





# DERECHO DE FAMILIA



ARNALDO MARTÍNEZ ROZZANO

© **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY**

## **DERECHO DE FAMILIA**

**ARNALDO MARTÍNEZ ROZZANO**

Primera Edición 2016: 300 ejemplares (274 páginas)  
ISBN: 978-99953-41-41-1

DERECHOS RESERVADOS

### **INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (IIJ)**

Alonso y Testanova 9° Piso, Torre Sur, Asunción.  
Teléfono: +595 21 422 161

#### *Coordinación*

**JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER**, *Ministro Responsable*  
**CARMEN MONTANÍA CIBILS**, *Directora*

#### *Colaboración especial*

**MIRYAM PEÑA**, *Vicepresidenta 2° de la CSJ*

#### *Equipo de edición*

ÁGUEDA CRIMI, *Control de la bibliografía*  
MIGUEL LÓPEZ, *Diseño de tapa*  
OVIDIO AGUILAR, *Diagramación*

# CONTENIDO

Prólogo.....	11
Dedicatoria .....	13

## CAPÍTULO I

### LA FAMILIA

1. Importancia de su estudio y regulación. ....	15
2. Concepto. ....	17
3. Naturaleza jurídica de la familia. ....	18
4. Parentesco.....	22
5. Grados. Líneas. Tronco. ....	24
7. Derechos y obligaciones de los parientes. Prestación de alimentos. ....	25
8. ¿Quiénes están obligados a la prestación de alimentos?.....	28

## CAPÍTULO II

### EL MATRIMONIO

1. Nociones generales e importancia del matrimonio. ....	33
2. Matrimonio.....	34
3. Etimología y sinonimias. ....	35
4. Distintas acepciones. ....	35
5. Definición de Matrimonio, en la Ley N° 1/92 (De Reforma Parcial del Código Civil).....	37
6. Naturaleza jurídica del matrimonio.....	37
7. Caracteres del matrimonio. ....	40
8. Formas de celebración del matrimonio. ....	41
9. Esponsales. Definición. ....	43
10. Antecedentes históricos. ....	43
11. Los esponsales en el Código Civil. ....	45
12. Los esponsales en la Ley N° 1/92.....	46

### CAPÍTULO III

## IMPEDIMENTOS PARA LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

1. Concepto de Impedimento.....	49
2. División de la doctrina: Impedimentos dirimientes e im- pedientes. Diferencias.....	50
3. Los impedimentos dirimientes.....	50
4. Impedimentos absolutos y relativos.....	52
5. La oposición al matrimonio.....	53
6. ¿Quiénes tienen derecho a la oposición?.....	53
7. ¿Ante quién se deduce la oposición?.....	55
8. Procedimiento realizado por el oficial: Audiencia de los contrayentes. En caso de que estos aleguen la falsedad del impedimento, ¿qué debe hacer el Oficial Público?.....	55

### CAPÍTULO IV

## DE LAS DILIGENCIAS PREVIAS A CONTRAER MATRIMONIO

1. Concepto de las diligencias previas.....	67
2. Su regulación.....	68
3. Celebración del matrimonio-acto. Requisitos.....	69
4. El Oficial. Sus obligaciones.....	72
5. Los testigos, qué clases son y número.....	73
6. Autorización para los menores.....	73
7. Redacción y firma del acta. Casos en que la posesión de estado cubre los vicios de que adolece el acto del matri- monio.....	74
8. El matrimonio " <i>in articulo mortis</i> ". ¿Quiénes pueden celebrar- lo?.....	74
9. Prueba del matrimonio. Matrimonios anteriores a la sanción de la Ley del 26 de diciembre de 1898 del matrimonio civil. Matrimonios posteriores a esta ley. Imposibilidad de pre- sentar la partida.....	75
10. Celebración del matrimonio religioso. Requisitos.....	76

**CAPÍTULO V**

**EFFECTOS JURÍDICOS DEL MATRIMONIO<sup>83</sup>**

1. Efectos jurídicos del matrimonio.....	83
2. Efectos en cuanto a las personas.....	84
3. Domicilio conyugal. ....	87
4. Efectos en cuanto a los bienes. ....	87
5. Regímenes de bienes en el matrimonio, concepto. ....	88
6. Antecedentes históricos: Regímenes de la absorción, de la unidad, de la unión de bienes y el dotal.....	90
7. Sistemas doctrinarios modernos.....	93

**CAPÍTULO VI**

**LOS REGÍMENES PATRIMONIALES O DE BIENES**

1. Los regímenes patrimoniales o de bienes.....	99
2. Los regímenes patrimoniales establecidos en la Ley N° 1/92. ....	100
3. Las convenciones matrimoniales. Concepto.....	110
4. Su regulación en el Código y en la Ley N° 1/92.....	110
5. Forma. ....	112
6. Informe del Oficial Público a los futuros esposos.....	113
7. Los contratos entre cónyuges. ¿Cuáles son permitidos? .....	113

**CAPÍTULO VII**

**RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE GANANCIALES**

1. Régimen de comunidad de gananciales. Concepto y caracte- res.....	115
2. Las clases de bienes. ....	116
3. Las cargas de la comunidad. Concepto. ....	120
4. Su regulación en la Ley N° 1/92.....	121
5. La disolución de la comunidad conyugal. ....	126
6. Causas. ....	129
7. El juicio de disolución y liquidación de la comunidad con- yugal. Los trámites. ....	135
8. Efectos de la disolución. ....	141

## CAPÍTULO VIII

### EL DIVORCIO

1. El divorcio.....	147
2. Su división en divorcio <i>ad vinculum</i> y divorcio <i>quod ad thorum</i> .....	148
3. Separación judicial de cuerpos.....	148
4. El juicio. Las medidas cautelares que puede tomar el Juez.....	154
9. La tenencia.....	156
10. Las pruebas en el juicio de separación de cuerpos.....	157
11. Efectos de la separación judicial de cuerpos en cuanto a los cónyuges, en cuanto a los hijos.....	158
12. Cesación de la separación judicial.....	161

## CAPÍTULO IX

### EL DIVORCIO VINCULAR

1. Concepto.....	163
2. Antecedentes históricos.....	163
3. Diferencia fundamental con la separación judicial de cuerpos.....	166
4. Su regulación en la Ley N° 45/91.....	168
5. El divorcio vincular por presentación conjunta o mutuo con- sentimiento.....	176
6. Requisitos y procedimientos. Ley N° 45/91.....	177
7. Efectos.....	178
8. El divorcio vincular por una de las causales establecidas en la ley: ¿Cuáles son estas causales?.....	180
9. Procedimiento.....	181
10. Efectos.....	182
11. Conversión de la separación de cuerpos en divorcio vincular.....	183

## CAPÍTULO X

### NULIDAD DEL MATRIMONIO

1. Concepto.....	191
2. Clasificación de las nulidades matrimoniales.....	193
3. Enumeración de las causales de nulidad del matrimonio.....	194



4. Los vicios del consentimiento.....	197
5. La impotencia. Clases.....	201
7. ¿A cuál se refiere el Código?.....	202
8. ¿Cómo se prueba la impotencia?.....	202
9. Plazo dentro del cual se podrá reclamar la acción de nulidad por vicio del consentimiento.....	203
10. Efectos de la nulidad del matrimonio. La teoría del matrimonio putativo. Concepto.....	203
11. Casos establecidos en la ley: Ambos cónyuges de buena fe, uno de buena fe y ambos de mala fe.....	205
12. Efectos con relación a los hijos y a los terceros.....	206

## CAPÍTULO XI

### DE LAS UNIONES DE HECHO

1. Introducción.....	211
2. Su regulación en el Código y en la Ley N° 1/92.....	212
3. Plazo para que proceda y régimen que crea.....	214
4. Casos en que durante la unión nacieren hijos.....	215
5. Administración de los bienes.....	216
6. Hijos nacidos durante la unión.....	217
7. Alimentos en caso de terminación de la convivencia o de disolución.....	217
8. División de los bienes en caso de fallecimiento de uno de los concubinos.....	217
9. Inscripción de la unión. Juez competente. Procedimiento.....	218

## CAPÍTULO XII

### LA FILIACIÓN

1. Concepto: Sentido amplio y sentido restringido.....	225
2. Calidad de la filiación. Filiación matrimonial. Hechos que presume la ley.....	229
3. Situaciones especiales contempladas en nuestro Código en caso de un segundo matrimonio.....	231
4. Filiación extramatrimonial.....	232

Reconocimiento por vía judicial. Procedimiento. Pruebas admitidas. Posesión de estado del hijo. Limitación del reconocimiento en caso de muerte de los padres. Indagación de la maternidad de la mujer casada; limitación. ....	235
Acciones de filiación. ....	235
A) Caracteres. ....	235
B) Acción de impugnación por los padres en caso de fraude. ....	241
C) Acción de impugnación por los hijos. ....	241

## CAPÍTULO XIII

### LA CURATELA

1. Consideraciones previas. ....	257
2. Concepto. ....	258
3. La curatela en el Código Civil. Curatela de personas. ¿A quié- nes se les designa un curador? ....	259
4. ¿Quiénes son los curadores legítimos? ....	260
5. La función principal del curador de personas. ....	260
6. Casos en que puede ser recluso el sujeto a curatela. ....	261
7. Caso del incapaz que tuviera hijos menores. ....	262
8. Cese de la curatela de personas. ....	263
9. La curatela de bienes. Diferencia con la de personas. ....	263
10. En qué casos se da. ....	264
11. Las limitaciones impuestas por la ley a los actos del curador de bienes. ....	264
13. Fin de curatela de bienes. ....	265
Referencia Bibliográfica. ....	271



# PRÓLOGO

Ninguna persona es ajena a la gravitación que tiene la institución de la Familia dentro de toda sociedad, a tal punto, que es objeto de protección por parte de nuestra Carta Magna, así como de distintos instrumentos internacionales que fueron incorporados a nuestro ordenamiento jurídico interno.

Tampoco a nadie escapa que en ella convergen y, al mismo tiempo, en ella tienen su fuente relaciones humanas diversas, con consecuencias personales y patrimoniales. Estas circunstancias hacen que la Familia sea materia que ocupa a distintas ramas de la ciencia; mas, en esta obra interesa –naturalmente– el lado jurídico de la misma.

Lo dicho hasta aquí da una idea de lo complejas y desafiantes que son las cuestiones que la Familia plantea. He ahí el valor y la importancia de estos apuntes, pues el Derecho de Familia se aborda en ellos con una estructura y lenguaje sencillos, lo cual vuelve accesible la materia para los alumnos y alumnas que se inician en las Ciencias Jurídicas.

Esta obra es el fruto de la experiencia recogida por el autor en las aulas universitarias, a través de la interacción con los alumnos y alumnas, así como con los colegas profesores y profesoras. Estos apuntes nacen con base en la necesidad que percibió su autor de proporcionar a los y las estudiantes un material que, en vez de intimidar con un lenguaje excesivamente técnico, los anime y entusiasme a convertirse en verdaderos estudiosos del Derecho de Familia.

Estoy segura de que mi estima hacia el autor de esta obra no perjudicó la objetividad de mi opinión sobre ella; antes bien,

generó una visión aún más exigente y crítica a la hora de ponderarla.

Espero que las personas destinatarias de esta obra sepan dimensionar la valiosa herramienta de estudio sobre el Derecho de Familia que hoy se pone en sus manos, y que con ella se genere un espacio de debate sobre un tema central y principalísimo en estos tiempos, y que, por el escenario social instalado y considerando las distintas aristas que presenta, plantea acuciantes desafíos que necesitan imperiosamente ser atendidos.

Alma Méndez de Buongermini.

*Dedico este trabajo a mis amigos y a las personas que colaboraron de cerca en la elaboración del mismo.*



## CAPÍTULO I

# LA FAMILIA

*Sumario:* 1. Importancia de su estudio y regulación. - 2. Concepto. - 3. Naturaleza jurídica de la familia. Persona jurídica, organismo jurídico, institución. - 4. Parentesco. Concepto. - 5. Grados. Líneas. Tronco. - 6. Derechos y obligaciones de los parientes. - 7. Prestación de alimentos. - 8. ¿Quiénes están obligados?

### **1. Importancia de su estudio y regulación.**

La familia merece una necesaria profundización en su estudio y regulación, debida al carácter especial de la misma dentro de la sociedad y del mundo jurídico y los efectos que ello conlleva. El Estado reconoce la existencia de la familia otorgándole su necesaria protección y ubicación dentro del ordenamiento jurídico de la República, respetando su naturaleza especial y sus características propias que se darán a conocer a lo largo del presente material.

Nuestra ley suprema, en el Capítulo IV “De los Derechos de Familia”, Arts. 49 y siguientes, establece que la misma es el fundamento de la sociedad, e incluye a la unión estable del hombre y la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de sus progenitores y sus descendientes.

El Art. 17, inc. 1), del Pacto de San José de Costa Rica aprobado por la Ley N° 1/89 de nuestro país, Tratado Internacional del cual somos un país signatario, establece que la fami-

lia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

La Constitución de 1992 enmarcó a la familia en un capítulo especial y así su protección cuenta con rango constitucional, conforme se observa en el Capítulo IV del plexo normativo, Arts. 49 y 50. Por ello, cabe mencionar que la norma fundamental, a más de garantizar la protección integral de la familia, denota claramente que la misma está formada en base a la unión estable del varón y la mujer; enunciación taxativa, que merecerá a lo largo del presente material un estudio más acabado.

FRANCISCO A. M. FERRER señala que la familia tiene su importancia social porque la misma es el más natural y el más antiguo de los núcleos sociales. Tan antiguo como la humanidad misma, y por ende anterior al Estado y preexistente a toda ley positiva. Además, es la base y piedra angular de todo el ordenamiento social por las diversas y fundamentales funciones sociales que cumple. Así:

1.1. **Función geneonómica:** Porque en todas las sociedades se reconoce a la familia como el órgano necesario a través del cual se perpetúa la especie humana.

1.2. **Función socializadora:** En virtud de la cual inserta al individuo en una sociedad determinada, cumpliendo la función básica e inmutable de socializar al niño a fin de que pueda llegar a ser miembro activo de la sociedad en que ha nacido, transmitiéndole las ideas, el lenguaje, las costumbres, los valores de esa sociedad, en una palabra, la cultura.

1.3. **Función estabilizadora:** Es un factor insustituible de equilibrio social. Las virtudes morales y sociales más importantes y necesarias para la cohesión y estabilidad del cuerpo social las aprende el individuo en el seno de una familia bien constituida: la justicia, la bondad, la generosidad, el amor al prójimo, la solidaridad, la condescendencia, el mando y la obediencia.



Esos valores espirituales del individuo desaparecen con la decadencia de la familia y ello provoca también el decaimiento de la sociedad. Por ello, el buen funcionamiento de la institución familiar es factor indispensable del orden y equilibrio sociales.

El autor señala también la importancia jurídica de la familia indicando que la misma es fuente de un conjunto de relaciones jurídicas: "Las relaciones conyugales, las relaciones paterno-filiales y las genéricas relaciones de parentesco, a las cuales la ley organiza y les otorga determinados efectos jurídicos" (MÉNDEZ COSTA, 1982, p. 20). Tales conceptos se irán desarrollando en el transcurso de los capítulos subsiguientes donde se mencionará textualmente el derecho positivo que legisla sobre la familia.

## 2. Concepto.

El concepto de la familia puede formularse desde un doble punto de vista: Jurídico y Sociológico.

a) La **perspectiva jurídica** nos brinda un concepto amplio:

Familia es el conjunto de personas unidas por los vínculos jurídicos emergentes del matrimonio o del parentesco. En este sentido lato la familia comprende tres órdenes de relaciones: Las conyugales, las paterno-filiales y las parentales.

b) La **perspectiva sociológica** restringe el concepto de familia al núcleo paterno-filial, llamado pequeña familia, o familia nuclear. La familia, en este sentido, se define como la agrupación natural formada por el padre, la madre y los hijos no emancipados por el matrimonio, que viven con ellos, o que están bajo su potestad, aunque no convivan en el hogar común.

De un modo genérico se puede definir la familia como *"una asociación de personas integrada por dos individuos de distinto sexo y sus hijos, que viven en una morada común bajo la autoridad de*

*ambos padres, que están en relación con los ascendientes, descendientes y colaterales por vínculos de sangre y lazos de parentesco, y que constituye el grupo humano fisiogenético y primario por excelencia”* (MÉNDEZ COSTA, p. 13).

### **3. Naturaleza jurídica de la familia.**

El Prof. MORENO RUFFINELLI nos enseña que existen en el derecho diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de la familia, las principales son:

**A. Teoría de la persona jurídica:** Esta tesis fue desarrollada principalmente por el francés SAVATIER y apoyada en su momento por los hermanos MAZEAUD y en Argentina por ARIAS. Según el primero de ellos, la familia tiene fines superiores que no son los mismos que los individuales de los miembros que la integran, pues ello se traduce no solamente en el campo extrapatrimonial sino en el patrimonial, ya que existen cuestiones económicas que interesan a todo el núcleo familiar, como las cargas del matrimonio, el bien de familia, y otros, y que por lo tanto la voluntad de los miembros es sustituida por la voluntad de la familia. Quienes se muestran favorables a dicha teoría, consideran a la familia como una persona moral o jurídica, que puede adquirir derechos y obligaciones e incluso, como el caso de SAVATIER, han propuesto modificaciones legislativas para aceptar esta doctrina, cosa que no ha ocurrido. Además está decir que la teoría ha ganado pocos adherentes. Categóricas han sido las críticas de BELLUSCIO, quien es citado por MORENO RUFFINELLI, al respecto, las cuales compartimos: *“No cabe duda que la familia no es persona jurídica, pues le falta evidentemente la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones; las asignaciones familiares, como el bien de familia, son derechos individuales de sus beneficiarios y no de un ente jurídico familia, que no existe”* (MORENO RUFFINELLI, 2009, p. 53). Lo mismo puede decirse en nuestro derecho a la luz de las disposiciones de los Arts. 91 y sgtes. del Código Civil, que establecen cuáles son en nuestro derecho las

personas jurídicas, entre las cuales claramente no figura la familia.

**B. Teoría del organismo jurídico:** Para el profesor ANTONIO CICU, citado por MORENO RUFFINELLI, *“La familia es un organismo jurídico. Esto quiere decir que, si bien la familia no es una persona jurídica, sí es un “organismo jurídico”, pues entre los miembros de la familia no habría derechos individuales sino vínculos recíprocos de interdependencia entre los sujetos y subordinación de todos ellos a un fin superior con asignación de funciones que son ejercidas por aquellos de sus miembros a quien la ley se les confiere”* (p. 54).

CICU, para exponer mejor sus ideas, llegó a hacer un paralelismo entre la esencia del Estado y la familia, sosteniendo que existe un poder familiar que establece entre sus miembros una relación de dependencia (poder familiar), similar al que hace que los ciudadanos dependen del Estado. Las consecuencias de estas ideas, y su sesgo marcadamente autoritario, no escaparon a la mejor doctrina: tempranamente DÍAZ DE GUIJARRO, citado por MORENO RUFFINELLI, señaló que: *“El paralelismo entre el organismo estatal y el organismo familiar conduce a una abstracción de la familia en la cual los poderes se deshumanizan, abstracción inadecuada ante un hecho social tan concreto y tangible como la familia”* (p. 54). Como refiere BELLUSCIO, sobre el final de su vida el propio ANTONIO CICU dio cuenta de sus errores y rectificó en parte su insostenible teoría, señalando que no existe en la familia un concepto que puede equivaler al concepto de soberanía absoluta que existe en el Estado y que rige a sus componentes en todas las situaciones y momentos.

**C. Teoría de la institución:** La tesis de que la familia es una **institución** es la más aceptada en la doctrina, aunque con tanta diferencia de matices que quizás quepa cuestionarse si realmente puede hablarse de una única teoría de la institución. El problema girará en torno, entonces, sobre qué queremos decir exactamente con “institución”. Es conocida, por magistral, la tesis sobre la institución sustentada por HAURIU, y que es desa-

rrollada más en profundidad por RENARD. Estos autores sostienen un criterio técnico y distinto del uso ordinario de la palabra “institución”. Para HAURIU, la institución es todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados y que no pueden ser destruidos ni siquiera por la legislación. Entre ellos se encontrarían la familia, la propiedad, el Estado, etc. Ahora bien: Existen dos elementos para determinar si algo es una institución: (i) la idea de la obra a realizar en un grupo social; (ii) el poder organizado, puesto al servicio de esta idea para su realización, que se concreta en la sujeción de voluntades individuales al servicio de la institución. De esta aproximación podemos entender que ellas de por sí son insuficientes para explicar la familia, ya que no pueden aplicársela lisa y llanamente los conceptos expresados. Deben tenerse en cuenta las aristas propias del tema, ya que como principio podemos decir que es un conjunto de personas unidas por vínculos provenientes de la sangre y de la ley, pero que aún anteriores y posteriores hechos pueden determinar cambios en ellas que son substanciales. La tesis de la institución es complicada y densa, y tiene un sesgo corporativista al intentar sujetar las voluntades individuales a un poder superior. Concordamos con MAZZINGHI en rechazar una asimilación sin más de la familia con la tesis de la institución tal cual fue expuesta por HAURIU, pues no hay una identidad absoluta entre ambas. A pesar de ello, ciertas apreciaciones de esta teoría –como el carácter natural de la familia– son dignas de mención. Otros autores toman el concepto de institución en otro sentido: así, por ejemplo, para algunos, como DIEZ-PICAZO y GUILLÓN, todos estos autores son mencionados por MORENO RUFFINELLI (p. 55), es una institución jurídica, en el sentido de que tiene regulación jurídica propia; otros, como ZANNONI y GUASTAVINO, ven a la familia más que como una institución netamente jurídica (como por ejemplo el contrato) como una institución social que con ciertos matices y con principios propios es regulada por el derecho.

Para el Dr. MORENO RUFFINELLI, todas las largas disquisiciones y oscuras teorías que se han propugnado para la familia no deben hacernos perder de vista lo que la familia significa desde una perspectiva integral del ser humano. Su encasillamiento en teorías confusas o su pretendida personalización jurídica no debe oscurecer el hecho de que la familia, en el fondo, no es otra cosa que el grupo humano elemental unido por vínculos naturales y jurídicos, y que busca, en un ámbito de respeto y solidaridad, la realización plena de sus miembros y del grupo como tal. No existe, por tanto, subordinación de la voluntad individual a la de la familia. Existe sí un embrión de organización social al que se le dota de autoridad limitada por la propia ley y en el que se establecen los derechos de sus miembros.

Con la familia nace una nueva persona que hace desaparecer a las demás que la componen. Hay una suerte de consorcio, proveniente de la vida en común y de los vínculos de sangre. Hay, hasta si se quiere, una fuerza de atracción entre sus miembros que origina una solidaridad entre ellos que va más allá de lo material. Por lo tanto, no debe buscarse otra interpretación para ella que la de una reunión de personas nacidas de un hecho, la procreación, que generalmente importa también la unión de esfuerzos comunes para su proyección en el porvenir.

La familia es, como ya hemos venido apuntando, una comunidad de vida total entre sus miembros: un ámbito vital cerrado y autónomo frente al Estado y la Sociedad, que solo podrá intervenir en el santuario de vida que representa esta institución cuando existan graves motivos que así lo justifiquen.

Como dice LACRUZ BERDEJO, quien también es citado por MORENO RUFFINELLI (p. 56), la naturaleza de la familia proviene justamente del hecho de que la misma es connatural al hombre, cualquier otro concepto de familia significa desfigurarla o insertar peligrosas ideologías corporativistas o de otra índole. La familia tiene una trascendente misión por su función en la so-

ciudad, y busca mantener el bien común de sus miembros mediante un delicado balance entre (i) el bien de cada uno de los individuos que la componen (ii) y la solidaridad que debe primar en el grupo familiar.

#### 4. Parentesco.

**Concepto:** “El parentesco es el vínculo jurídico que nace de lazos de sangre, del matrimonio o de la adopción” (BORDA, 1969, p. 15).

También se puede definir el parentesco “como es el vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos que descienden de un mismo tronco. Esta definición era criticada por la doctrina ya que presenta un carácter de parcialidad por cuanto omite la relación parental entre afines” (OSSORIO, 1984, p. 542).

En nuestra legislación se admiten tres categorías de parentesco según el Art. 249 del Código Civil y pueden ser por:

a) **Consanguinidad:** “El parentesco por consanguinidad es la relación que existe entre las personas unidas por el vínculo de la sangre” Art. 250 del Código Civil.

“Aquel que se crea y perdura de personas que descienden de un tronco en común. En la línea recta, padres e hijos, abuelos y nietos, bisabuelos y bisnietos, tatarabuelos y tataranietos, retatarabuelos y choznos. En la colateral aparecen los hermanos, primos, sobrinos, tíos” (OSSORIO, p. 544).

b) **Afinidad:** La afinidad es el vínculo entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro. También llamado parentesco alianza, es el que une a cada uno de los esposos con el pariente consanguíneo del otro. Se deriva por lo tanto de la ley no de la sangre.

“Es el existente entre el marido y los parientes consanguíneos de su mujer; entre ésta y los de igual clase de su esposo. Tal es el del suegro y de la nuera, el de suegra y yerno, los de cuñados. Por no crear afinidad no hay parentesco real alguno ni natural ni legal, en principio, entre consuegros y entre hermanastros. Puede haberlo por alguna superposición de nexos familiares; como cuando se casan primos hermanos, en que ambos padres de los consortes, ambas madres o una pareja mixta en la sexual, además del vínculo del consuegro, poseen el carnal de hermanos” (OSSORIO, p. 544).

El código establece en su Art. 254 que el parentesco por afinidad en línea recta no se extingue por la disolución del matrimonio que lo originó, así también, este artículo nos señala en su última parte que el parentesco por afinidad no crea parentesco entre los consanguíneos de uno de los cónyuges y los del otro.

c) **Adopción:** *“La adopción es una institución jurídica de protección al niño y adolescente en el ámbito familiar y social por la que, bajo vigilancia del Estado, el adoptado entra a formar parte de la familia o crea una familia con el adoptante, en calidad de hijo, y deja de pertenecer a su familia consanguínea, salvo en el caso de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente”.* Art. 1º de la Ley de Adopciones.

Nuestro Código Civil dispone en su Art. 255 que la adopción establece parentesco entre el adoptado y el adoptante y con la familia de este, en los casos establecidos en el Código del Menor – derogado por el código de la Niñez y la Adolescencia, pero este último no regula adopción. EL instituto es regulado por la Ley N° 1136/97 de Adopciones, la cual determina en su Art. 3º que: *“La adopción es plena, indivisible e irrevocable y confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen y le otorga los mismos derechos y obligaciones de los hijos biológicos. Con la adopción, cesan los vínculos del adoptado con la familia de origen, salvo los impedimentos dirimentes en el matrimonio provenientes de la consan-*

*guinidad. Cuando la adopción tiene lugar respecto del hijo del cónyuge o conviviente de otro sexo, cesan los vínculos solo con relación al otro progenitor”.*

## **5. Grados. Líneas. Tronco.**

*... “La proximidad del parentesco se determina por el número de generaciones, cada generación forma un grado, la serie de grados forma una línea” (Art. 250 del Código Civil).*

a) **Grados:** Se llama grado al vínculo entre dos individuos de generación sucesiva. Nuestro Código dispone en su Art. 250 que cada generación forma un grado. Es el cómputo o distancia que hay entre un pariente y el otro hasta el tronco común de ambos. “Cada una de las generaciones de una familia define el término jurídico de grado. Para establecer la vocación hereditaria es muy importante establecer el grado de relación de parentesco que tenía el causante en relación a los herederos” (PANGRAZIO, p. 225).

b) **Líneas:** Es la sucesión de grados que, en conjunto forman una línea; esta, a su vez, puede ser de dos tipos:

1. **Línea recta:** “Es la serie de grados entre personas que descienden una de otra” ... “La línea recta es descendente o ascendente. La descendiente liga al ascendiente con los que descienden de él y la ascendente une a una persona con aquellas de quienes desciende” (Art. 251 del Código Civil). “En ambas líneas hay tantos grados como personas, menos una. En la línea recta se sube hasta el ascendiente” (Art. 252 del Código Civil).

*En la línea recta, como se expresa en la norma, el parentesco vincula a determinadas personas con el tronco común. Si ese vínculo se refiere a padres, abuelos, bisabuelos, la línea recta es ascendente, pero si el vínculo es del tronco común con hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc., la línea recta será descendente (PANGRAZIO, p. 224).*



2. **Línea colateral:** *“Es la serie de grados entre personas que tienen un ascendiente común, sin descender una de otra”* (Art. 251 del Código Civil).

*“En la colateral se sube desde una de las personas hasta la ascendiente común, y luego se baja hasta la otra persona con la que se quiere establecer el grado de parentesco”* (Art. 252 del Código Civil).

c) **Tronco:** Es el ascendiente común del cual parten una o más líneas.

... *“El grado y la línea de la afinidad se determinan según el grado y la línea de la consanguinidad”* (Art. 253 del Código Civil).

## **7. Derechos y obligaciones de los parientes. Prestación de alimentos.**

La prestación de alimentos es una de las consecuencias jurídicas que genera el parentesco, establece la ley que esta obligación comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestido, así como lo indispensable para la asistencia en las enfermedades; además, tratándose de personas en edad de recibir educación, incluirá lo necesario para estos gastos (Art. 256 del Código Civil).

Para el jurista argentino LÓPEZ DEL CARRIL, *“la protección alimentaria es una obligación natural de contenido moral derivada de un “status familiar”, comunidad espiritual y material integrante del deber de asistencia que es de la naturaleza y esencia del vínculo familiar o de parentesco que fundamenta la familia, y obedece a la necesidad de la conservación del individuo y al mantenimiento y robustecimiento de la familia”* (p. 41).

*“La obligación alimentaria es la obligación legal impuesta al pariente pudiente de ayudar al necesitado, cuyo principal fundamento*

*reposa en altos principios de solidaridad familiar. Esta obligación reconoce tres fuentes, primero la ley, segundo el contrato y tercero el testamento”* PEÑA CANDIA, M. (2015).

Nuestra Constitución Nacional consagra la obligación alimentaria en los siguientes artículos, a saber:

**Art. 49.** Garantiza la protección integral de la familia que incluye la obligación alimentaria.

**Art. 13.** Permite la privación de la libertad por incumplimiento de deberes alimentarios.

**Art. 53.** Establece expresamente la obligación de los padres de asistir, de alimentar, de educar, de amparar a sus hijos menores de edad, mandando la penalización del incumplimiento de sus deberes de asistencia alimentaria.

Estas normas constitucionales están ampliamente reglamentadas en el C.C. (Arts. 256-265); en el C.N.A. (Arts. 97-99 y 185-190); y el C.P. (Art. 225).

Tratando de determinar la naturaleza jurídica de la prestación podemos afirmar que es una obligación personal por tratarse de vínculos “inherentes a la persona” y por tanto de carácter extra patrimonial, también es de origen legal y apoyada en un determinado vínculo familiar (filiación, matrimonio, parentesco).

La obligación alimentaria presenta los siguientes caracteres, como lo expone MORENO RUFFINELLI, p. 101.

**A. Obligación *ex lege*:** “La obligación de prestar alimentos tiene como fuente principalísima a la ley; tal el sentido del Art. 258 del Código Civil. Ello no obsta, como también ya hemos advertido, a que tenga otras fuentes, como la convencional”.

**B. Incompensable:**

Cuando una persona es condenada a pasar alimentos, aunque fuera acreedora de la persona a quien debe hacerlo, no puede invocar en su beneficio la compensación. Esto constituye una excepción de nota al principio general que rige en las obligaciones patrimoniales, y una vez más nos demuestra el carácter especial de las normas del derecho de familia.

Así nos señala el Art. 262 del Código Civil que: La obligación de alimentos no puede ser objeto de compensación.

**C. Es intransigible:** La obligación de alimentos no puede ser objeto de transacción.

**D. Es irrepetible:** El que prestare o hubiere prestado alimentos, voluntariamente o por sentencia judicial, no podrá repetirlos en todo o en parte de los otros parientes, aunque estos se hallaren en el mismo grado y condición que él. Art. 262, del Código Civil.

**E. Irrenunciable:** El derecho a reclamar la prestación de alimentos es irrenunciable como lo dispone el Art. 262 de nuestro código.

**F. Inalienable:** Como este derecho es estrictamente personalísimo nuestro código preceptúa que el derecho a reclamar la prestación no puede ser cedido, Art. 262, CC.

**G. Inembargable:** Así lo dispone el Art. 262, que la pensión alimentaria no puede ser gravada ni embargada.

**H. Obligación *intuitu personae*:** Porque es inherente a la calidad de la persona, y, por último;

**I. Recíproca:** Establece nuestro código una reciprocidad en la prestación de alimentos según conforme al Art. 258.

## 8. ¿Quiénes están obligados a la prestación de alimentos?

Nuestro Código Civil en su Art. 258, establece un orden de prelación que debe ser respetado, en consecuencia, nos dice que están obligados *recíprocamente* a la prestación de alimentos, los parientes; en el orden que sigue:

- a) Los cónyuges;
- b) Los padres y los hijos;
- c) Los hermanos;
- d) Los abuelos, y en su defecto, los ascendientes más próximos; y
- e) Los suegros, el yerno y la nuera.

Los descendientes la deberán antes que los ascendientes. La obligación se establecerá según el orden de las sucesiones, proporcionalmente a las cuotas hereditarias. Entre ascendientes, los más próximos están obligados antes que los más lejanos, y los del mismo grado, por partes iguales.

*Quando son varios los obligados conjuntamente a prestar alimentos, la proporción en que deben contribuir se regulará por la cuota hereditaria. Si existiendo varios obligados, el que debe los alimentos en primer término no se hallare en situación de prestarlos, la obligación pasará en todo o en parte a los demás parientes, según el orden establecido en el artículo anterior. Art. 259 del C.C.*

El Dr. MIGUEL A. PANGRAZIO, comenta así este artículo. Si el pariente del grado más próximo no tuviere capacidad de prestar alimentos, la obligación se transferirá en parte a los del grado que le sigue en orden. Es la situación del hijo que le debe alimentos a su padre, pero en la imposibilidad de prestarlo, se

debe hacer cargo el nieto respecto a su abuelo, quien es el beneficiario (p. 232).

Si cambia la situación económica de las partes de la relación jurídica alimentaria nuestro Código Civil en su el Art. 260 resuelve: *“Si después de hecha la asignación de los alimentos, se alterase la situación económica del que los suministra o del que los recibe, el Juez podrá resolver el aumento, la disminución o la cesación de los alimentos, según las circunstancias”*.

Con respecto a la forma en que deben suministrarse los alimentos, nuestro código señala en el Art. 264 *“que el que debe suministrar los alimentos puede hacerlo mediante una pensión alimentaria o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a los alimentos. El Juez decidirá cuándo estime conveniente admitir o no esta última forma de prestarlos”*.

A la hora de determinar cuándo se pagarán las pensiones, el Art. 265 establece que los alimentos se pagarán por mensualidades adelantadas.

La obligación de prestar alimentos cesa conforme al Art. 263:

*a) Tratándose de hijos, cuando llegaren a la mayoría de edad, o siendo menores, cuando abandonaren sin autorización la casa de sus padres.* La primera situación mencionada no se presta mayormente a confusión, puesto que cuando los hijos cumplen la mayoría de edad, estos dejan de estar sometidos a la patria potestad y la obligación de alimento por parte de los padres automáticamente se extingue, salvo que los hijos pese a ser mayores de edad estén sometidos a algún tipo de interdicción.

La situación se torna compleja cuando se trata de hijos que abandonan el domicilio con autorización de sus padres. ¿Cuáles serían los efectos de la norma si un menor irresponsable de 10 años abandona su casa y el padre sin ejercer el dere-

cho de patria potestad no lo reintegra a su hogar? ¿Queda o no liberado de la obligación? Entendemos que no. Si no fuera esta la interpretación le sería muy fácil al padre cruel alentar al hijo para que abandone la casa paterna y él liberarse de sus deberes familiares. Este artículo es comentado por PANGRAZIO, “*Para coordinar la aplicación de estas normas opinamos que cesa la obligación de prestar alimento a los hijos cuando estos pueden alimentarse por sí y atender sus propias necesidades por su propio trabajo*” (p. 233).

**b) Si el que recibe los alimentos cometiere algún acto que lo haga indigno de heredar al que los presta.** En cuanto a la comisión de un acto que pueda ser considerado indigno, tales actos y sus consecuencias deben reglarse en el Libro de Sucesiones de nuestro Código Civil. La muerte del alimentante o del obligado automáticamente hace cesar el deber de asistir alimentariamente al hijo y a este de reclamarle alimento a aquel.

**c) Por la muerte del obligado o del alimentista.** En este supuesto, la causa de terminación de la obligación de prestar alimentos concluye por causa natural. La muerte tanto del alimentista como del obligado extingue la obligación de pleno derecho. Al hablarse de causas de extinción de la patria potestad, inmediatamente nos remontamos a los derechos y obligaciones derivados de la misma y al extinguirse uno de los obligados, automáticamente se extinguen los derechos y las obligaciones.

**d) Cuando hubieren desaparecido las causas que la determinaron.** El mismo ejemplo podemos mencionar, cuando desaparecen las causas que determinaron el derecho de reclamar alimento (derecho por parentesco) y la obligación para prestarlo. La impugnación de una filiación, mediando sentencia que así la declare, automáticamente hace desaparecer la obligación alimentaria de quien obtuvo la sentencia, como así el derecho de quien se disolvió el vínculo.

## PARENTESCO

### PARENTESCO

Vínculo jurídico que nace de lazos de sangre, del matrimonio o de la adopción (Borda).

#### Categorías

Por consanguinidad	Vínculo de sangre.
Por afinidad	Vínculo entre un cónyuge y los parientes del otro.
Por adopción	Vínculo entre el adoptado y adoptante y la flia. de éste.

#### Computo de proximidad de parientes:

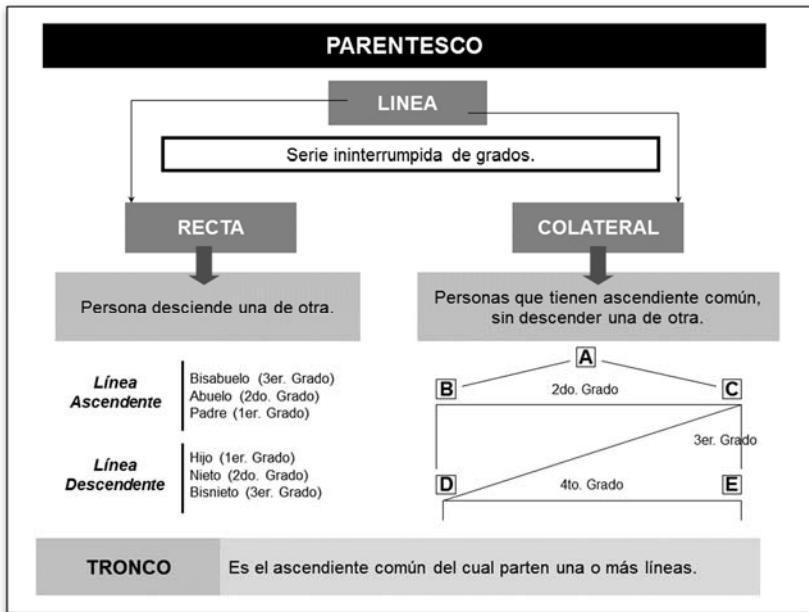
Grados, líneas y troncos.

#### Grado

Es la unidad de la medida del parentesco, cada grado es una generación.

Padre  
↑↓  
Hijo

Abuelo  
↑↓  
Padre





## CAPÍTULO II

# EL MATRIMONIO

**Sumario:** 1. Nociones generales e importancia del matrimonio. 2. Matrimonio. - 3. Etimología y sinonimias. - 4. Distintas acepciones: Matrimonio-estado, matrimonio-acto. - 5. Definición de la Ley N° 1/92. - 6. Naturaleza jurídica del matrimonio: Contrato canónico, contrato civil, institución, concepción mixta, acto jurídico familiar. - 7. Caracteres del matrimonio. - 8. Formas de celebración del matrimonio. - 9. Esponsales. Definición. - 10. Antecedentes históricos. - 11. Los esponsales en el Código Civil. - 12. Los esponsales en la Ley N° 1/92.

### 1. Nociones generales e importancia del matrimonio.

El matrimonio reviste decisiva importancia para el individuo y para la sociedad. Para el individuo es el más importante de todos los vínculos que el hombre puede formar, el que ejerce más influencias sobre su destino (DURANTON). De él depende su felicidad o su desgracia, pues en el matrimonio entran en juego los fines existenciales del hombre que tocan lo más infinito de su corazón.

*“Para la sociedad, la importancia del matrimonio reside en que es la base fundamental de la familia y el modo normal de constitución de la misma, y a la vez fundamento de la convivencia civil, pues sin matrimonio no es concebible una organización duradera de la sociedad”* (DE RUGGIERO, CASTÁN TOBEÑAS). La experiencia ha demostrado –observa JOSSERAND– que donde la mujer encuentra más seguridad y moralidad, donde el hijo nace, crece y se educa

en las mejores condiciones, es en el cuadro de la familia legítima, y por lo tanto, en el del matrimonio; el matrimonio constituye para el hijo la fuente más pura, el abrigo más seguro (MÉNDEZ COSTAS, p. 81).

## 2. Matrimonio.

**Concepto y caracteres:** GUILLERMO BORDA (p. 23) cita a PORTALIS, quien define el matrimonio como *“una sociedad de hombre y mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y para compartir el destino. Más brevemente, es la unión del hombre y la mujer para el establecimiento de una plena comunidad de vida”*.

Según el Prof. MORENO RUFFINELLI el matrimonio es: *“La relación jurídica que nace como consecuencia del consentimiento libremente expresado en un acto formal, celebrado con participación de un Oficial Público, de acuerdo a las prescripciones de la ley, en virtud del cual dos personas de distinto sexo, sin impedimento legal alguno, se unen para llevar vida en común, perpetuar la especie y permitir el desarrollo de los demás fines materiales y espirituales del hombre y la mujer para llegar a la realización integral plena. Tiene su fundamento en la naturaleza humana y en la ley”* (p. 163).

Nuestra Constitución Nacional claramente enmarca aspectos generales en relación al matrimonio, pero asimismo advierte que la Ley establecerá las formas en que esta se celebrará, así en los artículos siguientes lo regula; Art. 51: *“La ley establecerá las formalidades para la celebración del matrimonio entre el hombre y la mujer, los requisitos para contraerlo, las causas de separación, de disolución y sus efectos, así como el régimen de administración de bienes y otros derechos y obligaciones entre cónyuges...”*.

Artículo 52 - DE LA UNIÓN EN MATRIMONIO: *La unión en matrimonio del hombre y la mujer es uno de los componentes fundamentales en la formación de la familia.*

Consecuentemente, se debe entender que “el matrimonio” cuenta con un rango constitucional reglamentado actualmente, tras la modificación parcial del Código Civil, por la Ley N° 1/92 “De los Derechos Personales en las Relaciones de Familia del Matrimonio” y la Ley N° 1266/87 “Del Registro del Estado Civil” que regula en cuanto a las formalidades que deben cumplirse para la validez del acto matrimonial.

### 3. Etimología y sinonimias.

a) **Etimología:** Se ha señalado que la palabra matrimonio es de origen latino y deriva de la unión de *matris* (madre) y *munium* (carga o gravamen); su significación etimológica da idea, pues, de que las cargas más pesadas derivadas de la unión recaen sobre la madre (BELLUSCIO, p. 196).

b) **Sinonimias:** Algunos sinónimos muy utilizados son; conyugal, conyugal, casamiento, consorte, o nupcias.

### 4. Distintas acepciones.

Para GOYENA, IRURETA, citado por MORENO RUFFINELLI, (p. 157), “Una de las cuestiones más importantes que debe ser comprendida al analizar jurídicamente el matrimonio, es la tradicional distinción entre matrimonio como acto jurídico y matrimonio como relación jurídica, que surge para la persona como consecuencia de dicho acto jurídico, con todos los derechos y deberes que ello implica para dicha persona”. Esta distinción, que sirve entre otras cosas para demostrar una diferencia fundamental entre el matrimonio y otros actos jurídicos como el testamento o los contratos de contenido económico-patrimonial, ha sido recogida por la doctrina (una vez más) del derecho canónico. En efecto: en el derecho canónico es tradicional la distinción entre el matrimonio acto –denominado *in fieri*– y el matrimonio *in facto esse*. El primero es el que se produce como consecuencia del consentimiento libremente expresado por perso-

nas jurídicamente hábiles; en tanto que el segundo es la relación de vida constituida por la celebración válida. En los cánones 1057 y 1055 del Código Canónico se recogen estas dos ideas que pueden ser resumidas en los siguientes términos: Consentimiento y consorcio.

En nuestro derecho la situación no es exactamente igual a la del derecho canónico, pues el matrimonio se considera válido si es que se ha expresado el consentimiento libremente ante un funcionario público y además es, en principio, indiferente a que después exista o no comunidad de vida. Pero la distinción es muy útil ya que, como dice BELLUSCIO, citado por MORENO RUFFINELLI, (p. 158) *“este doble significado es importante para la determinación de la naturaleza jurídica del matrimonio”*.

a) **Matrimonio Acto:** Se produce como consecuencia del consentimiento libremente expresado por personas jurídicamente hábiles. La forma de la celebración del matrimonio o del acto matrimonial propiamente dicho se rige por la Ley del Registro Civil, N° 1266/87, donde se especifican las solemnidades que deben cumplirse antes y durante la celebración del acto matrimonial en sí; la regulación se encuentra descripta en el Capítulo VIII, Arts. 71/93; todos ellos se irán desarrollando a lo largo de los capítulos subsiguientes.

b) **Matrimonio estado:** Es la relación de vida constituida por la celebración válida de dicho acto jurídico. El matrimonio estado concede a cada uno de los cónyuges derechos y obligaciones en igualdad de condiciones que se encuentran ampliamente reguladas en la Ley del Matrimonio, N° 1/92 que cuenta con una PARTE PRELIMINAR (Art. 1°) y DE LOS DERECHOS PERSONALES EN LAS RELACIONES DE FAMILIA.

### **5. Definición de Matrimonio, en la Ley N° 1/92 (De Reforma Parcial del Código Civil).**

La Ley la define de manera clara y concreta el matrimonio en su Art. 4° *“El matrimonio es la unión voluntariamente concertada entre un varón y una mujer legalmente aptos para ello, formalizada conforme a la ley, con el objeto de hacer vida en común”*.

De la definición dada por la ley se puede conferir de forma clara e inequívoca que la unión pretendida por la Ley es la voluntariamente concertada, voluntariedad que debe ser expresada en el momento de la celebración del acto matrimonial y además que la unión se dé con personas de distinto sexo (unión heterosexual) para evitar cualquier tipo de suspicacias que se pudieran dar y además con el objeto fundamental de hacer vida en común, que exija la cohabitación entre los contrayentes.

### **6. Naturaleza jurídica del matrimonio.**

A particulares dificultades y disensiones ha dado lugar la determinación de la naturaleza jurídica del matrimonio, problema que se complica porque muchas veces se ha perdido de vista el doble significado jurídico del vocablo “matrimonio”. Es clásica la oposición entre considerarlo como contrato o como institución, pero la doctrina moderna tiende a superarla ateniéndose al indicado doble significado. Por otra parte, ha cobrado relevancia la opinión según la cual el matrimonio-acto no es contrato sino acto jurídico, aun cuando subsiste la discrepancia acerca de sus caracteres como tal, veamos el análisis de BELLUSCIO (p. 164), citado por MORENO RUFFINELLI.

a) **Contrato canónico:** Para el derecho canónico, el acto de celebración del matrimonio es, a la vez que un sacramento e inseparablemente de él cuando se contrae entre bautizados, un contrato. Lo sería en razón de reunir los elementos esenciales de su existencia: sujetos, objeto y consentimiento; en especial se toma en consideración la existencia de este último elemento. Se

aclara, sin embargo, que tiene características especiales que lo distinguen de todos los demás contratos. Es distinto por su origen, ya que es un contrato natural, impuesto por la naturaleza en bien del género humano, en tanto los demás provienen de la voluntad del hombre; por el consentimiento, que es tan esencial, que no puede ser suplido por ninguna autoridad humana, ni hay tiempo de prescripción que pueda legalizar la unión sin consentimiento por su objeto principal, ya que sus efectos y los deberes que de él derivan están determinados por la naturaleza y no pueden ser alterados por los contrayentes ni por la autoridad social; por su estabilidad y duración, ya que es perpetuo e indisoluble, no admite rescisión por mutuo acuerdo ni disolución por autoridad humana; y por su excelencia, ya que es sagrado y religioso por naturaleza, y no simplemente civil y profano.

b) **Contrato civil:** Con remota base en las opiniones de los canonistas disidentes –que sustentaban la idea de la separabilidad entre el contrato y el sacramento– se fue elaborando en Francia la concepción del matrimonio como contrato de derecho civil, que constituyó la base de su secularización producida tras la Revolución de 1789. Alcanzó su máxima expresión legislativa en la Constitución de 1791, cuyo Tít. II, Art. 7º, estableció que la ley no considera al matrimonio sino como un contrato civil (*la loine considere le mariage que comme un contrat civil*), fue la opinión unánime de los juristas del siglo XIX y persistió incluso en muchos del siglo XX. Autores franceses actuales –como CATHERINE LABROUSSE-RIOUSE– muestran nuevamente atraídos por el carácter contractual del matrimonio, sobre la base de los cambios legislativos producidos a partir de 1975 –admisión del divorcio vincular por mutuo consentimiento y por ruptura de la vida en común–, los que implicarían no ya solamente su extinción por disenso o por incumplimiento de las obligaciones que de él derivan sino inclusive la necesidad de un consentimiento permanente y no sólo inicial, así como la regulación convencio-

nal de algunos efectos (p. ej., la fijación convencional de la residencia conyugal).

c) **Institución:** “La concepción institucional propone hacer de la familia –y por ende, del matrimonio– una estructura autoritaria y jerárquica que gobierna la idea impersonal del bien común, mediante el principio de autoridad. Aparece como reacción contra el principio de la libertad individualista, pero se adscribe a una concepción totalitaria del derecho” (ZANNONI, 1993, p. 134).

d) **Concepción mixta:** La teoría contractual pone el acento en el consentimiento de las partes expresado en el acto de celebración; la institucional, por el contrario, lo hace en la inderogabilidad por las partes del régimen legal a que quedan sometidas como consecuencia de ese acto, del complejo de derechos y deberes de los cuales no pueden apartarse. Fácil es advertir que su contraposición es en cierta medida falsa, ya que la primera tiene en vista primordialmente el matrimonio-acto, y la segunda el matrimonio-estado. A pesar de sostener la teoría de la institución o, más aún, de ser el único de los civilistas franceses que la aplicó al matrimonio, no dejó de advertir la situación BONNECASE, quien, sin embargo, restó importancia al acto jurídico considerándolo subordinado a la institución. Pero el intento de conciliar las dos doctrinas proviene de ROUAST, en la obra en que colaboró con PLANIOL y RIPERT, y fue luego admitido por JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, CARBONNIER, MAZEAUD, MARTY y RAYNAUD, BÉNABENT, CORNU y otros autores (BELLUSCIO, p. 164).

e) **Acto jurídico familiar:** Gran parte de la doctrina moderna considera que el matrimonio es un acto jurídico familiar (negocio jurídico familiar en la terminología italiana y española). Claro está que se trata de caracterizar el acto de celebración del matrimonio, de modo que esta posición no es incompatible con ver en el matrimonio-estado una institución no sólo social sino también jurídica. Como antecedente de esta tesis pueden

señalarse las opiniones de autores que señalaron que no se trataba propiamente de un contrato sino de una convención, ya que no habría diferencia entre acto jurídico bilateral y convención. Lo caracterizan como acto jurídico familiar –aunque para algunos es bilateral y para otros, complejo– en Alemania VON TUHR, en Italia MESSINEO y STOLFI, en España CASTÁN TOBEÑAS, PUIG BRUTAU, ALBALADEJO y DIEZ-PICAZO, en Francia BONNECASE, JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, RIPERT Y BOULANGER, y los MAZEAUD, y en Argentina SALVAT, LAFAILLE, RÉBORA, PAVÓN, SPOTA, MAZZINGHI, DÍAZ DE GUIJARRO, FRÍAS, MOLINARIO, BORDA, LEÓN y ZANNONI. Como resulta de esta enunciación, algunos de los autores que lo califican de acto jurídico familiar también son partidarios de la teoría de la institución en cuanto al matrimonio-estado, o bien de la concepción mixta (BELLUSCIO, p. 168).

## 7. Caracteres del matrimonio.

a) **Unidad:** La unidad está dada por la comunidad de vida a que se hallan sometidos los esposos como consecuencia del vínculo que los liga; para fortalecerla, las legislaciones actuales procuran que la adopción de las decisiones más trascendentes se haga de común acuerdo entre aquéllos.

b) **Monogamia:** Es la adoptada por nuestra legislación, y según nos explica BELLUSCIO es la unión de un solo hombre con una sola mujer. Excluye toda forma de poligamia, trátase de la poliginia (unión de un hombre con varias mujeres), y de la poliandria o poliviría (unión de una mujer con varios hombres), o bien del matrimonio entre un grupo de hombres y otro de mujeres. Es un carácter generalizado en la mayor parte del mundo, pero la poliginia perdura aún en los países musulmanes (p. 163). Su incumplimiento está sancionado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa, conforme al Art. 224 del Código Penal.



c) **Permanencia:** La unión matrimonial es permanente o estable en el sentido de que se contrae con la intención de que perdure y de que su estabilidad quede garantizada con la ley. Desde este punto de vista, el vínculo matrimonial es irrevocable como centro de seguridad ético y jurídico. La permanencia o estabilidad del matrimonio no debe ser confundida con la indisolubilidad. La indisolubilidad atañe a la posibilidad de que el vínculo matrimonial pueda extinguirse no obstante haber sido válidamente constituido, en razón de hechos naturales o circunstancias voluntarias (BOSSERT, p. 78).

d) **Legalidad:** “No basta la simple unión del hombre y la mujer, aunque tenga permanencia, como en el caso del concubinato, o se hayan engendrado hijos; es preciso además que se haya celebrado de acuerdo a la ley. Sólo así queda bajo el amparo y la regulación de esta” (BORDA, p. 48).

e) **De orden público:** La unión en matrimonio entre el varón y la mujer es uno de los componentes fundamentales en la formación de la familia, y la familia es el fundamento de la sociedad, por lo tanto, es considerado de orden público. El Art. 2° de la Ley N° 1/92 establece que la unidad de la familia, el bienestar, y protección de los hijos menores y la igualdad de los cónyuges son principios fundamentales para la aplicación e interpretación de la presente ley. Dichos principios son de orden público y no podrán ser modificados por convenciones particulares, excepto cuando la ley los autorice expresamente.

## 8. Formas de celebración del matrimonio.

Existen tres momentos en el acto de celebración del matrimonio:

a) **El momento informativo:** Donde el oficial del registro público hace saber a los futuros contrayentes lo establecido por la ley en cuanto a sus derechos y obligaciones.

El Art. 82 de la Ley N° 1266/87, establece en cuanto al momento informativo que el Oficial del Registro Civil comenzará la celebración del matrimonio con la lectura del Art. 6 de la Ley 236/54, actualmente los derechos y obligaciones se encuentran regulados en la Ley N° 1/92, pese a no existir una derogación expresa de la Ley 236/54.

b) **El momento constitutivo del vínculo matrimonial**, donde los futuros contrayentes expresan su consentimiento claro de que desean unirse en matrimonio el uno con el otro, el consentimiento debe ser expresado por los futuros contrayentes conforme lo expresa el Art. 82 de la Ley 1.266/07: “... Recibirá el consentimiento de los contrayentes, expresado de viva voz por cada uno de ellos en respuesta a la pregunta de si quieren tomarse por marido y mujer”; pero en el caso de que uno de ellos o ambos no puedan expresarlo a viva voz, en su Art. 84, la misma Ley establece que: “... la manifestación se hará por escrito si ellos saben darse a entender de esa forma y si no supieren hacerlo serán asistidos en el acto por un curador o intérprete y si no tuviere curador a uno nombrado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil”, igualmente tanto el primero de los casos como el segundo deberán ser asentados en el acta de celebración de matrimonio con las salvedades de cada caso; y

c) **El momento de conclusión de la celebración**, donde el oficial del Registro Civil concluye el acto matrimonial una vez cumplidos los requisitos primero y segundo y redacta el acta de matrimonio con la suscripción del mismo por parte de los contrayentes, si estos pueden hacerlo; o en su defecto, después de haber asentado la firma del curador que hubiere sido nombrado, como también la sentencia que así lo declara, previa lectura y ratificación; posteriormente se hace entrega a los contrayentes de la libreta de familia, como lo establece el Art. 82 en su último párrafo: “El acta de matrimonio será redactada y firmada inmediatamente, previa lectura y ratificación. Se entregará la libreta de familia a los contrayentes”.

## 9. Esponsales. Definición.

“Se denomina *esponsal* a la promesa que mutuamente se hace el hombre y la mujer de contraer matrimonio en el futuro” (BORDA, p. 39), por su parte VIDAL TAQUINI define la promesa del matrimonio como aquella por la cual un hombre y una mujer efectúan manifestando su seria voluntad recíproca de celebración de futuro matrimonio. Similar concepto expresa ZANNONI, para quien es la promesa que mutuamente se hacen hombre y mujer de contraer futuro matrimonio.

La promesa de esponsales reviste por esencia un carácter de bilateralidad, ya que como señala BELLUSCIO, “*la mera promesa unilateral de matrimonio no es constitutiva de esponsal*” (BOSSERT, p. 78).

De las definiciones se pueden extraer algunas características: es previa al matrimonio, puesto que tiene precisamente por objeto su celebración, es bilateral; dado que es un acuerdo de voluntades entre los futuros contrayentes; no formal, solo requiere que la promesa sea seria y concreta, sin necesidad de forma determinada.

## 10. Antecedentes históricos.

En el estudio de los antecedentes y evolución de los esponsales, deben reconocerse tres vertientes fundamentales: en primer lugar, la tradición del derecho romano, en segundo lugar, la del derecho germánico, que, con sus variantes, determina la difusión de los esponsales en el periodo intermedio, y también la tradición del derecho canónico, cuya influencia será decisiva, hasta el siglo XVIII.

Si quisiésemos sintetizar la dirección fundamental de estas tres vertientes, diríamos que en la tradición del derecho romano aparece el reconocimiento de la convención llamada *sponsalia*, que originalmente celebraban no directamente los futuros

esposos, sino los *pater familias*, más tarde, el novio y el *pater* de la novia, prometiendo aquél que se casaría con su hija, y, finalmente, directamente los novios, quienes entre sí acordaban su futuro matrimonio, pero siempre con el consentimiento de los padres, que también era requerido para la celebración del matrimonio.

El derecho romano no dio a esta convención, llamada *sponsalia*, el carácter de convención obligatoria. Esta convención podía ser rescindida por la sola voluntad de cualquiera de los prometidos, o mediante el repudio; no se admitía su ejecución en caso de incumplimiento, ni tampoco la estipulación de cláusulas penales, pero sí a la convención de esponsales había seguido la entrega de bienes en calidad de dote al prometido, este estaba obligado a restituirlos a la novia, en caso de ruptura o rescisión de los esponsales. De allí viene la tradición de que toda estipulación de dote está sujeta a una condición tácita, la celebración de las nupcias. Para el caso en que los prometidos se hubiesen hecho mutuamente regalos o presentes en ocasión de los esponsales, si bien en el derecho clásico se juzgaron definitivamente adquiridos por aplicación de los principios de las donaciones ordinarias, en tiempos de Constantino se otorgó a los prometidos una acción útil para exigir la repetición de esos regalos o presentes por aplicación de la condición tácita que subordinaba su eficacia a la celebración posterior de las nupcias. La vertiente del derecho germánico se remonta al matrimonio por compra de la mujer. En esta fase, el matrimonio se constituía en dos etapas: El contrato de compra, llamado *esponsales*, y la entrega de la novia, o *tradición*. En esta fase histórica del antiguo derecho germánico, los esponsales obligaban a la entrega de la novia, por cuanto la tradición no era sino la ejecución del contrato. La acción debía dirigirse contra la novia, pero los obligados a la tradición de la novia eran el padre o los parientes que ejercían la potestad familiar sobre ella. El novio, a su vez, estaba obligado a recibir a la novia, tomándola como mu-

jer, y hacerle entrega de los bienes que constituían la donación nupcial.

El derecho canónico distinguió entre esponsales de presente y esponsales de futuro. Los primeros implicaban el consentimiento matrimonial; los segundos solo producían la obligación de contraerlo en el futuro, pero si los prometidos tenían relaciones sexuales con posterioridad a los esponsales de futuro, se juzgaba perfeccionado el matrimonio. Es lo que se dio en llamar esponsales de futuro subseguidos de cópula. La obligación jurídica de contraer nupcias, emergentes de los esponsales de futuro, daba origen a una acción judicial, la acción matrimonial, pero si el obligado no prestaba libremente su consentimiento, era imposible la celebración del matrimonio. Se recurrió a la aplicación de sanciones de carácter eclesiástico como la excomunión, e incluso a la prisión, aunque ya en las decretales de Gregorio IX, se recomienda no aplicar estas penas. Antes del Concilio de Trento, al igual que el matrimonio, los esponsales de futuro no estaban sujetos a forma especial en lo relativo a su celebración, aunque se aconsejara realizarlos en presencia de los fieles públicamente. Con el Decreto *Ne temeré* de 1907, que es la fuente directa de las disposiciones del Código Canónico de 1917, se exigió la forma escrita ante el párroco u ordinario del lugar y en presencia de por lo menos dos testigos. El Código de Derecho Canónico de 1983 no regula la forma de los esponsales, sino que remite a la legislación y a las costumbres de cada uno de los países en que rige el Código de Derecho Canónico (BOS-SERT- ZANNONI, p. 92).

### **11. Los esponsales en el Código Civil.**

En su Capítulo II, el Código Civil Paraguayo regula lo referente a la promesa de contraer matrimonio y en su Art. 136 establece que la promesa de matrimonio no obliga a contraerlo, lo demás Arts. 137 y 138 han sido derogados en forma expresa por la Ley N° 1/92 en su Art. 98.

Dice el Prof. DE GÁSPERI, al pie del Artículo 137 de su Anteproyecto: "La promesa de matrimonio o esponsales o desponsorio, como también se la llama, no es un hecho simple, como reza el Art. 98 del Código Civil Chileno, sino todo un acuerdo de una mujer y un hombre, capaces para contraer matrimonio, destituido de decisión civil para exigir su cumplimiento, pero sometido al honor y a la conciencia de ambos por el cual, sin ligarse de una manera irrevocable, se dan un tiempo de prueba a fin de proporcionarse ocasiones de conocerse y examinarse recíprocamente con miras a la unión, de suerte a permitir a cualquiera de ellos, por sentirse defraudado, o convencido de su ineptitud para casarse, puede disolverlo sin responsabilidad civil alguna".

## **12. Los esponsales en la Ley N° 1/92.**

Como ya se ha mencionado anteriormente la Ley N° 1/92 ha derogado expresamente los Artículos 137 y 138 que regulaban cuestiones referentes a la promesa de contraer matrimonio; tal derogación está establecida en el Artículo 98, de la presente ley.

La Ley N° 1/92 en su Art. 3° establece: "*La promesa recíproca de futuro matrimonio no produce obligación de contraerlos. Tampoco obliga a cumplir la prestación que hubiere sido estipulada para el caso de inejecución de la promesa*". El artículo transcrito anteriormente amplía lo ya enunciado en el Art. 136 del C.C. y además de señalar nuevamente que la promesa recíproca para contraer matrimonio no produce la obligación de contraerlo, amplía la cuestión estableciendo en forma clara que en el caso de que los futuros contrayentes hubieren estipulado cumplir con alguna prestación que de no llevarse a cabo el acto matrimonial por causa de uno de las partes, tal estipulación no puede ser reclamada para el cumplimiento, en contraposición a lo establecido en los Art. 137 y 138 del C.C., hoy derogados.

Desde el punto de vista jurídico y moral, los esponsales implican un problema muy delicado. Por un lado, está la necesidad evidente de que nada pueda afectar la libertad absoluta de los futuros contrayentes para la celebración del matrimonio, como así también para quien una vez que se haya comprometido decida no realizarlo.







## CAPÍTULO III

# IMPEDIMENTOS PARA LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

*Sumario:* 1. Concepto. - 2. División de la doctrina: Impedimentos dirimentes e impedientes. Diferencias. - 3. Impedimentos absolutos y relativos. - 4. Ley N° 1/92. - 5. La oposición al matrimonio. Noción. - 6. ¿Quiénes tienen derecho a la oposición? - 7. ¿Ante quién se deduce la oposición? - 8. Procedimiento realizado por el oficial: Audiencia de los contrayentes. En caso de que estos aleguen la falsedad del impedimento, ¿qué debe hacer el Oficial Público?

### 1. Concepto de Impedimento.

Reciben la denominación “de impedimentos” *los hechos o situaciones que importan un obstáculo para la celebración del matrimonio*. La ley, con vistas a favorecer la celebración del matrimonio, en lugar de fijar requisitos positivos de habilidad para contraerlo, parte del principio de que todas las personas están facultadas para hacerlo, salvo las que se encuentren en las situaciones de excepción expresamente previstas. Los impedimentos legales están, pues, taxativamente enumerados y no pueden ser ampliados por vía interpretativa. Esta teoría se originó y desarrolló en el Derecho Canónico. Se partió del principio de que toda persona tiene el derecho natural de casarse; por consiguiente, lo lógico no es fijar las condiciones o cualidades necesarias para contraer matrimonio válido, sino por el contrario, establecer en qué casos no puede celebrarse (BORDA, p. 77).

Por regla general, todas las personas pueden contraer matrimonio, salvo que la Ley establezca obstáculos o restricciones para la realización.

## **2. División de la doctrina: Impedimentos dirimentes e impedientes. Diferencias.**

*Para ZANNONI, “la clasificación más importante de los impedimentos matrimoniales es la que distingue entre impedimentos dirimentes e impedimentos impedientes. Los primeros constituyen, un óbice u obstáculo para la celebración de un matrimonio válido; por tanto, si el matrimonio se contrajere no obstante la prohibición de la ley, queda habilitada la acción de nulidad del matrimonio, En cambio, se denominan **impedientes** aquellos impedimentos que afectan la regularidad de la celebración del matrimonio, sin provocar su invalidez, pero que; en caso de contraerse las nupcias, se resuelven en sanciones a los contrayentes” (p. 188).*

La diferencia consiste en que en los impedimentos impedientes los efectos respecto del vínculo matrimonial, se agotan en la prohibición, mientras que, en los impedimentos dirimentes, la prohibición es causa de nulidad del acto.

## **3. Los impedimentos dirimentes.**

Los impedimentos dirimentes son aquellos que obstaculizan la celebración del matrimonio, y que, en caso de formalizarse el acto a pesar de ello, conllevan la declaración de nulidad, si el matrimonio se contrajere no obstante la prohibición de la ley, queda habilitada la acción de nulidad de matrimonio (ZANNONI, p. 189).

Son considerados impedimentos dirimentes para la celebración del matrimonio, conforme lo señala la Prof. Dra. MIRYAM PEÑA CANDIA en las síntesis, que se anexan al final de la lección, las siguientes:

a) Falta de edad (Art. 17, inc. 1, Ley N° 1/92 modificado por la Ley N° 5419/15)

b) Ligamen (Art. 17, inc. 2, Ley N° 1/92 modificado por la Ley N° 5419/15).

c) Enfermedad crónica contagiosa y transmisible (Art. 17, inc. 3, Ley N° 1/92 modificado por la Ley N° 5419/15).

d) Privación del uso de la razón (Art. 17, inc. 4, Ley N° 1/92 modificado por la Ley N° 5419/15).

e) Sordomudos, sordo-ciegos, ciego-mudos (Art. 17, inc. 5, Ley N° 1/92 modificado por la Ley N° 5419/15).

f) Parentesco por consanguinidad, afinidad, o por adopción (Art. 18, inc. 1/3, Ley N° 1/92).

g) Crimen (Art. 18, inc. 4, Ley N° 1/92).

h) Raptor con la raptada (Art. 18, inc. 5, Ley N° 1/92).

i) Personas del mismo sexo.

**Los impedimentos impedientes:** No conllevan la nulidad o anulabilidad del matrimonio, sino que tienen otra sanción.

a) Falta de autorización (Art. 19, inc. 1, Ley N° 1/92).

b) Plazo de viudez (Art. 19, inc. 2, Ley N° 1/92).

c) Viudo o tutor (Art. 19, inc. 3, Ley N° 1/92).

Los impedimentos impedientes, por otra parte, son aquellas situaciones contempladas en la ley como obstáculos para la realización de un matrimonio, pero cuya inobservancia no conlleva la nulidad o anulabilidad del acto, sino estipula una sanción especial para cada caso, MORENO RUFFINELLI, p. 234.

#### 4. Impedimentos absolutos y relativos.

Esta clasificación se hace teniendo en consideración si el matrimonio es un obstáculo para la celebración del matrimonio con cualquier persona, si se refiere solamente a determinadas personas. En caso de ser un **impedimento absoluto**, “el mismo se referirá a la imposibilidad de contraer matrimonio con toda persona; en caso de ser **relativo**, se referirá a determinada persona” (MORENO RUFFINELLI, p. 234).

Por las personas respecto de las cuales se aplican, pueden ser absolutos o relativos. Son absolutos los que obstan a la celebración del matrimonio con cualquier persona, como la falta de edad legal; y relativos, los que solo representan un obstáculo con respecto a personas determinadas, como el parentesco.

**Los impedimentos absolutos:** Imposibilidad de contraer matrimonio con toda persona

- a) Matrimonio anterior mientras subsista.
- b) La falta de edad legal.
- c) Enfermedad mental.

**Los impedimentos relativos:** Imposibilidad de contraer matrimonio con ciertas personas.

- a) Parentesco.
- b) Impedimento de crimen.

**4. Impedimentos dispensables y no dispensables:** La dispensa consiste en la facultad otorgada por el legislador a la autoridad competente para autorizar la celebración del matrimonio a pesar de que medien impedimentos entre quienes pueden contraerlo. En realidad, en nuestro derecho, el único

impedimento dispensable es la falta de edad legal para contraer matrimonio (MORENO RUFFINELLI, p. 235).

**5. Impedimentos perpetuos y temporales:** En estos tipos de impedimentos el elemento distintivo consiste en la subsistencia en el tiempo del obstáculo o restricción para contraer matrimonio.

**Impedimentos perpetuos:** Produce la inhabilitación de por vida para contraer matrimonio, ejemplo: impedimento consanguíneo entre padre e hijo, y en el otro caso;

**Impedimentos temporales:** Subsiste solo por un tiempo, mientras dure la circunstancia que impide la celebración, ejemplo: la falta de edad legal para contraer matrimonio (MORENO RUFFINELLI, p. 236).

### **5. La oposición al matrimonio**

La oposición es el acto mediante el cual las personas a quienes el Código Civil y la Ley N° 1266/87 "Del Registro del Estado Civil," autoriza este derecho, se presentan ante el Oficial Público que celebrará el acto y ponen a su conocimiento que existen impedimentos para la celebración del acto matrimonial. La oposición al matrimonio se encuentra regulada tanto en el Código Civil (Art. 151) como en la Ley del Registro Civil (en cuanto a las formalidades y procedimiento de oposición) y, la Ley del Matrimonio Civil, en tanto no haya sido derogada por las disposiciones de los otros cuerpos jurídicos (MORENO RUFFINELLI, p. 204).

### **6. ¿Quiénes tienen derecho a la oposición?**

El Art. 71 de la Ley N° 1266/87 del Registro del Estado Civil señala que pueden deducir oposición al matrimonio las personas a quienes el Código Civil otorga este derecho, y úni-

camente cabe alegar como motivos los impedimentos establecidos en el mismo.

Nuestro Código Civil regula en su Art. 151: Podrán oponerse a la celebración del matrimonio el cónyuge de la persona que desee contraerlo, los parientes de los prometidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y el tutor o curador, en su caso. El Ministerio Público deberá deducir oposición, siempre que tenga conocimiento de la existencia de algún impedimento.

Ley N° 1266/87 del Registro del Estado Civil.

**Art. 72.-** La oposición que no se funde en alguno de ellos será rechazada sin más trámite. Cualquier persona podrá denunciar la existencia de algunos de los impedimentos para la celebración del matrimonio al Ministerio Público.

**Art. 73.-** Los padres, tutores o curadores podrán además deducir oposición por falta de su consentimiento, tratándose de menores o incapaces y deberán expresar los motivos, conforme a lo dispuesto por el Código Civil. Cualquier persona puede denunciar la existencia de algunos de los impedimentos establecidos en el Código Civil, incurriendo en las responsabilidades civiles y penales cuando la denuncia fuere maliciosa.

Al respecto, MORENO RUFFINELLI, comenta que el Código Civil nada dice sobre los motivos, por lo que debería estarse –si no como norma vigente al menos como pauta interpretativa– por los motivos establecidos por el Art. 24 de la Ley del Matrimonio Civil que son:

La existencia de impedimentos, enfermedad contagiosa de la persona que se casaba con el menor, conducta desarreglada o inmoral de la misma, condena por delito con pena mayor de un año y la falta de medios para la subsistencia y la aptitud para adquirirlos (p. 209).

### **7. ¿Ante quién se deduce la oposición?**

La oposición debe deducirse ante el Oficial Público encargado de celebrar la ceremonia matrimonial conforme al Art. 74 de la Ley N° 1266/87 del Registro del Estado Civil. Al respecto el Prof. MORENO RUFFINELLI manifiesta que en la práctica es casi imposible ya que, suprimidas las diligencias previas, no se puede tener conocimiento cierto del Oficial encargado de la celebración del acto. Todo parece echar definitivamente por tierra la eficacia de la institución. Las únicas excepciones previstas serían para el caso, de que la denuncia se haga al Ministerio Público, o que el ponente se presente al momento mismo de la celebración del matrimonio a sentar su negativa a la celebración (MORENO RUFFINELLI, p. 209).

### **8. Procedimiento realizado por el oficial: Audiencia de los contrayentes. En caso de que estos aleguen la falsedad del impedimento, ¿qué debe hacer el Oficial Público?**

El Art. 74 de la Ley del Registro Civil nos dice que la oposición puede deducirse por escrito o verbalmente.

La oposición debe contener:

a) Nombre y apellido, edad, estado, profesión y domicilio del oponente y su parentesco con uno o con ambos de los contrayentes, o el título o carácter en virtud del cual proceda;

b) El impedimento en que se funda y los documentos o pruebas que lo justifiquen.

Cuando se dedujera verbalmente la oposición, el Oficial del Registro extenderá un acta con la exposición del oponente. Si la misma fuera efectuada por escrito el Oficial del Registro la transcribirá con las mismas formalidades. Se dejará en el libro suficiente espacio en blanco para consignar la oposición y su fundamento.

Seguidamente la Ley N° 1266/87 en su Art. 75 continúa diciendo: No ajustándose la oposición a lo dispuesto en el artículo anterior, el oficial del Registro Civil lo rechazará de oficio, en acta que se notificará al oponente. Si la oposición estuviere en forma, correrá vista de ella por tres días a los futuros contrayentes, para que manifiesten si admiten o no la causal alegada. En caso afirmativo, no podrá celebrarse el matrimonio. En caso negativo, el oficial del Registro Civil elevará copia de las actuaciones y de los documentos probatorios al Juez de Primera Instancia en lo Civil, y se suspenderá la celebración del matrimonio hasta la decisión de la controversia.

Por último, el Art. 76 de la mencionada ley señala que posteriormente el Juez sustanciará y decidirá en definitiva la oposición en juicio sumario, con intervención del Ministerio Público y remitirá copia auténtica de la sentencia al Oficial del Registro Civil, ante quien aquella se hubiere promovido para que la anote al margen del acta. Si la oposición fuere rechazada, el oponente cargará con las costas.

## CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO:

### LIBRO PRIMERO, TÍTULO III, CAPÍTULO III

#### DE LA CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO Y DE LOS IMPEDIMENTOS

**Art. 139.-** No pueden contraer matrimonio el hombre antes de los diez y seis años de edad y la mujer antes de cumplir los catorce.

**Art. 140.-** No pueden contraer matrimonio entre sí:

- a) Los ascendientes y descendientes en línea recta;
- b) Los hermanos;



- c) Los parientes afines en línea recta;
- d) El adoptante y sus descendientes con el adoptado y sus descendientes;
- e) El adoptado con el cónyuge del adoptante, ni este con el cónyuge de aquél;
- f) Los hijos adoptivos del mismo adoptante entres sí; y
- g) Las personas del mismo sexo.

**Art. 141.-** No puede contraer matrimonio quien está vinculado por un matrimonio anterior.

**Art. 142.-** No pueden contraer matrimonio entre sí las personas de las cuales una ha sido condenada como autor o cómplice de homicidio consumado, frustrado o tentado del cónyuge de la otra. La instrucción del juicio criminal suspende la celebración del matrimonio.

**Art. 143.-** No pueden contraer matrimonio el interdicto por enfermedad mental, ni el que por cualquier causa hubiere perdido el uso de su razón que le suma en inconciencia, aunque sea pasajera.

**Art. 144.-** Si la demanda de interdicción ha sido presentada, podrá el Ministerio Público, a instancia de parte autorizada para promoverla, pedir que se suspenda la celebración del matrimonio hasta tanto se dicte sentencia definitiva.

**Art. 145.-** La desaparición de una persona con presunción de fallecimiento no autoriza a su cónyuge a contraer nuevo matrimonio. Podrá hacerlo en caso de declaración judicial de muerte, previsto por este Código.

**Art. 146.-** La mujer que no habiendo quedado embarazada volviere a casarse antes de transcurrido los trescientos días

de disuelto o anulado su matrimonio, perderá los legados o cualquier otra liberalidad o beneficio que el marido le hubiera hecho en su testamento.

**Art. 147.-** El tutor que se casare con la pupila antes de aprobadas las cuentas de la tutela perderá la retribución que le habría correspondido, sin perjuicio de su responsabilidad. La misma sanción se aplicará al tutor si el matrimonio con la pupila lo contrajere un descendiente suyo que está bajo su potestad. Esta disposición rige igualmente para la tutora.

**Art. 148.-** Los menores, aunque hayan cumplido la edad exigida por este Código, no pueden casarse sin la autorización de sus padres o la del tutor, y en defecto de éstas, sin la del Juez.

**Art. 149.-** Si los menores de edad se casaren sin la autorización necesaria, quedarán al régimen legal de separación de bienes hasta que cumplan la mayor edad. El Juez, empero, fijará la cuota alimentaria de que el menor emancipado podrá disponer para subvenir a sus necesidades en el hogar, la cual será tomada de sus rentas líquidas, y en caso necesario, del capital. La misma regla se aplicará cuando alguno de los contrayentes no hubiera cumplido la edad requerida, o se casare el tutor o sus descendientes con la persona que esté bajo tutela, mientras no sean aprobadas las cuentas de ésta. Cumplida la mayoría de edad, o aprobadas las cuentas, los cónyuges podrán optar por el régimen de la comunidad de gananciales.

LEY N° 1/92

**4. CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO.**

**Art. 17.-** No puede contraer matrimonio:

1) Los menores de uno y otro sexo que no hubieren cumplido diez y seis años de edad, excepto dispensa especial para casos excepcionales a partir de la edad de catorce años y a cargo del Juez en lo Tutelar del Menor.

2) Los ligados por vínculo matrimonial subsistente:

3) Los que padezcan de enfermedad crónica contagiosa y transmisible por herencia: Excepto matrimonio (*in extremis*) o en beneficio de los hijos comunes;

4) Los que padezcan de enfermedad mental crónica que les prive del uso de la razón, aunque fuere en forma transitoria; y

5) Los sordomudos, ciego-sordos y ciego-mudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

**Art. 18.-** No pueden contraer matrimonio entre sí:

1) Los consanguíneos en línea recta matrimonial o extra-matrimoniales y los colaterales de la misma clase hasta el segundo grado;

2) Los afines en línea recta;

3) El adoptante y sus descendientes con el adoptado y sus descendientes. El adoptado con el cónyuge del adoptante ni este con el cónyuge de aquel. Los hijos adoptivos del mismo adoptante entre sí y con los hijos biológicos del adoptante;

4) El condenado como autor, instigador o cómplice del homicidio doloso consumado, tentado o frustrado de uno de los cónyuges, respecto del otro cónyuge; y

5) El raptor con la raptada mientras subsista el rapto o hasta que hayan transcurrido tres meses desde el cese de la retención violenta.

**Art. 19.-** No se permite el matrimonio:

1) Del tutor o curador con el menor o incapaz hasta que el primero hubiese cesado en sus funciones y fueren aprobadas las cuentas de la tutela; o, en el segundo caso, que el incapaz recupere la capacidad, y asimismo, sean aprobadas las cuentas de la curatela. El que infrinja esta disposición perderá la retribución a que tuviese derecho, sin perjuicio de la responsabilidad que hubiese derivar del mal ejercicio del cargo;

2) La viuda hasta que no transcurran 300 (trescientos) días de la muerte de su marido, salvo que antes diera a luz; igual disposición se aplica en caso de nulidad de matrimonio. La contraventora perderá como única sanción los bienes que hubiere recibido de su marido a título gratuito; y

3) El viudo o viuda que no acredite haber hecho inventario judicial, con intervención del Ministerio Pupilar, de los bienes que administre pertenecientes a sus hijos menores; o, en su defecto que preste declaración jurada de que sus hijos no tienen bienes o de que no tiene hijos que estén bajo su patria potestad. La infracción a esta norma acarrea la pérdida del usufructo legal sobre los bienes de dichos hijos. Esta disposición se aplica a los casos de matrimonio anulados y si se tratare de hijos extramatrimoniales que el padre o la madre tengan bajo su patria potestad.

**LEY N° 5419**

**QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 17 Y 20 DE LA LEY  
N° 1/92 “DE REFORMA PARCIAL DEL CÓDIGO CIVIL”.**

EL CONGRESO DE LA NACIÓN PARAGUAYA  
SANCIONA CON FUERZA DE LEY

**Artículo 1°.-** Modifícanse los Artículos 17 y 20 de la Ley N° 1/92 “DE REFORMA PARCIAL DEL CÓDIGO CIVIL”, los cuales quedan redactados de la siguiente manera:

“**Art. 17.-** No pueden contraer matrimonio:

1) Las personas que no hayan cumplido dieciocho años de edad, con la excepción establecida en el Artículo 20;

2) Los ligados por vínculo matrimonial subsistente;

3) Los que padezcan de enfermedad crónica contagiosa y transmisible por herencia; excepto matrimonio in extremis o en beneficio de los hijos comunes;

4) Los que padezcan de enfermedad mental crónica que les prive del uso de la razón, aunque fuere en forma transitoria; y,

5) Los sordomudos, ciego-sordos y ciego-mudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable”.

“**Art. 20.-** Los menores a partir de los dieciséis años cumplidos y hasta los dieciocho años, necesitan el consentimiento de sus padres o tutor para contraer nupcias. A falta o incapacidad de uno de los padres bastará con el consentimiento del otro. Si ambos fueren incapaces o hubieren perdido la patria potestad decidirá el Juez de la Niñez y la Adolescencia.

Los hijos extramatrimoniales también menores a partir de los dieciséis años cumplidos y hasta los dieciocho años, requieren el consentimiento del padre o madre que le reconoció, o en su caso, de ambos. En defecto de éstos decidirá el Juez”.

**Artículo 2º.-** Comuníquese al Poder Ejecutivo.

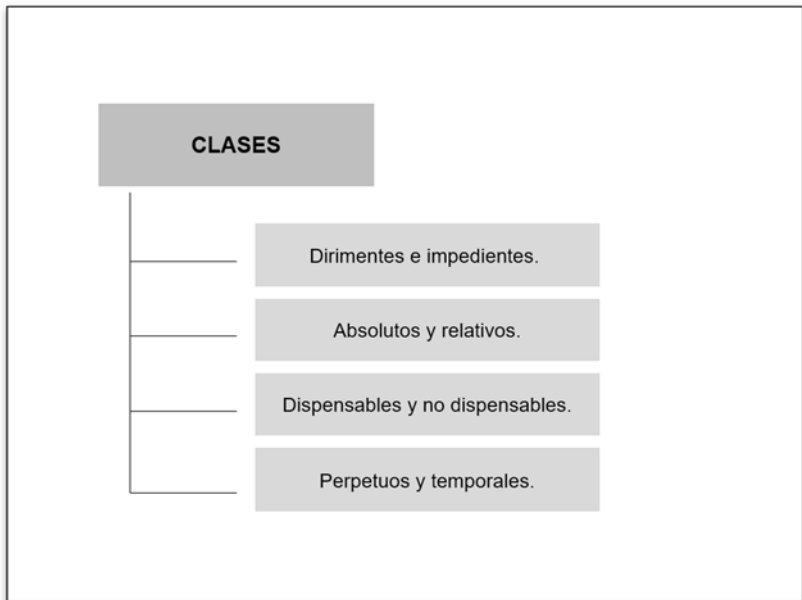
Aprobado el Proyecto de Ley por la Honorable Cámara de Senadores, a trece días del mes de noviembre del año dos mil catorce, quedando sancionado el mismo, por la Honorable Cámara de Diputados, a treinta días del mes de marzo del año dos mil quince, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 207 numeral 2) de la Constitución Nacional.

## IMPEDIMENTOS PARA LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

**PRINCIPIO GENERAL:** toda persona puede contraer matrimonio, salvo que exista una norma que expresamente lo prohíba.

“Pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíbe” (Código Canónico).

**CONCEPTO:** Son los obstáculos o restricciones establecidos en la ley para la realización de un matrimonio.



IMPEDIMENTOS	
<p><b>DIRIMENTES</b></p> <p>Son los que causan la nulidad o anulabilidad del matrimonio.</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Parentesco por consanguinidad, afinidad, adopción.</li><li>• Personas del mismo sexo.</li><li>• Ligamen.</li><li>• Crimen.</li><li>• Raptor con la raptada.</li><li>• Falta de edad.</li><li>• Privación del uso de la razón.</li><li>• Sordomudos, sordo-ciegos, ciego-mudos.</li><li>• Enfermedad crónica contagiosa y transmisible.</li></ul>	<p><b>IMPEDIENTES</b></p> <p>No conllevan la nulidad o anulabilidad del matrimonio, sino que tienen otra sanción.</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Falta de autorización para m. del menor.</li><li>• Tutores y curadores con sus representados.</li><li>• Plazo de viudez (300 días).</li><li>• Viudo o viuda (inventario judicial).</li></ul>

<b>IMPEDIMENTOS</b>	
<b>ABSOLUTOS</b>	<b>RELATIVOS</b>
Imposibilidad de contraer matrimonio con toda persona.	Imposibilidad de contraer matrimonio con ciertas personas.
<ul style="list-style-type: none"><li>• matrimonio anterior mientras subsista.</li><li>• la falta de edad legal.</li><li>• enfermedad mental.</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• parentesco.</li><li>• impedimento de crimen.</li></ul>

<b>OPOSICIÓN AL MATRIMONIO</b>
<b>MOTIVOS</b>
Sólo pueden invocarse los impedimentos establecidos en la ley.
<b>QUIENES PUEDEN Oponerse</b> (Art. 151 C.C.)
<ul style="list-style-type: none"><li>– El cónyuge de uno de los novios.</li><li>– Parientes del 4° grado de consanguinidad y 2° de afinidad.</li><li>– Tutor o curador.</li><li>– Ministerio Público.</li></ul>



## OPOSICIÓN AL MATRIMONIO

**ANTE QUIEN SE DEDUCE:** Oficial de Registro.

**FORMA:** por escrito o verbalmente.

### **PROCEDIMIENTO:**

---

- Traslado por 3 días a los futuros contrayentes.
- Si éstos admiten, el matrimonio no se realiza.
- Si no admiten, se elevará al Juez Civil y Comercial.
- Sentencia.





## CAPÍTULO IV

# DE LAS DILIGENCIAS PREVIAS A CONTRAER MATRIMONIO

*Sumario:* 1. Concepto de las diligencias previas. - 2. Su regulación. - 3. Celebración del matrimonio-acto. Requisitos. - 4. El Oficial. Sus obligaciones. - 5. Los testigos, qué clase son y número. - 6. Autorización para los menores; sanción. - 7. Redacción y firma del acta. Casos en que la posesión de Estado cubre los vicios de que adolece el acto del matrimonio. - 8. Matrimonio “*in artículo mortis*”. ¿Quiénes pueden celebrarlo? ¿Pueden los cónsules celebrar matrimonio “*in artículo mortis*”? - 9. Prueba del matrimonio. Matrimonios anteriores a la sanción de la Ley del 26 de diciembre de 1898 del Matrimonio Civil. Matrimonios posteriores a esta ley. Imposibilidad de presentar la partida. - 10. Celebración del matrimonio religioso: requisitos.

### 1. Concepto de las diligencias previas.

MORENO RUFFINELLI, define *las diligencias previas como son los pasos que deben cumplirse con anterioridad a la celebración del matrimonio y consiste esencialmente en la expresión verbal del deseo de contraer matrimonio y el cumplimiento de determinados requisitos*” (p. 198).

BELLUSCIO, mencionado por el Prof. MORENO RUFFINELLI explica que el objetivo original de las diligencias previas en el derecho canónico (las proclamas matrimoniales) era dar publicidad a futuros matrimonios para evitar que lo contraigan per-

sonas con impedimentos y creado el matrimonio civil, el sistema fue trasladado a la ley civil por los legisladores revolucionarios franceses, que impusieron los anuncios previos en las puertas de las alcaldías municipales (p. 199).

Para el Prof. Dr. JUSTO PUCHETA (1988) *“las mismas consisten en los trámites realizados por los futuros contrayentes ante el Oficial Público y los actos que cumple dicho oficial”* (p. 55).

Sabemos que el matrimonio, como acto jurídico, se constituye por el consentimiento de los contrayentes, expresado personalmente por estos ante la autoridad competente para celebrar el matrimonio. De tal suerte, es importante el control de legalidad que corresponde realizar al Oficial Público, mediante diligencias practicadas en un procedimiento previo de naturaleza administrativa en el cual el funcionario se cerciora de la identidad de los futuros contrayentes, su intención de contraer matrimonio, su aptitud nupcial, etcétera (BOSSERT- ZANNONI, p. 124).

## **2. Su regulación.**

El Art. 150 establece: *“Las diligencias previas y la celebración del matrimonio se regirán por las disposiciones de la Ley del Registro Civil”*, pero de la lectura íntegra de la Ley N° 1266/87, se puede concluir que la presente ley nada dice sobre los pasos que deben efectuarse como diligencias previas antes de llegar al matrimonio acto propiamente dicho.

*“La Ley del Registro Civil nada dice con respecto a las diligencias previas. El Art. 2810 del Código Civil establece que las disposiciones de la Ley del Matrimonio Civil que no sean contrarias a las disposiciones de este código siguen vigentes. Por ende, dicha norma es la que efectivamente regula las diligencias previas”* (MORENO RUFFINELLI, p. 202).

Como se ha visto anteriormente ni el Código Civil Paraguayo, ni la Ley del Registro Civil regulan en cuanto a las diligencias previas para contraer matrimonio, por lo que a criterio de la cátedra debe estarse a lo dispuesto en la Ley del Matrimonio Civil, del año 1898.

En virtud de la interpretación que se ha dado a los artículos de la Ley del Matrimonio Civil antes mencionadas, las diligencias previas no son tales en nuestro país, pues se integran a la celebración del matrimonio en sí. Las mismas han perdido ese carácter de “previas”, que hacen a su esencia (MORENO RUFFINELLI, p. 203).

### **3. Celebración del matrimonio-acto. Requisitos.**

Según dispone la Ley N° 1266/87 del Registro del Estado Civil en su Art. 81, el matrimonio debe celebrarse públicamente, en el despacho y ante el Oficial del Registro Civil, con las formalidades que la ley prescribe y la presencia de los futuros esposos, o de sus apoderados y de los testigos mayores de edad. No obstante, podrá celebrarse el acto fuera de la oficina, con las mismas formalidades, si lo pidieren los futuros contrayentes y el Oficial del Registro Civil no tuviere inconvenientes.

Siempre que uno de los futuros esposos tuviere impedimento para trasladarse a la oficina, deberá celebrarse el matrimonio en esta última forma. En estos casos, se requerirá la presencia de cuatro testigos.

Seguidamente la Ley N° 1266/87 del Registro del Estado Civil señala en su Art. 82 que el Oficial del Registro Civil comenzará la celebración del matrimonio con la lectura del Art. 6° de la Ley N° 236/54. Cabe señalar que la ley antes mencionada ha sido derogada por el Art. 6° de la Ley N° 1/92 que establece que el marido y la mujer tienen en el hogar deberes, derechos y responsabilidades iguales, independientemente de su aporte

económico al sostenimiento del hogar común. Se deben recíprocamente respeto, consideración, fidelidad y asistencia.

A continuación, según lo señala el Art. 25 de la Ley N° 1/92, el Oficial del Registro Civil informará en cada caso a los futuros contrayentes antes de la celebración del matrimonio, que tienen la opción de elegir el régimen patrimonial que adoptarán, y que, en caso de no hacerlos expresamente, el régimen será el de la comunidad de gananciales bajo administración conjunta. En todos los casos en el acta de celebración del matrimonio, se consignará si existen o no capitulaciones.

También, según prescribe el Art. 89 de la Ley del Registro del Estado Civil, el Oficial de esta institución instruirá previamente a los contrayentes que pueden reconocer los hijos comunes habidos antes del matrimonio.

El Art. 82 de la mencionada ley manifiesta, que el Oficial recibirá el consentimiento de los contrayentes, expresado de viva voz por cada uno de ellos en respuesta a la pregunta de si quieren tomarse por marido y mujer. El Oficial del Registro Civil invocando la autoridad de la ley, los declarará unidos en legítimo matrimonio. El consentimiento de los esposos no puede subordinarse a término o condición. Si los contrayentes así lo hicieren, el Oficial del Registro Civil no celebrará el matrimonio. El acta de matrimonio será redactada y firmada inmediatamente, previa lectura y ratificación. Se entregará la libreta de familia a los contrayentes.

### **Contenido del acta de matrimonio.**

El acta matrimonial deberá regirse por los Arts. 27 y 80 de la Ley N° 1266/87 que dicen:

El Art. 27 dispone que toda inscripción deberá contener:

- a) Lugar, día, mes, año y hora;

- b) Nombre, apellido y domicilio de los comparecientes;
- c) La naturaleza de la inscripción;
- d) La forma como los comparecientes hayan acreditado su identidad; y
- e) La firma de estos, los testigos y el Oficial Público en ambos libros.

Según el Art. 80 el acta de celebración de matrimonio, además de los requisitos exigidos en el Art. 27, deberá contener:

- a) El nombre y apellido, edad, nacionalidad, profesión, lugar de nacimiento y domicilio de los contrayentes;
- b) El nombre y apellido, edad, nacionalidad, profesión y domicilio de sus padres;
- c) El nombre y apellido del cónyuge anterior, si alguno o ambos contrayentes hubieran estado casados;
- d) El consentimiento de los padres o tutores o la venia judicial supletoria cuando sean requeridos;
- e) La mención de si hubo o no oposición y su rechazo;
- f) La manifestación de los contrayentes de tomarse recíprocamente por esposos, y la del Oficial del Registro Civil de quedar ellos unidos en matrimonio;
- g) El reconocimiento de que los contrayentes hicieron de los hijos extramatrimoniales, si los tuvieran;
- h) El nombre, apellido, edad, estado, profesión y domicilio de los testigos; y
- i) Si el matrimonio se celebre por medio de apoderado, el nombre de estos y la mención del poder habilitante, cuyo

testimonio quedará archivado. El poder determinará la persona con quien debe contraerse matrimonio, y caducará a los 90 días de su otorgamiento. Para la celebración del matrimonio por poder uno de los contrayentes deberá estar presente.

#### **4. El Oficial. Sus obligaciones.**

El Oficial deberá dar todas las informaciones establecidas en la ley para llevarse a cabo la celebración del matrimonio, entre otras, la Ley del Registro del Estado Civil establece en sus Arts. 78, 88, 89, 90, 91 y 92 una serie de obligaciones a las que debe ajustar sus actuaciones el Oficial.

El Art. 78 de la mencionada ley prescribe que el Oficial del Registro Civil, que no siendo competente celebre un matrimonio sin impedimentos legales, será pasible de destitución, sin que ello afecte la nulidad del acto.

El Art. 88 dice que será destituido del cargo, sin perjuicio de su responsabilidad penal, el Oficial del Registro Civil que celebrare un matrimonio conociendo la existencia de un impedimento que pueda ser causa de nulidad del acto.

El Art. 89 dice que el Oficial del Registro Civil instruirá previamente a los contrayentes que pueden reconocer los hijos comunes habidos antes del matrimonio. Así también el Art. 90 señala que los Oficiales del Registro Civil exigirán, en los casos en que los interesados sean menores de edad, el consentimiento de los padres, o de los tutores si fueren huérfanos, o bien la venia supletoria cuando proceda. Las actas de matrimonio serán firmadas por los padres o tutores, o por otras personas a su ruego cuando no sepan firmar.

También el Art. 91 prescribe que cuando los comparecientes fueren viudos, presentarán antes de labrarse el acta, las partidas legalizadas que acrediten la defunción de sus cónyuges; si han sido casados, y si no son viudos la copia de sentencia ejecu-



torizada, que declare la nulidad del matrimonio por ello celebrado, y

El Art. 92 dice que es potestad del Oficial del Registro Civil exigir la partida de nacimiento de los interesados que a su juicio no hayan llegado aún a la mayoría de edad.

### **5. Los testigos, qué clases son y número.**

El Art. 38 de la Ley del Registro del Estado Civil establece que podrán ser testigos en los actos del Registro del Estado Civil los que hayan cumplido diez y ocho años de edad, sean hábiles y no estén comprendidos en parentesco con el Oficial del Registro dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Los parientes de los interesados serán admitidos preferentemente.

El Art. 81 de la ley establece que el acto debe realizarse públicamente en el despacho del Oficial del Registro Civil, con las formalidades que la ley prescribe y la presencia de los futuros contrayentes y simplemente manifiesta que los testigos deben ser mayores de edad, no así la cantidad mínima para celebrarse el matrimonio de esta primera forma; y

Siguiendo lo ordenado en el segundo párrafo del Art. 81, se establece que, no obstante, podrá celebrarse el acto fuera de la oficina, si los contrayentes así lo pidieran y el Oficial no tuviere inconvenientes o cualquiera de los contrayentes tuviere inconvenientes para trasladarse hasta la oficina, en éste caso el número de testigos será de 4 (cuatro).

### **6. Autorización para los menores.**

En relación a los menores de edad y los huérfanos, el Art. 90 de la Ley del Registro del Estado Civil prescribe que los Oficiales del Registro Civil exigirán el consentimiento de los padres, o de los tutores si fueren huérfanos, o bien la venia suple-

toria cuando proceda. Las actas de matrimonio serán firmadas por los padres o tutores, o por otras personas a su ruego, cuando no sepan firmar.

En el caso de menores de 18 años de edad, cuando no existiese consentimiento de los padres, deberán agregarse en el acto del matrimonio la resolución judicial que autoriza a los menores de edad para contraer matrimonio, otorgada claro por el Juez de la Niñez y la Adolescencia.

### **7. Redacción y firma del acta. Casos en que la posesión de estado cubre los vicios de que adolece el acto del matrimonio.**

“Se ha planteado a veces cuál es la situación en que quedan los matrimonios celebrados en los cuales el Oficial Público omitió la firma del acta. Y se ha resuelto que es uno de los casos en que la posesión de Estado suple la firma del acta, lo mismo que si omitieren firmar los testigos o los contrayentes” (MORENO RUFFINELLI, p. 217), siempre que el acta cumpla con los requisitos establecidos en el Art. 80 de la Ley del Registro Civil. Lo referente a la posesión de estado se desarrollará en las lecciones siguientes.

### **8. El matrimonio “*in artículo mortis*”. ¿Quiénes pueden celebrarlo?**

El Art. 85 de la Ley del Registro del Estado Civil regula que el Oficial Público podrá prescindir de todas o algunas de las formalidades que deben preceder al casamiento, cuando se justificare con el certificado de un médico, y donde no lo hubiere con el testimonio de dos testigos hábiles, si alguno de los futuros esposos se halla gravemente enfermo en peligro de muerte, pero lúcido para manifestar su consentimiento, lo que se hará constar en el acta, archivándose el documento.

También, si hubiere peligro en la demora, el matrimonio *in articulo mortis* podrá celebrarse en presencia de tres testigos que no estén ligados entre sí por parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, siempre que uno de ellos al menos sepa leer y escribir. Una de las personas que lea y escriba recibirá la declaración de los contrayentes de que se toman por marido y mujer, y extenderá el acta haciendo constar el lugar, día y hora en que se efectúa el matrimonio, los nombres de los contrayentes, de los testigos y los demás datos exigidos por esta ley, en lo posible. Si algunos de los contrayentes o de los testigos no supiere o no pudiere firmar, lo hará a su ruego una persona que puede ser o no uno de los testigos del acto. El acta original será entregada a la brevedad posible al encargado de la oficina del Registro Civil más próxima y se dará copia de ella a los contrayentes. En los casos de este artículo, la celebración del matrimonio será publicada durante ocho días por medio de avisos fijados en las puertas de la oficina.

**¿Pueden los cónsules celebrar matrimonio “*in articulo mortis*”?**

Sí pueden celebrar, siempre y cuando exista peligro en la demora del Oficial Público conforme al Art. 85 de la Ley N° 1266/87, pueden asimismo celebrar el matrimonio *in articulo mortis*, los capitanes de buques y aeronaves, pero deben cumplir con lo ordenado en el Art. 53 de la Ley del Registro Civil.

**9. Prueba del matrimonio. Matrimonios anteriores a la sanción de la Ley del 26 de diciembre de 1898 del matrimonio civil. Matrimonios posteriores a esta ley. Imposibilidad de presentar la partida.**

**Art. 152.-** El matrimonio se probará por los testimonios de las partidas o los certificados auténticos expedidos por el Registro del Estado Civil, y tratándose de matrimonios celebrados

antes de su establecimiento, por las certificaciones de los registros parroquiales.

En caso de pérdida o destrucción de los registros o asientos, o no hallándose ello en debida forma, podrá justificarse por otros medios de prueba.

### **10. Celebración del matrimonio religioso. Requisitos.**

El Art. 87 de la Ley N° 1266/87 prescribe que para la celebración del matrimonio religioso se tendrá a la vista el testimonio del acta de celebración del matrimonio civil.

Este documento, el certificado de matrimonio o en su defecto copia autenticada del acta de matrimonio, debe ser presentado ante quien se celebrará el matrimonio religioso; es el requisito esencial para que la ceremonia religiosa pueda llevarse a cabo. Creemos que valdría, sin embargo, la presentación del certificado de matrimonio, porque este es el testimonio de que fue celebrado el matrimonio, consta en el mismo la fecha de celebración, los datos de los contrayentes, las fojas del acta donde los contrayentes suscribieron su conformidad, entre otros.

## ESPONSALES

## MATRIMONIO

## DILIGENCIAS PREVIAS PARA CONTRAER MATRIMONIO

## PRUEBA DEL MATRIMONIO

### ESPONSALES. CONCEPTO

- Consisten en la futura promesa de matrimonio que se hacen dos personas de distinto sexo con aptitud nupcial.
- En nuestros días sería el compromiso matrimonial.
- ETIMOLOGÍA: Deriva del latín *sponsalia* que a su vez deriva del verbo *spondere* que significa PROMETER.
- Debe ser BILATERAL, la mera promesa unilateral no matrimonio no es constitutiva de esponsales.

### LOS ESPONSALES EN EL CÓDIGO CIVIL

- Nuestro Código, antes de su modificación por la Ley N° 1/92, disponía:
  - La promesa de matrimonio no obliga a contraerlo.(Art.136)
  - El culpable de la ruptura del compromiso matrimonial debía indemnizar a la otra parte por los gastos hechos de buena fe y el juez podía fijar, además, una indemnización por daño moral. (Art.137)
  - Los prometidos podían también demandar la restitución de los regalos hechos en consideración de la promesa de matrimonio. (Art.138)

## LOS ESPONSALES EN LA LEY N° 1/92

- La Ley 1/92 modificó el régimen jurídico del matrimonio y reformó en gran parte el sistema del Código Civil en materia de esponsales.
- Deja vigente el Art. 136 del C.C. y deroga los Arts. 137 y 138.
- Establece que la promesa recíproca de matrimonio no produce la obligación legal de contraerlo y tampoco obliga a cumplir la prestación estipulada para el caso de incumplimiento de la promesa. (Art 3 Ley 1/92)
- Esta ley deja un vacío al derogar las disposiciones referentes a la indemnización por incumplimiento de la promesa de esponsales
- ¿Produce efectos la ruptura del compromiso matrimonial?

Sólo produce efectos por responsabilidad extracontractual, esto sería cuando se reúnen los requisitos de antijuridicidad, daño y culpa o dolo.

## MATRIMONIO

- Matrimonio-acto: denominado matrimonio *in fieri*. Es el que se produce como consecuencia del consentimiento libremente expresado por personas jurídicamente hábiles.
- Matrimonio-estado: denominado matrimonio *in facto esse*. Es la relación de vida constituida por la celebración válida.

### DEFINICIÓN

Es la relación jurídica que nace como consecuencia del consentimiento libremente expresado en un acto formal, celebrado con participación de un Oficial Público, de acuerdo a las prescripciones de la ley, en virtud de la cual dos personas de distinto sexo, sin impedimento legal alguno, se unen para llevar vida en común, perpetuar la especie y permitir el desarrollo de los demás fines materiales y espirituales del hombre y la mujer para llegar a la realización integral plena.

### CARACTERES

- Heterosexualidad
- Unidad
- Monogamia
- Permanencia
- Legalidad o juridicidad
- De orden público

### DILIGENCIAS PREVIAS

#### ○ CONCEPTO

Son las que deben cumplirse con anterioridad a la celebración del matrimonio y consisten esencialmente en la expresión verbal del deseo de contraer matrimonio y el cumplimiento de determinados requisitos.

- El Código Civil ha dejado todo lo referente a la celebración del matrimonio, incluidas las diligencias preparatorias, a la Ley N° 1266/87 del Registro de Estado Civil. Su Art. 150 dispone que *«las diligencias previas y la celebración del matrimonio se regirán por las disposiciones de la Ley del Registro Civil»*, pero esta ley no dice nada acerca de las diligencias previas.
- En cuanto al RÉGIMEN JURÍDICO de las diligencias previas sigue en vigencia la LEY DEL MATRIMONIO CIVIL DEL AÑO 1898.
- Las diligencias previas no son tales en nuestro país, pues se integran a la celebración misma del acto. Las mismas han perdido ese carácter de previas.

## CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

- La **FORMA ORDINARIA** es la que se efectúa ante el Oficial del Registro Civil y con la presencia de los futuros esposos, o sus apoderados, y de los testigos exigidos por ley.
- El acto comprende 3 **MOMENTOS**: **1) Informativo** de los derechos y deberes de los futuros cónyuges, de la opción de elegir el régimen patrimonial que adoptarán y de reconocer a los hijos comunes habidos antes del matrimonio; **2) Constitutivo** del vínculo matrimonial, en el que los contrayentes expresan su consentimiento y el Oficial lo declara unidos en matrimonio; y **3) Conclusión de la ceremonia**, en el que el Oficial manifiesta que se ha cumplido como dispone la ley, se redacta, lee y firma el acta matrimonial y se entrega la libreta de familia a los contrayentes.

### FORMAS EXTRAORDINARIAS

- **Matrimonio in articulo mortis**: Se da cuando uno de los esposos se hallare cerca de la muerte, pero conservando intactas sus facultades mentales, y la ley entonces permite flexibilizar las formalidades que se exigen para la celebración.

- 1) **Matrimonio in articulo mortis con presencia del Oficial**: se debe justificar con el certificado de un médico y donde no lo hubiere con el testimonio de dos testigos.
  - 2) **Matrimonio in articulo mortis sin la presencia del Oficial**: En casos de peligro en la demora del Oficial, con la presencia de tres testigos, con la redacción del acta y su entrega posterior al Registro Civil, y publicando la celebración del matrimonio durante ocho días por medio de avisos fijados en las puertas de la Oficina.
- **Regularización del Concubinato**: De por lo menos 5 años y el Oficial del Registro Civil, mediante información sumaria de por lo menos dos testigos de que no existen impedimentos para la celebración del matrimonio.

### AUTORIZACIÓN PARA MENORES DE EDAD

Para menores de 16 años de edad, en casos excepcionales, por el Juez de la Niñez y la Adolescencia. (Art. 102 C.N.A)



## PRUEBA DEL MATRIMONIO

- Prueba ordinaria:

Por los testimonios de las partidas o los certificados auténticos expedidos por el Registro Civil, y tratándose de matrimonios celebrados antes de su establecimiento, por las certificaciones de los registros parroquiales.

- Prueba extraordinaria:

Por otros medios de prueba en caso de pérdida o destrucción de los registros o asientos o si los mismos no se encuentran en debida forma.





## CAPÍTULO V

# EFECTOS JURÍDICOS DEL MATRIMONIO

*Sumario:* 1. Efectos jurídicos del matrimonio. - 2. Efectos en cuanto a las personas. - 2.1. Cohabitación. - 2.2. Fidelidad. - 2.3. Ayuda Mutua. - 3. Domicilio conyugal. - 4. Efectos en cuanto a los bienes. - 5. Regímenes de bienes en el matrimonio, concepto. - 6. Antecedentes históricos. - 6.1. Regímenes de la absorción. - 6.2. De la unidad. - 6.3. De la unión de bienes y el dotal. - 7. Sistemas doctrinarios modernos. - 7.1. Régimen de comunidad de bienes. - 7.2. Régimen de separación de bienes. - 7.3. Régimen de participación diferida.

### **1. Efectos jurídicos del matrimonio.**

Al respecto acota MORENO RUFFINELLI, el matrimonio produce efectos civiles que se refieren a las personas y a los bienes de quienes lo contraen. Generalmente, se conocen a los primeros como los “efectos personales del matrimonio”, mientras que los segundos son los “efectos patrimoniales o económicos del matrimonio” (p. 366).

Los efectos personales del matrimonio representan el conjunto de derechos y deberes que tienen los esposos entre sí en cuanto a su esfera particular, mientras que los efectos económicos se refieren al régimen patrimonial del matrimonio, y en todo lo que esté relacionado con las cuestiones de índole económica que surgen como consecuencia de la celebración del acto.

Nuestra Constitución Nacional en su Art. 51 dice al respecto, que la ley establecerá sus *efectos*, así como el régimen de administración de bienes y otros derechos y obligaciones entre cónyuges.

## **2. Efectos en cuanto a las personas.**

La norma de rango constitucional en su Art. 48 sienta el principio de igualdad entre el hombre y la mujer, estableciendo que los mismos tienen iguales derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, la Ley N° 1/92 establece en su Art. 1: La Mujer y el varón tienen igual capacidad de goce y de ejercicios de los derechos civiles, cualquiera sea su estado civil. Otro artículo de la citada norma legal plasma dentro de las disposiciones generales que la unidad de la familia, el bienestar, la protección de los hijos menores y la igualdad de los cónyuges son principios fundamentales para la aplicación e interpretación de la citada ley; además de señalar que dichos principios son de orden público y no podrán ser modificados por convenciones particulares, excepto cuando la ley lo autorice expresamente.

Como podemos observar, en la legislación precedente, se logra la equiparación de los derechos de la mujer a la de los hombres, dejando atrás aquella idea inicua de la incapacidad de la mujer y su sometimiento a la autoridad del marido.

En nuestro derecho positivo los cónyuges poseen iguales derechos y obligaciones establecidos en el C.C. y en la Ley N° 1/92, disponiendo el primer cuerpo legal mencionado en su Art. 154 que *el matrimonio crea entre los esposos una comunidad que les obliga a la vida conyugal, a dignificar el hogar y a su mutua protección, fidelidad y asistencia, así como a proveer al sustento, guarda y educación de los hijos*. También la Ley N° 1/92 establece en su Art. 6° que *el marido y la mujer tienen en el hogar deberes, derechos y responsabilidades iguales, independientemente de su aporte económico*

*al sostenimiento del hogar común. Se deben recíprocamente respeto, consideración, fidelidad y asistencia.*

### **2.1. Cohabitación.**

Nuestro Código Civil en su Art. 154 prescribe que el matrimonio crea entre los esposos una comunidad que les obliga a la vida conyugal.

La cohabitación supone lógicamente la convivencia entre los cónyuges en la casa conyugal y la misma es como señala SUÁREZ FRANCO, “*un supuesto indispensable para lograr la comunidad conyugal, a fin de alcanzar con buen éxito los fines propios del matrimonio*”, autor citado por MORENO RUFFINELLI (p. 374). Para este autor igualmente, la cohabitación significa que el matrimonio obliga a los esposos no solamente a vivir bajo el mismo techo, sino al débito conyugal (relaciones sexuales) como condición de mayor importancia en el matrimonio, tanto que la negativa al mismo puede ser considerada injuria grave y causal de divorcio.

### **2.2. Fidelidad.**

Los esposos se deben mutuamente fidelidad conforme lo dispone el Art. 154 del C.C., en concordancia con el Art. 6° de la Ley N° 1/92.

La fidelidad –*de fides, fe*–, implica un concepto amplio, que socialmente incluye el deber, para cada cónyuge, de observar una conducta inequívoca, absteniéndose de cualquier relación que cree una apariencia comprometedor y lesiva para la dignidad del otro. Este concepto es inseparable de la ética de la comunidad misma, aceptada en las relaciones personales de marido y mujer. Se vincula estrechamente a la institucionalización del matrimonio monogámico y su sustento, en la pareja,

descansa en la aceptación exclusiva y recíproca, de un esposo respecto del otro (BOSSERT-ZANNONI, p. 217).

### **2.3. Ayuda mutua.**

La doctrina distingue entre el concepto genérico de asistencia y el específico de alimentos. La noción de asistencia recoge –al igual que la de fidelidad– una serie de presupuestos éticos que sustancialmente podrían sintetizarse en el concepto de solidaridad conyugal. Y, más allá todavía, solidaridad familiar. Los alimentos, como prestación, si bien se fundan en el deber de asistencia, se traducen en valores pecuniarios, de contenido económico, que aseguran la subsistencia material.

En la asistencia, en sentido amplio, quedan comprendidos la mutua ayuda, el respeto recíproco, los cuidados materiales y espirituales que ambos cónyuges deben dispensarse. Por esa razón, el incumplimiento de la asistencia en sentido amplio ha sido juzgado como causal de divorcio: no solo cuando la inasistencia se revela como incumplimiento de la prestación alimentaria, sino en otros casos en que la conducta desaprensiva de un cónyuge, privó al otro de cuidados o apoyo en la relación permanente (BOSSERT-ZANNONI, p. 199).

**Artículo 8º.-** Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar y a solventar las necesidades de alimentación y educación de los hijos comunes, y de las uniones anteriores que viviesen con ellos. Esta contribución será proporcional a sus respectivos ingresos, beneficios o rentas. Si uno de ellos se encontrase imposibilitado de trabajar y careciese de rentas propias, el otro deberá hacerse cargo de todos los gastos expresados.

**Artículo 9º.-** La atención y cuidado del hogar constituyen una función socialmente útil y de responsabilidad común de ambos cónyuges.

Cuando uno de ellos se dedique con exclusividad a la misma, la obligación de sostener económicamente a la familia recaerá sobre el otro sin perjuicio de la igualdad de sus derechos, y de la colaboración que mutuamente se deben.

### **3. Domicilio conyugal.**

**Artículo 14.-** Se considera domicilio conyugal el lugar en que, por acuerdo entre los cónyuges, éstos hacen vida en común, y en el cual ambos gozan de autoridad propia y consideraciones iguales.

Una y otro podrán ausentarse temporariamente del mismo para atender funciones públicas, o en el ejercicio de sus respectivas profesiones o por intereses particulares relevantes. A pedido de parte el Juez puede suspender el cumplimiento del deber de convivencia cuando ponga en peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges, o la actividad económica de uno de ellos del cual dependa el sostenimiento de la familia.

### **4. Efectos en cuanto a los bienes.**

El matrimonio determina el surgimiento de relaciones de carácter personal entre los cónyuges con las consecuentes facultades y deberes recíprocos. Pero, además, derivan de él consecuencias de índole patrimonial, ya que la comunidad de vida crea la necesidad de atender las erogaciones que el hogar común y la vida del grupo familiar van exigiendo; además, por la especial característica que tiene la vida en común de los esposos; es necesario organizar un régimen referido a la propiedad y al manejo de los bienes que cada uno adquiere o que adquieren ambos. De manera que el régimen matrimonial comprende una de las consecuencias jurídicas del matrimonio: La referente a las relaciones patrimoniales. Estas relaciones determinan cómo contribuirán marido y mujer en la atención de las necesidades

del hogar y del grupo familiar, así como la repercusión que el matrimonio tendrá sobre la propiedad y administración de los bienes que los cónyuges aportan o que adquieren durante la unión y, también, la medida en que esos bienes responderán ante terceros por las deudas contraídas por cada uno de los cónyuges.

### **5. Regímenes de bienes en el matrimonio, concepto.**

Conjunto de relaciones jurídicas de orden –o de interés– patrimonial que el matrimonio establece entre los cónyuges, y entre estos y terceros.

Existen, en consecuencia, dos órdenes de relaciones patrimoniales emergentes del matrimonio: las de los cónyuges entre sí y la de los cónyuges con terceros. Las primeras abarcan asuntos tales como la propiedad de los bienes y su administración, las cargas del hogar, la responsabilidad por las obligaciones contraídas, etc. Las segundas, relaciones con los terceros (dentro del cual se ubica nuestro tema) presentan varios interrogantes: ¿Puede uno solo de los cónyuges comprometerse por ambos? ¿Sobre qué bienes harán efectivos los acreedores sus créditos contra uno de los esposos?; y muchas otras más. Las respuestas a dichas preguntas dependen del tipo de régimen existente en el matrimonio.

En el Paraguay, la regulación de los regímenes patrimoniales se halla contenida esencialmente en la Ley N° 1/92 de Reforma Parcial del Código Civil de 1985, el que quedó substancialmente modificado en cuanto al régimen patrimonial del matrimonio. La ley vigente reconoce tres clases de regímenes: el régimen de comunidad, que es relativa y de administración conjunta; el régimen de separación de bienes; y el régimen de participación diferida.

La Ley N° 1/92 es merecedora de serias críticas, y específicamente en la parte de la regulación del régimen patrimonial,



que es lo que aquí nos interesa; la ley contiene serias deficiencias consistentes en la redacción desafortunada y ubicación desordenada de sus textos, a más de varias incoherencias de los mismos. Para dar una idea de ello, obsérvese que en el Art. 40 se lee que *“corresponde a ambos cónyuges conjunta o indistintamente a cada uno de ellos la gestión y administración de sus bienes...”*, texto contradictorio y sin sentido, dado que la gestión conjunta es diferente a la gestión indistinta; ambas modalidades se excluyen. Más adelante resaltaremos otras antinomias; en esta parte, solo queremos, de entrada, señalar que la ley está plagada de disposiciones poco claras y contradictorias, que originan confusiones e interpretaciones diversas y encontradas, que restan certeza a esta ley. Como bien afirma el Dr. MORENO RUFFINELLI, ante tal confusión normativa es necesaria una corrección del régimen de gestión conjunta, volviéndola al menos más coherente en sus disposiciones; o, mejor, adoptarse el régimen de mayor aceptación en el derecho comparado, como lo es el de administración separada, requiriéndose el asentimiento del otro cónyuge para ciertos actos trascendentes de disposición. Este régimen propuesto es considerado por los doctrinarios, como el que además de permitir un adecuado funcionamiento de la comunidad conyugal, mejor protege la igualdad de derechos dentro del matrimonio.

De lo explicado se desprende un doble orden de relaciones, como lo señala ZANNONI (1993, p. 376.).

a) **Relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí.** Si bien el contenido particular de estas relaciones variará según cuál fuera el régimen patrimonial, lo esencial es que tienden a satisfacer requerimientos fundamentales de orden económico que provoca la unión matrimonial: la adecuada contribución en los gastos comunes, o cargas comunes, los *oneramrimonii* (sostenimiento económico del hogar, educación de los hijos, etc.), y simultáneamente, la gestión de los bienes del matrimonio de

cada uno de los cónyuges, a partir de la celebración de las nupcias.

b) **Relaciones patrimoniales de los cónyuges con terceros.** Éstas tienden, fundamentalmente, a mantener un adecuado equilibrio entre el interés patrimonial de cada cónyuge (o el de ambos) y el de quienes, con ellos, han establecido relaciones jurídicas, obviamente, de orden patrimonial. Se contraponen aquí, de algún modo, el interés patrimonial que se reconoce en el *consortium* que, por diversas circunstancias se reputa común de marido y mujer, y el interés patrimonial de los terceros, que exige seguridad.

## **6. Antecedentes históricos: Regímenes de la absorción, de la unidad, de la unión de bienes y el dotal.**

6.1. **Régimen de absorción de la personalidad económica** de la MUJER POR EL MARIDO. La denominación generalmente usada es la de *absorción de la personalidad económica de la esposa por el nutrido*, a la cual preferimos la aquí empleada porque al expresar que el patrimonio de la esposa es absorbido por el marido, se entiende que toda la actividad económico jurídica que a ella hubiera podido corresponder es asumida por este. En efecto, al marido se trasmite en propiedad el patrimonio de su cónyuge. Como propietario, disfruta, administra y dispone de todos los bienes, soporta el sostenimiento económico del hogar y responde por las deudas; la esposa queda desprovista de patrimonio y de todo derecho sobre los bienes que lo componían, sin posibilidad de recuperarlos aun a la muerte del marido, al cual, a lo sumo, podrá heredar (MÉNDEZ COSTA, 1982, p. 293). No existe en la actualidad. Correspondió al derecho romano y se aplicó en Gran Bretaña y Estados norteamericanos y el Canadá, desapareciendo paulatinamente desde mediados del siglo XIX.

6.2. **Regímenes de unidad y unión de bienes.** Reconociendo una vertiente distinta se conocen otros dos regímenes típicos que si bien no se han dado en forma pura pueden ser distinguidos claramente. En el régimen de la *unidad de bienes* se produce, como en el romano, una suerte de absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido a quien se transmiten todos los bienes de ella. El marido adquiere la *propiedad* de esos bienes, pero lo característico –y lo que lo diferencia del régimen de absorción– es que, a la disolución del matrimonio, el marido o sus herederos *deben restituir a la mujer su valor*. De modo que la mujer, con el matrimonio, pierde el dominio de los bienes que aporta al matrimonio y adquiere un derecho de crédito a su disolución, por tal valor.

En el régimen de *unión de bienes*, a diferencia del anterior, el marido no adquiere la propiedad de los bienes de la mujer, sino sólo su *administración y disfrute*. A la disolución del matrimonio, el marido o sus herederos deben restituirlos *en especie*. De modo que, en lugar de transformarse la propiedad de la mujer en un derecho de crédito –como en la unidad de bienes–, se mantiene como propiedad, pero el usufructo de los bienes se transfiere al marido. En el derecho germánico, el régimen de unidad se dio respecto de los muebles y se combinó con la unión respecto de los inmuebles que debían ser restituidos a la mujer en especie, a la disolución del matrimonio.

En el derecho moderno, la unión de bienes ha dado lugar al régimen conocido como de *administración y disfrute del marido* en el Código Civil alemán, o régimen *sin comunidad*, como le llamó el Código Civil francés (Art. 1530 y siguientes). Pero va siendo abandonado paulatinamente; por ejemplo, en Alemania fue sustituido por un régimen de participación en las ganancias en virtud de la Ley de 1957 (BOSSERT-ZANNONI).

6.3. **Régimen dotal:** Tiene su origen en el derecho romano, y estuvo vigente, como régimen convencional, en Francia hasta 1965 y en Italia hasta 1975. La palabra dote se utiliza en

dos acepciones: una amplia, que entiende por dote todos los bienes aportados por cualquiera de los cónyuges al matrimonio, hablándose, inclusive, de dote del varón; en su acepción estricta, sin embargo, se entiende por dote los bienes aportados al matrimonio por la mujer o por sus progenitores que quedan bajo la administración del marido, adquiriendo este los frutos o hasta la propiedad de los mismos.

La dote tiene sus orígenes en el matrimonio sine manu del derecho romano, en el cual el patrimonio de la mujer ya no pasaba a pertenecer al marido o al paterfamilias, sino quedaba bajo la propiedad y administración de aquella, entregándose al marido solo ciertos bienes, que servían como contribución para solventar los gastos del hogar. Estos constituían lo que se conoce como dote. Por su parte, los bienes de la mujer que no entraban en el régimen dotal eran calificados como paternos.

La institución se desnaturalizó, a la luz del análisis (de MORENO RUFFINELLI, p. 646), al proliferar los divorcios por repudio de los maridos inescrupulosos que contraían matrimonios exclusivamente para enriquecerse con lo entregado como dote. Como consecuencia, los pretores idearon remedios para obligar la restitución de la dote a la mujer, dentro de ciertas reglas, como lo eran la *cautio rei uxoriae* y la *actio rei uxoriae*. Posteriormente, la ley de **Julia de adulteriis o de fundo dotali** prohibió la enajenación de fundos dotales sin el concurso de la mujer. Justiniano fue incluso más allá; previo que, por más que existiera conformidad de la mujer, la enajenación de la dote por parte del marido sería inválida porque, de hecho, el afecto o la violencia hacían muchas veces inútil la prohibición de la *lex Julia*.

## **7. Sistemas doctrinarios modernos.**

### **7.1. Régimen de comunidad de bienes.**

La característica esencial del régimen de comunidad es la formación de una masa de bienes que pertenece a ambos esposos entre sí y que ha de repartirse entre ellos o entre el sobreviviente y los herederos del cónyuge muerto al disolverse dicho régimen. Según lo señala ZANNONI, la formación de esta masa no importa, en principio, atribuir a ambos cónyuges el dominio o propiedad de los bienes comunes al estilo del clásico condominio ya que la comunidad no trasciende en general como cotitularidad de los bienes sino en el derecho al goce común de los bienes durante el matrimonio y en el de partir en común el conjunto de los bienes al liquidarse la comunidad.

En el derecho moderno las clases más conocidas de regímenes patrimoniales son: (1) Regímenes de comunidad; (2) Régimen de separación; y (3) Régimen de participación diferida. Los regímenes de comunidad se clasifican en cuanto a la extensión de la masa en: Comunidad universal y Comunidad restringida o relativa. Entre estas, existen otra vez las subespecies de: Comunidad de muebles y ganancias y Comunidad de ganancias. También los regímenes de comunidad, según la administración de los mismos, puede ser Régimen de gestión marital; de gestión separada o de gestión conjunta. En la legislación del Paraguay el régimen es de comunidad relativa de administración conjunta.

En el matrimonio bajo el régimen de comunidad de ganancias deben distinguirse las deudas propias de cada cónyuge de las deudas comunes. Estas indudablemente constituyen el pasivo de la comunidad, mientras que aquellas deben soportar los bienes propios del cónyuge que las contrajo.

## **7.2. Régimen de separación de bienes.**

“Implica absoluta separación de propiedad, gestión y responsabilidad. La ley, sin embargo, reglamenta generalmente la contribución a las cargas del hogar y diversos supuestos en que se pretende la protección de los terceros que contratan con los esposos” (MÉNDEZ COSTA, p. 296).

*“Los regímenes de separación, se diferencian de los de comunidad en la circunstancia de que no confieren a los esposos expectativas comunes sobre los bienes adquiridos o ganados por cada uno de ellos. Es decir, el matrimonio no altera el régimen de propiedad de los bienes, que siguen perteneciendo al cónyuge adquirente: cada cual adquiere para sí y administra y dispone de lo adquirido. A su vez, cada cónyuge responde individualmente por las deudas que contrae y los bienes del otro no quedan afectados, en principio, por esa responsabilidad” (ZANNONI, 1993, p. 383).*

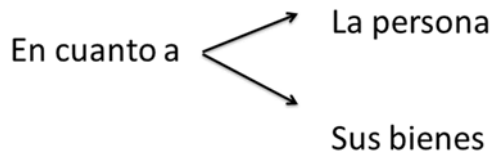
## **7.3. Régimen de participación diferida.**

El régimen de participación en las ganancias se caracteriza porque, durante la unión, cada uno de los cónyuges tiene la libre gestión de su patrimonio –como en la separación de bienes–, pero a la disolución se otorga a uno de ellos un crédito contra el otro destinado a igualar los aumentos patrimoniales producidos durante el régimen. En general, el procedimiento para esa igualación consiste en comparar el patrimonio que cada uno de los cónyuges tenía al casarse (patrimonio inicial) con el que tiene al disolverse el régimen (patrimonio final). La diferencia en más de este representa la ganancia. A quien ganó menos se le concede un crédito contra el otro por la mitad de la diferencia entre la ganancia mayor y la menor, y así se igualan.

No es inconcebible que la participación tenga un alcance mayor. De tal modo, es posible la participación universal, que no igualaría los aumentos sino la totalidad de los patrimonios. De hecho, puede ocurrir así en las leyes que exigen la prueba de

los patrimonios iniciales mediante inventario hecho con ocasión del matrimonio; en esos casos, la omisión del inventario haría que la totalidad de los patrimonios de uno y otro cónyuge fuese considerada como ganancia y sometida al procedimiento ideado para su igualación (BELLUSCIO, p. 15).

## EFFECTOS JURIDICOS DEL MATRIMONIO



## Efectos en cuanto a las personas

### Igualdad jurídica de los cónyuges

Anteriormente la mujer sufrió discriminaciones en cuanto a sus derechos respecto a los reconocidos a los hombres. Se entendía que la mujer estaba sometida a la autoridad del mar y que era una incapaz de hecho.

#### Nuestra legislación actual

- Constitución Nacional de 1992 – Art. 48: «*El hombre y la mujer tienen iguales derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. El Estado promoverá las condiciones y creará los mecanismos adecuados para que la igualdad sea real y efectiva, allanando los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio y facilitando la participación de la mujer en todos los ámbitos de la vida nacional*».
- Ley 236/54 – Art 5: «*Dentro del matrimonio la mujer y el hombre tienen los mismos derechos y la misma capacidad, con la limitación que deriva de la igualdad de la familia y la diversidad de sus respectivas funciones en la sociedad*». A pesar de haber establecido esta norma, el texto final de la ley instauró un régimen patrimonial único sometido a la administración del marido.
- Ley 1/92 – Art. 1: «*La mujer y el varón tienen igual capacidad de goce y ejercicio de los derechos civiles cualquiera sea su estado civil*».

### Derechos y deberes de los cónyuges

Art- 154 Código Civil: «*El matrimonio crea entre los esposos una comunidad que les obliga a la vida conyugal, a dignificar el hogar y a su mutua protección, fidelidad y asistencia, así como a proveer el sustento, guarda y educación de los hijos*».

De esta disposición se desprenden los siguientes derechos y deberes:

1- COHABITACIÓN: Supone la convivencia de los cónyuges en la casa conyugal y además el débito conyugal (relaciones sexuales), tanto que la negativa del mismo puede ser considerado como injuria grave y causal de divorcio.

Caracteres de la cohabitación: a) Reciprocidad y b) Permanencia.

- Art. 14 - Ley 1/92: El domicilio conyugal:

- Debe ser fijado por mutuo acuerdo

- Ambos pueden ausentarse temporalmente para atender

- El Juez puede suspender la convivencia cuando ponga en peligro la vida, la salud, o actividad económica de cualquiera de los cónyuges

Funciones públicas

El ejercicio de sus profesiones o por intereses particulares relevantes

2- FIDELIDAD: Ninguno de los esposos puede mantener relaciones sexuales fuera del matrimonio. Matrimonio MONOGÁMICO. Existen dos tipos de infidelidad:

a) Material: adulterio y b) Moral: injurias graves. Ambas son causales de divorcio.



Caracteres del deber de fidelidad: a) Recíproco, b) Absoluto y c) Permanente.

3- ASISTENCIA: Implica:

- 1) Solidaridad personal
- 2) Auxilio moral o espiritual en caso de enfermedad
- 3) Conducción del hogar en términos equitativos
- 4) Alimentos (Causal de divorcio)

Ley 1/92 – Art. 8: «*Los cónyuges contribuirán al sostenimiento del hogar y a solventar las necesidades de alimentación y educación de los hijos comunes, y de uniones anteriores que viviesen con ellos. Esta contribución será proporcional a sus respectivos ingresos, beneficios o rentas. Si uno de ellos se encontrase imposibilitado de trabajar y careciese de rentas propias, el otro deberá hacerse cargo de los gastos expresados*».

Art. 9: «*La atención y el cuidado del hogar constituyen una función socialmente útil y de responsabilidad común de ambos cónyuges. Cuando uno de ellos se dedique con exclusividad a la misma, la obligación de sostener económicamente a la familia recaerá sobre el otro sin perjuicio de la igualdad de sus derechos y de la colaboración que mutuamente se deben*».

**Otros deberes y derechos: RESPETUO MUTUO** → Físicamente  
→ Moralmente





## CAPÍTULO VI

# LOS RÉGIMENES PATRIMONIALES O DE BIENES

**Sumario:** 1. Los regímenes patrimoniales o de bienes. - 2. Los regímenes patrimoniales establecidos en la Ley N° 1/92. - 2.1. El régimen de comunidad de gananciales. - 2.2. El régimen de separación de bienes. - 2.3. El régimen de participación diferida. - 3. Las convenciones matrimoniales. Concepto. - 4. Su regulación en el Código y en la Ley N° 1/92. - 5. Forma. - 6. Informe del Oficial Público a los futuros esposos. - 7. Los contratos entre cónyuges. ¿Cuáles son permitidos?

### 1. Los regímenes patrimoniales o de bienes.

Los regímenes patrimoniales o de bienes se pueden definir como el conjunto de normas jurídicas referentes al régimen económico de los esposos dentro del matrimonio, en sus relaciones entre sí, como con relación a terceros. El Prof. MORENO RUFFINELLI dice que el régimen patrimonial del matrimonio es el ordenamiento que rige el régimen económico dentro de las uniones matrimoniales (p. 638).

Nuestra Constitución Nacional prescribe en su Art. 51 que la ley establecerá... *“El régimen de administración de bienes y otros derechos y obligaciones entre cónyuges”*. El artículo mencionado se encuentra ampliamente reglamentado en el Art. 189 del Código Civil y en los Arts. 22 al 52 y del 60 al 75 de la Ley N° 1/92.

El diccionario de (OSSORIO, 1982), define al régimen como la organización patrimonial que rige el matrimonio, según las legislaciones de cada país.

Es sabido que la unión del hombre y la mujer en matrimonio trae aparejado varias consecuencias de orden legal. En la presente lección nos ocuparemos de considerar a los bienes patrimoniales y de las diversas situaciones en que se encuentran los mismos en relación a los cónyuges. Actualmente, el ordenamiento jurídico que se ocupa de regular el régimen patrimonial matrimonial es la Ley N° 1/92, también es la que limita el campo de acción de los esposos en sus relaciones entre sí como con relación a terceros.

¿Por qué con relación a terceros?, ¿acaso un tercero puede intervenir en los regímenes patrimoniales de un matrimonio?, ¿cómo?, ¿uno de los cónyuges puede comprometer a la comunidad? En caso de la existencia de acreedores, ¿a quién se debe reclamar la deuda?, ¿sobre qué bienes se hará efectivo sus créditos? Estas interrogantes tienen su respuesta a lo largo de la citada ley que pasaremos a analizar.

## **2. Los regímenes patrimoniales establecidos en la Ley N° 1/92.**

La Ley N° 1/92 establece tres tipos de regímenes en el Art. 22, a saber:

- a) La comunidad de gananciales bajo administración conjunta.
- b) El régimen de participación diferida; y
- c) El régimen de separación de bienes.

Existe diversidad de sistemas en la legislación comparada. Muchos países adoptan a dos o tres sistemas como alterna-

tivas válidas. En nuestro país se distinguen tres regímenes bien diferenciados, uno de ellos es el de comunidad de gananciales bajo administración conjunta, también llamado por la doctrina régimen supletorio, porque rige para aquellos casos en que los cónyuges no hayan acordado previamente optar por alguno de los regímenes establecidos por ley. Los otros dos regímenes se denominan convencionales, y se tratan de la participación diferida establecida en el Art. 60 y el de la separación de bienes, establecida en el Art. 70, ambos de la Ley N° 1/92 de la reforma parcial del Código Civil. Es importante destacar que nuestra legislación admite la mutabilidad de los regímenes de conformidad con el Art. 27 de la Ley N° 1/92, a diferencia de otras legislaciones que no la admiten.

### **2.1. El régimen de comunidad de gananciales.**

Los bienes gananciales o comunes son los adquiridos onerosamente durante la vigencia de la comunidad conyugal; la Ley N° 1/92 prescribe en su Art. 24 que, a falta de capitulaciones matrimoniales o si estas fuesen nulas o anuladas, el régimen matrimonial será el de la comunidad de gananciales bajo administración conjunta; así también establece el Art. 30 que si no se hubiere pactado un régimen distinto, este régimen comenzará a partir de la celebración del matrimonio, con la excepción prevista por el Art. 21, que se refiere a los menores de edad que se casen sin la necesaria autorización quedarán sometidos al régimen de separación de bienes hasta cumplir la mayoría de edad, una vez cumplida la mayoría de edad, estos podrán optar por el régimen de bienes de su preferencia.

**Artículo 27.-** Las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones si las hubiere, requieren el consentimiento expreso de ambos contrayentes y para que tengan efecto contra terceros, se requiere su posterior inscripción en la sección respectiva de los Registros Públicos. En caso de modificación, deberá expresarse en la sustituyente la naturaleza y demás circunstancias de

la sustituida y dicha modificación deberá homologarse judicialmente.

Ahora, llámense bienes gananciales todos aquellos expresamente consignados en el Art. 32 de la Ley N° 1/92; vale decir, los adquiridos durante la vida en común de ambos consortes, por el esfuerzo de cada uno o de una sola de las partes, por el azar, por las rentas, por los frutos, etc. La característica principal de esta comunidad es la existencia de una masa de bienes que pertenece a ambos cónyuges y que, al momento de su disolución, debe repartirse o distribuirse entre ambos.

El régimen de comunidad de gananciales está regulado en el Art. 32 de la Ley N° 1/92 y establece lo siguiente;

Son bienes gananciales o comunes los obtenidos durante el matrimonio.

1) *Por la industria, trabajo, comercio, oficio, o profesión de cualquiera de los cónyuges*; es la consecuencia del esfuerzo de ambos cónyuges y pertenece a la comunidad, al igual que sus frutos.

2) *Los obtenidos a título oneroso a costa del caudal común, tanto si se hace la adquisición a nombre de ambos cónyuges como de uno solo de ellos*; lo que se adquiere con dinero de la comunidad pertenece a la comunidad, salvo prueba en contrario, como en el caso de que se haya adquirido con dinero propio y sea demostrable.

3) *Los frutos naturales y civiles devengados durante la unión y que proceden de los bienes comunes, así como de los propios de cada cónyuge*; no se tiene en cuenta la propiedad de los bienes (propios o comunes), sus frutos siempre pertenecen a la comunidad.

4) *Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la comunidad y a costa de los bienes comunes, aun-*

*que fueren a nombre de uno solo de los esposos. Si para la fundación de la empresa concurriesen capital propio y capital ganancial, la empresa será ganancial; reconociéndose al titular del aporte propio el derecho al resarcimiento en la proporción de su aporte de capital; en este caso si las empresas o establecimientos fueron creados durante la vigencia del matrimonio con capital común y con capital propio, serán considerados como bienes de la comunidad, reconociendo siempre al cónyuge que aportó con su capital propio un derecho al resarcimiento en la proporción de su aporte.*

5) *Las ganancias obtenidas por uno de los cónyuges por medio del juego lícito, como lotería o afines, u otra causa que exima de restitución.* Son obtenidos durante la vigencia del matrimonio y como consecuencia son considerados gananciales.

**Artículo 34.-** Se reputan gananciales las cabezas de ganados que al disolverse la comunidad excedan al número aportado por uno de los cónyuges con carácter propio.

**Artículo 35.-** Los bienes dejados a ambos cónyuges por testamento mientras existiere la comunidad serán gananciales, si la liberalidad fuere aceptada por ambos. Su distribución se hará por mitades si no se expresare otra proporción.

**Artículo 36.-** Se presume que son gananciales todos los bienes existentes al terminar la comunidad, salvo prueba en contrario. No valdrá contra los acreedores de la comunidad o de cualquiera de los cónyuges la sola confesión de éstos.

**Artículo 37.-** Durante la unión el titular de bienes propios conserva la libre administración y disposición de los mismos.

En este régimen la representación legal de la comunidad conyugal corresponde a ambos cónyuges conjuntamente, sin embargo, cualquiera de ellos puede otorgar poder especial al otro para que ejerza dicha representación. En cuanto a la admi-

nistración de la comunidad corresponde a ambos cónyuges conjunta o indistintamente. La representación y la administración de la comunidad están reguladas en los Arts. 38 al 49 de la Ley N° 1/92.

## **2.2. El régimen de separación de bienes.**

En este régimen, cada cónyuge es propietario absoluto de los bienes que poseía al momento de casarse, como asimismo de los que adquiriera posteriormente. De este modo no existen bienes comunes que los consortes puedan reclamarse recíprocamente en el futuro. En este régimen cada cónyuge administra libremente sus bienes y responde exclusivamente con los mismos por las deudas u obligaciones contraídas. Este sistema rige a opción de las contrayentes desde la celebración del matrimonio o por la mutabilidad o cambio de régimen tal como ha sido ya señalado anteriormente. Sin embargo, este sistema que se funda esencialmente en la voluntad de los contrayentes, no es enteramente absoluta, pues existe caso en que se impone por voluntad de la ley, como es el caso que tiene lugar cuando se trata de matrimonios de menores de edad. Si bien creemos que este sistema constituye la solución perfecta a futuras controversias dentro del matrimonio; surgen, sin embargo, algunas interrogantes que merecen ser analizadas detenidamente. Así, por ejemplo, nos preguntamos: ¿Qué sucede cuando fuere imposible probar o demostrar a quién de los cónyuges pertenece algún bien determinado? o ¿quién carga con los gastos del hogar? A fin de hallar respuestas a estas y otras interrogantes, nos remitimos a la Ley N° 1/92. Antes de adentrarnos en esta, no olvidemos que para que surta efectos contra terceros, la separación de bienes, debe estar inscripta en los Registros Públicos.

Según el Art. 31 de la Ley N° 1/92 son bienes propios de cada uno de los cónyuges:



1) *Todos los que pertenecen a la mujer o al marido al tiempo de contraer matrimonio.* Este inciso se refiere a que son bienes propios los existentes al inicio de la comunidad en el caso de optarse por este régimen. Puede ocurrir también que los cónyuges opten por el régimen de separación de bienes o en el caso de los menores de edad que se casen sin autorización que deben regirse necesariamente por este régimen y que posteriormente se configure una mutabilidad, en donde los cónyuges (en el caso de los menores al cumplir la mayoría de edad) convienen en regirse por el régimen de comunidad, entonces serán propios los que le hubieran pertenecido al momento de la mutabilidad. Posteriormente, se tendrá en cuenta el principio general de que todos los bienes existentes a la época de la disolución se presumirán gananciales, salvo prueba en contrario. Entonces, cada cónyuge debe demostrar la existencia de esos bienes al momento en que se celebró el matrimonio bajo el régimen de comunidad o la mutabilidad del régimen, en su caso, y una vez probado dicho extremo, se considerará bien propio.

2) *Los que el uno o la otra adquirieran durante la unión por herencia, legado o donación u otro título gratuito.* Estos bienes poseen una naturaleza distinta, independiente y extraña a la comunidad; por lo tanto, no pueden ser considerados como bienes comunes.

3) *Los que adquirieran durante la unión a título oneroso si la causa o título de adquisición fuese anterior a la unión.* Evidentemente se trata de los casos en que uno de los cónyuges haya tramitado antes de la unión la adquisición de un bien determinado, aunque el título sea culminado después de realizado el matrimonio.

4) *Los adquiridos con dinero propio o en sustitución de un bien propio, siempre que en el momento de la adquisición se haga constar la procedencia del dinero, que la compra es para sí y la cosa a la que sustituye, y el otro cónyuge lo suscriba.* Deben considerarse como propios los objetos adquiridos a través

de nuestro esfuerzo y también aquellos bienes que reemplazan a otros dentro del patrimonio ya que lo sustituye ocupando el mismo lugar y carácter.

5) *La indemnización por accidentes, o por seguros de enfermedades, daños personales o vida, deduciendo las primas si ellas hubieren sido pagadas con bienes comunes.* La indemnización es considerada bien propio ya que su fin es la compensación del perjuicio o daño causado a una persona en su integridad física, daño moral, en su honor, reputación, etc.

6) *Los derechos de autor o patentes de invención;* nada más injusto que sea considerado de varios autores una obra que realizó uno mismo. El derecho de autor es considerado como la personalidad misma del autor y constituye, por lo tanto, un bien propio.

7) *Los aumentos materiales que acrecieren un bien propio formando un solo cuerpo con él.* El mayor valor que adquiere un bien propio durante la comunidad es también propio. Sin embargo, puede ocurrir, que esas mejoras, hayan sido realizadas con dinero propio del otro cónyuge; en ese caso este tiene un crédito a su favor por el importe de las mejoras introducidas en el o los bienes.

8) *Las pensiones, rentas vitalicias y jubilaciones a favor de uno de los cónyuges anteriores al matrimonio.* Poseen carácter personalísimo y por tanto son considerados propios. Consecuencia del trabajo, esfuerzo o heredad que pudiera recibir una persona. Pero, las mensualidades recibidas durante la vigencia del matrimonio tienen carácter ganancial.

9) *Los efectos personales y recuerdos de familias, ropas, libros e instrumentos de trabajo necesarios para el ejercicio de una profesión.* También de carácter personalísimo y considerado por ende bienes propios, pues resulta inconcebible que tenga que pertenecer a la comunidad aquellos bienes que sean de ex-

clusivo uso y goce de uno de los consortes (prendas personales, títulos profesionales, certificados, retratos, documentos familiares, etc.).

10) *Las indemnizaciones por daños sufridos en un bien propio.* Como ya hicimos referencia, las indemnizaciones tienen carácter compensatorio y reparador, son considerados también como propios.

11) *El aumento de valor de un bien propio por mejoras hechas durante la vigencia de la comunidad y con bienes gananciales, dándose derecho al resarcimiento para el que no fuere titular del bien.* (Ver punto 7).

El régimen de separación de bienes también está regulado en la Ley N° 1/92 y prescribe lo siguiente:

**Artículo 70.-** Existirá entre los cónyuges régimen de separación de bienes:

- 1) Cuando así lo hubieran convenido;
- 2) Cuando en las capitulaciones matrimoniales expresaren que no regirá entre ellos la comunidad de gananciales, pero sin expresar el régimen adoptado;
- 3) Cuando exista divorcio o separación de cuerpos por vía judicial, sea voluntaria o contenciosa; y
- 4) En caso de matrimonio de menores previsto en el Art. 21.

**Artículo 71.-** En este régimen desde el momento de su constitución le corresponde a cada cónyuge el uso, administración y disposición de sus bienes.

**Artículo 72.-** En todos los casos la separación de bienes, para que surta efecto contra terceros, debe estar inscrita en los Registros Públicos.

**Artículo 73.-** Las obligaciones contraídas por uno u otro de los cónyuges para satisfacer necesidades corrientes del hogar obligan a ambos en proporción a sus ingresos.

**Artículo 74.-** Cuando no sea posible probar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitades.

### **2.3. El régimen de participación diferida.**

En nuestra legislación la participación diferida es uno de los regímenes *convencionales*; es decir, a elección de los consortes, mientras que en otros países es utilizado como régimen supletorio. Si bien, encontramos mucha semejanza con el régimen de separación de bienes, existen particularidades que la diferencian.

En el régimen de participación diferida cada cónyuge es dueño absoluto de sus bienes propios; es decir, de lo que ha llevado al matrimonio, como de aquellos que ha obtenido durante la vigencia del matrimonio con dinero propio, pero al momento de la extinción del régimen (divorcio, disolución, mutabilidad), cada uno de los cónyuges adquiere el derecho de participar de las ganancias obtenidas por el otro consorte y repartirse por mitades, hasta igualar los patrimonios de éstos. Es decir, cada cónyuge tiene un crédito sobre las ganancias que obtuvo el otro sobre su patrimonio y para determinar las ganancias de cada cónyuge se atenderá a la diferencia existente entre el patrimonio inicial y final de cada una de las partes. El crédito se podrá hacer efectivo a través de la adjudicación de bien o bienes en especie o dinero en efectivo.

Este régimen está regulado por la Ley N° 1/92 y prescribe lo siguiente:

**Artículo 60.-** En este régimen cada cónyuge administra, disfruta y dispone libremente tanto de sus bienes propios como de los gananciales. Pero al producirse la extinción del régimen, que acontece en las mismas circunstancias que en el de la comunidad de gananciales, cada cónyuge adquiere el derecho de participar en las ganancias obtenidas por el otro, durante la vigencia del mismo. Las ganancias, si las hubiere, se distribuirán por mitad entre ambos cónyuges.

**Artículo 61.-** Para determinar las ganancias se atenderá a la diferencia entre el patrimonio inicial y el patrimonio final de cada cónyuge.

**Artículo 62.-** El patrimonio inicial está constituido por los bienes y derechos que pertenecen a cada cónyuge al empezar el régimen y por los adquiridos durante el mismo por herencia, legado o donación, deduciéndose las obligaciones que cada uno tuviere.

**Artículo 63.-** El valor de los bienes que integran el patrimonio inicial se determina considerando el que tuvieren cuando fueron integrados o incorporados al mismo, el que deberá ser actualizado al día en que el régimen cese. Si el pasivo es superior al activo no habrá patrimonio inicial.

**Artículo 64-** El patrimonio final de cada cónyuge estará formado por los bienes y derechos del que sea titular en el momento de la terminación del régimen con deducción de las deudas pendientes.

**Artículo 65.-** Si la diferencia entre el patrimonio inicial y el patrimonio final de cada cónyuge fuera positiva, aquel cuyo patrimonio experimente un incremento menor percibirá la mi-

tad de la diferencia entre su propio incremento y el del otro cónyuge.

**Artículo 66.-** El crédito de participación deberá ser satisfecho por la adjudicación de bien o bienes en especie o en dinero efectivo.

**Artículo 67.-** Si el patrimonio de un cónyuge deudor careciere de bienes para hacer efectivo el derecho de participación de acreedor, este podrá impugnar las enajenaciones que el primero hubiere efectuado en fraude de su derecho de participación.

**Artículo 68.-** Las acciones de impugnación prescriben a los dos años de haberse extinguido el régimen de participación y no procederán, contra los adquirentes a título oneroso que fueren de buena fe, pero darán lugar al resarcimiento a favor del cónyuge perjudicado, a cargo de otro.

**Artículo 69.-** Durante la vigencia de este régimen, ambos cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar, en las mismas condiciones que en el régimen de comunidad de gananciales y en proporción a sus recursos económicos respectivos.

### **3. Las convenciones matrimoniales. Concepto.**

*“Las convenciones matrimoniales son acuerdos en los cuales los futuros esposos determinan esencialmente cuál habrá de ser el régimen que regirá sus convenciones patrimoniales”* (MORENO RUFFINELLI, 2005, p. 666).

### **4. Su regulación en el Código y en la Ley N° 1/92.**

Las convenciones matrimoniales se hallaban reguladas en el Código Civil Paraguayo de 1985, hasta la derogación de los Arts. 203 al 207 por la Ley N° 1/92 (Ley de Reforma Parcial del

Código Civil), que es la que rige actualmente esta materia con un cambio en la denominación, pasándose a llamar “*Capitulaciones matrimoniales*”, reguladas en los Arts. 23 al 29 de la mencionada ley. Si bien la presente ley no define las capitulaciones ni explica su finalidad, establece que estas fueron creadas para que los futuros contrayentes puedan adoptar de común acuerdo un régimen patrimonial que rija durante la vigencia del matrimonio. Pueden existir modificaciones en las capitulaciones siempre y cuando ambos cónyuges presten su consentimiento para el efecto y deben ser inscriptas en la sección respectiva de los Registros Públicos para que pueda surtir efectos contra terceros.

#### **LEGISLACIÓN: Ley N° 1/92**

**Artículo 23.-** El régimen patrimonial del matrimonio podrá ser estipulado por los cónyuges en capitulaciones, que se ajusten a las disposiciones de esta ley.

**Artículo 24.-** A falta de capitulaciones matrimoniales o si estas fuesen nulas o anuladas, el régimen patrimonial será el de la comunidad de gananciales bajo administración conjunta.

**Artículo 25.-** El oficial del Registro del Estado Civil informará en cada caso a los futuros contrayentes antes de la celebración del matrimonio, que tienen la opción de elegir el régimen patrimonial que adoptarán, y que, en caso de no hacerlos expresamente, el régimen será el de la comunidad de gananciales bajo administración conjunta. En todos los casos en el acta de celebración del matrimonio se consignará si existen o no capitulaciones.

**Artículo 26.-** Las capitulaciones matrimoniales deberán consignarse en escritura pública y los contrayentes deberán presentar ante el Oficial Público mencionado copia auténtica de la misma. Dicha circunstancia constará expresamente en el acta de matrimonio respectivo, salvo que efectúen dicha manifiesta-

ción ante el Oficial Público, en un acta suscripta por el mismo, los contrayentes y los testigos.

**Artículo 27.-** Las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones si las hubiere, requieren el consentimiento expreso de ambos contrayentes y para que tengan efecto contra terceros, se necesita su posterior inscripción en la sección respectiva de los Registros Públicos. En caso de modificación, deberá expresarse en la sustituyente la naturaleza y demás circunstancias de la sustituida y dicha modificación deberá homologarse judicialmente.

**Artículo 28.-** Son nulas y se tendrán por no escritas las cláusulas de las capitulaciones matrimoniales que afecten el principio de la igualdad entre los esposos en cuanto a la distribución de las utilidades o ganancias y el aporte al pago de las deudas.

**Artículo 29.-** Cuando termine la vigencia del régimen de comunidad de gananciales o de la participación diferida, ya sea por consecuencia de la terminación de la unión matrimonial o del cambio de régimen, deberá procederse a su liquidación.

## **5. Forma.**

**Artículo 26.-** Las capitulaciones matrimoniales deberán consignarse en escritura pública y los contrayentes deberán presentar ante el Oficial Público mencionado copia auténtica de la misma. Dicha circunstancia constará expresamente en el acta de matrimonio respectivo, salvo que efectúen dicha manifestación ante el Oficial Público, en un acta suscripta por el mismo, los contrayentes y los testigos.



## **6. Informe del Oficial Público a los futuros esposos.**

**Artículo 25.-** El oficial del Registro del Estado Civil informará en cada caso a los futuros contrayentes antes de la celebración del matrimonio, que tienen la opción de elegir el régimen patrimonial que adoptarán, y que, en caso de no hacerlos expresamente, el régimen será el de la comunidad de ganancias bajo administración conjunta. En todos los casos en el acta de celebración del matrimonio se consignará si existen o no capitulaciones.

## **7. Los contratos entre cónyuges. ¿Cuáles son permitidos?**

**Artículo 38.-** Corresponde a ambos cónyuges conjuntamente la representación legal de la comunidad conyugal. Cualquiera de ellos, sin embargo, puede otorgar poder especial al otro para que ejerza dicha representación, en todo o para circunstancias determinadas.

**Artículo 44.-** Los cónyuges no pueden celebrar los contratos entre sí respecto a los bienes propios y los de la comunidad, pero podrán constituir o integrar las mismas sociedades con limitación de responsabilidad.

La Ley N° 1/92 nos da entonces una respuesta clara a la pregunta formulada; al establecer que solo pueden constituir sociedades con limitación de responsabilidad y otorgarse mutuamente poderes para la ejecución de mandatos.





## CAPÍTULO VII

# RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE GANANCIALES

*Sumario:* 1. Régimen de comunidad de gananciales. Concepto y caracteres. - 2. Las clases de bienes. - 2.1. Bienes propios. - 2.2. Bienes comunes o gananciales y 2.3. Bienes reservados. - 3. Las cargas de la comunidad. Concepto. - 4. Su regulación en la Ley N° 1/92. - 5. La disolución de la comunidad conyugal. - 6. Causas: disolución de pleno derecho; por mutuo consentimiento y por petición unilateral. - 7. El juicio de disolución y liquidación de la comunidad conyugal. Los trámites. - 8. Efectos de la disolución.

### **1. Régimen de comunidad de gananciales. Concepto y caracteres.**

Llamado también régimen supletorio y son los adquiridos onerosamente por el esfuerzo de cada uno o de una sola de las partes, por el azar, por las rentas, por los frutos, etc., durante la vigencia de la comunidad. La característica principal de esta comunidad es la existencia de una masa de bienes comunes, es decir, que pertenece a ambos cónyuges y que, al momento de su disolución, debe repartirse o distribuirse entre ambos. Existe la presunción legal de que todos los bienes existentes al momento de la disolución, son gananciales al decir del Art. 36 de la Ley N° 1/92 que reza: *“Se presume que son gananciales todos los bienes existentes al terminar la comunidad, salvo prueba en contrario...”*.

La comunidad de gananciales se integra con lo ganado por cualquiera de los cónyuges luego del matrimonio; la ganancialidad se basa en la comunidad de esfuerzos de los cónyuges que forman un caudal común.

En nuestra legislación está enumerado en el Art. 32 de la Ley N° 1/92 los tipos de bienes considerados gananciales o comunes; además, existe la presunción de que son gananciales todos los bienes existentes al terminar la comunidad, salvo prueba en contrario (Art. 36).

## **2. Las clases de bienes.**

### **2.1. Bienes propios:**

**Artículo 31.-** Son bienes propios de cada uno de los cónyuges:

1) *Todos los que pertenecen a la mujer o al marido al tiempo de contraer matrimonio;* tenemos como principio general que todos los bienes existentes a la época de la disolución se presumen gananciales, salvo prueba en contrario. Entonces, cada cónyuge debe demostrar la existencia de esos bienes al momento en que se celebró el matrimonio, una vez probado dicho extremo, se considera bien propio.

2) *Los que el uno o la otra adquieran durante la unión por herencia, legado, donación u otro título gratuito;* estos bienes poseen una naturaleza distinta, independiente y extraña a la comunidad, por lo tanto, no pueden ser considerados como bienes comunes.

3) *Los que adquieran durante la unión a título oneroso si la causa o título de adquisición fuese anterior a la unión.*

4) *Los adquiridos con dinero propio o en sustitución de un bien propio, siempre que en el momento de la adquisición se*

*haga constar la procedencia del dinero, que la compra es para sí y la cosa a la que sustituye, y el otro cónyuge lo suscriba*; deben considerarse como propios los objetos adquiridos a través de nuestro esfuerzo y también aquellos bienes que reemplazan a otros dentro del patrimonio ya que se los sustituye ocupando el mismo lugar y carácter.

5) *La indemnización por accidentes, o por seguros de enfermedades, daños personales o vida, deduciendo las primas, si ellas hubieren sido pagadas con bienes comunes*; la indemnización es considerado un bien propio ya que su fin es la compensación del perjuicio o daño causado a una persona en su integridad física, daño moral, en su honor, reputación, etc

6) *Los derechos de autor o patentes de invención.*

7) *Los aumentos materiales que acrecieren un bien propio formando un solo cuerpo con él*; el mayor valor que adquiere un bien propio durante la comunidad es también propio. Sin embargo, puede ocurrir que esas mejoras hayan sido realizadas con dinero propio del otro cónyuge, en ese caso, este tiene un crédito a su favor por el importe de las mejoras introducidas en el o los bienes.

8) *Las pensiones, rentas vitalicias y jubilaciones a favor de uno de los cónyuges anteriores al matrimonio* poseen carácter personalísimo y, por tanto, son considerados propios. Consecuencia del trabajo, esfuerzo o heredad que pudiera recibir una persona. Pero, las mensualidades recibidas durante la vigencia del matrimonio tienen carácter ganancial.

9) *Los efectos personales y recuerdos de familias, ropas, libros e instrumentos de trabajo necesarios para el ejercicio de una profesión*; también de carácter personalísimo y considerados por ende bienes propios, pues resulta inconcebible que tenga que pertenecer a la comunidad aquellos bienes que sean de exclusivo uso y goce de uno de los consortes (prendas persona-

les, títulos profesionales, certificados, retratos, documentos familiares, etc.).

10) *Las indemnizaciones por daños sufridos en un bien propio; y;* como ya hicimos referencia, las indemnizaciones tienen carácter compensatorio y reparador, son considerados también como propios.

11) *El aumento del valor de un bien propio por mejoras hechas durante la vigencia de la comunidad y con bienes gananciales, dándose derecho al resarcimiento para el que no fue titular del bien* (Ver punto 7).

## **2.2. Bienes comunes o gananciales.**

Son bienes gananciales y por ende pertenecientes a la comunidad. La administración como la disposición de estos bienes estarán a cargo de ambos cónyuges y son según el Art. 32 de la Ley N° 1/92, bienes gananciales o comunes los obtenidos durante el matrimonio:

1) *Por la industria, trabajo, comercio, oficio, o profesión de cualquiera de los cónyuges;* es la consecuencia del esfuerzo de ambos cónyuges y pertenece a la comunidad, al igual que sus frutos.

2) *Los obtenidos a título oneroso a costa del caudal común, tanto si se hace la adquisición a nombre de ambos cónyuges como de uno solo de ellos;* lo que se adquiere con dinero de la comunidad pertenece a la comunidad, salvo prueba en contrario, que se haya adquirido con dinero propio y sea demostrable.

3) *Los frutos naturales y civiles devengados durante la unión y que proceden de los bienes comunes, así como de los propios de cada cónyuge;* no se tiene en cuenta la propiedad de

los bienes (propios o comunes), sus frutos siempre pertenecen a la comunidad.

4) *Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la comunidad y a costa de los bienes comunes, aunque fueren a nombre de uno solo de los esposos. Si para la fundación de la empresa concurriesen capital propio y capital ganancial, la empresa será ganancial; reconociéndose al titular del aporte propio el derecho al resarcimiento en la proporción de su aporte de capital;* En este caso, si las empresas o establecimientos fueron creados durante la vigencia del matrimonio con capital común y con capital propio, serán considerados como bienes de la comunidad, reconociendo siempre al cónyuge que aportó con su capital propio un derecho al resarcimiento en la proporción de su aporte.

5) *Las ganancias obtenidas por uno de los cónyuges por medio del juego lícito, como lotería o afines, u otra causa que exima de restitución.* Son obtenidos durante la vigencia del matrimonio y como consecuencia son considerados gananciales.

### **2.3. Bienes reservados.**

En un primer momento de la historia, los bienes reservados eran de exclusividad de la mujer, al tener el marido la libre administración y disposición de los bienes y para prever cualquier mala gestión o administración de los bienes, surgió los llamados bienes reservados, en cuya virtud la mujer pasa a erigirse en administradora de sus bienes. La reserva de bienes en la Argentina, se daba en caso de segundas nupcias, cuando el/la viudo/a que, teniendo hijos de un matrimonio anterior, y volviera a contraer nuevas nupcias pudiera perjudicar a los herederos forzosos nacidos dentro del primero, reservándose para ello, los bienes que puedan adquirir por testamento o en forma intestada.

Dentro de nuestra legislación vigente, encontramos que tanto el hombre como la mujer poseen bienes de administración reservada, y según el Art. 75 de la Ley N° 1/92 son los siguientes:

**Artículo 75.-** Cualquiera sea el régimen patrimonial matrimonial, son bienes de administración reservada de cada cónyuge:

1) Las cosas destinadas exclusivamente a su uso personal, tales como sus ropas, alhajas, joyas e instrumentos de trabajo;

2) Los adquiridos en ejercicio de un derecho inherente a sus bienes reservados, o por vía de indemnización de daños y perjuicios en ellos, o en virtud de un acto jurídico que a dichos bienes se refiera;

3) Los que obtenga el usufructo legal de los bienes de sus hijos menores habidos de un matrimonio anterior;

4) El producto del trabajo de cada cónyuge; y

5) Los bienes propios de cada cónyuge.

### **3. Las cargas de la comunidad. Concepto.**

Las cargas de la comunidad son el pasivo de la misma en donde los bienes comunes responderán por las obligaciones contraídas por ambos cónyuges.

El Prof. MORENO RUFFINELLI comenta al respecto que debe distinguirse claramente lo que es pasivo de la comunidad conyugal, de lo que es pasivo de los bienes propios de cada cónyuge; porque, así como existen bienes propios y gananciales, las deudas u obligaciones serán también, según el caso, propias o comunes. Continúa diciendo que esto, a su vez, presenta un doble orden de interrogantes: 1) ¿Qué patrimonio soporta ese pasivo ante el reclamo de terceros?; 2) ¿Cuál en definitiva res-



ponde en las relaciones internas de los cónyuges? “Dependiendo de esto último, si una deuda ha sido saldada con capital propio, debiendo haberlo sido con capital ganancial, o viceversa, en su momento, al liquidarse la comunidad, se computará este hecho a los efectos de las recompensas correspondientes; es decir, ese valor será computado a favor de la masa a que no debió ser imputada” (p. 742).

#### **4. Su regulación en la Ley N° 1/92.**

**Artículo 50.-** Son cargas de la comunidad de gananciales:

1) El sostenimiento de la familia y de los hijos menores comunes, y la alimentación y educación de los hijos menores de uno solo de los cónyuges que convivan en el hogar familiar, si estos no tuvieren recursos propios;

2) Los alimentos que por ley cualquiera de los cónyuges deba dar a sus ascendientes o descendientes, siempre que no pudiera hacerlos con sus bienes propios;

3) Los gastos de administración de la comunidad;

4) El importe de lo donado o prometido por ambos cónyuges a sus hijos comunes; y

5) Las mejoras necesarias y los gastos de conservación de los bienes propios y de los gananciales, así como los tributos que afecten a ambas clases de bienes.

**Artículo 51.-** Los bienes gananciales o comunes responderán por las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente, o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro tanto para atender negocios de la comunidad como para las necesidades del hogar.

Señalado está que en las relaciones patrimoniales de los cónyuges con terceros se presentan varios interrogantes como

estos: ¿Puede uno solo de los cónyuges comprometer a ambos? ¿Sobre qué bienes harán efectivos los acreedores sus créditos contra uno de los esposos?; y muchas otras más. También ya dijimos que las responsabilidades frente a terceros difieren en cada sistema, y que de este dependen las respuestas, trataremos de dar algunas conforme a las normas que rigen el régimen de comunidad de gananciales en el Paraguay, específicamente, la Ley N° 1/92. En el matrimonio bajo el régimen de comunidad de gananciales deben distinguirse las deudas propias de cada cónyuge de las deudas comunes. Estas indudablemente constituyen el pasivo de la comunidad, mientras que aquellas deben soportar los bienes propios del cónyuge que las contrajo. Para determinar las deudas de la comunidad entran en juego las disposiciones de los Arts. 41, 45, 50 y 51 de la Ley N° 1/92.

Esta disposición (Art. 50), que puntualmente precisa las obligaciones que comprometen la masa de la comunidad, no rige solo las relaciones internas de los cónyuges para determinar el grado de contribución en las deudas, sino también rige las relaciones externas de los cónyuges, esto es, la norma también es aplicable en cuanto al derecho de persecución de los terceros contratantes, lo hayan hecho individual o conjuntamente. Más adelante explicaremos los fundamentos de esta posición, que, aclaramos, no es compartida por autorizados referentes jurídicos en la materia. Lo que ocurre es que el Art. 51 dispone: *“Los bienes gananciales o comunes responderán por las obligaciones contraídas por los cónyuges conjuntamente, o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro tanto para atender negocios de la comunidad como para las necesidades del hogar”*. Notoriamente este texto relacionándola con otras la que provoca varias y contradictorias interpretaciones acerca de las relaciones de los cónyuges con los terceros.

Es cierto que el Art. 50 incluye entre las cargas de la comunidad *“el sostenimiento de la familia”*, expresión diferente a la utilizada en el Art. 51 que dice: *“necesidades del hogar”*, pero

entendemos que ambas expresiones se refieren al mismo concepto.

La expresión “*sostenimiento de la familia*” no solo se refiere al sustento material (alimentos) sino que alude a todas las necesidades ordinarias que conllevan la subsistencia de una familia en condiciones de decoro y dignidad, que incluye la alimentación, vestimenta, habitación, salud, educación, recreación, mínimo confort, entre otros. Todo ello comprende lógicamente las “necesidades del hogar”. Justamente basado en dicha norma del Art. 51, si bien reconoce que las relaciones de los cónyuges con terceros no están muy bien resueltas en la Ley N° 1/92, el Prof. MORENO RUFFINELLI, compartiendo la opinión de VAZ FERREIRA, sostiene una tesis distinta a la nuestra. A su criterio, para “obligar a la masa ganancial ante terceros, por más que sea por cargas de la comunidad, y por más de que se tratará de un simple acto de administración –por más insignificante que fuera–, se requerirá la intervención conjunta de ambos cónyuges. En caso contrario, solo se obligará, ante los acreedores, quien contrajo la obligación” (p. 746).

A la letra del mentado Art. 51 la posición del Prof. MORENO RUFFINELLI no tendría objeción. Sin embargo, en nuestra apreciación, esta disposición del Art. 51 no puede ser considerada como complementaria de la del Art. 50. Al contrario, estimamos que la contradice, dado que el Art. 50 especifica los gastos que constituyen el pasivo de la comunidad, siendo por ello inaceptable que los acreedores, resultantes de dichos gastos, no puedan perseguir el cobro de sus créditos sobre la totalidad de los gananciales, aunque hayan contratado solo con uno de los cónyuges. En suma, *sostenemos que la norma del Art. 50 no solo rige las relaciones internas de los cónyuges sino también las externas con los terceros*. Y esto por las razones que seguidamente expresamos.

En primer término, la propia ley define los supuestos que constituyen “carga de la comunidad”, lo que significa que las

deudas contraídas en relación a dichas cargas deben ser pagadas del fondo común de los gananciales. Se trata de obligaciones sobre la comunidad que están predeterminadas en la ley, por lo que no puede importar si las mismas fueron contraídas en forma conjunta o individual por los cónyuges. Un principio de justicia exige que, si la comunidad es beneficiada, ella debe responder de los gastos pertinentes.

El Art. 41 refuerza dicha tesis, dado que dispone: *“Para las necesidades ordinarias del hogar la comunidad puede ser administrada indistintamente por el marido o por la mujer. Si uno de ellos abusa de este derecho, el Juez puede limitárselo a instancia del otro”*. De esta norma se infiere, sin esfuerzo, que cuando se trata de necesidades ordinarias del hogar, cada cónyuge puede contratar por sí mismo y lógicamente su acto debe comprometer la totalidad de los bienes gananciales. En este entendimiento, el Art. 41 es otra norma que contradice lo preceptuado por el Art. 51. Entendemos que *debe prevalecer la disposición del Art. 41*, por cuanto es más acorde con el destino de los bienes gananciales, los que deben ser dedicados principalmente para el mantenimiento de la familia, compromiso que pesa sobre ambos cónyuges.

Además, razones prácticas acompañan tal postura. La administración del hogar implica más de las veces urgentes erogaciones que de estar supeditadas al consentimiento de ambos cónyuges, podría ser entorpecido el normal desenvolvimiento de la vida familiar y hasta podrían presentarse situaciones de desavenencias que constituyan verdaderas trabas.

Señalemos la complicación y dificultad que se presentaría, en la hipótesis de que el esposo se encuentre ausente por algún motivo, incluso con dificultad de ser ubicado o de comunicación, y la esposa que quedó encargada del hogar necesita contraer deudas para la adquisición de alimentos, medicamentos, ropas, asistencia médica y odontológica, educación de los hijos, alquilar inmueble para habitación (por citar algunas de las necesidades ordinarias del hogar, que no admiten demora). Si la

esposa contrae esas deudas, a tenor del Art. 51 no comprometería los bienes de la comunidad, solo comprometería los bienes propios o, en su caso, la porción respectiva de gananciales, conforme con el Art. 52. De ahí que si se admite la efectividad del Art. 51 podría tener una de estas consecuencias.

Por un lado, podría ser causa de que el tercero prevenido no acceda a contratar solo con la esposa, lo que representaría hasta un riesgo para la familia que podría verse privada de la satisfacción de sus necesidades básicas. Por otro lado, si el tercero contrata en dichas condiciones, estaría desprotegido si la esposa no tiene bienes propios, con la única expectativa, tampoco segura, de que pueda cobrar su crédito de la porción de los gananciales; estos son riesgos del acreedor totalmente injustificables tratándose de gastos para cubrir el sustento de la familia, que por propia disposición legal (el Art. 50) constituyen cargas de la comunidad. La seguridad de los negocios, la protección de la buena fe, hacen indispensable la tutela de quienes han confiado en contratar con uno solo de los cónyuges para cubrir las necesidades del hogar.

Las mismas consideraciones merecen los gastos contraídos por uno solo de los cónyuges para realizar las mejoras necesarias y los gastos de conservación de los bienes propios y de los gananciales (entre los que se encuentran comprendidos: reparación, pintura, etc. de una propiedad, los impuestos, la prima del seguro contra incendio o pérdida etc.).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el régimen de la comunidad de gananciales rige también dentro del concubinato, estableciendo al respecto el Art. 88 de la misma Ley N° 1/92: *“Los gastos que cada uno de los concubinos realice en beneficio de la familia, así como de las obligaciones contraídas a tal efecto, obligan a ambos y se abonarán de los bienes comunes. Si estos fueran insuficientes, se lo hará con los bienes de cada uno, proporcionalmente”*. Nada obsta a la aplicación analógica de esta norma a la comunidad de gananciales dentro del matrimonio.

En resumidas cuentas, por todo lo expuesto, consideramos que la *exigencia del Art. 51 de la intervención conjunta de ambos cónyuges como condición para comprometer los bienes de la masa, no es aplicable cuando se trata de deudas contraídas en relación a las "cargas de la comunidad"* predeterminadas en el Art. 50. Solo sería aplicable cuando se trata de atender los demás negocios de la comunidad.

En conclusión, en el marco de la Ley N° 1/92, los bienes comunes o gananciales responden directamente frente al acreedor en los siguientes supuestos: (1) Deudas contraídas por un cónyuge para satisfacer las cargas de la comunidad especificados en el Art. 50; (2) Gastos urgentes con carácter necesario, aunque sean extraordinarios, realizados por cualquiera de los cónyuges (Art. 45); y (3) Obligaciones contraídas por ambos cónyuges para atender negocios de la comunidad y necesidades del hogar (Art. 51).

Reconocemos, sin embargo, como lo tenemos señalado, que la falta de claridad y coherencia en la regulación del régimen de la comunidad de gananciales, genera confusiones, dudas y nebulosas que restan certeza a la ley comprometiendo la seguridad jurídica, razón por la que se debe insistir en la necesidad de la modificación de la Ley N° 1/92, en el sentido propuesto al comienzo de esta exposición.

**Artículo 52.-** Cada cónyuge responde con sus bienes propios de las deudas propias. Si ellos no fueren suficientes para abonarlas el acreedor podrá pedir el embargo de la porción respectiva de gananciales, para efectivizar el cobro de su crédito.

## **5. La disolución de la comunidad conyugal.**

La disolución de la comunidad conyugal consiste en la extinción del régimen de comunidad de gananciales entre los cónyuges. Dentro del marco jurídico vigente nuestra carta magna dispone en su Art. 51: "La ley establecerá... las causas

de disolución y sus efectos...” este artículo está reglamentado en las disposiciones de la Ley N° 1/92 (Arts. 53 al 59), los Arts. 208, 210, 211, 213, 214, y el 216 del Código Civil, los Arts. 613 al 620 del Código Procesal Civil y, a los efectos de la liquidación y partición de los bienes comunes, regirán supletoriamente las normas del juicio sucesorio (Arts. 2516 al 2543 del Código Civil).

**6. Causas de conclusión de la comunidad de gananciales: Legislación. Ley N° 1/92.**

**Artículo 53.-** La comunidad de gananciales concluye:

- 1) Como consecuencia del divorcio o de la separación judicial personal, voluntaria o contenciosa;
- 2) Cuando el matrimonio sea declarado nulo;
- 3) Cuando se decrete judicialmente la separación de bienes a solicitud de ambos cónyuges;
- 4) Cuando los cónyuges convengan el cambio de régimen patrimonial en los términos previstos por esta ley; y
- 5) Por muerte de uno de los cónyuges.

**Artículo 54.-** También la comunidad de gananciales puede concluir a petición de uno solo de los cónyuges en los siguientes casos:

- 1) Cuando el otro cónyuge ha sido declarado interdicto, ausente, o en quiebra, o hubiere solicitado concurso de acreedores;
- 2) Cuando los actos de uno de ellos entrañen peligro, dolo o fraude en detrimento de los derechos del otro; y

3) Por abandono voluntario que el otro hiciere del hogar por más de un año, o si hubiere contraído unión de hecho con tercera persona.

**Artículo 55.-** Los acreedores que, citados por edicto judicial, no comparezcan dentro del término de la citación, solo tendrán acción contra los bienes propios del deudor, o contra la parte que le corresponda en la liquidación de la comunidad de gananciales.

**Artículo 56.-** Una vez abonados los créditos reconocidos contra la comunidad, los gananciales se dividirán entre los cónyuges por parte iguales. Las pérdidas que deriven de obligaciones comunes se compartirán en la misma proporción.

**Artículo 57.-** Cuando la comunidad de gananciales se disolviera por muerte de uno de los cónyuges y quedasen menores a cargo del supérstite, este tendrá derecho a que dentro de su parte de gananciales se le asigne la vivienda familiar, útiles y enseres, compensando la diferencia a su cargo ya sea en dinero efectivo o con otros bienes. El cónyuge que hubiera tenido a su cargo la dirección de un establecimiento comercial o industrial tendrá el mismo derecho sobre éste y en las condiciones del párrafo anterior.

**Artículo 58.-** En cualquier caso, las entregas de dinero efectivo y de bienes muebles o inmuebles se efectuarán a favor de cada parte dentro de los noventa días como máximo.

**Artículo 59.-** La responsabilidad de uno de los cónyuges por un acto ilícito en perjuicio de terceros, se paga con parte alícuota de los gananciales o con los bienes propios del culpable.



## 6. Causas.

Existen, como se demuestra, causas de disolución que derivan de la extinción del vínculo matrimonial y otras en donde, si bien se mantiene el vínculo, se produce la separación de bienes. En palabras de EDUARDO VAZ FERREIRA (1979) "las causas pueden dividirse en dos grupos: En unos casos la comunidad se disuelve *por vía de consecuencia*, porque el matrimonio mismo es disuelto: No hay comunidad conyugal, porque ya no hay cónyuges. Las causas que integran este primer grupo son tres: La muerte, el divorcio, la anulación del matrimonio" (p. 14).

En otros casos, la comunidad se disuelve *por vía principal*, por una causa que le es propia, subsistiendo el matrimonio. Las causas de este segundo grupo son también tres: La separación de cuerpos, la separación de bienes, la ausencia.

En principio, cualquiera sea la causa, la disolución de la sociedad conyugal está sometida a las mismas reglas y produce los mismos efectos; pero hay desde este punto de vista algunas diferencias importantes que conviene señalar.

Entre la disolución por vía de consecuencia y la disolución por vía principal existen dos diferencias fundamentales. La primera: Que cuando la comunidad finaliza al mismo tiempo que el matrimonio, hay supresión pura y simple de la comunidad conyugal sin ninguna sustitución por otro régimen matrimonial; mientras que cuando la comunidad se disuelve por vía principal subsistiendo el matrimonio, hay sustitución del régimen legal por el régimen de separación de bienes, de modo que la disolución de la comunidad equivale a una modificación del estatuto patrimonial de los cónyuges. Esta primera diferencia se explica fácilmente: En la primera hipótesis el matrimonio mismo deja de existir, de modo que no puede continuar habiendo régimen matrimonial, mientras que en la segunda hipótesis el matrimonio subsiste, y por lo tanto es necesario que un nuevo régimen de bienes venga a reemplazar al disuelto.

La segunda diferencia consiste en que cuando la disolución de la comunidad es consecuencia de la del matrimonio, es definitiva; mientras que cuando la comunidad se ha disuelto por vía principal, la disolución es provisional, porque los esposos pueden restablecer la comunidad disuelta por la separación de bienes, o reconciliarse y poner fin a la separación de cuerpos, y puede también reaparecer el ausente.

Según la Ley N° 1/92 la disolución se puede dar de pleno derecho, por mutuo consentimiento y por petición unilateral.

### **6.1. Disolución de pleno derecho.**

El Art. 53 de la Ley N° 1/92 dispone que la sociedad conyugal se disuelve:

1. *Como consecuencia del divorcio o de la separación judicial personal, voluntaria o contenciosa*; la Ley N° 45/91 en su Art. 2° establece que el juicio de divorcio vincular trae aparejado la disolución de la comunidad. También encontramos en el Art. 53 de la Ley N° 1/92 inc. 1 que la disolución de la comunidad conyugal se da como consecuencia del divorcio vincular. Separación judicial de cuerpos: Surte los mismos efectos del divorcio vincular, con la diferencia que los separados judicialmente de cuerpos no pueden contraer nuevas nupcias, ya que sigue vigente el vínculo matrimonial. En cuanto a esta última, comenta el jurista VAZ FERREIRA que la misma no disuelve el matrimonio, pero pone fin a la vida en común y hace cesar los deberes que eran su consecuencia. "Es, pues, lógico y natural que acarree la disolución de la comunidad, pues sería contradictorio y peligroso mantener una comunidad de intereses entre dos personas cuyas existencias se separan. Pero, dado que la separación de cuerpos deja subsistir el matrimonio, debe producir, en lo que concierne a la disolución de la comunidad, un efecto menos enérgico que a muerte de uno de los cónyuges o el divorcio que pone fin al vínculo matrimonial" (p. 166).

2. *Cuando el matrimonio sea declarado nulo*; en caso de que sea declarado judicialmente la nulidad del matrimonio, los efectos se retrotraen al momento de la celebración y se considera como si nunca hubiera existido comunidad de bienes. Si bien, este es el principio aplicado en la nulidad de actos jurídicos, cabe destacar, que en materia matrimonial los efectos jurídicos están estructurados sobre la base de la buena o mala fe de los cónyuges, dependiendo de sus efectos según tal calificación.

En este sentido, la ley argentina distingue, en cuanto al matrimonio, tres hipótesis: a) buena fe de ambos cónyuges; b) buena fe de uno y mala fe de la otra; y c) mala fe de ambos cónyuges.

En los dos primeros casos, estamos en presencia de matrimonios putativos. La particularidad que presenta el matrimonio putativo es que la nulidad no opera retroactivamente al momento de la celebración del acto, sino que el matrimonio producirá sus efectos hasta la sentencia que decrete la nulidad del mismo. Por ello, desde la celebración del matrimonio hasta el momento en que se dicta la nulidad, los efectos del mismo operan como un matrimonio válido.

En cuanto a terceros, cualquiera sea la causa de nulidad del matrimonio e independientemente de que el matrimonio fuere putativo o no, la sentencia no perjudicará los derechos adquiridos por terceros. La buena fe de estos se presume, por lo que el que alega la mala fe del tercero, tendrá la carga de la prueba de tal conducta.

3. Cuando se decrete judicialmente la separación de bienes a solicitud de ambos cónyuges;

4. Cuando los cónyuges convengan el cambio de régimen patrimonial en los términos previstos por esta Ley;

**5. Por muerte de uno de los cónyuges;** se da lugar a la disolución de la comunidad conyugal por la muerte de uno de los cónyuges y el supérstite se encuentra habilitado para contraer nuevas nupcias si así lo desea.

– **Declaración judicial de muerte:** Tiene los mismos efectos que la muerte comprobada. Esta se da cuando por las circunstancias de la desaparición no cabe razonablemente admitir su supervivencia y se declara la muerte de la persona por vía judicial.

– **Fallecimiento Presunto:** También es declarada por vía judicial, cuando la falta de noticias de la persona desaparecida sea por un periodo más o menos largo y que hace presumir que la misma no se halla con vida (Art. 208 C.C.). El procedimiento difiere de la declaración judicial de muerte o muerte comprobada ya que en el fallecimiento presunto los bienes se transmiten en posesión y no en propiedad a los herederos.

En cuanto a la liquidación y participación de la masa ganancial, la misma necesariamente tiene que ser previa a la división de la herencia.

Comenta el jurista AQUILES HORACIO GUAGLIANONE *“que en la disolución de la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges, la confluencia que se produce con la transmisión hereditaria determinada por el mismo fallecimiento, debe resolverse necesariamente mediante una liquidación y partición de la masa ganancial, previa a la partición hereditaria. Necesariamente previa porque en tanto no se efectúe esa liquidación, se ignorará la cuantía del derecho exganancial que esté integrando la herencia del fallecido; y en tanto no se efectúe la partición del haber social, se ignorará qué bienes singulares, exactamente, hayan quedado transmitidos a los herederos. Pues no debe olvidarse que el efecto declarativo y retroactivo de toda división, determina que los bienes adjudicados al cónyuge supérstite se juzguen extraños al causante y sus herederos, como si éstos nunca hubieran tenido derecho alguno sobre esas adjudicaciones, y viceversa”* (p. 22).

### **6.2. Por mutuo consentimiento.**

El Art. 53 de la Ley N° 1/92 en sus incisos 3 y 4 de la Ley N° 1/92 prescribe cuales son las causas de disolución por mutuo consentimiento, a saber;

a) Cuando se decrete judicialmente la separación de bienes a solicitud de ambos cónyuges.

b) Cuando los cónyuges convengan el cambio de régimen patrimonial en los términos previstos por esta ley.

### **6.3. Por petición unilateral.**

El Art. 54 de la Ley N° 1/92 regula lo siguiente:

a) Cuando el otro cónyuge ha sido declarado interdicto, ausente, o en quiebra, o hubiere solicitado concurso de acreedores;

b) Cuando los actos de uno de ellos entrañen peligro, dolo o fraude en detrimento de los derechos del otro; y

c) Por abandono voluntario que el otro hiciere del hogar por más de un año, o si hubiere contraído unión de hecho con tercera persona.

### **Causas de conclusión de la comunidad de gananciales: Legislación. Ley N° 1/92.**

**Artículo 53.-** La comunidad de gananciales concluye:

1) Como consecuencia del divorcio o de la separación judicial personal, voluntaria o contenciosa;

2) Cuando el matrimonio sea declarado nulo;

3) Cuando se decrete judicialmente la separación de bienes a solicitud de ambos cónyuges;

4) Cuando los cónyuges convengan el cambio de régimen patrimonial en los términos previstos por esta ley; y

5) Por muerte de uno de los cónyuges.

**Artículo 54.-** También la comunidad de gananciales puede concluir a petición de uno solo de los cónyuges en los siguientes casos:

1) Cuando el otro cónyuge ha sido declarado interdicto, ausente, o en quiebra, o hubiere solicitado concurso de acreedores;

2) Cuando los actos de uno de ellos entrañen peligro, dolo o fraude en detrimento de los derechos del otro; y

3) Por abandono voluntario que el otro hiciere del hogar por más de un año, o si hubiere contraído unión de hecho con tercera persona.

**Artículo 55.-** Los acreedores que, citados por edicto judicial, no comparezcan dentro del término de la citación, solo tendrán acción contra los bienes propios del deudor, o contra la parte que le corresponda en la liquidación de la comunidad de gananciales.

**Artículo 56.-** Una vez abonados los créditos reconocidos contra la comunidad, los gananciales se dividirán entre los cónyuges por parte iguales. Las pérdidas que deriven de obligaciones comunes se compartirán en la misma proporción.

**Artículo 57.-** Cuando la comunidad de gananciales se disolviera por muerte de uno de los cónyuges y quedasen menores a cargo del supérstite, este tendrá derecho a que dentro de su parte de gananciales se le asigne la vivienda familiar, útiles y

enseres, compensando la diferencia a su cargo ya sea en dinero efectivo o con otros bienes. El cónyuge que hubiera tenido a su cargo la dirección de un establecimiento comercial o industrial tendrá el mismo derecho sobre éste y en las condiciones del párrafo anterior.

**Artículo 58.-** En cualquier caso, las entregas de dinero efectivo y de bienes muebles o inmuebles se efectuarán a favor de cada parte dentro de los noventa días como máximo.

**Artículo 59.-** La responsabilidad de uno de los cónyuges por un acto ilícito en perjuicio de terceros, se paga con parte alícuota de los gananciales o con los bienes propios del culpable.

### **7. El juicio de disolución y liquidación de la comunidad conyugal. Los trámites.**

El procedimiento del juicio de disolución y liquidación de la comunidad conyugal está regulado en los Arts. 613 al 620 del Código Procesal Civil y puede darse como ya se ha mencionado anteriormente por petición conjunta de los cónyuges o por petición unilateral de cada uno de ellos. En el primer de los casos, las cónyuges en forma conjunta se presentan ante el Juez, del domicilio conyugal a solicitar la disolución de la sociedad conyugal, para su posterior liquidación, es decir existe un acuerdo de partición por parte de los cónyuges, mientras que en el segundo de los casos al ser una petición unilateral de uno de los cónyuges hace suponer que el trámite a seguirse es el traslado de la demanda a la otra parte, por no existir acuerdo, puede suceder que al momento de la contestación el otro cónyuge se oponga rotundamente a la forma de liquidación planteada por el actor del juicio, como así también, que acepte las peticiones hechas por el demandante.

Pasos:

**a) La Disolución de la Sociedad Conyugal:**

*Presentación del escrito de disolución:* Podrá uno de los cónyuges solicitar al Juez de primera instancia en lo civil y comercial del domicilio conyugal la disolución y posterior liquidación de la sociedad conyugal, y presentado el pedido el Juez sin más trámites en una resolución declarará la disolución de la sociedad conyugal, y ordenará en la misma resolución;

*Inventario de bienes:* El Código Procesal dispone que el inventario lo llevará a cabo el Secretario del juzgado sin perjuicio de que el Juez pueda concurrir personalmente, se labrará un acta que deberá contener la especificación de los bienes y que deberá ser firmado por los comparecientes.

En los juicios de disolución podrán presentarse proyectos de partición, sea conjunta o separadamente ante escribanía pública o en forma particular y en cuanto al avalúo, estas deben ser realizadas por peritos.

Agregados al expediente el inventario y avalúo se los pondrá de manifiesto en secretaria del juzgado por cinco días, una vez vencido el plazo, serán aprobadas automáticamente.

*Publicación de edictos:* El Juez ordenará la publicación de los edictos en un diario de gran circulación del país, por quince días consecutivos, a fin de que los que tengan algún interés (crédito, derecho) puedan reclamar a la comunidad, en el plazo perentorio de treinta días. Si no lo hicieren dentro de dicho plazo, solo podrán ejercer sus derechos contra los bienes propios del deudor.

Si en dicho plazo se presentan los acreedores, se les notifica a los cónyuges, quienes deberán manifestarse al respecto si reconocen o no el crédito o derecho. En caso de no reconocerse,



deberá el perito, reservar bienes suficientes para cubrir el pago eventual de la deuda requerida.

La resolución que ordena la disolución de la sociedad conyugal será notificada al otro cónyuge de conformidad a lo previsto en el Art. 133 del C.P.C. y se inscribirá en los Registros Públicos para que produzca efectos contra terceros.

**Oposición:** Dentro del plazo de 6 (seis) días, el otro cónyuge podrá oponerse a la liquidación de todos o determinados bienes, fundado en que la misma es intempestiva o perjudicial. El Juez en tal caso, podrá postergar la liquidación de todos o algunos de los bienes. La oposición se sustanciará por el trámite de incidentes.

**Sentencia:** La resolución que declare la disolución de la comunidad conyugal deberá inscribirse en los registros públicos, para que produzca efectos contra terceros.

### **b) De la Liquidación de la Sociedad Conyugal.**

Art. 214. del C.C.- Terminado el inventario y publicados los edictos, se pagarán los créditos reconocidos en juicio que hubiere contra el fondo común, se devolverá a cada cónyuge lo que introdujo en la comunidad y los gananciales se dividirán entre los consortes en partes iguales. Si hubiere pérdida, el importe de esta se deducirá del haber de cada consorte en proporción a las utilidades que debían corresponderles, y si solo uno aportó capital, de este se deducirá la pérdida total.

Como enseña el Prof. MORENO RUFFINELLI, *“la liquidación de la sociedad conyugal consiste en la etapa previa a la partición de los bienes. Se realizan aquí todos los actos, operaciones y trámites tendientes a establecer los saldos líquidos de la masa de gananciales, con el cual se podrá, después, efectuar la partición. Solo concluida la liquidación podrá ser dividida la masa postcomunitaria”* (p. 763).

MORENO RUFFINELLI, hace referencia a la liquidación que comprende los siguientes actos esenciales:

a) El inventario de los bienes gananciales: Sobre este punto ya hemos hablado anteriormente

b) Determinación y pago de las deudas a terceros: (Art. 618 del C.P.C. y 214 del C.C. y el Art. 56 de la Ley N° 1/92),

c) La dilucidación del carácter de propio o ganancial,

d) La determinación de las recompensas que se deben entre gananciales y propias, y;

e) La estimación del valor de los bienes comunes (p. 768).

### **EL JUICIO DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN - LEGISLACIÓN C.P.C. -**

**Art. 613.-** Pedido de disolución y liquidación.

Cualquiera de los cónyuges, o ambos de conformidad, podrán pedir sin expresión de causa, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

**Art. 614.- Resolución.**

Presentado el pedido, el Juez, sin más trámite:

a) Decretará la disolución de la comunidad;

b) Dispondrá la facción de inventario y tasación de los bienes, si se solicitare, procediéndose de acuerdo con lo dispuesto para la sucesión por causa de muerte. En el inventario no se incluirán el lecho, las ropas y los objetos de uso personal de los cónyuges y sus hijos; y

c) Ordenará la publicación de edictos, convocando a todos los que tengan créditos o derechos que reclamar contra la co-

munidad, para que, en el plazo perentorio de treinta días, comparezcan a ejercer sus acciones, bajo apercibimiento de no poder hacerlo en adelante, sino contra los bienes propios del deudor. Los edictos se publicarán durante quince días en un diario de gran circulación.

Esta resolución será notificada al otro cónyuge en la forma prevista en los Arts. 133 y siguientes y se inscribirá en el registro respectivo para que produzca efectos contra terceros.

**Art. 615.- Oposición.**

Dentro del plazo de seis días, el otro cónyuge podrá oponerse a la liquidación de todos o determinados bienes, fundado en que la misma es intempestiva o perjudicial. El Juez podrá, en tal caso, postergar estableciendo un plazo prudencial, la liquidación de todos o algunos de los bienes. La oposición se sustanciará por el trámite de los incidentes.

**Art. 616.- Presentación de los acreedores.**

De los pedidos de reconocimiento de crédito o derechos que se hagan en virtud de lo dispuesto por el Art. 614, inciso c), se dará traslado a los cónyuges por el plazo de seis días. La oposición obligará al acreedor a promover la acción correspondiente.

**Art. 617.- Medidas cautelares. Administrador.**

El Juez podrá decretar, a pedido de parte, medidas cautelares, y designar administrador provisional a cualquiera de los cónyuges o a un tercero.

Si se decretaren medidas precautorias, no se exigirá contracautela.

**Art. 618.- Partición y adjudicación.**

En la etapa de liquidación de la comunidad, se procederá a abonar las deudas y a la partición y adjudicación de los bienes, que se regirán, en lo pertinente, por las normas de la ley de fondo y, supletoriamente, por las del juicio sucesorio.

**Art. 619.- Aplicación en caso de unión de hecho.**

El procedimiento regulado en el presente título, será aplicable en el caso de unión de hecho que reúna los requisitos establecidos en el Código Civil, previa y debidamente reconocida por sentencia judicial.

**Art. 620.- Fuero de atracción.**

El juicio sobre disolución de la comunidad conyugal tendrá fuero de atracción pasivo respecto de los juicios ya promovidos o que deban promoverse contra la comunidad o contra cualquiera de los cónyuges.

**DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL LEGISLACIÓN. CÓDIGO CIVIL:**

**Art. 208.-** La comunidad conyugal se disuelve:

- a) Por muerte de uno de los esposos;
- b) Por desaparición de uno de los cónyuges con presunción de fallecimiento, cuando se hubiere decretado la posesión definitiva de los bienes;
- c) Por nulidad del matrimonio decretada judicialmente; y
- d) Por separación judicial de bienes, decretada a pedido de uno de los esposos o de ambos.

**Art. 210.-** Desde que el Juez decreta la disolución de la comunidad no podrá innovarse el estado de los bienes de ella, y se reputarán simulados y fraudulentos, tanto los contratos de locación que celebrare uno de los cónyuges, sin la conformidad

del otro o la judicial, como los recibos anticipados de rentas o alquileres no admitidos por el uso.

**Art. 211.-** Presentado el pedido de disolución, inmediatamente se procederá a la facción de inventario y tasación de los bienes y el juzgado podrá, a instancia de parte, decretar medidas cautelares y designar administrador provisional a cualquiera de los cónyuges, o a un tercero.

**Art. 213.-** Los efectos de la disolución de la comunidad se producirán entre los cónyuges desde el día de la resolución que la declare y, respecto de terceros, desde el día que ésta haya sido inscripta.

**Art. 214.-** Terminado el inventario y publicados los edictos, se pagarán los créditos reconocidos en juicio que hubiere contra el fondo común, se devolverá a cada cónyuge lo que introdujo en la comunidad y los gananciales se dividirán entre los consortes en partes iguales. Si hubiere pérdida, el importe de ésta se deducirá del haber de cada consorte en proporción a las utilidades que debían corresponderles, y si sólo uno aportó capital, de éste se deducirá la pérdida total.

**Art. 216.-** Cuando los acreedores hubiesen deducido ejecución sobre los bienes gananciales por deudas a cargo de uno solo de los cónyuges, corresponderá al otro como bien propio la mitad del valor del bien enajenado.

## **8. Efectos de la disolución.**

Una vez declarada disuelta la comunidad conyugal de los esposos, mientras subsista el vínculo matrimonial, entra a regir el régimen de separación de bienes, en virtud del cual cada uno de los cónyuges administra y dispone de sus bienes propios. Nuevamente haremos referencia a la inscripción de la resolución en los registros respectivos para su oponibilidad a terceros

Entre los efectos de la disolución de la sociedad conyugal, MORENO RUFFINELLI, señala:

**La Separación de bienes:** Una vez que se decreta la disolución de la comunidad conyugal, cesa el régimen de comunidad de bienes, y empieza, de no mediar divorcio o separación de cuerpos, otro régimen: el de separación.

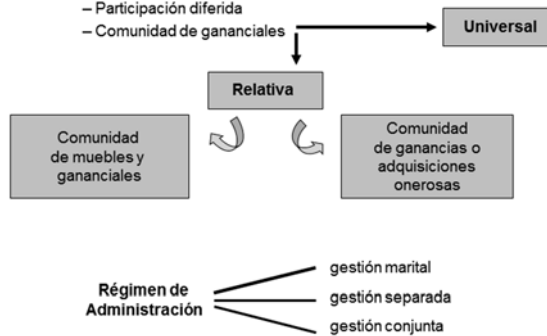
**La Oponibilidad a terceros:** El Art. 213 del Código Civil prescribe que los efectos de la disolución de la comunidad se producirán entre los cónyuges desde el día de la resolución que la declare y, respecto de terceros, desde que esta haya sido inscrita. Esta no se les puede oponer retroactivamente sin daño de sus intereses, aunque haya mediado separación de hecho (la cual, si bien cambia la naturaleza de las adquisiciones posteriores a ella, lo hace también solo entre los cónyuges y no respecto de los terceros).

**La Prohibición de innovar sobre los bienes comunes b:** El Art. 210 del Código Civil dispone que desde que el Juez decreta la disolución de la comunidad no podrá innovarse el estado de los bienes de ella, y se reputarán simulados y fraudulentos, tanto los contratos de locación que celebre uno de los cónyuges, sin la conformidad del otro, o la judicial, como los recibos anticipados de rentas o alquileres no admitidos por el uso (p. 761).

## LOS ACREEDORES Y LA COMUNIDAD DE GANANCIALES

### Regímenes patrimoniales

- Separación de bienes
- Participación diferida
- Comunidad de gananciales



Régimen de comunidad vigente en Paraguay:  
Relativa de administración conjunta – Ley 1 / 92.

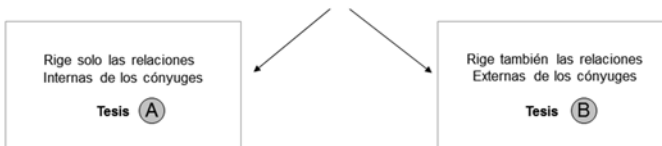
## Deudas de la Comunidad

### Cargas de la Comunidad

**Art. 50.** Son cargas de la comunidad de gananciales:

- 1) El sostenimiento de la familia y de los hijos menores comunes, y la alimentación y educación de los hijos menores de uno solo de los cónyuges que convivan en el hogar familiar, si éstos no tuvieran recursos propios;
- 2) Los alimentos que por Ley cualquiera de los cónyuges deba dar a sus ascendientes o descendientes, siempre que no pudiera hacerlo con sus bienes propios;
- 3) Los gastos de administración de la comunidad;
- 4) El importe de lo donado o prometido por ambos cónyuges a sus hijos comunes; y
- 5) Las mejoras necesarias y los gastos de conservación de los bienes propios y de los gananciales, así como los tributos que afecten a ambas clases de bienes.

### Interpretaciones encontradas



Tesis A

Los bienes gananciales o comunes responderán por las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente, o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro tanto para atender negocios de la comunidad como para las necesidades del hogar.

Tesis B

- El art. 51 predetermina obligaciones que integran el pasivo de la comunidad.
- Art. 41. Para las necesidades ordinarias del hogar la comunidad puede ser administrada indistintamente por el marido o por la mujer. Si uno de ellos abusa de este derecho, el Juez puede limitárselo a instancias del otro.
- Art. 88. Los gastos que cada uno de los concubinos realice en beneficio de la familia así como las obligaciones contraídas a tal efecto obligan a ambos y se abonarán con los bienes comunes. Si éstos fueran insuficientes se lo hará con los bienes de cada uno, proporcionalmente.
- Razones prácticas.



**La exigencia del art. 51 (intervención de ambos cónyuges) no es aplicable cuando se trata de deudas contraídas para satisfacer cargas de la comunidad.**



### Deudas de la comunidad ante terceros

1. Deudas contraídas para satisfacer las cargas de la comunidad, aunque sea contraída por uno solo de los cónyuges (art. 50).
2. Gastos urgentes con carácter necesario, aunque sean extraordinarios, realizados por cualquiera de los cónyuges (art. 45).
3. Obligaciones inherentes a negocios de la comunidad, cuando sean contraídas por ambos cónyuges (art. 51).

### Los acreedores y la disolución de la comunidad

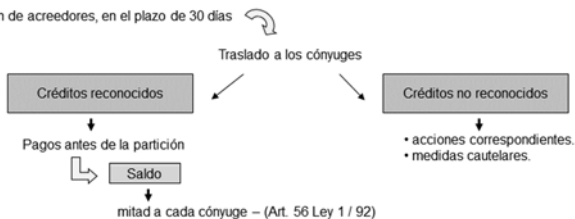
#### masa común

**Art. 36.** Se presume que son gananciales todos los bienes existentes al terminar la comunidad, salvo prueba en contrario. No valdrá contra los acreedores de la comunidad o de cualquiera de los cónyuges la sola confesión de éstos.

**Procedimiento:** C. Procedimiento Civil, C. Civil y Ley 1 / 92.

↓  
Publicación de edictos – 15 días

↓  
Presentación de acreedores, en el plazo de 30 días



**Acreedores de créditos pendientes de resolución**

→ pueden

- oponerse a la partición (art. 2533 C.C.).
- solicitar medidas cautelares.
- oponerse a entrega de bienes hasta ser satisfechos sus créditos.





## CAPÍTULO VIII

# EL DIVORCIO

**Sumario:** 1. El divorcio. - 1.1. Etimología. - 1.2. Concepto general. - 2. Su división en divorcio *ad vinculum* y divorcio *quod ad thorum*. - 3. Separación judicial de cuerpos. - 3.1. Separación por mutuo consentimiento. Requisitos y Procedimiento. - 3.2. Caso de los menores emancipados. - 3.3. Separación por las causales establecidas en la Ley. El adulterio: concepto y prueba. Atentado contra la vida del otro y el homicidio frustrado. Conducta deshonrosa o inmoral de uno de los cónyuges o incitación a cometer los delitos de adulterio, prostitución u otros. La sevicia, los malos tratos. Las injurias graves. Importancia de esta causal. El abandono voluntario y malicioso. La falta de los deberes de asistencia para con el otro o sus hijos. El estado habitual de embriaguez o el uso reiterado de drogas estupefacientes. - 4. El juicio. Las medidas cautelares que puede tomar el Juez. - 5. La tenencia y la *litis expensas*. - 6. Las pruebas en el juicio. - 7. Efectos de la separación judicial de cuerpos en cuanto a los cónyuges, en cuanto a los hijos. - 8. Cesación de la separación judicial.

### 1. El divorcio.

#### 1.1. Etimología.

La palabra divorcio proviene del latín *divortium*; de *divertere* que significa separar. "*Divortium*": Disolución del matrimonio en el Derecho Romano, que se producía por muerte de

uno de los cónyuges; o por incapacidad matrimonial por cualquiera de ellos, posterior a la celebración; por ejemplo, la *capiti diminutio* máxima y media; el *incestus supervenies*, que sucedía cuando el suegro adoptaba como hijo a su yerno, con lo cual el cónyuge quedaba con la condición de hermano, salvo que el padre hubiese emancipado previamente a su hija.

## **1.2. Concepto general.**

El divorcio consiste en la separación de las personas unidas en matrimonio, a través de una sentencia judicial que así lo declare. También podemos decir que el divorcio consiste en la disolución del vínculo matrimonial.

*“Acción o efecto de divorciarse y divorciarse; de separar un Juez competente, por sentencia legal a personas unidas en matrimonio, separación que puede ser con disolución del vínculo (verdadero divorcio), o bien manteniéndolo, pero haciendo que se interrumpa la cohabitación y el lecho”* (OSSORIO, 1984, p. 261).

## **2. Su división en divorcio *ad vinculum* y divorcio *quod ad thorum*.**

El divorcio *ad vinculum*, o absoluto, implica la ruptura del vínculo matrimonial posibilitando a los cónyuges contraer nuevas nupcias, y el divorcio *quod ad thorum et mensam* o relativo; significa la simple separación de cuerpos que no disuelve el vínculo ni autoriza, por tanto, a contraer nuevas nupcias (MORENO RUFFINELLI, p. 415).

## **3. Separación judicial de cuerpos.**

La separación judicial de cuerpos está regulada en los Arts. 167 al 176 del Código Civil, esta figura autoriza a los cónyuges a vivir separadamente, o bien, podemos decir que cesa el deber de “cohabitación” entre los cónyuges, sin que ello signifi-

que la ruptura o disolución del vínculo matrimonial tal como acontece en el divorcio. Por tanto, bajo el régimen de la simple separación de cuerpos, ninguno de los cónyuges se halla legalmente habilitado para contraer nuevas nupcias.

Se distinguen dos tipos de separación de cuerpos; la separación judicial de cuerpos por mutuo consentimiento y la separación judicial de cuerpos con invocación de causa que lo analizaremos a lo largo de la presente lección.

### **3.1. Separación por mutuo consentimiento. Requisitos y procedimiento.**

El Artículo 167 del C.C. regula la separación de cuerpos por mutuo consentimiento al decir: *“Los esposos pueden cualquiera sea el país donde celebraron su matrimonio, separarse judicialmente de cuerpos por mutuo consentimiento y sin expresión de causa, después de transcurridos dos años de vida marital ...”*.

El artículo transcrito precedentemente no ofrece mayor dificultad para su interpretación. En efecto, para que tenga lugar la separación de cuerpos por mutuo consentimiento deben concurrir dos circunstancias, a saber: Primero, el consentimiento mutuo, o sea, que ambos cónyuges hayan decidido libremente separarse; esto es, sin coacción u otro elemento extraño que coarte la voluntad o la libre decisión de alguno de ellos. La otra circunstancia es que haya transcurrido un mínimo de dos años a partir de la fecha de celebración del matrimonio.

El artículo admite la separación de cuerpos *“sin expresión de causa”*, esto facilita los trámites del proceso y al mismo tiempo permite mantener la privacidad de la causa (no hay necesidad de estar escarbando sobre hechos que son parte de la intimidad de la pareja y encasillarlo en una causa determinada, ya que esto no evitaría la separación).

El Art. 168 del C.C. dice: *“El Juez escuchará separadamente a los cónyuges, dentro del plazo de treinta a sesenta días, para que confirmen o no su voluntad de separarse”*. Luego de la presentación del escrito donde ambos manifiesten su voluntad de separarse, el Juez fijará una audiencia dentro del plazo de treinta a sesenta días, en donde deberá escuchar a las partes a los efectos de que se ratifiquen o no del pedido inicial de separación. Esta audiencia es de tal importancia ya que, si los cónyuges no comparecieron personalmente, el pedido no producirá efectos porque la ley presupone que no han mantenido su intención de separarse.

Seguidamente el Art. 169 del mismo cuerpo legal reza: *“El Juez homologará el acuerdo si se ratificaren ambos cónyuges, dentro del plazo que les fuere señalado. Si cualquiera de ellos se retractare, o guardare silencio, se rechazará el pedido de separación”*.

Luego de la audiencia de los cónyuges, si estos se ratificaren en el pedido de separación, el Juez homologará el acuerdo presentado por las partes y sin más trámites decretará la separación judicial de cuerpos de los esposos por mutuo consentimiento. Si alguno de los cónyuges se retractare o guardare silencio en la audiencia, el Juez rechazará el pedido y ordenará el archivamiento de la causa.

### **3.2. Caso de los menores emancipados.**

**Art. 167.-** Los esposos pueden, cualquiera sea el país donde celebraron su matrimonio, separarse judicialmente de cuerpos por mutuo consentimiento y sin expresión de causa, después de transcurridos dos años de vida marital.

De este derecho gozarán igualmente los menores emancipados por el matrimonio, pero solo después de dos años de cumplida la mayoría de edad de ambos esposos. Si hablamos de menores de edad que contrajeron matrimonio, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley, pueden estos separarse judicialmente de cuerpo; una vez que ambos adquieran la

mayoría de 18 años de edad, podrán en consecuencia solicitar la separación judicial de cuerpo a partir de los 20 años cumplidos.

### **3.3. Separación por las causales establecidas en la ley.**

El Código Civil enumera en su Art. 170 las causas por las cuales se podrá demandar la separación de cuerpos por cualquiera de los cónyuges y que son las siguientes:

a) **El adulterio:** Se entiende por adulterio la unión sexual de un hombre o una mujer casados con quien no es su cónyuge. Se trata, por ello de una unión sexual ilegítima, en cuanto vulnera fundamentalmente el deber de fidelidad recíproca que se deben los esposos (BOSSERT-ZANNONI, p. 335). El adulterio consiste en la relación sexual que tiene lugar entre uno de los cónyuges con un tercero. El hecho afecta esencialmente el deber de fidelidad que los esposos se deben mutuamente durante la vigencia del matrimonio y su inobservancia constituye una de las causales que da lugar al pedido de divorcio. En lo que a la prueba respecta, esta causa quizás resulte ser la más difícil de probar o demostrar (*probatio diabólica* de los romanos), razón por la que se debe recurrir a ciertos medios o elementos que lleven al convencimiento de que el hecho ha tenido lugar. La jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, admite que se pruebe el adulterio a través de indicios y presunciones que formen en el ánimo del Juez la convicción de la existencia de la relación sexual extramarital o extramatrimonial del cónyuge infiel. En todo caso, si con ello se hace imposible probar el adulterio, serviría de prueba para acreditar las injurias graves cometidas por uno de los cónyuges a los efectos de proseguir con el proceso de divorcio.

b) **La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, y el homicidio frustrado, sea como autor o como cómplice.** La gravedad de atentar contra la vida de cualquier persona es innegable. Ahora, atentar contra la vida del propio cónyuge,

provocando la destrucción de la familia torna incuestionable que sea considerado como causal de separación.

Debemos tener en cuenta que la conducta del cónyuge debe ser dolosa, es decir, debe existir el animus o intención de acabar con la vida del otro, no solo golpes o maltrato físico que, si bien son causas de separación, no se estaría configurando el homicidio frustrado al que se refiere este inciso. Es imposible pues seguir pensando en mantener una relación conyugal después de haber atentado contra la vida del otro cónyuge.

**c) La conducta deshonrosa o inmoral de uno de los cónyuges, o su incitación al otro al adulterio, la prostitución, u otros vicios y delitos.** Evidentemente estamos ante un hecho repudiable, amoral y antiético. Es inconcebible estar al lado de una persona que quiera someter a su propio cónyuge a sus designios o intenciones perversas (adulterio-prostitución) o al querer ganarse la vida u obtener algunos beneficios a través de estafas, robos, prostitución, proxenetismo u otros delitos. No se puede edificar una familia sobre la base de la inmoralidad, la obscenidad, la deshonestidad o la indecencia.

**d) La sevicia, los malos tratamientos y las injurias graves.**

La sevicia consiste en la crueldad de los malos tratos.

Según MORENO RUFFINELLI *“las injurias graves comportan situaciones que dentro de la vida conyugal tienden a disminuir la calidad de vida, el respeto y la dignidad que se deben los cónyuges entre sí”* (p. 457).

La injuria es toda ofensa o agravio de un cónyuge hacia el otro; pueden ser amenazas de muerte, insultos, desprecios, humillaciones y hasta violencia. Constituye también injuria el incumplimiento de los deberes maritales, la ausencia frecuente del hogar, la inasistencia al cónyuge enfermo e internado; en



fin, toda conducta, acción u omisión que afecte y ponga en peligro la relación matrimonial.

La importancia de esta causal se da por la cantidad inmensa de conductas, hechos, o actos que se encuentran sumergidos bajo la denominación de “*injurias graves*”; de ahí que se lo denomine *causa residual*. Si bien se pluraliza la palabra injuria, basta que se dé un solo acto gravemente injurioso para que esta se tipifique.

e) **El abandono voluntario y malicioso.** Incorre también en abandono el cónyuge que faltare a los deberes de asistencia para con el otro o con sus hijos, o que, condenado a prestar alimentos, se hallare en mora por más de dos meses consecutivos sin justa causa. Con el abandono voluntario del hogar se incumplen los deberes de cohabitación y de asistencia. El carácter “de malicioso” al que se refiere la ley tiene lugar cuando se da por la falta del “*animus*” o intención de regresar al hogar para sobrellevar las obligaciones que impone la vida conyugal. Sin embargo, el alejamiento del hogar aparece justificado en algunos casos, como, por ejemplo, cuando resulte indispensable someterse a un control médico que requiera internación en un centro hospitalario, o cuando uno de los cónyuges deba trasladarse por motivos laborales a otra localidad alejada del hogar, o por ir a estudiar en el exterior en vista de ser beneficiario/a de una beca, o gracias a una asistencia económica privada. El inc. e) del Art. 170 también considera como abandono el incumplimiento de los deberes de asistencia ya sea para con el otro cónyuge o para con sus hijos, o que hallándose condenado a prestar alimentos se hallare en mora por más de dos meses consecutivos y no alegare justa causa.

f) **El estado habitual de embriaguez o el uso reiterado de drogas estupefacientes, cuando hicieren insoportable la vida conyugal.** Cualquiera de los cónyuges puede petitionar la separación de cuerpos a causa del estado habitual de embriaguez o del uso reiterado de drogas estupefacientes por parte de uno de

los cónyuges, o de ambos. El alcoholismo y la drogodependencia provocan desviaciones en la conducta del individuo y estos son considerados peligrosos, no solo para la familia sino para la sociedad. Si la embriaguez y el uso reiterado de estupefacientes no ocasionare mayores dificultades para la vida en común de los esposos, no podrán alegarse como causal de separación, pues se halla condicionada a la habitualidad de los mismos y que se torna insoportable e imposible la vida conyugal.

**Art. 174.-** En los casos previstos del Art. 170 la sentencia se pronunciará sobre la culpabilidad de uno o ambos cónyuges.

El esposo inocente conservará los derechos inherentes a su calidad de tal que no sean incompatibles con el estado de separación.

El culpable incurrirá en la pérdida de las utilidades o beneficios que le correspondieren según la convención matrimonial. Solo tendrá derecho a pedir alimentos al otro, si careciere de recursos para su manutención.

#### **4. El juicio. Las medidas cautelares que puede tomar el Juez.**

– **Juez competente:** El juicio de separación judicial de cuerpos deberá promoverse ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del último domicilio conyugal.

– **Juicio:** En cuanto a la tramitación procesal de la separación judicial de cuerpos se debe tener en cuenta, si la misma fue por petición conjunta (mutuo consentimiento) o por petición unilateral por alguna de las causales previstas en el Art. 170 del C.C.

Si la separación de cuerpos fue solicitada por mutuo consentimiento o sin expresión de causa, se tramitará la misma en el procedimiento especial previsto en el Código Procesal Civil,

Libro IV, Título V - de la separación de cuerpos por mutuo consentimiento (Arts. 603-612). Reza el Art. 603 del código de forma: Los esposos podrán pedir, conjunta o separadamente, y sin expresión de causa, al Juez del último domicilio conyugal, la separación de cuerpos regulados en los Arts. 167, 168 y 169 del Código Civil.

En cambio, al ser peticionada la separación de cuerpos con expresión de causa, ella debe tramitarse por la vía ordinaria ya que la ley no señala otra vía procesal de conformidad a la regla general establecida en el Art. 207 del Código Procesal Civil que dice al respecto: *“Las contiendas judiciales que no tengan establecidos un procedimiento especial, se tramitaran conforme a las normas del proceso de conocimiento ordinario”*.

– **Pruebas:** Toda clase de prueba será admitida en este juicio, con excepción de la confesión y el testimonio de los ascendientes y descendientes de los cónyuges. Conforme lo establece el Art. 172 del C.C.P.

– **Sentencia:** Si la separación es consecuencia de una de las causales previstas en el Art. 170, la sentencia se debe pronunciar acerca de la culpabilidad de uno o de ambos cónyuges.

El Art. 171 del C.C. prescribe: *“Promovida la demanda de separación, o antes de ella en caso de urgencia, el Juez podrá, a instancia de parte, decretar la separación personal de los esposos, autorizar a la mujer a residir fuera del domicilio conyugal, o disponer que el marido lo abandone. Podrá también determinar, en caso de necesidad, los alimentos que deben prestarse a la mujer, así como las expensas para el juicio. Habiendo hijos menores, las partes recurrirán al Juez tutelar para solicitar las medidas que correspondan”*.

El artículo mencionado más arriba establece ciertas medidas cautelares que el Juez puede tomar antes o durante la tramitación del juicio, como la atribución de la vivienda familiar autorizando a la mujer a residir fuera del domicilio conyugal, o

disponer que el marido lo abandone, los alimentos en caso de necesidad, etc., sin perjuicio de otras medidas precautorias de orden patrimonial para evitar cualquier detrimento en la administración o distribución de los bienes.

En cuanto a los hijos, las partes recurrirán ante el Juzgado de la Niñez y Adolescencia que corresponda para que el mismo resuelva sobre la tenencia o a la guarda de los hijos menores, el régimen de convivencia, de relacionamiento, etc.

### **9. La tenencia.**

**Art. 175.-** Existiendo hijos menores, se remitirá copia de las actuaciones al Juez Tutelar, una vez dictada la sentencia que haga lugar a la separación.

Art. 93 del Código de la Niñez y Adolescencia. En caso de separación de los padres y de existir controversia sobre la tenencia del hijo, el Juez deberá oír la opinión del niño o adolescente y resolverá teniendo en cuenta la edad y el interés superior del mismo. En el caso del niño menor de cinco años de edad, este debe quedar preferentemente a cargo de la madre. No obstante, los acuerdos establecidos entre los padres deberán ser considerados.

Hace referencia a la tenencia de los hijos menores de edad durante y después del proceso de separación de cuerpos de los padres. Si los padres llegaren a un acuerdo sobre el régimen de convivencia y relacionamiento, se homologará el mismo sin más trámites. No mediando acuerdo, la cuestión será resuelta por el Juez, atendiendo el interés superior del niño o de la niña. La ley otorga preferencia a favor de la madre para el custodio de los hijos menores de cinco años. Creemos que esto responde a un interés natural y lógico que, por obvias razones, merecen que ellas sean designadas para brindar el cuidado y la protección necesaria de los niños. Dicha misión se les debe acordar, siempre que se encuentren aptas para cumplir dicho rol.

Tratándose de más de un hijo, nuestros jueces tienden a mantenerlos unidos, otorgándole la guarda a un progenitor sin perjuicio del régimen de relacionamiento que se le confiere al otro cónyuge.

### **La *litis expensas*. Concepto.**

CASCO PAGANO, lo define como “*La litis expensas es la obligación de dar suma de dinero que tiene el obligado a prestar alimentos a favor del beneficiario de los mismos, para sufragar los gastos de un juicio concreto, o de varios, en que este sea o vaya a ser parte*” (p. 1.099).

Este pedido se sustancia con las normas establecidas en los Arts. 597 al 601 del Código Procesal Civil.

## **10. Las pruebas en el juicio de separación de cuerpos.**

**Art. 172.-** Toda clase de prueba será admitida en este juicio, con excepción de la confesión y el testimonio de los ascendientes y descendientes de los cónyuges.

Según el artículo transcripto precedentemente, la ley otorga una amplia posibilidad para ofrecer dentro del proceso todas las pruebas posibles que respondan al interés de las partes intervinientes en el juicio, con excepción expresa de aquellas que se hallan prohibidas por la propia ley, tal como acontece en esta ocasión con el artículo en estudio. Existen pruebas de diversas naturalezas como las testimoniales, documentales, periciales, fotografías, cartas o correspondencias, grabaciones, etc. Como se tiene a la vista, existen variadas clases de elementos probatorios del que se valen aquellas personas que pretenden utilizar como respaldo de los argumentos que se esgrimen en la demanda de un interés determinado. De este artículo se desprende la amplitud probatoria que existe para demostrar los hechos relatados en la demanda. Así pueden presentarse cartas o correspondencias enviadas por uno de los cónyuges a un ter-

cero, o de un tercero a uno de los cónyuges, etc., fotografías, grabaciones telefónicas, filmaciones e incluso testimonios de parientes o personas cercanas que tengan conocimiento del trato entre cónyuges. Esta prueba es considerada decisiva, ya que nadie mejor que aquellas personas que conviven, trabajan o visitan en forma asidua a la pareja.

La prueba pericial también es admitida, cuando se haga necesario determinar la autoría de documentos en forma judicial. Ej.: La redacción de una carta, rubrica de algún documento, etc. Encontramos también la pericia médica o psiquiátrica cuando se haga necesario para determinar alguna enfermedad mental o trastornos en la conducta de uno de los cónyuges.

### **11. Efectos de la separación judicial de cuerpos en cuanto a los cónyuges, en cuanto a los hijos.**

1. Los efectos de la separación personal en cuanto a los cónyuges son:

El Prof. MORENO RUFFINELLI, divide los efectos de la separación, en los siguientes:

a) **No cesa el vínculo matrimonial:** Lo que implica que los mismos no pueden contraer nuevas nupcias.

b) **Cesación del deber de cohabitación:** Este es el principal efecto de la separación.

c) **Cesación del débito conyugal:** Como cesa el deber de cohabitación, también cesa el derecho a mantener relaciones sexuales.

d) **Subsisten algunos derechos y deberes entre los cónyuges:** Tales como el respeto, fidelidad, protección, etc. La doctrina sostiene que debe subsistir el deber de fidelidad como consecuencia de la subsistencia del vínculo matrimonial.

e) **Apellido de la esposa:** El Art. 10 de la Ley N° 1/92 dispone que cesará el uso del apellido del marido en caso de separación judicial.

f) **Derecho alimentario:** El cónyuge declarado inocente conserva el derecho alimentario, pero el cónyuge declarado culpable pierde el derecho alimentario conforme al Art. 77 de la Ley N° 1/92. Si bien es necesario tener en cuenta el nivel económico de ambos, la situación laboral y las necesidades de cada uno luego de la separación, lo conveniente sería que ambos conserven el “status económico” llevadero durante el matrimonio. El Art. 174 *in fine* del C.C. establece que el cónyuge culpable tendrá derecho a pedir alimentos al otro, solo si careciere de recursos para su manutención.

g) **Derecho hereditario:** El cónyuge declarado inocente en la sentencia conserva su derecho hereditario, a diferencia del cónyuge declarado culpable que queda sin vocación hereditaria conforme lo establece el Art. 2587, inc. b) del Código Civil, prescribiendo que la sucesión entre los esposos no tendrá lugar si se hallaren separados por sentencia judicial, respecto del que hubiere dado causa para ello.

h) **Pérdida de derechos patrimoniales según capitulación:** El Art. 174 tercer párrafo del Código Civil establece que el cónyuge declarado culpable incurrirá en la pérdida de las utilidades o beneficios que le correspondieren según la convención matrimonial (p. 475).

2. Los efectos de la separación personal en cuanto a los hijos son:

El Art. 175 del C.C. prescribe que, existiendo hijos menores, se remitirá copia de las actuaciones al Juez Tutelar, una vez dictada la sentencia que haga lugar a la separación.

En caso de controversia sobre la tenencia de los hijos menores de edad, será el Juez de la Niñez y Adolescencia quien deberá resolver la cuestión. El Juez debe atender en forma primordial el interés superior del niño por sobre los intereses de los padres que disputan la tenencia de sus hijos menores. Se tendrán en consideración criterios básicos como mantener unidos a los hermanos bajo la guarda de un mismo progenitor a los efectos de desarrollar una vida conjunta armónica, fraterna, solidaria y por sobre todo conservar la unidad familiar, a pesar de la ausencia de uno de los progenitores.

El Art. 93 *in fine* del C.N.A. hace referencia a los niños menores de cinco años que preferentemente deben quedar a cargo de la madre, por el cuidado que estos necesitan atendiendo la corta edad y el trabajo fuera del hogar que la mayoría de las veces desarrolla el marido. La preferencia no excluye la posibilidad de que el padre pueda permanecer con la guarda de los menores de cinco años, como consecuencia de causas graves de la madre que haga imposible la convivencia o afecten los intereses del niño o simplemente por considerar el Juez más idóneo a un progenitor que a otro.

**Relacionamiento:** Como consecuencia de la separación de cuerpos de los cónyuges, uno de los progenitores debe hacer abandono de la vivienda familiar, lo que no significa el abandono de los menores hijos. Para garantizar el derecho del progenitor que no convive más con sus hijos, de seguir interviniendo en su educación, desarrollo, y formación integral, la ley prevé el régimen de relacionamiento, a fin de mantener el vínculo con los mismos.

Es el Juez de la Niñez y Adolescencia quien debe resolver el régimen de relacionamiento más conveniente, atendiendo siempre al interés superior del niño. Es conveniente recordar que el régimen de relacionamiento se extiende no solo al progenitor directo, sino a la familia de este hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, motivo por el cual se



considera necesario que el padre o la madre, en su caso, puedan llevarlos consigo para la asistencia, recreación, visitas, etc.

En caso de existir acuerdo entre los cónyuges sobre el régimen de relacionamiento con los hijos, se peticiona al juzgado la homologación del mismo, que sin más trámites será otorgado, siempre y cuando no contradiga los intereses del niño-niña.

**Alimentos:** El Art. 97 del C.N.A. sostiene que tanto *“el padre y la madre del niño o adolescente están obligados a proporcionarle alimentos suficientes y adecuados a su edad. La asistencia alimenticia incluye lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, asistencia médica y recreación del niño o adolescente”*.

## 12. Cesación de la separación judicial.

**Art. 176.-** Los cónyuges podrán de común acuerdo, hacer cesar los efectos de la sentencia de separación con una expresa declaración al Juez, o con el hecho de cohabitación.

En ningún caso la reconciliación perjudicará los derechos adquiridos por terceros durante la separación o antes de ella.

Como en la separación personal subsiste el vínculo matrimonial, la reconciliación de los cónyuges hace que se restituya la relación jurídica del matrimonio. Esta se puede dar durante el juicio de separación o luego de dictada la sentencia. En el primer caso se produce la caducidad de la acción, en el segundo, cesan los efectos de la sentencia y los cónyuges asumen nuevamente los derechos y deberes correspondientes al matrimonio. La ley presume que hay reconciliación desde el momento del pedido expreso de perdón en cualquiera de sus formas (verbal, escrita, cartas, correos, mensajes, etc.) y del reinicio de la cohabitación.

Con la reconciliación de los cónyuges cesan los efectos de la separación judicial de cuerpos, es decir, se restituyen todos

los deberes, derechos y obligaciones de las partes; se restituye la vocación hereditaria y en cuanto al régimen patrimonial se restablece *ipso iure* la ganancialidad a no ser que haya electo otro tipo de régimen *ab initio*.



## CAPÍTULO IX

# EL DIVORCIO VINCULAR

**Sumario:** 1. El divorcio vincular. - 1. Concepto. - 2. Antecedentes históricos. - 3. Diferencia fundamental con la separación judicial de cuerpos. - 4. Su regulación en la Ley N° 45/91.- 5. El Divorcio vincular por presentación conjunta o mutuo consentimiento. - 6. Requisitos y procedimientos. - 7. Efectos. - 8. El divorcio vincular por una de las causales establecidas en la ley: ¿Cuáles son estas causales? - 9. Procedimiento a seguir. - 10. Efectos. - 11. Conversión de la separación de cuerpos en divorcio vincular.

### 1. Concepto.

El divorcio vincular es la disolución del vínculo matrimonial, una solución legal frente a conflictos matrimoniales, pudiendo los cónyuges readquirir la aptitud nupcial una vez concretado el divorcio.

### 2. Antecedentes históricos.

Los pueblos de la antigüedad ya lo practicaban; tal es el caso de los babilonios, chinos, hindúes, egipcios, hebreos, griegos y romanos. En algunas legislaciones primitivas ya consideraban la posibilidad del rompimiento del vínculo matrimonial.

Se reconocía al **repudio** como la facultad conferida al marido para separarse de la esposa. En Egipto, era admitido el divorcio por causas graves, como por ej. *La esterilidad* y el

*Adulterio*, hasta que con el tiempo se admitió el repudio sin causa.

En el Código de Hammurabi, podía hacerse el repudio de la mujer, pero debía ser indemnizada y, además, debía dejársele bienes suficientes para la educación de los hijos.

El Código de Manú, en la India, preveía la posibilidad del repudio, sobre todo cuando la mujer padecía de alguna inconducta que lo ameritaba. Ej. el alcoholismo.

Debe tenerse presente que los Códigos de la antigüedad contenían principios religiosos y morales, por ello, cuando la mujer observaba buena conducta, no podía ser repudiada.

En Grecia la mujer se hallaba sometida totalmente al marido. Prácticamente era nulo su papel en la sociedad, pues aparte de carecer de capacidad, tampoco contaba con lo que hoy se conoce como Derechos Civiles de la mujer. Al comienzo de la civilización griega se consideraba indisoluble el matrimonio; luego se admitió el REPUDIO que podía hacer el marido respecto de la esposa, quien no gozaba de esa misma facultad. Según manifiestan algunos autores, ya se practicaba el divorcio por mutuo consentimiento.

En Roma, en el primitivo Derecho Romano, el matrimonio era de carácter eminentemente religioso. El mismo era conocido como la "*confarreatio*". A la vez existía un modo legal de extinción y era a través de la "*disfarreatio*", equivalente en cierto sentido al repudio. El divorcio como tal ya se hallaba regulado en Ley de las XII Tablas, pero que, por la severidad de las costumbres, la cohesión de la familia, la autoridad suprema del "*paterfamiliae*" era limitada dicha práctica. Mas con el tiempo la costumbre fue debilitándose poco a poco, dando lugar a que el divorcio fuera incrementándose hasta si se quiere en forma descontrolada. Con el advenimiento del cristianismo se planteó la indisolubilidad del vínculo. Este principio impuesto por dicha

corriente religiosa y cuya observancia era de rigor, ha motivado discusiones entre los primeros padres de la Iglesia. Sin embargo, esa férrea posición con el tiempo fue cediendo; tanto es así que incluso en algunos Concilios y Sínodos se admitieron la posibilidad del divorcio y muy especialmente cuando la causa se fundaba en la infidelidad o el adulterio. Pero la Teología Católica se reafirmaba en su posición original y cada vez más con mayor fuerza hacia la tesis de la indisolubilidad del vínculo matrimonial. A propósito, fue en el Concilio de Trento (11-XI-1563), cuando se proclamó el carácter sacramental del matrimonio, y la amenaza de excomulgar a quienes negaban la indisolubilidad y el carácter indicado.

Otras iglesias cristianas no católicas, por el contrario, admitían el divorcio por lo menos en el caso del adulterio. Esta es la posición seguida por Calvino y Lutero, quienes negaron el carácter sacramental del matrimonio. De ahí que, con la proliferación de iglesias y sectas cristianas no católicas, el carácter indisoluble y sacramental sustentada por la Iglesia Católica ha perdido fuerza y credibilidad.

Como puede verse, el divorcio ya existió desde la más remota antigüedad. Hoy día son pocos los países que no lo admiten y ello se debe principalmente a la influencia que sigue ejerciendo la Iglesia Católica.

Con estos antecedentes históricos relacionado con el divorcio vincular, puede sintetizarse expresando que el mismo constituye *“el rompimiento del vínculo matrimonial de las personas unidas en matrimonio por medio de una sentencia dictada por Juez competente. Como derivación de esta medida dispuesta, los cónyuges divorciados quedan habilitados para contraer nuevas nupcias luego de transcurrido el plazo que señala la Ley de Divorcio en su Artículo 10, estableciendo que: “Los cónyuges divorciados no podrán contraer nuevas nupcias antes de transcurridos 300 días de haber quedado firme y ejecutoriada la sentencia respectiva”.*

El divorcio vincular, en nuestra legislación, se halla regulada por la Ley N° 45/91, la que en su Art. 1° expresa: *“Esta ley establece el divorcio que disuelve el vínculo matrimonial y habilita a los cónyuges divorciados a contraer nuevas nupcias. No hay divorcio sin sentencia judicial que así lo decrete”*.

### **3. Diferencia fundamental con la separación judicial de cuerpos.**

La diferencia fundamental entre la separación judicial de cuerpos y el divorcio vincular es que el primero solo se limita al cese del deber de cohabitación, no disolviendo el vínculo matrimonial, a diferencia del divorcio que sí lo hace, autorizando a los cónyuges a contraer nuevas nupcias.

Si bien ambas figuras presentan caracteres casi idénticos, la diferencia se da principalmente en sus efectos. Es así que el “divorcio” produce la disolución del vínculo matrimonial en tanto que con la simple “separación judicial de cuerpos”, previsto en los Arts. 167 y sgtes. del Código Civil, el vínculo matrimonial subsiste.

– **La disolución o rompimiento del vínculo matrimonial:** permite que los cónyuges divorciados puedan nuevamente contraer matrimonio, Art. 1° de la Ley N° 45/91. En cambio, en la Separación Judicial de Cuerpos los cónyuges separados no se hallan habilitados para contraer nuevas nupcias.

– **Cesa la vocación hereditaria:** Como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial, cesa la vocación hereditaria entre cónyuges, en tanto que con la Separación Judicial de Cuerpos los cónyuges separados declarados inocentes, conservan dicha vocación Art. 19 de la Ley N° 45/91.

– **Pérdida del derecho de la mujer a usar el apellido del marido:** La Ley N° 45/91 en su Art. 20 último párrafo, dispone que la mujer divorciada no usará el apellido del que fuera su

cónyuge". La Ley N° 1/92 por su parte en el Art. 10 dice: "La mujer casada podrá usar el apellido de su marido a continuación del suyo, pero no implica el cambio de nombre de ella, que es el que consta en la respectiva partida de Registro Civil. La viuda podrá continuar el uso del apellido marital mientras no contraiga nupcias o unión de hecho". En caso de disolución, nulidad o separación judicial personal de matrimonio cesará dicho uso. El marido tendrá la misma opción de adicionar el apellido de la esposa al suyo propio". El Art. 11, por su parte, dispone: "En ningún caso el no uso por parte de la esposa del apellido marital podrá ser considerada como ofensivo por el marido. Si la mujer durante su vida matrimonial hubiese escogido utilizar el apellido del marido, este uso cesará decretada la sentencia de divorcio, como consecuencia de la inexistencia del vínculo matrimonial; sin embargo, las mujeres que hayan adquirido notoriedad en el campo del comercio o profesión con el apellido del ex cónyuge, pueden, a través de un expreso acuerdo, seguir utilizando dicho apellido.

– **Domicilio de los cónyuges:** Una vez decretado el divorcio vincular, cada una de las partes puede fijar libremente su residencia. El Art. 12 de la Ley N° 45/91 hace referencia al domicilio, al decir: "En caso de vivienda única, propiedad de la sociedad conyugal, el cónyuge que detentare la tenencia de los hijos mientras sean menores de edad podrá oponerse a su liquidación y partición, ... Este derecho cesa a la mayoría de edad de los hijos".

Esta última característica es común a ambas figuras jurídicas, ya que tanto en la separación judicial de cuerpos y en el divorcio vincular, las partes tienen la opción de elegir libremente su residencia luego de decretada la separación judicial o el divorcio en su caso.

#### 4. Su regulación en la Ley N° 45/91.

**Artículo 1°.-** Esta ley establece el divorcio que disuelve el vínculo matrimonial y habilita a los cónyuges divorciados a contraer nuevas nupcias. No hay divorcio sin sentencia judicial que así lo decrete. Una vez firme la sentencia judicial que ordena el divorcio vincular, puede cada una de las partes contraer nuevas nupcias, dado que el vínculo matrimonial fue disuelto mediante la sentencia dictada por el Juez.

**Artículo 2°.-** La iniciación del juicio de divorcio implica igualmente la iniciación del juicio de disolución y liquidación de la comunidad de los bienes de los esposos, por cuerda separada y por el procedimiento pertinente. Será competente el mismo Juez. Si se inicia el juicio de divorcio vincular, entonces necesariamente debe iniciarse el juicio de disolución y liquidación de la sociedad conyugal ante el mismo Juez que entenderá el primer juicio.

**Artículo 3°.-** La ley del domicilio conyugal rige el divorcio vincular.

**Artículo 4°.-** Son causales del divorcio (modificado por Ley N° 5422/15):

a) *Cometer un hecho punible, ya sea como autor, participe o instigador, contra el otro cónyuge o de los hijos, sean o no comunes.* La comisión de un hecho punible contra el otro cónyuge implica necesariamente, la intención de provocarle daño, con toda lógica, ya sea como autor, participe o instigador: en síntesis, debe haber dolo. En cambio, tratándose de un delito simplemente culposo, aunque de él se hubiera derivado un peligro de muerte, tal, por ejemplo, un accidente automovilístico, esta situación no sería causal que pueda ser invocada por una de las partes para el divorcio vincular.



b) *Instigar al otro cónyuge a cometer hechos punibles.* La instigación consiste en inducir directamente a otra persona a cometer un delito. Ella no solo supone en el instigador un grado de inmoralidad intolerable para una persona honesta, sino que la expone al peligro de caer en el crimen, bajo la presión o amenazas del otro cónyuge. Una vez concretado el hecho se le considera participación criminal.

c) *Realizar injurias graves contra el otro cónyuge, la que se entiende como toda acción u omisión imputable que ofende directa o indirectamente al otro en sus afecciones legítimas de marido y mujer.* Según MORENO RUFFINELLI las injurias graves comportan situaciones que dentro de la vida conyugal tienden a disminuir la calidad de vida, el respeto y la dignidad que se deben los cónyuges entre sí (p. 457).

La injuria es toda ofensa o agravio de un cónyuge hacia el otro; pueden ser amenazas de muerte, insultos, desprecios, humillaciones y hasta violencia. Constituye también injuria el incumplimiento de los deberes maritales, la ausencia frecuente del hogar, la inasistencia al cónyuge enfermo e internado, en fin; toda conducta, acción u omisión que afecte y ponga en peligro la relación matrimonial.

La importancia de esta causal se da por la cantidad inmensa de conductas, hechos, o actos que se encuentran sumergidos bajo la denominación de "*injurias graves*" y de ahí que se lo denomine *causa residual*. Si bien se pluraliza la palabra injuria, basta que se dé un solo acto gravemente injurioso para que esta se tipifique.

d) *La interdicción declarada judicialmente.* La condición para el ejercicio de la acción es que la declaración sea hecha vía judicial; consecuentemente, hace suponer que si no se cumple el requisito de que sea declarado judicialmente, no puede ser mencionado por la parte como causal para que prospere el divorcio vincular.

e) El estado habitual de embriaguez o el uso reiterado de drogas estupefacientes cuando hicieren insoportable la vida conyugal, así como el juego de azar cuando amenace la ruina familiar. Cualquiera de los cónyuges puede peticionar la separación de cuerpos a causa del estado habitual de embriaguez o del uso reiterado de drogas estupefacientes por parte de uno de los cónyuges, o de ambos. El alcoholismo y la drogodependencia provocan desviaciones en la conducta del individuo y estos son considerados peligrosos, no solo para la familia sino para la sociedad. Si la embriaguez y el uso reiterado de estupefacientes no ocasionare mayores dificultades para la vida en común de los esposos, no podrán alegarse como causal de separación, pues se halla condicionada a la habitualidad de los mismos y que se torne insoportable e imposible la vida conyugal.

f) *El abandono voluntario del hogar o separación de hecho por el plazo de un año.* Debe conceptualizarse el abandono, como el alejamiento de unos de los cónyuges con el ánimo de sustraerse de sus obligaciones que nacen del matrimonio, en particular con la cohabitación y la asistencia. Esta es la nota característica y esencial del abandono, que permite calificarlo como malicioso. Obligaciones que impone la vida conyugal. Sin embargo, el alejamiento del hogar aparece justificado en algunos casos, como, por ejemplo, cuando resulte indispensable someterse a un control médico que requiera internación en un centro hospitalario, o cuando uno de los cónyuges deba trasladarse por motivos laborales a otra localidad alejada del hogar, o por ir a estudiar en el exterior en vista de ser beneficiario/a de una beca, o gracias a una asistencia económica privada. El inc. e) del Art. 170 también considera como abandono el incumplimiento de los deberes de asistencia ya sea para con el otro cónyuge o para con sus hijos, o que hallándose condenado a prestar alimentos se hallare en mora por más de dos meses consecutivos y no alegare justa causa.

g) *Incumplir con los deberes de asistencia para con el otro o con sus hijos, cuando fuere condenado para ello.* Aquí se incluyen los más variados hechos que violan la obligación de asistir al cónyuge, hijos o ambos. La demanda de divorcio por esta causal recién será viable, cuando haya una condena judicial previa, que obligue al cónyuge irresponsable a cumplir con su deber para el bienestar familiar.

h) *El adulterio.* Se entiende por adulterio la unión sexual de un hombre o una mujer casados con quien no es su cónyuge. Se trata, por ello de una unión sexual ilegítima, en cuanto vulnera fundamentalmente el deber de fidelidad recíproca que se deben los esposos (BOSSERT-ZANNONI, p. 335). El adulterio consiste en la relación sexual que tiene lugar de uno de los cónyuges con un tercero. El hecho afecta esencialmente el deber de fidelidad que los esposos se deben mutuamente durante la vigencia del matrimonio y su inobservancia constituye una de las causales que da lugar al pedido de divorcio. En lo que a la prueba respecta, esta causa quizás resulte ser la más difícil de probar o demostrar ("*probatio diabólica*" de los romanos), razón por la que se debe recurrir a ciertos medios o elementos que lleven al convencimiento de que el hecho ha tenido lugar. La jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, admite que se pruebe el adulterio a través de indicios y presunciones que formen en el ánimo del Juez la convicción de la existencia de la relación sexual extramarital o extramatrimonial del cónyuge infiel. En todo caso si con ello se hace imposible probar el adulterio, serviría de prueba para acreditar las injurias graves cometidas por uno de los cónyuges a los efectos de proseguir con el proceso de divorcio.

i) *Cualquier otra causa imputable al otro cónyuge, que esté fundada en motivos graves, que hacen imposible la vida en común.* Este inciso es introducido recién por la Ley N° 5422/15, debido a que la enumeración de las causales de divorcio en la Ley N° 45/91 fue taxativa. El mismo constituye una prudente solución

a la gran variedad de casos que pueden presentarse en la vida común del matrimonio, teniendo como único requisito para su procedencia *motivos graves, que hacen imposible la vida en común*. Y esta debe ser calificada por el Juez. Siendo así, se sobreentiende, que este inciso amplía la facultad discrecional del órgano jurisdiccional en la calificación de las causales de divorcio sobre las cuestiones planteadas por las partes.

**Artículo 5º.-** (modificado por Ley N° 5422/15). Los cónyuges podrán solicitar conjuntamente al Juez su divorcio vincular.

Los menores emancipados por el matrimonio, solo después de cumplida la mayoría de ambos podrán, plantear la acción.

Antes de dar trámite al juicio de divorcio por presentación conjunta, el Juez escuchará separadamente a las partes, procurando su reconciliación y fijando un plazo de treinta a sesenta días dentro del cual convocará a las partes a una audiencia para que se ratifiquen o no en su voluntad de divorciarse. En caso negativo, se archivará el expediente y, de lo contrario, se dará el trámite correspondiente al juicio.

Deberá observarse lo dispuesto en el Art. 11 de esta ley.

El divorcio por mutuo consentimiento se reputará en sus efectos como decretados por culpa de ambos cónyuges, pero el Juez podrá admitir la culpa de uno solo de los cónyuges, si existe convención en este sentido.

**Artículo 6º.-** (modificado por Ley N° 5422/15). Cuando la causal de divorcio invocada fuese la prevista en el artículo 4º, inciso d), el cónyuge solicitante del divorcio deberá prestar asistencia alimenticia de por vida cuando el afectado no cuente con medio económicos para solventar su alimentación y los gastos demandados por el tratamiento de la enfermedad. Se deberá

tener en cuenta la equidad, sobre la base de la necesidad y recursos de ambos cónyuges.

**Artículo 7°.-** (modificado por Ley N° 5422/15). El cónyuge que solicitare el divorcio fundado en la misma causal mencionada en el artículo anterior está inhabilitado para ejercer el cargo de curador del interdicto.

**Artículo 8°.-** El fallecimiento presunto decretado por el Juez autoriza al cónyuge a contraer nuevo matrimonio. La reaparición del presunto fallecido no acarrea la nulidad del nuevo matrimonio. Si reapareciere el declarado presuntamente fallecido, esto no acarreará la nulidad del segundo matrimonio, si se hubiere realizado.

**Artículo 9°.-** Los cónyuges que antes de la vigencia de la presente ley hayan obtenido sentencia que declaró la separación de cuerpos, podrán presentarse al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de turno, solicitando que se declare el divorcio con el alcance del Art. 1° de esta ley.

El mismo derecho tendrá uno de los cónyuges cuando hubiere transcurrido más de dos años de la sentencia firme.

**Artículo 10.-** Los cónyuges divorciados no podrán contraer nuevas nupcias antes de transcurridos trescientos días de haber quedado firme y ejecutoriada la sentencia respectiva.

**Artículo 11.-** Habiendo hijos menores, promovida la demanda de divorcio antes, en caso de urgencia, los cónyuges o cualquiera de ellos deberán solicitar ante el Juzgado en lo Tutelar del Menor se dicte resolución provisoria sobre:

a) Designación de las personas a quién o quiénes serán confiados los hijos del matrimonio;

b) El modo de subvenir las necesidades de los hijos;

c) La cantidad que se debe pasar a título de alimentos a los hijos;

d) El régimen provisorio de visitas;

e) Atribución del hogar conyugal. En caso de controversia, será determinado por el Juez.

**Artículo 12.-** En caso de vivienda única, propiedad de la sociedad conyugal, el cónyuge que detentare la tenencia de los hijos mientras sean menores de edad podrá oponerse a su liquidación y partición, quedando a salvo los derechos de terceros anteriores al inicio de la demanda de divorcio.

El Juez ordenará su inscripción en el registro respectivo. Este derecho cesa a la mayoría de edad de los hijos.

**Artículo 13.-** (modificado por Ley N° 5422/15) Las causas previstas en los incisos a) y b) del Art. 4°, podrán ser invocadas una vez recaída sentencia firme de condena con respecto al cónyuge.

**Artículo 14.-** La reconciliación de los esposos pone término al juicio.

**Artículo 15.-** El Ministerio Público es parte esencial en todo juicio de divorcio.

**Artículo 16.-** Ejecutoriada que fuese la sentencia de divorcio, el Juez remitirá copia de la misma a la Dirección General de Registros del Estado Civil para que ponga nota al margen de la correspondiente acta de matrimonio, expresando la fecha y el tribunal que lo declaró.

**Artículo 17.-** Será competente el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del último domicilio conyugal o del demandante, a elección del actor.

**Artículo 18.-** Promovida la demanda de divorcio, o antes de ella, en caso de urgencia, el Juez podrá, a instancia de parte, decretar la separación provisoria de los esposos; autorizar a la mujer a residir fuera del domicilio conyugal o disponer que el marido la abandone. Podrá también determinar, en caso de necesidad, los alimentos que se deben prestar a la mujer, así como las expensas para el juicio.

**Artículo 19.-** El divorcio disuelve de pleno derecho la comunidad conyugal y extingue la vocación hereditaria recíproca de los divorciados.

**Artículo 20.-** El cónyuge no declarado culpable conservará su derecho alimentario respecto del otro, pero ese derecho se extinguirá si contrae nuevo matrimonio, si vive en concubinato o incurriere en injurias graves contra el otro cónyuge. La mujer divorciada no usará el apellido del que fuera su cónyuge.

**Artículo 21.-** Para los juicios de divorcio rige el Art. 172 del Código Civil.

**Artículo 22.-** El Art. 167 del Código Civil queda redactado de la siguiente forma: El matrimonio válido celebrado en la República se disuelve por la muerte de uno de los esposos y por el divorcio vincular. Igualmente se disuelve en el caso del matrimonio celebrado por el cónyuge del declarado presuntamente fallecido.

**Artículo 23.-** Deróganse los Arts. del Código Civil, Ley 1183/85, que contradicen la presente ley y todas otras disposiciones que se opongan a esta ley.

## **5. El divorcio vincular por presentación conjunta o mutuo consentimiento.**

El Art. 5° de la Ley N° 45/91 (modificado por Ley N° 5422/15) que regula el divorcio vincular dice: *Los cónyuges podrán solicitar conjuntamente al Juez su divorcio vincular.*

Los menores emancipados por el matrimonio, solo después de cumplida la mayoría de ambos podrán plantear la acción.

Antes de dar trámite al juicio de divorcio por presentación conjunta, el Juez escuchará separadamente a las partes, procurando su reconciliación y fijando un plazo de treinta a sesenta días dentro del cual convocará a las partes a una audiencia para que se ratifiquen o no en su voluntad de divorciarse. En caso negativo, se archivará el expediente y, de lo contrario, se dará el trámite correspondiente al juicio.

Deberá observarse lo dispuesto en el Art. 11 de esta ley.

El divorcio por mutuo consentimiento se reputará en sus efectos como decretados por culpa de ambos cónyuges, pero el Juez podrá admitir la culpa de uno solo de los cónyuges si existe convención en este sentido.

Como vemos, el único requisito exigido por la Ley N° 45/91 para la promoción del divorcio vincular en forma conjunta y consensual (plazo de tres años como mínimo de vida marital), fue eliminado por la Ley N° 5422/15. Siendo así, los cónyuges podrán solicitar conjuntamente, en cualquier momento, al Juez su divorcio vincular, sin necesidad de cumplir plazo de vida marital alguno.

En cuanto a los emancipados por el matrimonio, la Ley N° 45/91 establece que deberán, ambos esposos, adquirir la mayoría de edad para poder petitionar el divorcio vincular en forma consensual. Es decir, si uno de los cónyuges adquiere la mayo-



ridad antes que el otro, este no podrá peticionar el divorcio por mutuo consentimiento, ya que es requisito primordial el asentimiento de ambos cónyuges plenamente capaces.

En cuanto a los trámites del juicio de divorcio por mutuo consentimiento, las partes pueden comparecer personalmente o por apoderado. El escrito de demanda debe estar firmado por ambos cónyuges y acompañado de las documentaciones correspondientes (certificado de matrimonio). Antes de dar trámite al juicio de divorcio, el Juez deberá escuchar en forma separada a las partes (cónyuges) a fin de procurar su reconciliación. Las audiencias tienen carácter personalísimo, por lo que no es posible la comparecencia del apoderado. El Juez convocará nuevamente a las partes a una audiencia dentro del plazo de treinta a sesenta días, a fin de que los cónyuges se ratifiquen o no en su voluntad de divorciarse y si así fuere se dará lugar al trámite de divorcio vincular por mutuo consentimiento. Si cualquiera de los cónyuges o ambos guardare silencio, no reiterasen su voluntad de divorciarse, o simplemente se ausentaren en el día de la audiencia, el Juez no hará lugar al pedido de divorcio y se archivará el expediente.

En cuanto a la culpabilidad, el Art. 5º, *in fine*, dice: “*El divorcio por mutuo consentimiento se reputará en sus efectos como decretado por culpa de ambos cónyuges, pero el Juez podrá admitir la culpa de uno solo de los cónyuges si existe convención en este sentido*”. En caso de que la culpa recaiga sobre ambos cónyuges, las costas en el juicio deberán imponerse en el orden causado, no así si la culpabilidad recayere sobre una de las partes, ya que esta deberá asumir todas las cargas del juicio.

## **6. Requisitos y procedimientos. Ley N° 45/91.**

**Artículo 2º.-** La iniciación del juicio de divorcio implica igualmente la iniciación del juicio de disolución y liquidación de la comunidad de los bienes de los esposos, por cuerda sepa-

rada y por el procedimiento pertinente. Será competente el mismo Juez.

**Artículo 3º.-** La ley del domicilio conyugal rige el divorcio vincular.

**Artículo 5º.-** Los cónyuges podrán solicitar conjuntamente al Juez su divorcio vincular.

Los menores emancipados por el matrimonio, solo después de cumplida la mayoría de ambos podrán, plantear la acción.

Antes de dar trámite al juicio de divorcio por presentación conjunta, el Juez escuchará separadamente a las partes, procurando su reconciliación y fijando un plazo de treinta a sesenta días dentro del cual convocará a las partes a una audiencia para que se ratifiquen o no en su voluntad de divorciarse. En caso negativo, se archivará el expediente y, de lo contrario, se dará el trámite correspondiente al juicio.

Deberá observarse lo dispuesto en el Artículo 11 de esta ley.

El divorcio por mutuo consentimiento se reputará en sus efectos como decretados por culpa de ambos cónyuges, pero el Juez podrá admitir la culpa de uno solo de los cónyuges si existe convención en este sentido.

## **7. Efectos.**

**Artículo 19.-** El divorcio disuelve de pleno derecho la comunidad conyugal y extingue la vocación hereditaria recíproca de los divorciados.

**Artículo 1º.-** Esta ley establece el divorcio que disuelve el vínculo matrimonial y habilita a los cónyuges divorciados a

contraer nuevas nupcias. No hay divorcio sin sentencia judicial que así lo decrete.

– *Disolución del vínculo matrimonial*: El efecto o derivación inmediata que deviene del divorcio constituye la disolución del vínculo matrimonial. Merced a ello los divorciados se hallan nuevamente habilitados para contraer nuevas nupcias. Sin embargo, existe un obstáculo que puede dilatar o extender el plazo para llevar a cabo las nuevas nupcias, pues el Artículo 10 de la Ley N° 45/91 expresamente preceptúa que los cónyuges divorciados no podrán contraer nuevas nupcias antes de transcurridos trescientos días de haber quedado firme y ejecutoriada la sentencia respectiva. Luego de dicho plazo, los cónyuges divorciados, podrán contraer nuevo matrimonio.

– *Disolución de la comunidad conyugal y cese de la vocación hereditaria entre cónyuges*: El divorcio disuelve de pleno derecho la comunidad conyugal y extingue la vocación hereditaria recíproca de los divorciados (Art. 19 de la Ley N° 45/91). Este artículo es una lógica consecuencia de lo que es el divorcio vincular, vale decir, presupone la ruptura del vínculo matrimonial, por tanto, es natural que la COMUNIDAD DE GANANCIAS TAMBIÉN SE EXTINGA Y TERMINE LA VOCACIÓN HEREDITARIA ENTRE LOS CÓNYUGES.

– *Pérdida del derecho de la mujer a usar el apellido del marido*: Debemos tener en cuenta que el uso por la mujer del apellido del marido es una OPCIÓN y no una obligación conforme lo establece el Art. 10 de la Ley N° 1/92. En caso que la mujer haya optado durante la vigencia del matrimonio usar el apellido del marido, una vez decretado el divorcio este derecho se pierde como consecuencia de la ruptura del vínculo matrimonial. Pero, en caso que la mujer en ejercicio de la profesión, comercio, etc., haya alcanzado notoriedad o fama, podrá en virtud a un acuerdo expreso del ex cónyuge, permitir que la mujer continúe usando su apellido.

– *Domicilio de los cónyuges*: Una vez decretado el divorcio vincular cada una de las partes puede fijar libremente su residencia. En caso del cónyuge inocente en el juicio de divorcio, o el cónyuge enfermo, o la existencia de hijos menores de edad que residan en el domicilio conyugal con uno de los progenitores, la normativa legal los protege a través de la posibilidad de seguir ocupando la vivienda familiar. Esto se da, siempre y cuando no existan otros bienes inmuebles gananciales que permitan solucionar el inconveniente de la residencia o vivienda familiar.

#### **8. El divorcio vincular por una de las causales establecidas en la ley: ¿Cuáles son estas causales?**

**Artículo 4º.-** Son causales del divorcio (modificado por Ley 5422/15):

a) Cometer un hecho punible, ya sea como autor, partícipe o instigador, contra el otro cónyuge o de los hijos, sean o no comunes;

b) Instigar al otro cónyuge a cometer hechos punibles;

c) Realizar injurias graves contra el otro cónyuge, la que se entiende como toda acción u omisión imputable que ofende directa o indirectamente al otro en sus afecciones legítimas de marido y mujer;

d) La interdicción declarada judicialmente;

e) El estado habitual de embriaguez o el uso reiterado de drogas estupefacientes cuando hicieren insoportable la vida conyugal, así como el juego de azar cuando amenace la ruina familiar;

f) El abandono voluntario del hogar o separación de hecho por el plazo de un año;

g) Incumplir con los deberes de asistencia para con el otro o con sus hijos, cuando fuere condenado para ello;

h) El adulterio;

i) Cualquier otra causa imputable al otro cónyuge, que esté fundada en motivos graves, que hacen imposible la vida en común.

### 9. Procedimiento.

El divorcio fundado en algunas de las causales del Art. 4° de la Ley N° 45/91 se encuentra regulado por el procedimiento ordinario.

– **Competencia:** Será competente el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del último domicilio conyugal o el del demandante a elección del actor Art. 17 de la Ley N° 45/91.

– **Partes en el juicio:** Es obvio que las partes en todo juicio de divorcio son los cónyuges. El Ministerio Público también es parte esencial en todo juicio de divorcio.

– **Pruebas:** Todos los medios de prueba son admitidos a los efectos de acreditar las causas invocadas, con excepción de la confesión y el testimonio de los ascendientes y descendientes de los cónyuges (Art. 21 de la Ley N° 45/91).

– **Medidas provisionarias:** El Art. 18 de la Ley N° 45/91 establece ciertas medidas que el Juez puede tomar antes o durante la tramitación del juicio y dice: *“Promovida la demanda de divorcio, o antes de ella, en caso de urgencia, el Juez podrá a instancia de parte, decretar la separación provisoria de los esposos; autorizar a la mujer a residir fuera del domicilio conyugal o disponer que el marido abandone. Podrá también determinar, en caso de necesidad, los ali-*

*mentos que se debe prestar a la mujer, así como las expensas para el juicio”.*

– **Sentencia:** Si el divorcio vincular se da como consecuencia de una de las causales previstas en el Art. 4 de la Ley N° 45/91 (modificado por Ley N° 5422/15), debe hacer referencia a la culpabilidad de uno o de ambos cónyuges. Una vez firme la sentencia de divorcio, el Juez debe remitir copia de dicha resolución judicial a la Dirección General del Registro del Estado Civil.

## 10. Efectos.

**Artículo 19.-** El divorcio disuelve de pleno derecho la comunidad conyugal y extingue la vocación hereditaria recíproca de los divorciados.

**Artículo 1°.-** Esta ley establece el divorcio que disuelve el vínculo matrimonial y habilita a los cónyuges divorciados a contraer nuevas nupcias. No hay divorcio sin sentencia judicial que así lo decrete.

– **Disolución del vínculo matrimonial:** El efecto o derivación inmediata que deviene del divorcio constituye la disolución del vínculo matrimonial. Merced a ello los divorciados se hallan nuevamente habilitados para contraer nuevas nupcias. Sin embargo, existe un obstáculo que puede dilatar o extender el plazo para llevar a cabo las nuevas nupcias, pues el Art. 10 de la Ley N° 45/91 expresamente preceptúa que los cónyuges divorciados no podrán contraer nuevas nupcias antes de transcurridos trescientos días de haber quedado firme y ejecutoriada la sentencia respectiva. Luego de dicho plazo, los cónyuges divorciados, podrán contraer nuevo matrimonio.

– **Disolución de la comunidad conyugal y cese de la vocación hereditaria entre cónyuges:** El divorcio disuelve de pleno derecho la comunidad conyugal y extingue la vocación heredi-

taria reciproca de los divorciados (Art. 19 de la Ley N° 45/91). Este artículo es una lógica consecuencia de lo que es el divorcio vincular, vale decir, presupone la ruptura del vínculo matrimonial; por tanto, es natural que la COMUNIDAD DE GANANCIAS TAMBIÉN SE EXTINGA Y TERMINE LA VOCACIÓN HEREDITARIA ENTRE LOS CÓNYUGES.

– *Pérdida del derecho de la mujer a usar el apellido del marido:* Debemos tener en cuenta que el uso por la mujer del apellido del marido es una OPCIÓN y no una obligación conforme lo establece el Art. 10 de la Ley N° 1/92. En caso de que la mujer haya optado durante la vigencia del matrimonio usar el apellido del marido, una vez decretado el divorcio este derecho se pierde como consecuencia de la ruptura del vínculo matrimonial. Pero, en caso de que la mujer en ejercicio de la profesión, comercio, etc., haya alcanzado notoriedad o fama, podrá en virtud a un acuerdo expreso del ex cónyuge, permitir que la mujer continúe usando su apellido.

– *Domicilio de los cónyuges:* Una vez decretado el divorcio vincular cada una de las partes puede fijar libremente su residencia. En caso del cónyuge inocente en el juicio de divorcio, o el cónyuge enfermo, o la existencia de hijos menores de edad que residan en el domicilio conyugal con uno de los progenitores, la normativa legal los protege a través de la posibilidad de seguir ocupando la vivienda familiar. Esto se da, siempre y cuando no existan otros bienes inmuebles gananciales que permitan solucionar el inconveniente de la residencia o vivienda familiar.

## **11. Conversión de la separación de cuerpos en divorcio vincular.**

**Artículo 9.-** Los cónyuges que antes de la vigencia de la presente ley hayan obtenido sentencia que declaró la separación de cuerpos, podrán presentarse al Juzgado de Primera Instancia

en lo Civil y Comercial de turno solicitando que se declare el divorcio con el alcance del Art. 1° de esta ley.

El mismo derecho tendrá uno de los cónyuges cuando hubieren transcurrido más de dos años de la sentencia firme.

Del presente artículo se desprenden dos hipótesis:

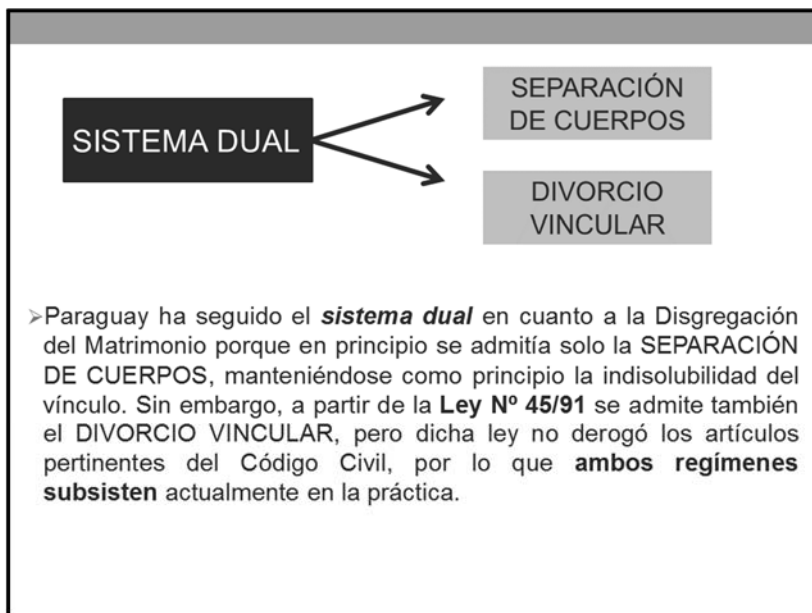
1. La posibilidad de presentarse en forma conjunta –con la sentencia que declaró la separación judicial de cuerpos– a petitionar el divorcio vincular. En este punto el artículo omite referirse al transcurso del tiempo dentro del cual los cónyuges podrán petitionar el divorcio vincular, por lo que pensamos que una vez que obtengan la sentencia de separación judicial de cuerpos, podrán en forma *conjunta* petitionar su divorcio vincular.

2. El derecho que tiene uno de los cónyuges a petitionar el divorcio vincular. Esta posibilidad está condicionada al transcurso del tiempo, es decir, cuando hubieren transcurrido más de dos años de la sentencia firme. La sentencia a que hacemos referencia en este punto es la que decretó la separación judicial de cuerpos y en virtud del cual, cualquiera de los cónyuges sin conformidad del otro podrá solicitar la conversión de la separación judicial de cuerpos en divorcio vincular.



# DIVORCIO Y SEPARACIÓN JUDICIAL DE CUERPOS

---



►Paraguay ha seguido el **sistema dual** en cuanto a la Disgregación del Matrimonio porque en principio se admitía solo la SEPARACIÓN DE CUERPOS, manteniéndose como principio la indisolubilidad del vínculo. Sin embargo, a partir de la **Ley N° 45/91** se admite también el DIVORCIO VINCULAR, pero dicha ley no derogó los artículos pertinentes del Código Civil, por lo que **ambos regímenes subsisten** actualmente en la práctica.

### Causas de la extinción del vínculo matrimonial

- **DISOLUCIÓN:** Determina la cesación en todos los efectos del matrimonio y, por lo tanto, la extinción del vínculo matrimonial
  1. Muerte
  2. Divorcio Vincular
  3. Nulidad o Anulabilidad
  4. Presunción de fallecimiento: Art. 8 Ley 45/91
  5. “Difuminación” del vínculo: la separación judicial: No extingue el vínculo sino que es una causa de suspensión en forma temporaria de algunos de los deberes del matrimonio, en especial el de la cohabitación.

## DIVORCIO

- Proviene del latín *divertere* que significan separar.
- Existen 2 tipos de divorcio reconocidos en el derecho comparado:
  - 1- El divorcio vincular o *ad vinculum*, o absoluto, que implica la ruptura del vínculo matrimonial y posibilita que los cónyuges puedan contraer nuevas nupcias; y,
  - 2- El divorcio relativo o *quo ad thorum et mensam*, que significa la simple separación judicial de cuerpos

## SEPARACIÓN JUDICIAL DE CUERPOS

- Consiste en la cesación de un deber establecido para el matrimonio, el de la cohabitación, pero queda subsistente el vínculo, así como también los otros deberes derivados de la unión matrimonial.
- Puede ser planteada:
  - De común acuerdo entre los cónyuges, en presentación conjunta: **Separación voluntaria (Arts. 167, 168 y 169 C.C.);** o,
  - De no haber acuerdo, separadamente por cada uno de ellos invocando una de las causales establecidas en el Código: **Separación contenciosa (Arts. 170 al 174 C.C.)**
- Hijos menores → Juez de la N. y A. (Art. 175 C.C.)
- Cesación de la Separación (Art. 176 C.C.)

## DIVORCIO VINCULAR

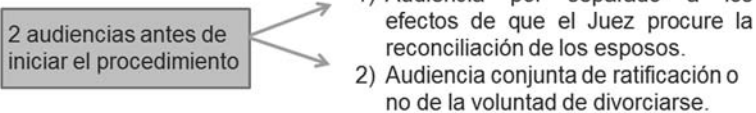
### • LEY 45/91

- Disuelve el vínculo matrimonial y habilita a los cónyuges a contraer nuevas nupcias. No hay divorcio sin sentencia judicial que así lo declare.
- La demanda de Divorcio lleva implícita la demanda de Disolución y Liquidación de la Comunidad de Bienes entre los esposos. El mismo Juez deberá entender en ambos juicios.
- La Acción de Divorcio debe iniciarse en el lugar del DOMICILIO CONYUGAL, ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de turno.
- El Ministerio Público es parte esencial en todo juicio de divorcio.
- La reconciliación de los esposos pone término al juicio.
- Existen 2 tipos de Divorcio Vincular: Por presentación conjunta y debido a una causal.

## DIVORCIO POR PRESENTACION CONJUNTA (DIVORCIO VOLUNTARIO)

- Art 5 Ley 45/91
- Plazo para iniciar la acción: Al transcurrir 3 años de la celebración del matrimonio.
- No deben expresar las causas ante el Juez.
- Audiencia de conciliación:
  - 1) Audiencia por separado a los efectos de que el Juez procure la reconciliación de los esposos.
  - 2) Audiencia conjunta de ratificación o no de la voluntad de divorciarse.

2 audiencias antes de iniciar el procedimiento



## DIVORCIO POR LAS CAUSALES PREVISTAS EN LA LEY (DIVORCIO CONTROVERTIDO)

- No existe plazo para iniciar la acción.
- La acción se inicia individualmente por el cónyuge afectado por una de las causales previstas.
- El juicio de Divorcio es de conocimiento ordinario.

### • **CAUSALES:** (Art. 4 – Ley 45/91)

1. Atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro
2. La conducta inmoral de uno de los cónyuges o su incitación al otro a cometer adulterio, prostitución u otros vicios o delitos
3. La sevicia, malos tratamientos y las injurias graves
4. El estado habitual de embriaguez, el uso reiterado de drogas estupefacientes, cuando hiciere insoportable la vida conyugal, así como el juego de azar cuando amenace la vida conyugal
5. La enfermedad mental permanente y grave, declarada judicialmente
6. El abandono voluntario y malicioso del hogar por cualquiera de los cónyuges o incumplimiento de los deberes de asistencia para con el otro o sus hijos
7. El adulterio
8. La separación de hecho por más de un año sin voluntad de unirse de cualquiera de los cónyuges





## CAPÍTULO X

# NULIDAD DEL MATRIMONIO

*Sumario:* 1. Concepto. - 2. Clasificación de las nulidades matrimoniales. - 3. Enumeración de las causales. - 4. Los vicios del consentimiento. ¿Cuáles son? - 5. La impotencia. - 6. Clases. - 7. ¿A cuál se refiere el Código? - 8. ¿Cómo se prueba la impotencia? - 9. Plazo dentro del cual se podrá reclamar la acción de nulidad por vicio del consentimiento. - 10. Efectos de la nulidad del matrimonio. - 11. La teoría del matrimonio putativo. Concepto. - 12. Casos. Establecidos en la ley: Ambos cónyuges de buena fe, uno de buena fe y ambos de mala fe. - 13. Efectos con relación a los hijos y a los terceros.

### 1. Concepto.

**Nulidad** “es la sanción legal por medio de la cual se priva a un acto jurídico de sus efectos normales, por contravenir el ordenamiento jurídico al momento de su formación o celebración” (BORDA, p. 403).

Nuestro Código Civil consagra el principio de la especialidad en su Art. 177 estableciendo que la nulidad del matrimonio solo puede ser declarada por las causas establecidas en su capítulo correspondiente, este principio significa una autonomía del régimen aplicable a las nulidades matrimoniales y la consiguiente inaplicabilidad de la teoría general de la nulidad de los actos jurídicos.

Como lo señalan GUSTAVO BOSSERT y EDUARDO ZANNONI, en la teoría de la especialidad actúa un principio trascenden-

tal que, implícito en nuestra tradición jurídica, debe considerarse. Es el principio del *favor matrimonii*, clásico en el derecho canónico y, para nosotros, de interpretación Rectora en una adecuada hermenéutica.

El *favor matrimonii* significa la actitud o predisposición del legislador a conceder un trato especial de protección al matrimonio en orden a la conservación de su esencia y mantenimiento de sus finalidades. Debe entenderse, pues, que el legislador, al establecer los supuestos de nulidad del matrimonio, su alegación, sus efectos, etc., lo hace en consideración *especial* a la naturaleza de la unión matrimonial y, sobre todo, teniendo en cuenta que la nulidad puede acarrear la disolución de la familia, la colocación de los esposos en calidad de concubinos y la filiación extramatrimonial de los hijos nacidos de la unión (BOSERT-ZANNONI, p. 161).

La nulidad del matrimonio tiene lugar cuando el mismo ha sido celebrado en violación de expresas disposiciones legales. En efecto, para que del matrimonio sea considerado válido, es menester que los futuros contrayentes no se hallen comprendidos dentro de las causales de nulidad establecidas en el código o no exista entre ellos ningún impedimento para la celebración del matrimonio. Si bien sostenemos que el matrimonio es una institución con caracteres peculiares y distintos a las demás instituciones jurídicas, es necesario que, para su validez, se cumplan con todos los requisitos legales que son necesarios al momento de su celebración.

Ahora bien, si las partes carecen de capacidad para contraer matrimonio, si no cumplen con las formalidades solemnes del acto matrimonial, o si existiese algún vicio del consentimiento, el acto jurídico matrimonial no tendrá validez y se dará lugar a la nulidad del matrimonio, esto implica la privación de los efectos propios de un matrimonio válido, pudiendo solo ser decretada por un Juez competente.



## 2. Clasificación de las nulidades matrimoniales.

Nuestro Código Civil clasifica las nulidades de los actos jurídicos en nulos y anulables, los actos nulos no producen efectos, a diferencia de los anulables que se reputarán válidos mientras no sean anulados por sentencia judicial, Art. 356 del Código Civil.

La primera distinción encontramos en el Art. 356 del C.C. al decir: “Los **actos nulos** no producen efectos, aunque su nulidad no haya sido juzgada, salvo que la causa de la nulidad no aparezca en el acto, en cuyo caso deberá comprobarse judicialmente”. Con respecto a los actos anulables dice: “Los **actos anulables** se reputarán válidos mientras no sean anulados, y solo se tendrán por tales una vez pronunciada la sentencia”. Siguiendo la clasificación de VÉLEZ y las enseñanzas de LLAMBÍAS, habrá acto nulo (vicio rígido, insusceptible de más o de menos, existe en la misma dosis, en todos los actos de la misma especie). En los actos anulables (causa fluida de invalidez, indefinida, susceptible de más o de menos, ligadas a las circunstancias concretas que condicionan efectivamente la realización del acto).

El Art. 359 del C.C. con respecto a los actos nulos, dice: “Cuando el **acto es nulo**, su nulidad debe ser declarada de oficio por el Juez, si aparece manifiesta en el acto. El Ministerio Público y todos los interesados tendrán derecho para alegarla. Cuando el **acto es anulable**, no podrá procederse sino a instancia de las personas designadas por la ley. El Ministerio Público podrá hacerlo, cuando afectare a incapaces o menores emancipados. Claramente se puede decir que la nulidad es la falta de valor jurídico de un acto; en consecuencia, sus efectos se retrotraen.

Los actos NULOS presentan las siguientes características:

- No producen efectos.

- Son inconfirmables.
- Imprescriptibles.
- Pueden ser declarado a pedido del Ministerio Público y de los interesados.

Los actos ANULABLES presentan las siguientes características;

- Producen efectos mientras no sean anulados.
- Son confirmables.
- Tienen plazo de caducidad.
- Sólo pueden ser declarados a instancia de parte.

### **3. Enumeración de las causales de nulidad del matrimonio.**

**Art. 179.-** El matrimonio es nulo:

- a) Cuando se realiza con alguno de los impedimentos establecidos en los Arts. 140, 141 y 142; y
- b) Cuando se ha contraído entre personas del mismo sexo.

Los Arts. 140, 141 y 142;

**Art. 140.-** No pueden contraer matrimonio entre sí:

- a) Los ascendientes y descendientes en línea recta;
- b) Los hermanos;
- c) Los parientes afines en línea recta;
- d) El adoptante y sus descendientes con el adoptado y sus descendientes;

e) El adoptado con el cónyuge del adoptante, ni éste con el cónyuge de aquél.

f) Los hijos adoptivos del mismo adoptante entres sí; y

g) Las personas del mismo sexo.

Como vemos este artículo hace referencia a los impedimentos de parentesco por consanguinidad en los grados prohibidos, parentesco por adopción y personas del mismo sexo. En estos casos la nulidad del matrimonio no solo atañe al interés de las partes sino también al orden público, a la moral y a las buenas costumbres.

**Art. 141.-** No puede contraer matrimonio quien está vinculado por un matrimonio anterior.

En nuestro país rige el principio del matrimonio monogámico, es decir, la unión de un hombre con una mujer. Mientras no exista una sentencia que declare el divorcio vincular entre los cónyuges, estos no pueden volver a contraer nupcias. En cuanto a la prueba, ésta se acredita con el certificado de matrimonio o libreta de familia.

**Art. 142.-** No pueden contraer matrimonio entre sí las personas de las cuales una ha sido condenada como autor o cómplice de homicidio consumado, frustrado o tentado del cónyuge de la otra. La instrucción del juicio criminal suspende la celebración del matrimonio.

Este artículo podría ser considerado como una sanción para aquellas personas que han actuado en forma dolosa, como autor, cómplice o instigador de homicidio contra el cónyuge de la otra. Es importante aclarar la existencia fundamental del "dolo" que, si bien el artículo no hace referencia, creemos, que la intención de dañar, perjudicar o eliminar a una persona hace al hecho mucho más grave con relación a un accidente u homicidio culposo.

**Art. 181.-** El matrimonio es anulable:

a) Si fuese celebrado por cualquiera de los esposos con el impedimento del Artículo 143 (El Art. 143 C.C. dice: *“No puede contraer matrimonio el interdicto por enfermedad mental, ni el que por cualquier causa hubiere perdido el uso de su razón que le suma en inconsciencia, aunque sea pasajera”*).

Si al tiempo de la celebración del matrimonio, existía ya sentencia de interdicción pasada en autoridad de cosa juzgada, o bien si la interdicción se hubiere pronunciado posteriormente, pero existiendo la enfermedad mental en el momento del matrimonio, la impugnación podrá ser removida por el curador del interdicto, o por los que hubieren podido oponerse al matrimonio. La acción no podrá ser promovida si después de revocada la interdicción, los esposos han hecho vida marital. En este caso la nulidad podrá ser demandada por los que podrían oponerse a la celebración del matrimonio o por el curador del interdicto en su caso, e incluso por el mismo insano cuando recobrase la razón si no existe cohabitación al tiempo del pedido de nulidad. Así mismo el otro cónyuge también podrá pedir la declaración de nulidad cuando ignoraba la incapacidad al tiempo de la celebración del matrimonio.

b) Cuando alguno de los contrayentes no tiene la edad mínima exigida por la Ley. La anulación podrá demandarse por la persona que podría oponerse a la celebración. El derecho a la impugnación se extinguirá desde que el menor haya cumplido la mayoría de edad, y tratándose de la mujer siempre que ésta haya concebido. Si la impugnación se hubiere intentado antes, el juicio se sobreseerá;

c) Si el consentimiento de uno de los contrayentes estuviese viciado por dolo, violencia o error sobre la identidad de la persona del otro cónyuge;

d) Por causa de impotencia permanente, absoluta o relativa, existente al tiempo de celebrarse el matrimonio; La acción puede ser promovida por cualquiera de los cónyuges; y

e) Cuando el matrimonio no ha sido realizado con las formas y solemnidades prescriptas. La inobservancia de éstas no podrá alegarse contra la validez del matrimonio, si existiesen el acta de su celebración y la posesión de estado.

#### 4. Los vicios del consentimiento.

El **consentimiento**, para ser válido, debe ser expresado con **discernimiento, intención y libertad**. De ahí que el ERROR, EL DOLO Y LA VIOLENCIA afectan aquellos elementos internos de la voluntad, por lo tanto, vician los actos jurídicos. Naturalmente, estos principios son aplicables al matrimonio como a todo otro acto jurídico.

Conviene referirnos en forma particular a cada uno de los vicios mencionados precedentemente y que afectan directamente a las relaciones matrimoniales.

Los vicios del consentimiento son aquellos que inciden directamente sobre la voluntad de una de las partes al momento de la celebración del matrimonio y en virtud del cual se puede reclamar la anulabilidad del mismo, si se probare que quien lo sufrió, no hubiese consentido el matrimonio en tales circunstancias.

El Art. 5° de la Ley N° 1/92 prescribe que no habrá matrimonio sin consentimiento libremente expresado. Para que el consentimiento sea declarado válido, debe estar libre y exento de vicios.

Prescribe el Art. 181 del Código Civil en su inciso c) que el matrimonio será pasible de anulación si el consentimiento de

uno de los contrayentes estuviese viciado por dolo, violencia o error sobre la identidad de la persona del otro cónyuge.

El acto viciado por error o dolo afectan al elemento intención, y el viciado con violencia afecta la libertad (Art. 356 del Código Civil).

#### 4.1. ¿Cuáles son los vicios del consentimiento?

Los vicios del consentimiento son;

a) **Dolo:** Es toda aserción falsa o disimulación de lo verdadero, cualquier astucia, artificio o maquinación que se emplee con ese fin. Las reglas se aplicarán igualmente a las omisiones dolosas Art. 290 del Código Civil.

El Art. 291 del C.C. hace referencia al tema al decir: *“Para que el dolo cause la nulidad del acto se requiere que haya determinado la declaración de voluntad y que ocasione daño”*.

Art. 292 C.C.: *“El dolo afectara la validez de los actos, sea que provenga de las partes o de un tercero”*.

Según la teoría clásica del consentimiento, el dolo da lugar a la anulación del acto porque origina un error en la otra parte. El fundamento de la nulidad de los actos viciados por dolo es el hecho ilícito. La ley no puede proteger un proceder engañoso y de mala fe.

A propósito, el Código Civil paraguayo en su Art. 715 al tratar de las convenciones hechas en los contratos, expresa en una de sus partes, que las mismas *“deben ser cumplidas de buena fe”* caso contrario el acto es anulable.

Ahora bien, ¿cuándo el dolo debe reputarse grave y determinante? Según la doctrina y la jurisprudencia, cuando recae sobre la identidad física o civil del sujeto. Ej. Persona que falsifica sus papeles o sustrae lo que corresponde a otra persona y se

apropia del mismo, también las relacionadas con las cualidades morales. Ej. Si mediara una condena y se hace pasar como persona de antecedentes irreprochables, procede la nulidad. En fin, lo que se penaliza con la nulidad del acto matrimonial es la mala fe de uno de los contrayentes o excepcionalmente por ambos como se da en los casos de matrimonios de conveniencia que se realizan en forma predeterminada y con un fin de interés particular.

b) **Violencia:** RÍOS AVALOS, 1995, lo define como *“toda coacción de carácter físico o moral, enderezada a obtener una declaración de voluntad por influjo de la fuerza”* (p. 239).

El Art. 293 del Código Civil expresa: *“Habrá falta de libertad cuando se empleare contra él fuerza irresistible. Se juzgará que hubo intimidación cuando por injustas amenazas alguien causare al agente temor fundado de sufrir cualquier mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o en la de su cónyuge, descendientes, ascendientes o parientes colaterales.*

*Si se tratare de otras personas, corresponderá al Juez decidir si ha existido intimidación, según sea la circunstancia”.*

Según el Prof. DE GÁSPERI, recuerda el Dr. PANGRAZIO, en su comentario al Código Civil, *“la violencia que las escuelas llaman ‘fuerza, miedo o intimidación’ es toda coacción grave, irresistible e injusta ejercida sobre una persona razonable con el objeto de determinarla, contra su voluntad, a aceptar una obligación o a cumplir una prestación dada”.*

Por su parte, el Prof. MIGUEL ÁNGEL PANGRAZIO, en su comentario señala que *“la violencia es la acción física o moral ejercida contra una persona para imponerle una declaración contraria a su voluntad”.* *La violencia es uno de los vicios que anula el acto jurídico”* (p. 259).

c) **Error:** “Es la falsa noción que se tiene de una cosa” (RÍOS AVALOS, 218). Siguiendo lo que expresa el Prof. GUILLERMO BORDA: “La idea de que el error puede originar la anulación de los actos jurídicos suscita problemas particularmente delicados en lo que atañe al *matrimonio*” (BORDA, p. 45). Más adelante sigue diciendo que en la legislación comparada y en la doctrina se han seguido dos sistemas distintos: A) Según el primero, solo el error que recae sobre la identidad física o civil del contrayente puede dar lugar a la nulidad; y B) El segundo sistema sostiene que también debe anularse el matrimonio cuando el error ha recaído sobre cualidades esenciales de la persona. Sobre el punto se remite al Código brasileño en el que se describen los hechos que pueden motivar la nulidad del matrimonio. Así, por ejemplo, el error puede recaer sobre la identidad del otro cónyuge como sobre la honra y la buena fama, la salud física irremediablemente grave y trasmisible por contagio o herencia capaz de poner en riesgo la salud del otro cónyuge o de la descendencia, etc.

Existen sin embargo legislaciones que adoptan un sistema más restrictivo. Así señala, que el error sobre la identidad física del individuo o de su persona civil vicia el consentimiento. Sin embargo, a renglón seguido manifiesta que difícilmente pueda plantearse la nulidad del matrimonio por error respecto a la identidad física de las partes por cuanto que los contrayentes debieron presentar sus documentos personales, informando acerca de la profesión, del domicilio, filiación, y de otros datos particulares que identifique debidamente a los contrayentes ante el Oficial Público encargado de registrar en el acta matrimonial.

En sentido amplio podemos definir como el falso conocimiento o noción equivocada que se tiene a cerca de una cosa. En cuanto a las personas, el error debe recaer sobre la identidad de las mismas conforme al inciso c) del Art. 181 del Código Civil que reza: “*Si el consentimiento de uno de los contrayentes estuviese*



*viciado por dolo, violencia o error sobre la identidad de la persona del otro cónyuge*” Es decir, si queriendo contraer nupcias Pedro, lo hago con Juan.

### **5. La impotencia. Clases.**

La impotencia reviste carácter jurídico cuando se lo define como la imposibilidad de concretar el acto sexual o como la imposibilidad de procrear, a la primera se lo conoce como *coendi* y a la segunda como *generandi*.

La impotencia consiste en el impedimento de uno o de ambos cónyuges para mantener relaciones sexuales entre sí. El C.C. hace referencia a este punto en el inc. d) del Art. 181 al regular la anulabilidad de un matrimonio “*por causa de impotencia permanente, absoluta o relativa, existente al tiempo de celebrarse el matrimonio*”.

#### **Caracteres de la impotencia.**

– ***Impotencia permanente:*** Ya que no existen intervalos, en virtud del cual, el cónyuge pueda mantener relaciones sexuales dentro del matrimonio.

– ***Absoluta:*** La impotencia es absoluta cuando la persona que lo sufre no puede mantener relaciones sexuales no solo con su cónyuge, sino con cualquier otra persona.

– ***Relativa:*** Cuando la imposibilidad se manifiesta al momento de las relaciones sexuales con su cónyuge, más no con terceras personas.

Pensamos que nuestro código hace referencia a la *impotencia coendi*, ya que la imposibilidad de mantener relaciones sexuales entre cónyuges es una de las causales de la anulabilidad, por no cumplirse con uno de los deberes dentro del matrimonio. Si bien la impotencia es una de las causales de la anu-

labilidad del matrimonio, no se lo considera como un impedimento para la celebración del mismo, ya que la ley no hace referencia a ese respecto. Tampoco hace referencia a la anulabilidad de un matrimonio por *impotencia generandi*, es decir, por la incapacidad de reproducción ya sea de uno solo o de ambos cónyuges. La acción puede ser promovida por cualquiera de los cónyuges conforme al Art. 181 inc. d) del Código Civil, la norma no hace referencia a un plazo dentro del cual cualquiera de los cónyuges puede petitionar la nulidad del matrimonio por esta causa, por lo que pensamos que puede ser intentada en cualquier momento y en vida de los cónyuges. Por otra parte, de conformidad a lo ordenado en el Art. 659 inc. e), podemos mencionar que prescribe a los 10 años.

### **7. ¿A cuál se refiere el Código?**

Nuestro código se ocupa de la *impotencia coendi* estableciendo en su Art. 181 inciso d) como causa de anulación del matrimonio, debiendo esta tener las siguientes características;

- a) Permanente:
- b) Absoluta o relativa:
- c) Existente al tiempo de celebrarse el matrimonio:

### **8. ¿Cómo se prueba la impotencia?**

La impotencia debe ser probada a través de una pericia médica a la que debe ser sometido el o los cónyuges. En caso de negativa del cónyuge y de la imposibilidad de la intervención de la fuerza pública para la realización de los exámenes, se tendrán por ciertas las aseveraciones del otro cónyuge sobre la existencia de la impotencia. Esta prueba podrá ir acompañada por otras pruebas indirectas o presunciones.

Con respecto a la confesión, el Prof. MORENO RUFFINELLI sostiene que no debe admitirse porque sería una forma de burlar las disposiciones de la ley al abrir puertas clandestinas para buscar este efecto (anulabilidad).

### **9. Plazo dentro del cual se podrá reclamar la acción de nulidad por vicio del consentimiento.**

**Art. 182** del C.C.- La acción de nulidad por vicio del consentimiento solo podrá intentarse dentro de los sesenta días desde que se conoció el error o cesó la violencia, y, en el supuesto de raptó, desde que la víctima recuperó su libertad.

**Art. 633** del C.C.- Todo aquel que estuviere obligado al cumplimiento de un hecho o a abstenerse de él, podrá eximirse de su obligación fundada en transcurso del tiempo, conforme con las disposiciones de este Código. No estarán sometidos a prescripción extintiva los derechos derivados de las relaciones de familia.

**Art. 634** del C.C.- Los derechos que en virtud de la ley o del acto jurídico constitutivo solo existan por tiempo determinado o deban ser ejercidos dentro de él, no están sujetos a prescripción. Caducar por el vencimiento del plazo si no se dedujere la acción o se ejerciere el derecho.

### **10. Efectos de la nulidad del matrimonio. La teoría del matrimonio putativo. Concepto.**

La noción de matrimonio putativo tiene su origen en el derecho canónico, y constituye una creación tendiente a regular los efectos de la nulidad cuando las nupcias fueron contraídas suponiendo o creyendo uno o ambos contrayentes que el vínculo era válido. De ahí matrimonio putativo: De *putare*, creer, suponer. Más adelante, el uso traduciría el concepto como matrimonio celebrado mediando buena fe, es decir, creencia en la

inexistencia de impedimentos (buena fe-creencia en la nomenclatura moderna). Esta consideración al matrimonio putativo tiende a mitigar el rigor de privar *ex tunc* de todo efecto a las nupcias anuladas, cuando fueron celebradas de buena fe por parte de ambos cónyuges, o, al menos, por uno de ellos. Y ello se obtiene atribuyendo al matrimonio anulado, hasta el día de la sentencia de nulidad, los efectos de un matrimonio válido. En tales supuestos, la doctrina del matrimonio putativo constituye una excepción al principio general en cuanto a los efectos de la nulidad. Esta no se proyecta hacia el pasado, sino solo hacia el futuro *-ex nunc-* sin perjuicio del efecto declarativo general de la sentencia (BOSSERT y ZANNONI, p. 186).

Como ya vimos en capítulos anteriores, el matrimonio es una institución jurídica con caracteres peculiares y propios que difieren de otras instituciones jurídicas, por lo que prima facie conviene considerar la existencia de diferenciaciones entre la institución del matrimonio y los demás actos jurídicos existentes regulados por el derecho. En cuanto a la nulidad de los actos jurídicos en general, nuestra legislación sostiene: *“La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado, e impone a las partes la obligación de restituirse mutuamente todo lo que hubieren recibido en virtud de él, como si nunca hubieren existido (Art. 361 C.C.).*

Esta regulación no puede pues aplicarse al régimen matrimonial, pues el matrimonio persigue ciertos fines y produce efectos, muchos de los cuales no pueden retrotraerse al momento de la celebración del mismo. Si bien no existiría inconvenientes en anular el vínculo entre los cónyuges, ¿qué pasaría en caso de la existencia de hijos? En caso de existencia de bienes comunes, ¿cómo se disuelve la comunidad? Las respuestas a estas inquietudes encontramos en la teoría del matrimonio putativo que se encarga de regular los efectos de la nulidad del acto matrimonial, ya sea que uno o ambos de los contrayentes hayan actuado de buena o mala fe.

Se considera putativo el matrimonio inválido contraído de buena fe al menos por uno de los cónyuges hasta que ambos conozcan con certeza la nulidad del acto.

### **11. Casos establecidos en la ley: Ambos cónyuges de buena fe, uno de buena fe y ambos de mala fe.**

– *Ambos cónyuges de buena fe*: En este supuesto se da el caso de que ambos contrayentes desconocían la existencia de algún impedimento. Puede darse el caso entre hermanos extramatrimoniales no reconocidos o de parientes consanguíneos en grado prohibido y que después de la celebración del matrimonio han tenido conocimiento de tal situación. El C.C. en su Art. 184 inc. a) hace referencia a este punto al regular que, *“si ambos cónyuges lo contrajeron de buena fe, producirá los efectos de un matrimonio válido hasta la fecha de la sentencia. En adelante, cesarán los derechos y obligaciones que produce el matrimonio, con excepción del deber recíproco de prestarse alimentos en caso necesario. Cesará igualmente la sociedad conyugal”*. Es decir, según el citado artículo el matrimonio será considerado válido y producirá todos sus efectos hasta el día de la sentencia que anule dicho matrimonio. Obviamente, como consecuencia de la nulidad, cesarán los derechos y obligaciones entre los cónyuges, pero, en caso de necesidad alimentaria de uno de los cónyuges, por no poder solventarse o procurárselos, el otro deberá proporcionarlo.

– *Buena fe de uno solo de los cónyuges*: Para el cónyuge de buena fe, el matrimonio será válido hasta el día de la sentencia que declare la nulidad. El inc. b) del artículo citado precedentemente dice: *“Cuando media buena fe de parte de uno de los esposos, se producirán a su respecto los efectos de una unión válida hasta el día de la sentencia. El cónyuge de mala fe no tendrá derecho a alimentos, ni a ventaja alguna otorgada por el contrato matrimonial, ni los derechos inherentes a la patria potestad respecto de los hijos, pero si las obligaciones”*.

Como se desprende del párrafo anterior, el cónyuge de buena fe mantiene los derechos de un matrimonio válido hasta el día que se dicte sentencia, tiene derecho a alimentos que solo podrá exigir el cónyuge de buena fe no así el que actuó con mala fe a quien no se le reconoce derecho alguno, ni con respecto a la patria potestad de los hijos, si, con respecto a las obligaciones.

– *Mala fe de ambos cónyuges:* El inc. c) del Art. 184 del C.C. dice al respecto: “*Si ambos cónyuges actuaron de mala fe, el matrimonio no producirá efecto alguno, salvo lo dispuesto por el artículo siguiente. En cuanto a los bienes, se aplicarán las normas que rigen las uniones de hecho, en su caso; o las sociedades de hecho*”. En este caso el acto matrimonial se retrotrae completamente al momento de la celebración del matrimonio ya que la norma jurídica nunca otorgó validez al mismo, por lo tanto, los contrayentes no gozan de derecho alguno. En cuanto a los bienes, la norma es clara, al establecer que se deben regir por las uniones de hecho o sociedades de hecho (concubinato irregular).

**Art. 186.-** Consiste la mala fe de los cónyuges en el conocimiento que tenían, o debieron tener, antes de la celebración del matrimonio, acerca de la causal que determinó su nulidad.

El esposo que no tuviere la edad necesaria para casarse y el que padeció la violencia al expresar su voluntad serán siempre considerados de buena fe.

El contrayente de mala fe deberá indemnizar al de buena fe de todo daño resultante de la nulidad del matrimonio.

## **12. Efectos con relación a los hijos y a los terceros.**

**Art. 185.-** La anulación de un matrimonio, aunque ambos cónyuges sean de mala fe, no obsta a la calidad de hijo matrimonial del que haya sido concebido antes de la sentencia que la declare.

*“El código ha introducido una disposición no muy corriente en la legislación comparada. Reconoce la calidad de hijo legítimo al concebido de padres que contrajeron matrimonio de mala fe, a condición de que ese hijo haya sido engendrado antes de dictarse la sentencia que declare la nulidad del matrimonio.*

*La filosofía de la norma protege al niño inocente que al tiempo de su concepción aún no fue anulado el matrimonio de sus padres y por lo tanto merece la asistencia de la ley.*

*El efecto de si fuese concebido con posterioridad a la anulación sería lo contrario. El concebido tendría la calidad de hijo extramatrimonial, si naciere con vida” (p. 177).*

**Art. 187.-** La nulidad del matrimonio no perjudica los derechos de terceros que de buena fe hubiesen contratado con los cónyuges o con algunos de ellos.

*Comenta así el Dr. PANGRAZIO“ La excepción establecida por nuestro artículo a los efectos de la nulidad (latu sensu) del matrimonio, se inspira en las exigencias de la seguridad de los negocios y de la fe debida a la toma de razón, del acto en el Registro del Estado Civil, para evitar que los terceros que, teniendo por válido el matrimonio, contrataron con uno de los cónyuges, o le promovieron una demanda, sean burlados con la sola invocación de la nulidad respecto de la eficacia del acto, a menos que el tercero consienta en que se le aplique las consecuencias de la nulidad. Esta regla es aplicable respecto de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y dictada en un pleito del tercero con uno de los cónyuges, salvo que al tiempo de la conclusión del negocio o de incoarse la acción se haya declarado nulo el matrimonio o era conocida la nulidad por el tercero” (p. 178).*

## NULIDAD DEL MATRIMONIO

### NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS

#### CONCEPTO

**Nulidad** es la sanción legal por medio de la cual se priva a un acto jurídico de sus efectos normales, por contravenir el ordenamiento jurídico al momento de su formación o celebración (Borda).

La **nulidad** implica la negativa de reconocer efectos al acto por haber existido un defecto estructural en el mismo (Moreno Ruffinelli).



**NULIDAD DEL MATRIMONIO: PRINCIPIO DE ESPECIFICIDAD.**

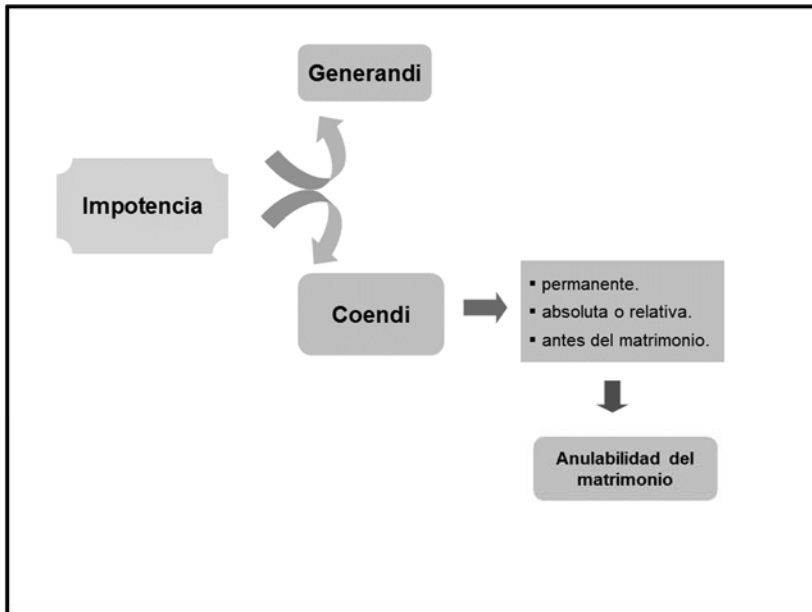
La nulidad del matrimonio sólo puede ser declarada por las causas establecidas en el presente capítulo (Art. 177 C. C., que consagra el principio de la especialidad en las nulidades matrimoniales).

**CAUSALES DE NULIDAD DEL MATRIMONIO**

<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Impedimentos →</li> </ul>	Arts. 141, 142 y 143 De parentesco De ligamen De crimen Personas del mismo sexo	}	<b>M. Nulo</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Incapacidad de las partes por edad o privación mental.</li> <li>▪ Vicios del consentimiento.</li> <li>▪ Inobservancia de formalidades.</li> <li>▪ Impotencia.</li> </ul>		}	<b>M. Anulable</b>

**CLASIFICACIÓN DE LOS MATRIMONIOS**

<b>Nulos</b>	<b>Anulables</b>
<p>Son inconfirmables, imprescriptibles. Puede ser declarado a pedido del Ministerio Público y de los interesados.</p> <p><b>CAUSALES:</b></p> <p><b>Impedimentos de:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• de parentesco</li> <li>• de ligamen</li> <li>• de crimen</li> <li>• personas del mismo sexo</li> </ul>	<p>Son confirmables, tienen plazo de caducidad. Sólo pueden ser declarados a instancia de parte.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>a) <b>Interdicción o privación del uso de razón aunque sea pasajera</b>                      La acción no puede ser promovida si después de revocada la interdicción, continúa la vida marital. (Caducidad de la acción. Confirmación).</li> <li>b) <b>Falta de edad legal</b>                      La acción no puede ser promovida desde que el menor haya cumplido la mayoría de edad, y tratándose de la mujer siempre que haya concebido (Caducidad de la acción. Confirmación).</li> <li>c) <b>Inobservancia de formalidades</b>  <u>Excepción:</u> existencia del acta y posesión de estado.</li> <li>d) <b>Vicios del consentimiento</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>— dolo</li> <li>— violencia</li> <li>— error en la identidad de la persona</li> </ul> </li> </ol>



## CAPÍTULO XI

# DE LAS UNIONES DE HECHO

**Sumario:** 1. Introducción. - 2. Su regulación en el Código y en la Ley N° 1/92. - 3. Comunidad a que da lugar: Requisitos para que exista. - 4. Los bienes en la comunidad y su administración. - 5. Las cargas de esta comunidad. - 6. Efectos de la disolución de la comunidad. - 7. Casos de fallecimiento. - 8. Inscripción de la unión en el Registro Civil, efectos.

### 1. Introducción.

BOSSERT nos enseña que *“el concubinato es la unión permanente entre el hombre y la mujer que, sin estar unidos por matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y vida, del modo similar al que existe entre los cónyuges”* (p. 36).

El Prof. MORENO RUFFINELLI, a su vez, nos dice que *“el concubinato se configura cuando una pareja, cohabita, vive bajo el mismo techo, comparte las mismas vicisitudes de la vida, cuando hace vida similar a la matrimonial, aunque no tengan dicho estatus porque no han legitimado dicha unión sin que medien impedimentos (cuando no se han unido en matrimonio legítimo conforme a la Ley Civil), puede decirse que la misma vive en concubinato”* (p. 576).

La unión de hecho constituida entre un varón y una mujer que voluntariamente hacen vida en común en forma estable, pública y singular, teniendo ambos la edad mínima para contraer matrimonio y no estando afectados por impedimentos

dirimientes producirá efectos jurídicos conforme a la presente ley.

Para BUSO, el concubinato es la situación de un hombre y una mujer que viven en posesión de estado de cónyuges sin haber celebrado el Matrimonio.

Existen para nuestra legislación dos tipos o clases de concubinato, los regulares e irregulares; los primeros de ellos suponen que la unión que se da esté autorizada por la ley, es decir personas de distintos sexos y que no tengan ningún impedimento para contraer matrimonio; es decir, que el matrimonio esté autorizado por ley, y el segundo que la unión para su posterior reconocimiento no pueda darse por existir impedimentos para la celebración del matrimonio, impedimentos tales que se encuentran enumerados en la Ley N° 1/92.

## **2. Su regulación en el Código y en la Ley N° 1/92.**

**Artículo 83.-** La unión de hecho constituida entre un varón y una mujer que voluntariamente hacen vida en común, en forma estable, pública y singular, teniendo ambos la edad mínima para contraer matrimonio y no estando afectados por impedimentos dirimientes, producirá efectos jurídicos conforme a la presente ley.

Existen varios elementos que caracterizan a la unión de hecho o concubinaria, una de ellas es que debe tratarse de una unión entre personas de distinto sexo; debe aclararse en éste sentido que la unión de sexos diferentes se puntualiza simplemente a fin de asignarles a la unión efectos jurídicos propios del matrimonio. Si la unión fuera entre personas del mismo sexo los derechos y obligaciones propios del matrimonio no podrían aplicarse a éste tipo de unión.

El otro elemento que resalta la norma es que ambos hayan decidido en forma voluntaria hacer vida en común es decir que

la vida en común, que la convivencia como pareja no haya sido impuesta de manera alguna, puesto que de existir una coacción por parte de cualquiera de los convivientes o de un tercero y de probarse tal circunstancia no debería ser considerada como unión concubinaria, esto es así porque deben tener en cuenta varios principios y normas referentes a la autonomía de la voluntad entre otros.

Del artículo antes mencionado, se desprenden las características que debe tener el concubinato, según nos enseña el Prof. MORENO RUFFINELLI, p. 2:

a) **Permanencia y cohabitación:** Son estos los caracteres especiales para este tipo de unión. Lo que la distingue de otras relaciones transitorias es precisamente la decisión que han tomado los convivientes de aparecer frente a terceros como si estuvieren casados, viviendo bajo el mismo techo en forma permanente. Dice BOSSERT al respecto: *“La relación de los concubinos no puede ser momentánea, ni accidental. Debe ser duradera. A tal punto, faltando esta modalidad, resultarían inaplicables la casi totalidad de los efectos que cabe adjudicar al concubinato”* (p. 43). En consecuencia, no configuran el concubinato y quedan excluidas de la misma las uniones transitorias de corta duración, las uniones meramente accidentales, discontinuas, circunstanciales, momentáneas, fugaces o pasajeras intermitentes, o con reiteración periódica, aun en lapsos de larga duración (SOLARI, p. 36). Es importante destacar este carácter porque tendrá en nuestra legislación efectos importantes, como veremos oportunamente.

b) **Publicidad o notoriedad:** La unión debe ser pública. Es esencial que así sea para que le reconozcan frente a terceros como una unión realmente aparente, pues si se perdiera en el anonimato, si se escondiera en las sombras, nadie podría saber de su existencia. El jurista NÉSTOR SOLARI comenta que la apariencia no es otra cosa que la mujer que vive con un hombre como si estuviera casada, y, por tanto, el concubinato tendrá la apariencia y revestirá ante los demás la forma exterior de un

matrimonio legítimo. Esto es, que la apariencia sea el resultado de un modo de vivir, que tenga identidad con el que llevan los matrimonios.

c) **Singularidad:** BOSSERT, comenta esta característica, explicando que este concepto implica que la totalidad de los elementos que constituyen el concubinato debe darse solamente entre los dos sujetos; pero no se destruye la singularidad por el hecho de que alguno de dichos elementos se dé en tres uno de los concubinos y otro, en la medida en que ello resulte posible. Por ejemplo: la singularidad no se destruye, si el concubino mantiene una momentánea relación sexual con otra mujer. Tiene gran importancia este aspecto, pues si bastara la sola circunstancia de darse uno de los elementos fuera de la pareja para destruir el concubinato, sería suficiente apuntar un hecho aislado para demostrar su inexistencia (p. 42). Esta es una cuestión fundamental para que una unión pueda reputarse concubinaria. El matrimonio exige la misma condición para que sea reconocido como tal, con las mismas razones debe exigirse este requisito para las uniones de hecho.

d) Según NÉSTOR SOLARI son requisitos también la fidelidad recíproca y diversidad de sexo (p. 40).

### **3. Plazo para que proceda y régimen que crea.**

**Artículo 84.-** En la unión que reúna las características del artículo precedente y que tuviera por lo menos cuatro años consecutivos de duración se crea entre los concubinos una comunidad de gananciales, que podrá disolverse en vida de ambos o por causa de muerte; debiendo en los dos casos distribuirse los gananciales entre los concubinos, o entre el sobreviviente y los herederos del otro, por mitades.

Enseña, asimismo el Prof. MORENO RUFFINELLI, *“El principal efecto que establece la ley a favor de los concubinos es que, a los cuatro años de unión, este plazo y situación que podrá probarse por todos*

*los medios de prueba de que dispone el derecho, ya se constituye entre los esposos una comunidad de gananciales... Lo que hace el transcurso del tiempo es confirmar la unión, pero todos los bienes adquiridos desde el comienzo de la misma entrarán a formar parte de la comunidad” (p. 595).*

Debe entenderse en forma clara y sin lugar a confusiones que desde el momento en que la unión se produjo, es decir desde el primer día en que los concubinos decidieron vivir juntos y además cumplieron los requisitos para que su unión sea considerada concubinaria, desde ese momento, todos los bienes adquiridos forman parte de la masa de gananciales. Evidentemente que para su partición necesariamente debe antes declararse la unión de hecho.

#### **4. Casos en que durante la unión nacieren hijos.**

**Artículo 85.-** Cuando de la unión expresada hubieren nacido hijos comunes, el plazo de duración se considerará cumplido en la fecha del nacimiento del primer hijo.

El plazo de cuatro años se acorta y simplifica desde el momento de nacimiento de un hijo en el seno de la pareja que cumpla con los requisitos necesarios para que sea considerada como tal. El espíritu de la norma es la protección de los derechos de la Niñez y la Adolescencia (alimentos, convivencia, relacionamientos y otros que nacen por el vínculo paterno-materno filial).

**Artículo 86.-** Después de diez años de unión de hecho o concubinaria bajo las condiciones expresadas, podrán los concubinos mediante declaración conjunta formulada ante el Encargado del Registro del Estado Civil o el Juez de Paz de la jurisdicción respectiva, inscribir su unión, la que quedará equiparada a un matrimonio legal, incluso a los efectos hereditarios y los hijos comunes se considerarán matrimoniales.

En cuanto a la inscripción de la unión de hecho habiendo transcurrido los 10 años, la misma tiene su fundamento en que desde el momento de la inscripción la unión de hecho se equipara a un matrimonio. La equiparación al matrimonio conlleva necesariamente a los derechos y obligaciones regulados en la Ley N° 1/92 y la forma de dejar sin efecto dicha unión, no es otra que por el divorcio vincular, regulado en la Ley N° 45/91.

### **5. Administración de los bienes.**

**Artículo 87.-** Los bienes comunes de los concubinos que son adquiridos por cualquiera de ellos durante la vida en común, están afectados a la satisfacción de las necesidades de la familia e hijos menores. Su administración corresponde a cualquiera de ellos, indistintamente. Los bienes propios, que son los que cada uno tenía antes de la unión o adquiridos durante ella por título propio, están bajo la administración y disposición de su titular.

La administración de los bienes gananciales puede ser realizada por cualquiera de los concubinos y deberán ser destinados a la manutención de la familia y de los hijos menores, a diferencia del matrimonio la administración no necesariamente debe ser conjunta, pero creo que desde el momento en que la intención de la unión de hecho es la protección y correcta distribución de los bienes entre los convivientes, el otro concubino no puede disponer libremente de los bienes sin autorización del otro; salvo que se trate de simple administración como ser el pago de facturas de luz, agua etc. Que beneficien a la familia y a los hijos menores "solo a los efectos de la administración".

**Artículo 88.-** Los gastos que cada uno de los concubinos realice en beneficio de la familia, así como las obligaciones contraídas a tal efecto, obligan a ambos y se abonarán con los bienes comunes. Si éstos fueran insuficientes se hará con los bienes de cada uno, proporcionalmente.



Cuando el gasto realizado por uno de los concubinos beneficie a la familia o una obligación que haya sido contraída para total beneficio de la mismo obligan a ambos concubinos y debe ser cubierto de los bienes comunes o gananciales. Y recién cuando los bienes comunes no fueran suficientes para saldar la deuda contraída, ahí debe ser saldada con los bienes de cada uno en forma equitativa y proporcional.

### **6. Hijos nacidos durante la unión.**

**Artículo 89.-** Se presumen hijos del concubino los nacidos durante la unión de éste con la madre, salvo prueba en contrario.

Así como las presunciones legales reguladas en el Código Civil Paraguayo en casos de filiación para los hijos nacidos dentro del matrimonio, debemos apuntar que los hijos nacidos durante la unión del varón con la mujer, se presume que el hijo es de aquel, salvo que se pueda demostrar lo contrario.

### **7. Alimentos en caso de terminación de la convivencia o de disolución.**

**Artículo 90.-** Si terminada la convivencia y efectuada la separación de gananciales uno de los ex-concubinos careciere de recursos y estuviere imposibilitado de procurárselo, podrá solicitar alimentos al otro mientras dure la emergencia.

### **8. División de los bienes en caso de fallecimiento de uno de los concubinos.**

**Artículo 91.-** Si la unión termina por muerte de uno de los concubinos, siempre que ella tuviera cuanto menos cuatro años de duración, el sobreviviente recibirá la mitad de los gananciales y la otra mitad se distribuirá entre los hijos del fallecido, si los hubiere. Si el causante tuviere bienes propios, el concubino

supérstite concurrirá con los hijos, en igualdad de condiciones de éstos. El derecho de representación del concubino supérstite sólo se extiende a sus descendientes en primer grado.

**Artículo 92.-** Si el fallecido no tuviere hijos, pero dejare ascendientes, el concubino sobreviviente concurrirá con ellos en la mitad de los gananciales, por partes iguales.

**Artículo 93.-** Si el causante no tuviere descendientes ni ascendientes, el concubino Supérstite recibirá todos los bienes del mismo, excluyendo por tanto a los colaterales.

**Artículo 94.-** El supérstite en las uniones de hecho que tuvieran cuanto menos cuatro años de duración, gozará de los mismos derechos a las jubilaciones, pensiones e indemnizaciones que correspondan al cónyuge.

## **9. Inscripción de la unión. Juez competente. Procedimiento.**

Si uno de los concubinos solicita la inscripción de la unión, el Juez citará al otro concubino y luego de escuchar las alegaciones de ambas partes decidirá en forma breve y sumaria.

El procedimiento está regulado por la Acordada N° 378 de fecha 26 de julio de 2005. El artículo primero de la misma, comentada por el Dr. TOMÁS DAMIÁN CÁRDENAS. El Art. 1°, faculta a la inscripción de la unión de hecho o concubinaria, por el Juez de Paz, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Los interesados (concubinos), deben comparecer ante el Juez de Paz del lugar de su residencia, y éste labrará acta de la petición conjunta formulada. Es interesante acotar que la acordada permite, tanto la comparecencia como la petición conjunta, sin contar necesariamente con el patrocinio de un letrado. En otras palabras, la acordada faculta a los interesados a recurrir ante el Juez de Paz, sin necesidad de contratar abogado alguno,

con lo cual, la gestión judicial se simplifica y además se vuelve menos onerosa.

b) Los interesados deben llevar su cédula de identidad expedida por la Policía Nacional, u otro documento de identidad hábil de los peticionantes y, de los testigos propuestos en su caso. Creemos que la Acordada faculta a los interesados, ante la no tenencia de cédula de identidad policial, a la presentación de otro documento de identidad hábil, por ejemplo, el certificado de nacimiento expedido por la Dirección del Registro del Estado Civil de las Personas, y esto se extiende tanto a los recurrentes como a los testigos, en su caso.

c) En caso de existir hijos habidos de la unión, los recurrentes deben llevar el certificado de nacimiento de los mismos. Esto es así, porque la ley apunta, no sólo a legitimar la unión de pareja, sino, además, de los hijos habidos de la unión.

d) En cuanto al número de testigos, no podrá exceder de cuatro por cada parte, sin perjuicio de la regla establecida en el Art. 318 del C.P.C.

e) El inciso. e) reglamenta el caso si el pedido de inscripción de la unión, fuere solicitada por sólo uno de los concubinos. En este caso, el Juez citara al otro concubino a una audiencia, dentro de plazo de cinco días, conforme el Art. 146 del C.P.C.; es decir, en ciertos casos, el Juez podrá fijar un plazo menor de cinco días para la audiencia. En la audiencia el Juez oirá a las partes, recibirá los documentos y demás pruebas que se presenten, extendiéndose acta, en la que se hará constar los alegatos y las pruebas producidas. Los testigos no podrán ser más de cuatro por cada parte. La prueba solo podrá versar sobre la afirmación de la unión de hecho concubinaria invocada por la parte actora, sobre la verdad o la falsedad de que los concubinos, hacen una vida en común en forma estable, pública y singular, teniendo ambos la edad mínima para contraer matrimonio y que no están afectados por impedimentos dirimentes

y, la fecha desde la que tiene conocimiento de la existencia de la unión.

Tenemos así que, en la substanciación de la audiencia, se desarrollan, tanto los alegatos o fundamentaciones, como la producción de las pruebas, tanto documentales como testimoniales. El objeto de la prueba deberá versar, única y exclusivamente, sobre la existencia real o falsa de la unión de hecho o concubinaria y, que ésta es estable, pública y singular, es decir, que es de conocimiento público y que la convivencia de la pareja es continuada y, que así se los conoce por todos los vecinos. En cuanto a los impedimentos dirimentes, aquellos que traen aparejada la nulidad absoluta de legitimación, como ser, por ejemplo: la unión entre ascendiente y descendiente, o la unión de individuos del mismo sexo entre sí, o entre personas casadas, entendido esto último por la existencia de matrimonio subsistente, o entre menores de dieciséis años de edad, etc.

f) Una vez cumplidas todas las actuaciones, se debe dar intervención al Ministerio Público, ya que, tratándose de cuestiones de estado, su actuación es obligatoria, puesto que las cuestiones de estado son de orden público.

g) Después de recibido lo actuado con el Dictamen Fiscal, el Juez de Paz debe dictar sentencia en el plazo de diez días, a ser contados desde la recepción de las actuaciones y el dictamen. La resolución que recaiga será apelable en relación y con efecto suspensivo; esto es, mientras se resuelve el recurso en el Tribunal de Apelación correspondiente, lo dispuesto en la sentencia no se cumple y, queda supeditado a la resolución del Tribunal.

h) Una vez firme la sentencia, se expedirá copias autenticadas a las partes y, se librára oficio a la Dirección General de Registro del Estado Civil, dependiente del Ministerio de Justicia y Trabajo, ordenándose su inscripción en el libro correspondiente.

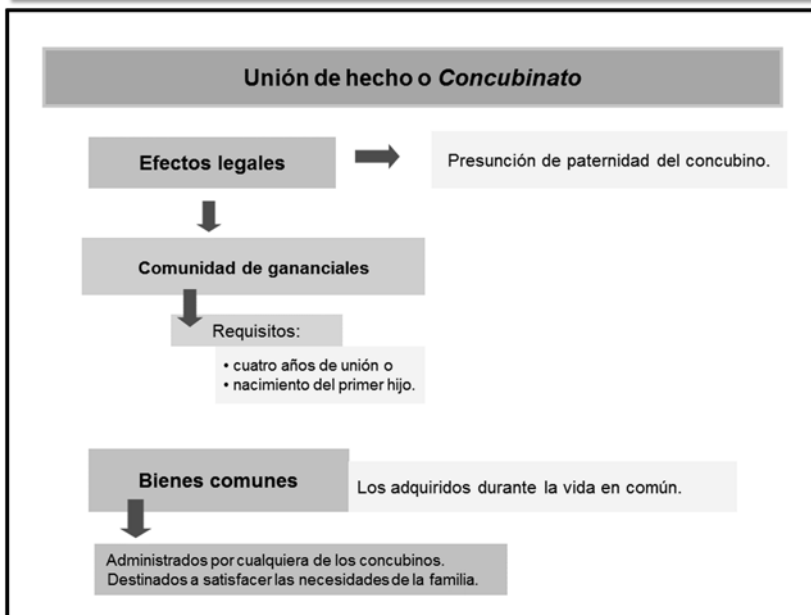
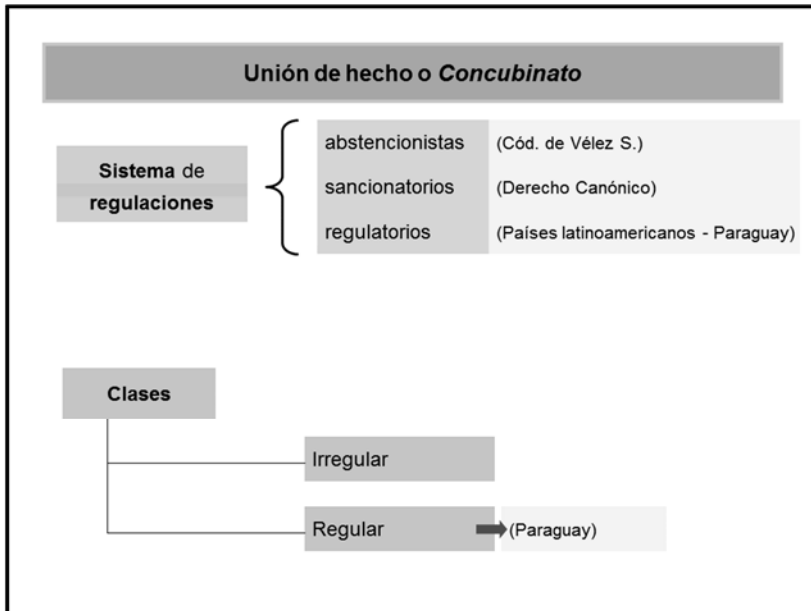
## Unión de hecho o Concubinato

### Unión de hecho o *Concubinato*

La unión de hecho constituida entre un **varón** y una **mujer** que voluntariamente hacen vida en común en forma **estable, pública y singular**, teniendo ambos la edad mínima para contraer matrimonio y no estando afectados por impedimento dirimente producirá efectos jurídicos conforme a la presente Ley.

#### Caracteres

- Diversidad de sexo.
- Permanencia y cohabitación.
- Publicidad y notoriedad.
- Singularidad.
- Sin impedimentos dirimentes.









## CAPÍTULO XII

# LA FILIACIÓN

*Sumario:* 1. Concepto: Sentido amplio y sentido restringido. - 2. Calidad de la filiación. Filiación matrimonial: hechos que presume la ley. Prueba de la maternidad. Prueba de la paternidad: Presunción legal. - 3. Situaciones especiales contempladas en nuestro Código en caso de un segundo matrimonio. - 4. Filiación extramatrimonial. Reconocimiento voluntario. Reconocimiento en disposiciones de última voluntad. Reconocimiento por vía judicial. Procedimiento. Pruebas admitidas. Posesión de estado del hijo. Limitación del reconocimiento en caso de muerte de los padres. Indagación de la maternidad de la mujer casada; limitación.

### **1. Concepto: Sentido amplio y sentido restringido.**

Se suele reconocer un significado amplio y otro restringido a la "filiación". El amplio, se refiere a todos los anillos de una cadena que liga a una persona con sus antepasados, aún el más lejano (JOSSERAND), y la más precisa, se refiere solo a la relación de un hijo con sus progenitores inmediatos. Este trabajo se circunscribe a la filiación biológica en sentido estricto.

En ese aspecto, la filiación es el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto al generado. Es una de las notas del estado de familia, la de mayor jerarquía dentro del parentesco y portadora de las más importantes consecuencias jurídicas. Los derechos y deberes que de ella resultan conforman el vínculo jurídico que liga al hijo con sus pro-

genitores y, lógicamente, a estos con aquel (MENDOZA COSTA, p. 9).

La mayoría de los autores coinciden en afirmar que en la filiación concurre un doble aspecto: Un hecho biológico, que viene determinado por el nacimiento; y un hecho jurídico, porque la procreación es una realidad recogida y amparada por el derecho. De ahí que definen la filiación como la relación biológica existente entre padres e hijos, dotada de un contenido jurídico desde el momento en que el ordenamiento distribuye derechos y obligaciones entre generantes y generados (BERGOÑA FERNÁNDEZ, p. 9).

Sigue diciendo este autor: Como ya advertía CICU, si la filiación en cuanto hecho natural se da siempre en todas las personas (reiteradamente se recuerda que todo individuo es hijo de un padre y de una madre) como hecho jurídico no siempre existe; incluso puede haber una relación filial faltando por completo el hecho natural.

A pesar del paso del tiempo, esta afirmación tiene hoy día máxima vigencia, si tenemos en cuenta la existencia de dos realidades: de un lado la filiación adoptiva, que se equipara a la filiación por naturaleza, aunque verdaderamente una filiación legal o jurídica sin base alguna biológica. Por otro lado, el hecho, cada vez más frecuente, de las procreaciones asistidas, que plantean el problema de determinar quién es el padre, la madre o ambos.

Se establecen de esta manera unas filiaciones de tipo jurídico que no coinciden con las biológicas o por naturaleza y, además, se distinguen los conceptos de padre (madre) y progenitor, que ya no tienen por qué coincidir desde el punto de vista legal.

Hoy día se ha superado la ignominiosa discriminación de los hijos, a quienes se los distinguía como legítimos e ilegítimos,

y entre estos últimos, comprendían los llamados hijos naturales, adulterinos, incestuosos, sacrílegos, quienes estaban lejos de la protección del derecho brindado a aquellos, prácticamente estaban en total desamparo legal. Este era el régimen del Código Francés (1804), que siguieron los códigos abrevados en el mismo, como fue el Código de Vélez Sarsfield que rigió en nuestro país hasta el año 1985, fecha en que el Paraguay sancionó su propio Código que, adecuándose a las nuevas tendencias de la socialización de las relaciones jurídicas, eliminó las categorías de la filiación, lo que ya fue introducido en nuestro ordenamiento con el Código del Menor del año 1981. Pero es la Constitución de 1967 la que sembró la primera semilla de la unidad de la filiación al decir: *“Se prohíbe toda calificación sobre la naturaleza de la filiación en los documentos”*. Esta norma en realidad lo que imponía era suprimir cualquier alusión al origen del hijo, pero se refiere a la igualación de sus derechos.

El lazo de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra (PLANIOL y RIPERT).

El vínculo jurídico que une a una persona con sus progenitores (BELLUSCIO).

**Sentido amplio:** Es la relación natural de descendencia entre varias personas, de las cuales, unas engendran y otras son engendradas (PRAYONES).

**Sentido restringido:** Es la relación inmediata del padre o la madre con el hijo (RIPERT).

### **La filiación y nuestro derecho positivo:**

Artículo 53 de la Constitución Nacional ‘DE LOS HIJOS’.

Los padres tienen el derecho y la obligación de asistir, de alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad.

Serán penados por la ley en caso de incumplimiento de sus deberes de asistencia alimentaria. Los hijos mayores de edad están obligados a prestar asistencia a sus padres en caso de necesidad. La ley reglamentará la ayuda que se debe prestar a la familia de prole numerosa y a las mujeres cabeza de familia. Todos los hijos son iguales ante la ley. Esta posibilitará la investigación de la paternidad. Se prohíbe cualquier calificación sobre la filiación en los documentos personales.

El Art. 53 de la Constitución de 1992 dice: “Todos los hijos son iguales ante la ley. Esta posibilitará *la investigación de la paternidad*. Se prohíbe cualquier calificación sobre la filiación en los documentos personales”.

Indudablemente la Constitución consagra el principio de igualdad de los hijos, y con ello se adecua a las corrientes modernas que la admiten prácticamente en todo el mundo, coherentes con las declaraciones de los instrumentos emblemáticos de Derechos Humanos (DUDH/48; DA de los D del H/48; DADH/69; PIDCP/66; PIDESC/66; CIDN/89; ...); que consagran la igualdad de todos los seres humanos en dignidad y derechos. Todos somos iguales ante la ley, sin discriminación alguna, por lo que el hecho del nacimiento no puede variar esta condición jurídicamente proclamada en el mundo entero.

Sin embargo, el principio de igualdad de todos los hijos ante la ley no representa un obstáculo para que se mantenga la diversidad de clases de filiación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales. Hoy todos los hijos tienen los mismos derechos, y la filiación, cualquiera que sea su clase produce los mismos efectos. La distinción entre hijos matrimoniales y no matrimoniales no implica un trato legal discriminatorio, sino obedece a la naturaleza de las cosas y la diferencia procede de los hechos, lo que conduce a distintos procedimientos para la determinación de la filiación.

La filiación biológica puede ser matrimonial o extramatrimonial. Como ya se apuntó, hoy día justifica esta variedad de filiación solo la forma de la determinación de la filiación, que es distinta según sea una u otra clase. Así procede el Código Civil al regular ambas formas de determinación.

## **2. Calidad de la filiación. Filiación matrimonial. Hechos que presume la ley.**

El hijo queda emplazado en la filiación matrimonial por una de estas dos vías: a) Con la inscripción de su nacimiento con el nombre de la madre y el matrimonio de esta, el que permite el juego de la presunción de la paternidad matrimonial; b) Por la sentencia que acoge favorablemente la acción de reclamación de la filiación matrimonial.

El Código Civil en su Art. 225 explica: *“Son hijos matrimoniales:*

*a) Los nacidos después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación, si no se probase que ha sido imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento;*

*b) Los nacidos de padres que al tiempo de la concepción podían casarse, y que hayan sido reconocidos antes, en el momento de la celebración del matrimonio de sus padres, o hasta sesenta días después de esta;*

*c) Los que nacieren después de ciento ochenta días del casamiento válido o putativo de la madre, y los que nacieren dentro de los trescientos días contados desde que el matrimonio válido o putativo fue disuelto por muerte del marido o porque fuese anulado;*

*d) Los nacidos dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, si el marido, antes de casarse, tuvo conocimiento del*

*embarazo de su mujer, o si consintió que se lo anotara como hijos suyos en el Registro del Estado Civil, o si de otro modo los hubiere reconocido expresa o tácitamente”.*

De esta manera nuestro Código Civil establece directamente la paternidad del hijo de la esposa, sin necesidad de presunción alguna, pero con ciertas limitaciones, siguiendo en esto la tendencia del actual derecho comparado (eliminar la presunción).

La primera condición es la referente al plazo; no basta que el hijo nazca dentro del matrimonio, sino además la ley impone ciertos plazos: después de ciento ochenta días de la celebración y dentro de los trescientos días de su disolución. Evidentemente, estos plazos tienen directa relación con los de duración del embarazo, ya que se toma como base el hecho cierto, el nacimiento del hijo, que por otra parte es el único dato con que puede contarse para el establecimiento de los plazos.

Debe recordarse que el Código Civil establece, como presunción *jure et de jure*, como plazo de duración mínima del nacimiento ciento ochenta días y trescientos días de duración máxima, y, como la época de concepción los ciento veinte días primeros de la duración máxima del embarazo (Art. 29).

La segunda condición es que el marido haya tenido la posibilidad de tener acceso carnal con su esposa dentro de la época de concepción. Si no se cumple esta condición (por ejemplo, que el marido demuestre que se encontraba en ese plazo fuera del país), el hijo no se consideraría como su hijo. Circunstancia que facilitaría que alegase el desconocimiento del mismo.

El inc. b) hoy día llamado matrimonialización del hijo, o sea, se refiere a aquellos concebidos fuera del matrimonio a los que posteriormente se les atribuye el carácter matrimonial porque sus padres se casan. Comparto con el Prof. MORENO RUFFINELLI, en que es importante que se haya mantenido esta figura,

ya que son innumerables los casos que se plantean en la realidad cotidiana, más aún hoy día en que son tan frecuentes las uniones de hecho que luego de un tiempo se afirman y se convierten en matrimonio cuando cumplen con las formalidades legales.

El inc. c) establece la calidad de hijo matrimonial de aquellos que nacieron de un matrimonio putativo, en concordancia con el Art. 185 del C.C.

Y el inc. d) es una disposición clara que razonable, pues si el marido se calla ante las situaciones indicadas en este apartado, significa que está consciente de que el hijo le pertenece.

El Código también considera matrimonial al hijo nacido después de la reconciliación de los esposos, que estuvieron separados judicialmente de cuerpo, salvo prueba en contrario. El Art. 226 del C.C. enseña: Los hijos nacidos después de la reconciliación y cohabitación de los esposos separados por sentencia judicial son matrimoniales, salvo prueba en contrario. Los hijos concebidos durante el matrimonio putativo serán considerados matrimoniales. Los concebidos antes de este, pero nacidos después, son también matrimoniales.

También debe señalarse que la Ley N° 1/92 de la Reforma Parcial del Código Civil, considera hijo matrimonial al hijo de concubinos, en el caso de duración mayor de diez años de la unión y su inscripción en el Registro del Estado Civil de las Personas. Esta ley también establece que se presumen hijos del concubino los nacidos durante la unión de este con la madre, salvo prueba en contrario (Arts. 86 y 89).

### **3. Situaciones especiales contempladas en nuestro Código en caso de un segundo matrimonio.**

**Art. 227.-** Si disuelto o anulado el matrimonio, la mujer contrajere otro antes de los trescientos días, el hijo que naciere

antes de transcurridos ciento ochenta días desde la celebración del segundo matrimonio, se presumirá concebido en el primero siempre que naciere dentro de los trescientos días de disuelto o anulado el primer matrimonio.

PANGRAZZIO comenta así los artículos siguientes:

*“Pueden presentarse las siguientes situaciones: el hijo nace antes de ciento ochenta días del segundo matrimonio y si dentro de los trescientos días contados desde que el primer matrimonio fue disuelto. Ese hijo se reputará legítimo o matrimonial del primer matrimonio, aun cuando el segundo esposo tuviera conocimiento del embarazo o la inscribiera como hijo matrimonial”* (p. 203).

**Art. 228.-** Se presumirá concebido en el segundo matrimonio el hijo que naciere después de los cientos ochenta días de su celebración, aunque esté dentro de los trescientos días posteriores a la disolución o anulación del primero. La presunción establecida en este artículo y el precedente no admite prueba en contrario.

*“Es la situación del niño que nace después de los ciento ochenta días de un segundo matrimonio y dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primero concediéndole la paternidad legítima o matrimonial al marido de las segundas nupcias. MACHADO afirma: Cualquiera que sea la circunstancia que hubiere precedido al matrimonio, el hijo nacido después de los 180 días de su celebración corresponde al segundo; admitir lo contrario sería suponer que esta presunción, que tiene todos los caracteres de la certidumbre, ha podido quedar sin efecto, sólo por la manifestación de la mujer”* (p. 203).

#### **4. Filiación extramatrimonial.**

El Art. 230 del C.C. establece: *“Son hijos extramatrimoniales los concebidos fuera del matrimonio, sean que sus padres hubieran podido casarse al tiempo de la concepción, sea que hubiesen existido impedimentos para la celebración del matrimonio”*.



Con esta norma la posibilidad de determinación legal se extiende, de manera uniforme, a toda filiación no matrimonial, sin que quepa distinguir entre filiación natural y otras no natural, como ocurría en el Derecho anterior donde los hijos, llamados ilegítimos, según sus clases (natural, adulterino, incestuoso) no tenían reconocidos los mismos derechos.

Pero el presupuesto indispensable para que el hijo no matrimonial pueda ejercitar sus derechos, es el de saber quiénes son sus padres a fin de imponerles, las responsabilidades que deriven de la paternidad.

Los hijos nacidos fuera del matrimonio carecen de la certeza que el vínculo matrimonial da a la filiación. Esto ocurre especialmente respecto de la filiación paterna porque falta la presunción de paternidad que facilita la constancia de la misma en la inscripción del nacimiento.

Entonces, ¿cómo se determina esta clase de filiación? a) El reconocimiento de los padres ante el Oficial del Registro del Estado Civil, por escritura pública, ante el Juez, o por testamento (Art. 231 C.C.); y b) El reconocimiento judicial.

El reconocimiento de un hijo extramatrimonial es un acto jurídico familiar por el cual una persona declara que otra es hijo suyo.

Son caracteres del reconocimiento del hijo, conforme o expone PANGRAZIO:

**a) Es un acto unilateral no recepticio**, lo que significa que no es necesario ni el acuerdo o el consentimiento del otro progenitor, ni se requiere la aceptación del hijo.

**b) Es puro y simple**. No se concibe que se haga bajo una condición o plazo (Art. 231 C.C.).

**c) Es irrevocable.** Si fuere hecho por testamento, surtirá sus efectos, aunque éste sea revocado (Art. 231 C.C.).

**d) Es declarativo del estado** y a partir del mismo se producirá un emplazamiento de estado: El padre será padre y el hijo será hijo (pp. 243-244).

### **Regulación en el Código Civil.**

**Art. 230.-** Son hijos extramatrimoniales los concebidos fuera del matrimonio, sea que sus padres hubiesen podido casarse al tiempo de la concepción, sea que hubiesen existido impedimentos para la celebración del matrimonio.

**Art. 231.-** El reconocimiento de los hijos extramatrimoniales puede hacerse ante el oficial del Registro del Estado Civil, por escritura pública, ante el Juez o por testamento.

Es irrevocable y no admite condiciones ni plazos. Si fuere hecho por testamento, surtirá sus efectos, aunque este sea revocado.

**Art. 232.-** Los hijos extramatrimoniales pueden ser reconocidos conjunta o separadamente por su padre y su madre. En este último caso, quien reconozca al hijo, no podrá declarar el nombre de la persona con quien lo tuvo.

**Art. 233.-** El hijo extramatrimonial reconocido voluntariamente por sus padres, o judicialmente, llevará el apellido de estos.

**Reconocimiento por vía judicial. Procedimiento. Pruebas admitidas. Posesión de estado del hijo. Limitación del reconocimiento en caso de muerte de los padres. Indagación de la maternidad de la mujer casada; limitación.**

### **Acciones de filiación.**

Las acciones de filiación constituyen una especie de las acciones de estado de familia. Tienen por finalidad declarar un determinado emplazamiento en el estado de familia, o a constituir, modificar o extinguir un emplazamiento (BOSSERT-ZANNONI. p. 87). En otros términos, el objeto de las acciones de filiación es siempre constituir, modificar o extinguir un determinado estado de familia.

#### **A) Caracteres.**

Como todas las acciones de estado, se caracterizan por ser inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e inherentes a la persona.

**Imprescriptibilidad** de las acciones de estado. El estado de familia no se adquiere ni se pierde por prescripción. Siendo imprescriptible el estado de familia, deriva como una consecuencia natural, que las acciones de estado, cuyo objeto es emplazar o desemplazar en un determinado estado de familia, también sean imprescriptibles.

Así lo declara expresamente nuestro Código Civil, que en el Art. 633 dice: *“No serán sometidos a prescripción extintiva los derechos derivados de las relaciones de familia”*. Esta es la regla general, y específicamente el Art. 234, al referirse a la acción de reconocimiento, también declara la imprescriptibilidad de la misma. Esto parecería indicar que solo son imprescriptibles las acciones de reconocimiento y no las demás acciones de filiación. Pero lo que ocurre es que ciertas acciones de filiación están suje-

tas a términos de caducidad, confundiendo en este aspecto el Código cuando refiriéndose a esa circunstancia habla de prescripción (ej. Art. 239).

Al respecto de lo expresado arriba, es dable aclarar que el término de caducidad (distinto del de prescripción) integra el supuesto de hecho que atañe a la existencia del derecho como tal. La caducidad de las acciones del estado de familia tiende a lograr la consolidación del estado de familia de que se goza en virtud de un imperativo de estabilidad que es también carácter del estado de familia; o sea, dicha caducidad opera simultáneamente con la consolidación del estado de familia y en función de esta consolidación, la acción para obtener la modificación o extinción del estado caduca. No se trata de la prescripción de la acción, sino de la extinción del derecho a cuestionar el estado, ya consolidado (BOSSERT-ZANNONI).

En nuestro Código Civil, la caducidad no opera, en principio, respecto de acciones tendientes a obtener el emplazamiento en el estado de hijo; está en cambio, prevista en relación a varios supuestos de impugnaciones destinadas a desemplazar de un determinado estado de familia que, entonces, al cabo del término de caducidad, se consolida. Por ejemplo: el término de los Arts. 237, 239, 243, 244, 247, que son plazos establecidos para la impugnación de la paternidad por el marido, por parte de otros interesados, que no sean el hijo, contra el reconocimiento del hijo por quienes se dicen su padre o su madre).

### **Clases de acciones de filiación en nuestro C.C.**

Antes de pasar a un análisis detallado de los diversos tipos de acciones de filiación establecidos en el Código Civil, recordemos que la norma constitucional expresamente manda que la ley ordinaria posibilitará la investigación de *la paternidad* (Art. 53), que aunque se utiliza el masculino, comparto con el Prof. MORENO RUFFINELLI que el artículo se refiere a la paterni-

dad como a la maternidad, y que este artículo constitucional tiene una importancia extraordinaria, pues, establece la amplitud de las acciones filiatorias, y por consiguiente la amplitud probatoria.

Si bien el título de la sección correspondiente del Código Civil dice: “De la acción de filiación”, es patente que este es el género y que existen varias especies distinguibles de acciones de filiación en la normativa de nuestro Código, como las siguientes:

a) **Acción de reconocimiento** o filiación propiamente dicha, que es la que dirige el hijo en contra del padre o la madre (o ambos) para ser reconocidos como tal, ya sea matrimonial o extramatrimonialmente (Art. 234).

b) **Acción de desconocimiento**, ejercida por el marido para desconocer al hijo matrimonialmente (excepcionalmente puede ser ejercida por el curador) Arts. 236 y 237.

c) **Acción de impugnación de los padres**, que pueden ser utilizados tanto por el padre como por la madre en contra de los asientos del Registro Civil (Art. 240).

d) **Acción de impugnación por los hijos**, dirigida por estos en contra del reconocimiento que hicieron sus padres del mismo (lo que en el C. del Menor se llamaba acción de contestación). Art. 247.

En la precedente clasificación se siguió la hecha por el Prof. MORENO RUFFINELLI.

### **Acciones de impugnación.**

Las acciones de impugnación son aquellas que buscan modificar una relación existente, por ejemplo, la acción de desconocimiento promovida por el marido para desconocer al hijo

matrimonial y la acción dirigida por los hijos contra el reconocimiento que hicieren sus padres del mismo.

En cultura primitiva se admitía la paternidad como un acto librado a la mera voluntad del padre. Pero ello fue superado y en lugar de ese sistema basado en decisiones subjetivas, el derecho organizó un régimen objetivo, en el cual la presunción de paternidad deriva del matrimonio de la madre, y solo puede ser destruida en virtud de la realidad biológica. Pero estos regímenes modernos varían en cuanto a la amplitud con que confieren al marido la facultad de impugnar la paternidad que se le atribuye. Se delinean fundamentalmente dos tipos de sistemas: el "abierto", que permite al marido probar la inexistencia del nexo biológico sin limitarlos a ciertos supuestos predeterminados, el "cerrado", que fija ciertos presupuestos de la acción que, si resultan acreditados, permiten al Juez considerar si se ha probado o no la inexistencia del nexo biológico, y a falta de los cuales no puede intentarse la prueba de dicha inexistencia (BOSSERT y ZANNONI, p. 158).

Se ha dicho que tal criterio restrictivo al interés de preservar al orden familiar de procesos escandalosos e injustificados, que podrían afectarlo moralmente, destruyendo su intimidad; también se fundaba en el favor de la legitimación de los hijos.

### **Supuestos de impugnación por el padre.**

Conforme con los Artículos 225 y 236 del C.C. el marido tiene la facultad de impugnar la paternidad que se le atribuye en los siguientes supuestos:

El Art. 225 del C.C., que atribuye al marido la paternidad del hijo de la esposa, salvo que probase que le había sido imposible tener acceso con su mujer durante la época establecido por el Código para la concepción. Y el Art. 236 establece también otros supuestos en que acuerda al marido a impugnar la paternidad que se le atribuye, que son los siguientes:

a) *Si durante el tiempo transcurrido entre el periodo máximo y mínimo de la duración del embarazo se hallaba afectado de impotencia o esterilidad; obviamente se refiere tanto a la impotencia coendi como a la generandi.*

b) *Si durante dicho periodo vivía legalmente separado de su mujer, aún por efecto de una medida judicial precautoria, salvo que haya habido entre los cónyuges cohabitación, aunque sea temporal; y*

c) *Si en ese periodo la mujer ha cometido adulterio y ocultado al marido el embarazo y el nacimiento del hijo. Podrá el marido probar además, cualquier otro hecho que excluya su paternidad.*

En una primera visión parecería que nuestro Código Civil se adscribe al régimen cerrado de impugnación, por prever expresamente los supuestos en que permite la impugnación de la paternidad. Sin embargo, ello es más aparente que real, teniendo en cuenta la última parte del Art. 236 que dice: “*Podrá probar además, cualquier otro hecho que excluya su paternidad*”. Este agregado permite colegir que la norma es abierta a cualquier otro supuesto que permita razonablemente al marido desconocer la paternidad que le atribuye la ley, como sería la ausencia por un tiempo prolongado. Dicha fórmula constituye una ventana por la que puede introducir el marido una circunstancia que demuestre su no paternidad, lo que es facilitado en nuestro tiempo por las posibilidades científicas con que se cuenta, como es la prueba del ADN y otras similares. Por ello creo que el régimen del C.C. vigente ofrece una cierta flexibilidad que lo aleja del sistema rígido y cerrado que caracterizaba al C.C. derogado.

Esta acción de desconocimiento pertenece al tipo de acciones personalísimas. El marido es el único que puede promover la acción mientras viva, nadie puede hacerlo en su nombre, ni aún sus herederos; estos solo pueden *continuar* el iniciado por aquel. Es intransferible, eventualmente puede hacerlo el curador del marido declarado interdicto, pero con autorización del Juez (Arts. 237, 238).

### **Caducidad.**

La acción de impugnación de la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio prescribe a los sesenta días contados desde que el marido tuvo conocimiento del parto (Art. 239). Si bien la ley habla de prescripción, en realidad se trata de la caducidad del derecho, pues, como ya se expuso, las acciones de estado de familia, entre ellas la de filiación, no prescriben (Art. 633 C.C.). Es un plazo relativamente breve, pero así lo exige la seguridad y la estabilidad del estado de familia.

**Caso de reconocimiento por error.** Si ha transcurrido dicho plazo de caducidad y el marido se percata de que ha sido inducido por error o por fraude a reconocerlo, puede promover la acción hasta sesenta días después de conocido el fraude o el error. Aunque es una situación rara la que prevé la ley; sin embargo, no es desconocida en los Tribunales, como lo demostraré con el comentario de una sentencia dictada por el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia de la Capital. En efecto, es posible que la madre induzca dolosamente al marido a creer que es hijo suyo y este tiene más tarde noticia o conocimiento de que su mujer mantuvo también otras relaciones que pudieran haber generado el hijo cuyo reconocimiento fue inducido a realizar.

**Promoción de la acción por herederos** (Art. 244 C.C.). Los ascendientes del marido y sus herederos presuntivos, que debieran concurrir con el hijo o ser excluidos por él, podrán igualmente promover la acción de desconocimiento:

a) Cuando el esposo hubiere desaparecido o fuere incierta su existencia. El plazo establecido en el artículo anterior (sesenta días), deberá computarse después de transcurrido un año de la desaparición o ausencia, si los actores fueren los ascendientes; y si fueren los herederos, después de la declaración del fallecimiento presuntivo.



b) Si el marido estuvo privado de discernimiento durante el plazo legal en que habría podido desconocer su paternidad, o hubiere fallecido antes de vencer dicho plazo. En el primer caso, deberá promoverse la demanda dentro de los sesenta días de haber conocido el nacimiento, y en el segundo, el plazo se contará desde la fecha del fallecimiento.

Esta disposición tiende a resguardar derechos sucesorios que pudieran corresponder a los ascendientes, los que, de no ser hijo de su descendiente el que los excluye de la línea sucesoria, cambia todo el orden de la misma.

### **B) Acción de impugnación por los padres en caso de fraude.**

Se acuerda tanto al padre como a la madre el derecho a impugnar la filiación cuando se trata de fraudes en materia de parto. Estos pueden ser la suposición, la sustitución o la ocultación. Son hechos que, por supuesto, deben ser probados dentro de un juicio ordinario. La impugnación puede ser hecha, a tenor de lo dispuesto el Art. 240 del C.C.: *“La filiación, aunque sea conforme a los asientos del Registro del Estado Civil, o a los parroquiales, en su caso, podrá ser impugnada por el padre o la madre y por todo aquél que tuviera interés actual en hacerlo, siempre que se alegare parto supuesto, sustitución del hijo, o no ser la mujer madre del hijo que pasa por suyo”*.

### **C) Acción de impugnación por los hijos.**

Los hijos reconocidos por uno o ambos padres pueden rechazar tal reconocimiento. Sobre el punto, el Art. 247 C.C. dice: *“El reconocimiento que hicieren los padres de sus hijos podrá ser impugnado por estos, o por los herederos forzosos de quien hiciere el reconocimiento, dentro del plazo de ciento ochenta días, desde que hubiesen tenido conocimiento del acto”*.

Así como los hijos tienen derecho a reclamar la paternidad o maternidad de quien cree que es su padre o su madre, también les asiste el derecho de promover el desplazamiento de un estado de hijo por no corresponder biológicamente el vínculo al establecido con el padre o la madre (o ambos).

a) **Impugnación de la maternidad:** El hijo puede dirigir la acción contra la madre, con pretensión de demostrar que no lo es biológicamente. MÉNDEZ COSTA dice que el supuesto de impugnación de la maternidad es tan claro como se desprende de la atención prevaleciente brindada al fundamento biológico de la filiación: *"No ser la madre del hijo que pasa por suyo"*, es decir, no haberlo concebido porque en la concepción comenzó su existencia (o, en su caso no haber sido suyo el óvulo en que esa existencia comenzó). Las posibilidades fácticas de que se atribuye una maternidad no verdadera son variadas ofreciendo dos hipótesis definidas en sus elementos esenciales: la de suposición de parto mediante inscripción de un nacimiento con el nombre de una mujer que no ha dado a luz ni a esa ni a otra persona en la época presumible del alumbramiento de la inscrita; el de sustitución de parto, cuando se ha cambiado por otra persona al nacido de la mujer a cuyo nombre se inscribió aquella. La citada autora sigue diciendo: pero la comprensión de la ley es mayor y cabe impugnar la maternidad de una mujer que terminó solamente el periodo de gestación de un hijo concebido por otra; es decir, la de aquella que lo dio a luz, pero no la concibió. Contrariamente a esta posición, BOSSERT y ZANNONI dan primacía al parto, por lo tanto, el vientre en que se produjo la gestación. La realidad es que sobre esta cuestión la norma jurídica de nuestro país está ausente o es insuficiente y existen posiciones encontradas entre los autores extranjeros, con fundamentos atendibles en ambos sectores.

b) **Impugnación de la paternidad:** También la acción del hijo puede ser dirigida contra el padre, por no ser el mismo el verdadero padre biológico. Aquí se prevén varios supuestos

fácticos, y asimismo, el hijo tendrá a su alcance la amplitud probatoria para demostrar que quien lo reconoce no es en efecto su padre biológico.

c) **Impugnación por los herederos del que reconoció:** Finalmente, puede suceder que un hombre reconozca a un hijo como suyo y luego fallezca. En este supuesto, la ley permite a los otros herederos (sus hijos, o sus ascendientes en ausencia de estos) que impugnen este reconocimiento.

**Caducidad.** Esta acción es igualmente imprescriptible, aunque sí tiene un plazo de caducidad: 180 días, desde que el hijo o los herederos de quien reconoció hubiesen tenido el conocimiento del acto.

### **Amplitud de las pruebas.**

El Art. 234, segunda parte, adopta un régimen amplio en materia probatoria en los juicios de filiación. Dice: *“En la investigación de la paternidad o la maternidad se admitirán todas las pruebas aptas”*.

Nótese que esta disposición corresponde a la acción de reconocimiento de estado filial o filiación propiamente dicha. Vale decir, la acción dirigida por el hijo contra el padre o la madre requiriendo la paternidad o maternidad de estos. Entre las acciones de filiación esta es la que protege o es el medio tendiente a efectivizar el derecho a la identidad, consagrado en la Constitución Nacional como también en el Código de la Niñez y la Adolescencia. Llamo la atención sobre este punto, porque en mi opinión, la amplísima posibilidad en materia probatoria corresponde en el juicio en que el sujeto pretende saber quién es.

El propósito de la ley es propender, lo más que sea posible, a la concordancia entre la realidad biológica y los vínculos jurídicos emergentes de esa realidad, pero explícitamente solo establece cuando es el hijo quien reclama o impugna su filia-

ción. Por esto entiendo que protege el derecho de identidad de la persona que reclama el emplazamiento o desplazamiento de un estado de familia.

La identidad del ser humano presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico o somático, mientras otros son de diversa índole, ya sea cultural, religiosa, ideológica o política. Entonces, se entiende como identidad personal el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y no “otro”. Este plexo de características de personalidad de “cada cual” se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su “mismidad”, en lo que ella es en cuanto específico ser humano” (Derecho de Familia, N° 31/05, p. 255).

En ese sentido cabe distinguir la faz estática y la faz dinámica del derecho a la identidad. Así, el origen, la imagen, la filiación, el sexo, el estado civil, etc., hacen al aspecto estático de la personalidad, mientras que el aspecto dinámico está dado por todo aquello que define la personalidad proyectada hacia el exterior, es decir, su patrimonio intelectual, político, social, cultural, religioso, ideológico, profesional etc.

La importancia que tiene la identidad en la constitución psicológica y emocional del hombre ha llevado a reconocer constitucionalmente el derecho a la identidad en toda la gama de sus posibles contenidos. Al respecto, no debemos perder de vista que el derecho de la filiación –como aspecto estático de la identidad– ha sido expresamente reconocido en nuestra constitución la protección integral de los hijos, la igualdad de éstos ante la ley, con independencia de su filiación, y que la ley posibilitará la investigación de la paternidad (Arts. 53, 54).

Hay quienes piensan que el interés individual y de la sociedad es lograr el mayor estudio de cada caso concreto para no privar injustamente a un sujeto de un estado de familia que le corresponde. De ahí que se admiten recurrir a pruebas documentales, de informes, testificales, y las demás previstas en el Código Procesal Civil, las que deben ser interpretadas por el Juez dentro de las reglas de la sana crítica.

También adquieren especial relevancia en esta clase de juicios las presunciones del proceso civil. Como ha dicho el Tribunal de Apelación del Menor (Ac. y S. 25/2001): *“En una filiación al pretense padre se llega a través de presunciones elaboradas a partir de indicios demostrativos del hecho que se investiga”*.

Es más, en el ámbito de la filiación de los niños y adolescentes, la amplitud probatoria es aún más fuerte, pues el Código de la Niñez y la Adolescencia prevé específicamente las pruebas biológicas, como de consideración preferencial, e incluso establece la presunción de paternidad ante la negativa a prestarse a las mismas.

### **El impacto de las pruebas científicas en las acciones de filiación.**

Hoy día la medicina, y sobre todo la rama que se dedica a la investigación genética, ha dado saltos espectaculares de gran ayuda para el derecho, revolucionando todo el régimen normativo sobre la determinación de la filiación, que tradicionalmente se basaban en presunciones legales, y ahora con los adelantos de técnicas en el campo genético da la posibilidad de determinar con una certeza casi absoluta la ascendencia genética a través del análisis del ADN y los cambios que ella genera en el derecho de filiación. Realmente estas pruebas científicas llegan a tambalear las normas de determinación de la filiación, problema que debe ser considerado y resuelto según la circunstancia de cada caso, para decidir sobre la aplicación de aquellas.

De ahí, que el Código de la Niñez y la Adolescencia establece que la prueba ADN u otras pruebas científicas equivalentes serán consideradas preferentemente, y agrega que la renuencia de someterse a la misma, deberá considerarse como presunción de paternidad o maternidad (Art. 184). Es una norma manifiestamente tendiente a lograr la efectividad del derecho de identidad del menor.

Pero, como señala el Prof. MORENO RUFFINELLI, el gran problema que se presenta con todas estas nuevas pruebas biológicas, consiste en la negativa que pueda prestar quien no consiente prestarse a la toma del material que permita la dilucidación del problema.

Obviamente que existe tensión de derechos constitucionales de las personas, que exigen cautela para adoptar una postura con relación a esta cuestión.

Adhiero a la opinión de GROSSMAN, quien afirma que “No se impone la vía forzada, pero como el examen de sangre es inocuo para la salud de la persona, debe desconfiarse de una negativa injustificada. Esta resistencia constituye un abuso del derecho que solo beneficia a los litigantes de mala fe, por lo que la legislación no debe tolerar dicha actitud”. Por su parte, BOSERT y ZANNONI afirman que la *“negativa es uniformemente considerada presunción en contra de la tesis que en los autos sostiene la persona que se niega a someterse a los estudios y pruebas científicas”*. Es la solución correcta, adoptada por el C.N.A., que estimo puede aplicarse a todo juicio de investigación de filiación, aún en el campo de los mayores.

En definitiva, las nuevas pruebas biológicas son elementos revolucionarios que permitirían en su desarrollo constante la plena realización del derecho de identidad, consagrado por todo el derecho de nuestros tiempos.

### **Posesión de estado del hijo.**

**Art. 235.-** La posesión de estado de hijo se establece por la existencia de hechos que indican las relaciones de filiación o parentesco, como ser:

a) Que se haya usado el apellido de la persona de quien se pretende ser hijo;

b) Que aquella le haya dispensado el trato de hijo, y este a su vez lo haya tratado como padre o madre; y

c) Que haya sido considerado como tal por la familia o la sociedad.

Explica el Dr. MORENO RUFFINELLI “que todas estas cuestiones de hecho, y como tal deben ser demostradas en juicio y prudentemente analizadas por el Juez” (p. 552).

La posesión de estado consiste en el ejercicio fáctico de los deberes y derechos constitutivos de las relaciones familiares, y es un modo por el cual es expresada la paternidad o maternidad, una situación de hecho “representativa y presuncional” (MÉNDEZ COSTA. Derecho de Familia, p. 166), tal sería el caso de una persona que ha convivido con una persona, por quien no estaba reconocido, pero recibía el trato de hijo, gozaba de privilegio de hijos y era considerado por la sociedad como hijo de; pero no tenía el apellido del mismo.

De la lectura del Art. 235 del Código Civil Paraguayo podemos concluir que para que exista posesión de estado debe darse en forma conjunta los tres presupuestos considerados en el presente artículo.

En la actualidad, la posesión de estado es considerada una prueba más para asignar la filiación y a nuestro criterio no es necesario que haya existido la posesión para iniciar el juicio de filiación *post mortem*, dado que, con el avance de las pruebas

periciales, como lo es en este caso la del A.D.N. no es necesario la exhumación de cadáver para realizar la prueba, sin que simplemente comparar las muestras con otros familiares de la persona fallecida.

### **Limitación del reconocimiento en caso de muerte de los padres.**

**Art. 234.-** Los hijos tienen acción para ser reconocidos por sus padres. Esta acción es imprescriptible e irrenunciable. En la investigación de la paternidad o la maternidad, se admitirán todas las pruebas aptas para probar los hechos.

No habiendo posesión de estado, este derecho sólo puede ser ejercido durante la vida de sus padres.

La investigación de la maternidad no se admitirá cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada, salvo que este hubiera nacido antes del matrimonio.

Este artículo prescribe que la acción de filiación, o sea la acción de reconocimiento de estado, está limitado en su ejercicio sólo durante la vida de sus padres.

### **Indagación de la maternidad de la mujer casada; limitación.**

**Art. 234.-** Los hijos tienen acción para ser reconocidos por sus padres. Esta acción es imprescriptible e irrenunciable. En la investigación de la paternidad o la maternidad, se admitirán todas las pruebas aptas para probar los hechos.

No habiendo posesión de estado, este derecho sólo puede ser ejercido durante la vida de sus padres.



La investigación de la maternidad no se admitirá cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada, salvo que éste hubiera nacido antes del matrimonio.

La última parte de este artículo tiene por finalidad proteger la honorabilidad de la familia al prohibir la investigación de la maternidad cuando un tercero quiera atribuir el hijo a una mujer casada. Comentarios del Dr. PANGRAZIO, "Con esta norma se evitan los escándalos tribunales en homenaje al decoro de la familia.

Siendo así, en un solo caso se admite tal investigación: La mujer casada que tuvo hijos extramatrimoniales antes de contraer nupcias" (p. 207).

### **Regulación legal en el Código Civil.**

**Art. 235.-** La posesión de estado de hijo se establece por la existencia de hechos que indican las relaciones de filiación o parentesco, como ser:

- a) Que se haya usado el apellido de la persona de quien se pretende ser hijo;
- b) Que aquella le haya dispensado el trato de hijo, y este a su vez lo haya tratado como padre o madre; y
- c) Que haya sido considerado como tal por la familia o la sociedad.

**Art. 236.-** El marido podrá desconocer al hijo concebido durante el matrimonio en los siguientes casos:

- a) Si durante el tiempo transcurrido entre el período máximo y el mínimo de la duración del embarazo se hallaba afectado de impotencia o esterilidad;

b) Si durante dicho período vivía legalmente separado de su mujer, aun por efecto de una medida judicial precautoria, salvo que haya habido entre los cónyuges cohabitación, aunque sea temporal; y

c) Si en ese período la mujer ha cometido adulterio y ocultado al marido su embarazo y el nacimiento del hijo. Podrá el marido probar, además, cualquier otro hecho que excluya su paternidad.

**Art. 237.-** Mientras viva el marido, sólo a él compete el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio. Si el marido fuere declarado interdicto, la acción de desconocimiento no podrá ser ejercida por su curador sino con autorización del Juez, con audiencia del Ministerio Fiscal de Menores.

Si el curador no hubiere intentado la acción y el marido dejare de estar interdicto, podrá deducirla en el plazo establecido en el artículo siguiente.

**Art. 238.-** Fallecido el marido, sus herederos presuntos que debieren concurrir con el hijo, o ser excluidos por él, así como los ascendientes del extinto, podrán continuar la acción de desconocimiento iniciada por este.

**Art. 239.-** La acción de impugnación de la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio prescribe a los sesenta días contados desde que el marido tuvo conocimiento del parto. La demanda será promovida contra la madre y el hijo.

Si este falleciere, el juicio se ventilará con sus herederos.

**Art. 240.-** La filiación, aunque sea conforme a los asientos del Registro del Estado Civil, o, a los parroquiales, en su caso, podrá ser impugnada por el padre o la madre, y por todo aquel que tuviere interés actual en hacerlo, siempre que se alegare

parto supuesto, sustitución del hijo, o no ser la mujer madre del hijo que pasa por suyo.

**Art. 241.-** Los herederos o descendientes del hijo que ha muerto pueden continuar la acción de filiación o iniciarla cuando el hijo haya muerto siendo menor de edad y dentro de los dos años subsiguientes al cumplimiento de su mayoría de edad.

**Art. 242.-** La filiación se prueba por la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil, y tratándose de hijos matrimoniales, se requiere, además, la partida o certificado auténtico de matrimonio de sus padres.

Si el nacimiento del hijo no estuviese inscripto, o si los libros se hubieren destruido o perdido en todo o en parte, la filiación podrá demostrarse por otros medios de prueba.

A falta de inscripción y de posesión de estado, o si la inscripción se ha hecho bajo nombre falso, o como de padres desconocidos, o si se tratare de suposición o sustitución de parto, el nacimiento y la filiación podrán probarse por otros medios.

**Art. 243.-** Cuando el marido ha reconocido su paternidad expresa o tácitamente, o dejó vencer el plazo sin desconocerla, la acción no podrá ser deducida, salvo que por error o fraudulentamente el marido haya sido inducido a reconocer el hijo como propio.

En este caso la acción deberá ser promovida por el marido, sus descendientes o herederos, dentro de los sesenta días de conocido el fraude o el error.

**Art. 244.-** Los ascendientes del marido y sus herederos presuntivos, que debieran concurrir con el hijo o ser excluidos por él, podrán igualmente promover la acción de desconocimiento:

a) Cuando el esposo hubiere desaparecido o fuere incierta su existencia. El plazo establecido en el artículo anterior, deberá computarse después de transcurrido un año de la desaparición o de la ausencia, si los actores fueren los ascendientes; y si fueren los herederos, después de la declaración del fallecimiento presuntivo; y

b) Si el marido estuvo privado de discernimiento durante el plazo legal en que habría podido desconocer su paternidad, o hubiere fallecido antes de vencer dicho plazo. En el primer caso, deberá promoverse la demanda dentro de los sesenta días de haber conocido el nacimiento y en el segundo, el plazo se contará desde la fecha del fallecimiento.

**Art. 245.-** La sentencia judicial anterior al matrimonio, que reconozca la filiación extramatrimonial del hijo, seguida del matrimonio de sus padres, confiere a aquel la calidad de hijo matrimonial.

**Art. 246.-** Los efectos jurídicos previstos en el artículo anterior se extienden a los descendientes del hijo que asume la calidad de matrimonial, y alcanzan a los fallecidos al tiempo de celebrarse el matrimonio, cuando dejaren descendientes, y beneficiará también a éstos.

**Art. 247.-** El reconocimiento que hicieren los padres de sus hijos podrá ser impugnado por estos, o por los herederos forzosos de quien hiciere el reconocimiento, dentro del plazo de ciento ochenta días, desde que hubiesen tenido conocimiento del acto.

**Art. 248.-** La patria potestad, la adopción y la tutela se rigen por las disposiciones de la Ley N° 903/81 del Código del Menor.

## FILIACIÓN

### Concepto

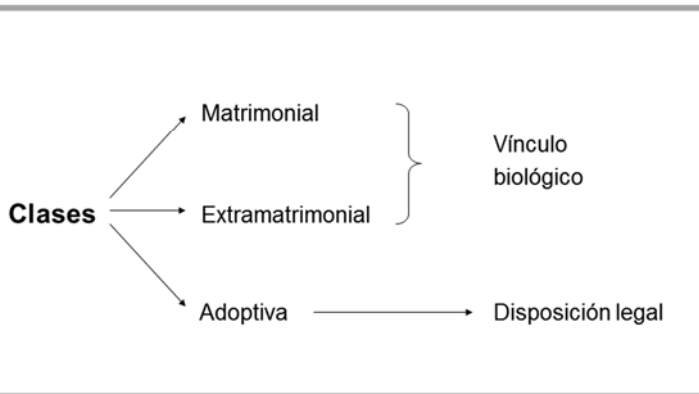


**Amplio:** es la relación natural de descendencia entre varias personas, de las cuales, unas engendran y otras son engendradas (Prayones).

**Restringido:** Es la relación inmediata del padre o la madre con el hijo (Ripert).

### Definiciones:

- El lazo de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra (Planiol y Ripert).
- El vínculo jurídico que une a una persona con sus progenitores (Belluscio).
- Es el estado de familia que se deriva de la relación entre dos personas de las cuales una es el hijo y la otra el padre o la madre (Moreno Ruffinelli).



**FILIACIÓN MATRIMONIAL** (Artículos 225 – 226 C.C.)

**Son hijos matrimoniales:** Los nacidos **DESPUES** de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, y **DENTRO** de los trescientos siguientes a su disolución o anulación, si no se probase que ha sido imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubieren precedido al matrimonio.

**OTROS SUPUESTOS:**

- Los nacidos de padres que al tiempo de la concepción **PODIAN CASARSE**, y que hayan sido **RECONOCIDOS** antes, en el momento de la celebración del matrimonio de sus padres, o hasta sesenta días después de ésta.
  
- Los nacidos **DENTRO** de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, si el marido, antes de casarse, tuvo conocimiento del embarazo de su mujer, o si consintió que se lo anotara como hijos suyos..., o de otro modo, los hubiere reconocido expresa o tácitamente.
  
- Los hijos nacidos después de la reconciliación y cohabitación de los esposos separados por sentencia judicial.
  
- Hijos nacidos después de la reconciliación de los esposos.

**SITUACIONES ESPECIALES EN CASO DE 2º MATRIMONIO**

**HIJO DEL PRIMER MATRIMONIO** (Art. 227): el que naciere antes de los 180 días de celebrado el segundo matrimonio, siempre que naciere dentro de los 300 días de disuelto o anulado el primero.

**HIJO DEL SEGUNDO MATRIMONIO** (Art. 228): el que naciere después de los 180 días de su celebración, aunque esté dentro de los 300 días posteriores a la disolución o anulación del primero.

Estas presunciones legales no admiten prueba en contra ( jure et de jure).

### FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Art. 230: Son hijos extramatrimoniales los concebidos fuera del matrimonio, sea que sus padres hubiesen PODIDO CASARSE al tiempo de la concepción, sea que hubiesen EXISTIDO IMPEDIMENTOS para la celebración del matrimonio.

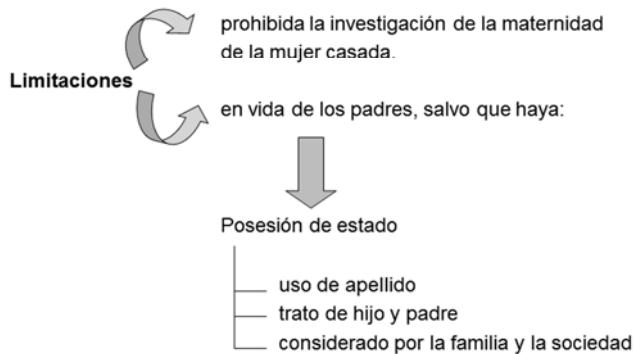


#### CARACTERES:

- acto unilateral no recepticio
- acto puro y simple
- irrevocable
- declarativo de estado

### Acciones de filiación

1) Acción de Reconocimiento. Imprescriptible, irrenunciable.



2) **Acción de desconocimiento.** Supuestos permitidos (Art. 236):

- si durante el tiempo de la concepción, el marido estaba afectado de impotencia o esterilidad.
- si durante el tiempo de la concepción vivía legalmente separado de su mujer, salvo que haya habido cohabitación entre los cónyuges
- si en ese periodo la mujer ha cometido adulterio y ocultado al marido su embarazo y el nacimiento del hijo.

**Podrá el marido probar además, cualquier otro hecho que excluya su paternidad.**

3) **Acción de contestación.** Es la acción de impugnación por los hijos en contra del reconocimiento que hicieron sus padres del mismo.





## CAPÍTULO XIII

# LA CURATELA

**Sumario:** 1. Consideraciones previas. - 2. Concepto. 3. La curatela en el Código Civil. La curatela de personas. ¿A quiénes se les designa un curador? - 4. Clases de curatela. - 5. ¿Quiénes son los curadores legítimos? - 6. La función principal del curador de personas. - 7. Casos en que puede ser recluso el sujeto a curatela. - 8. Caso del incapaz que tuviera hijos menores. - 9. Cese de la curatela de personas. - 10. La curatela de bienes. Diferencia con la de personas. - 11. En qué casos se da. - 12. Las limitaciones impuestas por la ley a los actos del curador de bienes. 13. Fin de curatela de bienes.

### 1. Consideraciones previas.

Consideramos que la capacidad, que consiste en la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones; es un atributo esencial de la persona, tan es así que se afirma que *“persona es quien tiene capacidad; quien tiene capacidad es persona”*. Esto es en cuanto al goce de los derechos, capacidad de derecho sin la cual no puede concebirse la existencia de una persona, diferente a capacidad de hecho que es la posibilidad que la persona tiene de valerse por sí misma para realizar su propia vida jurídica, que no siempre se da en todas las personas. Un individuo puede ser titular de una serie de derechos, pero estar privado por la ley del poder o de la facultad de ejercerlos por sí mismo, por carecer de la suficiente madurez intelectual o de discernimiento (menores, enfermos mentales, sordomudos), y la misma

ley intenta suplir esa insuficiencia, estableciendo quiénes serán incapaces de hecho y la forma como puede suplirse esta incapacidad.

Estas incapacidades de hecho son establecidas por la ley en interés del incapaz, para protegerlos de personas inescrupulosas que puedan abusar de ellas explotando precisamente las deficiencias del incapaz. Pero esto, paradójicamente, coloca al incapaz en una situación de desventaja frente a las demás personas, dado que no pueden realizar actos por sí mismo, bajo pena de nulidad. De ahí que la tutela jurídica sobre estas personas no sería completa si la ley se limitara a decretarlas incapaces y vedarlas y a vedarlas la realización por sí mismas de actos jurídicos. Por ello se ha previsto también medios complementarios con los que se organiza un adecuado sistema de protección que se fundamenta en el principio constitucional de igualdad ante la ley, el cual impone la necesidad de arbitrar los recursos técnicos jurídicos tendientes a colocar al incapaz, legalmente considerado inepto para la actividad jurídica, en paridad de condiciones con las demás personas, sujetos potenciales de derechos y deberes como él, en la vida de relación (MORENO RUFFINELLI, p. 284).

## 2. Concepto.

“Se llama curatela a la *representación legal* del interdicto y a la *asistencia* del inhabilitado; y *curadores* son quienes cumplen esas funciones, que naturalmente no son las mismas tratándose de una u otra clase de incapacidad. El curador representa al interdicto, mientras que al inhabilitado asiste”.

Según CARLOS H. ROLANDO “*Se llama curatela a la representación legal de los incapaces mayores de edad, correspondiendo a los dementes y sordo mudos que no saben darse a entender por escrito*” (p. 315).

MANUEL OSSORIO, en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, nos dice que la curatela es una institución supletoria a la capacidad de obrar de las personas, referida –a diferencia de la tutela (v) en los ordenamientos legales dualistas al respecto– a los mayores de edad. Lo ejerce por ello el llamado curador.

### **3. La curatela en el Código Civil. Curatela de personas. ¿A quiénes se les designa un curador?**

**Art. 266.-** Se nombrará judicialmente curador a las personas interdictas o inhabilitadas. Son aplicables a la curatela, las disposiciones del Código del Menor relativas a la tutela, con las modificaciones establecidas en este capítulo. Las disposiciones vigentes en relación a la Tutela están consagradas en el Código de la Niñez y la Adolescencia, Capítulo III, Arts. 110/157.

Como ya se ha mencionado en la lección referente a interdictos e inhabilitados, el nombramiento de un curador requiere una resolución judicial, donde se indique en forma clara e inequívoca el nombre del curador y las causas que dieron la convicción al Juez de que la persona necesariamente debía contar con el nombramiento de un curador para representarlo y que la persona declarada interdicta o inhabilitada no contaba con plena capacidad para obrar por sí misma.

En cuanto a las personas inhabilitadas, que hayan sido declaradas como tales, mediante resolución judicial, debemos mencionar que la doctrina caracteriza únicamente la misión del curador como “asistencia”, no de representación (ROLANDO, 323). El inhabilitado está sometido al control del curador solo en aspectos determinados, cuales son los actos de disposición y algunos de administración. Quien realiza el acto es el inhabilitado con la conformidad del curador, cuyo asentimiento “remueve los límites del poder de disposición e integra el acto, siendo indispensable para su validez” (MÉNDEZ COSTA, p. 29).

#### 4. ¿Quiénes son los curadores legítimos?

**Art. 269.-** Serán curadores legítimos:

- a) El marido, de su esposa, y recíprocamente; si no estuvieren separados;
- b) Los hijos mayores de edad, del padre o madre viudos. Cuando hubiere más de uno, el Juez elegirá al más idóneo.
- c) El padre, o la madre, respecto de sus hijos solteros, o viudos que no tuvieren hijos en condiciones de ejercer la curatela; y
- d) Los hermanos y los tíos que podrían ser tutores.

La norma consagra el principio de unidad de curatela. No admite la gestión conjunta de dos o más curadores. También consagra la regla que los parientes más próximos están obligados, en primer lugar, respecto al interdicto (PANGRAZIO, p. 235). Como ya se ha mencionado anteriormente a la curatela son aplicables las disposiciones del Código de la Niñez y la Adolescencia, por lo que gran excepción en relación a la gestión conjunta de dos curadores se da cuando es nombrado un curador especial a más del curador general y la función del primero no tiene la virtualidad de anular al segundo.

Para mayor entendimiento de lo antes apuntado, analizaremos el Art. 126 del Código de la Niñez y la Adolescencia, que establece cuanto sigue: *“El tutor especial solo puede intervenir en el negocio y gestión para el cual ha sido designado. Su designación no modifica el ejercicio de la patria potestad ni las funciones del tutor general”*.

#### 5. La función principal del curador de personas.

Siguiendo con las disposiciones del Código de la Niñez y la Adolescencia que se aplican en forma subsidiaria en lo refe-

rente a la curatela, la función principal del curador se convierte en obligación, puesto que así lo establece el Art. 114 del Código de la Niñez y Adolescencia, dichas obligaciones son alimentar, asistir y educar al interdicto o inhabilitado.

Las funciones principales que el curador debe tener con el interdicto o el inhabilitado:

La *asistencia* no implica sustitución del incapaz, sino que actúa conjuntamente con él, a fin de proteger efectivamente sus intereses. Mientras que, en la representación, como se suele decir, el incapaz no aparece ni comparece, puesto que la voluntad del representante es la que prevalece en forma absoluta. Por ejemplo, cuando el inhabilitado realiza un negocio que conlleva la disposición de sus bienes, lo realiza personalmente, pero con autorización de su curador (Art. 90 C.C.). En un ejemplo gráfico se dice que el curador del inhabilitado es como la muleta que ayuda a caminar a un cojo. Sin ella no puede caminar.

La representación, en cambio, conlleva la carencia total de la voluntad propia del incapaz, la que se encuentra totalmente succionada por la de su curador, quien es el que actúa en su nombre.

Debe señalarse que la ley establece que la obligación principal del curador es cuidar que el interdicto recupere su salud y capacidad, para lo cual destinará preferentemente la renta de sus bienes y si se tratare de un sordo mudo, procurará su reeducación (Art. 80 C.C.). Por mi parte, considero que no solo la renta debe comprometerse a esos fines sino también el capital si necesario fuere.

## **6. Casos en que puede ser recluso el sujeto a curatela.**

**Art. 267.-** Los incapaces sujetos a curatela solo serán reclusos o albergados, por resolución judicial, en establecimien-

tos apropiados, cuando fuere necesario para su seguridad, la de terceros, o su restablecimiento.

Comenta el Dr. PANGRAZIO, *“Se está previendo la situación peligrosa de los enfermos mentales o de enfermedades peligrosas que requieren el aislamiento del interdicto. La reclusión en establecimientos apropiados como lo son los hospitales psiquiátricos o sanatorios especializados, debe ser ordenada por resolución judicial. El curador por sí no puede trasladar al incapaz, salvo extrema urgencia que requiera la internación del interdicto. El curador deberá, inmediatamente, poner a conocimiento del Juez la medida adoptada y solicitar la autorización judicial para la internación que podrá ser temporal o definitiva, según así lo recomienden los facultativos”* (p. 234).

En el caso de que sea necesaria la reclusión del demente, tal solicitud puede realizarse después de pronunciada la sentencia de declaración de incapacidad por demencia, el curador puede confiar la guarda del insano a terceros. Para internarlo en un establecimiento asistencial, pero indefectiblemente requiere de autorización judicial. La solicitud que realice el curador debe fundarse en el temor de que el demente puede dañarse a sí o dañar a otros y que su internación o reclusión sea más conveniente para su pronta recuperación.

## **7. Caso del incapaz que tuviera hijos menores.**

**Art. 270.-** Siempre que el incapaz tuviere hijos menores, el curador de aquel será también tutor de estos. Si la curatela fuere de una mujer encinta, se extenderá al hijo concebido.

El Dr. PANGRAZIO explica, *“la norma dispone la unificación de la asistencia tanto del padre incapaz como de sus hijos menores sometidos a la tutela. El curador del incapaz también asume la tutela de los hijos del interdicto. La ley no admite que el padre incapaz tenga un curador y los hijos de este (padre incapaz) sean asistidos por un tutor extraño. La institución tiene su razón en la necesidad de unificar*

*la representación del padre bajo interdicción y del hijo menor” (p. 235).*

### **8. Cese de la curatela de personas.**

**Art. 271.-** Cesará la curatela por la resolución judicial que levante la interdicción o la inhabilitación, y en los casos en que cesa la tutela.

La curatela concluye en los casos previstos en el Código de la Niñez y la Adolescencia, Art. 149, por muerte o incapacidad del curador, remoción decretada por el Juez, excusación admitida por el Juez, fallecimiento del interdicto o el inhabilitad y por la rehabilitación mental o física de la persona declarada incapaz por el Juez.

No basta con la recuperación del insano para que cese la curatela; también se requiere la resolución judicial pertinente.

En nuestra estructura legislativa, observamos que la tutela es regulada por el Código de la Niñez y la Adolescencia, en tanto que la curatela por el Código Civil. Se aparta de VÉLEZ SANSFIELD, quien reunía ambas instituciones en un solo capítulo de disposiciones (PANGRAZIO, p. 235). Como hemos visto, la curatela termina por todos los motivos o causas que ponen fin a la tutela, pero tiene uno en particular; cuando haya cesado la causa que le dio origen, esto es la rehabilitación del interdicto. Para ello es necesaria la sentencia que levante la interdicción.

### **9. La curatela de bienes. Diferencia con la de personas.**

*“La curatela de los bienes, específicamente, tiene por objeto salvaguardar los intereses de una persona mediante la designación del curador, quien asumirá la obligación de administrarlo” (p. 236), mientras que la de personas tiene por objeto asistir, representar y lograr la recuperación del interdicto o inhabilitado.*

*“La curatela de bienes es subjetiva y no objetiva. Interesa la conservación del patrimonio del incapaz ante la ausencia, desaparición u otras circunstancias previstas en la ley”* (p. 236). Sin embargo, a la de personas le interesa el ser que está sometido bajo la institución de la curatela.

#### **10. En qué casos se da.**

**Art. 272.-** Además de los casos previstos por este Código, se proveerá judicialmente de curador a los bienes de una persona, cuando ésta se ausentare o desapareciere de su domicilio, ignorándose su paradero, sin dejar mandatario para administrar sus bienes.

**Art. 273.-** Procederá también el nombramiento de curador a los bienes de un ausente, aunque sea conocido su paradero, si él se hallare imposibilitado de proveer al cuidado de sus bienes, siempre que haya urgencia.

**Art. 274.-** Cuando un difunto dejare herederos no domiciliados en la República, el curador será nombrado con arreglo a los tratados ajustados con los países de sus respectivos domicilios.

#### **11. Las limitaciones impuestas por la ley a los actos del curador de bienes.**

**Art. 275.-** Los curadores de bienes, sin perjuicio de las limitaciones fijadas a los tutores, sólo podrán ejercer actos de mera custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas.

Les corresponde, asimismo, entablar las acciones y hacer valer las defensas judiciales de su representado.

Los acreedores, con referencia a los bienes sometidos a la curatela, dirigirán sus demandas contra dichos representantes.



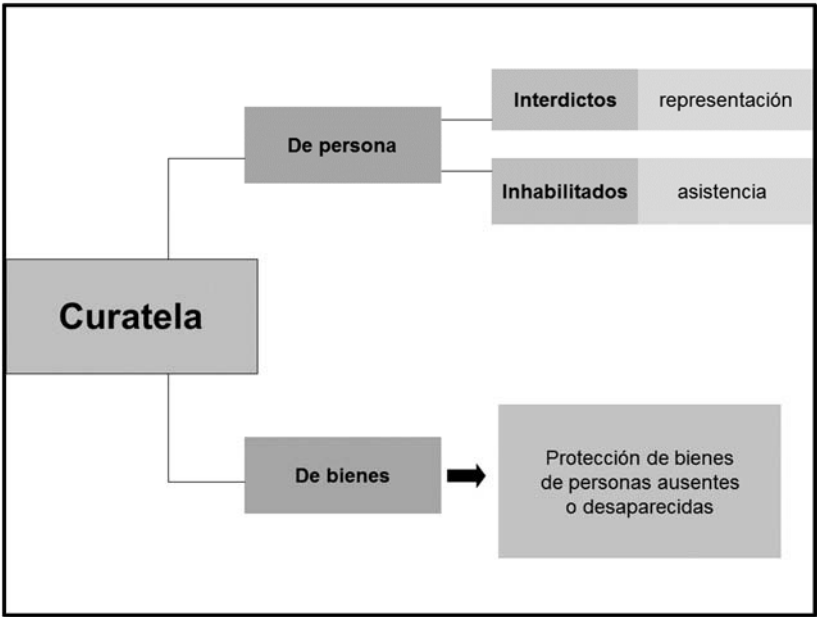
*“Esta norma limita las atribuciones del curador con respecto a sus funciones. Sus actos deben circunscribirse a los de mera administración que tengan por objeto preservar los bienes del incapaz. No tiene facultad para disponer de los bienes del interdicto o el inhabilitado. En consecuencia, el curador no podrá, vender, hipotecar ni preñar los bienes de su representado”* (p. 236). Ningún acto podrá realizarse sin previa autorización judicial. Se pueden asimismo aplicar las disposiciones establecidas en el Código de la Niñez y la Adolescencia, Arts. 144, 145, 146, 147 y 148. Los curadores asumen la representación procesal en los juicios, actúan como actores o asumen la defensa del representado.

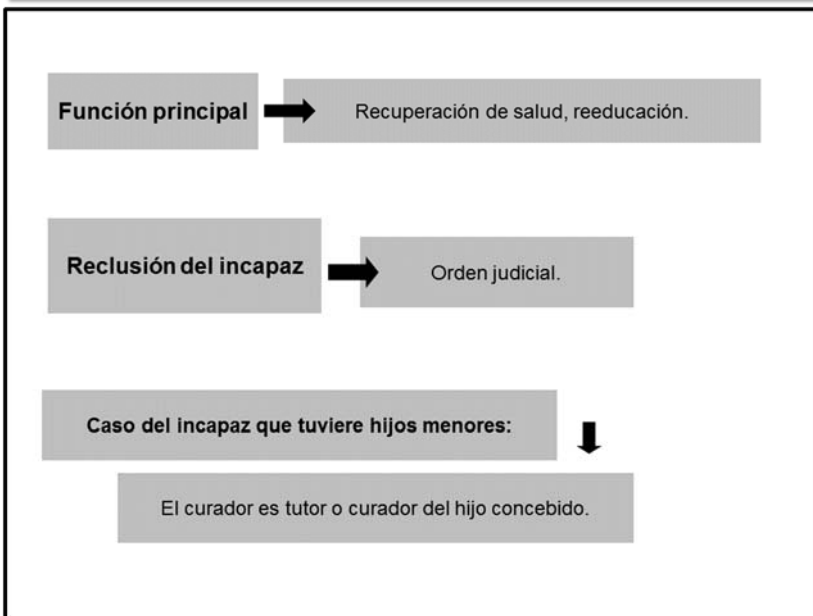
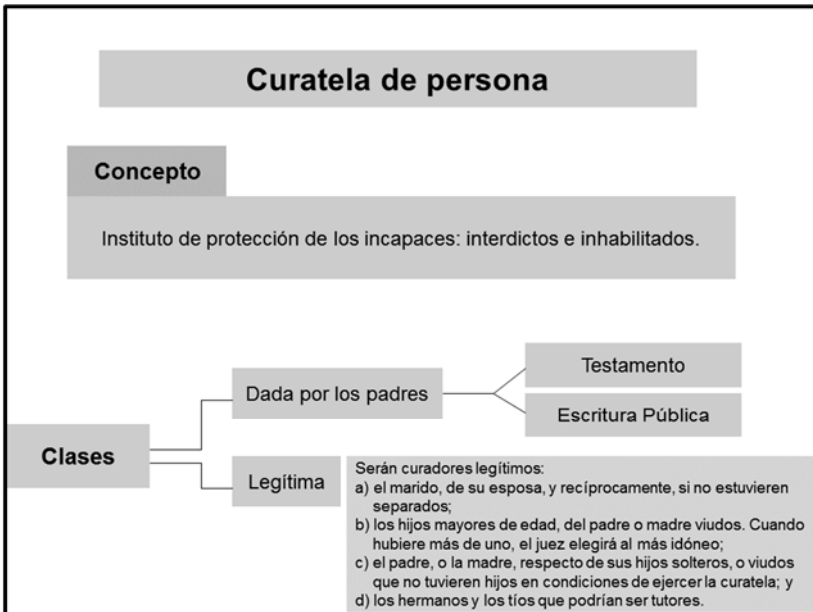
### **13. Fin de curatela de bienes.**

**Art. 276.-** La curatela de bienes termina por extinción de éstos, por haber cesado la causa que la motivó, o por la entrega de los mismos a su dueño.

La curatela de los bienes puede concluir también, por dispuesto en el Código de la Niñez y la Adolescencia, por las causas mencionadas en el Art. 149 y ya transcritas anteriormente y conforme el Art. 150 por la desaparición de la causa que la hubiere producido, siempre que media una resolución judicial que así lo disponga.

# CURATELA





## Cese de la curatela

- Resolución judicial que levante la incapacidad.
- Muerte del incapaz.
- Muerte o incapacidad del curador.
- Remoción.
- Excusación.

## Curatela de bienes

### Casos

Propietario ausente con paradero desconocido, sin dejar mandatario.

Con paradero conocido, pero imposibilitado de cuidar sus bienes, si hay **urgencia**.

Cuando un difunto dejare heredero no domiciliado en el país.

### Limitaciones de los bienes

- Solo pueden ejercer actos de custodia y conservación.
- Cobro de créditos y pagos de deudas.
- Ejercer acciones y hacer valer defensas de su representado.

**FIN**



- Extinción de los bienes.
- Desaparición de la causa.
- Entrega a su dueño.





## REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

MÉNDEZ COSTA, M. J. y otros (1982). *Derecho de Familia* (Tomo 1, 2). Santa Fe, Argentina: Ed. Rubinzal y Culzoni.

MORENO RUFFINELLI, J. A. (2009). *Derecho de la Familia* (Tomo 1 y 2). Asunción, Paraguay: Intercontinental.

OSSORIO, M. (1984). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires, Argentina: Heliastas.

BORDA, G. A. (2002). *Manual de Derecho de Familia* (12<sup>a</sup> ed.). Buenos Aires: Argentina. Abeledo Perrot.

PANGRAZIO, M. Á. (1990). *Código Civil comentado*, Asunción, Paraguay: Intercontinental Editora.

PEÑA CANDIA, MIRYAM (2015). *Presentaciones en Power Point*.

LÓPEZ DEL CARRIL. *Derecho y obligación alimentaria*. Editora Abeledo-Perrot S.A. Buenos Aires.

BELLUSCIO, A. C., *Manual de derecho de Familia* (Tomo 1),

ZANNONI, E. (1993). *Derecho civil de Familia* (Tomo 1), (2<sup>a</sup> ed.). Buenos Aires. Editorial. Astrea.

BOSSERT, G. (1992). *Régimen Jurídico del Concubinato* (3<sup>a</sup> ed.). Asunción: Ed. Astrea.

BOSSERT, G. y ZANNONI, E. *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires. Editorial Astrea, 1988.

PUCHETA ORTEGA, J. (1988). *Derecho Paraguayo Social de Familia*. Asunción: Editorial El Foro.

VAZ FERREIRA, E. (1979). *Tratado de la Sociedad Conyugal*. (Tomo 2). (3ª ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea.

SOLARI, N. E. (2005). *Matrimonio: Celebración, Impedimentos y Nulidades*. (1ª ed.). Buenos Aires: Argentina. La ley.

GUAGLIANONE, A. H. (1965). *Disolución de la Sociedad conyugal*. Buenos Aires: Ediar.

CASCO PAGANO, H. (2011). *Código Procesal Civil. Comentado y Concordado*. (11ª ed.) (Tomo 2), Asunción: Ediciones y Arte.

RÍOS ÁVALOS, BONIFACIO, y otros (1995). *Introducción al Estudio de los Hechos y Actos Jurídicos en el Código Civil Paraguayo* (2ª Ed.). Asunción: Editora Paraguaya.

MÉNDEZ COSTA, M. J. y D. H. D'ANTONIO (1986). *Derecho de Familia. Filiación - Patria Potestad* (Vol. 2). Santa Fe: Ed. Rubinzal y Culzoni.

BOGARÍN ALFONSO, y BOGARÍN ALFONSO. R. (2006). *Derecho de la Niñez y la adolescencia. Marco Jurídico. Aspectos esenciales*. Asunción: s/Ed.

YUNGANO, A. (1991). *Manual Teórico y práctico de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas.

BORDA, GUILLERMO A. (1959). *Tratado de Derecho Civil Argentino* (2ª ed.). Buenos Aires: Editorial Perrot.







