

## Capítulo IV

### CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL. DILIGENCIAS PREVIAS. OPOSICION. CELEBRACION. PRUEBA

por SARA NOEMI CADOCHE DE AZVALINSKY

A. CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL	
I. Requisitos .....	183
II. Exclusión de modalidades .....	184
III. Vicios del consentimiento .....	185
B. MATRIMONIO ENTRE AUSENTES. ESPECIES .....	189
C. DILIGENCIAS PREVIAS .....	193
D. OPOSICION	
I. Oposición y denuncia. Concepto. Causales .....	196
II. Sujetos legitimados .....	197
III. Oportunidad. Sustanciación. Efectos .....	198
IV. Responsabilidades .....	199
V. Oposición al matrimonio de menores de edad .....	199
VI. Oposición al matrimonio de sordomudos .....	201
E. CELEBRACION	
I. Autoridad competente. Lugar de celebración .....	202
II. Formalidades del acto .....	202
III. Matrimonio in extremis .....	204
F. PRUEBA	
I. Prueba de matrimonios celebrados antes o después de la ley de matrimonio civil. Distintos casos .....	207
II. La posesión de estado y la prueba del matrimonio .....	211
III. Matrimonios celebrados en el extranjero .....	213

**SARA NOEMI CADOCHÉ DE AZVALINSKY**

**Capítulo IV**

**CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL  
DILIGENCIAS PREVIAS - OPOSICION  
CELEBRACION - PRUEBA**

## A. CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

### I. Requisitos.

Al abordar este tema, se hace necesario volver a la distinción entre matrimonio - acto y matrimonio - estado, ya que sólo podemos hablar de consentimiento matrimonial en el momento de la celebración del matrimonio.

Es en el matrimonio considerado como acto jurídico familiar donde la ley se ocupa con suma precisión de marcar los requisitos indispensables para que nazca a la vida jurídica esta básica institución social.

El artículo 14 de la ley 2393 fulmina con la sanción de *inexistencia* al matrimonio celebrado *sin* consentimiento de los contrayentes o *no expresado* ante el oficial público encargado del Registro Civil. Es la ausencia de consentimiento o su falta de expresión ante la autoridad competente que marca la ley lo que acarrea como consecuencia necesaria "la inexistencia del matrimonio".

Tan severa sanción, que implica emplazar a los pretendidos cónyuges en la calidad de concubinos y a su prole en el estado de hijos extramatrimoniales, sólo encuentra su fundamento en la seguridad que el Estado otorga a la institución del matrimonio, respaldándola con toda la protección legal, siempre que pueda tenerse la certeza de su celebración.

La *expresión* del consentimiento *frente* al delegado del Estado autorizado para ello, configuran los elementos fundamentales para la celebración del matrimonio. A lo que agregamos, por interpretación unánime de la doctrina y jurisprudencia, el requisito de la di-

versidad de sexos, que se encuentra implícito en la expresión “los contrayentes” del artículo comentado. Y ello porque ninguna duda cabe luego de la lectura del resto de la ley 2393 (“el marido está obligado a vivir en una misma casa con su mujer” - art. 51; “el marido que hubiere dado causa al divorcio debe contribuir a la subsistencia de la mujer” - art. 79; “la ley presume la reconciliación cuando el marido cohabita con la mujer” - art. 71; etc.), amén de las reconocidas pautas que rigen la moral y naturaleza humanas.

La ley argentina, reacia a la incursión en el tema de inexistencia de los actos jurídicos, es en este caso explícita y decidida, y no deja lugar a dudas de cuál es la consecuencia de la violación al artículo 14.

## II. Exclusión de modalidades.

El consentimiento matrimonial sólo puede ser puro y simple. Con una redacción y ubicación poco felices —ya que no menciona al cargo y está fuera del capítulo IV de la ley— el artículo 44 de la ley 2393 no admite la imposición de modalidades al consentimiento matrimonial.

Pero no establece cuál es la sanción en caso de violarse la norma, lo cual ha dado lugar a la propuesta de distintas consecuencias dentro de la doctrina:

- a) Para algunos, y por aplicación del artículo 530 del Código Civil, el acto mismo —matrimonio— sería nulo (Borda, Lafaille);
- b) Para otros, y por aplicación específica de los artículos 84 y 85 de la ley 2393, sería nula la modalidad y válido el acto (Belluscio, Spota); y
- c) Para una tercera posición planteada por el doctor Mazzinghi, si la condición es suspensiva el acto es nulo por no haber consentimiento al tiempo de su celebración, pero es en cambio válido el matrimonio y nula la condición si ésta es resolutoria: existe consentimiento al tiempo de la celebración del acto, pero la condición debe anularse porque no pueden las partes acordar la disolución del vínculo.

### III. Vicios del consentimiento.

Cuando el consentimiento matrimonial ha sido expresado ante la autoridad competente, la ley presume que hay total coincidencia entre el acto querido y la voluntad expresada, entre el pensamiento y la palabra, y admite únicamente como excepciones los supuestos del artículo 16 de la ley 2393.

Ello significa:

- 1º) Que habiendo manifestación de consentimiento y presencia en el mismo acto de la autoridad competente para celebrar matrimonios, ya es imposible hablar de inexistencia del matrimonio.
- 2º) Que se presume la concordancia entre lo querido y lo manifestado por cada contrayente; y
- 3º) Que los únicos vicios de consentimiento matrimonial cuya demostración admite la ley son los mencionados en el citado artículo 16.

Los vicios del consentimiento matrimonial pueden provocar una declaración de nulidad del acto, con lo que va dicho que así como la ausencia de todo consentimiento lleva a la inexistencia, la expresión viciada del consentimiento conduce a la nulidad del mismo (art. 85, inc. 3º de la ley 2393). Dos problemas conexos en toda la temática legal y doctrinaria argentinas, que sin embargo en materia matrimonial encuentran sus cauces definidos y distintos. Los efectos, en uno y otro caso, son por tanto bien dispares. Mientras en uno de ellos simplemente no podemos hallar ninguno ya que el acto no existe para la legislación: "El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles, aun cuando las partes tuviesen buena fe" (art. 14, in fine), en el otro —la nulidad—, los efectos pueden ser muy diversos según haya mediado buena o mala fe en uno o en ambos contrayentes, tema que por su frondosidad sólo planteamos, quedando desde luego su desarrollo para el capítulo respectivo de esta obra.

Entrando al análisis de los vicios admitidos en el artículo 16, debemos distinguir:

1. En cuanto a la *violencia* y el *dolo*, nos remitimos a las normas del Código Civil en su libro 2º cuando tipifica ambas figuras

en sus capítulos II y III de la Segunda Sección. Con excepción del artículo 934 que no resulta aplicable a la institución del matrimonio, donde sólo nos ocupamos del dolo *determinante* y *esencial*, que lleva a la nulidad del acto.

La violencia física o fuerza irresistible como vicio del consentimiento matrimonial, es un supuesto que muy difícilmente se dé en los hechos desde que el acto requiere la presencia de un funcionario público, y habría que demostrar también su complicidad al permitir la celebración del matrimonio mediando semejante circunstancia. Por lo que en la práctica, el supuesto se ve reducido a los casos de violencia moral o intimidación con entidad tal que, de no haber existido, el acto no se hubiera celebrado.

La misma cualidad *determinante* debe revestir el dolo como vicio del consentimiento matrimonial. Perpetrado por uno de los contrayentes o incluso por un extraño, y versando sobre cualidades *esenciales* de la persona del otro, debe tener —sea mediante la forma de acción o de omisión dolosa— el carácter de determinante del consentimiento, que de otro modo no se hubiera otorgado.

Los anales de jurisprudencia argentina registran un interesante caso de dolo versado sobre distintos aspectos de la personalidad del novio, que considerados aisladamente no revestían cada uno de ellos el carácter de esencial, pero que reunidos, configuraron un verdadero supuesto de dolo "*plural*" —como lo calificó el doctor Guastavino en la nota al fallo publicado en La Ley, tomo 132, pág. 593—, que fue admitido en la sentencia como vicio del consentimiento matrimonial otorgado por la contrayente, concediéndose la anulación del matrimonio.

2. En cuanto al *error* la ley 2393 lo admite sólo cuando él se refiera a "la identidad del individuo físico" o a "la persona civil" del otro contrayente. Conteste es la doctrina en la interpretación del primer supuesto —error en la identidad física del individuo— ya que es clara su redacción, aunque parece configurar un caso imposible en los matrimonios entre presentes. Pero en cambio hay disparidad de opiniones sobre el alcance de la segunda expresión del artículo 16: ¿qué debe entenderse por persona civil?

La doctrina nacional presenta aquí un amplio abanico de posibilidades. Desde la posición más abierta, que admite en este concepto todas las cualidades sustanciales de la persona (y por lo tanto podría versar el error sobre aspectos fundamentales de la personalidad, o sobre elementos del estado de familia, o sobre antecedentes personales del contrayente, etc.) a la más restringida para la cual sólo refiere la ley al error sobre la identidad civil (nombre, estado); o posturas intermedias que admiten el error sobre identidad civil y sobre el estado de familia, comprendiendo en él no sólo la calidad de soltero, viudo o divorciado del otro contrayente, sino también la existencia de hijos de una unión anterior —matrimonial o no—, o la relación concubinaria con un tercero previa al matrimonio, situaciones todas que estarían comprendidas dentro del concepto de error en “la persona civil”.

Resulta de suma importancia el acuerdo sobre el alcance del error como causal de vicio del consentimiento matrimonial, pues la consecuencia —nulidad del matrimonio— derivará de una equivocación, si bien sustancial y determinante, espontánea y no provocada dolosamente. La distinción con el dolo es no sólo de concepto sino, y fundamentalmente, de diferencia en la etapa de prueba en el proceso de nulidad. En los supuestos de anulación por dolo, los motivos de engaño pueden ser ilimitados en su variedad, con tal de que:

- a) Sean esenciales y determinantes del acto matrimonial; y
- b) Se demuestre el accionar doloso del otro contrayente o de un tercero, que llevó a la celebración del matrimonio.

En cambio, en los casos de anulación por error debe acreditarse sólo:

- a) Que el mismo fue determinante, y
- b) Que encuadra en alguno de los dos únicos supuestos admitidos por el artículo 16.

La irrelevancia del accionar doloso de un tercero, obvia toda prueba al respecto, con lo cual la dificultad del proceso se reduce notoriamente. La prueba más difícil es la de las intenciones ajenas; los hechos concretos en cambio, permiten generalmente su demos-

tración. Fe de ello dan los innumerables casos de jurisprudencia en los que fracasó la pretensión de quien demandaba nulidad del matrimonio por no poder probar el dolo o engaño invocado.

Si con sólo invocar error sobre alguna circunstancia considerada esencial, pudiera lograrse la anulación de los matrimonios, violaríamos encubiertamente la indisolubilidad del vínculo y dejaríamos a todas las uniones legales expuestas a una inseguridad inadmisibles. Por ello el legislador quiso limitar las posibilidades de anulación por error y distinguió —lo que no hizo con los vicios de dolo ni de violencia— casos concretos de error: en la identidad física y en la persona civil. Aunque debemos reconocer con la mayoría de la doctrina nacional, que esta última no ha sido una expresión feliz porque ha dado lugar a serias discrepancias en su interpretación. Y que una futura reforma debe encarar una mejor redacción del artículo, buscando una delimitación precisa de este especial vicio de consentimiento matrimonial.

### 3. *Simulación.*

De lo expresado al comienzo del tema anterior, surge la falta de recepción de esta figura como vicio del consentimiento dentro de nuestro derecho.

La celebración de un matrimonio, donde los contrayentes en realidad no persiguen la formación de una familia sino la solución a otra situación cualquiera (cambio de nacionalidad de uno de ellos en los países que así lo admiten, exención del servicio militar para el marido, adquisición de un pasaporte o de una carta de ciudadanía, etc.), y el posterior pedido de anulación por no haber querido contraer matrimonio para sus fines específicos, es una figura aceptada en otras tierras y en otras épocas —especialmente en las legislaciones europeas de tiempos de guerra—. En nuestro país, la legislación no prevé a la simulación como causal de nulidad del matrimonio —arts. 84 y 85 de la ley 2393— y en cambio presume la concordancia entre lo querido y lo expresado en el acto matrimonial, salvo los supuestos del artículo 16.

No pueden los particulares, por otra parte, decidir desconocer los efectos normales del matrimonio y pretender anularlo alegando



un acuerdo anterior. Reproducimos aquí lo dicho antes, sobre la protección legal al matrimonio y su estabilidad. Por iguales razones, resulta aplicable todo lo expresado al supuesto de reserva mental, en donde se pretenda anular un matrimonio por no coincidir lo deseado con lo manifestado por uno solo de los contrayentes al otorgar su consentimiento, y sin que haya mediado dolo, violencia ni error de los supuestos previstos en el artículo 16.

## B. MATRIMONIO ENTRE AUSENTES. ESPECIES

Son varias las modalidades que ha asumido, en distintas épocas y países, la celebración de un matrimonio entre personas que no están físicamente en el mismo lugar en el momento de la celebración del acto.

Desde la celebración por nuncio, donde el nuncio o mensajero sólo puede transmitir en determinada forma y tiempo la expresión del consentimiento de quien lo envía; o por carta, con origen en el derecho romano, donde el contrayente ausente es el varón; a la que recurre a la figura del apoderado, como la prevista en el artículo 15 de la ley 2393, y hasta el matrimonio a distancia. De todos ellos veremos los dos últimos, por ser los tratados en nuestra legislación

I. El matrimonio *por poder* fue receptado en la ley 2393. El artículo 15 estableció los requisitos mínimos para la celebración por este modo: mediante el otorgamiento de un poder *especial* en el que conste la *designación de la persona* con quien contraer matrimonio.

La ley no limitó, por ejemplo, el tiempo de validez del poder, ni la posibilidad de que ambos contrayentes comparezcan por apoderado, ni que deban darse circunstancias especiales para permitirse este modo de celebración. Sólo exigió las condiciones señaladas en el instrumento a otorgar. En general, se admitía la aplicación de las normas del Código civil sobre mandatos, pero con algunas expresas aclaraciones como, por ejemplo, que la retractación de la voluntad del mandante, aun tácita, producía la nulidad —o más bien la inexistencia— del matrimonio así celebrado, por mediar falta de consentimiento (art. 14 de la misma ley). Y ello sin que fuera necesario

una notificación fehaciente al mandatario o a la otra parte, y aun cuando el hecho no hubiere sido conocido por ellos al tiempo de la celebración.

Porque de todos modos la retractación o arrepentimiento existió privando de eficacia al acto. Sólo era necesario en esos casos, la demostración de que tal arrepentimiento se había producido con antelación a la celebración del matrimonio.

El matrimonio por poder rigió en nuestro país desde el año 1889 y hasta la entrada en vigencia de la Convención de Nueva York de 1962, ratificada por el decreto-ley 18.444 del año 1969, que introdujo la figura del matrimonio a distancia.

II. 1. En el matrimonio *a distancia* ambos consentimientos son expresados directa y personalmente por los dos contrayentes, pero ante distintas autoridades. El matrimonio a distancia o sin comparecencia personal, requiere ineludiblemente la expresión directa y "en persona" del consentimiento por parte de cada contrayente ante la autoridad competente. Y la autoridad competente es la habilitada por la ley para celebrar matrimonios en el lugar donde el contrayente expresa su voluntad de casarse.

Por eso compartimos totalmente la posición sustentada por el doctor Elías P. Guastavino en su comentario publicado en *Jurisprudencia Argentina - Doctrina* 1971, en el sentido de que la Convención de Nueva York de 1962, ratificada en 1969, rechaza todo tipo de poder para celebrar el acto, y que su artículo 1º al decir: "No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresados por éstos en persona... ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio...", sólo se refiere a autoridades competentes para celebrar matrimonios, una ordinaria y la otra extraordinaria o especial. Creemos que resulta extraña a la letra y al espíritu de la Convención la interpretación que ha dado al respecto el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Capital Federal, cuando en su resolución Nº 16 del año 1970 dice: "En aplicación de dicha Convención no podrán en lo sucesivo celebrarse matrimonios en los que ambos contrayentes comparezcan por apoderado, debiendo uno de ellos, por lo menos, estar presente personalmente". No es dable, a nuestro entender, admitir

que la autoridad competente pueda ser, en este caso, un escribano público ante quien se manifieste la voluntad de que un representante celebre el matrimonio en nombre del compareciente —otorgamiento de un poder—. Se trata en cambio de que el contrayente ausente comparezca “en persona” ante la autoridad competente “para celebrar el matrimonio” en el lugar donde se encuentre.

2. Sí observamos en el texto de la Convención un vacío para determinar en cada caso cuál es la autoridad ordinaria y cuál la especial, ya que no siempre puede decirse sin lugar a dudas quién es el contrayente presente y quién el ausente.

Supongamos que ambos tienen domicilio real estable en distintos países (por ejemplo, el novio es francés y la novia es argentina, domiciliados respectivamente en París y en Buenos Aires): ¿cuál es la autoridad ordinaria y cuál la extraordinaria? La ley no lo dice, y su elección determinará el trámite y el lugar de celebración, lo que en casos como éste decide además aspectos importantes del régimen jurídico a que quedará sujeta la unión. Por lo tanto, en este supuesto la autoridad ordinaria —y como veremos el lugar de la celebración del acto— queda determinada con la elección, a voluntad de los contrayentes, de la autoridad ante quien inicien el trámite.

3. *Condiciones para la celebración:* La Convención exige que medien “circunstancias excepcionales” para que proceda este modo de celebración. No es suficiente la simple lejanía física entre quienes proyectan casarse para que se celebre el matrimonio a distancia, sino que deben darse situaciones que impidan la reunión de los contrayentes ante una misma autoridad, y que deben ser evaluadas por la autoridad ordinaria. Esta autoridad, que entre nosotros es de carácter administrativo, es la que decide si se dan o no en cada caso concreto “circunstancias excepcionales” para permitir la celebración sin comparecencia personal.

4. Si la admite, luego de recepcionar el consentimiento del contrayente presente recibe la manifestación de voluntad —consentimiento matrimonial— del contrayente ausente que la expresa ante la autoridad competente del lugar donde se encuentre (extraordinaria). Y cuando la autoridad ordinaria se convenciere de que tal

consentimiento no ha sido retirado, procede a celebrar el acto matrimonial. Allí quedan determinados el momento y el lugar de la celebración; de ahí nuestra preocupación porque la ley establezca pautas concretas para determinar el carácter de cada autoridad interviniente —ordinaria o extraordinaria— en los distintos casos que la realidad puede ofrecer.

Simple resulta, por lo tanto, decidir el problema cuando ambos contrayentes se domicilian en el mismo lugar y uno de ellos se encuentra ocasionalmente ausente de él. Mediando circunstancias extraordinarias, la autoridad ordinaria es la de quien permanece en el domicilio habitual, y la especial es la que tenga competencia para celebrar matrimonios en el lugar donde se halle el ausente.

5. La ley 18.444, que ratificó la Convención que comentamos, ha producido en nuestro país, por imperio del artículo 31 de la Constitución Nacional, una derogación implícita de la figura del matrimonio por poder del artículo 15 de la ley 2393, con la consecuente modificación del resto de las normas que en esta ley refieren a la forma de celebración (arts. 40, inc. 4, y 42, inc. 10 y concordantes) y las del Código Civil en lo que sea pertinente (art. 1881, inc. 5). Por ser un tratado con potencias extranjeras, ratificado por ley nacional, se ubica dentro de la categoría de ley nacional dictada con posterioridad a la 2393, y que por ser excluyente de la figura allá prevista —matrimonio por poder—, la deroga en lo que se le oponga.

Pero ante la falta de una reglamentación especial —que ha llevado hasta interpretaciones tales como la del Registro Civil capitano— surgen interrogantes no resueltos expresamente: 1º) ¿Qué consecuencias acarrearía la celebración de un matrimonio por poder en la actualidad?; 2º) ¿Qué validez tendría un matrimonio celebrado a distancia sin que hayan mediado circunstancias excepcionales?

Al primer interrogante: creemos que considerado desde cualquier enfoque, el inconveniente siempre va a ser de *forma* de celebración, y el tema en discusión es la *validez* del matrimonio. Por lo que nos parece que, salvo falta de consentimiento, el acto es válido. Pero si de las formalidades cumplidas hubiera duda sobre la manifestación de voluntad de alguno de los contrayentes —generalmente la del ausente— ello debiera salvarse con una posesión de estado de

cónyuges, que unida al acta defectuosa (levantada con presentación de poder y cuestionada por duda en el consentimiento) perfeccione el acto (aplicación analógica del artículo 101 de la ley 2393).

En cuanto al segundo interrogante, es evidente que un acto autorizado por quien está facultado para ello no puede ocasionar luego a sus autores las gravísimas consecuencias de una nulidad matrimonial. Sólo es posible admitir alguna sanción —que por lo general sólo será administrativa— al funcionario que no cumplió con celo su misión.

Bregamos con la mayor parte de la doctrina nacional por una reglamentación interna de la Convención ratificada, que explicité sus pautas de aplicación, su incidencia sobre las normas anteriores, y sus consecuencias ante las distintas violaciones que en la realidad se puedan presentar.

### C. DILIGENCIAS PREVIAS

I. La ley 2393 trata el tema en los artículos 17 a 19, y se refiere a la presentación de los futuros contrayentes, con antelación a la fecha del proyectado matrimonio y ante el Jefe del Registro Civil donde luego se cumplirá el acto, con el objeto de informar a dicha autoridad sobre la intención de contraer enlace a los efectos de que se tomen los recaudos legales pertinentes.

El encargado del Registro debe proceder entonces a:

- 1º) Levantar un acta para dejar constancia de las manifestaciones de los novios, con la firma de dos testigos y los datos personales de los futuros contrayentes; y
- 2º) Munirse de los elementos probatorios que ellos deberán aportar y que demuestren la habilidad nupcial de ambos: documental que acredite la causa de disolución de un matrimonio anterior (sentencia de anulación de un matrimonio anterior, certificado de defunción del primer cónyuge, o la sentencia declarativa de ausencia con presunción de fallecimiento), autorización de sus representantes legales si fuera necesario

o en su caso la venia supletoria del juez, y testigos de conocimiento que declaren sobre la identidad y habilidad para casarse de quienes han comparecido. Esto último resulta actualmente insuficiente, cuando el sistema de identificación de las personas a través de los respectivos documentos de identidad (ley 13.482/48, d.ley 8204/63, ley 17.671/68, y sus modif. y complement.) ha superado al de los testigos de la ley 2393.

II. Las leyes 12.331 y 16.668 han agregado una diligencia previa para la celebración del matrimonio a las previstas en la ley 2393: la obtención de un certificado médico prenupcial que acredite la ausencia de enfermedad venérea en período de contagio, cuyo plazo de validez surge de la reglamentación respectiva de las distintas provincias.

Estos certificados, obligatorios para los varones desde la entrada en vigencia de la ley 12.331 —1º de enero de 1937— y para las mujeres desde el 16 de julio de 1965 —ley 16.668— deben ser expedidos por los organismos sanitarios oficiales de la Nación, provincias o municipalidades, y tienen el principal objeto de acreditar la ausencia de enfermedades venéreas en período de contagio, de las que pueden derivarse serias consecuencias para la salud del otro cónyuge y la de los futuros hijos de la unión. Cumplido por personal idóneo y responsable, esta reforma legislativa ha introducido una plausible diligencia previa a la celebración de todos los matrimonios.

III. *Publicidad previa.* La institución de la previa publicidad tiene su origen en el derecho canónico, donde mediante proclamas matrimoniales en las parroquias, los fieles quedan obligados a poner en conocimiento del párroco si tuvieren noticia de algún impedimento para evitar la celebración del matrimonio.

En el derecho francés, el Código de Napoleón establecía el anuncio oral por parte del oficial del estado civil, que lo realizaba en la alcaldía municipal en dos domingos consecutivos, además del aviso colocado en la misma puerta del lugar durante 8 días, y en la de las municipalidades de residencia de los novios. Más tarde, se suprimió el anuncio oral, manteniéndose sólo el aviso escrito

en la puerta del lugar de celebración del matrimonio, y la de las municipalidades de los domicilios de los contrayentes.

La publicidad previa no es exigida en Chile, Cuba, Rusia, Guatemala, Méjico, etc. Se mantiene sin embargo en gran parte de la legislación europea y americana. Así, por ejemplo, el Código Civil de Brasil (arts. 181 y 182) impone la publicación obligatoria—sólo dispensable en casos de urgencia— de la proyectada celebración del matrimonio a través de avisos en “un lugar ostensible del edificio” (del registro civil) y además “por la prensa”. Esa publicidad debe cumplirse durante 15 días y luego el oficial público puede declarar, si no se ha denunciado impedimento, la habilidad de los novios para contraer enlace.

En nuestro país, el Código Civil remitió a las normas del derecho canónico al disponer Vélez Sársfield en el artículo 167 que “el matrimonio entre personas católicas debe celebrarse según los Cánones y solemnidades prescriptos por la Iglesia Católica”, sin perjuicio de admitir asimismo las leyes y ritos que en la materia disponen las Iglesias “a la que los contrayentes pertenecieren” (art. 183) si fueran personas no católicas.

Al margen de estas normas, la ley de matrimonio civil, en su redacción originaria, imponía la publicidad previa a la celebración consistente en avisos colocados en los registros civiles del domicilio de ambos contrayentes, y además en el correspondiente al domicilio anterior de uno de ellos si lo hubiere mudado durante los últimos seis meses anteriores a la publicación, durante el curso de ocho días seguidos. El matrimonio podía celebrarse después de tres días de la última publicación o de recibidos los testimonios de los otros registros (en los que no se celebraba el matrimonio pero que debían cumplir con los avisos y enviar las constancias al del lugar de celebración) y dentro de los cien días de la publicación para evitar que la misma caducara. Todo con la finalidad de facilitar la interposición de denuncia u oposición en caso de mediar algún impedimento para el proyectado matrimonio.

Pero la publicidad previa existió sólo en la letra de la originaria ley 2393, puesto que la ley 2681 la dejó sin efecto, y entró en vigencia junto con la ley de matrimonio civil. El principal mo-

tivo de la derogación de esta figura ha sido la falta de utilidad práctica de la misma, ya que poca o ninguna difusión podía lograrse con la colocación de un cartel en la puerta de un Registro, con lo que la demora y la molestia superaban ampliamente los resultados buscados, que no se cumplían con la modalidad prevista.

Volvemos legislativamente sobre el tema cuando en 1969 nuestro país ratificó la Convención de Nueva York, que reza que debe ser otorgado el “consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, *después de la debida publicidad...*” Pero la Convención deja la decisión de cómo realizar la publicidad previa a la legislación interna de cada país, y en el nuestro no existían entonces ni existen hoy normas que la regulen.

De modo que nunca tuvo vigencia práctica la publicidad previa dentro de nuestro territorio, a partir de la secularización del matrimonio.

## D. OPOSICION

### I. Oposición y denuncia. Concepto. Causales.

La función preventiva de los impedimentos matrimoniales se cumple en el juego de estas dos figuras, que guardan estrecha relación entre sí.

Conforme a los artículos 20 y 35 de la ley 2393, los impedimentos matrimoniales son los que basan la formulación de una oposición o de una denuncia. Y a pesar de la redacción de ambas normas: “los impedimentos establecidos en el artículo 9”, sin embargo todos los impedimentos son hábiles para el caso. Así lo admite el resto del articulado del capítulo VI de la ley —art. 22: impedimento de viudez; art. 23: impedimento de edad; art. 24 inc. 1: impedimentos legales— y lo dicta la *ratio legis* en casos como los de impedimentos de adopción o de enfermedad venérea en periodos de contagio (ambos previstos en otras leyes complementarias del C. Civil). Cualquier impedimento matrimonial es razón suficiente para promover una denuncia o una oposición.



Por lo cual podemos decir que ellas son los medios o resortes legales idóneos para poner en movimiento el proceso administrativo primero y judicial después, en vistas a la demostración de la existencia de un impedimento matrimonial en un caso concreto, que provoca siempre la suspensión de la celebración del matrimonio y eventualmente —si resultara triunfante—, impide definitivamente su realización.

A través de estas instituciones del derecho de familia se procura evitar consecuencias negativas futuras, como una declaración de nulidad matrimonial u otra sanción de las previstas por la ley según los casos, y el cumplimiento de los elevados fines tenidos en cuenta en la regulación de cada impedimento.

Pero al mismo tiempo se permite así la limitación al derecho natural de casarse. Por tanto la ley 2393 se ha ocupado de fijar los límites para el ejercicio de la oposición, no sólo en la estricta determinación de los motivos, sino también legitimando para actuar sólo a las personas autorizadas expresamente, e imponiendo severa sanción para quien lo haga temerariamente.

## II. Sujetos legitimados.

1 — Pueden ejercer oposición a la celebración de un matrimonio, solamente (arts. 21 a 23):

- 1º) El “cónyuge de la persona que quiere contraer otro”, y evidentemente el impedimento en que se funda es el de ligamen;
- 2º) “los parientes de cualquiera de los futuros esposos dentro del segundo grado de consanguinidad”, lo que excluye no sólo a los más lejanos sino a todos los parientes afines;
- 3º) “los tutores o curadores”, cuando invoquen impedimento distinto a lo previsto en el artículo 23;
- 4º) el “Ministerio Público”, que “deberá” deducir oposición siempre que tenga conocimiento de algún impedimento;
- 5º) los parientes en grado sucesible del extinto marido de la mujer viuda, cuando ésta se halle dentro del supuesto del artículo 93; y
- 6º) los padres, tutores o curadores por falta de su consentimiento (art. 23).

2 — Puede efectuar denuncia, en cambio, cualquier persona aunque no esté incluida dentro de las legitimadas por los artículos 21 a 23, dada su limitada intervención en el trámite que origina. Así se permite, por ejemplo, la intervención de otros parientes —principalmente los afines— que pueden tener legítimo interés en evitar la realización de un matrimonio entre quienes están inhabilitados para contraerlo.

### III. Oportunidad. Sustanciación. Efectos.

“La oposición puede deducirse desde que se hayan iniciado las diligencias previas para el matrimonio hasta que éste se celebre” (art. 26), en forma verbal o escrita, y ante el oficial público que intervenga en dichas diligencias previas.

En su presentación, el oponente debe acreditar su vínculo con alguno de los contrayentes —para demostrar si está legitimado conforme a los arts. 21, 22 y 23—, y exponer el motivo de su oposición presentando la prueba documental que así lo demuestre, si la tuviere.

Si de ello surge que la oposición no está fundada en ningún impedimento matrimonial, el “oficial público ante quien se deduzca, la rechazará de oficio” (art. 30). En caso contrario, debe correr traslado de la oposición a los contrayentes, quienes a su vez pueden reconocer la verdad de lo expresado por el oponente, o rechazar la oposición.

En el primer caso, el trámite culmina con la no celebración del matrimonio; en el segundo, y expresado el desconocimiento por los contrayentes en el término de 3 días, deben remitirse las actuaciones al Juez letrado en lo Civil para que se sustancie el debido proceso, de trámite sumario y con citación fiscal (arts. 29 a 31).

De tal tramitación resultará una sentencia de la que se remitirá copia legalizada al oficial público, y que ocasionará:

- a) si fue declarativa de la existencia del impedimento invocado, la no celebración del matrimonio;
- b) si rechazó la oposición presentada, pasada que sea en autoidad de cosa juzgada, la celebración del acto (art. 33).

En cualquier caso, debe dejarse constancia marginal en el acta de oposición, de la parte dispositiva de la sentencia.

#### IV. Responsabilidades.

1 — Conforme al artículo 34, en caso de rechazo de la oposición, quien la ejerció es responsable del pago de una indemnización, cuyo monto es fijado por el juez que intervino en la causa. De esta indemnización están exentos únicamente: los ascendientes y el Ministerio Público.

Los primeros por una razón natural: hay a su favor una presunción de buena fe que los exime de responsabilidad económica; y en cuanto al Ministerio ello es una consecuencia necesaria de la imposición legal del artículo 21 inciso 4: "debe" deducir oposición cuando conozca el impedimento, y del artículo 36: "dentro de tres días, deducirá oposición".

En el trámite de oposición, quien lo promueve es parte, lo insta y continúa. Y su accionar, si es falto del sustento legal necesario, lo lleva a responder económicamente por ello, como modo de indemnizar el daño ocasionado a los futuros esposos.

2 — Aquí encontramos una clara diferencia con la denuncia. En ésta el denunciante no responde pecuniariamente en caso de rechazo, salvo que su denuncia sea maliciosa (art. 35), porque el denunciante se limita a poner en conocimiento del Ministerio Público la existencia de un impedimento matrimonial entre quienes van a casarse y es el órgano estatal el que decide iniciar o no la oposición, permaneciendo el denunciante fuera del proceso que se pueda originar.

#### V. Oposición al matrimonio de menores de edad.

Se alude aquí a la oposición que pueden ejercer los representantes legales de los menores en edad núbil, por algunos de los motivos enunciados en el artículo 24 inciso 1 a 3, o por "cualquier motivo razonable" invocado por el tutor en el supuesto del inciso 4, y aun sin motivo cuando se trate de la oposición de los padres respecto a los menores encuadrados en la primera parte del artículo citado.

Con lo que va dicho que debemos hacer una primera diferenciación:

1. Cuando se trata de menores varones cuyas edades oscilan entre los 18 y los 21 años, o de mujeres entre los 15 y los 21 años, su representante legal —sea padre o tutor—, si pretende deducir oposición al casamiento del menor, debe fundarse en alguna de las causales previstas en los incisos 1 a 3 del artículo 24:

- 1º) “en la existencia de alguno de los impedimentos legales”, sin limitaciones;
- 2º) “en la enfermedad contagiosa o grave deficiencia física de la persona que pretenda casarse con el menor”, olvidando la ley la posibilidad a la inversa, igualmente disvaliosa para el menor —enfermedad o grave deficiencia del mismo menor—;
- 3º) “en la conducta desarreglada o inmoral y en la falta de medios de subsistencia de la persona que pretenda casarse con el menor”.

Aquí el legislador ha mejorado la anterior redacción, evitando el casuismo del antiguo inciso 4, y requiriendo sólo la falta de medios de subsistencia de quien pretende casarse con el menor, sin tener que acreditar además su falta de aptitud para adquirirlos (ver inc. 5 antes de la reforma introducida por la ley 17.711). Es evidente que resulta suficiente motivo la falta actual de medios para vivir para oponerse al casamiento de un menor de edad, y si hay aptitud para adquirirlos lo prudente es esperar a que ellos se produzcan para autorizar el matrimonio.

Pero por otra parte, la norma no distingue según sea el sexo del menor en este caso, y dada la organización de la ley de matrimonio que dispone en cabeza del marido la obligación de proveer todos los medios necesarios para el mantenimiento de su esposa (arts. 51 y cctes.), parece excesiva la oposición si quien pretende casarse con el menor sin acreditar medios de subsistencia, es la mujer.

2. Cuando se trata, en cambio, del proyectado casamiento de un varón menor de 18 años —o sea entre los 16 y 18 años de edad— o de una mujer menor de quince —o sea entre los 14 y 15 años de

edad—, la especial protección debida a estos jóvenes adolescentes ha justificado las disposiciones de la primera y última parte del artículo 24: los padres pueden oponerse sin expresar razón alguna, y los tutores pueden hacerlo fundándose en “cualquier” motivo razonable.

Es dable observar que el inciso 4 del artículo en estudio contiene un error de fondo al nombrar al curador. No es posible hablar de curador porque se refiere a menores de edad, cuyo representante legal —aun cuando fueran menores sordomudos o insanos— es siempre un tutor.

### 3. Juicio de disenso.

La oposición formulada por el padre o tutor o, lo que es más frecuente, la falta de consentimiento del representante legal del menor, promueve la tramitación del juicio de disenso, donde generalmente el actor es el mismo menor, que insta así el proceso tendiente a la celebración del acto. De tramitación sumaria y privada, en el disenso el padre o tutor debe formular —o no, según los casos—, el motivo de su oposición y luego de la producción de las pruebas que el juez estime pertinentes, se decide si procede o no tal oposición. Aun en los casos en que la ley permite oponerse por cualquier causa o sin expresar ninguna, el juez interviniente está habilitado para resolver —admitiendo o rechazando— la oposición, otorgando, en su caso, la venia supletoria para la celebración del matrimonio.

### VI. Oposición al matrimonio de sordomudos.

Nos remitimos a lo ya expuesto, por cuanto las mismas normas de oposición al matrimonio de mayores y de menores de edad, son aplicables al caso: causales, tramitación, legitimados para ejercerla, etcétera, recordando que el artículo 21, inciso 3 —para el caso de sordomudo mayor de edad— legitima expresamente al curador para ejercer la acción, y que el artículo 24, inciso 4, hace lo propio para quien representa a un sordomudo menor.

Con la última salvedad de que nos referimos expresamente a los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, conforme su capacidad matrimonial reglada en el artículo 10 de la ley 2393.

## E. CELEBRACION

### I. Autoridad competente. Lugar de celebración.

El artículo 37 de la ley de matrimonio civil, complementado con el decreto - ley 8204/63 (art. 48), dispone que la celebración del matrimonio debe efectuarse "ante el oficial público encargado del Registro Civil" "que corresponda al domicilio de uno de los contrayentes" "en su oficina, públicamente", compareciendo ambos esposos o sus apoderados, y con la presencia de dos testigos y "formalidades que esta ley prescribe". Para el caso de que alguno de los contrayentes estuviere "imposibilitado" para concurrir a la oficina, y justificándose "fehacientemente" esta circunstancia, puede celebrarse el acto en el domicilio de uno de ellos, exigiéndose en este caso cuatro testigos.

La presencia del oficial público como primer requisito indispensable, es coincidente con la disposición del artículo 14, en cuanto lo requiere como presupuesto de existencia del acto. Con respecto a la comparecencia de los contrayentes, creemos que la forma puede ser únicamente en persona —sea bajo el tipo de matrimonio entre presentes o de matrimonio a distancia— pero actualmente no sería viable a través de apoderado, conforme a los términos de la Convención de Nueva York de 1962, ratificada por nuestro país en 1969.

Del juego de las disposiciones de los artículos 17, 40, 41 de la ley 2393 y 48 del decreto - ley 8204/63, surge la competencia del oficial público encargado del Registro Civil del domicilio de cualquiera de los dos contrayentes para celebrar el matrimonio. Y en su oficina, públicamente, el lugar de la celebración. Sólo en casos excepcionales, de imposibilidad "fehacientemente" acreditada de concurrir a la oficina, puede celebrarse en el domicilio de uno de los contrayentes, con la diferencia formal de que en tal caso se requiere la presencia de cuatro testigos en vez de dos.

### II. Formalidades del acto.

1. Reunidas las personas necesarias para la celebración (el oficial público encargado del Registro y los dos contrayentes), el acto se desarrolla de acuerdo a las formalidades que imponen los artículos 39 y siguientes de la ley 2393, complementados con los artículos

49 a 51 del decreto - ley 8204/63, y con la presencia de los testigos que correspondan según el lugar de celebración (art. 38, ley 2393).

El oficial público interviniente debe respetar el orden que marca el artículo 39: primero leer a los futuros esposos los artículos 50, 51 y 53 de la ley de matrimonio civil, que son los que establecen los tres derechos - deberes fundamentales que nacen con la celebración del matrimonio: fidelidad, cohabitación y asistencia; luego procederá a recepcionar la expresión del consentimiento de ambos contrayentes (requisito ineludible para la existencia del acto); para finalmente declararlos unidos en matrimonio.

El artículo 51 del decreto - ley 8204 prevé la intervención de un traductor público matriculado para el caso de que alguno de los contrayentes ignorese el idioma nacional. Asimismo, y si uno o ambos fueran menores de edad o sordomudos, debe acreditarse la autorización de su representante legal —que puede otorgarse en el mismo acto de celebración (art. 50)— o en su defecto la venia judicial.

Del acto de celebración, el Jefe del Registro Civil debe levantar un acta, en la cual conste el cumplimiento de su desarrollo conforme lo dicho precedentemente, y de la que surja la habilidad nupcial de los contrayentes. Exigirá en su caso, la prueba del fallecimiento del anterior cónyuge —incluida la sentencia de declaración de ausencia con presunción de fallecimiento (art. 49 del decreto - ley 8204)— o la sentencia de anulación de una unión anterior.

Las constancias que debe contener el acta, surgen de la lectura de los artículos 40 y 42 de la ley 2393, a lo que debemos observar que los incisos 4 y 10, respectivamente, están virtualmente derogados por la ley 18.444/1969.

Del acta así levantada, se debe extender gratuitamente una copia legalizada a los contrayentes (arts. 45 y 49 LMC) la cual, al igual que los testimonios, certificados y libretas de familia que lleven la firma del oficial público interviniente y sello de la oficina respectiva, “son instrumentos públicos y crean la presunción legal de la verdad de su contenido en los términos prescriptos por el Código Civil” (artículo 24 del decreto - ley 8204, y su modificación según ley 18.327/69).

El acta de celebración del matrimonio puede confeccionarse en una sola, inmediatamente luego de levantada el de las diligencias previas a las que refieren los artículos 17 a 19 de la LMC (y a las que debe agregarse la presentación del certificado prenupcial) si de éstas resultara, a juicio del oficial público encargado del Registro, que los contrayentes son hábiles para casarse y no se dedujera oposición ni denuncia (arts. 40 y 41 de la ley 2393). Pero si alguna de estas dos condiciones no se cumple, debe suspenderse la celebración hasta que se justifique la habilidad legal para contraer matrimonio, de tal manera que en este caso se librárá luego, y por separado, el acta de celebración con las constancias exigidas por el artículo 42 de la ley 2393.

2. Como reflexión acerca de la trascendencia jurídica de las formalidades del acto en estudio, valga recordar que la falta de cumplimiento de algunas de ellas, o la alteración del orden marcado por la ley, no interesa a la validez de la celebración mientras se encuentren traducidos en las formas los requisitos básicos a que refiere el análisis del artículo 14 de la ley 2393.

### III. Matrimonio *in extremis*.

#### I. Concepto.

Llamado también matrimonio “en artículo de muerte” (*in articulo mortis*), corresponde a un modo de celebración extraordinario por el cual, ante una situación de peligro para la vida de alguno de los contrayentes, la ley permite la celebración del matrimonio prescindiendo “de alguna o de todas las formalidades que deben precederle”. La figura, prevista en el artículo 46 de la LMC, exige la reunión de varios requisitos para su procedencia:

- 1) Que alguno de los futuros esposos se encuentra en peligro de muerte;
- 2) Que los contrayentes tengan hijos y no estén aún reconocidos; y
- 3) Que ambos manifiesten el deseo de reconocerlos.

Como puede observarse, esta forma extraordinaria no sería procedente si los contrayentes no tuvieran hijos, o ya los tuvieran reconocidos con anterioridad, por lo que la norma ofrece un flanco de crítica al reducir notablemente las posibilidades de su aplicación, y



se ha propuesto la prescindencia de ese requisito en los proyectos de reforma al Código Civil (en el Proyecto de 1936, en el Anteproyecto de Bibiloni, y en el Anteproyecto de 1954).

La situación de peligro de muerte debe acreditarse mediante el certificado extendido por "un médico, y donde éste no existiere, con el testimonio de dos vecinos", lo cual circunscribe los casos de peligro a los de grave estado de salud de uno de los contrayentes. La autoridad competente para celebrar el matrimonio en defecto de oficial público encargado del Registro Civil y "cuando hubiere peligro en la demora", es cualquier funcionario "*judicial*", quien deberá levantar un acta volante y proceder luego a su remisión al Registro Civil correspondiente para su protocolización en el libro respectivo.

En cuanto al artículo 47 de la ley de matrimonio civil, se halla virtualmente derogado por la ley 2681 que suprimió el requisito de la publicidad previa, que el artículo 47 busca remediar en este caso de excepción.

Por último, todas o algunas formalidades del acto matrimonial pueden obviarse en el supuesto del artículo 46, lo que queda reservado al criterio de la autoridad interviniente, quien deberá actuar según las especiales circunstancias de cada caso concreto.

## **2. Relación con la exclusión hereditaria reglada en el art. 3573 del Código Civil reformado por la ley 17.711.**

En el libro VI, título IX, capítulo III del Código Civil, dispone el artículo 3573 en su redacción actual, luego de la reforma introducida por la ley 17.711: "La sucesión deferida al viudo o viuda en los tres artículos anteriores, no tendrá lugar cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes, salvo que el matrimonio se hubiere celebrado para regularizar una situación de hecho".

El tema abordado aquí es el de la vocación hereditaria entre cónyuges, la que puede verse afectada en el supuesto previsto en esta norma y que requiere:

- 1º) Un matrimonio en el cual, al momento de celebrarse, uno de los dos contrayentes está enfermo.

- 2º) Ese contrayente muere a causa de dicha enfermedad dentro de los treinta días siguientes a la celebración del matrimonio; y
- 3º) Había mediado entre ambos, con anterioridad al matrimonio, una situación de hecho —concubinato— que se quiso regularizar legalmente con la unión matrimonial.

Por la aparente conexión de esta disposición con la del artículo 46 de la Ley de Matrimonio Civil, conviene hacer notar sus puntos de contacto y sus claras diferencias: en ambos supuestos un contrayente puede estar gravemente enfermo al tiempo de la celebración del matrimonio (aunque esto sólo como posibilidad, pues podría ser que el peligro de muerte derive de un hecho súbito —no de una enfermedad que puede ser de larga data— o bien que la muerte posterior al acto sea el desenlace no previsible de la enfermedad padecida).

Pero las diferencias, en cambio, son varias:

- a) El artículo 46 de la ley 2393 se refiere al modo de celebración del acto matrimonial, mientras el artículo 3573 del Código Civil prevé un supuesto de exclusión de vocación hereditaria entre cónyuges;
- b) El primero contempla una excepción a la regla general atendiendo a: el peligro de muerte de uno de los contrayentes y el deseo de reconocer hijos de ambos, quienes pueden haber vivido o no en concubinato anterior; el segundo admite el caso de excepción atendiendo a: la situación de hecho —concubinato— anterior al matrimonio y el deseo de regularizar esa unión conforme a la ley, haya o no hijos;
- c) Es posible que en un matrimonio celebrado *in articulo mortis* no haya luego vocación hereditaria del cónyuge sobreviviente si el otro fallece dentro de los 30 días de la celebración y no había existido la convivencia anterior a ella; como también puede darse el caso de reconocimiento de vocación hereditaria si se reúnen los requisitos de la última parte del artículo 3573 del Código Civil, sin tener en cuenta que se haya observado o no aquella forma extraordinaria de celebración configurada en el artículo 46.

Son, como puede verse, dos instituciones distintas, con el correlativo juego totalmente independiente de una con respecto a la otra.

## F. PRUEBA

### I. Prueba de matrimonios celebrados antes o después de la ley de matrimonio civil. Distintos casos.

En este tema, cabe ante todo aclarar que el objeto de la prueba es la celebración del matrimonio. Es decir que nuevamente centramos nuestro interés —al igual que en el punto del consentimiento matrimonial— en el matrimonio considerado como acto jurídico.

#### 1. Prueba ordinaria.

Los medios de prueba de la celebración de los matrimonios deben considerarse en relación a la época en que se celebraron. En aquellos matrimonios perpetrados antes de la vigencia del Código Civil (o sea antes del 1º de enero de 1871), se prueba su celebración mediante las partidas parroquiales, conforme las normas del Concilio de Trento entonces en vigor. De modo que, como regla general y salvo las excepciones aisladas de dispensa canónica o alguna autorización especial para los no católicos, sólo era dable probar la celebración del matrimonio entre personas católicas.

Luego de la entrada en vigencia del Código de Vélez Sársfield, la prueba del matrimonio debe producirse con “la inscripción en los registros de la parroquia o de las comuniones a que pertenecieren los casados” (art. 179 del C. Civil), lo que representó un avance sobre la legislación anterior ya que permitió la prueba del matrimonio entre personas de cualquier credo religioso, aunque continuó la limitación para los no creyentes.

Recién con la entrada en vigencia de la Ley de Matrimonio Civil —el 1º de diciembre de 1889— la prueba del matrimonio es “el acta de la celebración del matrimonio o su testimonio” otorgada por el Jefe del Registro Civil interviniente (art. 96 y 45 de la ley 2393), concordante con la imposición del matrimonio laico de la ley (artículo 37 y concordantes). Por último, el decreto-ley 8204 de 1963 (art. 24) vino a completar el tema de la prueba admitiendo como tal no sólo el testimonio sino también al certificado, la copia y la libreta de familia.

Especialmente acerca de la admisión de la libreta de familia como documento con entidad suficiente para demostrar el vínculo conyugal, se ha dado en la jurisprudencia nacional, aun después de mucho tiempo de haberse sancionado el decreto - ley 8204, una resistencia de la que ilustran reiterados fallos de las Cámaras Civiles de la Nación (J. A. 11 - 1971 - 558, sec. Síntesis; ED 36 - 270; J. A. 17 - 1973 - 14; etc.). Sin embargo, con la labor de la doctrina que creemos acertada, se ha ido modificando esta primera interpretación, debiendo admitirse actualmente que el decreto - ley citado ha introducido otros medios de prueba a los que cabe reconocerles idéntica fuerza que a la partida de la que habla la ley 2393.

Han expresado con buen criterio los autores nacionales que el artículo 24 del decreto - ley 8204 ha modificado al artículo 96 de la Ley de Matrimonio Civil, agregando como prueba ordinaria a los certificados y a las libretas de familia, siendo todos ellos instrumentos públicos que como tales "hacen plena fe de las enunciaciones de hechos o actos jurídicos directamente relativos al acto jurídico que forma el objeto principal, no sólo entre las partes sino también respecto a terceros" (art. 995 del C. Civil). Y que el artículo 96 de la ley 2393 no puede ser interpretado en forma aislada, como excluyente de las otras normas que han venido a complementarlo y en las que se enuncian otros medios como idóneos para acreditar el matrimonio, antes de recurrir a la prueba supletoria. (Zannoni, Eduardo A.; Lezana, Julio I.; etc.).

## **2. Régimen de la prueba supletoria.**

Hasta aquí, hemos referido a los medios ordinarios de prueba de matrimonio, en cada una de las etapas legislativas de nuestro país en este tema. Pero ante la dificultad para producir la prueba ordinaria o normal en cada caso concreto, la ley ha previsto la posibilidad de su demostración por medios extraordinarios:

a) En la etapa previa al Código Civil, se admitía la producción de cualquier medio de prueba como suficiente para acreditar la celebración de un matrimonio, ante la imposibilidad de presentar la partida parroquial. La doctrina discrepaba sobre la amplitud de criterios para la aceptación de esta prueba supletoria, pero la jurisprudencia

dencia se inclinaba por una postura amplia en cuanto a los casos de imposibilidad y a los medios probatorios admisibles.

b) Con posterioridad, en el Código de Vélez Sársfield, la prueba supletoria fue regulada según el texto del artículo 179: "Si no existiesen registros o no pudiesen presentarse por haber sido celebrado en países distantes, puede probarse por los hechos que demuestren que marido y mujer *se han 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". De su letra pareciera que sólo en los dos supuestos enunciados se permitiría recurrir a la prueba extraordinaria, pero la jurisprudencia fue sumamente amplia, admitiéndola ante diversas dificultades invocadas por las partes.

Lo más llamativo de la disposición era la expresa consagración de la posesión de estado como prueba supletoria exclusiva bastante, sin necesidad de recurrir a otros medios para demostrar que el matrimonio había sido celebrado.

c) Desde la sanción de la ley 2393, la procedencia de la prueba extraordinaria está sujeta a una doble regulación: la primera que establece en qué casos se admite acudir a la prueba supletoria, y la segunda que determina cuáles son los medios de prueba idóneos para la demostración del matrimonio -acto.

c-1) El artículo 97 dice claramente que debe justificarse previamente la imposibilidad de presentar el acta o su testimonio (a lo que debemos hoy agregar el certificado o la libreta de familia), para que proceda la producción de la prueba extraordinaria. Y luego el artículo 98 enumera los casos de imposibilidad: "1º) Cuando el registro ha sido destruido o perdido en todo o en parte; 2º) Cuando estuviere incompleto o hubiere sido llevado con irregularidad; 3º) Cuando el acta ha sido omitida por el oficial público".

El último supuesto del artículo 98 permite una interpretación tan amplia, que podría decirse que matrimonios que en realidad no se celebraron, recurriendo a este inciso 3 lograrían la procedencia de la prueba supletoria para su demostración. Por ello, y ante la incongruencia que esto significaría dentro de nuestro sistema, la doctrina y jurisprudencia han encauzado la interpretación en el sentido de

que no basta sólo la omisión sino la demostración de la verosimilitud de la celebración, y de la falta de acta. Así, Busso expresa que lo que debe probarse acabadamente es la omisión misma del acta para luego pasar a probar el matrimonio por otro medio, ya que la simple omisión es un indicio serio de que el matrimonio no se celebró.

Spota se pronuncia decididamente en favor de este texto del inciso 3 del artículo 98, pues reconoce que el acta no es constitutiva del acto matrimonial, sino sólo el medio de prueba. El acto se integra con la expresión del consentimiento y la presencia del oficial público, y no podría atacársele por la fuerza mayor o el dolo o la culpa del encargado del Registro, supuestos todos que podrían traducirse en la falta de acta.

Además, y por comparación con otros ordenamientos legales que refieren al problema del acta omitida, podemos observar que en el nuestro no se requiere que el acta haya sido inscripta y luego falte (como en el código holandés - art. 26); o que además el Registro sea llevado con irregularidad (como en el código francés - art. 46); o que medie previa publicidad y posesión de estado (código italiano de 1865 - art. 121) o aunque sea la posesión de estado (como en el actual código italiano de 1942). Basta para el supuesto argentino, la demostración de que el acta fue omitida, lo que configura de por sí un caso diferente a los demás previstos en el artículo 98 de la ley 2393.

Por lo demás, la enumeración del artículo es considerada por la mayoría de la doctrina como simplemente ejemplificativa, de modo que podrían admitirse otros supuestos no previstos en la norma pero que configuren verdaderos casos de imposibilidad de presentación de la prueba ordinaria y que demostrados, den lugar a la producción de la prueba supletoria.

c-2) Una vez acreditada la causal de imposibilidad pertinente, recién entonces es admisible la producción de la prueba extraordinaria, pudiendo ofrecerse a tal efecto cualquier medio de prueba: testimonial, documental, etcétera, los que a su vez pueden referirse al momento mismo de la celebración —prueba supletoria directa—: fotografías del acto civil, testigos presenciales del acto, partida parroquial (porque ella debe extenderse luego de la celebración del

acto civil: art. 110 LMC); o bien de los que puede inferirse la celebración del matrimonio —prueba supletoria indirecta—: partida de nacimiento de un hijo de la unión, donde conste su carácter de hijo legítimo, documento de identidad de uno de los cónyuges donde conste su estado civil y nombre y apellido del otro, testigos que hayan visto documentación semejante, etc.

La demostración del presupuesto que haga procedente la producción de la prueba supletoria, da lugar a una sentencia judicial que así lo decide, la que “será comunicada inmediatamente al oficial público, el cual la transcribirá en un registro suplementario que será llevado con las formalidades que prescribe el artículo 48” (art. 99 LMC). Y “cuando la destrucción, falsificación o pérdida de un acta de matrimonio dé lugar a una acción criminal, la sentencia que declare la existencia del matrimonio se inscribirá en el Registro de estado civil y suplirá el acta” (art. 100).

## II. La posesión de estado y la prueba del matrimonio.

1. Especial atención merece la consideración de la posesión de estado como medio de prueba supletorio al que los interesados con frecuencia pretenden acudir. Su admisión surge a partir de la norma genérica del artículo 97 cuando prescribe que “se admitirán todos los medios de prueba” demostrada que sea la imposibilidad de producir la prueba ordinaria.

Ahora bien: la posesión de estado revela una situación, un aparente estado de familia que puede o no condecir con la existencia del título de familia que lo crea. Quien se comporta como esposa o como marido, recibiendo y dando el trato de tal puede ser cónyuge o concubino. De la existencia de la celebración del matrimonio depende cuál sea su calidad. Y de ella —y no de la apariencia que exhiban— depende el emplazamiento legal de la unión y de los hijos que de ella se deriven.

2. Por ello es obvio que la sola prueba de la posesión de estado es totalmente insuficiente para demostrar que existe matrimonio; otra solución llevaría a la equiparación lisa y llana de ambas instituciones —matrimonio y concubinato— y a la abierta viola-

ción de todo el sistema legal argentino. Se hace aquí necesario volver a lo que dijimos al comienzo del desarrollo de este tema: el objeto de la prueba *siempre* es la demostración de la *celebración* del matrimonio. Luego, la posesión de estado tiene valor como medio de prueba supletorio siempre y cuando sea acompañada por otros medios que directa o indirectamente acrediten el acto jurídico de la celebración, ubicado en un determinado momento y lugar. Así el artículo 101 de la ley 2393 dice: "La posesión de estado *no puede ser invocada* por los esposos ni por los terceros *como prueba bastante*, cuando se trata de establecer el estado de casados o de reclamar los efectos civiles del matrimonio", lo que viene a ubicar en sus justos términos al encuadre genérico del artículo 97.

3. Por último, hay un supuesto en el cual la ley reconoce una relevancia especial a la posesión de estado como medio de prueba, y es cuando existe un acta de celebración del matrimonio que presente "inobservancia de las formalidades prescriptas" por la ley (art. 101). Es pues, el caso de contar con una prueba casi normal: acta del matrimonio pero con deficiencias formales que la inhiben para operar como prueba perfecta. El aparente estado de cónyuges viene a completar así la prueba de la celebración del matrimonio, que se ve debilitada por un acta irregular.

Coincidimos con la opinión de quienes entienden que las formalidades a las que alude el artículo 101 deben referirse a algún requisito de fondo que se traduce en el aspecto externo de la partida de matrimonio. Por ejemplo, la falta de firma de uno de los contrayentes que lleva a cuestionar al otorgamiento del consentimiento, y por ende a la existencia del matrimonio. Evidentemente, dicho planteo caería ante una posesión de estado, que disipa toda duda. Pero en cambio no es necesario recurrir a otro medio de prueba si la formalidad no cumplida no atañe a la esencia misma del acto (por ejemplo: omisión del oficial del Registro Civil de declararlos unidos en matrimonio, falta de firma de un testigo, etc.), ya que en tal caso se imponen las normas de la misma ley 2393 sobre nulidades matrimoniales que vedan semejante sanción por



vicios formales y la partida, aun con tal defecto, es autosuficiente para probar la celebración del acto.

### III. Matrimonios celebrados en el extranjero.

#### 1. Regla.

La ley del lugar al tiempo de su celebración, rige la forma y validez de los actos jurídicos, y por ende la prueba de los que son celebrados en extraña jurisdicción.

Este principio general encuentra sus limitaciones en el artículo 14 del Código Civil, en especial en lo referente a: a) el respeto al orden público nacional y b) la posibilidad de la aplicación de la ley más favorable para el interesado.

Por lo tanto, y con las limitaciones marcadas, la prueba ordinaria y la extraordinaria de estos matrimonios se rige por las normas aplicables de sus lugares de origen. Y si en el país donde se celebró el acto cuya existencia se intenta probar, la forma en ese momento aceptada es, por ejemplo, la del matrimonio religioso únicamente, esa partida parroquial constituye en nuestro territorio la prueba ordinaria bastante para su demostración; y en esto nos permitimos discrepar con quienes alguna vez han fallado en forma distinta. Sólo que, por supuesto, el interesado tiene a su cargo la prueba, de las normas del derecho que invoca (art. 13 del C. Civil) y el trámite previo de la legalización del documento que exhiba.

Los artículos 63 a 65 del decreto-ley 8204 de 1963 contemplan el trámite a seguir por quienes opten por la inscripción en nuestro país de la prueba de la celebración de un matrimonio efectuado en el extranjero. Ante todo, es un trámite voluntario: "podrán registrarse las certificaciones de matrimonios celebrados en otros países" (art. 65 del citado dec.-ley), y la finalidad es conservar la prueba y dar publicidad al acto dentro de nuestro país. La inscripción se realiza en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas mediante orden judicial, previo control de que dichas certificaciones se hallen legalizadas por la autoridad competente y encuadren en las disposiciones de fondo y forma del ordenamiento legal aplicable según su lugar de procedencia, y las que

además, en los casos pertinentes, serán acompañadas de su traducción al idioma nacional hecha por traductor público debidamente autorizado.

Conviene aclarar que estas inscripciones no convalidan actos inválidos, o sea que si el matrimonio así anotado en el Registro Civil adoleciera de vicios que por cualquier motivo no afloraron en el trámite de inscripción aún debidamente cumplido, tales defectos subsisten y pueden dar lugar a su posterior anulación.

## **2. Matrimonios en fraude a la ley argentina.**

Un párrafo aparte conforman, dentro del tema de los matrimonios celebrados en el exterior, el de aquellos que a través de esa vía han pretendido burlar el derecho argentino al que están sujetos.

Se trata de las uniones celebradas en el extranjero entre personas sobre las cuales pesa el impedimento de ligamen: uno de ellos o ambos está casado previamente en la Argentina, y sin que se haya disuelto el vínculo conyugal comparece ante la autoridad extranjera y contrae nuevas nupcias. Lógicamente, tramita antes también en la jurisdicción foránea, su divorcio vincular.

Los matrimonios que se celebran en nuestro país quedan sujetos al régimen imperativo de las normas argentinas sobre las causas de su disolución: anulación del acto o muerte de uno de los esposos. Y la celebración de un segundo matrimonio, no estando disuelto el primero, sólo puede realizarse en fraude a la ley argentina en cualquier jurisdicción extraña cuyo propio orden público lo permita, pero dicha celebración es abiertamente contraria al nuestro y por ende sin ningún valor dentro de la República.

Constituyen una importante excepción en el tema de prueba de los matrimonios extranjeros, desde que pueden estar celebrados conforme a la ley vigente en el lugar donde se llevaron a cabo, y no pueden ser probados como tales en nuestra jurisdicción (aplicación específica del art. 14 inc. 1 del C. Civil).