

Matrimonio

Celebrado en consulado extranjero: inexistencia. Sucesión: derechos hereditarios.

- CNCiv., Sala C, 8/2/2012, "W., A. y K., D. s/ sucesión ab-intestato". (Publicado en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, año L, n° 12978, 17/4/2012, fallo 57253).

1. — Corresponde revocar la decisión del magistrado de la anterior instancia que declaró única y universal heredera, en su carácter de cónyuge supérstite, a quien alegó haber contraído nupcias con el causante con arreglo a las leyes de un país extranjero en la sección consular de la embajada de dicho Estado en nuestro país, pues el matrimonio celebrado no puede ser reconocido como tal, atento a que se realizó sin sujeción a la normativa que rige en la República Argentina.

2. — En las formalidades que se imponen a la celebración del matrimonio, la intervención del oficial público asume un carácter peculiar y trascendente muy diferente del que corresponde a un escribano público o al propio jefe del Registro Civil; en efecto, en la celebración, el oficial público interviene activamente, integrando el acto con su actuación, ya que es él quien pronuncia en nombre de la ley que los contrayentes quedan unidos en matrimonio, constituyendo, por lo tanto, un elemento esencial sin el cual el acto simplemente no existe.

Eficacia del matrimonio consular*

Agustín Sojo¹

Sumario: 1. Hechos. 2. Las ineficacias matrimoniales. 3. Requisitos de existencia del matrimonio. 4. El rol del oficial público en la celebración del matrimonio. 5. La posesión de estado y los vicios formales. 6. Conclusiones.

1. Hechos

Una señora casada con el causante en el consulado de Ucrania en Buenos Aires fue declarada heredera. La hermana del causante apeló, cuestionando la existencia del matrimonio por no haberse celebrado ante el oficial del Registro Civil. La Cámara hace lugar a la apelación y declara heredera a la hermana.

2. Las ineficacias matrimoniales

En nuestro país, un matrimonio puede resultar ineficaz por inexistencia o por nulidad. Son inexistentes aquellos matrimonios que carecen de alguno de los elementos esenciales, a saber: consentimiento y presencia del oficial público. Son anulables aquellos matrimonios celebrados con algún impedimento dirimente. Se consideran tales los impedimentos de parentesco, ligamen, crimen, edad y los vicios del consentimiento según las características que la ley contempla en cada uno de estos casos.

En el caso concreto, no se anula el matrimonio, sino que se lo declara inexistente por no haberse celebrado ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Para llegar a esta conclusión, se cita el artículo 159 del Código Civil, que dispone que “las condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas del matrimonio se rigen por el derecho del lugar de celebración”. Más allá de que la norma habla de validez –y no de existencia–, extiende su interpretación a la existencia del matrimonio, entendiendo así que los requisitos de existencia se rigen por la ley del lugar de celebración. Los repertorios de jurisprudencia demuestran que existen numerosos casos resueltos de esta misma forma.

* Publicado en en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, año XLIX, n° 12722, 16/6/2011, pp. 1-2).

1. Abogado (UCA), especialista en derecho de familia (UBA); licenciado en Administración de Empresas (UCA), docente de Familia y Sucesiones (UCA, UBA y UCES).

Así, se decide aplicarle la ley argentina sobre existencia del matrimonio al matrimonio celebrado en el consulado de Ucrania. La interpretación no es equivocada, como tampoco excluyente. Es que, si bien es indudable que en los consulados extranjeros en Buenos Aires debe respetarse la ley argentina, también es posible que rija en ellos algún otro tipo de norma. Así, por ejemplo, la Convención de Viena sobre relaciones consulares, del 24/4/1963, contempla dentro de las funciones consulares la de

... actuar en calidad de notario, en la de funcionario de registro civil, y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor.

3. Requisitos de existencia del matrimonio

Desde la reforma del año 2011, nuestra legislación contempla dos requisitos de existencia: uno es el consentimiento y el otro es la presencia del oficial público. Es pacífica la doctrina y jurisprudencia que entiende que la presencia del oficial público en el acto de expresión del consentimiento matrimonial hace a la existencia del matrimonio.

Sin embargo, ello no significa que siempre que esté ausente el oficial público podamos declarar inexistente el matrimonio. En este sentido, el segundo párrafo del artículo 196 del Código Civil regula la celebración extraordinaria del matrimonio, el cual se podría celebrar sin la presencia del oficial público. Este caso de matrimonio que sólo exige el consentimiento nada tiene que ver con el que se declaró inexistente en la sentencia; sin embargo, demuestra que podría haber matrimonio sin la presencia del oficial público.

4. El rol del oficial público en la celebración del matrimonio

El fallo comentado explica que

... la intervención del oficial público asume en este caso un carácter peculiar y trascendente muy diferente de la que corresponde a un escribano público o al propio jefe del Registro Civil; en

efecto, en la celebración el oficial público interviene activamente, integrando el acto con su actuación, pues es él quien pronuncia en nombre de la ley que los contrayentes quedan unidos en matrimonio; es, por tanto, un elemento esencial, sin el cual el acto simplemente no existe.

Mazzinghi² explica que antes del Concilio de Trento la Iglesia reconocía los matrimonios celebrados sin solemnidad alguna, pero que a partir del Concilio el matrimonio fue revestido de ciertas solemnidades, entre ellas, la presencia del sacerdote. Contrariamente a lo que dice el fallo comentado que es la función del oficial público, el sacerdote de la Iglesia Católica Apostólica Romana no es más que un testigo de un acto que es realizado por los propios contrayentes. Esta es una de las grandes diferencias con la Iglesia Ortodoxa, en la cual el sacerdote es quien une a los esposos. Es difícil pensar que los ortodoxos pudieron haber influenciado en nuestra regulación del matrimonio civil, que se formó a partir del derecho canónico de nuestra Iglesia.

Por ello, coincidimos³ en señalar que

... la función que cumple el oficial público al concurrir a la celebración del matrimonio es similar a la del escribano en los actos respecto de los cuales la escritura pública tiene el carácter de forma solemne.

5. La posesión de estado y los vicios formales

El artículo 197 del Código Civil establece que

cuando hay posesión de estado y existe el acta de celebración del matrimonio, la inobservancia de las formalidades prescriptas no podrá ser alegada contra su existencia.

Esta norma, rara vez aplicada, tiene bastante historia. El artículo 179 del Código Civil redactado por Vélez establecía que, si no existían registros de matrimonio o no podían presentarse por haber sido celebrados en países distantes, el matrimonio podía probarse por los hechos que demostraran que marido y mujer se habían “tratado siempre como tales y que así eran reconocidos en la sociedad y en las respectivas familias, y también por cualquier otro género de prueba”. Esta norma era criticada porque

2. MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de derecho de familia*, Buenos Aires, La Ley, 2007, t. 1, pp. 201 y ss.

3. Ídem, p. 206.

podía dar a pensar que el simple concubinato podía ser equiparado al matrimonio. Sin embargo, esta interpretación no fue recibida por la jurisprudencia.

Con la Ley 2393, el artículo 101 de la Ley de Matrimonio Civil pasó a decir: “Cuando hay posesión de estado y existe el acta de la celebración del matrimonio, la inobservancia de las formalidades prescriptas no podrá ser alegada contra su validez”.

Belluscio⁴ criticaba esta norma, señalando que el incumplimiento de las formalidades del acta no acarrea la nulidad del matrimonio en ningún supuesto, ya que no se había contemplado en nuestra legislación la nulidad del matrimonio por vicios formales. Desde este punto de vista, la única interpretación posible sería que la disposición sólo sería aplicable cuando tales vicios formales pudieran poner en duda la existencia del matrimonio y no su validez, supuesto que se daría, entre otros ejemplos, cuando a falta de firma del oficial público no se puede establecer si el consentimiento fue otorgado ante él o si simplemente se llenó el acta y se firmó sin su presencia ni conocimiento. Es difícil encontrar algún autor que no cite esta crítica como antecedente de la reforma que hace la Ley 23.515, mediante la cual se reproduce el artículo 101 de la Ley 2393 en el artículo 197 del Código Civil, reemplazando la palabra *validez* por *existencia*.

Aun así, luego de la Ley 23.515 la doctrina no parece reconocerle un alcance tan amplio como el que permitía Belluscio. En este sentido, Borda⁵ señala que el artículo 197 se refiere a la inobservancia de las formas prescriptas por el artículo 191, que indica los requisitos que debe contener el acta de matrimonio. Zannoni⁶ dice que la posesión de estado purga los vicios del acta de celebración del matrimonio. Vidal Taquini⁷ hace una amplia enunciación de los requisitos que podría purgar la posesión de estado, entre los cuales no menciona la ausencia del oficial público ni ningún supuesto que podría tornar ineficaz el matrimonio.

Por su parte, Mazzinghi⁸ explica que la norma no aporta nada y que sería mejor suprimirla. Sin embargo, Méndez Costa y D'Antonio⁹ señalan que

... los únicos requisitos formales cuyo incumplimiento acarrea la inexistencia del matrimonio son los del art. 172: la no presencia de la autoridad competente y la expresión no personal del consentimiento. Éstos son los únicos que pueden salvarse por la po-

4. BELLUSCIO, Augusto C., *Derecho de familia*, Buenos Aires, Depalma, 1974, pp. 620-621.

5. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derecho de familia*, Buenos Aires, La Ley, 2008, t. 1, p. 135.

6. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 1998, t. 1, p. 320.

7. VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Matrimonio civil*, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 206.

8. MAZZINGHI, Jorge A., ob. cit. (cfr. nota 2), p. 240.

9. D'ANTONIO, Daniel H. y MÉNDEZ COSTA, María J., *Derecho de familia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, t. 1, p. 300.

sesión de estado de cónyuge, los otros vicios o defectos de forma son intrascendentes porque no justifican ni siquiera la anulación del vínculo.

El anteproyecto de reforma del Código Civil mantiene una mención similar a la del artículo 197 en el artículo 423 e incorpora, además, el artículo 407, según el cual

... la existencia del matrimonio no resulta afectada por la incompetencia o falta de nombramiento legítimo de la autoridad para celebrarlo, siempre que al menos uno de los cónyuges hubiera procedido de buena fe, y aquellos ejercieran sus funciones públicamente.

Con ello, se crea una distinción entre la ausencia del oficial público y la presencia de un funcionario público incompetente, algo que no parece tan claro en el fallo comentado.

6. Conclusiones

Durante muchos años ha existido un derecho de familia regulado solemnemente por la ley, en el cual el orden público vino a jugar un rol principal. Sin embargo, de a poco se va abriendo paso un derecho de familia que, más que crear las relaciones familiares, se preocupa por reconocerlas y protegerlas. Aparecen familias allí donde nunca se había admitido su existencia. El derecho a la vida familiar reconocido por los tribunales internacionales suele identificarse más con los hechos que con las formas en que se constituye la familia. Frente a estos avances, es difícil admitir que un acto matrimonial que podría haberse celebrado válidamente en cualquier lugar del mundo resulte inexistente porque el funcionario que lo celebró podría no tener competencia en nuestro país. Dos extranjeros que viven en nuestro país deberían tener el derecho a contraer matrimonio frente al funcionario público que habla su mismo idioma y conoce mejor sus costumbres. En ello no hay fraude ni inmoralidad alguna.