

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS DISTINTOS TIPOS DE FAMILIA

Josefina Sapena Giménez*

Resumen. Por el principio de autonomía de la voluntad las personas tenemos la soberanía de reglar nuestros derechos mediante acuerdos que tendrán fuerza de ley entre las partes. Sin embargo, en aras de la protección de la familia, y de sus miembros, se ha otorgado carácter de orden público a numerosas disposiciones del derecho de familia, lo cual implica que estas no son susceptibles de derogación por convenciones particulares. Se impone una revisión acerca de la adecuación de mantener el carácter de orden público de esas disposiciones, pues como consecuencia de numerosos factores –la globalización, las técnicas de reproducción asistida y la evolución de los derechos humanos- en los últimos años el derecho de familia ha sufrido una evolución que ha influido hasta en el mismo concepto de “familia”, lo cual permite suponer que pudo haber cambiado el concepto de orden público, pues dicho concepto no es inmutable, sino que debe responder a los criterios éticos de la época en que debe regir.

* Abogada, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Asunción. Profesora titular de la cátedra de Hechos y Actos Jurídicos en la Facultad de Derecho de la Universidad Americana y del Post-grado en la Maestría en Derecho Civil y Comercial de la misma universidad. Correo-e: josapena@rieder.net.py

La autonomía de la voluntad en el derecho de familia

La teoría de la autonomía de la voluntad sostiene esencialmente la soberanía de los individuos para reglar sus derechos mediante un acuerdo de voluntades (convención o contrato), acuerdo éste que tiene fuerza de ley entre las partes.

Pero no se trata de un concepto absoluto. Según la Enciclopedia Jurídica Omeba, *“únicamente se puede hablar de plena autonomía de la voluntad en el terreno de lo puramente psicológico. Ella es inconcebible en cuanto se refiere a la voluntad jurídica, porque uno de sus elementos internos, la libertad, siempre ha estado limitada por leyes imperativas que se refieren al orden público, la moral y las buenas costumbres”*.¹

El Código Civil paraguayo, art. 9 establece que: *“... los actos jurídicos no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres”*. De manera que si bien las convenciones particulares son regla para las partes, a la que deben someterse como a la ley misma, son nulas si resultan contrarias a las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.

La intervención del Estado en las diversas manifestaciones de la actividad diaria de las personas, como lo sería un acuerdo laboral, o un contrato patrimonial de cualquier tipo (compraventa, alquiler, etc.), o la decisión de formar familia, etc. se justifica en la defensa de los intereses superiores de la sociedad, función que le cabe desempeñar al Estado, en la concepción contemporánea. Atrás ha quedado la noción del Estado como simple espectador, garante del orden público y social, ahora se considera que el Estado debe asumir acciones positivas a favor de los intereses generales de la sociedad.

Entonces, tal intervención del Estado, no implica atentar contra la autonomía de la voluntad sino afirmar aquellos intereses colectivos que

¹ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo I-A. Driskill S.A. Argentina.1986.

las convenciones particulares no podrían dejar sin efecto, como no fuera por resultado de una libertad mal entendida.

Dicho esto, tampoco podemos desconocer que cuanto más interviene el Estado, menos libertad le toca gozar a los particulares, y que el ideal de sociedad que preconiza el derecho internacional y nacional vigente en la mayoría de nuestros países, es una sociedad democrática y pluralista. Si la mayoría de las decisiones familiares tienen que ser tomadas de acuerdo con las reglas impuestas por el Estado, esto probablemente indicaría que el Estado está inmiscuyéndose en exceso en el ámbito de desenvolvimiento de la familia, porque la función del Estado no es sustituir a la familia, sino que simplemente es apoyar a sus miembros cuando ésta fracasa como centro de protección.

La autonomía de la voluntad en el área del derecho de familia ha tenido, históricamente, un margen estrecho donde desenvolverse, por el alto contenido de temas que se consideran de “orden público” en dicha área. Paradójicamente, es justamente en las relaciones familiares, en donde el derecho a la privacidad de una persona, debería tener el campo más amplio de libertad y desenvolvimiento, pues todas las decisiones atinentes a la formación de una familia tienen el más alto tinte personal: elegir la pareja, casarnos o simplemente hacer una vida en común, decidir si queremos tener hijos/as, seguir juntos o separarnos, cómo queremos manejar nuestra economía familiar, cuál es la distribución de funciones que queremos implementar, etc.

Es por ello por lo que el tema de la intervención del Estado sobre la autonomía de la voluntad en temas familiares es muy molesto, porque hay una tensión importante entre el deseo de los particulares de que se respeten sus decisiones relativas a su vida familiar, y la obligación que tiene el Estado de proteger a la familia como institución sobre la cual se asienta el orden social, y a los miembros de la familia.

En la actualidad se observa una tendencia a la disminución de las cuestiones familiares consideradas como de orden público. Es que en

realidad, tratándose de cuestiones que atañen a la vida personal, quién mejor para decidir qué camino tomar, que los propios afectados? En el caso de una pareja, ¿quién puede saber mejor que ellos qué tipo de compromiso desean asumir en su vida de relación (matrimonio o unión de hecho), si desean seguir la relación (de pareja) o desean separarse, quien se queda a vivir con los hijos en caso de separación de la pareja, cómo manejar la economía familiar, etc.

Por supuesto que tampoco se puede desconocer que muchas personas no cumplen con sus compromisos familiares, y como consecuencia, se cometen muchas injusticias en el marco de una familia: violencia familiar, desigualdad de derechos hombre/mujer, desprotección de los hijos, o de los padres ancianos, etc. En estas situaciones se puede hablar de que la familia ha fracasado como centro de protección y educación de los hijos, y por ende, no se puede dejar de tener un plan B, para estos casos. Justamente, ese plan B, debe ser ejecutado por el Estado, su actuación debe ser subsidiaria a la de los particulares en el campo de las relaciones familiares.

El principio de subsidiariedad consiste, *“en que una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, privándola de sus competencias, sino que más bien debe sostenerla en caso de necesidad y ayudarla a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común”*.²

El principio de subsidiariedad aplicado al derecho de familia implica, según el Dr. José A. Moreno Rufinelli, entre otras cosas:

a) *en primer lugar, un reconocimiento explícito de la libertad y dignidad del ser humano que es miembro individual de dicha familia – sea éste el marido, la mujer o los hijos. De ahí que se hable de principios*

² Centesimus Annus, apartado 48; Quadregesimo Año, 184-186. Citado por José A. Moreno Rufinelli, *Derecho de Familia*, Asunción, Intercontinental Editora, 2005, t. I, p. 46.

insoslayables como la igualdad jurídica de los cónyuges o el interés superior del niño;

b) en segundo lugar, implica la primacía de la familia por sobre el Estado y los otros grupos sociales: ni el Estado ni otro grupo más extenso pueden exigir un interés superior por sobre la familia, obligándola a sacrificarse en aras de un objetivo supuestamente superior. Cualquier política que busque someter a la familia a un supuesto interés superior será injusta;

c) La familia es sin dudas un santuario de vida, y la intimidad y privacidad de la misma debe ser respetada por los demás grupos sociales;

d) La familia no es meramente un conglomerado de individuos sino una comunidad de solidaridad;

e) La familia, para realizar plenamente su vocación y ante carencias materiales, necesitará sin dudas de cierto apoyo del Estado.³

La reglamentación de los derechos en el derecho de familia

El derecho de familia, al igual que las demás áreas del derecho, contiene normas de diferente rango en su haber. Están las disposiciones de tercer orden: códigos, leyes, etc. Las de segundo orden: instrumentos internacionales, y las de primer orden: normas constitucionales.

Las normas jurídicas de primer orden tienen prelación sobre las de 2º y 3er. orden y las de 2º orden sobre las de 3er. orden. Significa que ninguna norma jurídica de 3er. orden puede rebatir disposiciones de 2º orden, y que ninguna norma de 2º y 3er. orden pueden controvertir las normas constitucionales.

³ José A. Moreno Ruffinelli, op. cit., t. I, pp. 46/47.

Además de este criterio básico de aplicación de la ley, también tenemos que tener en cuenta que algunas disposiciones del derecho de familia –contenidas en instrumentos normativos de 3er. orden- se consideran de orden público, lo cual las convierte en irrenunciables, y resta eficacia a cualquier convención que pudieran acordar las partes, cuando se pretenda esquivar el cumplimiento de esas disposiciones.

Entonces, no todas las disposiciones relativas al derecho de familia tienen el mismo rango en el orden de prioridad de las leyes, y no todas son negociables. Determinar esto es de la máxima importancia para poder distinguir aquellas que pueden ser objeto de convenciones particulares y aquellas que no pueden serlo.

Se impone como siguiente paso responder a la pregunta: ¿cuáles son las disposiciones de orden público actualmente en vigor? Para responder a esta pregunta es necesario tener en cuenta algunos principios, como los siguientes:

Art 9º C.C.P: *los actos jurídicos no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres; y*

Art. 27 C.C.P: *Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no establece otro efecto para el caso de contravención.*

Aplicando esto al derecho de familia, podemos afirmar entonces que son de orden público:

a) Aquellas obligaciones de hacer/no hacer a las cuales la ley expresamente les confiere la entidad de ser principios de orden público; (ejemplo: Art. 2º, Ley Nº 1/92).

b) Todas las disposiciones que establecen obligaciones de hacer o no hacer, a no ser que

- La ley establezca que las partes pueden acordar algo distinto;
- La ley establezca que el juez pueda eximir del cumplimiento de dicha obligación de hacer o no hacer; o
- la ley establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

Aunque hay que reconocer que actualmente se observa una tendencia a ampliar el margen que corresponde a las cuestiones de familia que son delegadas a la autonomía privada, aún así todavía hay numerosas disposiciones en derecho de familia que son consideradas de orden público. Todas las disposiciones correspondientes a la capacidad para contraer matrimonio e impedimentos matrimoniales, las formalidades para contraer matrimonio, o para probar el matrimonio, los efectos de los distintos regímenes patrimoniales del matrimonio (comunidad de bienes, participación diferida o separación de hecho), la prohibición de contratar entre esposos, las causales de nulidad del matrimonio, las formalidades para inscribir a los hijos, o reconocerlos, o adoptarlos, las limitaciones a la acción de desconocimiento de la paternidad/maternidad, o de investigación de la maternidad de mujer casada, todas las disposiciones que establecen derechos y obligaciones entre los esposos son de orden público, por ejemplo, la obligación de fidelidad y cohabitación, la igualdad de derechos y obligaciones entre el hombre y la mujer, las obligaciones de la patria potestad, entre otras.

A lo que apuntamos mencionando esta extensa lista es a demostrar que son numerosas las cuestiones consideradas de orden público en el derecho de familia y que se impone hacer un análisis con el objeto de determinar si realmente se justifica que sean mantenidas así, pues, es posible que hasta el mismo concepto de orden público haya variado. En efecto, el orden público no es inmutable, se amolda a los criterios éticos de la época en que debe regir.

En palabras de Nora Lloveras-Marcelo Salomón: “... *Cuadra destacar que el contenido del orden público muta o cambia según las*

*valoraciones sociales imperantes en la comunidad. Así pues, el legislador considerará que pertenecen al orden público determinadas materias conforme a las circunstancias temporales, espaciales, sociológicas y axiológicas de la sociedad a la que se destina la norma”.*⁴

De hecho, creemos que son tantos los cambios que el mundo ha sufrido en los últimos 30 años, que no es razonable evitar este análisis. Ha cambiado la forma en que los seres humanos nos comunicamos, nos reproducimos, nos transportamos, trabajamos, vemos la vida. El concepto de familia no escapa a esa evolución.

Los avances tecnológicos en el área de las comunicaciones y el transporte han dado lugar a un mundo globalizado, y el intercambio fluido de informaciones, valores, experiencias, creencias, tradiciones y costumbres, ha producido una evolución en los valores que sustentan el derecho de familia.

Asimismo se han reconocido nuevos derechos humanos y/o se ha ampliado el ámbito de aplicación de los derechos humanos de primera generación. La persona es sujeto titular de los derechos humanos que le reconocen los tratados internacionales de DDHH y los derechos humanos se han internacionalizado, lo cual significa que cualquier vulneración a DDHH puede ser denunciada por el afectado tanto a nivel nacional como ante los organismos internacionales creados al efecto.

Se han realizado descubrimientos trascendentes en el área de la genética, como ser el ADN y las técnicas de reproducción asistida, los cuales se vienen aplicando a millones de personas en los últimos 30 años, a pesar de que el derecho aún no ha podido reglamentar todos sus efectos.

⁴ Nora Lloveras-Marcelo Salomón, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2009, p.73.

Estos descubrimientos afectan a muchos de los principios en que se sustentaba el derecho de familia, especialmente en el área filiatoria, como ser, las presunciones legales de determinación de vínculos paterno/filiales, las causales para impugnar una filiación, las fuentes de la filiación, entre otros.

El descubrimiento de técnicas de reproducción asistida ha hecho posible que la reproducción se realice no solo sexualmente sino también artificialmente, y son miles las personas infértiles que acuden al auxilio de las mismas, dando origen a modelos familiares diferentes a la tradicional familia matrimonial.

El aumento en número de otros modelos de familia que coexisten con el tradicional modelo matrimonial ha cedido la resistencia de la sociedad a negar que esos otros modelos de familia también pueden cumplir los fines principales que se atribuyen a la familia.

Este cambio de paradigmas obliga a replantear todas las disposiciones existentes en el derecho positivo, no hay que olvidar que los tratados internacionales se encuentran en un nivel superior a las leyes de tercer orden en la pirámide de Kelsen, y que la firma de un tratado de derechos humanos obliga al Estado no solamente a respetarlo, en sus relaciones con los particulares, sino también a garantizar su cumplimiento, tomando medidas de acción positivas a fin de evitar la violación de derechos por parte de otros particulares, mediante el dictamiento de leyes adecuadas y/o de políticas públicas.

La autonomía de la voluntad en los diversos tipos de familia

Hoy día el porcentaje de autonomía de la voluntad que permite el derecho de familia es un tema que adquiere relevancia por la incertidumbre que existe al respecto. Los factores que causan esa incertidumbre son:

a) la gran cantidad de modelos familiares diversos a la familia nuclear, que se observan en la realidad social, y

b) la postura abstencionista que ha asumido el derecho frente a la existencia de esos nuevos modelos de familia.

Como antes lo hemos afirmado, los límites al principio de la autonomía de la voluntad son marcados por el orden público, manifestado en las diversas leyes que reglamentan los distintos temas.

Ahora bien, ¿cómo se puede definir los límites del principio de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia de un modelo de familia que no ha sido objeto de regulación por el Estado, en cuanto a sus efectos, a sus requisitos, etc.?

El principio de la autonomía de la voluntad en un matrimonio por ejemplo, es fácilmente delineable, pues la ley ha regulado extensamente los requisitos para su celebración, los requisitos de validez, los efectos que causa, los compromisos que acarrea, las causales de su disolución, etc. Entonces, es fácil. Las partes (los cónyuges) no pueden acordar hacer lo que la ley prohíbe o dejar de hacer lo que la ley ordena hacer, a no ser que la ley prevea un efecto que no sea la nulidad, para el caso de contravención.

Pero ¿qué pasa con esos otros modelos de familia que en la actualidad abundan a nuestro alrededor que no se adecuan al molde de la familia matrimonial?

La realidad social nos muestra que si hiciéramos un conteo relativo al tipo de familia que predomina en la actualidad, la familia matrimonial ya no será la que predomina sobre las otras, o por lo menos nos demostrará que la familia matrimonial ha perdido mucho terreno. Ha aumentado ostensiblemente el número de uniones de hecho, de familias ensambladas y de familias monoparentales.

Pero el derecho no ha logrado alcanzar a este cambio social, en el sentido de ir regulando los efectos de los nuevos modelos de familia que han surgido, al margen del modelo que se considera "ideal". El caso es que, ideales o no, estos otros modelos de familia existen, y en gran

número, y los miembros que las componen son tan merecedores de la atención del Estado como lo son los miembros de las familias matrimoniales.

Veamos entonces si podemos fijar aproximadamente los límites de la autonomía de la voluntad en este otro tipo de familias, que no son familias matrimoniales.

1) Familia monoparental

Existen dos tipos de familias monoparentales:

- Aquella en la cual hay dos progenitores a cargo de los hijos, aunque sólo uno de ellos sea el que vive con los mismos: este tipo de familia tiene origen en el divorcio o separación de los cónyuges o concubinos; y

- Aquella en la cual hay un solo progenitor a cargo de los hijos, que puede tener distintos orígenes:

- La que surge por el no reconocimiento de la filiación del niño/a, por parte de su padre. Esto significa que la madre es una mujer soltera, pues si fuera casada la filiación del padre quedaría determinada por las presunciones legales;

- La que surge por la muerte de un progenitor, cualquiera sea el tipo de relación que haya tenido con el otro progenitor (casados, concubinados, etc.); y

- La que surge por la aplicación de una técnica de reproducción asistida a la mujer (generalmente con semen de donante).

Al primer tipo de modelo lo llamaremos “hogar monoparental”, pues el hecho de que el hijo viva con uno de sus padres no significa que solo con el/ella constituya una familia. Es decir, la familia está constituida por ambos padres y los hijos, independientemente de con cual de ellos vivan

los mismos. A partir de esta distinción entre “hogar monoparental” y “familia monoparental”, analicemos a continuación los límites de la autonomía de la voluntad en este tipo de familias:

a) En los hogares monoparentales.

Recordemos que un hogar monoparental surge de la separación o divorcio de los progenitores, por lo que aquí cabe analizar el alcance de la autonomía privada de los padres en lo que respecta a la ruptura del vínculo como también en lo que respecta a las consecuencias de dicha ruptura: quien se queda a vivir con los hijos, quién aporta el sustento económico, qué régimen de relacionamiento tendrá el otro progenitor con sus hijos, etc.

En todos los países que aceptan el divorcio vincular –que en la actualidad son mayoría- se deja a cargo de la autonomía privada de los miembros de la pareja la decisión de conservar el vínculo o disolverlo.

Sin embargo, a partir de allí, se observa una fuerte intervención estatal en cuanto a los efectos que dicha separación producirá en los hijos/as fruto de dicha unión. Es que el Estado social no puede desentenderse de esta tesitura, que puede llegar a afectar a los hijos/as en sus derechos humanos más básicos, como el derecho a mantener el contacto con ambos padres, el derecho a la educación, a la salud, a la vivienda, etc.

Por ello, la regla en cuanto a las disposiciones legales que regulan los derechos de los hijos, es que se trata de cuestiones de orden público, no siendo posible acordar una disminución de los mismos por contratos privados entre los padres.

Según el libro Familias Monoparentales: “...*Si bien la tendencia actual es que el Estado permanezca cada vez más neutral frente a las decisiones que se adoptan en el ámbito privado, la atención se concentra en lo que se considera esencial: mantener una célula familiar que puede ser de composición variable, pero que debe tener la capacidad de*

asegurar el sustento y socialización de los hijos. Esto significa que el concepto de autonomía privada tiene sus fronteras, porque como lo señalan expresamente la mayor parte de los ordenamientos de protección de la infancia y la adolescencia, y en nuestro país la ley 26.061, existe para la protección de niños y adolescentes, una responsabilidad conjunta de los padres, el Estado y la sociedad.

Esto significa que, si frente a una situación de ruptura de la convivencia los componentes de la pareja son libres para resolver la separación o el divorcio y el modo en que lo llevarán a cabo, tales determinaciones producen efectos sociales que fuerzan la intervención pública. Se observa, pues, un movimiento paradójico: no intervención en lo privado respecto a las decisiones que adopten los interesados, pero una intervención posterior por las consecuencias que provocan estas resoluciones o comportamientos privados”.⁵

La intervención del Estado es subsidiaria, es decir que sólo interviene, si alguno de los dos progenitores lo solicitara, a través de una demanda de alimentos, régimen de relacionamiento (visitas) o régimen de convivencia (tenencia). Si los padres logran llegar a acuerdos particulares sobre estos temas y los respetan voluntariamente, no habrá necesidad de la intervención del Estado.

b) En las familias monoparentales

La familia monoparental surgida por el nacimiento de un niño/a –engendrado naturalmente- de una madre soltera, o aquella surgida por el fallecimiento de uno de los progenitores, en su constitución, escapa a la intervención del Estado, es decir, que no es objeto de regulaciones. La viudez es un infortunio y el embarazo de una mujer soltera –por acceso carnal- no puede ser objeto de regulaciones estatales.

El caso de la familia monoparental que tiene origen en una reproducción asistida es diferente, pues la reproducción en este caso

⁵ Cecilia Grosman, *Familia Monoparental*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2008, p. 69.

exige la intervención de terceros –médicos, clínica de fertilidad, donantes, etc.- por lo cual no es considerada como un hecho jurídico natural puramente.

Entonces, hay países que limitan el ejercicio de este derecho, prohibiendo que una técnica de reproducción asistida sea realizada a una mujer soltera. Por ejemplo, el Decreto de la Reproducción Asistida de Costa Rica Dto. N°. 24029-S/95 e Italia Ley N° 40/2004, entre otros, que solo admiten que sean usuarias las parejas casadas.

Pero si no hay leyes reglamentarias, entraría a regir el principio de libertad, o de autonomía de la voluntad en el sentido de que “nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe” (art. 9 C.N.P). O sea, en ausencia de leyes reglamentarias, la decisión de ser madre soltera con semen de un donante, por medio de una reproducción asistida, queda librada al mejor criterio de la mujer, y de la clínica de fertilidad.

En otro orden, al respecto de los acuerdos que pudieran firmarse en el marco de la realización de una técnica de reproducción asistida, para poder determinar su validez o nulidad es necesario nuevamente, referirse a las leyes que regulan la puesta en práctica de estos procedimientos.

Es decir, si por una ley reglamentaria se prohibiera la realización de una T.R.A. a una mujer sola, el contrato firmado entre la mujer y la clínica de fertilidad no sería válido, es decir que si la clínica incumpliera con el compromiso asumido, la mujer no podría forzar su cumplimiento. Por el contrario, en caso de habernos frente al silencio de la ley, dicho contrato sí puede ser considerado eficaz, y por ende podría ser impuesto su cumplimiento a las partes, en el sentido de que la mujer podría exigir la realización del procedimiento, y la clínica podría exigir el pago de los gastos realizados, aunque se suspenda la realización del procedimiento.

Lo mismo puede decirse de una posible convención entre el donante y la clínica, o el donante y la madre. Si hay una regulación estatal

al respecto del valor de dichas convenciones, entonces, la eficacia o ineficacia de dicho contrato se resolverá de acuerdo con la ley. Por ejemplo: en España, la Ley 14/2006 establece que el contrato de donación de semen es un contrato gratuito, formal y confidencial, es decir que otorga al donante el derecho al anonimato de su identidad. Por ende, el acuerdo por el cual el donante renuncia a asumir cualquier responsabilidad legal por la paternidad de ese niño/a nacido con su semen es válido. En cambio, en los países en los cuales no hay leyes especiales al respecto, dicho acuerdo no sería válido, pues el derecho de investigar la paternidad y los deberes de la patria potestad son irrenunciables.

2) Unión de hecho o concubinaria

Las uniones de hecho fueron objeto durante muchos años de una actitud discriminatoria por parte del derecho, manifestada en sistemas jurídicos abstencionistas o directamente sancionatorios en cuanto a sus efectos. Sin embargo, actualmente este tipo de unión es reconocido como un modelo de familia que merece la protección de la ley, y es objeto de extensas regulaciones acerca de sus efectos en la mayoría de los países del mundo occidental.

En el Paraguay, la Constitución lo reconoce como uno de los tipos de familia que merece la protección de la ley, y lo equipara en sus efectos a la unión matrimonial, siempre que la unión se ajuste a los requisitos establecidos por la ley. Debe ser una unión pública, estable y singular, constituida por hombre y mujer que tengan la edad necesaria para contraer matrimonio, que no tengan impedimentos dirimentes, y debe durar cuanto menos 4 años, a no ser que haya hijos de por medio, en cuyo caso, el plazo se acorta hasta el nacimiento del primer hijo.

Después de diez años de unión de hecho bajo las condiciones expresadas, podrán los concubinos, mediante declaración conjunta, formulada ante el Encargado de Registro de 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.

Es decir que concubinato inscripto debidamente, en el Paraguay surte los mismos efectos que un matrimonio en cuanto al régimen patrimonial –que es el de comunidad de bienes-, cuya disolución debe hacerse también por el mismo procedimiento que si fuera un matrimonio, en cuanto a la obligación de un cónyuge de prestar alimentos al otro en caso de necesidad, en cuanto a las obligaciones correspondientes a la patria potestad, en cuanto a la presunción de paternidad, al carácter de la filiación de los hijos –que se considera matrimonial- y en cuanto a los efectos sucesorios.

La proliferación de este tipo de unión en las últimas décadas obedece probablemente a esa tensión que dijimos que existe entre el derecho a la autonomía privada en temas familiares y la intervención del Estado, mediante la regulación del derecho de familia. Es decir, la gente desea escapar de la intervención del Estado en temas que atañen a su vida privada y cree que la mejor opción para alcanzar ese objetivo es no formalizar su unión mediante el matrimonio. También existe la creencia de que el matrimonio supone más gastos que la unión de hecho.

Analicemos estas dos creencias, para ver si son ciertas o erradas. En primer lugar, queremos averiguar en qué medida la unión de hecho supone menos formalidades que el matrimonio. Bueno, en la unión de hecho se evitan las formalidades correspondientes a la celebración del matrimonio, pero no se evitan las formalidades correspondientes a la inscripción de la unión, a la inscripción de los hijos, o a la disolución de la comunidad de bienes en caso de separación de los concubinos.

En la unión concubinaria tampoco se evitan las obligaciones de los cónyuges entre sí, pues la Constitución exige que la unión de hecho reúna los requisitos de estabilidad, singularidad y permanencia en el tiempo (4 años o desde el nacimiento del primer hijo), así como la inexistencia de impedimentos dirimentes y tener la edad necesaria para casarse, a fin de

que la unión concubinaria sea digna de la protección legal. Aunque la Constitución no lo dice expresamente, doctrina autorizada considera que los concubinos también se deben fidelidad, pues de lo contrario se estaría protegiendo legalmente la inmoralidad. El Dr. José A Moreno Rufinelli dice al respecto lo siguiente: “... *si el concubinato tiene las mismas aristas que el matrimonio, debería considerarse la fidelidad como integrante de la singularidad. De lo contrario estaríamos abriendo las puertas a la inmoralidad, ya que si bien no pueden ser suficientes como para aducir la no-existencia de un vínculo concubinario, debería ser suficiente como para que quien se sienta afectado pudiera separarse y pedir la disolución de la comunidad de gananciales si ha transcurrido el plazo previsto en la ley a ese efecto*”.⁶

Todas las disposiciones que regulan los derechos de los menores de edad que se vean afectados por una separación de sus progenitores, sea que los mismos hayan estado casados o hayan estado concubinados, caen bajo el manto protectorio del principio del interés superior del niño/a adolescente, -establecido en la Constitución, Art. 54 -por lo cual, también podemos afirmar que mediante un concubinato los progenitores no se verán liberados de sus deberes correspondientes a la patria potestad, ni de su necesidad de cumplir con las leyes en lo que respecta a la tenencia, a los alimentos o al régimen de relacionamiento.

Este análisis superficial nos permite concluir que la creencia de que un concubinato conlleva un margen más amplio de desarrollo de la autonomía privada en los asuntos familiares no es tan cierta como pareciera a primera vista. Y por lo mismo, también se concluye que no puede ser muy grande la diferencia entre los gastos que insume vivir en matrimonio que vivir en concubinato.

La proliferación de este tipo de uniones podría ser un síntoma de la disconformidad de muchas personas con el actual nivel de intervención del Estado en las cuestiones de familia. Aparentemente se siente como

⁶ José A. Moreno Rufinelli, obra citada, pp. 586/587.

excesiva dicha intervención, razón por la cual hay una suerte de rebelión contra el matrimonio, institución que durante centurias fue considerada como la mejor manera de vivir en familia.

Vuelve a marcarse espontáneamente la necesidad de un nuevo análisis acerca de las materias que son consideradas actualmente como de orden público, pues se hace bastante evidente que la sociedad no está conforme con dicha categorización, razón por la cual han rehuído acogerse al matrimonio, que es la institución tradicionalmente más respetada por el Estado.

3) Familias ensambladas.

Son las conformadas por dos personas que traen hijos/as de una unión anterior, ya sea matrimonial o concubinaria. La realidad social nos muestra una gran cantidad de este tipo de familias y una tendencia al aumento del número, pues en la medida que aumentan los divorcios y separaciones, aumentan las familias ensambladas.

Este modelo de familia no está reconocido expresamente por el derecho paraguayo, el cual en el art. 43 de la Constitución aclara cuáles son las familias que son dignas de la protección de la ley: familia matrimonial, unión concubinaria y familia monoparental. A pesar de esto no se puede decir que no tiene la protección de la ley, pues su origen es legal. En efecto, o surge de la muerte de uno de los esposos/concubinos (que es un hecho jurídico, natural), o surge del divorcio, el cual está considerado como un acto jurídico en nuestro derecho, es decir, acto humano voluntario lícito, que tiene por objeto producir consecuencias jurídicas. La familia ensamblada, al ser consecuencia de hechos lícitos, comparte ese carácter, y merece la plena protección de la ley.

Son familias que desde su origen conllevan más complicaciones que una familia tradicional, pues los integrantes de la misma –pareja e hijos/as de cada uno- vienen arrastrando una carga de sufrimientos: en el caso de los padres, la sensación de fracaso por no haber podido formar

una buena familia en el primer intento, y en el caso de los hijos de ambos, la sensación de pérdida por el hecho de la separación de sus padres y de ya no poder convivir con ambos al mismo tiempo. Además, los progenitores que no conviven con sus hijos siguen teniendo el ejercicio de la patria potestad, y derecho al relacionamiento con los mismos, por lo cual se deberá llegar a acuerdos que permitan el ejercicio de tales derechos. Es posible que ellos formen a su vez otra familia, y tengan otros hijos/as, con lo cual, se va ampliando el círculo de las personas que forman parte –directa o indirectamente- de la familia ensamblada, y tienen influencia en la misma. Nos encontramos frente a un conglomerado de personas que por distintas razones han pasado a formar parte de una misma familia, y no les otra opción más que amoldarse, acomodarse, ceder, acordar, luchar, resignarse, sobrevivir, y colaborar a fin de lograr el bienestar de todos los miembros de la familia.

En medio de ese ambiente de crisis, los miembros de la pareja deben ponerse de acuerdo acerca de cómo se desarrollará la convivencia, a fin de alcanzar los anhelados objetivos de estabilidad y paz familiar. Cada pequeña decisión a ser tomada en el seno de una familia ensamblada es complicada pues están involucrados no solo los miembros de esa familia, sino también los miembros de las familias de los otros dos progenitores no convivientes. Cuándo y dónde festejar los cumpleaños, cuándo y dónde ir de vacaciones, dónde pasar las fiestas, a qué colegio irán los chicos, qué actividades extraescolares realizarán, etc. son cuestiones que requieren el acuerdo de un sin número de personas, el papá no conviviente, la esposa del papá no conviviente, la mamá no conviviente, el esposo de la mamá no conviviente, y hasta otros miembros de la familia quienes normalmente no se inmiscuyen, lo hacen cuando se trata de familias ensambladas, el abuelo, la abuela, la madrina, todos se sienten con autoridad de opinar acerca de la conveniencia/inconveniencia de cada decisión a ser tomada con respecto a esos chicos, que “ya han sufrido bastante”.

El derecho contemporáneo no tiene muchas soluciones, o herramientas, que ofrecer a la familia ensamblada a fin de que ésta pueda

manejar mejor la difícil tarea que le toca acometer, de dar acogida, sustento, estabilidad, seguridad, guarda, y cariño a los hijos de ambos cónyuges, y de dar a los nuevos cónyuges, una segunda oportunidad de ser felices.

No hay reglas especiales que regulen la situación de la familia ensamblada. Lo que hay es regulación al respecto de los efectos de la separación de la pareja –casada o concubinada- en cuanto a la patria potestad, al régimen de convivencia (tenencia), al régimen de relacionamiento, y a la obligación de prestar alimentos. Esas disposiciones son las que marcan el rumbo de la actuación de los padres y delimitan el porcentaje de autonomía privada que les cabe ejercer. Por ejemplo, en el Paraguay, al respecto del régimen de convivencia (tenencia), la Ley N° 1680/2001, Código de la Niñez y la Adolescencia, dice: *Art. 93: 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 5 años de edad, éste debe quedar preferentemente a cargo de la madre. No obstante, los acuerdos establecidos entre los padres deberán ser considerados.* Muy bien, o sea que los progenitores tienen la posibilidad de hacer acuerdos con respecto a la tenencia, de manera a determinar quién se queda con los niños, teniendo en cuenta también la opinión del menor.

Pero, ¿qué pasaría si un niño que se cría con su madre y su padre afín, queda huérfano de madre? El niño debería ir a vivir con su padre, pues en el Paraguay no hay leyes especiales que regulen dicha situación. Pero quizá eso no es lo que él quiere y lo que le conviene, especialmente si tiene hermanos de madre con quienes se acostumbró a vivir. Y quizá eso no es ni siquiera lo que quieren su propia madre y su propio progenitor, quizá todos están de acuerdo en que sería mejor para ese niño que se quede a vivir con su padre afín y sus hermanos. Pero ningún acuerdo de voluntades que pudiera surgir entre las partes sería válido, pues nuestro ordenamiento jurídico no permite que nadie más que el padre o la madre ejerzan la tenencia. Entonces, mientras viva uno de los

progenitores, a él le compete el ejercicio de la tenencia, y no puede delegarla. Solamente si los dos padres fallecieran se nombraría un tutor al niño/a. Como vemos, este es un caso en se cercena a la autonomía de la voluntad en función del orden público, y es un caso en que quizá se produce un exceso de intervención estatal en la regulación de los temas familiares.

En otros países, Estados Unidos, Francia, Inglaterra y Alemania, existe la posibilidad de conceder al padre/madre afín la guarda o la tutoría de los hijos de su cónyuge póstumo, cargo que se ejerce bajo control judicial, en los casos en que esto se considera lo proclive al mejor interés del mismo, lo cual generalmente ocurre cuando hay hermanos de por medio, y sin que esto signifique que el progenitor pierde la patria potestad. Considero que negar esta posibilidad, especialmente si hubiera manifestaciones o acuerdos de voluntad entre las partes –madre, padre afín y progenitor- es un despropósito, pues, como ya lo hemos afirmado más adelante, ¿Quién mejor que las partes para decidir qué es lo mejor para el hijo?

Lo mismo cabe decir con respecto a otras cuestiones que atañen a una familia ensamblada. Por ejemplo, la posibilidad de asumir decisiones urgentes que atañen al ejercicio de la patria potestad, por parte del padre o la madre afín de un menor a su cargo. Hoy día en el Paraguay no existe esa posibilidad, pues la patria potestad solo puede ser ejercida por los progenitores. Pero, ¿qué ocurre si, en los hechos, el menor se encuentra a cargo de la madre o el padre afín? Puede ser que sus progenitores estuvieren muy ocupados, o incapacitados, por enfermedad, viajes de trabajo, etc.

En otros países –Inglaterra, Suiza, Alemania, Francia y El Salvador- el derecho abre la posibilidad de que los nuevos esposos suscriban acuerdos relativos a este tema. Esos acuerdos tienen un alcance limitado, en el sentido que no se puede delegar el ejercicio de la patria potestad, pero si se puede confiar a un tercero (padre/madre afín) la posibilidad de tomar decisiones urgentes, por ejemplo, una operación quirúrgica en caso

de accidentes, siempre que su progenitor no estuviera presente en ese momento. Es decir, se trata de una actuación subsidiaria, y en principio, meramente consultiva, pero podría llegar a convertirse en decisiva en situaciones de urgencia.

Y con respecto al pago de los gastos corrientes que conlleva la crianza de un hijo/a –educación, alimentos, ropas, salud, etc.-, ¿cómo se desenvuelve una familia ensamblada? ¿Qué nivel de autonomía tienen los nuevos cónyuges para regular sus relaciones a ese respecto?

En el Paraguay, el Código Civil, Art. 258 cita quienes son los obligados al pago de los alimentos, y en esta enumeración, que es taxativa, no se encuentran los padres/madres afines. Pero sin embargo, la Ley N° 1/92 que modifica el Código Civil establece en su Art. 8 que: *“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. ...si uno de ellos se encontrase imposibilitado de trabajar y careciese de rentas propias, el otro deberá hacerse cargo de todos los gastos expresados”*.

La interpretación armónica de estas dos disposiciones, de las demás disposiciones que rigen al respecto, y a la luz de los caracteres doctrinarios de la obligación alimentaria, nos permite sacar las siguientes conclusiones:

a) Si bien el padre/madre afín tiene una responsabilidad de mantener a sus hijos/as afines, ello no significa que el progenitor deje de tener dicha responsabilidad. Pues los padres son los primeros obligados a prestar alimentos según el Art. 53 de la Constitución.

b) La obligación del padre/madre afín desaparece en caso de disolución de la unión. En efecto, en el Art. 8 de la Ley N° 1/92, no se hace ninguna aclaración expresa acerca de si dicha obligación persistiría en ese caso, pero justamente por eso, (porque no hay aclaración), se infiere que no, que si los miembros de la pareja ya no son “cónyuges” porque se

han divorciado, entonces ya no se podría reclamar alimentos al ex padre/madre afín. O sea que la obligación dura sólo mientras dure la pareja.

En conclusión, en el Paraguay, el padre/madre afín tiene una obligación de contribuir a solventar los gastos de sus hijos/as afines. Pero se trata de una obligación subsidiaria y que desaparecerá si se disuelve el matrimonio.

En doctrina y en derecho comparado hay posiciones variadas con respecto a la obligación de los padres/madres afines de prestar alimento a los hijos de su pareja. Por ejemplo: *“En el derecho norteamericano, cuando hay convivencia se aplica la doctrina in loco parentis. Se juzga que se encuentra en esta situación la pareja del padre a cargo de los hijos cuando tiene la intención de ocupar el lugar del progenitor ausente. Prueba esta situación haber asumido los gastos hogareños con relación al niño. Esta responsabilidad alimentaria es voluntaria y no puede exigirse su cumplimiento, es decir, cesa en cualquier momento por la sola voluntad del alimentante. Aunque exista la promesa de proveer a la manutención futura del niño, este compromiso no ata al adulto, que tiene el derecho de abandonar su responsabilidad.”*⁷ La idea de trasfondo para esta posición es el propósito de no perjudicar a los hijos de uniones anteriores del padre/madre afín, lo cual, es un loable y justo propósito por donde se lo mire. Es decir, concordamos en que no sería justo que por un acuerdo con la nueva esposa, un hombre perjudique a sus hijos de uniones anteriores. Pero pongamos el caso de un hombre que trae a todos sus hijos de la unión anterior a vivir con él, y por ende, los mantiene, o de un hombre que mantiene a sus hijos de una unión anterior aunque éstos sigan viviendo con su madre, ¿por qué no sería justo que se comprometa también a mantener a los hijos de su nueva esposa, fruto de una unión anterior? ¿A quién perjudica un acuerdo de dicha naturaleza?

⁷ Grosman-Martínez Alcorta. *Familias Ensambladas*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2000, p. 271.

Por otra parte, el Código Civil Suizo (Art. 278 línea 2 CC) ha dispuesto que el padre/madre afín deben contribuir económicamente al mantenimiento de sus hijos/as afines, pero de manera subsidiaria a los progenitores, y que en el momento en que el vínculo matrimonial se disuelva, la responsabilidad desaparece. Y en Argentina el padre/madre afín tiene la obligación de prestar alimentos a sus hijos afines, de conformidad al art. 368 del Código Civil, que dice que los padres afines les deben alimento a sus hijos afines y viceversa, aún cuando no convivan y sin interesar si el hijo del cónyuge es matrimonial o extramatrimonial. Según el libro “Familias Ensambladas”, “...es interpretación doctrinal pacífica de los jueces y autores nacionales que la obligación alimentaria de los parientes afines es subsidiaria, es decir que sólo puede ser reclamada a falta de parientes consanguíneos o cuando éstos no tuvieren recursos o fueren insuficientes”.⁸

En Holanda se impone al padre/madre afín la obligación de mantener a sus hijos afines en forma equivalente –no subsidiaria- a la de los padres, en función de su capacidad contributiva (art. 395 C.C.).

A la luz de estos modelos de legislación citados, observamos varias tendencias: la que no hace responsable al padre/madre afín de la obligación de aportar el sustento económico de sus hijos afines menores de edad, y la de los países que sí imponen legalmente al padre/madre afín la obligación de aportar para el sustento económico de sus hijos/as afines, aunque sea en forma subsidiaria.

Pero lo que no encontramos es un modelo de legislación que diga que los acuerdos privados entre las partes deberán respetarse. Y no hay porque privar a las partes de que negocien sus derechos, dentro del margen que fijan el orden público, las buenas costumbres y los derechos de los hijos/as, miembros de la familia ensamblada.

⁸ Grosman-Martínez Alcorta, obra citada, p. 262.

Supongamos que un hombre y una mujer divorciados están pensando en casarse. El hombre tiene hijos de su anterior matrimonio y no desea mantener económicamente a los hijos de su mujer, habidos en una unión anterior. La mujer tiene recursos económicos propios para mantener a sus hijos de esa unión anterior y no le importa que su nueva pareja no desee comprometerse a ayudarla en dicha función. Entonces, firman un acuerdo privado en el cual dejan constancia de que el hombre no se compromete a mantener económicamente a los hijos de ella habidos de su unión anterior, y que ella está de acuerdo con dicha situación y tiene recursos suficientes para mantenerlos sola. ¿Quién se ve perjudicado por dicho acuerdo? Ni los hijos del hombre ni los hijos de la mujer, cada uno de ellos será mantenido económicamente por sus propios padres. Sin embargo, en los países que establecen la obligación legal de que el padre/madre aún contribuya al sustento económico de sus hijos afines, y no dejan abierta la puerta para que por convenciones particulares, las partes regulen sus derechos/obligaciones de otra forma, este acuerdo sería letra muerta.

Quizá se debería ampliar el margen concedido a la autonomía privado en esta materia también, aunque siempre preservando los derechos de los hijos/as menores de la pareja, estableciendo como condición de validez que con dichos acuerdos particulares no se perjudique en ningún modo a los hijos de dicha pareja.

Resta decir que la falta de regulaciones legales especiales al respecto, ahonda la inseguridad con que todos sus miembros entran a formar parte de ella. Al decir de Irene Thery, citada en el libro *Familias Ensambladas*, de Cecilia Grosman/Martínez Alcorta, *“la falta de legitimación enraiza el miedo y con él las rivalidades, los celos, los chantajes afectivos, las crispaciones posesivas. Nadie está seguro de su espacio, nadie sabe lo que esté permitido o lo que está prohibido. Se deja librada cada familia a su propio orden, lo cual no está mal cuando tal orden se halla engarzado dentro de una referencia social. Si el relativismo permite contemplar las diferentes dinámicas, al mismo tiempo es*

*necesario pensar en responsabilidades y exigencias mínimas que consoliden los derechos de sus integrantes”.*⁹

Conclusión y recomendaciones finales

El matrimonio es el modelo familiar considerado ideal en la concepción jurídica tradicional y es el que más atención ha tenido por parte del legislador, pues se considera que un matrimonio brinda el mejor ámbito para dar cumplimiento a las funciones atribuidas por la sociedad a la familia. Por ello, es fácil determinar cuáles son los límites al principio de la autonomía de la voluntad en un matrimonio, pues están bien determinadas las cuestiones que son de orden público y las que no lo son. Pero en la realidad social actual coexisten con la familia matrimonial otros modelos de familia: la familia monoparental, las uniones de hecho, y las familias ensambladas, y para poder determinar con más claridad los límites al principio de la autonomía de la voluntad en estos modelos de familia, se necesita reglamentar de manera más específica acerca de los efectos que estas causan.

La globalización, los avances científicos en el área de las comunicaciones y el transporte, los descubrimientos científicos en el área de la genética y la medicina y la evolución del derecho de los derechos humanos han tenido impacto en el mismo concepto de la familia. Debido a ello, es necesario revisar si las cuestiones que son consideradas como de orden público en nuestro derecho familiar –que son muy numerosas– deben seguir teniendo esa categoría o si se las puede dejar libradas a la voluntad de las personas, pues la familia es un ámbito donde el derecho a la intimidad y el derecho a la autonomía de todos sus miembros, adquieren gran trascendencia.

⁹ Obra citada, p. 132.

Bibliografía

- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo I-A. (1986). Argentina: Driskill S.A.
- Grosman, C. (2008). *Familia monoparental*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Grosman-Martínez, A. (2000). *Familias ensambladas*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Lloveras, N., y Salomón, M. (2009). *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Moreno Ruffinelli, J. A. (2005). *Derecho de familia*. Asunción: Intercontinental Editora.