



ESTUDIO MAZZINGHI
ABOGADOS

Publicación: Legitimación de la Poligamia

Autor: Jorge A. Mazzinghi

I

El tema abordado por el fallo de la Sala H de la Cámara Civil, aparece nuevamente sobre el tapete, después de haber sido, durante largos años, motivo de un debate encarnizado, que el legislador quiso definir, en 1987, con el texto del actual artículo 239 del Código Civil.-

Algunos de los autores que participaron en la vieja polémica, podrán exhibir esa norma con la satisfacción con que un cazador exhibe, como trofeo, la cabeza de un ciervo, con una cornamenta monumental.-

La norma está allí, y el tribunal no ha hecho sino aplicarla al caso que le fue sometido, sin plantearse problemas relativos a su contenido, sin enjuiciar su legitimidad, atribución que, por lo demás, es un derecho, pero no un deber de los jueces.-

Lo interesante de este caso es que la aplicación del 239 funciona como una comprobación experimental: el citado artículo puede funcionar como instrumento eficaz para violentar el orden justo, en cuanto vulnera el concepto de matrimonio que rige en nuestro ordenamiento jurídico: el matrimonio basado en la monogamia.-

En nombre de posiciones doctrinarias nutridas más por ideologías que por fundamentos jurídicos sólidos, se elaboró la norma del art. 239, cuya aplicación legitima los efectos de la bigamia, y hace a la mujer ligada por el segundo matrimonio nulo del supuesto marido, beneficiaria de una conducta contraria al régimen del matrimonio.-

II

EL CASO RESUELTO

En un juicio sucesorio, aparece con absoluta claridad que el causante, casado en primeras nupcias en 1928, volvió a casarse en 1952, sin que el primer matrimonio hubiese quedado disuelto.-

Vale decir que se trata de la sucesión de un bígamo, a cuya conducta no cabe aplicar ningún matiz, pues sería impensable admitir que hubiese actuado de buena fe.-

La segunda pretendida cónyuge, ligada al causante por un matrimonio nulo de nulidad absoluta, se presenta en autos pidiendo que se la incluya en la declaratoria de herederos, en condición de viuda.-

El juez de primera instancia rechaza esa pretensión, y la sedicente viuda apela de su decisión.-

El Fiscal de Cámara pidió, en ejercicio de la acción pública que le compete, que fuera declarada la nulidad del matrimonio ostensiblemente nulo. No dedujo una demanda por nulidad de matrimonio, acción que le está vedada por el 239, pero alegó esa invalidez, en cumplimiento del deber que le corresponde de actuar en interés de la moral y de la ley.-

Finalmente, el Tribunal no acogió esta petición y decidió revocar la sentencia recurrida, aduciendo que como el segundo matrimonio no había sido anulado, corresponde respetar sus efectos, y entre ellos la vocación hereditaria de la supuesta cónyuge supérstite.-

Es una conclusión que puede extraerse de la última frase del 239: "Ningún matrimonio será tenido por nulo sin sentencia que lo anule, dictada en proceso promovido por parte legitimada para hacerlo".-

El resultado a que conduce esta conclusión es evidente: La mujer ligada al causante por un matrimonio nulo de nulidad absoluta, es admitida a su sucesión, como si la ley argentina aceptara la poligamia.-

III

LA NORMA APLICADA

a) Una breve historia

El viejo art. 86 de la ley 2393 disponía, como su antecedente, el 224 del Código Civil, que "la acción de nulidad de un matrimonio no puede intentarse sino en vida de ambos esposos". Pero introdujo a la norma originaria una primera excepción, según la cual, un cónyuge podía, luego de la muerte del otro, requerir la declaración de nulidad del segundo matrimonio contraído por éste.-

La lectura literal del texto parecía dejar en desamparo a los descendientes y colaterales del cónyuge ligado por un vínculo nulo, cuando la acción no fuera intentada por el cónyuge supérstite.-

Esa interpretación fue cuestionada en el III Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba 1961) el cual concluyó que la restricción del art. 86 según la cual sólo el cónyuge podía promover la nulidad post mortem, se reducía a los casos de "acción pura", pero no a los casos en que la nulidad se relaciona con otros derechos, incluso patrimoniales.-

En estos casos, la prohibición de demandar la nulidad no debía regir cuando aquella se basara en los impedimentos de ligamen, incesto o crimen y la acción fuera intentada por ascendientes o descendientes.-

Ese despacho del III Congreso quedó plasmado en la redacción que la ley 17.711 dio al art. 86 de la ley 2393.-

Tal era la regulación imperante hasta que, en 1987, previa declaración de inconstitucionalidad de la ley 2393 por la Corte Suprema, el Congreso dictó y el Poder Ejecutivo promulgó la ley 23.515, que introdujo el divorcio vincular.-

b) Discusiones doctrinarias

La doctrina estuvo dividida respecto de la interpretación del régimen de las nulidades matrimoniales.-

Un sector, integrado por fervorosos sostenedores del divorcio vincular -con la sola excepción de Molinario que era celoso defensor de la indisolubilidad- proclamaba la especialidad del régimen de nulidades matrimoniales, que aplicaba con total independencia del sistema de nulidad de los actos jurídicos, contenido en los artículos 1037 y siguientes del Código Civil. Era la tesis sostenida, con diferencia de matices, por Fassi, Díaz de Guijarro, Rébora, Belluscio, Zannoni, entre otros.-

Otro sector de la doctrina interpretaba que las normas relativas a las nulidades matrimoniales debían ser integradas en el sistema general de los actos jurídicos que el Código organiza, y que los preceptos genéricos eran aplicables al matrimonio, en todo cuanto no mediara una regulación específica. Era esta la posición sostenida por Lafaille, Llambías, Borda, Pedro León, Spota, Cichero y el suscripto.-

El dogma de la especialidad consistía en dos principios derivados del derecho francés, según el primero de los cuales no podía haber nulidad sin una norma específica que la consagrara; conforme al segundo, un matrimonio sólo podía ser considerado nulo a partir de la sentencia que así lo declarara.-

Se trata de un criterio jurisprudencial acuñado en Francia en 1844, y erigido en defensa del matrimonio, para evitar su aniquilamiento por vía de nulidad.- Pero, como dicen los Mazeaud, tal criterio pudo haber tenido explicación antes de que, en 1884, Francia incorporara el divorcio vincular ⁽¹⁾ no ahora, dado el "número considerable de los divorcios y el número ínfimo de las nulidades".-

Entre nosotros pasa algo semejante.-

Antes de 1987, cuando la nulidad servía para invalidar el matrimonio celebrado en fraude a la ley argentina, la especialidad constituía un medio de mantener la eficacia de esas uniones, que eran la avanzada del divorcio vincular, en cuanto mellaban la indisolubilidad del vínculo, a través de sentencias extranjeras y segundas uniones cuya impugnación se trataba de dificultar al máximo.-

c) El artículo 239

Cuando se elaboró la ley 23.515, el art. 86 de la ley 2393 fue mantenido en lo sustancial, aunque con dos agregados:

1º) El inciso 5º dispone que "La acción de nulidad del matrimonio no puede ser promovida por el Ministerio Público sino en vida de ambos esposos".-

Creemos que el precepto es razonable si se deja a salvo el derecho del Fiscal a invocar la nulidad en el solo "interés de la moral y de la ley".-

2º) La frase final del artículo contiene el agregado cuya invocación ha sellado la suerte de esta causa,

¹. Mazeaud - Parte I - Tomo III, nº 789 y stes..-

dando cabida a la cónyuge del bigamo en la sucesión de quien contrajo con ella un matrimonio nulo de nulidad absoluta.-

Dice el texto: "Ningún matrimonio será tenido por nulo sin sentencia que lo anule, dictada en proceso promovido por parte legitimada para hacerlo".-

Se trata, obviamente, de un intento por consagrar legalmente uno de los dogmas de la teoría de la especialidad, y ofrecer así una defensa que aprovechará a los otorgantes de vínculos inválidos, a despecho de lo que dispone la ley sobre la unidad del matrimonio y las consecuencias de la bigamia.-

IV

EL CONTEXTO DEL 239

Sin embargo la interpretación no es tan unívoca como una lectura apresurada del texto permitiría suponer.-

En efecto, la norma que hemos transcripto se refiere a la sentencia que anule un matrimonio.-

La diferencia entre anular y declarar nulo, es notoria, pues mientras se anulan los actos anulables, vale decir cuya invalidación depende de juzgamiento, los actos nulos se declaran tales, es decir que, apoyándose en la expresa sanción legal, el juez no tiene otra alternativa que explicitar la invalidez.-

El verbo empleado por el último párrafo del 239 -anule- debe ser entendido como referido a un matrimonio anulable, pero es inaplicable a un matrimonio nulo. Y el segundo matrimonio celebrado por el bigamo es, sin duda, un acto nulo, y, además, de nulidad absoluta, en cuanto afecta al interés de la moral y de la ley, y por lo tanto no es susceptible de confirmación.-

Advertimos, sin embargo, que el funcionamiento de este criterio puede encontrar un escollo en la nueva calificación de las nulidades que establecen los arts. 219 y 220, según la redacción impuesta por la ley 23.515, que sólo distingue nulidades absolutas y relativas.-

Se ha omitido toda alusión al carácter nulo o anulable del matrimonio, distinción que los sostenedores de la especialidad pretenden eliminar.-

En efecto, dijo a su hora Fassi, interpretando cuestionablemente a Freitas, que el matrimonio es nulo sólo en los casos de identidad de sexos, o falta de celebración, y que en todos los demás supuestos de invalidez, es anulable ⁽²⁾.- La tesis ha sido recogida por Belluscio ⁽³⁾ y Zannoni ⁽⁴⁾.-

Pero esas reflexiones no son, en modo alguno, concluyentes. La necesidad de realizar una investigación de hecho para asegurar que la causa de nulidad es la que sea, puede ser necesaria en ciertos casos, pero no priva a

². Fassi, Santiago. "Estudios de derecho de Familia", Ed. Editora Rioplatense. La Plata 1962, pag. 139.-

³. Belluscio, Augusto C. Derecho de Familia, Ed. Depalma, Bs.As. 1976, n° 387.-

⁴. Zannoni, Eduardo A. Derecho Civil - Derecho de Familia, Ed. Astrea, Bs.As. 1989, n° 218.-

la sanción del carácter que le es propio, porque, una vez acreditados los hechos tales como son, el juez debe operar según la ley lo manda.-

Si un demente declarado tal en el lugar de su domicilio otorga, en otra parte, un acto jurídico, es probable que haya que certificar la existencia del fallo que establece su incapacidad; si se alega parentesco prohibido entre dos cónyuges, no es imposible que la determinación del vínculo que los liga requiera un proceso de esclarecimiento. Pero lo que determina el carácter de la nulidad es su funcionamiento automático: Si el otorgante es un demente declarado, si los interesados son hermanos, el juez sólo podrá descargar la espada de la justicia sobre el acto impugnado para declarar -no constituir- su nulidad.-

La tentativa de reducir la clasificación de las nulidades matrimoniales a absolutas y relativas, es, a mi juicio, una tentativa fallida.-

Si un matrimonio no pudiese ser nulo, sino tan solo anulable, carecería de sentido la norma del art. 223, que, en caso de mala fe de ambos cónyuges, retrotrae los efectos de la sentencia a la fecha de la celebración, es decir que funciona como sentencia declarativa de la nulidad -propia de los actos nulos-, y no ya constitutiva -que conviene a los anulables-, en cuyo caso sólo operaría para el futuro (art. 1046).-

Cualesquiera hayan sido los esfuerzos de quienes tuvieron la responsabilidad de redactar la ley 23.515, entiendo que sus intenciones no han sido bien articuladas en el texto.-

Dígase lo que se quiera, un matrimonio es un acto jurídico, y como tal no puede escapar a los criterios que el Código Civil -del que forman parte las normas relativas al matrimonio- establece para los actos jurídicos en general.-

Tal pretensión es equivalente a la de una ley que dijera: la única distinción admisible entre los habitantes de la Nación, es entre capaces e incapaces. No se podría evitar con ello que se advirtieran otras diferenciaciones: blancos y negros, instruidos y analfabetos, ciudadanos y extranjeros.-

La categoría de los actos nulos está formulada por los artículos 1041, 1042, 1043, 1044 del Código Civil, y no hay norma según la cual tal concepto sea inaplicable en el ámbito matrimonial.-

Por ello sostengo que sigue siendo aplicable y que constituye un medio eficaz para resolver cuestiones como la que se plantea en el caso de autos.-

V

CONCLUSION

Concluyo, pues, que si bien la sentencia comentada constituye una aplicación del art. 239 del Código Civil, según el texto agregado por la ley 23.515, el resultado a que se llega por ese camino es inicuo, en cuanto erige en heredera a la mujer ligada al causante por un matrimonio nulo de nulidad absoluta. Y los resultados inicuos deben ser cuidadosamente rehuidos por los jueces.-



ESTUDIO MAZZINGHI
ABOGADOS

Tal conclusión ofende el orden público, expresado por una ley que establece el matrimonio monogámico.-

Es una lástima que en su defensa no se haya puesto en juego los principios que la ley contiene para preservar el orden público, como es el artículo 1047, que los autores de la reforma han querido extrañar del ámbito matrimonial, pero que sigue gozando de buena salud, y bien pudo ser convocado a resolver equitativamente este conflicto, admitiendo la alegación de una nulidad absoluta que efectuó el Fiscal de Camara, inhabilitado para accionar pero no para denunciar la ilegitimidad del título hereditario esgrimido por la falsa cónyuge.-

Ello hubiese puesto a salvo cierto grado de respetabilidad, que todavía merece el matrimonio, aunque su fisonomía haya sido gravemente desfigurada por las leyes que lo regulan.-