no inferida intencionalmente, a los efectos de este artículo, se equipara a la fuerza y la intimidación, cuando por la condición de la persona, su carácter, hábitos o sexo, pueda juzgarse que ha debido racionalmente hacerle una fuerte impresión”.

El texto sancionado es el de Comisión en minoría del Senado.

3. Interpretación

a) La violencia

La norma dice escuetamente “la violencia”, como lo hacía el artículo 16 de la ley 2393. No se modifican las concepciones de violencia física y moral del Código Civil (arts. 936 a 941) y la doctrina elaborada sobre ellas. La violencia física, de casi inimaginable presentación, implica ausencia de voluntad y por ende, de consentimiento. Verdadera hipótesis de inexistencia, es más conveniente constituir la en causal de

nulidad relativa dado que la intensidad y la repercusión de la violencia en la persona que la padece deben ser judicialmente valoradas y no se justifica que ésta pierda los beneficios de la buena fe. Con mayor fundamento estas observaciones se extienden al “miedo” por cuanto su graduación no depende tanto de las amenazas en sí como de la sensibilidad de quien las recibe (art. 938, Código Civil). El temor reverencial deberá excluirse, como hasta ahora, por el juego del artículo 940, aunque se estima que ha de integrar los elementos destinados a apreciar la impresión sufrida por la víctima¹⁷.

Algún derecho extranjero es más explícito en cuanto a la violencia: el artículo 122, párrafo primero del Código Civil italiano prescribe: “El matrimonio puede ser impugnado por aquel de los cónyuges cuyo consentimiento ha sido obtenido con violencia o determinado por temor excepcionalmente grave derivado de causa externa al esposo”, expresión que abre paso a la invocación del estado de necesidad, con respecto al cual no hay doctrina pacífica entre nosotros.

b) El error

La redacción admite dos objetos sobre los cuales puede recaer el error, a saber, la persona del otro contrayente y sus cualidades.

b.1) *Antecedentes*. Los legisladores de 1987 contaron, además de los antecedentes parlamentarios, con otros muy importantes sobre el error-vicio del consentimiento matrimonial. Bibiloni especifica el error sobre la persona del otro

¹⁷ LLAMBIAS, *Tratado* cit., T. II, N° 1788.

contrayente o sobre las cualidades personales de éste de tal naturaleza que no habría contraído matrimonio si hubiera conocido el estado de las cosas y apreciado razonablemente la unión que aceptaba, excluyendo expresamente “el error sobre la situación patrimonial aunque hubiese sido provocado por maniobras dolosas”; el proyecto de 1936, además del error sobre la identidad del otro contrayente, incluye el error sobre su honra y buena fama “cuando fuere de tal naturaleza que el conocimiento ulterior impidiese continuar la vida en común”, la ignorancia (no calificada con esta palabra) del hecho de ser el consorte autor de un delito anterior al matrimonio juzgado y condenado por sentencia firme, cuando el conocimiento de ello pusiere en el supuesto previsto en el caso anterior, la ignorancia (tampoco calificada como tal) de “la existencia de un defecto físico irremediable o enfermedad grave contagiosa o hereditaria susceptible de poner en peligro la salud del otro esposo o de los hijos”.

A favor de la eficacia invalidante del error sobre las cualidades sustanciales del otro contrayente, se pronuncian Mazzinghi¹⁸ y Maffía¹⁹. Belluscio se ubica en la tesitura opuesta inclinándose porque no se amplíe el objeto sobre el cual ha de recaer el error limitándolo al que incide sobre la identidad del otro contrayente y manteniendo la autonomía del dolo como vicio del consentimiento matrimonial. Escribe: “En el desarrollo normal de los hechos de la vida no puede merecer protección especial el error espontáneo sobre cir-

18 MAZZINGHI, *Derecho cit.*, T. I, N° 77.

19 MAFFIA, Jorge O., *Dolo y error en materia matrimonial*, en La Ley 108, 1125.

cunstancias tan importantes que pueda con certeza afirmarse que de haberse conocido la verdad de las cosas la unión no se habría contraído; sólo una verdadera e increíble estulticia podría llevar a casarse sin siquiera averiguar la verdad sobre hechos de ese calibre”²⁰.

El texto aprobado por la Cámara de Diputados había recibido acertadas críticas por centrar el error en la única hipótesis de la identidad de la persona del otro contrayente no admitiendo el error sobre las cualidades. Zannoni y Bossert propiciaron la aceptación del error *qualitatis* como causal de anulación del vínculo teniendo presente que su omisión había ocasionado “no pocas preocupaciones a la doctrina y la jurisprudencia” y lo acompañaban con los requisitos establecidos después en la redacción vigente²¹.

b.2) Interpretación

b.2.1) *Error y no ignorancia*. Queda excluida la ignorancia ya que ignorar la identidad del otro contrayente es distinto de tomar por verdadera una identidad diferente de la que es. El error supone una discordancia entre la realidad y la imagen que de ella se forma en la mente de quien lo padece. A lo sumo, valdrá que la ignorancia y el error están equiparados en el artículo 224 que excluye la buena fe por ignorancia o error de derecho.

b.2.2) *Error sobre la identidad de la persona*. El error “sobre la persona” del artículo 175 es el error sobre la identidad del otro contrayente que responde al concepto clásico de tomar a una por otra (el caso bíblico de Lía y Raquel en

²⁰ BELLUSCIO, *Derecho* cit., T. I, N° 272.

²¹ BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, N° 9.

el matrimonio de Jacob, *Génesis*, 29, 15-30). Quedan desplazadas las controversias provocadas por las palabras del artículo 16 de la ley 2393 sobre el “error en la persona civil”.

b.2.3) *Error determinante sobre las cualidades personales*. Es correcta la inclusión del error sobre las cualidades personales del otro contrayente, si bien es improbable que se haya incurrido en él espontáneamente sin que medie acción u omisión dolosa de su parte. La redacción parece sugerir que el error se calificará subjetivamente, es decir, no atendiendo objetivamente a la jerarquía de las cualidades implicadas sino a que, de haberlas conocido y apreciado razonablemente, el equivocado se hubiera abstenido de consentir en el matrimonio, debiendo el juez apreciar estos aspectos fácticos conforme a las condiciones personales y circunstancias de aquél. Esta interpretación no es la apropiada a la importancia del acto cuya anulación está en juego. En efecto, no sería “apreciación razonable” la que atribuyera relevancia decisoria a cualidades que no merecen esa calificación consideradas en sí mismas (por ejemplo, pertenecer a una familia de determinado “rango” socio-económico, ser profesional, etc.) sino que son alegables errores auténticamente relevantes, como el haber creído soltero a quien era divorciado o viudo, o haberse casado con quien después se descubre que es padre de hijos. Por eso el error es esencial y es la esencialidad la que debe valorarse aquilatando las condiciones y circunstancias del afectado.

b.2.5) *Errores no invocables*. No es invocable el error de derecho de acuerdo al principio del artículo 923 del Código Civil ni el error inexcusable conforme a los términos del artículo 929 del mismo.

No cabe el error sobre el objeto-fin del connubio ni de derecho ni de hecho. De derecho, por ejemplo, si se ignoran los deberes jurídicos que impone; de hecho, a modo de previsto en el canon 1096 ("1. para que pueda haber consentimiento matrimonial, es necesario que los contrayentes no ignoren al menos que el matrimonio es un consorcio permanente entre varón y mujer, ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual; 2. esta ignorancia no se presume después de la pubertad"). A nuestro entender, esta ignorancia de hecho basta para comportar una ausencia de consentimiento con la consiguiente inexistencia del matrimonio.

b.2.6) *Derecho extranjero*. Dentro del derecho extranjero relativamente más reciente, debe citarse el Código italiano según la ley de 1975 que enuncia el error sobre la identidad del otro contrayente, tiene en cuenta para calificar el error sobre sus cualidades, las condiciones del que sufrió el vicio, y efectúa una extensa enunciación de objetos del error: la existencia de enfermedad física o síquica o de una anomalía o desviación sexual que impidan el desenvolvimiento de la vida conyugal, la existencia de condena por delito doloso, la declaración de delincuencia habitual o profesional, la condena por delitos concernientes a la prostitución, el estado de gravidez causado por un tercero.

El Código español incluye el error sobre la identidad de la persona o sobre aquellas cualidades que por su entidad hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento (art. 73, inc. 4).

El Código de Perú considera el error sobre la identidad física o la ignorancia de defectos sustanciales que hagan in-

soportable la vida en común. Se reputan defectos sustanciales: la vida deshonrosa, la homosexualidad, la toxicomanía, la enfermedad grave de carácter crónico, la condena por delito doloso, el ocultamiento de la esterilización o del divorcio (en estos dos últimos supuestos hay dolo pero éste no es un vicio autónomo).

El nuevo Código de derecho canónico incluye el error acerca de la persona pero no sobre las cualidades aunque sean causa del contrato, a no ser que se pretenda esa cualidad directa y principalmente (canon 1097).

c) El dolo

c.1) *Caracterización*. El dolo continúa siendo un vicio autónomo con respecto al error, aunque consiste en el error provocado por el artificio u omisión de la otra parte o de un tercero con la finalidad de decidir a la realización de un acto.

En el texto sancionado por la Cámara de Diputados, el dolo se ceñía al error provocado sobre cualidades relevantes del otro contrayente. Tal restricción de las posibilidades de invocación del dolo invalidante fue unánime y merecidamente criticada²² porque lo substraía al rol flexibilizador del régimen de las nulidades matrimoniales que viene desempeñando a través de una jurisprudencia prudente al pár que sagaz. La compulsión de numerosas sentencias indica que ha sido admitido recayendo sobre la identidad del sujeto, sobre su "cualidad" jurídica, sobre aspectos de su personalidad y también sobre actitudes a asumir en el futuro, por ejemplo, la celebra-

22 BELLUSCIO, ...*observaciones cit.*, comentario al artículo 174; BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, N° 9; VIDAL TAQUINI, *op. cit.*, VIII; SCALA, *op. cit.*, comentario al artículo 174.

ción de nupcias religiosas, la consumación del matrimonio, la vida en común. Estos tipos de engaño sobre “intenciones ulteriores del contrayente” como las denomina Belluscio, permiten atacar la validez del vínculo tanto como los que recaen sobre cualidades del contrayente con tal que sean significativas (por ejemplo, no cuando el error provocado hace a la fortuna, el título profesional, la posición social, etc.).

La concepción de la acción y de la omisión dolosa es la del Código Civil (arts. 931 y 933) ya provenga del otro contrayente o de un tercero (art. 935). Los requisitos de invocabilidad son los del artículo 932, a saber, que haya sido grave y determinante del acto y que no haya habido dolo recíproco, resultando obvio que el daño causado es siempre importante.

c.2) *Derecho extranjero*. La incorporación del dolo como vicio del consentimiento es una novedad dentro de la legislación canónica. Según el canon 1098: “Quien contrae matrimonio engañado por dolo provocado para obtener su consentimiento, acerca de una cualidad del otro contrayente, que por su naturaleza puede perturbar gravemente el consorcio de la vida conyugal, contrae inválidamente”.

El canon no detalla cuáles son o pueden ser esas “cualidades” que se han disimulado o aparentado ante el futuro contrayente, ofreciendo sólo una pauta general amplia de valoración. Se mencionan como ejemplos, la esterilidad, determinados deberes espirituales y sociales, cualidades físicas o morales. Es interesante tener en cuenta que la tipificación del dolo como causal de anulación del vínculo ha respondido a un movimiento favorable de opinión que llevaba, a la fecha de sanción del Código, más de veinte años de manifes-

DEL CONSENTIMIENTO

taciones y que se la justifica en que “atendida la importancia del matrimonio, exige (éste) que el consentimiento matrimonial sea lo más consciente posible y, en consecuencia, (se) concede estos efectos al dolo”²³.

²³ DE ECHEVERRÍA, Lamberto y colaboradores, *Código de Derecho canónico*, 2a. edición comentada, Madrid, 1983, comentario al canon 1098.