

Observaciones a la teoría de los vicios del consentimiento y al error como causa de nulidad (*)

GUILLERMO A. BORDA

Catedrático de la Universidad de Buenos Aires

Me propongo en esta disertación formular algunas observaciones en torno a la teoría de los vicios del consentimiento y me detendré particularmente en el error.

Como todos vosotros lo sabéis, la teoría de los vicios del consentimiento parte de la siguiente premisa: para producir efectos jurídicos, la voluntad debe ser expresada con discernimiento, intención y libertad. Ahora bien: como la seguridad de los negocios exige conferir valor en principio a las situaciones aparentes, el consentimiento se presume válido en tanto el que lo ha prestado no demuestra que ha estado viciado por error, dolo o violencia. Pero si concurre alguno de estos vicios, el acto es anulable porque falta un elemento esencial de la voluntad: en los dos primeros, falta intención; en el último, libertad. Se parte de la base que sólo una voluntad manifestada en forma perfecta y con un conocimiento pleno del asunto es válida. Pero ésta es una posibilidad que se da rara vez en los negocios jurídicos. Generalmente llevamos a cabo los negocios y transacciones bajo la presión de nuestras necesidades (lo que implica falta de libertad) o sin haber podido estudiar las consecuencias que más tarde serán perjudiciales. Cuando un deudor, apremiado por su situación patrimonial, concierta un préstamo en condiciones desventajosas, admitiendo quizá cláusulas penales, que luego le será muy difícil cumplir, carece de libertad para decidirse por la aceptación o rechazo del contrato y para discutir con energía sus condiciones. El error en la concertación de un negocio cualquiera no sólo es frecuente, sino casi inevitable. Si éstas fueran causas de nulidad, prácticamente todas las transacciones humanas estarían sujetas a tal sanción.

Tan evidente es esto, que los propios sostenedores de la teoría de los vicios del consentimiento han debido admitir importantes limitaciones. No todo error es causa de nulidad; tampoco origina la anulación del acto el dolo recíproco (art. 394, Código civil), ni el temor reverencial (art. 940, Código civil) y, sin embargo, en todos estos casos la voluntad está viciada.

Esta falta de coherencia ha procurado explicarse invocando la

(*) Conferencia pronunciada en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

necesidad de dar estabilidad a los negocios jurídicos; de lo contrario, se afirma, se multiplicarían las nulidades en forma peligrosa. Es decir, que se pretende mantener el principio y negar la mayor parte de las consecuencias. Si la realidad jurídica demuestra que la teoría de los vicios del consentimiento es peligrosa e inaplicable en numerosísimos casos, ello demuestra que tiene en sí mismas fallas radicales.

Pienso que una razón de seguridad jurídica y de buena fe obliga a reafirmar enfáticamente una regla jurídica elemental: que los procesos psíquicos íntimos de la persona que manifiesta su voluntad son irrelevantes; ellos no pueden ser aprehendidos por el Derecho, sino en tanto hayan tenido una manifestación exterior. No es, pues, en ese mundo íntimo en el que debe buscarse el motivo de estas nulidades. El verdadero fundamento de la invalidez, cuando el acto ha sido celebrado con dolo o violencia, es el hecho ilícito; porque si tales actos fueran válidos, ello importaría establecer el imperio de la mala fe y el delito. No es, por tanto, necesario recurrir a complicadas teorías para explicar lo que se explica por sí mismo. En cambio, sostengo que no es posible hallar una justificación satisfactoria a las nulidades que se pretenden fundar en el error de los contratantes. Me propongo, en los párrafos que siguen, demostrar la exactitud de esta afirmación.

Sabido es que, en materia de obligaciones contractuales, dos teorías se disputan el terreno: la de la declaración de la voluntad o voluntad declarada, y la teoría clásica de la voluntad psicológica. No es mi propósito en este momento dilucidar la vieja querrela que todos conocéis. Los hombres de leyes hemos adoptado todos una posición a este respecto, guiados por nuestra concepción peculiar del Derecho, de la buena fe, de la seguridad de los negocios jurídicos. Quiero ahora puntualizar lo siguiente: que si se admite como buena la teoría de la declaración de la voluntad, la consecuencia ineludible será rechazar la nulidad de un acto jurídico fundada en el error. Porque si de conformidad al concepto corriente entre quienes sostienen este punto de vista, por declaración de voluntad debe entenderse toda conducta o proceder que permita inferir seriamente una voluntad jurídica de obligarse, *aunque en verdad, esa voluntad no exista*, es obvio que las razones o motivos puramente psicológicos o internos que dieron origen a la falta de coincidencia entre la intención y la voluntad declarada, no pueden tener trascendencia ninguna en el campo de las relaciones jurídicas. Asombra, pues, que la invalidez por error haya sido acogida sin mayor análisis aun por los juristas que sostienen empeñosamente la doctrina de la declaración de la voluntad, y que sólo unos pocos y no muy conocidos autores alemanes, hayan llegado a la conclusión que ahora sostengo (SCHALL, BAHR, HARTMANN y LEONARD). La milenaria tradición jurídica de la teoría del error como causal de nulidad ha influido, sin duda,

en muchos juristas que la admiten, aun cuando adhieran a una concepción de la relación contractual que, evidentemente, está en contradicción con la posibilidad de anular un acto por este motivo.

En cambio, si se admite la teoría de la voluntad psicológica, es evidente que no existe esa contradicción radical entre sus fundamentos y los de la doctrina del error. Pero no por ello resulta ésta menos inadmisibles. Si se acepta que el error es motivo de nulidad, no es aventurado decir que todos los actos serían nulos, puesto que el hombre sale constantemente de un error para caer en otro. Ello ha obligado a los sostenedores de esta teoría a introducir la distinción entre los errores esenciales y accidentales, distinción que juzgo arbitraria. Si lo que da lugar a la nulidad es que la voluntad está viciada, ¿por qué el error sobre los motivos, que tan profundamente vicia el consentimiento, no es causal de nulidad? En el Derecho positivo argentino, el error, además de esencia, debe ser excusable y no provenir de una negligencia culpable. Pero, por más que haya culpa en el error —que, generalmente, la hay—, no por ello deja de estar radicalmente viciado el consentimiento. El argumento basado en que sin estas limitaciones las nulidades se multiplicarían, con grave perjuicio de la seguridad del comercio jurídico, no es convincente. Porque si en ambos casos el consentimiento está viciado, en los dos la consecuencia debe ser la misma. La verdad es que mientras el error permanece en la intimidad del sujeto, es decir, mientras el otro contratante no ha podido conocerlo, no puede producir efectos jurídicos. Una sanción tan grave como una nulidad debe tener una base seria, objetiva y concreta, y no puede fundarse en procesos puramente internos, cuya prueba será siempre o casi siempre imposible producir. Ni el mismo diablo conoce la intención del hombre, decía un juez inglés de la época de Eduardo IV.

Finalmente, hay una razón de justicia y de equidad que, en mi opinión, obliga a rechazar la anulación de un acto por error. Considero contrario a la equidad que en una relación contractual el legislador se coloque de parte de quien, por descuido, por no tomar las debidas precauciones o por cualquier otra razón, se equivocó, y no de parte de quien obró en los negocios con la debida atención y diligencia y que nada tiene que reprocharse. Pues la sanción de la nulidad jurídica perjudica, en efecto, a quien no incurrió en error.

Pero donde esta teoría muestra al desnudo sus debilidades es en el terreno práctico. Sostengo que en la práctica es imposible anular un acto por el solo vicio del error. Para llegar a esta conclusión es menester, previamente, circunscribir con precisión el campo de aplicación posible de esta causal de nulidad. Ante todo, debemos observar que si el error ha sido provocado por engaños o cualquier otra clase de maquinación dolosa, la nulidad del acto

se fundará en el dolo y no el error. Y si éste ha sido determinado por la falta de una cualidad o persona exigida por una cláusula expresa en el contrato, la nulidad se fundará en el incumplimiento de una de las condiciones contractuales. Esta afirmación resulta muy clara en el siguiente supuesto: el Estado llama a licitación para la provisión de una mercadería cualquiera, fijando con toda precisión sus características, y la adjudica al ofertante que pidió más bajo precio; si más tarde resulta que la mercadería no tiene las cualidades exigidas en el pliego, la compra será nula, no por error del Estado, que adjudicó la licitación a quien no tenía la mercadería deseada, sino por incumplimiento de las condiciones establecidas en el pliego. Del mismo modo, si yo compro un cuadro del Greco, dejándose constancia en el contrato de cuál es el autor del cuadro y luego se comprueba que se trata de una copia, el contrato será nulo porque falta una de las condiciones expresamente exigidas por mí al contratar.

Admitido, pues, que la teoría del error resulta inaplicable o, por lo menos, innecesaria e inútil en estos dos casos (que el error haya sido provocado dolosamente por la otra parte o que se derive de la falta de una condición expresamente exigida al contratar), veamos cuáles son las posibilidades prácticas de aplicar esta causal de nulidad.

Aun a riesgo de cansaros con ejemplos prácticos, me veo precisado a insistir en el ejemplo anterior para aclarar mi pensamiento. Entro a un negocio a comprar un cuadro del Greco. Le expreso mi deseo al vendedor, quien me vende por tal un cuadro que, en verdad, no es de aquel maestro. Si el vendedor sabía que el cuadro no era del Greco, es evidente que ha incurrido en dolo: la venta sería anulable por este motivo. Si el vendedor creía de buena fe que el cuadro era del Greco y estaba equivocado, la compra será igualmente nula, porque falta una condición expresamente exigida por mí. Queda todavía otra posibilidad: que al comprar el cuadro, yo nada haya dicho que creía que era del Greco, y que el vendedor ignorara, por lo tanto, mi creencia y mi deseo. Es decir, no ha habido dolo del vendedor ni condición exigida de mi parte. Este es el caso de error *in mente retenta*, único en el que tendría sentido práctico la teoría del error, ya que no hay vicios concurrentes que permitan, por sí, la anulación del acto.

¿Pero ese error *in mente retenta* puede justificar la anulación de un acto? Indiscutiblemente, no. Los jueces, que deben ser prudentes en sus decisiones y que en caso de duda deben inclinarse por la validez del acto, no pueden admitir un pretendido error que nunca ha salido de la mente del que afirma haber incurrido en él y cuya prueba es prácticamente imposible. Lo que admitirá la jurisprudencia, dice Demolombe, es que dos personas que tratan sobre un objeto determinado, visto y apreciado por ellas, sin ninguna explicación al respecto, entienden, sin duda,

tratar sobre ese objeto tal como aparece en su identidad exterior y visible. Más aún, el silencio de uno de los contratantes sobre la cualidad para él sustancial en el negocio, puede importar un verdadero dolo. En el ejemplo del cuadro del Greco, yo puedo callar que creo que pertenece a aquel autor, en la esperanza que el vendedor no lo sepa y me lo venda a un precio menor del valor real.

En conclusión, el error *in mente retenta* no puede admitirse como causal de nulidad de los actos jurídicos y así lo admiten, prácticamente, todos los autores que se ocupan del tema; con lo cual se cierra la última posibilidad de aplicación de la teoría del error.

He tomado un ejemplo de error sobre las cualidades sustanciales de la cosa, y lo mismo ocurre cuando recae sobre la persona. Tomemos un contrato de locación en el cual la persona del inquilino tiene una indudable importancia. Alquilo mi casa a una persona creyéndola Primus, de quien sé es una persona de fortuna y probidad; pero, en realidad, el inquilino resulta ser Secundus, sujeto insolvente y de malos antecedentes. En tal caso, no caben sino dos posibilidades. O bien yo he manifestado mi creencia de contratar con Primus, y Secundus lo ha admitido a sabiendas, en cuyo caso existe dolo y el contrato es anulable por tal causa; o bien, ni yo ni el otro contratante hemos dicho nada sobre el particular. En tal hipótesis, mi error sobre la identidad o las cualidades morales o económicas del inquilino es simplemente un error *in mente retenta*, que, según ya he dicho, no produce efecto jurídico; pero en este caso, el repudio de tal error como causal de nulidad se impone como una razón más, de trascendental importancia. Admitirlo cuando hubiera recaído sobre los antecedentes morales de una persona, sería crear una nueva incapacidad jurídica. Un ex condenado por hurtos o estafas que hubiera purgado su delito, no podría tener ninguna seguridad en sus negocios, porque quienes contratasen con él podrían afirmar más tarde, para desligarse de sus obligaciones, que creyeron contratar con una persona de antecedentes honestos y que el error sufrido les da derecho a reclamar la nulidad del acto. Y aquí ni siquiera se puede argumentar con la dificultad de la prueba del error, porque, ¿qué prueba más fácil de producir que la que se creía contratar con una persona de antecedentes honorables?

El análisis de la jurisprudencia presta un importante apoyo al punto de vista que vengo sosteniendo. He compulsado con gran prolijidad y paciencia los repertorios de jurisprudencia, no sólo argentinos, sino también españoles, franceses e italianos. Su examen me ha permitido las siguientes observaciones: *a)*, ante todo, es dable destacar que siendo el error en los contratantes frecuentísimo, son muy poco numerosos los casos en que los jueces se

apoyan en él para declarar la invalidez; parecería haber una desconfianza, una intuición de que ese no es un motivo suficiente de nulidad; *b*), en ninguno de los casos publicados en nuestros repertorios se ha declarado la anulación de un acto por el solo vicio del error; siempre hay otro factor de invalidez capaz, por sí, de provocar ese resultado; *c*), ya resulta sugestivo que el error nunca haya funcionado sólo como causal de anulación; pero hay algo más: si se profundiza el análisis de cada caso, se advierte que, en verdad, la razón de la nulidad no ha sido nunca el error sino el dolo, la falta de una condición exigida en el contrato o la falta de causa. Si los jueces invocan, a veces, el error, es porque se trata de un expediente cómodo que evita entrar en análisis más profundo de la cuestión.

El error es causal de nulidad en los Códigos pero no en la jurisprudencia; la vida del Derecho, la seguridad y seriedad de los negocios jurídicos, no toleran tales nulidades.

Se dirá, quizá, que el hecho de que los repertorios de jurisprudencia no registren ningún caso en que el error haya sido la causa única de la nulidad del acto, no excluye la posibilidad teórica y práctica de que aquel vicio pueda ser, realmente, motivo de invalidez. Pero es, sin duda, sugestivo que hasta hoy no haya sido posible hacer jugar a esta teoría ningún papel efectivo en la anulación de los actos jurídicos, que siempre, invariablemente siempre, se haya podido declarar la nulidad por otra razón concomitante. ¿No está indicando todo esto que la teoría del error es, por lo menos, inútil?

Llegado a este punto, paréceme útil precisar que mi tesis se reduce a negar los efectos del error como causal de nulidad; pero no desconozco su papel creativo de derechos, y muy particularmente los efectos positivos de la buena fe. Tampoco niego la posibilidad de rectificar un error de expresión o de pluma, siempre que ese error surja notoriamente de la declaración de voluntad interpretada de buena fe. Porque los negocios jurídicos exigen un juego limpio, y así como el declarante tiene el deber de emitir cuidadosamente su voluntad, procurando no inducir en error al recipiente ni hacerle concebir falsas esperanzas, así el aceptante tiene el deber de interpretar lealmente la declaración y de no ampararse de mala fe en una palabra o cantidad deslizada por evidente error. Pero adviértase que tal error no da derecho al declarante a reclamar la nulidad del acto, sino solamente a rectificar su declaración, de modo tal, que si el recipiente acepta el contrato, tal como resulta después de la rectificación, el acto mantiene todo su valor.

* * *

Quedan ahora por considerar los actos de última voluntad. El problema es, evidentemente, distinto al de los contratos, porque

aquí no puede hablarse de la seguridad de los negocios jurídicos, de la necesidad de hacer honor a la palabra empeñada; no hay, frente al declarante, otro contratante tan digno como aquél de la protección legal. Aquí sólo se trata de la voluntad soberana del testador, y es deber del juez velar por que ella se cumpla en su significado auténtico. Parecería que, por lo menos en este caso, habría que admitir que el error del causante debe autorizar la nulidad de la disposición. Sin embargo, no es así, y aquí estoy, felizmente, en buena compañía: don MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, ilustre catedrático español, así lo ha sostenido en dos importantes estudios sobre el tema.

La demostración de este punto de vista me parece sencilla. Conocido es el principio según el cual no pueden hacerse valer contra las disposiciones testamentarias, pruebas extrañas al testamento mismo. No negamos que, excepcionalmente y con sumo cuidado, pueden hacerse valer tales pruebas para interpretar la voluntad del causante, pero nunca para desvirtuarla o invalidarla. Es decir, el error no podrá demostrarse por pruebas extrañas; y si el error surge del mismo testamento, entonces la invalidez de la cláusula (de aceptarse) se fundará en que el juez tiene el deber de hacer prevalecer la auténtica voluntad del causante; en otros términos, hay aquí, tan sólo, un problema de interpretación de la voluntad del autor.

Supongamos que Primus, creyendo que Secundus es su hijo, le instituye heredero de sus bienes. Luego se descubre que no lo es. Según un punto de vista compartido por todos los autores que se han ocupado del tema, sólo habría nulidad en el caso que la condición de hijo fuera el motivo exclusivo de la liberalidad; si, en cambio, había otros motivos concurrentes, tales como el afecto, la gratitud, el deseo de solventar una situación económica penosa, la disposición no es nula.

Pero admitamos que el juez llega a la conclusión de que esa condición de hijo expresada en el testamento fue la causa exclusiva de la liberalidad. Sin duda, la institución es nula, y para llegar a esta conclusión no es necesario recurrir a la teoría del error: basta considerar que el acto ha tenido por causa exclusiva algo inexistente; faltaría la causa y aquí reside el verdadero fundamento de la invalidez. Sin contar con que el juez sólo puede llegar a esta conclusión sobre la base de que falta una cualidad expresada en el testamento; es decir, invalidará el acto sólo cuando, a su juicio, falte la condición exigida en el acto. Repito que, en el fondo, todo se reduce a un problema de interpretación de la voluntad del causante. Se trata de saber si el causante instituyó a su hijo o a N. N., sea cual fuere su parentesco con el causante.

No mayores dificultades presenta el error de expresión: queriendo designar legatario a Juan, el causante escribió involuntariamente Pedro. Nuevamente hago notar que esto no es una cau-

sal de nulidad de la manda, sino de rectificación, como que el legado mantiene su validez, eso sí, que en favor de Juan. Pero en este punto hay que ser cuidadoso. Habrá que tener presente la regla que no deben aceptarse pruebas extrañas al testamento mismo. El error sólo podrá rectificarse si el testamento brinda claros elementos de juicio para hacerlo. Así, por ejemplo, la cláusula dice: «Dejo \$ 100.000 a mi sobrino Luis, que durante veinte años ha sido mi leal secretario». Si quien ha desempeñado esas tareas ha sido el sobrino Pedro, debe rectificarse el error de expresión.

Anoto que en el nuevo Código italiano se permite la rectificación del beneficiario cuando del contexto mismo, o por otros medios, resulte inequívoco cuál era la persona que el testador quería designar (art. 205).

Considero que admitir medios de prueba extraños al testamento es extremadamente peligroso. Existe el riesgo de que los interesados puedan fraguar pruebas tendientes a demostrar una voluntad distinta de la real; además, no es imposible que el causante, para eludir la presión de las personas que lo rodean en su lecho de enfermo, o aun atemorizado por ellos, haya manifestado su propósito de beneficiar a algunas de ellas, cuando, en realidad, deseaba beneficiar a otras. Mientras esas manifestaciones de voluntad no reúnan las formalidades requeridas para los testamentos, carecen de fuerza para oponerse a las cláusulas del último testamento.

* * *

Estos problemas se vinculan íntimamente con la cuestión del discernimiento, que está en la raíz de la teoría psicológica de la voluntad. Para formular la crítica de las ideas clásicas en esta materia, las expondré tal como han sido reflejadas en el Código argentino, porque ningún Código contemporáneo las ha expresado con mayor rigor y énfasis. Según el artículo 897, no se podrán considerar voluntarios los actos que no sean realizados con discernimiento, intención y libertad; agrega el artículo 900, que los realizados sin alguno de estos elementos no producen, por sí, ninguna obligación. Finalmente, el artículo 921 precisa en qué casos hay o no discernimiento: «los actos serán reputados hechos sin discernimiento si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los dementes que no fueran practicados en intervalos lúcidos y los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón». Siendo el discernimiento un elemento inexcusable de los actos voluntarios y tratándose de algo tan sutil y variable, según la edad y las personas, nuestro codificador creyó indispensable establecer una regla general que resolviese la dificultad de otra manera insalvable de establecer cuán-

do existe o no discernimiento. Es claro que al hacerlo así el legislador se alejó de la realidad humana.

Si por discernimiento debe entenderse una facultad elemental de valoración, es obvio que esa facultad no se tiene invariablemente a una misma edad para cualquier acto. Una criatura de ocho años puede discernir perfectamente si los útiles de colegio que compra son los que le ha pedido su maestra; no tiene, en cambio, discernimiento para entender el significado de un contrato de sociedad o de constitución de hipoteca.

Ese desacuerdo entre la norma legal y la realidad humana conduce a consecuencias paradójicas. Según nuestra ley, una menor de diez o doce años, si está embarazada, puede casarse. En cambio, esa misma criatura no puede comprar una muñeca. Es decir, que para un acto tan trascendental como el matrimonio se ha prescindido, lisa y llanamente, del régimen de discernimiento; en cambio, se lo mantiene para actos baladíes. O, mejor, dicho, se lo pretende mantener, porque las reglas jurídicas que violan necesidades de la vida social, están inexorablemente destinadas a caer en desuso; así es como ha debido reconocerse la validez de numerosos actos, a pesar de ser realizados por menores que todavía no han cumplido catorce años. Los menores compran sus útiles de colegio; adquieren golosinas y revistas; van de compras al almacén por encargo de sus padres; van al cine y pagan su entrada; toman tranvías subterráneos, ómnibus, concertando así contratos de transporte. Nadie podría sostener que tales actos son nulos. Todavía más contradicciones. Una mujer casada a los doce años tiene, a partir de ese momento, en su calidad de emancipada, capacidad para realizar todos los actos de la vida civil, con muy pocas excepciones. Inclusive, puede disponer de sus bienes, aunque en este caso necesite de autorización judicial. ¿No era que carecía de discernimiento? Son, por tanto, muy numerosos y a veces muy importantes los actos jurídicos que pueden ser celebrados por personas que carecen legalmente de discernimiento. Pero hay más aún; no obstante haberse celebrado un acto con intención, discernimiento y libertad, puede ser nulo. Tal ocurre con los actos jurídicos otorgados por menores que cuentan con más de catorce años o sordomudos que no saben darse a entender por escrito. Se dirá que no basta estar reunidas aquellas condiciones y que es necesario, además, la capacidad. Pero entonces, ¿de qué sirve la noción del discernimiento? Lo que hay que preguntarse, en relación a los actos jurídicos, no es si se tiene o no discernimiento, sino, simplemente, si se tiene o no capacidad; basta con esto para que el acto sea válido, porque este concepto involucra en sí al discernimiento. Y si la ley no reconoce capacidad el acto será nulo, sea porque se carece de discernimiento (caso de los menores impúberes y de los dementes) o porque se tiene un impedimento físico para ejercer los derechos (caso de los sor-

domudos), o por una imposibilidad práctica de ejercerlos (como en el caso de los penados), o por falta de experiencia en los negocios (caso de los menores adultos), o por otros motivos distintos (incapacidades de derecho).

En lo que atañe a la falta de intención y libertad, los actos válidos que carecen de ella son numerosísimos. Ya hemos aludido a los actos en los que media error no esencial o inexcusable, aunque estaría gravemente afectado el elemento intención. Del mismo modo, falta intención en el caso del dolo recíproco y en las declaraciones hechas bajo reserva mental; y falta libertad en la hipótesis de temor reverencial o de obligaciones contraídas en estado de necesidad; no obstante lo cual, todos esos actos son válidos.

Recapitulemos: no obstante reunir las tres condiciones de discernimiento, intención y libertad, hay actos que son nulos; no obstante carecer el agente de discernimiento, puede realizar actos válidos.

Estas son las consecuencias a que conduce la concepción psicológica de los actos voluntarios. Todo ello prueba que lo que interesa al Derecho no son los procesos íntimos desarrollados en el fondo de la conciencia individual, sino la exteriorización de ellos. El acto debe ser reputado voluntario, siempre que haya una declaración de voluntad consciente, emanada de una persona capaz; salvo, naturalmente, el derecho del autor de esa declaración de impugnar su validez cuando media una causa legal para hacerlo (dolo, violencia, lesión, fraude, etc.).

* * *

En la última parte de mi disertación me ocuparé de la incidencia de estas ideas en el matrimonio. Paréceme que en ninguna materia como en ésta son tan claras las conclusiones que sostengo.

El Código civil español autoriza el casamiento de los hombres desde los catorce años y de las mujeres desde los doce. Esos eran también los límites que fijaba el Código argentino, hasta que la ley 14.394 de 1954 llevó esos mínimos a dieciséis y catorce años, dejando a salvo la situación de las mujeres embarazadas, que pueden casarse cualquiera sea su edad.

Ahora bien, si por discernimiento debe entenderse la facultad intelectual de apreciar y valorar, no creo que nadie pueda, razonablemente, sostener que a los doce años se lo posee, nada menos que para contraer matrimonio. ¿Cómo puede apreciar una criatura de esa edad el significado y trascendencia del acto? ¿Qué sabe ella de las responsabilidades de esposa y madre, de las dificultades de la convivencia? Sin ninguna experiencia de la vida, ¿cómo puede juzgar a su prometido, apreciar su carácter y con-

diciones, su buena fe? A esa edad, la mayor parte de las mujeres ignoran, inclusive, el misterio de la concepción. Evidentemente, carecen de discernimiento.

Se nota hoy, en la legislación comparada, una tendencia a elevar considerablemente la edad mínima para contraer matrimonio; el propio Derecho canónico, a partir de 1917, exige catorce años a la mujer y dieciséis en el hombre (can. 1.067). Pero no hay que aliviar que durante milenios ha regido la regla heredada del Derecho romano, que fijaba las edades de doce y catorce años; que esa regla era la imperante en el Derecho canónico hasta 1917; que todavía hoy numerosas legislaciones la siguen, y lo que es importantísimo, que casi todas las leyes que exigen un mínimo más elevado, incluso el Derecho canónico, autorizan dispensa de la edad en circunstancias graves (que, generalmente, consisten en el embarazo de la mujer). Es decir, que aun en estos países el casamiento se puede celebrar desde los doce años, cuando —eso es indiscutible— no se posee aún discernimiento.

Es que el matrimonio no es solamente un problema de desarrollo mental, sino también de sexo y de desarrollo físico. Si la pubertad coincide con las edades de doce y catorce años, ello significa que la propia naturaleza está indicando que a esa edad ya es posible la unión de los sexos, y, por tanto, el matrimonio. ¿O se va a negar el derecho a casarse de una mujer encinta? Y no por embarazada tendrá mayor discernimiento.

Se me presentó en el Juzgado antes a mi cargo el siguiente caso: una niña que aún no había cumplido los trece años, pidió autorización para casarse con un hombre mucho mayor, de piel negra. La llamé a mi presencia. Era una pobre criatura, de aspecto extremadamente infantil, que estaba por dar a luz en esos días. Huérfana de padre, el desamparo, la miseria, la promiscuidad en que vivía, la habían conducido a tal situación. El hombre que había engendrado el hijo en su seno había sido el amante de su madre. Ahora quería regularizar su estado, darle un hogar y un nombre a su hijo. Y aunque sus probabilidades de felicidad conyugal se me presentaban muy inciertas, aunque comprendía que la elección del marido había sido impuesta por las circunstancias, concedí la autorización. ¿Cabía acaso otra solución?

La validez del matrimonio no depende, pues, de la existencia de discernimiento, sino de que la ley reconozca capacidad para contraerlo. Y, repito, para conocer esa capacidad, la ley tiene y debe tener en cuenta, antes que el desarrollo mental, el físico y sexual.

Me pregunto ahora, ¿la libertad es un requisito del matrimonio válido? ¿Es que puede hablarse de libertad en el matrimonio? ¿Hay libertad cuando una muchacha se casa para librarse de la miseria? ¿Cuándo sus padres, por un interés cualquiera y usando todo el peso de su influencia, hacen un matrimonio de

conveniencia? Verdad es que la autoridad de los padres ha disminuido en nuestros días; pero aun en las épocas en que era más poderosa, a nadie se le ocurría que aquella pudiera ser una causal de nulidad de matrimonio. Me pregunto si tenía libertad la criatura de que hablé anteriormente, que fué seducida a los doce años, y que antes de cumplir los trece pidió autorización para casarse, con el propósito de salvar su honra y darle un nombre y un hogar al hijo que llevaba en su seno. Tampoco tiene libertad el hombre que contrae matrimonio para eludir la condena penal subconsecuente a una violación. Sin embargo, los tribunales han declarado con toda razón que esa violencia no es suficiente para pretender la nulidad.

Pero sin ir a estos casos extremos, ¿posee libertad quien está enamorado? Las románticas expresiones «dulces cadenas», «prisionero del amor», estarán ya pasadas de moda; pero, sin duda, expresan muy bien la falta de libertad de quien todo lo ve color de rosa y ha perdido su aptitud de juicio y valoración en relación al objeto amado.

Y aquí debo destacar una singular diferencia entre el matrimonio y los restantes actos jurídicos: si bien en éstos es frecuentísimo la falta de libertad, no cabe duda que lo ideal sería que se celebraran en un estado que permita una plena valoración de las consecuencias y una perfecta libertad para decidirse en un sentido u otro. En el matrimonio ocurre lo contrario: lo normal y lo deseable es que los contrayentes hayan perdido su libertad y su claridad de juicio; en una palabra, que estén profundamente enamorados. Es un error pensar en el matrimonio en los términos de un negocio jurídico cualquiera. En éstos hay que pesar los pro y los contra, si fuera posible, con la lucidez y precisión de un físico; pero el matrimonio es un acto de amor, una entrega, no una fría especulación de ventajas y desventajas de la vida en común, ni un cálculo de las cualidades y defectos del prometido. La teoría jurídica del consentimiento tiene muy poco que ver con la aceptación, a veces telúrica, de un hombre o una mujer.

Se me dirá que la libertad de que la ley habla es una libertad de autodeterminación; en otras palabras, que lo que se quiere es que el contrayente esté libre de presiones extrañas irresistibles, sea de la otra parte o de terceros. ¡De acuerdo! Pero entonces, no es que el consentimiento deba ser libre, sino libre de una presión irresistible de terceros. Se corrobora también aquí lo que he sostenido respecto de los actos jurídicos en general: lo que fundamenta la anulación de un acto cuando ha mediado fuerza o intimidación, no es la falta de libertad, sino el hecho ilícito; porque si se admitiera la validez de tales actos, la ley se pondría al servicio del delito y el orden jurídico sería reemplazado por la fuerza.

Veamos ahora la incidencia del error en el matrimonio.

Conocida es la clásica controversia respecto de este punto. ¿Solamente el error sobre la identidad física de los contrayentes trae aparejada la nulidad o también debe admitirse el error sobre sus condiciones o cualidades sustanciales?

La ley argentina ha adherido al primer sistema (art. 16, ley de Matrimonio civil). Esto simplifica mucho las cosas. Porque, evidentemente, no puede plantearse así ningún caso de nulidad por error. Los contrayentes están obligados a comparecer ante el oficial público y justificar documentadamente su identidad; en el acta debe quedar asentado el nombre de los comparecientes, edad, domicilio, profesión, filiación, etc. ¿Cómo sostener más tarde que creía casarme con Juan Martínez y en realidad me casé con Diego Fernández? Bien califica DEMOLOMBRE de quimérica la hipótesis. Ello explica que en la jurisprudencia argentina no se registren casos de matrimonios anulados por error.

Es claro que es posible la falsificación de documentos y la sustitución de una persona por otra. Pero en ese caso, no juega la teoría del error, sino la del dolo.

Pero salgamos del plano del Derecho positivo y preguntémosnos si, en teoría, es posible admitir que el error sobre las cualidades esenciales del contrayente puedan dar lugar a la anulación del matrimonio.

¡Error en el matrimonio! ¿Cuántos maridos o esposas pueden decir, después de un casamiento, develada ya la bruma que la pasión había tendido sobre su mente: «Yo no me equivoqué; mi marido, mi mujer, es como yo pensaba»? Las más de las veces el contacto de la realidad con la ilusión es durísimo, aunque el amor, la convivencia, los hijos, la necesidad de asistencia recíproca, suelen ir acomodando los caracteres. Los primeros tiempos son los más difíciles para un matrimonio.

Es claro que nadie pretende que cualquier error pueda dar lugar a la anulación; es necesario que sea esencial. Pero es que los errores en el matrimonio son, generalmente, esenciales. Tomemos, por ejemplo, el que recae sobre el carácter del novio o novia. Sostengo que en lo que al matrimonio atañe es esencialísimo. Mi experiencia judicial me indica que la causa más frecuente de divorcios es el mal carácter y la intolerancia recíproca o, si se quiere, la incompatibilidad de caracteres. De allí nace, a poco andar, la pérdida del respeto recíproco, las injurias, los malos tratos, quizá el adulterio y, finalmente, el abandono del hogar. Si el matrimonio es feliz y bien avenido, hasta el adulterio se perdona. Pero la conducta más moral no basta para impedir el derrumbe del hogar si el mal carácter comienza a carcomerlo.

El carácter es, pues, esencial en la vida matrimonial. ¿Autoriza ello a pedir la nulidad a quien se hubiera equivocado sobre

el de su prometido? Naturalmente, nadie puede sostener semejante cosa.

Otro caso. Una mujer cree casarse con un hombre honesto y resulta ser inmoral o delincuente. ¿No es acaso un error esencial?

Esto explica que las legislaciones y autores que han seguido este sistema, han creído necesario enunciar expresamente cuáles son los errores que pueden dar origen a una acción de nulidad. Así lo ha hecho, con particular sutileza, la doctrina canónica. Ya no se trata, pues, del error, aunque sea esencial, sino de ciertos y determinados errores esenciales.

Aun así limitadas las hipótesis de error, susceptibles de provocar la anulación del acto, cabe preguntarse: ¿es justo, es posible declarar en ellas la nulidad? El análisis de un caso práctico demuestra, a mi juicio, que no lo es.

Una mujer contrae matrimonio con un hombre que ha sufrido una condena infamante. En tal caso, puede ocurrir: 1) Que el antiguo delincuente haya confesado su pasado a su prometida antes de casarse; aquí no hay error, y mal puede pretenderse su anulación. 2) Que haya ocultado maliciosamente su pasado, atribuyéndose antecedentes irreprochables. 3) Que ella nada haya preguntado y que él nada haya dicho de su pasado. De las dos últimas hipótesis —únicas en que puede jugar el error—, la primera es, desde luego, la más probable, porque las personas que tienen el propósito de unir definitivamente sus vidas, sienten una natural curiosidad por conocer el pensamiento y la vida de su prometido. No es lógico ni natural callar sobre el pasado; y si el antiguo delincuente se ha presentado como persona de antecedentes honorables, es evidente que ha incurrido en dolo. La anulación del matrimonio, de aceptarse, debe, pues, basarse en el dolo, no en el error.

Pero si la novia nada ha preguntado, si lo ha aceptado tal como es, sin preocuparse de lo que pudo haber sido, ¿puede más tarde pedir la anulación del matrimonio, basándose en que había creído honorable a su marido y resultó ser un ex presidiario? La pregunta lleva consigo la respuesta. El hombre o la mujer que llevado de su amor, ha desafiado todos los riesgos, ha aceptado todas las posibilidades, no puede pretender más tarde la anulación de su matrimonio. El error, si existe, no es excusable; y, además, no ha tenido las características que en teoría se exigen para que pueda dar lugar a la anulación de un acto. No ha sido determinante, pues la mujer o el hombre que se casan sin preocuparse ni querer saber el pasado de su prometido, mal pueden sostener más tarde que fueron los supuestos honorables antecedentes los que lo impulsaron al casamiento. En tales casos, el motivo determinante es una atracción física y espiritual irresistible.

ble, que allana todos los obstáculos y contra la cual no es posible luchar.

Pero hay más aún: autorizar la anulación en la hipótesis de condena criminal, significaría, en síntesis, negar a un ex delincuente la posibilidad de rehacer su vida, de contraer matrimonio con una mujer honorable, pues ésta, conociendo su pasado en cualquier momento podría pedir la anulación del matrimonio y los jueces tendrían que concederla. Se objetará que puede casarse a condición de que confiese su pasado a su futura esposa, y que éste es el primer paso que debe dar si quiere proceder honestamente y rehacer su vida; conociendo su novia sus antecedentes, no podrá más tarde invocar su error para pretender la anulación del matrimonio. Pero una confesión tan dolorosa no puede hacerse sino en la más recogida intimidad. Las palabras dichas a la futura esposa, en un momento de sinceración, no pueden ser oídas más que por ella que, si verdaderamente lo quiere, guardará celosamente el secreto. Solicitada más tarde la anulación del matrimonio por la esposa, ¿cómo podría probar el marido que antes del casamiento hizo confesión íntegra de su pasado y que su prometida lo aceptó con pleno conocimiento de él? Finalmente, hay que tener en cuenta la odiosidad de estas investigaciones de hechos remotos, que significan exhibir ante los estrados judiciales todas las miserias del pasado y, lo que es peor, culpas que si existieron han sido borradas por la sanción penal y por una conducta posterior honorable. La anulación del matrimonio vendría a ser decreta por hechos que, valga la expresión, están prescriptos.

Algunos autores y tribunales han apelado también al error cuando se quiere explicar la nulidad por impotencia, en aquellos países en que no está prevista esta tara como causal de nulidad. A poco que se examine el problema, se verá que nada tiene que ver el error en la sanción de invalidez. Es perfectamente posible que no haya mediado error; que la prometida tuviera conocimiento de la impotencia del novio y que, no obstante ello, diera su consentimiento, creyendo en la posibilidad de una curación, sea por tratamiento médico, o lo que es tan frecuente en las inhibiciones psíquicas, por simple acostumbramiento. Si más tarde la impotencia se revela incurable, la esposa tendrá siempre derecho a reclamar la nulidad. Creo que aun en los países cuya legislación no ha previsto la impotencia como causal de nulidad, puede llegarse a esta solución por un camino muy simple: no siendo posible uno de los fines esenciales del matrimonio, debe invalidarse el acto, con entera independencia de la cuestión de si hubo o no error, que escapa, sobre todo en este punto, a toda posibilidad de prueba.

Das palabras sobre el Derecho canónico en esta materia. La doctrina canonista ha desarrollado con brillantez y sutileza esta teoría del error como causal de anulación del matrimonio.

La regla general es la siguiente: sólo el error sobre la identidad da lugar a la anulación. El error sobre las cualidades de la persona en principio no produce ese efecto, admitiéndose sólo las siguientes excepciones: *a*), que el error sobre la cualidad redunde en error sobre la persona misma; *b*), que la cualidad en que se yerra consista en la condición servil propiamente dicha; *c*), que la cualidad pretendida haya sido para el contrayente una condición *sine qua non* de su consentimiento.

La Iglesia se ha valido prudentemente de este sistema —cuyo sustento teórico me parece, en verdad, harto discutible— para anular ciertos matrimonios sin comprometer el dogma de la indisolubilidad del vínculo. Cuando esta teoría es puesta en ejecución por sacerdotes prudentes, convencidos de la necesidad de mantener a toda costa ese principio, el error puede ser una solución para resolver problemas conyugales que no tendrían otra salida. Pero si la misma teoría fuese aplicada por jueces laicos, unos tolerantes, otros proclives a encontrar cualquier salida que permita la disolución del matrimonio, se habría encontrado una vía por la cual pasaría pronto un verdadero torrente de disoluciones, inclusive de común acuerdo, disfrazadas de error.

* * *

Aludiré, finalmente, al dolo.

Que las reglas clásicas del consentimiento no deben aplicarse sino con mucho cuidado al matrimonio, la prueba el viejo principio de LOYSEUL: *en mariage il trompe qui peut*.

Es que el engaño forma parte casi necesaria del arte de enamorar. ¿Quién no simula virtudes y disimula defectos ante la persona amada? Todos los novios hemos sido buenos, complacientes, comprensivos, generosos; después del matrimonio, las cosas suelen cambiar.

Pero está muy lejos de mi ánimo justificar la regla de LEYSEUL y la omisión del dolo como causal de nulidad. Una cosa es el pequeño engaño propio del hombre o de la mujer que quiere conquistar al amado, y otra cosa, la grosera impostura. He aquí al criminal prófugo de la justicia extranjera, que se presenta ante una mujer de familia decente como noble exilado de alguno de los países que están detrás de la Cortina de Hierro; he aquí el clérigo apóstata que se casa con una niña piadosa, ocultándole su pasado. La ley no puede amparar ese engaño ni dejar indefensa a la víctima: la nulidad se impone, porque lo contrario sería proteger la mala fe y trastornar los fundamentos éticos sobre los cuales deben reposar las relaciones jurídicas.

Nada de esto ha escapado, por cierto, a los canonistas ni a los legisladores, que, como el español y el francés, han eliminado al dolo como motivo de nulidad. Sólo que ellos resuelven el problema por vía del error: cuando el dolo determina un error esen-

cial da lugar, por ese motivo, a la anulabilidad del acto. Pero la verdad es, a mi juicio, precisamente inversa: no es que el dolo anule el acto porque provoca un error, sino que el error da lugar a la nulidad sólo porque ha sido determinado por dolo.

Como en el caso de la violencia, la sanción no se funda en un vicio del consentimiento, sino en la existencia de un hecho inmorral e ilícito que la ley no puede tolerar.

* * *

No me ha sido posible, en el lapso, necesariamente limitado de esta conferencia, hacer una exposición más metódica y completa de un tema cuyas confluencias y proyecciones son vastísimas; he querido, sobre todo, exponeros hechos y razones que, a mi juicio, obligan a repensar la teoría de los vicios del consentimiento, y, en particular, el error como causa de nulidad de los actos jurídicos.

