

# ERROR Y DOLO: FUNDAMENTOS Y DIFERENCIAS\*

---

JUAN FORNÉS

---

## SUMARIO

---

I • INTRODUCCIÓN. II • ERROR Y DOLO. III • EL FUNDAMENTO DE LA NULIDAD PROVOCADA POR DOLO. IV • DOLO Y DERECHO NATURAL.

---

### I. INTRODUCCIÓN

Los organizadores de este Curso de actualización en Derecho canónico sobre «Error, ignorancia y dolo en el consentimiento matrimonial», al proponerme el tema que podría desarrollar en esta ponencia, sugerían, en el texto escrito enviado, los siguientes interrogantes: ¿Qué parecidos y diferencias existen entre el error y el dolo? ¿En qué consiste la razón última de la nulidad provocada por el dolo: puede decirse que proviene del error; o que tiene carácter punitivo o vindicativo? ¿Cuál sería la relación entre el error del c. 1098 y el dolo que lo provoca? ¿Puede sostenerse la conexión de este capítulo con el Derecho natural, y a qué nivel? ¿Puede fundamentarse la retroactividad de este canon? En su caso, ¿en qué motivos?

Hay que reconocer que el conjunto de interrogantes está bien planteado, tiene un carácter exhaustivo y facilita —a modo de luminosas señales indicadoras— el camino que debe seguirse en la exposición. Esto no impide, sin embargo, comprobar que se trata de cuestiones de profundo calado, que exigen un considerable esfuerzo para dar de ellas una ponderada respuesta. En todo caso —y puesto que así lo exige el programa—, éste será el sumario de la exposición. Comencemos por el primero de los interrogantes: los parecidos y diferencias entre error y dolo.

\* Ponencia leída en el XVIII Curso de Actualización en Derecho Canónico (Pamplona, 21-23 de septiembre de 1994).

## II. ERROR Y DOLO

Por de pronto, es claro que se trata de dos anomalías consensuales. Y en este ámbito de la patología del consentimiento matrimonial, se suele plantear siempre la cuestión de si el Derecho canónico protege la voluntad interna (el consentimiento: si una persona ha consentido verdaderamente o no) o la manifestada (la declaración: si una persona ha expresado su consentimiento externa y formalmente o no). Es decir, se suele plantear con frecuencia —y esto normalmente en comparación con el régimen matrimonial civil— si el sistema matrimonial canónico es un sistema formalista —que se atiene a los datos externos, sin más— o no.

Una respuesta rápida a esta cuestión nos llevaría a afirmar que el Derecho canónico protege a ultranza la voluntad interna: el querer verdadero. Y esto es cierto, pero exige determinados matices. Entre otras cosas —y como es bien sabido—, el acto jurídico matrimonial es un acto jurídico consensual, pero también formal: sometido a unos determinados requisitos de forma canónica. Lo que hace que —como prescribe el c. 1060— el matrimonio goce del favor del derecho. Es decir, que, como cualquier acto jurídico que se ha celebrado de acuerdo con los requisitos formales exigidos, «en la duda se ha de estar por la validez del matrimonio, mientras no se pruebe lo contrario» (c. 1060).

Tal planteamiento apoya también la *presunción de derecho* establecida en el párrafo primero del c. 1101: «El consentimiento interno de la voluntad se presume que está conforme con las palabras o signos empleados al celebrar el matrimonio».

Por tanto, el Derecho canónico tutela la voluntad interna, el auténtico querer de los contrayentes. Pero parte de su manifestación externa. De modo que cabe la nulidad del matrimonio, si la voluntad interna no existe o está típicamente viciada. Pero, en tal hipótesis, habrá de demostrarse mediante la prueba. De lo contrario —y problemas del juego entre fuero interno y fuero externo aparte—, el Derecho canónico considera que la expresión externa —la manifestación— coincide con la voluntad interna.

De ahí que resulte del mayor interés una distinción, que sugirió ya hace años Dossetti<sup>1</sup>, entre *existencia* de la voluntad e *integridad* de la voluntad. O, dicho con otras palabras: saber si un determinado contrayente ha consentido realmente, o si su consentimiento no se ha dado en las condiciones óptimas, por estar sometido a circunstancias (miedo, error, engaño, estados psíquicos anormales, por ejemplo), que hacen que, efectivamente, haya consentido en el matrimonio, pero con un *vicio* en su consentimiento que debe ser tenido en cuenta por el legislador.

Pues bien, por lo que se refiere a la *existencia* del consentimiento, el Derecho canónico exige mucho. Es más, exige todo, porque si no hay consentimiento, no hay matrimonio. Se trata, al fin y al cabo, de un principio de Derecho natural, reflejado en el c. 1057 § 1.

En cambio, por lo que se refiere a la *integridad* del consentimiento —las condiciones óptimas en que tal consentimiento debe darse—, el legislador debe moverse en un terreno de prudencia, que le lleve a armonizar adecuadamente la seguridad jurídica y la tutela de la institución matrimonial, de una parte, y la pureza y plenitud del consentimiento, de otra.

En otras palabras, la tutela a ultranza de la seguridad jurídica en el estado matrimonial puede ir en detrimento de la realidad de este consentimiento concreto, que se ha visto afectado por unos determinados vicios. Y la tutela a ultranza de la pureza, plenitud e integridad del consentimiento —que un consentimiento sea químicamente puro— puede ir en detrimento de la seguridad jurídica y de la institución matrimonial.

Se trata, por consiguiente, de una opción legislativa, de algo que debe establecer el Derecho positivo y que puede cambiar con el tiempo, según determinados datos históricos o aportaciones de la doctrina o la jurisprudencia. Así ha sucedido, cabalmente, con el dolo, que, como tal, no era considerado como vicio invalidante del consentimiento en el Código de 1917 —ni tampoco antes— y sí lo es en el Código vigente.

1. Vid. G. DOSSETTI, *La violenza nel matrimonio in Diritto canonico*, Milano 1943, pp. 1-57.

Ahora bien, ¿qué conexión hay entre la figura del dolo, diseñada por el legislador en el c. 1098, y el error?

En términos generales, puede decirse que se produce un error cuando se hace un juicio equivocado sobre una realidad —una cosa, un hecho, una norma de conducta, una persona—. A su vez, en materia matrimonial, esa falsa aprehensión de la realidad que subyace en todo error puede darse: a) acerca de la identidad de la persona misma del contrayente; o acerca de sus cualidades (*error facti*: error de hecho); b) acerca de la identidad del matrimonio mismo; o acerca de sus cualidades: propiedades esenciales (unidad e indisolubilidad) y dignidad sacramental (*error iuris*: error de derecho).

Dejando aparte por completo este último —el error de derecho, que no afecta para nada a nuestro tema—, centremos la atención en el error de hecho —error en la persona, error en sus cualidades—, en el que, como consecuencia de determinados planteamientos doctrinales y algunas tendencias jurisprudenciales anteriores a la promulgación del Código vigente, se siguen produciendo todavía en la actualidad propuestas y soluciones judiciales, a mi entender claramente «erradas» y, precisamente, «sobre el error», aunque, sin duda, se trata de soluciones «formalmente erradas» y no «materialmente erradas» si se tiene en cuenta la justicia de los fallos.

En efecto, el *error in persona*, como con gran precisión se expresa el § 1 del c. 1097 —utilizando la preposición *in* en lugar de *circa* (*error circa personam*) del c. 1083 § 1 del CIC 17 para evitar todo equívoco—, es un claro supuesto de ausencia de consentimiento: se pretende contraer con A y, en realidad, se contrae con B.

Supuesto que difícilmente se producirá, si se tienen en cuenta los requisitos formales, tanto desde la perspectiva de la emisión del consentimiento (cc. 1104-1106), como de su recepción (cc. 1108 ss.). Podría ocurrir, por ejemplo, en el matrimonio por procurador (vid. c. 1105), o en hipótesis de matrimonios celebrados entre personas con determinados defectos (ciegos, por ejemplo). En cualquier caso, el c. 1097 § 1 dice: «Error in persona invalidum reddit matrimonium», subrayando así algo por otra parte obvio: que no hay consentimiento y que, por consiguiente, no nace el vínculo conyugal cuando se da un error acerca de la identidad física de la persona.

Ya se ve, sin embargo, que este *error in persona* —más aún con la expresión anterior: *error circa personam*— puede ser interpretativamente ampliado hasta extremos no fácilmente previsibles, si se entiende por «persona» no esta persona A —que no puede ser entitativamente más que esta persona A, con independencia de las cualidades que la adornan o, por el contrario, la desfiguran—, sino un ente abstracto que se compone de un substrato común y de unas cualidades también comunes, aunque naturalmente variables según los casos. La persona no sería A —sin más, sin calificativos, sin ningún género de dudas—, sino, si se me permite parafrasear al conocido filósofo español, sería «A y sus circunstancias», de modo que si cambian las circunstancias, cambia A: ya no es A.

Esta interpretación amplía de la noción de persona es la que ha llevado a cabo alguna jurisprudencia anterior a la promulgación del Código vigente y la que ha apoyado también algún sector doctrinal. Y hay que reconocer que en el momento en que se produjeron esas decisiones judiciales —sobre todo la famosa sentencia cuyo ponente fue Canals en 21 de abril de 1970— no había, quizá, otros recursos técnicos u otros apoyos legales para la solución de casos patentemente injustos y en los que la nulidad del matrimonio —como en el supuesto contemplado en la sentencia de Canals— era clara. Si acaso —y a mí me parece que así lo era, como, por otra parte, lo hacía también la jurisprudencia rotal—, quizá resultaba técnicamente más adecuado el recurso que, al fin y al cabo, está presente en la doctrina histórica para solucionar estos casos: la condición impropia de hecho pasado o presente, virtualmente puesta; sea ello por la vía de la *qualitas directe et principaliter intenta* de la tercera regla de Alfonso de Ligorio<sup>2</sup>, sea por la vía de la *qualitas sub condicione virtualiter posita* de Ponce de León<sup>3</sup> y también de la primera regla de Alfonso de Ligorio<sup>4</sup>, sea, en fin, por la vía de la *qualitas unicus finis* de Anacleto Reiffenstuel y Francisco Schmalzgrüber<sup>5</sup>.

2. A. DE LIGORIO, *Theologia moralis*, II, Matriti 1876, Lib. VI, Tract. VI, Cap. III, n. 1016, p. 303.

3. B. PONCE DE LEÓN, *De sacramento matrimonii tractatus*, Lugduni 1640, lib. IV, cap. XXI, nn. 6-7, pp. 191 s.; n. 13, p. 192; cap. XXII, n. 2, p. 198.

4. A. DE LIGORIO, *op. cit.*, n. 1014, p. 303.

5. A. REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum Universum*, Antuerpiae 1755, t. IV, lib. IV, tit. I, par. IX, n. 343; n. 345. Vid. también nn. 346-349; F. SCHMALZGRUEBER, *Ius Ecclesiasticum*

Pero lo que, a mi juicio, resulta poco admisible es seguir recorriendo en la actualidad aquella pretérita vía antes aludida; es decir, seguir recurriendo a esa inexistente noción amplia de persona, recordando incansablemente, como se hace, en uno u otro sentido, en algunas decisiones judiciales posteriores al CIC de 1983, la sentencia de Canals de 1970<sup>6</sup>, cuando el legislador ha querido resolver explícitamente —y ha resuelto con claridad— la cuestión: precisamente con la promulgación del c. 1098.

De ahí que el Código vigente ni mencione —en contraste con el Código anterior en este punto— el llamado error redundante en la persona (el *error redundans*), precisamente porque se reconduce al error en la persona misma. Y —pidiendo disculpas por el juego de palabras, pero me parece que resulta gráfico— efectivamente sería «redundante» recoger un «error redundante» que no es distinto del «error en la persona».

Un cúmulo de circunstancias históricas, doctrinales, sociológicas, subyacía en la regulación expresa del *error redundans* en el c. 1083, § 2, 1º del Código de 1917. Pero en el bien entendido que también aquel *error redundans* del Código anterior se reconducía al error en la persona física. Sólo que esas circunstancias históricas, doctrinales, sociológicas aludidas —por ejemplo, el acuerdo de celebración del matrimonio entre partes que no se conocían personalmente, y se identificaban por una cualidad propia y exclusiva de esa persona: la hija primogénita del rey de España, como en ocasiones se decía en los textos a título ilustrativo— hacían aconsejable la regulación expresa del llamado *error redundans*.

Ahora bien, esta figura siempre había sido entendida hasta tiempos bien recientes —en que, por las razones antes subrayadas, algún sector doctrinal y jurisprudencial cambia la orientación—, en el

Universum, Romae 1844, t. IV, pars I, tit. I, par. III, n. 435, p. 204; n. 448, p. 210; y, en general, los nn. 433-461, pp. 203-216.

6. Por ejemplo —y entre otras—, SRR, Sentencia de 10.VII.1984, c. Agustoni, en «Il Diritto ecclesiastico», 1985/1, pp. 406 ss. (se trata de un matrimonio contraído antes de 1983: en 1955); ARRT, Sentencia de 15.VI.1989, c. De Lanversin, en «Il Diritto ecclesiastico», 1990, pp. 24 ss. (matrimonio contraído antes de 1983: en 1977); ARRT, Sentencia de 24.VII.1991, c. Faltin, en «Il Diritto ecclesiastico», 1991/II, pp. 490 ss. (matrimonio contraído después de 1983: en 1985; se pronuncia negativamente: no consta de la nulidad).

sentido en que lo hacía Tomás Sánchez<sup>7</sup>, sobre la base, por lo demás, de la doctrina de Tomás de Aquino<sup>8</sup>, apoyada en los textos de Graciano y Pedro Lombardo<sup>9</sup>. Es decir, había sido entendida como lo que era: el *error redundans* era un tipo, una subespecie del error en la persona misma, en su identidad física. Se pretendía contraer con A —a quien no se conocía personalmente y a quien se identificaba por una cualidad propia y exclusiva de esa persona— y se contraía con B. Pero no un B distinto de A porque, pese a ser A, tenía unas cualidades que lo hacían ser B; sino, sencillamente, porque *era* B y, por tanto, *no era* A.

En todo caso, también se ha involucrado aquí, con una tendencia expansiva, la cuestión de las cualidades de la persona: el error en cualidad. El propio texto codicial de 1917 podía dar pie a una interpretación extensiva cuando señalaba, en el c. 1083, que el error acerca de la cualidad de la persona hacía nulo el matrimonio «si error qualitatis redundet in errorem personae».

Porque, en efecto, también en la temática del error redundante se ha producido esta tendencia a la confusión, sobre todo a raíz de la famosa tercera regla de Alfonso de Ligorio<sup>10</sup> acerca de la *qualitas directe et principaliter intenta*, que, por otro lado, un buen sector de la jurisprudencia reconducía a la condición impropia de hecho pasado o presente, virtualmente puesta, del c. 1092, 4º del CIC 17 para resolver casos flagrantes que quizá hoy habrían de resolverse sobre la base del c. 1098 y, en algún supuesto, del c. 1097 § 2. Y es que esta cuestión también ha quedado completamente resuelta por el legislador de 1983 cuando, como consecuencia de una propuesta de última hora producto de los trabajos preparatorios<sup>11</sup>, ha recogido la cláusula final del c. 1097 § 2.

7. Th. SÁNCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, t. II, Lugduni 1739, lib. VII, disp. XVIII, n. 38.

8. TOMÁS DE AQUINO, *Suppl. Summae Theol.*, q. 51, a. 2, ad 5.

9. Vid. J. FORNÉS, *El consentimiento matrimonial y la condición «si proles nascetur»* (Consideraciones en torno al error, condición y dolo), en «Ius Canonicum», 34 (1977), pp. 255-294, con las referencias a las fuentes y bibliografía allí contenidas.

10. A. DE LIGORIO, *op. cit.*, n. 1016, p. 303.

11. Cfr. *Relatio complectens synthesim animadversionum ab Em. mis atque Exc. mis Patribus Commissionis ad novissimum Schema Codicis Iuris Canonici exhibitarum, cum responsionibus a Secretaria et Consultoribus datis*, Typ. Pol. Vat., 1981, p. 256.

De modo que el error *acerca de las cualidades de la persona* no invalida el matrimonio. Regla general a la que hay que añadir dos excepciones: una, la de que la cualidad haya sido directa y principalmente intentada (c. 1097 § 2); otra, la de que el error sea consecuencia del dolo, es decir, que se trate de un error dolosamente causado, con las condiciones y requisitos especificados en el c. 1098<sup>12</sup>.

Como es sabido, el c. 1097 § 2 señala que «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».

El principio general, por tanto, es la irrelevancia del *error in qualitate personae*. Principio que siempre ha estado presente en la tradición canónica y que se entiende bien si se tiene en cuenta que el matrimonio es una donación interpersonal que hace de los cónyuges *una caro*, una sola carne; de modo que el objeto del pacto conyugal —del consentimiento— no puede ser otra cosa sino la persona misma en su conyugalidad (c. 1057 § 2) (y no una cualidad, por muy importante que ella sea).

Esta irrelevancia del error en las cualidades de la persona, aunque sea antecedente o *causam dans*, tiene, en la regulación vigente, una primera excepción, como ya se ha subrayado: el error en cualidad directa y principalmente pretendida; error que hace nulo el matrimonio.

Quizá conviene recordar aquí que, en el Código de 1917, el único error en las cualidades de la persona que hacía nulo el matri-

12. Desde una perspectiva de radical fundamentación de esta materia, se han explicado estas «excepciones», no como verdaderas «excepciones» a la regla general de la irrelevancia del error en cualidad, sino como un caso de inexistencia del objeto propio del consentimiento (supuesto del c. 1097 § 2 *in fine*) y un caso de protección «institucionalizada» de la libertad de los contrayentes en el proceso de formación del acto del consentimiento (supuesto del c. 1098). Vid., en este sentido, el estudio de J. I. BAÑARES, *La relación intelecto-voluntad en el consentimiento matrimonial: Notas sobre los cc. 1096-1102 del CIC de 1983*, en «Ius Canonicum», 66 (1993), pp. 553-606.

Reconociendo, sin ningún género de dudas, que se trata de una explicación que da razón de la coherencia interna del sistema matrimonial canónico y, por tanto, que puede compararse en lo sustancial, he considerado preferible plantear la relación entre el error en cualidad y los supuestos de los cc. 1097 § 2 *in fine* y 1098 como una relación entre regla general y excepciones, contempladas en la regulación codicial, por una simple razón de tipo práctico y sistemático: así aparecen, al menos desde la perspectiva de un análisis inmediato de las normas vigentes.

monio era el error en *condición servil*. Se trataba de un supuesto con indudables connotaciones históricas, pero, desde luego, anacrónico y que el Código de 1983, con muy buen criterio, suprime. Sin embargo, recoge el caso de la «cualidad directa y principalmente pretendida» (no sería —recordando aquí las propias palabras de Alfonso de Ligorio<sup>13</sup>— la hipótesis de «me caso con Ticia, a la que creo noble», sino la de «me caso con una noble, como considero que es Ticia»), inspirado, como ya se ha dicho, en la tercera regla del eximio moralista y en las soluciones jurisprudenciales de algunas sentencias de la Rota Romana anteriores a la promulgación del Código de 1983, pero próximas a esa fecha, a difíciles casos ante ella presentados<sup>14</sup>.

Ya se comprende que el supuesto es de muy difícil delimitación y, sobre todo, de dificultosa prueba procesal, porque habrá de procederse con sumo cuidado por parte de la jurisprudencia para no confundirlo con hipótesis de mera voluntad interpretativa o presunta —«si hubiera sabido que no tenía esta cualidad, no me hubiera casado»—. Y, por lo demás, este supuesto —cuando se produzca en la realidad, si es que se produce con esa nitidez— no parece que no pueda encuadrarse: a) o bien en una exclusión del matrimonio mismo, del c. 1101 § 2, porque, en realidad, no haya existido *animus contrahendi*, ya que el contrayente ha agotado su voluntad consensual en la consecución de una cualidad (por ejemplo, la nacionalidad, la posición económica, una determinada condición social, la nobleza), que, en este caso, además, no existiría y ahí radicaría el error; b) o bien en la cualidad elevada a condición de pasado o presente, del c. 1102 § 2, de modo que estaríamos ante casos de reserva de un consentimiento que se cautela, condicionándolo a la existencia de una cualidad ardorosamente deseada por el contrayente; estaríamos no ante un caso de error, sino de consentimiento condicionado; c) o bien, en el error dolosamente causado del c. 1098. «No es fácil ejemplificar —se ha escrito a este respecto— una sola hipótesis de cualidad directa y principalmente intentada que no

13. A. DE LIGORIO, *op. cit.*, n. 1016, p. 303.

14. Cfr. *Relatio...* cit., p. 256.

pueda encuadrarse en una de las tres citadas anomalías consensuales»<sup>15</sup>.

Pero con esto entramos en la segunda excepción a la irrelevancia del error en cualidad respecto de la nulidad del matrimonio: el c. 1098.

La doctrina —recuérdese por todos a Flatten<sup>16</sup>— venía insistiendo desde hacía bastantes años en la necesidad de acoger el *dolo* como típico vicio del consentimiento. Y la jurisprudencia se había ido encontrando con no pocos casos graves de engaño en las cualidades en los que la nulidad del matrimonio aparecía clara, pero que no podía resolver si no era —como ya se ha expuesto antes— por la vía de una discutida y discutible interpretación de los textos legales entonces vigentes: a través de una polémica ampliación de la figura del error redundante, o por la aplicación del canon correspondiente al consentimiento condicionado.

Así las cosas, el legislador introduce, finalmente, en el Código de 1983 la figura del dolo. «Quien contrae el matrimonio —dice el c. 1098— engañado por dolo provocado para obtener su consentimiento, acerca de una cualidad del otro contrayente, que por su naturaleza puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal, contrae inválidamente».

Como con su expresividad característica hacía notar el recordado maestro Pedro Lombardía, en un texto publicado también en 1983, el Código matiza mucho la figura del engaño relevante a efectos de nulidad: «No es nulo un matrimonio porque alguien cree que su novio o novia tiene una cualidad que, de hecho, no tiene; hace falta que sobre él se haya ejercido una acción de engañar, precisamente con la finalidad de obtener de él el consentimiento matrimonial, y que dicho engaño verse sobre una cualidad del otro contrayente que sea de tal entidad, que su efectiva carencia pueda perturbar gravemente el consorcio matrimonial»<sup>17</sup>.

15. V. REINA, *Error y dolo en el consentimiento matrimonial canónico*, en AA.VV., *Le nouveau Code de Droit canonique*, II, Ottawa 1986, p. 1057. Cfr., en general, *ibid.*, pp. 1047-1062 para otros puntos de este estudio.

16. H. FLATTEN, *Irrtum und Täuschung bei der Eheschliessung nach kanonischen Recht*, Paderborn 1957; Id., *Quomodo matrimonium contrahentes iure canonico contra dolum tutandi sunt*, Coloniae 1961.

17. P. LOMBARDÍA, *Nuevo Derecho Canónico*, La Florida 1983, pp. 123 s.

¿Cuáles son los elementos que tipifican el dolo como causa de nulidad?<sup>18</sup>.

a) En primer lugar, no basta el engaño urdido para obtener el consentimiento: hace falta que se haya producido —como consecuencia del engaño— un error en el sujeto paciente.

Se trata, propiamente, de *error dolosamente causado*. Si no hay error, sino conocimiento efectivo de la realidad, pese a las maquinaciones llevadas a cabo, no se puede invocar el dolo como causa de nulidad. Volveré sobre este punto al tratar —de acuerdo con los interrogantes inicialmente formulados— el fundamento de la nulidad provocada por el dolo.

b) En segundo término, el engaño debe ir encaminado precisamente para extraer el consentimiento matrimonial y no para otra finalidad distinta. Como señala el c. 1098, se trata de «dolo para obtener su consentimiento». Parezca bien o no lo parezca, y, por tanto, independientemente de algunas tendencias doctrinales, recogidas también en determinadas decisiones judiciales<sup>19</sup>, el Código no acoge ninguna forma de dolo indirecto.

c) En tercer lugar, el objeto del engaño o de las maquinaciones ha de ser, cabalmente, «una cualidad del otro contrayente, que por su naturaleza puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal» (c. 1098). Dos cuestiones importa subrayar aquí:

*Primera:* El legislador no ha hecho un elenco exhaustivo del tipo de cualidades que incluiría la figura del dolo, como había sido sugerido por algunos sectores de la doctrina (por ejemplo, Szentirmai<sup>20</sup>). Ha dejado un *numerus apertus* —en la línea de lo apuntado por otros autores (por ejemplo, Flatten, Mans, Reina<sup>21</sup>)— sometido

18. Cfr. J. FORNÉS, *Derecho matrimonial canónico*, Madrid 1990, pp. 135-138, que aquí se recoge en lo sustancial.

19. Por ejemplo, y entre otros, M. CAMARERO, *La relevancia del dolo indirecto en el nuevo Derecho matrimonial*, en AA. VV., *Le nouveau Code...* cit., pp. 1081-1088; J.J. GARCÍA FAILDE, *Manual de psiquiatría forense canónica*, Salamanca 1987, p. 104; cfr. también el n. 5 de la sentencia de 30.XII.1987 del Tribunal del Arzobispado de Valladolid, ante el M.I. Sr. D. Félix López Zarzuelo, en «Revista española de Derecho canónico», 46 (1989), pp. 367-378.

20. Vid. A. SZENTIRMAI, *De constituendo vel non «impedimento deceptionis» in iure matrimoniali canonico*, en «Revista Española de Derecho Canónico», 16 (1961), pp. 101 s.

21. Vid. H. FLATTEN, *Quomodo matrimonium...* cit., p. 13 y p. 18; J. MANS, *El error de cualidad en el matrimonio ante la reforma del Código de Derecho Canónico*, Barcelona 1964,

al buen criterio de la jurisprudencia, a la que puede ayudar y orientar la doctrina. Pero ha proporcionado los suficientes elementos de juicio para determinar de qué tipo de cualidades debe tratarse. Del precepto legal se deduce que ha de tratarse de una cualidad objetivamente grave y, precisamente, en relación directa —*suaapte natura*, por su propia naturaleza— con el consorcio conyugal. No se refiere el dolo, por consiguiente, como causa de nulidad, a cualquier cualidad del tipo que sea, sino a aquellas que son *objetivamente graves y en relación con la propia naturaleza o esencia del matrimonio*.

*Segunda:* Y con esto apuntamos a la *segunda* observación que quería hacer. El legislador ha proporcionado, en este sentido, un criterio, si bien éste se encuentra en un canon distinto. Se dice, en efecto, en el párrafo 3 del c. 1084 que «la esterilidad no prohíbe ni dirime el matrimonio, sin perjuicio de lo que se prescribe en el c. 1098», que es, justamente, el que estamos examinando: el relativo al dolo.

En los trabajos preparatorios del Código vigente, se puso de relieve, en efecto, que si bien corresponde a la jurisprudencia ir determinando los casos concretos de error doloso a través de la aplicación de la norma general (c. 1098), ha parecido, sin embargo, oportuno al legislador proporcionar, a modo de ejemplo, un supuesto de aplicación de este canon en este otro precepto<sup>22</sup>. He ahí una cualidad —la esterilidad— que, por su propia naturaleza —si, además, media el engaño, la maquinación dolosa—, podría perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal.

Por tanto, la cualidad habrá de hacer referencia a la esencia, a los fines y a las propiedades esenciales del matrimonio. De ahí que otros ejemplos podrían ser: el embarazo por parte de persona ajena (el *error praegnantiae ab alio*, que con tanta frecuencia ya aparece en los textos históricos); determinadas enfermedades (piénsese en algu-

p. 54; V. REINA, *Error y dolo en el matrimonio canónico*, Pamplona 1967, pp. 290 ss. En general, pueden verse los datos bibliográficos y jurisprudenciales proporcionados por J. FORNÉS, *El consentimiento matrimonial...* cit., pp. 255-294; M.A. JUSDADO, *El dolo en el matrimonio canónico*, Barcelona 1988 y J.I. BAÑARES, *La relación intelecto-voluntad en el consentimiento matrimonial: Notas sobre los cc. 1096-1102 del CIC de 1983*, en «Ius Canonicum», 66 (1993), pp. 553 ss., especialmente pp. 593-600.

22. Cfr. en este sentido *Communicationes*, 9 (1977), pp. 361 s. Vid. también *Communicationes*, 3 (1971), pp. 76 s.; 9 (1977), pp. 371-373.

nas de carácter hereditario, o en el sida); la pérdida de la virginidad (el *error virginitatis* de la doctrina histórica); un pasado con actividades delictivas, que es ocultado con reticencia y maliciosamente; y otras cualidades de esta naturaleza.

d) Y, en fin, conviene subrayar que debe haber una «provocación» del engaño, es decir, una pretensión de engañar, que puede producirse por maquinación (palabras falsas, por ejemplo) o por reticencia (comportamientos, actuaciones, palabras u ocultación maliciosa, por ejemplo, que, pese a ser, en algunos casos, una actividad negativa, positivamente inducen al error) por parte del otro contratante o de un tercero, si es el caso.

Pero este punto nos pone ya en contacto con la siguiente cuestión que, de acuerdo con el sumario propuesto, debemos tratar aquí: ¿cuál es la razón última de la nulidad provocada por el dolo?

### III. EL FUNDAMENTO DE LA NULIDAD PROVOCADA POR DOLO

La cuestión de la autonomía del dolo como causa de nulidad del matrimonio fue considerada y debatida también en el seno del correspondiente grupo de estudio de la Comisión para la reforma del Código<sup>23</sup>. Sin entrar aquí en un análisis detallado de las razones en pro y en contra aportadas, desde mi punto de vista, una cosa es clara. Y es ésta: del tenor literal del c.1098 se deduce que la causa de la nulidad del matrimonio —y, por tanto, su fundamento último— no puede ser sólo el dolo, es decir, la actividad maliciosa, la maquinación dolosa, porque si tal maquinación (el dolo) no produce el engaño y, con él, el error que da lugar al consentimiento, no estamos en presencia de la causa de nulidad recogida y tipificada en el precepto legal comentado. Por tanto, no es sólo el «dolo» el fundamento de la nulidad.

Ciertamente tampoco lo es, aisladamente, el error en cualidad objetivamente grave que puede perturbar el consorcio conyugal. Porque, a su vez, tal error en cualidad de la persona ha de ser provoca-

23. Vid. *Communicationes*, 3 (1971), pp. 76 s.; 9 (1977), pp. 371-373.

do por la actividad engañosa, la maquinación: el dolo. De lo contrario, ese error en cualidad es jurídicamente irrelevante.

En resumen, del atento examen del c. 1098 se deducen los siguientes puntos en relación con el fundamento de la causa de nulidad provocada por el dolo:

1º) Es claro que la figura diseñada por el legislador no tiene, directa y principalmente, un carácter punitivo o vindicativo: no se pretende castigar al que engaña, sino proteger la libertad de las nupcias, libertad que queda lesionada en el engañado.

2º) La nulidad proviene del *error dolosamente causado*. No sólo del error, ni sólo del dolo, sino de la conjunción causal de ambos que establece esta secuencia: a) maquinación dolosa, b) que produce engaño, c) que da lugar a un error en cualidad de la persona, y d) que provoca un consentimiento, radical y típicamente viciado.

3º) Por tanto, el fundamento está en que el error versa sobre una cualidad personal objetivamente importante, y en que tal error ha sido causado dolosamente.

4º) Lo cual indica que el bien jurídico que viene a proteger el nuevo c. 1098 —que era, si se recuerda, uno de los interrogantes inicialmente formulados— es la libertad personal en una materia tan delicada e íntima, como es la conyugal, que se ve claramente afectada e invadida por la injusta maquinación dolosa productora del error.

Ahora bien, este atentado a la libertad ¿lo es hasta tal punto que puede decirse que el matrimonio resulta nulo por Derecho natural, *sic et simpliciter*?

Afrontamos, con la respuesta a este interrogante, el último punto propuesto para esta intervención, que conecta también con la consecuencia acerca de la retroactividad o no del c. 1098.

#### IV. DOLO Y DERECHO NATURAL

No han faltado autores, ni tampoco algunas decisiones judiciales que han sostenido la inmediata fundamentación de la nulidad por dolo en el Derecho natural: ciertamente a través de una peculiar noción del Derecho natural.

Baste recordar, como un botón de muestra, una sentencia de un tribunal regional en la que, en relación con esta materia, se alude nada menos que al octavo mandamiento de la ley de Dios. «El c. 1098 —se dice en la sentencia— no se refiere a una ley ‘eclesiástica’, sino a una ley divina y natural; la razón es que el dolo o engaño es la evolución última de una mentira y tiene sus raíces en el ‘No mentirás’<sup>24</sup>. Y haciendo un paralelismo con el precepto legal relativo al impedimento de crimen, se añade: «También el c. 1090 es de ley divina y natural, no sólo por lo que se refiere a la ruptura voluntaria del vínculo del matrimonio, sino también por lo que se refiere al quinto mandamiento ‘No matarás’...»<sup>25</sup>.

Ya se comprende que la cuestión radica, a mi juicio, en perfilar lo más nítidamente posible la noción misma de Derecho natural. Y, en este sentido, una primera precisión que debemos hacer es la de que, cuando hablamos de Derecho natural, hablamos, en efecto, de Derecho divino-natural; es decir, de Derecho divino, como distinto del Derecho humano.

Pero hablamos, en todo caso, de *Derecho*, de *ius*; esto es, de algo muy preciso que no es otra cosa sino aquel conjunto de principios de orden y aquellas exigencias de justicia insertas en la propia naturaleza humana por el propio estatuto ontológico creacional, si bien elevadas, tras la caída, al orden de la gracia por la Redención, ya que la *lex Incarnationis* es la plenitud de la ley natural. Se trata, por tanto, de unos principios y unas exigencias de justicia que *deben ser* —y no pueden dejar de *deber ser*— positivadas y formalizadas en el ordenamiento canónico.

Ahora bien, de acuerdo con esto se comprende fácilmente que muchos de estos principios no quedan determinados a una sola posibilidad, sino abiertos a varias —todas ellas justas y acordes con el Derecho divino-natural, es decir, todas ellas «rationales»— y, por tanto, exigen una concreción u opción del legislador: concreción u opción que es, justamente, el Derecho positivo humano.

24. Cfr. Sentencia «Vancouverien: Nullitatis matrimonii (G.-C.) ob dolum (can. 1098) circa transvestitismum viri conventi. Sententia diei 11 aprilis 1989, ponente Petro López-Gallo, Tribunalis Moderatore, J.U.D.», en «Monitor ecclesiasticus», 1989, pp. 488-489.

25. Cfr. *ibid.*, p. 489.

Dicho con otras palabras, de ese orden de exigencias de justicia inserto en la propia naturaleza humana, de ese orden incoado que constituye el *ius naturae*, el legislador humano —como ya puso de relieve la concepción realista del Derecho— va deduciendo las normas positivas a través de conclusiones o a través de su más precisa determinación (*per modum conclusionis* y *per modum determinationis*), al decir de Tomás de Aquino<sup>26</sup>.

Por lo que al objeto de nuestro estudio se refiere, una cosa es clara: en materia matrimonial, si no hay consentimiento, no hay matrimonio (c. 1057); esto es indudablemente de Derecho divino-natural. En cambio, si hay consentimiento, puede haber matrimonio, aunque también puede suceder que, pese a haber consentimiento, el matrimonio sea nulo.

Pues bien, sin entrar aquí en otros supuestos de esta segunda posibilidad, eso es lo que sucede con el dolo, tal y como ha sido tipificado. Se parte de que hay consentimiento y, por tanto, podría haber base suficiente para que surgiera el vínculo matrimonial. Hay consentimiento, pero el legislador lo priva de eficacia por la formación anormal de la voluntad matrimonial a causa de la violencia que supone el engaño y el error subsiguiente padecido, que afecta de modo no admisible a la libertad de las nupcias.

Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que, como regla general, un acto jurídico realizado por dolo no es nulo por Derecho natural; por el contrario, es válido, a no ser que el Derecho determine otra cosa —como sucede, cabalmente, en el caso del matrimonio—, si bien aquel acto jurídico —obviamente no el matrimonio— «puede ser rescindido por sentencia del juez, tanto a instancia de la parte lesionada o de quienes le suceden en su derecho, como de oficio» (c. 125 § 2)<sup>27</sup>.

De ahí que la precisa figura que el legislador ha diseñado para el sistema matrimonial canónico en la formalización que supone el

26. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 3.

27. Sobre la configuración general de los actos jurídicos en el ámbito canónico, me permito remitir a J. FORNÉS, *El acto jurídico-canónico (Sugerencias para una teoría general)*, en «*Ius Canonicum*», 49 (1985), pp. 57-89. Para este punto concreto, vid., por ejemplo, el comentario al c. 125 de E. MOLANO en «Código de Derecho canónico», edición anotada a cargo del Instituto Martín de Azpilcueta, 5ª edic., Pamplona 1992, p. 127.

c. 1098 tenga —qué duda cabe— un fundamento en datos de Derecho divino-natural. Incluso puede decirse —como se ha apuntado por la doctrina<sup>28</sup>— que establece los requisitos mínimos del contenido de la lesión al Derecho natural, aunque podrían ser formalizados de otra manera. Pero sus nítidos perfiles, sus específicos requisitos, fijados también por el legislador, y que han de cumplirse —no se olvide— cumulativamente, vienen a indicar que estamos ante una figura de Derecho positivo humano y, por tanto, con la característica propia de todas las leyes de esta naturaleza —recuérdese, a este respecto, el c. 9—: la irretroactividad<sup>29</sup>.

¿Y qué hacer con los supuestos anteriores al 27 de noviembre de 1983 que, hipotéticamente, estuviesen comprendidos en el c. 1098? Aparte de que el problema será cada vez más teórico que real, por el simple transcurso del tiempo, a mi juicio, resolverlos, con el Código de 1917 en la mano y con el apoyo de la propia tradición canónica y de la jurisprudencia rotal, a través de la condición impropia: condición de hecho pasado o presente virtualmente puesta, si es que, efectivamente, se ha puesto (no basta un simple deseo o una voluntad interpretativa o presunta —«si hubiera sabido que no tenía tal cualidad, no habría contraído»—, por la sencilla razón de que ahí no hay un acto voluntario).

\* \* \*

Quedan con esto respondidos todos los interrogantes formulados al principio; interrogantes que, sin duda alguna, han estado —y están— presentes en la doctrina y en la jurisprudencia, pero que, en lo que se me alcanza, pueden resolverse o, al menos, encauzarse adecuadamente por las vías mostradas a lo largo de esta exposición que, por supuesto, quedan sometidas a cualquier mejor opinión.

28. Cfr., en este sentido, J.I. BAÑARES, *La relación intelecto-voluntad...* cit., p. 600.

29. También en este sentido, por ejemplo, M.F. POMPEDDA, *Studi di Diritto matrimoniale canonico*, Milano 1993, p. 227. En la jurisprudencia, niegan la retroactividad, por ejemplo SRR, Sentencia de 10.VII.1984, c. Agustoni, en «Il Diritto ecclesiastico», 1985/1, pp. 406 ss. (vid., en concreto, nn. 19-20, en p. 473); ARRT, Sentencia de 15.VI.1989, c. De Lanversin, en «Il Diritto ecclesiastico», 1990, pp. 24 ss.; en cambio, parecen inclinarse por la retroactividad, por ejemplo, ARRT, Decreto de 2.VI.1989, c. Serrano, en «Monitor ecclesiasticus», 115 (1990), pp. 233-238; ARRT, 27.VI.1991, c. Faltin (cit. en «Il Diritto ecclesiastico», 1990, nota 3, en p. 24).