

## La simulación del consentimiento en el matrimonio civil según la reciente doctrina y jurisprudencia italianas

GABRIEL GARCIA CANTERO  
Istituto Giuridico Spagnuolo (Roma)

1. *La doctrina tradicional.*—¿Cabe simular, total o parcialmente, el consentimiento en el matrimonio civil? Y, supuesta la posibilidad de la simulación, ¿qué efectos produce? Parecidas preguntas se hacía recientemente BELTRÁN FUSTERO a propósito del artículo 58 de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos (1). Con el propósito de hacer luz sobre este problema y para elaborar ulteriormente la doctrina de la simulación del consentimiento en el matrimonio civil regulado en nuestro Código, hemos creído oportuno hacer un resumen de las recientes orientaciones de la doctrina y jurisprudencia italianas en la materia.

Hasta la aparición de los nuevos hechos (2), la doctrina y jurisprudencia italianas adoptaban respecto del matrimonio civil (3) la solución que se ha dado en llamar tradicional y que puede sintetizarse así:

La simulación no puede darse en el matrimonio civil; aun en el supuesto de ser posible, el ordenamiento jurídico no la reconoce ninguna relevancia, de suerte que el matrimonio produce todos sus efectos como si el consentimiento no hubiera sido simulado.

La fundamentación de esta tesis difiere según los autores.

CICU (4) considera que la declaración o pronunciamiento que hace el oficial del estado civil (5) es elemento constitutivo del matrimonio, de suerte que la simulación del consentimiento por

---

(1) BELTRÁN FUSTERO: *Un estimulante del matrimonio: el artículo 58 de La Ley de Arrendamientos Urbanos*, ADC. IX, 1956, pág. 1.305 es.

(2) Motivados fundamentalmente por la necesidad de liquidar situaciones nacidas en la última postguerra.

(3) La cuestión ha sido muy controvertida en la doctrina italiana cuando se trataba de transcribir sentencias eclesiásticas referentes a matrimonios pre-concordatarios.

(4) CICU: *Il diritto di famiglia*, Roma, 1914, pág. 237 es.

(5) Bajo el régimen del Código italiano de 1865 declaraba que los novios estaban unidos *en nombre la ley*. El nuevo Código ha modificado esta fórmula suprimiendo lo que hemos puesto en cursiva. Vid. una apreciación crítica en JEMOLO: *El matrimonio*, trad. esp. de Sentís Melendo y Ayerra. Buenos Aires, 1954, pág. 16c.

parte de los contrayentes no es posible. El acuerdo precedente celebrado entre los esposos no puede hacerse valer, porque versa sobre materia que no puede constituir objeto de contratación. Entra en aplicación no tanto el principio de responsabilidad, sino el de la certeza y estabilidad del vínculo, que impide permitir a los esposos la preconstitución del medio de eliminarlo.

Parecidos argumentos expone PESTALOZZA (6), el cual considera posible sólo la reserva mental, que no produce ningún efecto. El matrimonio civil es un acto plurilateral en cuya formación interviene la autoridad pública por medio del oficial del estado civil, permaneciendo extraña a la eventual simulación de los particulares. El acto está todo en la solemnidad de las formas, en el consentimiento solemnemente declarado. Quien de tales formas se sirve quiere el acto con todas sus consecuencias. La voluntad declarada que la autoridad pública consagra y conserva en los registros públicos es la que únicamente puede valer para el orden jurídico.

En una difundida obra que ha ejercido extraordinaria influencia en la doctrina civilista, FERRARA (7) niega la posibilidad de la simulación en la prestación del consentimiento matrimonial, porque el oficial del estado civil es extraño a ella e ignora las confabulaciones de las partes. El matrimonio no puede surgir sin el concurso del oficial público, el cual interviene en garantía de la ley, integrándole y dándole existencia jurídica. Aunque los contrayentes no tengan ninguna intención de realizar el acto y estén de acuerdo en producir sólo su apariencia, el matrimonio tiene plena eficacia. Existirá sólo una doble reserva mental.

El mismo autor, en una obra posterior, insiste en su anterior doctrina, sosteniendo que no puede argumentarse por vía de la lógica con el elemento del consentimiento como base del matrimonio para deducir su nulidad, porque debe tenerse en cuenta el carácter formal y solemne del contrato matrimonial. El contrato solemne está objetivizado y exteriorizado en la forma y en ella existe. Distinto del matrimonio simulado es el matrimonio fiduciario. Si las partes celebran el matrimonio, no con el propósito de constituir entre ellas un vínculo de familia, sino con diversa finalidad, como la de adquirir la nacionalidad o cumplir una condición, el matrimonio se producirá realmente con todas sus consecuencias jurídicas, aunque ése no era el propósito de las partes (8).

Apoyándose, en parte, en la doctrina de CICU, y en parte cri-

(6) Art. *Simulazione* en la *Enciclopedia Giuridica italiana*.

(7) FERRARA: *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922, páginas 93 ss.

(8) FERRARA: *Diritto delle persone e di famiglia*, Nápoles, 1947, páginas 208 ss.

ticándola FEDELE (9), niega relevancia a la simulación en razón al fin e interés superior que preside el matrimonio y que se sobrepone al particular de los contrayentes. Todo se justifica fácilmente—dice este autor—desde el punto de vista de CICU. La reserva mental y la simulación bilateral son ineficaces, porque la voluntad de las partes debe valorarse en relación al fin y al interés superior, pero no en cuanto oculta intereses individuales, como en el caso en que el esposo o los esposos se preconstituyan, con la reserva mental o con el acuerdo simulatorio, el medio de liberarse del vínculo conyugal. Tal solución antitética de la que exigirían los principios comunes de los negocios jurídicos, absorbe y hace inútil la primera razón que CICU parece dar de la ineficacia de la simulación en el matrimonio; es decir, la de que es elemento constitutivo del matrimonio el acto unilateral de pronunciamiento por parte del oficial del estado civil. Tal razón no sólo es superflua, sino que tampoco es válida, dado que el desacuerdo entre voluntad y manifestación sería siempre idóneo para viciar el acto estatal.

SENISE (10), por su parte, sostiene asimismo que, a diferencia de lo que ocurre en el matrimonio canónico, la simulación es irrelevante en el matrimonio civil.

SCHIAPPOLI (11) no aporta ningún argumento nuevo para sostener que el acuerdo simulatorio, la reserva mental y la condición son ineficaces para producir la nulidad del matrimonio civil, pues alude al carácter constitutivo del pronunciamiento del oficial del estado civil y a los principios de certeza, estabilidad e indisolubilidad del vínculo matrimonial.

REBUTTATI (12) afirma que existe una presunción *iuris et de iure* de que el consentimiento prestado es conforme con el querer interno de los contrayentes, pero admite la posibilidad de que los terceros puedan impugnar un matrimonio simulado en fraude de la ley y de sus derechos. No puede admitirse—dice—que los esposos puedan sostener que no han reconocido ninguna eficacia al pronunciamiento hecho en nombre de la ley por el oficial público, que solemnemente reconoció y proclamó, frente a ellos, a los testigos y a la sociedad entera, sinceramente prestado el consentimiento de los esposos. De aquí que el Código civil, para las relaciones jurídicas y sociales que derivan del matrimonio, no puede menos de presumir *iuris et de iure* que el mutuo consentimiento de los esposos, expresado y recibido con las solemnidades prescritas, es plenamente conforme al querer interno de ellos. Pero

(9) FEDELE: *La simulazione nel matrimonio civile*. Riv. di Dir. Matrim. italiano, 1936, pág. 65 ss.

(10) SENISE: *Della simulazione civile e degli istituti interferenti, in particolare della simulazione nel matrimonio*. Riv. di Dir. Matrim. italiano, 1938, pág. 23.

(11) SCHIAPPOLI: *Sull'efficacia della sentenza ecclesiastica di annullamento di un matrimonio religioso preconcordatorio sul matrimonio civile* Foro italiano, 1937, I, pág. 1.212 ss.

(12) Art. *Matrimonio* en el *Nuovo Digesto Italiano*.

debe advertirse que, aun no admitiéndose que los esposos impugnen como simulado el consentimiento por ellos prestado, esto no impide que cualquiera que tenga interés en ello pueda impugnar como fingido y simulado un matrimonio celebrado con el único y exclusivo fin de obtener fraudulentamente beneficios concedidos por disposiciones de la ley o del hombre.

No sin cierta vacilación e inspirándose más bien en razones prácticas, BARASSI (13) se inclina por la irrelevancia de la simulación. Entre las dos opiniones extremas opuestas—dice—es probablemente preferible la que se decide por la existencia del matrimonio, aunque con esto se falte a norma tan elemental como es la necesidad de un acuerdo adhesivo de los esposos. Sería demasiado grave consentir el póstumo recurso a una simulación concordada o conocida para anular el matrimonio; demasiado cómodo, pero demasiado grave en sus efectos. En suma, debe considerarse que hasta cierto punto la solemnidad formal de la celebración se sobrepone a la seriedad real del acuerdo en homenaje a la urgente certeza de un estado personal como el creado entre los esposos. En este sentido debe recordarse que las causas de la nulidad matrimonial están determinadas taxativamente por la ley.

2. *Aisladas opiniones en contra.*—Frente a la doctrina tradicional, únicamente disienten JEMOLO, STOLFI y MACCHIA, sosteniendo la posibilidad y relevancia del acuerdo simulatorio en el matrimonio civil, si bien con algunas diferencias entre ellos. Como JEMOLO ha tenido ocasión de reiterar su doctrina después del cambio de orientación transitoriamente operado en la jurisprudencia, nos referiremos posteriormente a ella *in extenso*; ahora sólo expondremos la doctrina de los dos últimos autores citados.

Para STOLFI (14), la simulación consiste en manifestar, de acuerdo con la otra parte, una voluntad aparente: o porque no se quiere celebrar ningún acto, y entonces se dice absoluta, o porque se quiere concluir un acto diverso del ficticio, y entonces se dice relativa. Cualquiera que sea el fin perseguido por las partes, no influye ni sobre la estructura ni sobre los efectos del negocio simulado, el cual presupone únicamente el acuerdo entre dos personas de realizar un acto que sólo se hace en apariencia. El acto simulado no entra en los casos de discordancia entre voluntad y declaración, porque ninguna de las partes manifiesta una voluntad en contraste con el querer interno, sino que ambas concuerdan en dar cierta apariencia a una voluntad diversa de la verdadera. El matrimonio se basa en la declaración de los esposos de querer aceptar como marido y mujer, a la que sigue la declaración—debida—del oficial del estado civil de que están unidas en matrimonio. Con tal pronunciamiento, el funcionario no contribuye

(13) BARASSI: *La famiglia legittima*, Milano, 1947, págs. 106 ss.

(14) STOLFI: *Teoría del negozio jurídico*, Padova, 1947, págs. 121 ss.

como parte a la formación del vínculo, sino que se limita a testimoniar que la celebración de las nupcias se ha efectuado regularmente, así que mira únicamente a dar el crisma de la legalidad al consentimiento de los esposos; con tal, se entiende, que exista. Si éste no existe por cualquier causa, falta el antecedente lógico del pronunciamiento, al cual debe negarse todo valor, porque de otro modo se daría por cierta la existencia de un consentimiento nunca prestado. Ni el interés público ni el privado aconsejan obligar a convivir a dos personas que no quisieron unirse.

MACCHIA (15), muy radicalmente, defiende la relevancia, tanto de la simulación total como de la parcial. La dificultad—dice este autor—consistirá en probar que el consentimiento ha faltado; pero cuando esta prueba se haya realizado, la declaración de nulidad del matrimonio no es otra cosa que una consecuencia lógica necesaria del principio de que el consentimiento es elemento constitutivo e insustituible del negocio jurídico matrimonial. Se dará simulación parcial cuando ambos cónyuges, o uno de ellos, excluyen alguna de las propiedades esenciales del matrimonio, como la indisolubilidad del vínculo, la obligación de fidelidad conyugal o la mutua *traditio-acceptatio* del *ius in corpus in ordine ad actus per se aptos ad proles generationem*.

3. *El giro de la jurisprudencia.*—El giro de la jurisprudencia italiana está reflejado en sólo tres sentencias, dictadas no por la Corte de Casación, sino por Tribunales inferiores; la del Tribunal de Génova de 29 de mayo de 1946, la del Tribunal de Mondovì de 7 de julio de 1949 y la del Tribunal de Florencia de 17 de abril de 1950. Las tres han sido ampliamente comentadas por la doctrina (16).

Por su interés, pasamos a exponer los antecedentes y doctrina de las indicadas resoluciones judiciales:

La sentencia de 29 de mayo de 1946 declaró:

*El matrimonio celebrado entre una alemana y un italiano al solo fin de hacer perder a la primera la ciudadanía alemana, en razón a la cual hubiera estado sometida al servicio obligatorio del trabajo en Alemania, debe considerarse nulo por falta de consentimiento.*

(15) MACCHIA: *Studi di diritto matrimoniale*. Padova, 1947. págs. 156 ss.

(16) BIGIANI: Comentario en *Giurisprudenza italiana*, 1949, I, 2, c. 20; CARRESI: *Matrimonio contratto in stato di pericolo*, I. *Diritto Ecclesiastico*, 1950, páginas 372 ss.; DE LUCA: *Sull'invalidità del matrimonio civile per simulazione*. *Foro italiano*, 1950, I, págs. 1,393 ss.; BIANCO: *In torno a un caso di pretesa simulazione matrimoniale*. *Foro Padano*, 1949, I, 997. TOSETTO y MANESCALCZA: *In tema di impugnazione del matrimonio civile con speciale riguardo alla simulazione*. *Foro Padano*, 1950, I, pág. 349. *Idem*, id. nota a s. Trib. Florencia, 17 abril, 1950, *Foro Padano*, 1950, I, pág. 814; DEL BONO: *Simulazione del matrimonio civile*. *Riv. Trim. di Dir. e Procedura civile*, 1951, pág. 563. DE LUCA: *Sull'invalidità del matrimonio civile per simulazione*. *Foro italiano*, I, 1950, pág. 1,303 ss.

Con anterioridad a la celebración del matrimonio civil, los interesados habían depositado ante Notario, firmada por ambos, esta declaración: Supuesto que la señorita G., súbdita alemana, debe ir a Alemania para cumplir el servicio obligatorio del trabajo; que dada la actual situación quiere eximirse de tal obligación; que la única vía a tal fin es adquirir la ciudadanía italiana, lo cual sólo puede obtener de modo inmediato casándose con un ciudadano italiano; declaran que contraerán matrimonio civil..., pero que el consentimiento que darán formalmente al indicado matrimonio mira exclusivamente al objeto de hacer adquirir a la señorita G. la nacionalidad italiana para que quede exenta de la obligación del servicio del trabajo en Alemania; que, por tanto, el matrimonio que van a contraer es nulo y de ningún efecto por estar esencialmente viciado el consentimiento de los esposos, consentimiento que prestan no ya al fin del matrimonio mismo, sino para hacer adquirir aparentemente a la indicada señorita G. la ciudadanía italiana y con ello eximirse de la obligación de trabajo en Alemania; que en consecuencia se comprometen a ayudarse mutuamente para obtener la declaración de nulidad del mismo matrimonio tan pronto sea posible promover la relativa acción, sin oponer excepciones; que todos los gastos necesarios del presente documento y de la declaración de nulidad del matrimonio serán enteramente soportados por la señorita G., en cuyo exclusivo beneficio se celebra el matrimonio.

La sentencia de 7 de julio de 1949 estableció por su parte:

*Es nulo por simulación el matrimonio civil en el que el consentimiento de los esposos ha sido prestado ficticiamente. Por tanto, el matrimonio contraído en el sector soviético de Berlín en 1945 por un prisionero italiano y por una alemana, con el fin de evitar el peligro de un nuevo internamiento y de violencias por parte de las tropas rusas ocupantes, es nulo por simulación.*

El supuesto de hecho de esta sentencia se refleja con claridad de lo transcrito; sin embargo, lo que no aparece tan claro es que el matrimonio contraído por el ex prisionero italiano con una ciudadana alemana fuera idóneo para librarle de un nuevo internamiento por parte de las tropas de ocupación rusas.

Por último, la sentencia de 17 de abril de 1950 sentó la siguiente doctrina:

*El matrimonio contraído por poder por una ciudadana checoslovaca con un ciudadano italiano en 1949, a fin de obtener, con la adquisición de la ciudadanía italiana, el pasaporte para Italia, es nulo por simulación, por defecto absoluto de consentimiento en cuanto que la voluntad de los esposos no estaba dirigida a la creación del vínculo matrimonial.*

Los antecedentes del caso resuelto por esta sentencia son francamente novelescos. Los esposos Heidekmayer viven en Pilsen (Checoslovaquia) y con la llegada al poder de los comunistas temen violencias y persecuciones, por lo cual deciden expatriarse.

Ante las dificultades de lograr pasaporte, solicitan y obtienen en su país una sentencia de divorcio vincular; luego el marido logra pasar clandestinamente a Austria y la mujer contrae matrimonio por poder con un ciudadano italiano, lo cual le permite obtener pasaporte extranjero y salir de su país. En Italia solicita y obtiene la nulidad de este matrimonio por simulación del consentimiento, y reunida con su primer y único marido verdadero en Austria... vuelve a casarse con él civilmente.

4. *La doctrina italiana ante la nueva orientación jurisprudencial.*—¿Cómo reaccionó la doctrina ante el cambio de la jurisprudencia respecto de la admisibilidad y relevancia de la simulación en el matrimonio civil? Una parte se mostró en clara oposición reafirmando la tesis tradicional; otros autores admitieron francamente la relevancia del acuerdo simulatorio; otros, por último, manteniéndose firmes en la antigua doctrina, comprendieron la necesidad de dar alguno solución jurídica a estos casos, e inspirándose en las soluciones de la jurisprudencia suiza, belga y francesa, trataron de justificar las decisiones de los Tribunales italianos a través de nuevos caminos (la violencia moral, el estado de peligro, el negocio fiduciario).

SALVI (17), ante el caso presentado a un tribunal belga de la joven hebrea que durante la ocupación alemana y para huir de la deportación contrajo matrimonio exclusivamente civil con un asilado de sesenta y cinco años, reafirma la doctrina tradicional. Allí donde falta—dice—la exigencia de adhesión integral al principio voluntarístico, allí donde la declaración como fenómeno objetivo prevalece sobre el hecho subjetivo de la voluntad interna, la solución no puede ser la de nulidad de este matrimonio. Esto no obstante, expresa alguna duda sobre la aplicabilidad de la doctrina clásica sobre la simulación a los casos en que la celebración del matrimonio—como sucedía en éste—es un simulacro o una caricatura.

DEL BONO (18) critica la sentencia de 17 de abril de 1950, rebatiendo todos los fundamentos alegados para justificar esta decisión (violencia, estado de peligro, negocio fiduciario, simulación absoluta o relativa, condición o término), concluyendo que en las hipótesis en que se celebra el matrimonio únicamente por razones de conveniencia y sin la seria intención de establecer un vínculo conyugal (por ejemplo, para adquirir una ciudadanía, o una afinidad, o el derecho a una herencia), el derecho civil considera pleno y válido el consentimiento prestado. En tales hipótesis no es admisible la impugnación por simulación ni por violencia sobre el consentimiento. Se trata de matrimonios plenamente válidos sobre bases fiduciarias no tomados en considera-

(17) Loc. cit., págs. 1.000 ss.

(18) Loc. cit., págs. 566 ss.

ción por el derecho como figuras negociales autónomas. El matrimonio se funda sobre el principio de la formalidad del consentimiento y por ello es irrelevante la simulación.

BETTI (19) critica la orientación individualista de esta jurisprudencia que considera decisivo ver solamente lo que las partes habian en realidad querido. La simulación absoluta es posible y en ella las partes quieren el negocio, pero no en sí, en su causa típica, sino como medio para actuar un *fin que no es el suyo*. Pero carece de relevancia en el matrimonio civil porque este negocio concierne a una relación jurídica en la cual la exigencia de la reconocibilidad del acto constitutivo va a la par con el interés social en la certeza y estabilidad del vínculo conyugal. El matrimonio no puede ser empleado por las partes como un simple medio para conseguir un cambio de ciudadanía.

En la reimpresión corregida de la segunda edición de su *Teoria generale del negozio giuridico* reproduce y amplía estas ideas. Concediendo relevancia a la simulación, se desconoce el principio de la autorresponsabilidad privada y se ignora el aspecto social del problema. Se está en presencia no ya de un conflicto de intereses privados dominados por la libre disposición de las partes, sino de una relación orgánica destinada a la tutela del superior interés familiar al que deben subordinarse los intereses individuales de los participantes. En la jurisprudencia que hemos transcrito debe verse una decadencia social de la institución matrimonial más bien que la aplicación de un sano criterio jurídico. El tratamiento indulgente de la simulación y del *agere in fraudem legis* puede comprenderse bajo el aspecto del estado de necesidad por el cual aparecía indicado el recurso a la institución matrimonial, pero esto sólo hasta cierto punto y para quien se coloque en el punto de vista de los intereses individuales en juego. Para una visión más amplia y elevada que tenga en cuenta el orden social y la autorresponsabilidad individual, esto aparece desprovisto de una justificación adecuada. También es inadmisibles la doctrina del matrimonio fiduciario porque presupone una relación jurídica resoluble por iniciativa de las partes, como lo son, en general, las patrimoniales (20).

MESSINEO (21) dice que hay simulación total cuando precede un acuerdo simulatorio entre los contrayentes, pues si sólo se ha producido una declaración por separado de uno de ellos o de los dos, en el sentido de no querer contraer matrimonio, pero de participar en su celebración, se tendrá una reserva mental unilateral o bilateral. Debe negarse relevancia jurídica a la simulación total por ser el matrimonio civil un negocio jurídico de derecho fami-

(19) BETTI: *Rilevanza giuridica di una simulazione di matrimonio*. Giurprudenza italiana, 1951, I, 2, c. 232 ss.

(20) BETTI: *Teoria generale del negozio giuridico*<sup>2</sup> (reimpresión). Torino, 1952, pág. 413 ss. y nota 27.

(21) MESSINEO: *Manuale*<sup>8</sup>, Milano, 1952, II-1.º, pág. 65 ss.

liar en el que interviene el oficial del estado civil (para recoger las declaraciones y no para *participar* en ellas) imprimiendo el carácter de acto público a la celebración, lo cual anula el acuerdo simulatorio; además las declaraciones de voluntad de los esposos están *dirigidas* al oficial del estado civil, y éste no siendo parte, debe considerarse tercero; respecto de él, la ignorancia del acuerdo simulatorio lo hace irrelevante e inidóneo para neutralizar las declaraciones de los esposos de quererse tomar, respectivamente, por marido y mujer. La simulación parcial consiste en el hecho de que ambos esposos no quieren uno o varios de los caracteres esenciales del matrimonio, tanto en el supuesto de que esto se configure como una condición o constituya el contenido de un acuerdo simulatorio, el resultado es siempre la irrelevancia jurídica.

GANGI (22) cree que no existe falta de consentimiento en el caso de simulación, ya que la solemnidad de la forma en la celebración ha sido impuesta para la certeza y seguridad del matrimonio; si se admitiera tal recurso podría fácilmente burlarse el principio de la indisolubilidad. El matrimonio es un contrato en cuya formación domina el interés público. El consentimiento de los esposos, aun siendo un elemento constitutivo esencial, no es exclusivo; otro elemento constitutivo es la declaración del oficial. Los matrimonios declarados nulos por simulación lo han sido por razones de equidad y humanidad, pero la opinión preferible es la de considerarlos válidos con todos los efectos.

Otros autores, como dijimos, se adhirieron a la nueva tendencia. Así DE LUCA (22 bis), comentando las sentencias del Tribunal de Florencia y del Tribunal de Mondovì, observa, justamente, que el problema de la relevancia, o no, de la simulación en el matrimonio civil no se presenta directa e inseparablemente ligado al de la naturaleza del matrimonio, ya que a la misma conclusión negativa llegan autores que parten de concepciones diversas acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio civil y de una diversa configuración de las relaciones entre la manifestación de voluntad de los esposos y la declaración del oficial del estado civil. Las decisiones comentadas significan una reafirmación de la concepción privatística del matrimonio respecto de la publicística y el reconocimiento del valor que en el matrimonio debe ser atribuido a la voluntad de las partes, al menos en el momento formativo del vínculo. En su opinión, deben aceptarse plenamente las sentencias comentadas. Solución contraria debe darse a la posibilidad de hacer valer en el ordenamiento italiano la reserva mental y lo que los canonistas suelen calificar de simulación parcial; mientras que los autores del matrimonio simulado quieren realizar solamente una apariencia de matrimonio, quienes simulan parcialmente el matri-

---

(22) GANGI: *Il matrimonio*<sup>3</sup>, Milano, 1953, págs. 75 ss.

(22 bis) Loc. cit., pág. 1.305.

monio quieren dar vida a un efectivo vínculo matrimonial, si bien con la intención de deformar la estructura típica del negocio matrimonial para adecuarlo a sus intereses e ideas.

JEMOLO había disentido siempre de la opinión tradicional en esta materia, y después del cambio de orientación de la jurisprudencia—que como luego veremos sólo ha sido transitorio—mantiene lógicamente su opinión. Podemos resumirla así: el matrimonio es un negocio jurídico bilateral *sui generis*; nadie puede ligarse con un vínculo matrimonial en el que no haya concurrido su voluntad; no hay consentimiento ni matrimonio cuando el consentimiento se ha manifestado *ludendi causa* o como medio para cometer una estafa o para consentir una expatriación, y tampoco cuando se ignoraba la esencia del instituto matrimonial; se trata de casos—a excepción del último—en los que la manifestación del consentimiento es una fase, un momento, incluido en otra serie de hechos que tienen su propia conexión lógica y su propia unidad (apuesta, burla, fraude). Estas soluciones no pueden tener en el terreno práctico ninguna consecuencia alarmante; la carga de la prueba pesará sobre quien quiera afirmar que no hubo consentimiento, lo cual sólo podrá sostenerse en un número exiguo y excepcional de casos; no será ésta la vía para escapar a la indisolubilidad del vínculo; la más rígida custodia del principio de la indisolubilidad, la Iglesia, no ha temido nunca debilitarlo concediendo todo su valor al elemento consentimiento. No parece admisible ver en el oficial del estado civil, ya sea un sujeto que tiene la misma importancia que los contrayentes, ya el sujeto preeminente de la relación. No parece admisible el recurso al instituto de la responsabilidad que sustituye al consentimiento, por tener un valor limitado al campo de las relaciones económicas y por ser absurdo hacer intervenir a dicho principio contra la voluntad de las dos partes. Desconocer la naturaleza contractual del matrimonio es ir contra la tradición milenaria de la institución. Aunque se invoque el interés público que sirve de base al matrimonio no es posible olvidar que, frente a él, el legislador usa el tratamiento que emplea frente a las instituciones de derecho privado. Mientras el Estado deje libres a los ciudadanos para contraer o no matrimonio y para contraerlo con quien prefieran, en la edad que les acomode, no responderá al derecho positivo el decir que se excluye todo reconocimiento del interés individual. Mientras se exija la voluntad de las partes para que se forme el matrimonio, será necesario que esa voluntad exista; y no se puede decir que no importa que no exista, que basta su apariencia, si no se encuentra la regla de derecho que establezca esa ficción (23).

BIGLAVI (24), comentando la sentencia de 29 de mayo de 1946, justifica la desviación de la doctrina tradicional, pero no ofrece nin-

(23) JEMOLO: *Obra cit.*, págs. 138 ss.

(24) *Loc. cit.*, págs. 360 ss.

gún fundamento de esa desviación; en otro lugar (25), en una breve nota titulada «Matrimonios ficticios y abuso de derecho», recoge algunos casos presentados ante los Tribunales suizos.

Entre los autores que manteniendo firme la irrelevancia de la simulación han tratado de encontrar otro fundamento a las citadas decisiones de los tribunales italianos, podemos mencionar a CARRESI (25 bis), TOSETTO y MANESCALCHI (26) y GRASSETTI (27).

Considera CARRESI que si se atribuye relevancia a un acuerdo simulatorio entre los cónyuges, se acaba prácticamente por destruir el principio de la indisolubilidad del matrimonio. Reconocida tal eficacia al acuerdo simulatorio en los casos de estas sentencias, también hay que reconocérsela en el caso de una mujer que se decidiera a casarse con el propio seductor para eludir la reprobación social o por escrúpulo de conciencia; pero, en realidad sin proponerse considerarlo como marido. Así, de caso en caso, debería considerarse nulo cualquier matrimonio aun por los motivos más fútiles. Rechazada la admisibilidad de la simulación, cabe encontrar otro fundamento a las decisiones indicadas. Si las circunstancias objetivas son verdaderamente tales que crean para el individuo un estado de peligro para huir del cual el matrimonio aparece como la única vía de salvación, este matrimonio debe ser declarado nulo, aunque el otro cónyuge no haya participado del propósito del primero con tal que sea conocedor de la existencia del estado de peligro. Quien celebra un matrimonio para huir de una grave limitación de la libertad personal o de la muerte no simula nada—asi como nada simula el pasajero que durante un naufragio promete todos sus haberes al marinero para que le salve la vida—, sino que realiza simplemente un acto jurídico (aquí una donación, allí un matrimonio) dirigido a la propia conservación personal. Estos actos, cuando se conoce por el destinatario el estado de peligro en que se halla la otra parte, no engendran lógicamente ninguna expectativa; pero aunque tal expectativa surja, no pueden merecer tutela por parte del ordenamiento jurídico y debe sacrificarse a la exigencia del cónyuge que ha sido inducido al matrimonio por la previsión del grave peligro a su integridad física. El principio de la conservación del negocio y el de la indisolubilidad del matrimonio deben ceder ante un principio más alto: el de que en la duda prevalece siempre la libertad.

TOSETTO y MANESCALCHI apuntan la posibilidad de encuadrar estos casos bajo la figura de la violencia moral por la existencia de una amenaza implícita. En otro artículo posterior, comentando la sentencia del Tribunal de Florencia, expresan su temor de que

---

(25) BIGIARI: *Matrimoni fittizi e abuso di diritto*. Riv. Trim. di Dir. e Procedura civile, 1950, pág. 169.

(25 bis) Loc. cit., págs. 374 ss.

(26) Loc. cit., págs. 396 ss.

(27) GRASSETTI: *Il matrimonio fiduciario*. Temi, 1951, 325. Este trabajo figura también en *Studi in onore di A. Cicu*, vol. II. Milano, 1951, págs. 573 ss.

se haya abierto una brecha en el principio de la indisolubilidad matrimonial. «El matrimonio—escriben (28)—es institución de derecho privado, y en la base del mismo está el consentimiento; pero es preciso distinguir entre el consentimiento efectivo, es decir, la correspondencia de la declaración con el querer interno y la capacidad para el consentimiento válido; sólo la última se requiere para el matrimonio bajo pena de nulidad; hay presunción *iuris et de iure* de que la declaración emitida corresponde a la voluntad, y si hay divergencia, la *responsabilidad* del o de los declarantes suple a la voluntad que falta.»

El esfuerzo más serio de configurar dogmáticamente, fuera del ámbito de la simulación, los supuestos de hecho contemplados por la jurisprudencia italiana en las indicadas sentencias, corresponde a GRASSETTI. Este autor ha construido la doctrina del negocio fiduciario en general (29), admitida ya por la doctrina (30), y después la ha aplicado al negocio jurídico matrimonial. Su construcción ha sido aceptada por FINOCCHIARO (31).

Sostiene GRASSETTI la irrelevancia del acuerdo simulatorio en el matrimonio civil; la validez del matrimonio contraído en tales situaciones puede concebirse como un peculiar efecto sancionatorio de la violación del principio de la autorresponsabilidad privada que no se toma en consideración en el Derecho canónico (32). Pero hay un problema previo; los hechos sometidos a los Tribunales italianos no constituían casos de simulación, sino que se trataba de matrimonios fiduciarios. En estos matrimonios los interesados «quieren contraer el vínculo, pero como *medio a un fin no realizable de otro modo*, y al mismo tiempo como *vínculo temporal*. Se acuerda entre las partes que cada una de ellas no hará de la cualidad jurídica adquirida con el consentimiento de la otra—estado de cónyuge—un uso que esté en contraste con las limitadas finalidades de aquella atribución. Es cierto que el poder así conferido por el otro cónyuge, el *können*, es más amplio que el *dürfen*; pero del real comportamiento de la contraparte se espera que el uso de sus poderes corresponda al fin perseguido. Una vez cesado el peligro, conseguida la finalidad práctica, el medio deberá ser, en el propósito de las partes, abandonado como superfluo y gravoso».

En la primera fase del matrimonio fiduciario, el ordenamiento jurídico no reacciona ante la posible utilización abusiva de la potestad por el otro cónyuge, y ello es consecuencia de la natu-

(28) TOSETTO y MANESCALCHI: *Ancora della simulazione nel matrimonio*. Foro Padano, 1950, págs. 816 ss.

(29) GRASSETTI: *Del negozio fiduciario*. Riv. di Dir. Com. 1936, I, páginas 345 ss.

(30) MESSINEO: *Dottrina generale del contratto*<sup>3</sup>. Milán, 1948, pág. 338 y nota 71.

(31) FINOCCHIARO: *In tema di validità del matrimonio civile e di ritevanza del matrimonio canonico* (Jurisprudenza del anno 1951). Il Diritto Ecclesiastico, 1952, II, pág. 94.

(32) Loc. cit. pág. 335.

raleza fiduciaria del negocio, ya que las partes se han confiado a la *fides* recíproca y no pueden esperar la tutela legal para la realización de sus propósitos. Pero en la segunda fase debe precederse a la anulación del matrimonio cuando se demuestren las circunstancias de hecho en que se concluyó el pacto y el efectivo y pleno cumplimiento del mismo por parte de los esposos (33).

Se impone una valoración del propósito fiduciario «caso por caso a la luz de la situación de hecho; dicho propósito aparecerá no indigno de tutela cuando represente la eliminación de situaciones injustas, la realización de un elevado fin de solidaridad humana y social» (34).

5. *Retorno de la jurisprudencia de la tesis clásica.*—Pero después de la sentencia del Tribunal de Florencia de 17 de abril de 1950 que antes hemos citado, la jurisprudencia italiana ha cambiado nuevamente de opinión en la materia; con alguna timidez—acaso porque la demanda no estaba planteada con claridad—en la sentencia del Tribunal de Milán de 4 de enero de 1951, y de modo decidido en las sentencias del Tribunal de Roma de 6 de febrero de 1951 y del Tribunal de Turín de 26 de abril de 1952.

El Tribunal de Milán declaró:

*La reserva mental de uno de los esposos no constituye causa de nulidad del matrimonio.*

Se trataba de un matrimonio entre un italiano y una rusa, y la mujer se negaba a cumplir los deberes conyugales; el marido invocó la simulación y el error, rechazando el Tribunal ambas causas de nulidad (35).

Según el Tribunal de Roma:

*El matrimonio que una súbdita polaca contrajo con un italiano residente en Varsovia, al solo fin de sustraerse a las violencias y persecuciones amenazadas por el Gobierno comunista de aquel país, sin propósito serio de unirse compartido por la otra parte, no puede ser declarado nulo por simulación o ausencia de causa, ni anulado por violencia.*

Los esposos se conocieron en Varsovia en el período de la gradual instauración del comunismo en Polonia; la esposa era hija de un oficial polaco deportado por sus sentimiento nacionalista a Siberia, en donde murió, y de una señora distinguida, muerta en los bombardeos. La Policía pretendió que suministrara informaciones secretas de los ambientes que frecuentaba. Ella, de acuerdo con el personal de la Embajada italiana, trató de burlarla. Disuelto el partido socialista, se inicia una nueva serie de persecuciones, y la situación de ella cada vez es más alarmante; así se acordó celebrar matrimonio—exclusivamente civil—el 18 de junio de 1949 en Milanovek, después de entregar al esposo

(33) Loc. cit. pág. 336.

(34) Loc. cit. pág. 337.

(35) Breve comentario de FINOCCHIARO, loc. cit., pág. 93

una declaración autenticada por la embajada italiana de que el matrimonio entre ambos tenía la única finalidad de permitirle expatriarse y, por tanto, no supondría ninguna obligación moral ni jurídica por parte de él, debiéndose declarar nulo una vez que estuviera en Italia; en efecto, los cónyuges no han vivido juntos ni en Polonia ni en Italia (36).

Por su parte, el Tribunal de Turin, en la mencionada sentencia, estableció:

*El matrimonio civil no es impugnabile por simulación.*

En los considerandos se dice: «El matrimonio civil por aquel espíritu publicístico de que está impregnada su disciplina no puede ser considerado como un contrato en el mismo plano que los de contenido patrimonial, y lo que mejor se adapta a la institución es la definición de negocio jurídico complejo en el que la voluntad de los cónyuges concurre con la del Estado; aparece, por tanto, como irrelevante el acuerdo simulatorio de los primeros cuando sin reservas han manifestado formalmente su consentimiento al oficial del estado civil, el cual no es partícipe de la simulación. El principio de la indisolubilidad del vínculo colocado en la base de la institución matrimonial en el ordenamiento patrio y la calidad de derechos indisponibles por su naturaleza que forman su objeto hacen que el vínculo mismo esté sustraído a la libre disponibilidad de los esposos, lo cual no podría verificarse cuando se admitiera la relevancia de elementos psicológicos en contraste con la voluntad aparente, como la reserva mental bilateral o la simulación absoluta o relativa, cómodamente reparadoras, mantenidas en el consentimiento formalmente manifestado.»

A la vista de esta jurisprudencia hay que reconocer que ha tenido mayor influjo la doctrina de los que sostenían la irrelevancia de la simulación en el matrimonio civil. Sin embargo, no nos parece totalmente inútil el esfuerzo doctrinal de quienes intentaron fundamentar las decisiones jurisprudenciales de la tendencia «desviacionista» que hubo de enfrentarse con supuestos de hecho ciertamente extraordinarios y anómalos, pero de cuya irrepetibilidad no podemos estar, desgraciadamente, seguros.

6. *A modo de conclusiones.* — Esta nota informativa debería, en realidad, cerrarse aquí sin adiciones por nuestra parte. Sin embargo, nos parece de algún provecho extraer conclusiones.

El paréntesis abierto en la orientación jurisprudencial con la sentencia de 1946 parece definitivamente cerrado, pues no hay posibilidad de que la Casación acoja la tesis favorable a la admisibilidad y relevancia de la simulación en el matrimonio civil.

La casuística matrimonial civil se ha enriquecido con supuestos-límite realmente interesantes: matrimonios celebrados para

(36) Vid. el comentario de BETTI, cit. en *Giurisprudenza italiana*, 1951. I. 2. c., 231 ss.

eludir la ley del servicio obligatorio del trabajo para la mujer, para salvarse de una deportación, para eludir un nuevo internamiento en un campo de prisioneros, para expatriarse, para escapar de una persecución política o racial, para obtener un pasaporte o un visado de entrada en un país. En realidad, en la mayoría de los casos enumerados, los interesados, con la celebración del matrimonio, pretenden solamente la adquisición de una nacionalidad por parte de la mujer. Pero es obvio que la lista de finalidades específicas puede alargarse ilimitadamente: la obtención de un ascenso o un nombramiento (bajo el régimen fascista), la dispensa del servicio militar, el perdón en los delitos contra la honestidad, el cumplimiento de una condición impuesta a una herencia o a un legado, la exención de ciertos impuestos, la obtención de los beneficios que una determinada legislación laboral concede a los casados, la adquisición de un parentesco familiar al que esté vinculado el disfrute de ventajas en la legislación arrendaticia rústica o urbana, etc.

La terminología utilizada no resalta por su precisión, pues se habla de matrimonios simulados, en estado de peligro, ficticios, con abuso de derecho, en fraude de ley, indirectos, fiduciarios, aparentes, anormales, irregulares.

El esfuerzo de GRASSETTI por incluir a estos casos en la teoría del negocio fiduciario no parece que esté destinado a tener éxito dada la dificultad de admitir en el matrimonio civil esa figura. Queda siempre en pie la vieja cuestión de la admisibilidad y relevancia de la simulación en el matrimonio civil, íntimamente relacionada con la concepción que se tenga de la naturaleza jurídica del matrimonio y de la función del consentimiento en la formación del mismo. En Italia, la tesis de los antiguos y aislados defensores de la solución positiva han visto reforzada su postura con la disolución doctrinal que la jurisprudencia desviacionista ha provocado.

