

EL ERROR EN LAS CUALIDADES PERSONALES DEL OTRO CONTRAYENTE EN LA LEY 19.947.

Iñigo de la Maza Gazmuri (*)

RESUMEN

Este artículo intenta examinar la situación actual del error en las cualidades personales del otro contrayente en la recientemente promulgada ley 19.947 sobre matrimonio civil. El trabajo comienza examinando la situación de esta especie de error con anterioridad a la dictación de la ley. A continuación sigue con el tratamiento que le prodiga la 19.947, enfatizando el rol del *ius conubii* y la familia como base de la sociedad en la caracterización de este tipo de error. En segundo lugar, examina la noción de calidad personal en la ley, despejando aquellas características del sujeto que no lo son. En tercer lugar intenta determinar el significado de las expresiones “naturaleza” y “fines esenciales del matrimonio”. Finalmente sugiere un doble test a los jueces para evaluar la procedencia de esta especie de error como causal de nulidad del matrimonio.

PALABRAS CLAVES

Error, error en la identidad, “*ius conubii*”, fines esenciales del matrimonio, nulidad del matrimonio.

(*) Profesor investigador, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. Recibido el 11 de enero de 2005. Aceptado el 17 de mayo de 2005.(iñigo.delamaza@udp.cl)
Agradezco especialmente a Javier Barrientos una acuciosa lectura de un borrador anterior de este trabajo que permitió aligerarlo de varios errores. Teniendo en cuenta que Javier y yo discrepamos sobre varios puntos acerca del tema del error, cumple con advertir que, desafortunadamente, la responsabilidad por los errores que pueden persistir me pertenece exclusivamente.

ABSTRACT

This paper examines the current status of the error on personal qualities in the recently issued Civil Marriage Act N° 19.947. This work begins by examining the way error was considered by the courts and the authors before this new act. It turns next to the treatment that the new act gives to error on personal qualities, highlighting the role of *ius conubii* and of family as a societal foundation in shaping the notion of this kind of error. Secondly, it examines what the law understands by the notion of personal quality, distinguishing it from what does not stand as such. Thirdly, it seeks to find the legal meaning of the expressions “nature” and “essential goals”, applied to marriage. Finally it suggests to judges a double test to evaluate the admissibility of error as a cause for nullification of marriage.

KEYWORDS

Error, error in the identity, “*ius conubii*”, essential aims of the marriage, invalidity of the marriage.

Probablemente no es exagerado afirmar que las dos coordenadas que orientan la ley de matrimonio civil 19.947 sean el beneficio de los cónyuges y una cierta protección de la seguridad jurídica del vínculo matrimonial. Lo anterior significa una modificación radical del régimen matrimonial vigente en Chile hasta la promulgación de esta ley, que manifestaba una clara preferencia por la estabilidad del vínculo matrimonial. Dentro de las múltiples modificaciones que introduce este cuerpo normativo interesa a efectos de este artículo examinar el caso del error en las cualidades personales del otro contrayente.

El tema resulta sugerente toda vez que, en mi opinión al menos, ilustra la tensión que se produce en la regulación del matrimonio al intentar equilibrar los fines privados y públicos a que sirve. Resulta sugerente además porque se trata de una institución inédita en Chile. Durante la vigencia de la antigua ley de matrimonio civil los pocos casos que llegaron a la Corte Suprema por error en las cualidades personales fueron rechazados argumentando que no se encontraba consagrado en el ordenamiento jurídico chileno. De allí que el propósito de estas páginas sea, en definitiva, dar noticia acerca de cómo entender en el artículo octavo de la ley 19.947, la regla que establece el error sobre las cualidades personales del otro contrayente como causal de nulidad del matrimonio.

Con este objetivo comienzo examinando brevemente el tratamiento que recibió el error en la identidad bajo la vigencia de la antigua ley de matrimonio civil. A continuación me detengo sobre el tratamiento del error en las cualidades personales en la ley 19.947. Con vistas a estos sugiero, en primer lugar, que las coordenadas de la discusión acerca del error quedan

fijadas por los artículos 1 y 2 de dicha ley en cuanto consagran, de una parte, a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y al matrimonio como su base principal y, de otra, a la facultad de casarse como un derecho fundamental. En segundo lugar me detengo sobre la noción de calidad personal, despejando algunas circunstancias que no deberían ser alegadas como tales. En tercer lugar examino las expresiones “naturaleza” y “fines esenciales” del matrimonio en la medida que ellas constituyen la métrica utilizada por el legislador para mensurar el error. Finalmente sugiero un procedimiento en dos pasos para evaluar la pertinencia del error alegado como vicio de nulidad.

I. El error bajo la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil de 10 de Enero de 1884.

Bajo la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil de 10 de Enero de 1884 (en adelante LMC) el error se encontraba tratado a propósito de la nulidad del matrimonio, específicamente respecto del consentimiento libre y espontáneo. Así, el artículo 32 disponía que “*Es también nulo el matrimonio para cuya celebración no ha habido, por parte de alguno de los contrayentes, libre y espontáneo consentimiento.*” Por su parte, el artículo 33 establecía que *Falta el consentimiento libre y espontáneo en los casos siguientes: 1º. Si ha habido error en cuanto a la identidad de la persona del otro contrayente*”.¹

Desde temprano la redacción del numeral primero del artículo 33 agitó a la doctrina. La pregunta a que se intentó dar respuesta durante la vigencia de la LMC era ¿cuándo existe la clase de error a la que refiere este artículo?.

Para examinar, aunque brevemente, las posiciones respecto a este problema conviene comenzar advirtiendo que, en general, los autores que se dedicaron –levemente las más de las veces- a este tema se encontraban contestes respecto de dos cosas. La primera de ellas es que el error de derecho se encontraba descartado². La segunda es que la regla alcanzaba el error sobre la identidad física del otro contrayente, es decir aquel caso en que el error recae sobre la otra persona considerada como entidad física. Siguiendo el clásico ejemplo de Pothier, Claro Solar ilustra este caso de la siguiente manera “*creyendo dar mi consentimiento para casarme con María, resultase que lo he dado para casarme con Julia que han puesto en su lugar en el momento de la celebración del matrimonio*”³, **Explicaciones de Derecho Civil chileno y**

¹ Las negrillas son mías.

² Ver FUEYO LANERI, F. **Derecho Civil. T. V. Derecho de Familia.** V. 1. Imp. y Lito. Univ. S.A. Valparaíso: 1958-1959, p. 98

³ CLARO SOLAR, L., **Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado.** V. 1. *De las personas.* Establecimiento Poligráfico Roma. Santiago: 1898, p. 320. Como se sabe, Pothier admitía el error en materia de nulidad de matrimonio únicamente en aquellos casos en que recaía sobre la identidad física del otro contrayente (*aliud pro alio*), toda vez que solo éste excluía radicalmente el consentimiento de quien lo padecía.

comparado. 2. Aún cuando es posible discutir si esta especie de error vicia el consentimiento o más bien obstaculiza su formación⁴, lo cierto es que como advierte el propio Claro Solar se trata de una hipótesis que operará únicamente en circunstancias completamente anormales y extraordinarias y que –citando a Demolombe– “no tendría éxito ni aún en el teatro”⁵. No obstante su escasa aplicación práctica, un sector importante de la doctrina⁶ ha entendido que el alcance de la regla se limitaba al error en la identidad física, argumentando que el artículo 33 de la ley chilena innovó respecto del antiguo artículo 180 del Código Francés que se refería al “error en la persona”. La introducción de la expresión “identidad” en el artículo 33 sugeriría que el legislador chileno tuvo a la vista los problemas interpretativos que había generado el error en la persona en el caso francés e intentó evitarlos⁷. Sobre lo mismo, sin embargo, hay quien piensa que la expresión “identidad” fue utilizada por el legislador chileno para significar que no quedaban comprendidas dentro del término persona las cualidades accidentales de los cónyuges⁸. Desgraciadamente no añade argumentos que hagan jurídicamente plausible esta posición.

Aceptado que la regla del artículo 33 alcanzaba el error en la identidad física, las dudas se presentaron respecto a si la expresión identidad, alcanzaba además cualidades de la persona de los contrayentes. Sobre esto parece haber consenso en que no se extendía a las cualidades accidentales de los contrayentes⁹. A la vez, un sector significativo de la doctrina ha sugerido que el ámbito de aplicación de la regla debiera extenderse a la persona civil o social¹⁰, sin

⁴ Sobre esta discusión puede consultarse de Verda y Beamonte, R. **El error en el matrimonio**. Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza: 1997, pp. 96-112.

⁵ CLARO SOLAR, L. (n. 3) p. 321. Aunque existen algunas probabilidades que esto suceda como el matrimonio por poder, el caso de gemelos o gemelas o de un contrayente noidente, el sistema de garantías formales a que se sujetta el matrimonio determina que la posibilidad que este error ocurra es aún en estos casos extraordinariamente escasa.

⁶ Ver, por ejemplo, ROSSEL SAAVEDRA, E. **Derecho de Familia**. 7^a ed. Editorial Jurídica de Chile. Santiago: 1993, pp. 18-19.

⁷ Ver SOMARRIVA UNDURRAGA, M. **Derecho de Familia**. Ediar. Santiago: 1983. Otro argumento que podría utilizarse es que ésta era la regla del derecho canónico al momento de la dictación de la LMC que, por lo demás, se mantuvo hasta la década del 70 (sobre esto último puede consultarse DE REINA, V. **Error y dolo en el matrimonio canónico**. Ediciones de la Universidad de Navarra S.A. Pamplona: 1967 y Peña García, C. “La incidencia del error sobre calidad y del error redundans en el consentimiento matrimonial”, en REDC. 56-147, Salamanca, julio-diciembre, 1999, pp. 697-720).

⁸ Ver PINOCHET ELORZA, c. **El error en la persona en el contrato de matrimonio**. Memoria de prueba. Editorial Universitaria S.A. Santiago: 1960, p. 34.

⁹ Ver RAMOS PAZOS, R, quien identifica como tales, por ejemplo, la virginidad de la mujer y la situación económica de los contrayentes (**Derecho de Familia**. Editorial Jurídica de Chile. Santiago: 1993, p. 36) Vial del Río, a su turno, cita como cualidades irrelevantes la equivocada apreciación del carácter o temperamento de uno de los contrayentes, si tiene una u otra profesión, su mayor o menor inteligencia o belleza física y su situación económica (**Teoría general del acto jurídico**. Editorial Jurídica de Chile. Santiago: 2003, pp. 102-103).

¹⁰ Así sucedió también en el caso francés a propósito del antiguo artículo 180 del *Code* y español respecto al artículo derogado artículo 101.2. En ambos casos, como en el chileno, se trató de extender el ámbito de aplicación del error en la persona.

embargo, no siempre es claro que entienden estos autores por persona civil o social. Así, por ejemplo, Claro Solar entiende por tal “*las condiciones que determinan el lugar permanente que [la persona] debe ocupar en la sociedad*”¹¹. Fueyo Laneri, a su turno, distingue entre identidad civil la que entiende como atributos civiles y considera que debe quedar comprendida, de la identidad social, la que excluye¹². Finalmente, Somarriva Undurraga considera como cualidad determinante del otro cónyuge, distinta de la persona civil, el estado civil¹³. Exceptuando el ejemplo de Somarriva, parece ser que estos tres autores refieren con mayor o menor cercanía el concepto de identidad civil a los atributos propios del estado civil que es, por lo demás, una de las acepciones que posee en derecho comparado¹⁴.

Todavía una tercera posición señala que este criterio no resulta deseable, toda vez que, excluye cualidades sustanciales de la persona a pretexto que no determinan su identidad civil. En este sentido, Meza Barros por ejemplo, ha sostenido que la justa solución se encuentra en la consideración de aquellas cualidades personales de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas y apreciadas por la otra parte hubieran impedido la celebración del matrimonio¹⁵.

Con prescindencia de las posiciones doctrinales y la vaguedad de algunas de ellas, los tribunales chilenos se han inclinado por la tesis restrictiva, considerando que el único error

¹¹ CLARO SOLAR, L. (n. 3), p. 321 En el derecho comparado la noción de error en la identidad civil posee dos acepciones, según la primera se trataría del *error qualitatis redundans in errorem personae*. De acuerdo a la segunda sería aquel error que recae sobre una cualidad relativa al estado civil. En el caso de la primera acepción el error en la identidad civil recaería sobre cualidades civiles con virtualidad individualizadora de uno de los cónyuges. Se trata, como advierte de VERDA Y BEAMONTE del error en calidad redundante, aquel en que “*uno de los contrayentes identifica al otro, a quien no conoce personalmente, por medio de una cualidad que a él solo corresponde*” (n. 4) p. 113). En el caso de la segunda acepción se tratará de cualidades referentes al estado civil que carecen de virtud individualizadora. Dentro de esta acepción hay tesis restrictivas que confinan el error en la identidad civil a la filiación o pertenencia a una familia determinada y otras que la extienden a la nacionalidad y la condición de divorciado (ver DE VERDA Y BEAMONTE, J. (n. 4) pp. 124-132).

¹² FUEYO LANERI, F. (n. 2) p. 100.

¹³ SOMARRIVA UNDURRAGA, M. (n. 7) p. 32.

¹⁴ En el derecho comparado la noción de error en la identidad civil posee dos acepciones, según la primera se trataría del *error qualitatis redundans in errorem personae*. De acuerdo a la segunda sería aquel error que recae sobre una cualidad relativa al estado civil. En el caso de la primera acepción el error en la identidad civil recaería sobre cualidades civiles con virtualidad individualizadora de uno de los cónyuges. Se trata, como advierte de Verda y Beamonte del error en calidad redundante, aquel en que “*uno de los contrayentes identifica al otro, a quien no conoce personalmente, por medio de una cualidad que a él solo corresponde*” (de Verda y Beamonte, (n. 4) p. 113). En el caso de la segunda acepción se tratará de cualidades referentes al estado civil que carecen de virtud individualizadora. Dentro de esta acepción hay tesis restrictivas que confinan el error en la identidad civil a la filiación o pertenencia a una familia determinada y otras que la extienden a la nacionalidad y la condición de divorciado (ver DE VERDA Y BEAMONTE, J. (n. 4) pp. 124-132 y BELLUSCIO, A. **Manual de Derecho de Familia**. T. I, 3º ed. Ediciones de Palma. Buenos Aires: 1988, pp. 205-207).

¹⁵ Ver MEZA BARROS, R. (n.) p. 39, quien utiliza en apoyo de su posición el antiguo artículo 1333 del Código Civil alemán. En el mismo sentido VELASCO LETELIER, E. “**De la disolución del matrimonio**”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago: 1973, p. 75.

que posee la entidad suficiente para declarar la nulidad del matrimonio era aquel que recaía sobre la identidad física de los contrayentes¹⁶. Este era el estado de la cuestión hasta la dictación de la ley N° 19.947 de 17 de Mayo de 2004 –en adelante la ley 19.947. Los jueces chilenos han considerado hasta esta fecha que en materia de nulidad matrimonial la disciplina del error únicamente tutela la realidad del consentimiento, no su integridad. Así, por ejemplo, han resuelto que el error sobre el nombre y el carácter de hijo ilegítimo no refiere al individuo mismo, sino a sus cualidades, por lo mismo no satisface la letra del artículo 33¹⁷ o que la ignorancia de uno de los cónyuges respecto del matrimonio anterior del otro no configura error en la persona¹⁸.

II. El error en la ley 19.947

1. *Las coordenadas de la discusión.*

Dos son los artículos que fijan las coordenadas dentro de las cuales debe producirse la discusión acerca del error en la ley 19.497. En lo pertinente, el artículo 1º dispone que “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia.*” El artículo 2º, en lo que es de interés a este trabajo, establece que “*La facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello. Las disposiciones de esta ley establecen los requisitos para asegurar el libre y pleno consentimiento de los contrayentes*”.

Ambos artículos determinan el escenario en que debe tener lugar la discusión toda vez que, me parece, ilustran con suficiente elocuencia los dos intereses que busca proteger equilibradamente la regulación del matrimonio contenida en la ley 19.947. De una parte, si se acepta que el matrimonio es la base principal de la familia¹⁹, y ésta a su turno constituye el núcleo fundamental de la sociedad, resulta evidente el interés social en la protección del matrimonio, específicamente en la certeza del vínculo y la seguridad jurídica que se apareaja a ella. De otra parte, si se caracteriza el derecho a contraer matrimonio como un derecho fundamental, aparece claramente que además del interés social que busca tutelarse, la regulación del matrimonio debe considerar el interés de los contrayentes, asegurando su libre y pleno consentimiento.

¹⁶ Ver, por ejemplo, RDJ, tomos XI, s. 2º, p. 17; XXII, s. 1º, p. 538, XXXVII, s. 1º, p. 307 y LXI, s. 2º, p. 17.

¹⁷ Ver RDJ XXII, s. 1º, p. 538;

¹⁸ Ver LXI, s. 2º, p. 17

¹⁹ La idea del matrimonio como base de la familia congrega a la gran mayoría de los autores. Para una muestra ver CORRAL TALCIANI, H. **Familia y derecho**. Universidad de los Andes. Santiago: 1994, p. 24.

En lo que respecta a la disciplina del error, según se ha observado, bajo la vigencia de la LMC la balanza se inclinaba hacia la certeza del vínculo, determinando que su campo de aplicación se restringiera a la identidad física de los contrayentes. Bajo las reglas de la ley 19.947 la situación cambia, asignándose un mayor peso a la integridad del consentimiento de los contrayentes. Para comenzar a examinar esto conviene detenerse primero en sus artículos 1 y 2.

El artículo 1º.

Como se advierte de su lectura, el artículo 1º de la Ley 19.947 reproduce el inciso 2º del artículo 1º de la Constitución Política del Estado. El precepto de la 19.947, sin embargo, no se agota en la reproducción, sino que además desarrolla la regla constitucional, al admitir que el matrimonio no es la base exclusiva de la familia. Al caracterizarlo como la “base principal” de la familia es claro que admite la posibilidad de familias cuya base no sea el matrimonio²⁰. Lo que interesa examinar aquí, sin embargo, es aquella parte del artículo que reproduce el precepto constitucional. Lo anterior porque una mirada a las Bases de la Institucionalidad fijadas por la Constitución Política del Estado indica como uno de los deberes del Estado dar protección a la familia y propender al fortalecimiento de ésta.

Advertido ya que en el derecho chileno la base principal de la familia es el matrimonio, no existe ningún problema para concluir que el Estado debe dar protección al matrimonio y propender a su fortalecimiento. El problema estriba, sin embargo, en determinar cómo debe el Estado proteger y propender al fortalecimiento del matrimonio. Bajo la vigencia de la LMC dicha protección se encontraba determinada por la idea de estabilidad y máxima certeza del matrimonio²¹. Así es posible comprender, por ejemplo, la falta de divorcio vincular o la cerrada redacción de su artículo 33 en lo que refiere al error. La ley 19.947 viene a modificar este régimen, si bien conserva alguna preocupación por la estabilidad de la familia²², procura equilibrar su protección con la del interés individual de los contrayentes. A dicho interés refiere el artículo 2º.

²⁰ Ver Barrientos Grandón, J. y NOVALES ALQUÉZAR, A. **Nuevo Derecho Matrimonial Chileno**. LexisNexis. Santiago: 2004. Con anterioridad a la dictación de la ley 19.947 éste fue un asunto arduamente discutido. Sobre esto puede consultarse, por ejemplo CORRAL TALCIANI, H. (n. 19) pp. 27-30.

²¹ Al menos en la letra de la ley, en la práctica de los tribunales la nulidad del matrimonio creó *de facto* uno de los sistemas de divorcio más liberales del mundo, limitado únicamente por la necesidad de acuerdo de las partes (sobre esto puede consultarse CORRAL TALCIANI H. (n. 19) pp 83-85).

²² Así, por ejemplo en las indicaciones enviadas por el ejecutivo con fecha 13 de septiembre de 2001 al Senado, se sostiene que “La familia es entendida como grupo humano y social con voluntad de permanencia o estabilidad en el tiempo, constituido por la unión de un hombre y una mujer con aptitud legal para comprometerse a compartir la vida y, sobre esta base, crear un hogar, con o sin hijos propios o adoptivos” (disponibles en http://websinileg.bcn.cl/Websinileg/hley/hley_BajaDocs.asp?corr_actividad=0000036235&corr_documento_x_actividad=0001. Visitado 14/07/2004).

El artículo 2º.

En su artículo 2 la ley 19.947 introduce el *ius conubii*²³. Este puede ser entendido como una manifestación de la “personalización del matrimonio”²⁴ que permea ampliamente la ley 19.947, y consiste en una libertad fundamental de las personas a contraer matrimonio. Esta libertad ya se encontraba contemplada en el artículo 16.1 de la Declaración universal de los derechos humanos de 1948, en el artículo 23.2 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos e 1966, en el artículo 6.2 a de la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer de 1967 y en el artículo 16.1 a de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979. Aún cuando el *ius conubii* no se encuentra expresamente consagrado en la Constitución Política del Estado, podía desprenderse de su artículo 1º en la medida que éste dispone que el Estado se encuentra al servicio de la persona humana y debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible. La libertad para contraer matrimonio posee una dimensión positiva y otra negativa. La primera de ellas supone el reconocimiento por parte del Estado del derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, por lo mismo precisa que éste se abstenga de la imposición de obstáculos o trabas a esta libertad. La dimensión negativa de la libertad matrimonial –la más relevante a efectos de este trabajo- comprende de una parte el derecho a no contraer matrimonio y, de otra, “el derecho de toda persona a no ser considerada como casada, ante la sociedad y ante el Estado, en tanto no haya contraído matrimonio mediante la celebración de un acto jurídico en el que concurran todos los presupuestos de validez exigidos por la ley: el derecho, en definitiva, a solicitar la declaración de nulidad del negocio matrimonial inválido.”²⁵.

Entre las manifestaciones de la libertad matrimonial negativa posee especial importancia para los efectos de este trabajo el derecho a impetrar la nulidad del matrimonio cuando el consentimiento se ha visto viciado por error²⁶. La libertad matrimonial negativa supone que

²³ Sobre el *ius connubii* en la ley 19.947 puede consultarse BARRIENTOS GRANDON, J. “Ley 19.947 Sobre Matrimonio Civil, Publicada en el Diario Oficial de 17 de Mayo de 2004. En Revista Chilena de Derecho Provado Fernando Fueyo Laneri N° 2, julio 2004, pp. 233-241.

²⁴ Siguiendo a DE VÉRDA Y BEAMONTE es posible pensar en el caso chileno que el matrimonio es una de las instituciones jurídicas a través de las cuales se logra el “libre desarrollo de la personalidad” de los seres humanos (n. 4) p. 20 y sgtes. Esta lectura no resulta antojadiza considerando el artículo 2 de la ley 19.947 y el artículo uno de la Constitución Política del Estado. Por otra parte, en las Indicaciones del Ejecutivo de fecha septiembre 13 de 2001 se advierte que el perfeccionamiento de los cónyuges es un elemento básico y esencial del matrimonio.

²⁵ DE VÉRDA Y BEAMONTE, J. (n. 4) p. 42

²⁶ Se prescinde entonces de otros casos en que o bien falta el consentimiento o se encuentra viciado. Así sucede cuando los contrayentes son incapaces para consentir o para manifestar su consentimiento, cuando existe ausencia de consentimiento por fuerza física y cuando existe dolo. Para un tratamiento de estas hipótesis en la ley 19.947.

Entre las manifestaciones de la libertad matrimonial negativa posee especial importancia para los efectos de este trabajo el derecho a impetrar la nulidad del matrimonio cuando el consentimiento se ha visto viciado por error²⁶. La libertad matrimonial negativa supone que una persona no sea considerada como casada cuando falte alguno de los requisitos de validez del acto jurídico que origina el matrimonio, éste es el campo operativo del error. Con todo, como sucedía en el caso de la LMC, pero esta vez con nuevas razones- es necesario preguntarse cuál es el error que justifica la declaración de nulidad del matrimonio.

2. *El error como vicio del consentimiento*

El error como vicio del consentimiento y, por lo tanto, causal de nulidad del matrimonio, se encuentra tratado en los artículos 8, numerales 1 y 2, 46 letra b) y 48 letra b). El primero de ellos caracteriza a aquel error que vicia el consentimiento matrimonial, el segundo establece la legitimidad activa para demandar la nulidad y el tercero refiere a la prescripción de la acción de nulidad. El foco principal de este trabajo es la caracterización del error vicio contenida en el artículo 8.

Artículo 8º.- Falta el consentimiento libre y espontáneo en los siguientes casos:

1º Si ha habido error acerca de la identidad de la persona del otro contrayente;

2º Si ha habido error acerca de alguna de sus cualidades personales que, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, ha de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento, y

3º Si ha habido fuerza, en los términos de los artículos 1456 y 1457 del Código Civil, ocasionada por una persona o por una circunstancia externa, que hubiere sido determinante para contraer el vínculo.

Como se advierte de la letra del precepto, la ley separa dos hipótesis de error. La primera de ellas refiere a la identidad de la persona del otro contrayente. Una comparación con el artículo 33 de la LMC parece indicar que este primer numeral no contiene ninguna modificación significativa respecto del texto de aquél²⁷. Por lo mismo, respecto de él valen los comentarios efectuados a propósito del tratamiento del error en la LMC.

La segunda hipótesis, en cambio, introduce un cambio significativo en la disciplina del error que contenía la LMC y sobre ella trata lo que resta de este trabajo. Para comenzar a

²⁷ La única diferencia en el texto es que el del artículo 33 disponía que faltaba el consentimiento “si ha habido error en cuanto a la identidad de la otra persona”, el artículo 8 reemplaza la expresión en itálicas por “acerca de”. Nada hay en la historia de la ley que autorice a pensar que de esta ligera modificación se sigue alguna consecuencia jurídicamente relevante.

examinarla conviene advertir que a regla del numeral segundo del artículo ocho se encontraba presente desde el proyecto original de nueva Ley de Matrimonio Civil. Aún cuando esta regla no estuvo exenta de críticas²⁸, su redacción se conservó prácticamente inalterada.²⁹

Respecto de las fuentes del precepto, aún cuando algunos parlamentarios señalaron que éste se inspiraba en el derecho canónico³⁰, Barrientos y Novalés parecen llevar la razón cuando advierten que si bien el derecho canónico contempla esta causal, su disciplina no es la misma de la ley 19.947³¹ y que la redacción del precepto chileno lo asemeja más al número cuatro del artículo 73 del Código Civil español, cuyo numeral cuarto dispone que “(*Es nulo, cualquiera sea la forma de su celebración) El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.*)”³². Se trata entonces de cualidades personales de tal magnitud que resultaban determinantes de la voluntad de los contrayentes. En el caso chileno la métrica utilizada por el legislador para fijar los límites del campo de aplicación del error en las cualidades personales es la naturaleza y fines del matrimonio. En ambos casos la cualidad

²⁸ No sólo en la discusión parlamentaria, sino además algún sector de la doctrina estimó como inconveniente la extensión de la nulidad matrimonial que suponía el artículo octavo. Respecto a la discusión parlamentaria, por ejemplo, los Senadores Boeninger y Stange estuvieron por suprimirlo (ver *Boletín N° 1759-18-2 “Segundo informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Familia, sobre el proyecto de ley que establece una nueva Ley de Matrimonio Civil”*, Valparaíso, 25-VIII-1997). Respecto a la doctrina, Tapia, por ejemplo, sugiere respecto al error sobre las cualidades personales que se trata de una causal “sumamente general que deja amplio margen a la interpretación”, más adelante añade que “es (...) difícil precisar cuando una “cualidad personal” puede ser tan gravemente determinante para que su decepción destruya con nulidad el matrimonio”. Finalmente concluye, junto a Ramos Pazos, que consagrar este tipo de error permitiría que cualquier decepción produjere la nulidad (*Estudios Públicos*, 86, otoño 2002, p. 229).

²⁹ Como anotan BARRIENTOS Y NOVALÉS la única modificación es que en el proyecto inicial se incluía en un mismo número junto al error sobre la identidad de la persona del otro contrayente. (n. 20) p. 232

³⁰ Así, por ejemplo, los senadores Boeninger y Viera Gallo (ver *Boletín...* (n. 28)

³¹ Ver BARRIENTOS GRANDÓN, J. y NOVALÉS ALQUÉZAR, A. (n. 20) p. 234. El canon 1097 del *Codex Iuris Canonici* dispone que “*El error acerca de la persona hace inválido el matrimonio. El error acerca de una cualidad de la persona, aunque sea causa del contrato, no dirime el matrimonio, a no ser que se pretenda esta cualidad directa y principalmente*”. Sobre este artículo, entre otras cosas, se ha discutido a propósito del lugar del error redundante, el error doloso y sobre lo que interesa a este trabajo –el error en las cualidades- la jurisprudencia de la rota ha señalado que resulta necesario que el sujeto haya querido la cualidad por sobre la persona misma del otro contrayente (Peña García C. (n. 7) p. 707). Ninguna de estas discusiones parece encuadrarse bien en el derecho chileno.

³² Además de la cercanía en la redacción el caso español resulta interesante por dos razones. La primera de ellas es que, como en el caso chileno, el artículo 73 del Código Civil viene a modificar un precepto dictado en 1889 cuya aplicación fue bastante similar a la del artículo 33 de la LMC y a cuyo respecto la doctrina manifestó objeciones similares a las del caso chileno. La segunda es que la Ley 30/1981 que introduce el referido precepto constituyó, como ha sucedido con la ley 19.947 en el caso chileno, un intento de equilibrar los intereses públicos y privados que concurren en la regulación del matrimonio. Así, por ejemplo, se ha hablado de una “personalización del instituto matrimonial” que puede apreciarse no solo en un tratamiento más generoso del error, sino además en la disolución del matrimonio, en el régimen jurídico de su separación y en la reducción de los impedimentos para contraer matrimonio (ver DE VERDA Y BEAMONTE, J. (n. 4) p. 46-47).

debe ser determinante en la formación del consentimiento, sin embargo, para determinar este carácter determinante en el caso español se considera la entidad y en el chileno la naturaleza y fines del matrimonio. La diferencia, sin embargo, es más aparente que real. No parece existir una diferencia significativa entre la entidad aludida por el legislador español y la naturaleza y fines del matrimonio a que refiere el legislador chileno. Lo anterior por dos razones, la primera de ellas es que algún sector de la doctrina ha sugerido que la entidad de la cualidad se encontraría determinada por su repercusión sobre la comunidad de vida que supone el matrimonio³³. La segunda es que la amplitud de las expresiones naturaleza y fines del matrimonio precisa de un criterio par acotarlos que, como se sugerirá más adelante, bien puede ser el mismo que ha utilizado parte de la doctrina española para acotar el significado de la expresión entidad.

3. El régimen del error en alguna de las cualidades esenciales del otro contrayente.

Para que se configure el error al que refiere el número dos del artículo octavo es necesario que concurran los siguientes requisitos:

1. Que el error recaiga sobre alguna de las cualidades personales de la persona del otro cónyuge;
2. que dicha cualidad haya sido determinante, atendida la naturaleza y fines del matrimonio, para otorgar el consentimiento.

Antes de examinar cada uno de estos requisitos conviene tener presente, como han apuntado Barrientos y Novalés³⁴, que el legislador nacional prescinde de la causa u origen del error. De allí se siguen dos consecuencias que deben tenerse presentes. En primer lugar resulta indiferente que el error sea espontáneo o inducido (doloso), en segundo lugar no se exige la excusabilidad y la recognoscibilidad del error, por lo mismo resulta irrelevante que el error sea imputable al sujeto que padece el vicio.

En lo que refiere al error doloso, como puede advertirse el legislador nacional no ha

³³ Comentando el precepto español LACRUZ BERDEJO ET AL sostienen que su interpretación sistemática da noticia de la intención restrictiva del legislador que apuntaría a aquellas causas que determinen un cese efectivo de la convivencia conyugal (**El nuevo régimen de la familia. I. Matrimonio y divorcio**. Editorial Civitas S.A. Madrid: 1982, p. 151).

³⁴ BARRIENTOS GRANDÓN, J. y NOVALÉS ALQUÉZAR, A (n. 20) p. 235

³⁵ Como sucede, por ejemplo, en el derecho canónico y en el derecho alemán en que el dolo es una causal de nulidad específica y diversa del error en las cualidades personales. Bajo las reglas del derecho alemán se acepta el engaño doloso –incluido el dolo eventual– sea que provenga del otro contrayente o de un tercero y se le reconoce un ámbito de aplicación mayor que el del error en las cualidades personales, pues puede versar sobre cualquier circunstancia que de haber sido conocida y ponderada razonablemente por uno de los contrayentes lo

incorporado el dolo como causal de nulidad del matrimonio.³⁵ El error doloso no vicia el consentimiento sino cuando reúne los requisitos del error en las cualidades personales a que refiere el artículo octavo, por lo mismo, la distinción entre error inducido y espontáneo es irrelevante.

En lo que respecta a la excusabilidad o recognoscibilidad de esta especie de error, no existe discusión al respecto en la doctrina nacional. Aún cuando suele aceptarse que para viciar el consentimiento el error debe ser excusable³⁶ parecen existir buenas razones para no aplicar la máxima *nemo auditur* en materia de consentimiento matrimonial. Esta es por lo demás la solución más aceptada en el derecho comparado³⁷. La excusabilidad del error atiende a la composición de intereses que se intenta a través de los negocios jurídicos, así, por ejemplo, en los contratos, la máxima *nemo auditur* pretende conciliar la protección de la voluntad con la protección de las expectativas del otro contratante. Como han señalado Diez-Picazo y Gullón Ballesteros, en materia de derecho de familia la situación es distinta, lo que imposibilita la extensión indiscriminada del error contractual hacia la sede matrimonial en la que no se trata de componer intereses en pugna³⁸ Desarrollando este argumento de Verda y Beamonte ha sugerido que el matrimonio es un negocio constitutivo de estatus³⁹ y esa especificidad es la que reclama un tratamiento autónomo de aquel del error en sede contractual. Junto a este argumento, el autor señala que la disciplina del error en sede matrimonial debe acomodarse a la consagración del *ius conubii*, específicamente de la protección de la libertad nupcial negativa⁴⁰. Estos argumentos, en mi opinión resultan plenamente aplicables al caso de la ley 19.947. Finalmente acudiendo a la historia fidedigna de la ley puede advertirse que proyectos

hubiera disuadido de la decisión de contraer matrimonio (ver DE VERDA Y BEAMONTE, J (n. 4) p. 187-189). En el derecho canónico en tanto, el canon 1098 contempla expresamente el error doloso, exigiendo que recaiga sobre una cualidad “que por su naturaleza pueda perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal”, así, por ejemplo, la esterilidad, un falso embarazo o el embarazo proveniente de un tercero, el estado civil, la adicción a las drogas o al alcohol, el pasado delictivo o la prostitución habitual (ver PEÑA GARCÍA, C. (n.) p. 713).

³⁶ ver, por ejemplo, DOMÍNGUEZ AGUILA, R. *Teoría general del negocio jurídico*. p. 84, Ghastin, J. *La Notion D'erreur dans le Droit Positif Actuel*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris: 1971, pp. 146-166.

³⁷ Ver ZANNONI, E. *Derecho de familia*. T. I. Editorial Astrea. Buenos Aires: 1978, p. 292.

³⁸ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS , A. *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, p. 499. En el mismo sentido Weil en Francia quien ha sugerido que la estabilidad que busca el legislador en el matrimonio determina la diferencia respecto al régimen de la nulidad contractual y Jemolo en Italia (ambos citados en RUIZ REYES, J. *La falta de consentimiento y el error en el matrimonio*. Memoria de Prueba. Editorial Universitaria S.A. Santiago: 1960, p. 36.

³⁹ Es decir un acto jurídico que origina un nuevo estado civil para quien concurre a su celebración

⁴⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, J. (n. 4) pp. 362-375. Con todo, como advierte el mismo autor, nada obstaría a que el comportamiento negligente de uno de los cónyuges determinara su obligación de reparar el daño que la nulidad cause al otro contrayente (n.) p. 381. Nada parecería obstar tampoco en el derecho chileno para que se busque la reparación en sede aquiliana según lo dispuesto en el artículo (ver ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Imprenta Universitaria. Santiago: 1943, p. 58).

anteriores incorporaban el requisito de la excusabilidad que luego fue suprimido⁴¹.

No obstante todo lo dicho, el carácter doloso del error o su inexcusabilidad pueden ser relevantes al momento de acreditar el error en un juicio de nulidad. Si bien se prescinde de la causa u origen del error, su existencia debe ser acreditada por quien lo alega según las reglas generales. En el caso del error inducido, la intervención del otro contrayente o de un tercero podrá dotar de mayor plausibilidad a la alegación de la parte que alega el error. A la inversa, la presencia de un error inexcusable debería tornar más gravosa la posibilidad de probar el error que se alega.

1. Cualidades personales del otro cónyuge.

A diferencia, por ejemplo, de caso italiano (ver artículo 122, III del *Codice*), el legislador chileno no ha enumerado las cualidades personales susceptibles de originar un error vicio, sino que ha remitido su apreciación al juzgador y ha limitado su discreción exigiendo que éstas sean determinantes atendiendo a la naturaleza y fines del matrimonio.

Antes de examinar cuáles cualidades resultan determinantes –para lo cual será necesario dar una mirada a la naturaleza y fines del matrimonio- resulta conveniente detenerse por algunos momentos en circunstancias que ni siquiera deben ser consideradas como cualidades personales para efectos del artículo octavo. La distinción entre circunstancias que no constituyen cualidades personales y cualidades personales que, sin embargo, no resultan determinantes en la disciplina del artículo octavo presta utilidad para la evaluación judicial según se verá más adelante.

Siguiendo a de Verda y Beamonte es posible pensar en excluir desde ya las cualidades exclusivamente patrimoniales, aquellas de carácter puramente transitorio o pasajero, las de terceros –por ejemplo los familiares del otro contrayente, las no existentes al momento de la

⁴¹ Así, el artículo 14 de uno de los proyectos anteriores disponía respecto al error en las cualidades personales que “Para aplicar el número 2 del artículo anterior, el juez considerará, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, el error o la ignorancia excusables sobre caracteres del otro contrayente que impidan o hagan muy difícil la vida en común, tales como alteraciones mentales graves y permanentes, homosexualismo, alcoholismo o adicción a las drogas. Del mismo modo, tendrá en cuenta la ignorancia excusable sobre la intención del otro contrayente de no cumplir en modo alguno con los deberes esenciales del matrimonio.” (“Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece una nueva ley de matrimonio civil. Boletín N° 1.759-18”, p. 456).

⁴² DE VERDA Y BEAMONTE, J. (n. 4), p. 205-213. El autor sugiere la siguiente definición para cualidades personales “todos aquellos accidentes no patrimoniales aptos para caracterizar a la persona del otro contrayente de modo permanente o estable, y que, existiendo al tiempo de la celebración del matrimonio, actúan como motivo impulsor de la prestación del consentimiento matrimonial de una de las partes” (n.) pp. 211-212.

celebración del matrimonio y el error en cualidad redundante⁴². En el caso de las cualidades patrimoniales señala el autor que considerar factores como la cuantía del patrimonio, las rentas o el estado de cesación de pagos daría un carácter excesivamente patrimonial al matrimonio que, en verdad constituye una “plena comunidad de vida corporal y espiritual de los cónyuges⁴³. Respecto de las cualidades pasajeras, por su mismo carácter no resultarían aptas para caracterizar a la persona. Sobre las cualidades de terceros, el tenor del precepto chileno –“cualidades personales”- resulta argumento suficiente. En el caso de aquellas cualidades no existentes al tiempo del matrimonio, según se ha venido advirtiendo la dimensión de libertad negativa del *ius conubii* en lo que respecta al error protege el consentimiento de los contrayentes, por lo mismo es únicamente al momento de su formación donde es relevante la presencia del error 46. Así lo dispone, por lo demás, el artículo⁴⁴ de la ley 19.947. Finalmente, en el caso de las cualidades redundantes, se trataría de un error en la identidad, por lo mismo quedaría comprendido dentro del primer numeral del artículo octavo.

Hechas estas salvedades, todas las demás circunstancias que caractericen a los cónyuges pueden ser consideradas como cualidades personales. No obstante lo anterior, no todas ellas poseen la entidad suficiente para determinar la anulabilidad del matrimonio. Así, por ejemplo, en el derecho comparado se ha considerado como cualidades personales relevantes las enfermedades físicas síquicas que por su gravedad, carácter crónico y falta de cura repercuten significativamente sobre la personalidad de algunos de los contrayentes, aquellas que determinan la vida sexual, la propensión criminal, la edad, las convicciones religiosas o las convicciones acerca del matrimonio, la existencia de un condena a reclusión no inferior a cinco años, y el estado de embarazo originado por una persona distinta del contrayente que padece el error. Se ha desconocido valor en cambio a cualidades como el nombre, la nacionalidad, la filiación, la existencia de un matrimonio anterior disuelto, la situación patrimonial y la reputación personal o de la familia.

Como ya se ha advertido en estas páginas, la métrica que utiliza el legislador chileno para calificar el carácter determinante de las cualidades personales es la naturaleza y fines del matrimonio. Es en consideración a ellos que la cualidad sobre la cual se erró debe resultar

⁴³ DE VERDA Y BEAMONTE, J. (n. 4), p. 206. En el caso chileno debe advertirse que el artículo 5 de la ley 19.947 en su numeral tercero se refiere a la “comunidad de vida que implica el matrimonio”.

⁴⁴ No obstante si las circunstancias fueran posteriores podrán, según las reglas generales, ser causa de separación (ver Montés, V. (coord.) **Derecho de familia**. Tirant lo Blanch. Valencia: 1991, p. 55. Sobre esto, es interesante advertir que en el caso alemán se establecen dos limitaciones respecto del error, a saber: a) cuando el contrayente, después de descubrir el error, haya dado a conocer que quiere continuar el matrimonio y b) cuando la pretensión no aparezca moralmente justificada en consideración a la organización de la vida matrimonial de los contrayentes hasta el momento de la presentación de la demanda (utilizo aquí la traducción de Verda y Beamonte , J. (n. 4) p. 174, del § 32, II *EheG*).

determinante de la voluntad de uno o ambos contrayentes, por lo mismo resulta necesario detenerse sobre ambos conceptos.

2. La naturaleza y fines del matrimonio

En el caso chileno la alusión a la naturaleza y fines del matrimonio parece funcionar como un mecanismo de garantía de que los contrayentes satisfacen algunas condiciones mínimas propias de la institución matrimonial. Si bien, a diferencia por ejemplo del caso italiano, el legislador nacional no ha establecido un elenco tasado de cualidades personales⁴⁵, se ha preocupado de diseñar la regla del error de manera que éste no quede determinado únicamente por la apreciación subjetiva de los contrayentes. Lo anterior, sin embargo, no debería ocultar el hecho que la métrica del legislador puede llegar a resulta extraordinariamente amplia. Esto último quedará más claro al explorar la naturaleza y fines del matrimonio.

La naturaleza del matrimonio

Cuando los autores nacionales se refieren a la naturaleza del matrimonio generalmente pueden estar pensando en dos cosas. En primer lugar se utiliza la expresión “naturaleza del matrimonio para indicar que se trata de la base de la sociedad. Así, por ejemplo Claro Solar bajo el título “De la naturaleza del matrimonio” refiere a éste como “el fundamento sobre que reposan las sociedades humanas⁴⁶”. En segundo lugar –y esto es lo más frecuente- al referirse a la naturaleza del matrimonio los autores pueden estar pensando en una antigua disputa acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio a propósito de su carácter contractual. Como resulta bien sabido, el Código Civil chileno define en su artículo 102 al matrimonio como un contrato solemne. Sin embargo, la mayoría de la doctrina chilena ha coincidido en señalar que la disciplina del contrato resulta inadecuada al momento de regular el matrimonio y ha postulado

⁴⁵ En el caso italiano dicho elenco se encuentra en el artículo 122, cuyo texto, en lo pertinente, es el siguiente: *L'errore sulle qualità personali è essenziale qualora, tenute presenti le condizioni dell'altro coniuge, si accerti che lo stesso non avrebbe prestato il suo consenso se l'avesse esattamente conosciute e purché l'errore riguardi: 1) l'esistenza di una malattia fisica o psichica o di una anomalia o deviazione sessuale, tali da impedire lo svolgimento della vita coniugale; 2) l'esistenza di una sentenza di condanna per delitto non colposo alla reclusione non inferiore a cinque anni, salvo il caso di intervenuta riabilitazione prima della celebrazione del matrimonio. L'azione di annullamento non può essere proposta prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile; 3) la dichiarazione di delinquenza abituale o professionale; 4) la circostanza che l'altro coniuge sia stato condannato per delitti concernenti la prostituzione a pena non inferiore a due anni. L'azione di annullamento non può essere proposta prima che la condanna sia divenuta irrevocabile; 5) lo stato di gravidanza causato da persona diversa dal soggetto caduto in errore, purché vi sia stato disconoscimento ai sensi dell'art. 233, se la gravidanza è stata portata a termine.*

⁴⁶ CLARO SOLAR, L. (n. 3) p. 303”.

su carácter institucional. Así, por ejemplo, Fueyo Laneri, luego de acompañar algunas razones que justifican la crítica a la calificación contractual del matrimonio sugiere que se trata de una institución a la cual las partes adhieren y cuyos efectos esenciales se encuentran fijados de antemano⁴⁷ En el mismo sentido Somarriva Undurraga considera que la idea de considerar al matrimonio como una institución y no como un contrato “no deja de tener una buena dosis de verdad”, aunque, señala “los términos ‘matrimonio contrato’ y ‘matrimonio institución’ no son inconciliables entre sí”⁴⁸. Finalmente Ramos Pazos, descartando que se trate de un contrato, sugiere que en la regulación del matrimonio convergen todos los requisitos de las instituciones⁴⁹. La discusión sobre la naturaleza jurídica del matrimonio se ha presentado también en el derecho comparado donde también se ha debatido entre su calificación contractual o institucional⁵⁰, sugiriéndose por algunos autores que para enfocar adecuadamente la discusión resulta necesario distinguir entre el matrimonio-acto y el matrimonio-estado, referido el primero al acto jurídico que origina el matrimonio y el segundo a la relación jurídica que surge de dicho acto⁵¹.

En el caso chileno, el matrimonio se encuentra definido en el artículo 102 del Código Civil como un contrato, pero resulta evidente a todas luces que su disciplina no es la misma que aquella de los contratos con contenido eminentemente patrimonial. En este sentido la distinción entre matrimonio-acto y matrimonio-estado, aunque sugerente, resulta imprecisa. Como se ha observado a propósito del error –pero podría decirse lo mismo respecto del dolo– el matrimonio se aleja de la regulación clásica de los contratos aún respecto del acto constitutivo del estado matrimonial⁵² Por lo mismo, resulta correcto que existe una génesis consensual del vínculo matrimonial que puede ser caracterizada como un negocio jurídico⁵³, pero ésta no

⁴⁷ FUEYO LANERI, F. (n. 2) p. 81. En resumen este autor sostiene que de este contrato no surgen de modo sustantivo obligaciones patrimoniales, sino eminentemente morales, de él no nacen prestaciones o servicios determinados, sino un entrega recíproca de dos personas en su integridad, su causa no es patrimonial ni la mera liberalidad y sus efectos personales son perpetuos (n) pp. 79-80.

⁴⁸ SOMARRIVA UNDURRAGA, M. (n. 7) p. 18

⁴⁹ En sus propias palabras “Creemos que se dan en el caso [del matrimonio] los elementos de toda institución: núcleo humano básico (los cónyuges), que pasa a tener un valor por si mismo; está organizado dentro del orden jurídico; hay una idea directriz de bien común (vivir juntos, procrear –es decir, formar familia- y auxiliarse mutuamente); es permanente, en cuanto dura lo que viven los cónyuges y sus efectos perduran en la descendencia legítima. El acto fundamental se expresa en la voluntad de los contrayentes de recibir el uno al otro como marido y mujer” Ramos Pazos, R. (n. 9) pp. 30-31.

⁵⁰ Así, por ejemplo Belluscio, refiriéndose a la naturaleza jurídica del matrimonio señala las diferencias que existen respecto a la calificación del matrimonio entre la concepción contractual canónica, la contractual civil, la institucional, la mixta y aquella que refiere al acto jurídico familiar (n. 14) pp. 144-148)

⁵¹ Ver, por ejemplo, Zannoni, E. (n. 37) pp. 115-117.

⁵² Como ha sugerido GALGANO la regulación del matrimonio no solo impacta la autonomía de la voluntad de los contrayentes para diseñar los derechos y obligaciones que configurarán la relación, sino además se distancia del tipo contractual respecto de la formación del consentimiento (citado en CORRAL TALCIANI, H. (n. 19) p. 79). Es el caso, por ejemplo, de la inexcusabilidad del error revisado más arriba.

⁵³ Como ha sugerido DÍEZ-PICAZO “la sustancia del negocio jurídico no se encuentra tanto en el poder determinación del contenido de la relación jurídica que el negocio crea como en el poder de creación de la propia creación jurídica (*El negocio jurídico de Derecho de Familia* . Citado en de Verda y Beamonte, J. (n. 4) p. 11)

necesariamente queda disciplinada por la regulación del contrato contenida en el libro cuarto del Código Civil. Más evidentes aún son las disparidades entre la regulación contractual y la regulación de los efectos del matrimonio.

¿A qué se refiere entonces el legislador cuando alude a la naturaleza del matrimonio en la sede del error? Una mirada a la historia fidedigna de la ley no permite advertir en qué pensaba el legislador de la ley 19.497 al utilizar esta expresión. Ya se ha señalado que la discusión en Chile, en general se ha centrado en torno a si el matrimonio es un contrato, una institución o una mezcla de ambos. Aún cuando se concluyera que es un contrato –y de ahí su *naturaleza contractual*- lo único que se allegaría a la discusión es que la voluntad de las partes debe estar libre de error, pero no se avanzaría nada respecto a la determinación de la métrica de las cualidades individuales. Una segunda posibilidad es ir sobre la definición del artículo 102 y considerar que allí se encuentran los elementos que determinan la naturaleza del matrimonio⁵⁴. La definición del matrimonio puede desmontarse en tres partes: (1) la diferencia de sexo de los contrayentes, (2) la indisolubilidad del vínculo y (3) los fines del matrimonio.

(1) Es posible, por cierto, sostener que existiría error en las cualidades personales si se yerra sobre el sexo de uno de los contrayentes. Sin embargo, si ese fuera el caso, la incorporación de la expresión naturaleza del matrimonio resultaba innecesaria. Existe, aún, bastante consenso respecto a que la diferencia de sexo es un requisito de la existencia del matrimonio, por lo mismo, no resultaba aquí necesario recogerlo a propósito de la disciplina del error.

(2) Respecto de la indisolubilidad del vínculo, la historia fidedigna de la ley indica que el legislador entendió que esta se relacionaba con la intención de las partes y no con la naturaleza del contrato. Así, por ejemplo, el senador Viera-Gallo sostuvo que: “La indisolubilidad dice relación con la intención de los contrayentes, no con la naturaleza del contrato.”⁵⁵. De allí entonces que para efectos de la búsqueda de la naturaleza del contrato en la sede del error la indisolubilidad del vínculo sea irrelevante.

(3) Finalmente quedan los fines del matrimonio. Sin embargo el legislador los consideró separadamente de la naturaleza del matrimonio. Por supuesto que existe una relación entre ellos y la naturaleza del matrimonio, pero mi impresión es que en sede de error esa relación es tan intensa que bastaba con referirse a estos y prescindir del uso de la expresión naturaleza del matrimonio que nada parece allegar y únicamente enturbia la comprensión del artículo.

⁵⁴ Esta es parte de la estrategia que utilizan para resolver el problema Barrientos Grandón, J. y Novalés Alquézar, A. (n. 20) pp. 155 y sgtes.

⁵⁵ Citado en BARRIENTOS GRANDÓN, J. y NOVALÉS ALQUÉZAR, A. (n. 20) p. 163

Nada hay para efectos de la aplicación del artículo en la naturaleza del matrimonio que no pueda ser alcanzado recurriendo únicamente a los fines. Sobre ellos trata el siguiente apartado.

Los fines del matrimonio

El 102 del Código Civil define al matrimonio como “*un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente*”. Bajo las reglas del derecho chileno entonces los fines del matrimonio son la vida en conjunto, la procreación y el auxilio mutuo.

Como han apuntado Barrientos y Novalés, históricamente los fines del matrimonio no llamaron especialmente la atención de la doctrina chilena⁵⁶. Lo anterior resulta comprensible bajo el imperio de una ley en que estos no desempeñaban ninguna función respecto del error y en la cual el divorcio no disolvía el vínculo. La ley 19.947, ya se sabe, cambia la situación. Bajo sus reglas los fines del matrimonio resultan relevantes respecto de la separación judicial, la nulidad y el divorcio⁵⁷.

Examinar los fines del matrimonio en su relación con el error en las cualidades personales precisa investigar dos cosas. La primera de ellas es la función de dichos fines y, la segunda, su contenido.

a. La función de los fines del matrimonio en el artículo octavo

La relación que establece el legislador chileno entre los fines del matrimonio y el error en las cualidades personales sugiere que al apreciar el error el juez debe realizar una doble valoración de la relación causal del error y el consentimiento. De una parte debe considerar como impactó éste el consentimiento del contrayente (valoración subjetiva) y, de otra, debe considerar si la cualidad personal sobre la que recayó el error resultaba determinante respecto de los fines del matrimonio (valoración objetiva). No basta entonces que el error haya determinado el consentimiento de uno de los contrayentes, es necesario que esa cualidad personal que uno de los contrayentes estimó erróneamente en el otro repercuta negativamente sobre los fines que aspira a satisfacer la institución matrimonial⁵⁸.

⁵⁶ Para una mirada a la doctrina puede consultarse BARRIENTOS GRANDÓN, J. y NOVALÉS ALQUÉZAR, A. (n. 20) p. 237

⁵⁷ Véase BARRIENTOS GRANDÓN, J. y NOVALÉS ALQUÉZAR, A. (n. 20) p. 165.

⁵⁸ Así, por ejemplo, en el caso de la impotencia para que pudiera alegarse en sede de error vicio no bastaría acreditar fehacientemente que uno de los cónyuges es incapaz de realizar el acto sexual (valoración objetiva), sino además deberá probarse que el cónyuge que la alega desconocía esta situación al momento de contraer matrimonio (valoración subjetiva).

Sobre lo anterior conviene advertir que respecto del matrimonio resulta posible distinguir entre los fines a que tiende el acto (*finis operis*) y aquellos a que tienden quienes realizan el acto (*finis operantis*)⁵⁹. En su valoración objetiva el juez solo debe atender a estos últimos. Sin embargo, por la amplitud de los fines del acto, la distinción entre unos y otros no siempre resulta sencilla. Advertir esto precisa dar una mirada a los fines del acto.

b. El contenido de los fines del matrimonio

En general, cuando se habla de fines del matrimonio se alude, aunque con distintas fórmulas a dos cosas el bienestar de los cónyuges y la crianza de los hijos. Así, por ejemplo, El Código de Derecho Canónico de 1983 en tanto prescribe en su canon 1055. 1 que el matrimonio se ordena al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole. Por su parte Borda ha sugerido que “los fines normales del matrimonio son la satisfacción del amor, la mutua compañía y asistencia, la procreación y la educación de los hijos”⁶⁰. En el derecho nacional en tanto Meza Barros ha sostenido que dichos fines son, en general, el establecimiento de una comunidad de vida y el auxilio mutuo⁶¹. Las indicaciones que envió el ejecutivo durante la tramitación de la ley 19.947 con fecha 13 de septiembre de 2001 señalaban respecto a las finalidades del matrimonio: “En lo que respecta a las finalidades del matrimonio, se reconoce como elementos básicos y esenciales, tanto el mutuo perfeccionamiento de los cónyuges como la responsabilidad de procrear, aceptar, criar y educar hijos propios o adoptivos”⁶².

En el caso chileno, ya se ha dicho, son fines del matrimonio la vida en común, la procreación, y el auxilio mutuo. V En ese orden se examinan.

La vida en común.- Respecto a la vida en común el artículo 133 del Código Civil dispone que “Ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos le asista razones graves para no hacerlo”. En consonancia con este artículo se ha sugerido que la vida en común no sería un fin del matrimonio, sino un deber y que la comunidad de vida que supone el matrimonio no exige vida en común⁶³. La discusión acerca de si la vida en común es un fin o un efecto del matrimonio en cuanto deber que surge de su celebración no es ociosa, su caracterización de una u otra forma posee consecuencias jurídicas a propósito del tratamiento del error en las cualidades personales. Sólo si se le considera como

⁵⁹ Ver sobre esto Belluscio, A. (n. 14) p. 143

⁶⁰ **Manual de derecho de familia.** 12^a ed. LexisNexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires: 2002, p. 32.

⁶¹ MEZA BARROS, R. (n. 15) p. 24.

⁶² ver n. 22.

⁶³ ver BARRIENTOS GRANDÓN, J. y NOVALÉS ALQUÉZAR, A. (n. 20) p. 171

un fin del matrimonio será posible alegar error sobre cualidades personales que resulten determinantes para la vida en común.

Ahora bien, no cabe duda que vivir en el hogar común es un deber, así lo dispone la letra del artículo 133. La pregunta es si el que se trate de un deber impide que, a la vez, se le pueda considerar como un fin. Sobre esto debe advertirse todavía que la ley 19.947 permite la subsistencia del matrimonio con posterioridad a la separación, por lo mismo podría considerarse que la vida en común no es esencial en el matrimonio. No obstante estos dos argumentos, es menester realizar algunas consideraciones. Respecto al artículo 133 es necesario advertir que el artículo 102 establece como fin del matrimonio el que los cónyuges vivan juntos y la ley 19.947 establece sanciones para el cónyuge que incumpla esta obligación⁶⁴. En segundo lugar, es efectivo que los cónyuges pueden vivir separados y el matrimonio subsistir, pero es igual de cierto que lo mismo sucede si los cónyuges –o uno de ellos- son estériles o no se auxilian mutuamente, por lo mismo éste no parece ser un criterio definitivo para determinar si se trata o no de un fin del matrimonio. Finalmente, es cierto que comunidad de vida y vida en común no son lo mismo, sin embargo, el problema es otro ¿puede subsistir una comunidad de vida en condiciones donde la vida en común es radicalmente inviable? Si la respuesta es negativa puede concluirse que la vida en común es un fin del matrimonio en la medida que, bajo ciertas condiciones, su ausencia puede determinar la imposibilidad de la comunidad de vida que supone el matrimonio.

La procreación.- Según ha dejado ver Hattenhauer, con prescindencia de las diversas configuraciones legales del matrimonio, una de sus funciones invariables ha sido la procreación y educación de la prole⁶⁵. Por lo mismo Barrientos y Novalés parecen llevar razón cuando sugieren que la procreación como fin del matrimonio debe extenderse al bien de la prole⁶⁶. Bajo estas líneas, sin embargo, se examinará únicamente lo referente a la procreación en tanto posibilidad de mantener relaciones sexuales y aptitud para engendrar.

Durante la vigencia de la LMC la impotencia perpetua e incurable de uno de los contrayentes constituía un impedimento dirimente absoluto, quienes la sufrieran –según lo preceptuado en el numeral cuarto de su artículo cuatro- no podían contraer matrimonio⁶⁷. Alejándose de la preceptiva canónica que parece haber inspirado esta regla –y que se mantiene en el Código

⁶⁴ Así, por ejemplo, según lo dispuesto en el artículo 54 número 2, la trasgresión grave y reiterada del deber de convivencia puede constituir una causal de divorcio.

⁶⁵ HATTENHAUER, H. *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*. Editorial Ariel S.A. Barcelona: 1987, (n.) p. 132.

⁶⁶ BARRIENTOS GRANDÓN, J. y NOVALÉS ALQUÉZAR, A. (n. 20) p. 172.

⁶⁷ La regla del artículo cuatro sobre impotencia generó discusión en la doctrina respecto a su ámbito de aplicación.

Así se discutía acerca de si la expresión “impotencia” utilizada por el legislador cubría únicamente la *coeundi* es decir aquella que impide la realización del acto, o bien se extendía hacia la *generandi*, aquella que sólo impide la procreación y que, más frecuentemente, se denomina esterilidad. Con prescindencia de la respuesta se consideraba

de Derecho Canónico de 1983⁶⁸- el legislador de la ley 19.947 elimina a la impotencia como impedimento dirimente y, siguiendo en esto a las legislaciones modernas europeas, la radica –aunque no explícitamente- a propósito de la protección del consentimiento de los contrayentes, específicamente respecto del error en una cualidad personal del otro contrayente⁶⁹.

Ya en sede de error en las cualidades personales se ha presentado en el derecho comparado la misma discusión acerca del ámbito de aplicación de la impotencia. Así, por ejemplo Belluscio, Borda y Zanoni consideran que, en el caso del derecho argentino únicamente quedaría comprendida la impotencia *coeundi*⁷⁰. Por su parte de Verda y Beamonte ha considerado que debería incluirse la esterilidad en la medida que “la impotencia *generandi* puede afectar a la causa de los negocios celebrados por aquellos contrayentes para quienes los hijos constituyen un fin primordial de su concreto matrimonio”⁷¹ En el mismo sentido –aunque esta vez a propósito del caso chileno- se han manifestado Barrientos y Novalés sosteniendo que “Eventualmente la infertilidad podría alzarse como fundamento del capítulo de nulidad matrimonial consagrado en la letra b) del artículo 44 de la lmc, cuando la falta de consentimiento libre y espontáneo fuere consecuencia de un error recaído en una cualidad personal del otro cónyuge (art. 8 número 2 lmc) que, precisamente, consistiera en su “fertilidad” si ella ha sido determinante para prestar

que el impedimento debía satisfacer dos requisitos: (a) que la impotencia sea perpetua e incurable y (b) que exista al momento del matrimonio (sobre todo esto puede consultarse RAMOS PAZOS, R. (n. 9) pp. 40-42).

⁶⁸ Su canon 1084 § 1 dispone que “*La impotencia antecedente y perpetua para realizar el acto tanto por parte del hombre como de la mujer, ya absoluta ya relativa, hace el matrimonio por su propia naturaleza*”.

⁶⁹ BARRIENTOS Y NOVALÉS han sugerido que un segundo ámbito en el que se podría presentar la impotencia es a propósito del artículo 5 número 3 de la ley 19.947 en la medida que la impotencia proviniera de un trastorno o anomalía física (n. 20) p. 175. Que éste sea un ámbito diverso del error me parece discutible. Es evidente a todas luces que quienes se encuentren incapacitados de realizar el acto sexual o engendrar pueden contraer válidamente el matrimonio –de otra manera no se entendería que se hubiera suprimido la impotencia como impedimento dirimente. Si los contrayentes conocían la impotencia al momento de contraer matrimonio, el matrimonio es válido. Así se entiende de las opiniones de los senadores Espina y Chadwick. Señala el primero de ellos “Estamos analizando la eventualidad de que una de las partes no pueda realizar el acto sexual y de que este hecho sea ignorado por el otro cónyuge. Si uno de ellos se casó con el propósito -entre otros- de llevar a cabo algo tan natural en el matrimonio como la relación sexual y ocurre que no la puede ejecutar, me parece absolutamente razonable que tenga derecho a declarar unilateralmente la nulidad de la unión matrimonial. En cambio, no hubiese sido lógico establecer esa causal para el caso de que tanto el marido como la mujer supieran, antes del matrimonio, que uno de ellos se hallaba imposibilitado de concretar el acto sexual” (ver *Diario de Sesiones del Senado. Nueva Ley de Matrimonio Civil*, Sesión 24^a, Valparaíso, 7-I-2004, p. 502). En el mismo sentido Chadwick advierte que “Se entiende que se proponga como alternativa suprimir la causal, porque en rigor es innecesaria, desde el momento en que la impotencia que no sea conocida por el otro contrayente queda comprendida en el número 2º del artículo 8º, esto es, en el error acerca de alguna de las cualidades personales de los contrayentes que, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, haya de ser estimado como determinante para otorgar el consentimiento” (Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley que establece una nueva ley de matrimonio civil.” Valparaíso, 15 de diciembre de 2003, *Boletín* 1.759-18, p. 14).

⁷⁰ Belluscio, A. (n. 14) p. 292, Borda (n.) p. 98 y Zanoni, E. (n.) p. 206.

⁷¹ DE VERDA Y BEAMONTE (n. 4) p. 299.

el consentimiento matrimonial porque quien ha errado tenía en cuenta el preciso fin de la procreación”⁷². Para el caso chileno puede sumarse al argumento de estos autores que una de las razones que bajo la vigencia de la LMC se utilizaba para justificar que la impotencia se limitara a la *coeundi* era que dicha norma había seguido en la materia al derecho canónico⁷³ para el cual, siguiendo las enseñanzas de Santo Tomás, se permiten estos tipos de matrimonios como *remedium concupiscentiae*. Esta no parece, sin embargo, la clave en que debe leerse el tratamiento del error en la ley 19.947, donde lo relevante es la protección de la integridad del consentimiento.

Sea que se acepte una u otra versión de la impotencia, se acepta ampliamente que los requisitos que debe satisfacer para viciar el consentimiento son dos, a saber: (1) debe ser absoluta y (2) debe existir al tiempo de la celebración del matrimonio. Sobre el primero de los requisitos, y respecto de la impotencia *coeundi*, se ha sugerido que no resultaría necesario que el contrayente sea totalmente incapaz de realizar el acto sexual con cualquiera, sino únicamente que sea incapaz de realizarlo con su cónyuge. Así en el caso argentino, a partir de una sentencia de 1915 se entendió que la impotencia absoluta era la imposibilidad total, categórica, cierta e inequívoca de unión sexual con el otro cónyuge⁷⁴. Asimismo, y todavía respecto de la impotencia *coeundi* se ha sostenido ampliamente que la impotencia puede ser absoluta sea que se trate de impotencia orgánica y funcional⁷⁵.

En el caso chileno, la regla de la LMC exigía que la impotencia fuera perpetua e incurable. Aún cuando la norma haya sido derogada, es posible que los jueces recurran a estos conceptos al momento de evaluar el error a este respecto. En verdad ambas expresiones aluden al carácter irremediable de la impotencia. En el caso de la esterilidad, parte de la doctrina se ha cuestionado si la existencia de nuevas técnicas de reproducción asistida excluye su carácter irremediable. A este respecto de Verda y Beamonte ha sugerido distinguir según si los contrayentes están dispuestos o no a someterse a dichas técnicas. Si la respuesta es afirmativa habrá que estar a su resultado, si son exitosas, evidentemente se excluye la posibilidad de reclamar la nulidad, si no lo son, se mantiene. Si alguno de los cónyuges, no está dispuesto a someterse a las técnicas entonces procedería la nulidad⁷⁶.

El auxilio mutuo.- Barrientos y Novalés parecen llevar razón al sostener que considerando las modificaciones introducidas al Código Civil por las leyes 18.802, 19.335 y 19.947, además del artículo 1 de la Constitución –y todavía podrían agregarse los artículos 131 y 134 del

⁷² BARRIENTOS GRANDÓN, J. y NOVALÉS ALQUÉZAR, A. (n. 20) p. 174.

⁷³ ver, por ejemplo RAMOS PAZOS, R. (n. 9) p. 41

⁷⁴ ver BELLUSCIO, A. (n. 14) p. 292.

⁷⁵ Como resulta bien sabido la impotencia orgánica refiere a la falta absoluta de órganos copulatorios y la funcional al defecto en su funcionamiento (ver DE VERDA Y BEAMONTE, J. (n. 4) p. 294).

⁷⁶ ver DE VERDA Y BEAMONTE, J. (n. 4) pp. 301-302.

Código Civil- es posible sostener que esta fin del matrimonio puede reformularse como el “bien de los cónyuges”⁷⁷. Así por lo demás se desprende de las ya citadas Indicaciones enviadas por el Ejecutivo durante la tramitación de la ley 19.947 al indicar que el “perfeccionamiento de los cónyuges es un elemento básico y esencial del matrimonio.

A estas alturas debería resultar más o menos evidente que no cualquier cualidad personal de los contrayentes posee la entidad suficiente para justificar la declaración de nulidad del matrimonio por error. Ya se ha advertido que el legislador limita el ámbito de aplicación del error acudiendo a la naturaleza y fines del matrimonio, sin embargo, el examen de la naturaleza y fines del matrimonio muestra que se trata de expresiones extremadamente amplias. Esto resultará suficientemente claro si se considera que la procreación incluye el bienestar de la prole, que la vida en común efectivamente constituye un fin del matrimonio y que el auxilio mutuo puede ser considerado como el bien de los cónyuges. La pregunta entonces es cómo deben fijarse los límites del error. Sobre esto trata la última sección de este trabajo.

III. Aplicando el error en las cualidades personales

Al margen de la amplitud de las expresiones “naturaleza del matrimonio” y “fines del matrimonio” parece suficientemente claro tanto de su utilización como de la historia fidedigna de la ley la intención del legislador de acotar el ámbito de aplicación del error. Advertido ya esto una segunda consideración que debe tenerse presente es que la disciplina del error tutela de una parte intereses sociales e intereses personales de los contrayentes, por lo mismo al intentar limitar el campo operativo del error resulta necesario ponderar ambos. Una tercera consideración a tener en cuenta es que, bajo las reglas del derecho chileno el matrimonio se considera como una comunidad de vida, de allí que resulte prudente excluir ciertas características del otro contrayentes que no resultan determinantes bajo ese marco.

El doble test

Advertido ya lo anterior, en lo que resta de este trabajo se sugiere que una forma en que los tribunales pueden enfrentar las solicitudes de nulidad de matrimonio es a través de la aplicación de un doble test. En primer lugar, el test preliminar, tendría por objeto determinar si el error alegado cumple con requisitos mínimos de aceptabilidad. En segundo lugar, un test de entidad debería considerar si la cualidad sobre la que recae el error impacta sobre la naturaleza y fines del matrimonio.

⁷⁷ BARRIENTOS GRANDÓN, J. y NOVALÉS ALQUÉZAR, A. (n. 20) p. 178. En un sentido similar los Mazeaud sostuvieron respecto del deber de asistencia que consistiría en “dispensar solícitos cuidados, en aportar una ayuda moral y material, un consuelo, *en proteger* (MAZEAUD, H., L y J. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Primera Vol. IV. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires: 1959, p. 20.

a. *El test preliminar*

El test preliminar tiene por objetivo despejar el alegato de aquellas cualidades personales que no resultan dogmáticamente desafiantes. Así, según lo que ya va dicho, podrían eliminarse desde ya cuatro tipos de alegatos, a saber los que se justifican en circunstancias que el cónyuge demandante conocía al momento del matrimonio⁷⁸, aquellas que desconociendo ya ha aceptado durante la vida matrimonial, las cualidades de carácter patrimonial o pasajeras y aquellas que no refieren a la persona del otro contrayente, sino a terceros.

Asimismo este test preliminar será suficiente, aunque se trate de otro tipo de cualidades, si el demandante no logra probar su error sobre la cualidad que alega.

b. *El test de entidad*

Asumido que no se trata de las cualidades sobre las que recae el test preliminar y que el demandante ha acompañado suficiente evidencia al proceso para acreditar su error, resultará necesario para el tribunal determinar si la cualidad que se alega posee o no la entidad suficiente en consideración a la naturaleza y fines del matrimonio.

Sobre esto parece necesario tener en cuenta que aún leídas con la amplitud que se ha sugerido, no parece razonable que las expresiones “naturaleza del matrimonio” y “fines del matrimonio” queden entregadas a la sola apreciación subjetiva de los cónyuges. Lo anterior por varias razones. La primera de ellas es que, como ya se ha advertido en suficientes ocasiones, no es solo el interés de los contrayentes el que se trata de proteger, sino un interés social que aspira a cierta estabilidad de la institución matrimonial. En segundo lugar, si éste fuera el caso bastaría que el legislador se hubiera referido a aquellas cualidades personales que resulten determinantes del consentimiento de los contrayentes, las expresiones naturaleza y fines del matrimonio serían pleonásticas.

Aclarado lo anterior ¿cómo entender entonces ambas expresiones de manera que no queden entregadas a la entera subjetividad de quienes la alegan? Una aproximación que resulta sugerente desde mi punto de vista es la que se presentó a propósito de las expresiones “cualidades esenciales” y “entidad” utilizadas respectivamente por el *Code* y el Código Civil español⁷⁹.

⁷⁸ Así, por ejemplo el *Codice Civile* establece en su artículo 122, *in fine*, que la acción de nulidad no puede ser ejercitada si ha existido cohabitación de los contrayentes durante un año, contado desde el descubrimiento del error. En el caso chileno, como se sabe, la acción de nulidad en el caso del artículo octavo prescribe en el término de tres años, contados desde que hubiere desaparecido el hecho que originó el vicio de error (ver artículo 48 ley 19.947).

⁷⁹ Debe advertirse que ninguno de los dos ordenamientos contiene una regla que establezca los fines del matrimonio o refiera a su naturaleza. Sin embargo, atendida la amplitud de ambas expresiones me parece que las reflexiones suscitadas en ambos casos pueden resultar útiles para el caso chileno.

En el caso francés un sector de la doctrina sostuvo que la métrica para determinar el carácter esencial de las cualidades personales que lograba combinar con mayor acierto la protección de la voluntad de los contrayentes y la estabilidad del matrimonio era una concepción psico-sociológica, según la cual serían cualidades esenciales aquellas que “tanto desde el punto de vista individual como sociológico, se consideraban ligadas a la concepción del matrimonio”⁸⁰. Esta concepción psico-sociológica quedaría limitada, sin embargo, por los límites del orden público francés, lo que impediría, por ejemplo, reclamar nulidad por error en el nacimiento. En el caso español las cosas han sido similares respecto a la interpretación de la expresión “entidad”. Frente a la pregunta acerca de qué cualidades personales puede resultar determinante, por su entidad, de la prestación del consentimiento. Como en el caso francés, un sector de la doctrina ha indicado que se debe prestar atención a la opinión social común, atendiendo entonces al “criterio de importancia mantenido por la colectividad”⁸¹.

Este criterio sociológico resulta atractivo para el caso chileno por dos razones al menos. En primer lugar evita que la calificación del carácter determinante de la cualidad quede entregada solamente a la subjetividad de los contrayentes. En segundo parece ser suficientemente elástico como para permitir al juez ponderar equilibradamente los intereses en juego y capturar los cambios que experimenta la institución matrimonial en el tiempo. Sobre esto último, me parece que resulta perfectamente coherente con las bases del ordenamiento jurídico –y deseable– que los jueces desarrolle el plan legal de ordenación del derecho matrimonial. Atendido el sino cambiante que el matrimonio ha demostrado en el tiempo⁸², las palabras de Wieacker sobre el *officium iudicis* resultan –mutatis mutandis– útiles para justificar que los jueces pongan atención a la concepción social sobre la naturaleza y fines del matrimonio. Según el autor alemán: “El legislador no es dueño del futuro de su sociedad y la historia se ha burlado siempre del intento de dirigir sus enormes poderes por cauces previamente establecidos. Razón de más para que nuestra tarea deba consistir en desviar las mareas en calma, dominarlas y dirigirlas hacia un trabajo útil”⁸³.

⁸⁰ BENAVENT citado en DE VERDA Y BEAMONTE, J. (n. 4) p. 163

⁸¹ CUTILLAS TURNS CITADO EN DE VERDA y BEAMONTE, J. (n. 4) p. 228 y LACRUZ BERDEJO, J.L. (coord.) **Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil.** 2^a ed. Editorial Civitas S.A. Madrid: 1999, p. 708. Albaladejo en cambio considera que el error en las cualidades personales debe tomarse en términos enteramente subjetivos, sin embargo considera que “se presumirán como decisivos sólo los errores que, habida cuenta de las circunstancias, lo sean según la opinión común, si el de que se trata no es uno de ellos, tendrá el interesado que probar que lo fue para él (*Curso de derecho civil. Vol. IV Derecho de familia*. José María Bosch Editor. Barcelona: 1997, p 100).

⁸² ver HATTENHAUER, H. (n. 65)

⁸³ *El principio general de la buena fé*. Editorial Civitas S.A. Madrid: 1977, p. 98.

