


La Familia en Derecho Dominicano y Francés

WILLIAM C. HEADRICK

5

UNIBE



La Familia en Derecho
Dominicano y Francés

WILLIAM C. HEADRICK



LA FAMILIA EN DERECHO DOMINICANO Y FRANCÉS

William C. Headrick



Santo Domingo, República Dominicana
Agosto de 2006

090620

RD
346.015
H433F

RD

346.015

F815f Francés, William C.

La familia en derecho dominicano y francés / William
C. Francés.—Santo Domingo: Edt. UNIBE, 2006.
300p.(Col. Textos Jurídicos No. 8)

ISBN: 99934-48-23-0.

1 Derecho de Familia. 2 Derecho Francés. 3 Derecho
Dominicano. 4 Derecho Comparado.



UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA
(UNIBE)

Portada y Diagramación:

Wilson Valdez

Editora Tafna, S.A.

Impresión:

Editora Tafna, S.A.

Eugenio Deschamps No. 27, Santo Domingo, República Dominicana.

Tel.: 809-548-6181 / 809-548-7888 / Fax.: 809-547-1092

Publicación:

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA (UNIBE)

Av. Francia #129, Gazcue, Santo Domingo, República Dominicana

Aptdo. Postal #22333

Tel.: 809-689-4111

<http://www.unibe.edu.do>

Primera Edición

1,000 Ejemplares

Santo Domingo, República Dominicana

Septiembre, 2005

© Prohibida la reproducción total o parcial sin la previa autorización, por escrito, de la Universidad Iberoamericana UNIBE.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	ix
CAPÍTULO I	
EL Matrimonio.....	01
CAPÍTULO II	
El Divorcio.....	39
CAPÍTULO III	
Los Regímenes Matrimoniales.....	57
CAPÍTULO IV	
El Concubinato.....	127
CAPÍTULO V	
La Filiación.....	149
CAPÍTULO VI	
La Adopción.....	225
CAPÍTULO VII	
La Condición Jurídica de Los Menores y de Los Mayores Protegidos....	257
CONCLUSIÓN	
La Fuerza de Los Hechos en El Derecho de la Familia.....	285
APÉNDICE	xi

INTRODUCCIÓN

De las diversas partes del Derecho Civil, el Derecho de Familia es la que ha experimentado los mayores cambios en los últimos años, como reflejo de la sociedad cambiante en que vivimos. Tanto en Francia como en la República Dominicana el legislador ha acogido dos aspiraciones: la igualdad entre los hijos naturales y los legítimos y la igualdad entre la mujer y el marido. Además, la jurisprudencia reconoce ciertos efectos al concubinato, anteriormente ignorado por el Derecho.

La influencia francesa sobre el Derecho Civil dominicano no se detuvo con la promulgación de los códigos originales. Para entenderlos los juristas dominicanos han recurrido a la doctrina francesa. A través de ella, la jurisprudencia francesa y algunas de las modificaciones legislativas francesas han penetrado en el ámbito jurídico dominicano. Últimamente la influencia francesa ha disminuido. En el Derecho de Familia, la última ley dominicana de cuño francés es la Ley No. 855 de 1978, que establece el llamado "régimen primario", compuesto de reglas imperativas de índole económica aplicables a todos los matrimonios, y que consagra la autoridad común de los esposos sobre sus hijos. Las leyes dominicanas más recientes han dado expresión a los ideales de igualdad, pero con una redacción independiente de la francesa. El Primer Código del Menor del año de 1994 (Ley No. 14-94), estableció la completa igualdad entre los hijos, y el Segundo Código del Menor del año de 2003 (Ley No. 136-03), abrió la acción en establecimiento de la paternidad, para que los hijos naturales no reconocidos pudiesen aspirar a esta igualdad. La Ley No. 189-01 del año 2001 estableció la igualdad de los cónyuges en la administración y disposición de los bienes de la comunidad. A pesar de estos cambios independientes del modelo francés, la utilidad del derecho francés como fuente de inspiración no ha desaparecido, porque las leyes dominicanas recientes enuncian principios sin entrar en mucho detalle. En

el ámbito de la jurisprudencia, la sentencia dominicana del 17 de octubre de 2001, que reconoce cierto efecto al concubinato, levanta el telón sobre una institución que el Francia tiene un desarrollo bastante amplio.

Ya pasó la época en que un estudiante dominicano podía tomar una obra francesa y leerla como expresión de su derecho patrio. Para el Derecho de la Familia, a consecuencia de las modificaciones diversas surgidas en Francia y en la República Dominicana, el derecho francés no puede visualizarse como un complementivo del derecho dominicano. En este libro, no lo hemos tomado como una fuente supletoria para llenar las lagunas del derecho dominicano o para interpretarlo. Lo hemos enfocado como algo aparte, que se puede comparar con el derecho dominicano, en sus semejanzas y sus diferencias. Este libro no es un texto de derecho dominicano, sino un texto de derecho comparado.

En Francia, la igualdad de los hijos en el derecho de la filiación y la igualdad de los cónyuges en el matrimonio se han establecido consistentemente en toda la legislación. En la República Dominicana la legislación ha alcanzado esta meta en lo que respecta a la filiación, donde el principio de la igualdad es reconocido por el Primer Código del Menor (Ley No. 14-94) y por el Segundo (Ley No. 136-03), pero en la legislación relativa al matrimonio se ha quedado a medio camino.

Sin embargo, la tendencia moderna es clara. Se ha expresado en la aplicación en la esfera interna, dispuesta por la Suprema Corte, de la Convención Americana de los Derechos Humanos y, en el plano legislativo, en la autoridad común de los padres sobre sus hijos, sentada en la Ley No. 855 de 1978, en la administración conjunta de la comunidad legal, dispuesta por la Ley 189-01, y en algunas disposiciones del Segundo Código del Menor, como la relativa a la administración de los bienes de los hijos menores por su padre y madre. La jurisprudencia ha extendido el principio de la igualdad entre los esposos más allá de los textos legales, cuando decidió que la obligación de la mujer de aceptar la comunidad dentro del famoso plazo de tres meses y cuarenta días, fijado por el antiguo artículo 1463 del Código Civil, era discriminatoria y nula a la luz de la garantía constitucional de que "la ley es igual para todos" (art. 8, numeral 5), principio que tiene ahora una nueva dimensión. En este libro, hemos reconocido que la igualdad entre los cónyuges es un principio general del derecho dominicano y no hemos vacilado en aplicarlo en situaciones donde el legislador no ha hecho la necesaria adaptación de los textos del Código Civil, que reflejan una sociedad pasada.

CAPÍTULO I

EL MATRIMONIO

Matrimonio civil y matrimonio católico. Las reglas dominicanas y las francesas no difieren sensiblemente en relación con el matrimonio. La mayor diferencia estriba en el carácter puramente civil del matrimonio en Francia y en la posibilidad en la República Dominicana de celebrar el matrimonio tanto en la forma civil, ante un oficial del estado civil, como de acuerdo con el rito de la Iglesia Católica.

El matrimonio laico apareció en Francia con la Constitución de 1791, junto con la conservación de las actas del estado civil, ya no por los curas, sino por funcionarios del Estado. Esta concepción pasó al Código Civil y no fue alterada durante la Restauración. Aunque en Francia el matrimonio es una institución laica, la ley francesa no prohíbe el matrimonio religioso. Los contrayentes, después de haber celebrado su matrimonio en la forma civil, son libres de seguir el rito de su religión. Los curas católicos y los religiosos de otras iglesias tienen prohibido dar la bendición nupcial si los contrayentes no han procedido previamente a la ceremonia civil. Sin embargo, el problema del matrimonio exclusivamente religioso no ha desaparecido en Francia. Ya no son los curas, sino los *imams* musulmanes quienes celebran a veces el matrimonio desobedeciendo la prohibición. El matrimonio puramente religioso es nulo en Francia.

Esta situación imperaba también en la República Dominicana hasta 1954, cuando el Gobierno de Trujillo celebró con la Santa Sede

un Concordato, que dio al matrimonio católico la misma fuerza jurídica que el matrimonio civil. El Concordato disponía también que los católicos que elegían la forma religiosa para celebrar su matrimonio renunciaban a la facultad de pedir el divorcio. Esta renuncia se transcribió en los Párrafos I y II del artículo 1 de la Ley de Divorcio, añadidos por la Ley No. 3932 de 1954, que dispuso en consecuencia que los tribunales civiles carecían de competencia para declarar divorciadas a las parejas que se habían casado por la Iglesia. En cuanto a las causas de nulidad de los matrimonios católicos, las reglas vigentes son las del Derecho Canónico aplicadas por los tribunales eclesiásticos.¹ Para los creyentes de otras religiones se seguía el mismo sistema que antes, a saber, que los pastores o rabinos deben exigir la prueba de la celebración del matrimonio civil antes de proceder con la ceremonia religiosa.

Después de la caída del Gobierno de Trujillo, la presión creada por la imposibilidad para los católicos casados por la Iglesia de divorciarse se hizo insostenible. Ante la inercia del Congreso Nacional, la Suprema Corte tomó la iniciativa con dos sentencias del año de 1977 declarando nula la prohibición del divorcio de los que se habían casado en la forma católica. De una manera excepcionalmente creativa, la Corte declaró que, en adición a las garantías establecidas en el artículo 8 de la Constitución, era preciso reconocer el derecho de contraer matrimonio y el de disolverlo por el divorcio. En consecuencia, agregó la Corte, la Ley No. 3932 de 1954, mediante la cual se prohibía a los tribunales aplicar la ley de divorcio cuando los cónyuges contrajeron matrimonio católico, resulta nula de pleno derecho, según el artículo 46 de la Constitución.²

Aun después de estas sentencias y hasta nuestros días, la Iglesia mantiene el poder de celebrar matrimonios con efectos civiles.³ Dentro de los tres días de la celebración del matrimonio católico, los curas deben transmitir copia del acta de su celebración al oficial

¹ Ley No. 3931 de 1954, art. 3, numeral 4).

² Sentencia del 1° de abril de 1977, B.J.797.612; también B.J.809.743.

³ Artículo 55 de la Ley No. 659 de 1944 sobre Actos del Estado Civil, modificada por la Ley No. 3931 de 1954.

del estado civil para su transcripción en el registro de los matrimonios.⁴ La ley no establece sanción de nulidad para el caso de la no transmisión del acta al funcionario civil, ya que las causas de nulidad de los matrimonios católicos se rigen por el Derecho Canónico. Las actas y los extractos de las actas de los matrimonios católicos gozan de fe pública.⁵

Las formalidades del matrimonio. En Francia, tres formalidades deben satisfacerse antes de la ceremonia. 1) Según una ley del 5 de diciembre de 2001, antes de casarse los novios reciben una información, que puede ser oral o escrita, sobre las consecuencias del matrimonio en orden a sus apellidos y los de sus hijos, sus respectivos derechos y deberes como esposos, la residencia matrimonial, el régimen fiscal y sucesoral. Esta información nada contiene con respecto al divorcio. 2) La entrega al oficial del estado civil del certificado médico prenupcial. Este certificado simplemente indica que los futuros contrayentes se han sometido a un examen médico, sin indicar los resultados de ese examen. La no revelación de una enfermedad venérea o del sida puede ser causa de nulidad del matrimonio y de divorcio por culpa con obligación de indemnizar al otro cónyuge si se ha contaminado.⁶ 3) La colocación en un tablero del ayuntamiento donde los novios se van a casar y del ayuntamiento donde reside cada uno de ellos, durante un período de por lo menos diez días, de un anuncio indicando el lugar y la hora de la ceremonia. Este aviso tiene su raíz histórica en el anuncio (*les bans de mariage*) usual durante el Antiguo Régimen, que el sacerdote leía en voz alta al final de la misa durante tres semanas consecutivas, para dar oportunidad a los que conocían algún impedimento al matrimonio de formar oposición. Hoy día, solamente unos cuantos curiosos leen estos avisos. Su exigencia se mantiene con una nueva finalidad: dar a los novios un plazo de reflexión para estar seguros de que persisten en su intención de casarse. El Procurador del lugar de la celebración puede dispensar el requisito de publicación del aviso por motivos graves.

⁴ Ley No. 3931, art. 3, letra 1).

⁵ *Ibid.*, art. 3, letra 6)

⁶ La contaminación de otra persona con el virus del sida es, además, penalmente sancionada como forma de envenenamiento.

El oficial del estado civil se da cuenta de la procedencia de la celebración con los documentos que los futuros contrayentes deben someterle: certificados de publicación en otros municipios del aviso y de no oposición emitido por el oficial del estado civil de estos municipios; extractos recientes de sus actas de nacimiento, de los cuales se desprenden sus edades y la eventual necesidad, si son menores, del consentimiento de sus padres, consentimiento que en su caso también debe presentarse en forma escrita, a menos que los padres estén presentes. El acta de nacimiento muestra también la existencia de un matrimonio anterior y de su divorcio, anotados al margen.

La ceremonia debe tener lugar en el ayuntamiento del lugar donde uno por lo menos de los contrayentes ha residido durante por lo menos un mes. Excepcionalmente el oficial del estado civil puede trasladarse al domicilio de uno de ellos, en cuyo caso el lugar debe estar abierto al público. El acta, que se redacta en ese momento, debe ser firmada por los contrayentes, sus padres si son menores, y no menos de dos ni más de cuatro testigos, y por el mismo oficial. Ambos contrayentes deben estar presentes. El matrimonio por poder no es admitido.⁷ Una mención del matrimonio debe anotarse en el acta de nacimiento de cada uno de los esposos.

En la República Dominicana, las formalidades para la celebración del matrimonio son más ligeras. Se requiere la fijación de un aviso (llamado edicto o proclama) en la puerta de la oficina del oficial del estado civil donde los novios se van a casar, con por lo menos tres días de antelación a la ceremonia.⁸ La ceremonia se lleva a cabo en presencia de por lo menos dos testigos, que no pueden ser familiares de los contrayentes.⁹ El matrimonio eclesiástico se celebra conforme al Derecho Canónico.

⁷ El matrimonio de un ciudadano francés requiere su presencia, aun cuando se celebre en el extranjero. Un argelino naturalizado francés se casa en Argelia con su novia, estando representado por un primo suyo. El resultado es un matrimonio válido en Argelia, pero nulo en Francia. RTD civ.2003.481 no. 6, en la pág. 482.

⁸ Ley No. 659 de 1944, art. 58, numeral 4)

⁹ Idem, art. 58, numeral 13), modificado por la Ley no. 823 de 1945.

La oposición al matrimonio. La publicidad del matrimonio tiene por finalidad dar oportunidad a las personas que tienen conocimiento de algún impedimento, de formar oposición al matrimonio. La oposición es un acto de alguacil, notificado a ambos futuros esposos y al oficial ante quien se proponen casarse. Debe ser motivado por la existencia de un impedimento legalmente establecido, como la bigamia, el incesto, la demencia de uno de los solicitantes, el uso de la violencia o la simulación. No puede fundarse en consideraciones de tipo social, moral o religioso. Solamente los ascendientes y, en el caso de bigamia, el cónyuge no divorciado del futuro esposo pueden formar oposición. El oficial no es el juez de la oposición. Cuando recibe una oposición debe suspender la celebración del matrimonio hasta que sea levantada voluntariamente o por sentencia judicial, pero la celebración del matrimonio no obstante la oposición no acarrea su nulidad, sino solamente una eventual multa a cargo del oficial.¹⁰

Dada la ineficacia de la publicidad del matrimonio, la oposición es muy rara. Su uso por los padres tiene por finalidad muchas veces retrasar la celebración de un matrimonio con el cual no están de acuerdo. Tanto la existencia de la publicidad como las reglas en torno a la oposición tienen una razón de ser histórica, ante la tendencia familiarista y hasta comercial del matrimonio antes de la Revolución francesa. Su subsistencia hoy es un anacronismo.

Condiciones de fondo. El consentimiento de los contrayentes debe ser libre, exento de error y violencia.

El error, según el derecho dominicano, debe relacionarse con la persona de la otra parte. Tal era también el derecho francés hasta 1975, cuando se le agregó el error sobre las cualidades esenciales de la persona. Ya anteriormente la jurisprudencia francesa había reconocido que el error sobre la persona no puede referirse solamente a la identidad física de la persona, pues en ese caso faltaría por completo el consentimiento. Para que tenga sentido, debe abarcar

¹⁰ Art. 68 del Código Civil. En la R.D., la multa es de sesenta pesos.

también ciertas características que identifican a la persona: que no esté contaminado con el sida; que no haya sido condenado por un crimen o delito grave; que tenga capacidad para la cópula; tratándose de la mujer, que no haya sido prostituta; que sea de la religión que había declarado (condición especialmente importante para un judío ortodoxo); que no haya sido casado anteriormente por la Iglesia Católica y divorciado.¹¹ En cambio, el error sobre la fortuna, sobre el título académico, sobre la nacionalidad o la profesión de la persona o el cargo que desempeña, no se consideran errores sobre sus cualidades “esenciales”. La honestidad tampoco es una cualidad esencial. Una sentencia de la Corte de París decidió que la falsa promesa del marido, hecha antes de casarse, de que iba a romper sus relaciones con una mujer que había sido su concubina por muchos años, no fue un error sobre sus cualidades esenciales.¹² Pero un año antes, la Corte de Apelación de Rennes había sostenido que la disimulación de la relación entretenida antes del matrimonio con otra mujer y su continuación después del matrimonio, como una segunda familia paralela, produjo un error sobre la sustancia misma del matrimonio.¹³

La violencia, aun aceptando que pueda ser violencia moral, da lugar a pocas sentencias, a pesar de la frecuencia con la cual el “sí de las niñas” es arrancado por sus padres o que el noviazgo resulta difícil de romper debido a la presión social. El temor reverencial hacia los padres no puede alegarse como violencia, según el artículo 1114 del Código Civil.

El error y la violencia, cuando se prueban, dan lugar a la nulidad relativa del matrimonio. Solamente el o la cónyuge decepcionada o violentada puede invocar el vicio de su consentimiento. En derecho dominicano, la acción en nulidad prescribe a los seis meses, que se cuentan a partir del día en que el error haya sido descubierto o la violencia haya cesado, si los esposos hicieron vida común durante ese tiempo.¹⁴

¹¹ Sobre la nulidad resultante de la ocultación del matrimonio religioso anterior y del divorcio, RTD civ.1998.659

¹² RTD civ.2002.272, no. 6

¹³ RTD civ.2001.855

¹⁴ Código Civil, art. 181, Ley No. 659 de 1944, art. 61, numeral 3

Los impedimentos al matrimonio y las nulidades resultantes. a) La identidad de sexo. El primer impedimento es la identidad de sexo. Los homosexuales no pueden contraer matrimonio entre sí, ni en Francia ni en la República Dominicana. En derecho francés no existe ningún texto que así lo disponga, pero la opinión jurídica es unánime en reconocer este impedimento. Para el derecho dominicano, la ley define el matrimonio como “un contrato celebrado entre un hombre y una mujer...”,¹⁵ pero ninguna disposición establece la nulidad del matrimonio contraído entre personas del mismo sexo.

En ambos países, la falta de una disposición estableciendo la nulidad crea una dificultad a la luz del aforismo “en materia de matrimonio, no hay nulidad sin texto”. Con el propósito de rodear esta regla, algunos autores han considerado que el matrimonio entre personas del mismo sexo es inexistente. Esta teoría tiene la virtualidad de hacer innecesaria la declaración de nulidad por un tribunal, aunque sería de todos modos necesario intentar una acción para radiar el matrimonio si aparece en el registro del estado civil.¹⁶ Según la teoría de la inexistencia, un segundo matrimonio con una persona del otro sexo, sin declaración previa de nulidad del primero, sería válido. El hijo por inseminación artificial con el esperma de un donante, de una mujer casada con otra, no tendría la condición de hijo putativo. Estas cuestiones, que hoy son teóricas, no tardarán en presentarse en la realidad, ante la posibilidad para personas del mismo sexo de casarse en el extranjero.

b) La impubertad. La impubertad legal es otro impedimento al matrimonio. En la República Dominicana, la edad legal de la pubertad es de 18 años para el varón y de 15 años para la hembra. Estos mismos límites imperaban en Francia, hasta que el Parlamento en marzo de 2006 elevó la pubertad legal de las hembras a los

¹⁵ Artículo 55, numeral 1) de la Ley No. 659 de 1944 sobre Actos del Estado Civil, modificada por la Ley No. 3931 de 1954.

¹⁶ De hecho, en 2004, un alcalde con ideas liberales celebró un matrimonio entre homosexuales. El matrimonio fue declarado nulo por el Tribunal de Primera Instancia de Bordeaux, en una sentencia cuidadosamente motivada y ampliamente comentada. RTD civ.2005.574, no. 8

mismos 18 años. Aunque la ley habla de la pubertad, ninguno de los límites tiene un fundamento biológico. La diferencia de edades para hembras y varones, que subsiste en la República Dominicana, carece de justificación. Es posible obtener del Juez de Niños y Niñas y adolescentes (en lo adelante Juez de NNA) una dispensa de edad.¹⁷

La falta de pubertad no dispensada da lugar a una nulidad absoluta del matrimonio, lo cual implica que la nulidad puede ser demandada por cualquier interesado y por el Ministerio Público. Sin embargo, esta nulidad se cubre si han transcurrido seis meses desde que el cónyuge impúber alcanzó la pubertad legal y también si la esposa menor sale embarazada. Aunque la pubertad legal no coincide con la pubertad física, esta excepción se justifica con el argumento de que el embarazo de la niña demuestra que había alcanzado la pubertad.¹⁸

La minoría de edad como impedimento al matrimonio. Además, en virtud de otra regla, los jóvenes de menos de 18 años en ambos países necesitan el consentimiento de sus padres para casarse. Para los varones la mayoría de edad coincide, en República Dominicana, con la pubertad legal. El varón de menos de 18 años necesita el consentimiento de sus padres, porque es menor de edad, y la dispensa el Juez, porque es legalmente impúber. La hembra de más de 15 años y menos de 18 años solamente necesita el consentimiento de sus padres para casarse. Esta diferencia no tiene mucho sentido en la era de igualdad en que vivimos. A falta de padres, el o la menor necesita el consentimiento de sus abuelos. En caso de discordia entre los padres o los abuelos, basta el consentimiento de uno de ellos.¹⁹ A falta de padres y abuelos, el huérfano interesado en casarse puede solicitar el consentimiento del Juez de NNA,²⁰ que al mismo tiempo, en el caso de un varón, cubre la falta de pubertad legal.

¹⁷ Ley No. 659 precitada, art. 55, numeral 5) y Segundo Código del Menor, art. 211, letra g)

¹⁸ Código Civil, art. 185, Ley No. 659 de 1944, art. 61, numeral 7

¹⁹ Arts. 149 y 150 del Código Civil.

²⁰ Segundo Código del Menor, art. 211, letra g)

La nulidad resultante de la falta de consentimiento de los padres o del consejo de familia es relativa. La nulidad no puede ser pedida sino por el mismo incapaz y por el familiar cuya autorización necesitaba. La acción del incapaz se justifica por el interés que tiene de la protección de otra persona en la toma de su decisión. La falta de consentimiento puede cubrirse expresamente por la persona autorizada a consentir (o una de ellas) o tácitamente por su conducta, por ejemplo, al haber invitado a los recién casados a su casa o haber ido a visitarlos. La acción en nulidad se extingue por prescripción un año a partir del día en que el esposo menor de edad llegó a la mayoría.²¹

c) **La bigamia.** La existencia de un matrimonio anterior impide también la conclusión válida de un matrimonio. En Francia, el registro del estado civil hace que la bigamia sea prácticamente irrealizable. La celebración del matrimonio se anota al margen del acta de nacimiento de los contrayentes. Si uno de ellos trata de casarse de nuevo, debe exhibir un extracto reciente, de menos de tres meses de expedido, de su acta de nacimiento. Si aparece que es casado, su divorcio también aparecerá en el acta. De lo contrario, deberá exhibir un extracto del acta de defunción de su cónyuge. De hecho, la bigamia en Francia solamente es posible si uno de los contrayentes se había casado en el extranjero, no en el consulado de Francia.

En la República Dominicana el control de los matrimonios se lleva a cabo a través de la Oficina Central del Estado Civil, a la cual los Oficiales de las diversas jurisdicciones deben remitir al final de cada año un duplicado de cada acto que instrumentan.²² Con la comparación de las actas podría detectarse a posteriori la existencia de la bigamia, pero el control previo falta. La ley dispone solamente que "Si alguno de ellos o ambos fueren viudos o divorciados deberán

²¹ Art. 183 del Código Civil, Ley No. 659 de 1944, art. 61, numeral 5.

²² Ley No. 659 de 1944, precitada, art. 13.

acreditar su estado con documentos fehaciente o declaración juramentada".²³ Nada impide a un contrayente declarar que es soltero, cuando no lo es.

Existen todavía en Francia numerosos casos de poligamia entre musulmanes. Con anterioridad a 1977, la ley de migración francesa permitía a los súbditos coloniales establecerse en Francia con sus esposas,²⁴ aunque por razones de orden público nunca se les ha permitido casarse en Francia más de una vez, aun cuando su ley nacional se lo hubiese permitido.

La bigamia acarrea una nulidad absoluta del segundo matrimonio.²⁵ Todo interesado, el cónyuge del primer matrimonio, el cónyuge del segundo matrimonio, el mismo bigamo y el Ministerio Público pueden pedir la declaración de esta nulidad. En un proceso de divorcio de su segundo matrimonio, el esposo bigamo puede oponer la excepción de nulidad de dicho matrimonio, la que debe juzgarse previamente a la acción de divorcio.²⁶ Por otra parte, la obtención del divorcio del primer matrimonio después de la celebración del segundo matrimonio no convalida el segundo. A pesar del divorcio del primer matrimonio, el segundo matrimonio es nulo y su nulidad acarrea la nulidad del régimen económico que hubiese sido una de sus consecuencias.²⁷ La solución, si la voluntad nupcial todavía existe, es volver a contraer el segundo matrimonio después del divorcio del primero.

La nulidad del segundo matrimonio no opera en perjuicio del cónyuge que ignoraba el primer matrimonio de la persona con que se casó. Según la teoría del matrimonio putativo, el cónyuge inocente es tratado como si el segundo matrimonio fuese válido. Se beneficia del régimen económico y conserva las donaciones hechas en consideración a su matrimonio. Tiene también derecho a la pen-

²³ Ley No. 659 de 1944, precitada, art. 58, numeral 4), letra b)

²⁴ La ley actual (ord. del 24 de nov. de 2004) prohíbe la entrega de la tarjeta de residencia a un extranjero que vive en poligamia

²⁵ Código Civil, arts. 147 y 184, Ley No. 659 de 1944, arts. 55, numeral 6) y art. 61, numeral 6)

²⁶ Código Civil, art. 189, Ley No. 659 de 1944, art. 61, numeral 11)

²⁷ Sentencia comentada en RTD civ 2005.574, no. 7

sión de viudez de la Seguridad Social o de un plan privado. Así podría surgir un conflicto, en torno a los bienes de la comunidad o al derecho a la pensión de viudez, entre el cónyuge del primer matrimonio y el cónyuge del segundo matrimonio bigamo, pero putativo.²⁸ Este conflicto es insoluble excepto en equidad, porque ambas mujeres tienen los mismos derechos.

d) El incesto. La existencia de un vínculo familiar de cierto grado impide también el matrimonio, por razones sobre todo eugenésicas. Este impedimento se produce entre personas emparentadas una con otra en línea directa. En línea colateral se prohíbe el matrimonio entre hermanos y, en Francia, aunque no en República Dominicana, entre tío y sobrina o tía y sobrino,²⁹ aunque este impedimento puede dispensarse.³⁰ Entre primos hermanos no existe impedimento.

El impedimento existe también entre afines, aunque allí falta la justificación eugenésica. Existe en línea recta, de modo que, por ejemplo, el viudo no puede casarse con la hija que tuvo su mujer difunta de un matrimonio anterior, es decir, con su nuera.³¹ Pero no hay impedimento entre afines en línea colateral, de modo que, por ejemplo, a la muerte de un hermano, el otro hermano puede casarse con la viuda del primero, es decir, con su cuñada.

La adopción crea también impedimentos al matrimonio, que apa-

²⁸ Este caso no se ha presentado en la jurisprudencia, hasta donde sepamos. Pero hubo un asunto en que una viuda reclamaba una pensión de reversión a la Seguridad Social. Haciendo una investigación, la Institución descubrió la existencia del primer matrimonio no disuelto de su esposo fallecido y le negó a ella el derecho a la pensión. Ella replicó que desconocía el primer matrimonio de su marido y que por tanto su matrimonio era putativo. En un primer momento, la Corte de Casación rechazó su argumento, porque para que un matrimonio pueda ser putativo, debe ser nulo, y el segundo matrimonio de su marido seguía válido al no haber sido declarado nulo. La viuda se vió obligada a gestionar la declaración judicial de nulidad de su matrimonio, para poder ostentar su carácter putativo y obtener la pensión. RTD civ. 2004.67, no. 9. En este asunto no se presentó un conflicto entre las dos viudas.

²⁹ El art. 56, numeral 6), de la Ley No. 659, precitada, prohíbe el matrimonio solamente «a) entre todos los ascendientes y descendientes legítimos o naturales...», sin mencionar a los tíos y sobrinos.

³⁰ La dispensa por razón de parentesco es dada en Francia por el Presidente de la República, quien carece de toda aptitud, en razón de su oficio, para formarse un juicio racional sobre la conveniencia de otorgar o no la dispensa. Su decisión no es recurrible ante el Consejo de Estado, porque la cuestión es civil, ni ante la Corte de Casación, que no conoce de ningún recurso contra decisiones del Presidente. RTD civ.2006.91, no. 8.

³¹ Una sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos pone en duda la validez de esta prohibición. En esa sentencia se declaró contraria al derecho al matrimonio la prohibición en derecho inglés del matrimonio entre aliados en línea directa a menos que la persona que creó la alianza haya fallecido. Sentencia de la CEDH del 13 de septiembre de 2005, RTD civ.2005.735, no. 1 y 758, no. 6.

recen hoy para el derecho dominicano en el art. 158, letra c) del Segundo Código del Menor (Ley 136-03). Hay impedimento en línea recta entre adoptante y adoptado, en línea colateral entre hermanos por adopción y, por afinidad, entre el adoptado y el cónyuge del adoptante. Además, aunque el adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre y entra en la del adoptante, sigue sometido a los impedimentos matrimoniales de su familia original.³²

La filiación natural crea un impedimento al igual que la filiación legítima, tanto en línea directa como en línea colateral.³³ Se presenta, sin embargo, la duda de si este impedimento existe si el hijo natural no ha sido reconocido. ¿Podría un hijo natural no reconocido casarse con la hija de su padre con otra mujer? Desde el punto de vista eugenésico, este matrimonio debiera considerarse incestuoso, pero legalmente no existe ningún parentesco entre los dos medio hermanos, de manera que no existe base legal para impedir su matrimonio.³⁴

El plazo de viudez. En Francia, hasta su derogación por la Ley del 26 de mayo de 2004 sobre divorcio, el artículo 228, primer inciso, del Código Civil disponía: "La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino trescientos días después de la disolución de su matrimonio anterior". Esta prohibición tenía por finalidad evitar la incertidumbre, en caso de resultar embarazada la mujer durante este período, de cuál de sus dos maridos, el anterior o el nuevo, era el padre de la criatura. Su derogación se debe a que hoy día, en caso de duda, la prueba biológica puede establecer la paternidad.

Este artículo fue derogado del Código Civil dominicano, junto con varios otros artículos, en 1899. El plazo de viudez reaparece, sin

³² Ley No. 136-03, Nuevo Código del Menor, art. 116.

³³ El art. 56, numeral 6, de la Ley No. 659, precitada, prohíbe el matrimonio: a) entre todos los ascendientes y descendientes legítimos o naturales, ... d) entre hermanos legítimos o naturales.

³⁴ La Ley No. 659 de 1944, art. 56, numeral 6), letra c) contiene una prohibición que el derecho francés ignora, y que, según Daniel Nolasco en su obra, *Instituciones de Derecho de Familia* (Ed. Jur. Trajano Potentini, tomo I, p. 157), tiene su origen en el derecho canónico. Es la prohibición del matrimonio con el autor o cómplice del homicidio del cónyuge anterior. Esta prohibición, sin mucha lógica, se metió entre las causas de incesto.

³⁵ Ley No. 1306bis de 1937, art. 35. — La mujer divorciada no podrá volver a casarse sino diez meses después que el divorcio haya llegado a ser definitivo, a menos que su nuevo marido sea el mismo de quien se ha divorciado.

embargo, en relación con el divorcio,³⁵ aunque la misma razón de ser, si fuese valedera, se aplicaría tanto a la muerte del primer marido como al divorcio. Ningún texto establece la nulidad del matrimonio celebrado en transgresión de este artículo.

El matrimonio simulado o ficticio. Se llama así el matrimonio que se celebra sin que los contrayentes tengan la intención de vivir como marido y mujer. Ellos persiguen solamente uno de los efectos secundarios que el matrimonio produce. La Corte de Casación francesa se ha pronunciado en dos ocasiones sobre esta cuestión. En 1963,³⁶ declaró válido el matrimonio celebrado con la única finalidad de dar legitimidad al hijo procreado por los contrayentes ; en 2003 declaró nulo un matrimonio en que los contrayentes perseguían efectos sucesorales, a saber, la transmisión del patrimonio del hombre a la mujer a través de la comunidad universal de bienes con atribución de la totalidad al sobreviviente, efecto que, por la vía normal del testamento, debido a la reserva hereditaria de los hijos del hombre, no se hubiese podido conseguir.³⁷ Las dos sentencias no se contradicen. En la primera se buscó uno de los efectos típicos del matrimonio, consistente en la legitimación del hijo ; en la segunda, se buscó una finalidad ajena al matrimonio, más bien propia del derecho de las sucesiones. Hubo, pues, en el segundo asunto un desvío de la finalidad de la institución del matrimonio. Como dijo la Corte en el segundo asunto, el matrimonio es nulo "cuando los contrayentes se han prestado a la ceremonia únicamente para alcanzar un resultado ajeno a la unión matrimonial". El énfasis debe ponerse sobre la palabra "únicamente". En otro caso, perfectamente conciliable con este segundo asunto, el matrimonio de un anciano con la mujer que lo cuidaba, celebrado bajo el régimen de la comunidad universal con atribución de la totalidad al sobreviviente, era válido, pues existía entre ellos un vínculo de afecto y la ventaja del matrimonio sobre el testamento en este caso era meramente fiscal, dado que el anciano carecía de herederos reservatarios.³⁸

³⁶ Sentencia del 20 de noviembre de 1963, D.1964.465, RTD civ. 1964.286

³⁷ Sentencia del 28 de octubre de 2003, D.2004.21, RTD civ.2004.66, no. 8

³⁸ RTD civ.1999.605

El matrimonio ficticio que con mayor frecuencia se observa en Francia es el matrimonio de complacencia celebrado con la finalidad de permitir a un extranjero obtener un permiso de residencia. Esta finalidad en sí es ajena al matrimonio; es más bien propia del derecho de la inmigración. Cuando esta finalidad aparece sola, el matrimonio es nulo, pero en muchos casos es el resultado de una amistad que perdura y se manifiesta en la posesión de ciertos bienes en común o un apoyo económico del uno al otro y a veces en una convivencia y ostentación matrimonial hacia el público, aunque el matrimonio no es consumado. En dos ocasiones, en 1993 y en 2003, el Parlamento expidió leyes creando obstáculos a los matrimonios celebrados entre una persona de nacionalidad francesa y un extranjero indocumentado. Según la ley de 2003, el hecho de que uno de los contrayentes sea extranjero indocumentado hace presumir una intención fraudulenta, que obliga al oficial del estado civil a pasar el expediente al Procurador para su dictamen antes de celebrar el matrimonio. El Consejo Constitucional declaró nulas estas leyes, por contravenir la libertad de matrimonio, que es parte de la libertad personal consagrada por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.³⁹

La prueba del matrimonio. La necesidad de probar la existencia del matrimonio se presenta, en primer lugar, para los esposos, en muchos momentos de la vida, y sobre todo para pedir el divorcio o para reclamar la partición de la comunidad en caso de muerte de uno de ellos. El hijo necesita probar el matrimonio de sus padres para invocar la presunción de paternidad del marido de su madre, si no aparece en su acta de nacimiento.

El derecho no admite más que un medio de prueba: el acta de matrimonio inscrito en el registro del estado civil.⁴⁰ El acta en sí puede ser nula, por ejemplo, si no fue firmada por el oficial actuante, por los contrayentes o por los testigos o si fue redactada en una hoja suelta o si (en República Dominicana solamente) el sacerdote

³⁹ La resolución del Consejo Constitucional aparece comentada en RTD civ.2004.65, no. 7 y 148, no. 1.

⁴⁰ Código Civil, art. 194, Ley No. 659 de 1944, art. 61, numeral 14).

que celebró el matrimonio no la hizo inscribir en el registro del estado civil. Para tales casos, el artículo 196 del Código Civil⁴¹ prohíbe a los esposos pedir la nulidad del acta si tienen la posesión de estado de personas casadas.

La jurisprudencia francesa ha hecho extensiva esta regla a la nulidad del matrimonio fundada en un defecto de forma de su celebración, v.gr., la falta de publicidad o la actuación del oficial fuera de su jurisdicción. En base a esta jurisprudencia, el matrimonio clandestino, celebrado por un oficial del estado civil, no puede ser anulado si los cónyuges han tenido la posesión de estado de personas casadas. La cohabitación notoria de los esposos suple la falta de publicidad que debió tener lugar antes de la celebración. Pero se necesita siempre un acta, por defectuosa que sea, que hace constar la celebración del matrimonio ante un oficial del estado civil (o, en la República Dominicana, ante un oficial o un sacerdote católico). Un acta redactada por un cura en Francia o por un pastor, rabino o imam, no hace prueba de la celebración del matrimonio, ni siquiera cuando es confirmada por la posesión de estado. (En este caso, el matrimonio puede de todos modos ser putativo para uno o para ambos contrayentes, como seguidamente veremos.)

La necesidad de exhibir el acta de matrimonio como prueba tiene una excepción. En Francia, en caso de inexistencia o pérdida de los registros, la prueba del matrimonio puede hacerse por todos los medios. Esta regla, consagrada en el artículo 46 del Código Civil, se aplica extensivamente a todos los casos en que es materialmente imposible obtener el acta. En la República Dominicana se requiere la destrucción, total o parcial, de los registros, tanto de la Oficina Local como de la Oficina Central del Estado Civil, para que la prueba por otros medios sea recibida.⁴² Ley No. 659 de 1944, arts. 21 y 23. Además, los hijos procreados por el matrimonio y que han disfruta-

⁴¹ También el segundo párrafo del artículo 61, numeral 15) de la Ley No. 659 de 1944

⁴² Ley No. 659 de 1944, arts. 21 y 23. Además, los hijos procreados por el matrimonio y que han disfrutado de la posesión de estado de hijos (o que tienen otra prueba de su filiación), después de la muerte de sus padres, pueden probar el matrimonio de éstos, con la posesión de estado de personas casadas que tuvieron en vida. Esta excepción, que se funda en que los hijos no siempre pueden obtener el acta de matrimonio de sus padres difuntos, ha caído en desuso desde el momento en que la legitimidad de los hijos carece de efectos sucesorales.

do de la posesión de estado de hijos (o que tienen otra prueba de su filiación), después de la muerte de sus padres, pueden probar el matrimonio de éstos, con la posesión de estado de personas casadas que tuvieron en vida.

Esta excepción, que se funda en que los hijos no siempre pueden obtener el acta de matrimonio de sus padres difuntos, ha caído en desuso desde el momento en que la legitimidad de los hijos carece de efectos sucesorales.

El matrimonio putativo. El matrimonio celebrado ante una persona no habilitada puede ser putativo, si uno por lo menos de los contrayentes cree casarse válidamente. Un matrimonio celebrado *in extremis* por un sacerdote en un sanatorio en Francia tuvo este efecto.⁴³ Asimismo, un matrimonio celebrado por una francesa en el consulado del país de su novio es putativo, si ella lo cree válido.⁴⁴

Si ambas partes fueron de buena fe al contraer lo que creían ser su matrimonio, la nulidad del matrimonio se pronuncia sin efecto retroactivo. Las convenciones matrimoniales (si las hay) se aplican, la comunidad legal de bienes se liquida, las donaciones hechas en consideración al matrimonio se conservan, subsiste el derecho para un extranjero residente de adquirir la nacionalidad francesa por efecto de su matrimonio putativo. Si una de las partes solamente era de buena fe, caso que se da cuando hay bigamia o error sobre las cualidades esenciales, el efecto retroactivo puede ser solicitado por la parte inocente, en la medida que le conviene. La parte que actuó de mala fe pierde las ventajas que el matrimonio puede haberle traído, además de lo cual puede ser condenada a indemnizar a su cónyuge por el perjuicio que la anulación del matrimonio le acarreó.

Además, los terceros pueden fundarse en la teoría de la apariencia para evitar que una persona que se ha ostentado como casada pue-

⁴³ Sentencia de la Corte de Apelación de Bordeaux del 16 de junio de 1937, RTD civ.1938.75

⁴⁴ RTD civ.1998.77

da negar su estado civil. El proveedor de bienes o servicios puede invocar la solidaridad entre esposos por las deudas contraídas para las necesidades del hogar común y de esta manera imponer la obligación de pago al cohabitante que se ostentó como casado.

Los efectos del matrimonio. a) **La eliminación de la incapacidad de la mujer casada.** Un efecto importante del matrimonio, que existía durante el Antiguo Régimen y fue consagrado por el Código Civil, fue la incapacidad de la mujer casada. Una mujer que, si era mayor de edad, disfrutaba de la plena capacidad civil como soltera, se veía reducida a la misma condición de un menor o un interdicto por el hecho de casarse. Esta incapacidad desapareció en Francia por etapas.⁴⁵ Con una ley de 1907, la mujer casada adquirió la capacidad de administrar los llamados “bienes reservados”, producto de su empleo o profesión. En 1938, ella obtuvo la “plena capacidad civil”, reforma ilusoria porque el marido como jefe de la familia seguía siendo administrador único, no solamente de los bienes de la comunidad, sino también de los bienes propios de la mujer, con excepción de los reservados. En 1965, la mujer casada obtuvo la administración de sus bienes propios y la coadministración de los bienes comunes. Y en 1970, la mujer casada obtuvo el derecho de ejercer una profesión sin el consentimiento de su marido y la capacidad para administrar y disponer de sus bienes personales para las necesidades de su profesión. En ese año también fue abolida la patria potestad, o sea, el poder del marido sobre los hijos, y en su lugar se estableció el principio de que ambos esposos “aseguran conjuntamente la dirección moral y material de la familia”. Ambos ejercen ahora conjuntamente la “autoridad parental” sobre sus hijos menores.

En la República Dominicana, la evolución del derecho en relación con la incapacidad de la mujer casada ha sido similar. La Ley No. 390 de 1940 dio a la mujer la capacidad civil y la capacidad de administrar y de disponer de sus bienes reservados, pero el marido seguía siendo el jefe de la familia y administrador único de los bie-

⁴⁵ Véase el artículo de fondo sobre la tendencia histórica hacia la igualdad de la mujer casada en RTD civ.1996.841.

nes de la comunidad legal y de los propios de su mujer que no estaban reservados. La Ley No. 855 de 1978, a semejanza con la ley francesa de 1970, permitió a la mujer casada ejercer una profesión sin el consentimiento de su marido y añadió la capacidad para administrar y disponer de sus bienes personales para las necesidades de su profesión. Los bienes personales de la mujer que se dedicaba al hogar seguían bajo la administración de su marido. En el régimen de la separación de bienes, la Ley No. 2125 de 1949 consagra el derecho de la mujer de administrar y disponer de sus bienes, pero en su artículo 2 mantiene la necesidad para ella de obtener el consentimiento de su marido para la enajenación de sus inmuebles. La reforma de la comunidad legal se emprendió por la Ley No. 189 de 2001, que dispone la administración compartida de los bienes comunes y requiere el consentimiento de ambos cónyuges para los actos de disposición sobre tales bienes. El artículo 1428 del Código Civil, que facultaba al marido a administrar los bienes propios de la mujer, fue derogado por esa ley. Se sobreentiende que, bajo el régimen legal de la comunidad, tanto en Francia como en la República Dominicana, "cada esposo tiene la administración y el goce de sus bienes propios y puede disponer de ellos libremente". Tácitamente fue también derogado el artículo 2 de la Ley No. 2125, que obligaba a la mujer casada bajo el régimen de la separación de bienes, a obtener el consentimiento de su marido para enajenar sus inmuebles.⁴⁶ La plena capacidad de la mujer casada data, pues, de la entrada en vigor de la Ley No. 189 de 2001, que fue publicada el 22 de noviembre de 2001. Las mujeres casadas que desean celebrar el advenimiento de su capacidad deben recordar esa fecha.

La igualdad de la mujer con el marido frente a los hijos fue consagrada por la Ley No. 855 de 1978, que declaró, al igual que la ley francesa, que "los esposos aseguran juntos la dirección moral y ma-

⁴⁶ La derogación del poder del marido de consentir en la enajenación de los inmuebles de su mujer fue consagrada expresamente por la Ley No. 189-01, al modificar el artículo 1449 del Código Civil, relativo a la separación de bienes ordenada judicialmente a consecuencia del desorden de los negocios del marido que pone en peligro los recobros de la mujer. El artículo 1449 dispone: «La mujer separada de cuerpo o bienes, o de estos últimos solamente, tiene la libre administración de ellos. Puede disponer de su mobiliario y enajenarlo, así como de sus inmuebles». La falta de hacer la misma modificación en relación con el régimen de la separación de bienes establecido contractualmente fue sin duda inadvertida.

terial de la familia". Con esto quedó abolida la patria potestad, autoridad del padre exclusivamente y fue sustituida por la "autoridad parental". "La autoridad pertenece al padre y a la madre para proteger al hijo..." según el artículo 371-2 agregado por esta ley al Código Civil. (Este tema se examina en el capítulo relativo a la Condición Jurídica de los Menores y de los Mayores Protegidos.)

La capacidad de la mujer casada, hoy plenamente consagrada en ambos países, no puede ser reducida por una cláusula de las convenciones matrimoniales.⁴⁷ Tampoco pueden estas convenciones otorgar al marido el poder de administrar los bienes personales de su esposa. Un poder de esta índole incluido en estas convenciones (salvo que se constituya como revocable) tendría el mismo carácter irrevocable que las demás estipulaciones y constituiría una reducción de la capacidad de la mujer. Para el régimen de separación de bienes, si la mujer confía al marido la administración de sus bienes, el artículo 2 de la Ley No. 2125 de 1949 dispone en su último párrafo que "La mujer no puede renunciar al derecho de recobrar en cualquier época la administración de sus bienes". Esta regla, aunque aparece en la regulación de este régimen en particular, se basa en el mismo principio de orden público, que impide que en una convención de matrimonio, la capacidad de la mujer casada sea reducida mediante otorgamiento a su marido de un poder irrevocable de administrar sus bienes. Pero fuera de estas convenciones no hay impedimento a que la mujer le dé un poder a su marido para una o más gestiones y de hecho el otorgamiento de poderes entre los esposos es cosa común.

La capacidad de la mujer casada en materia bancaria ha recibido una atención especial. Debió ser suficiente con declarar que la mujer casada tiene plena capacidad civil para que pudiese abrir y manejar cuentas bancarias, pero la práctica bancaria fue lenta en adaptarse a esta novedad y el legislador tuvo que intervenir para

⁴⁷ Así lo declara el tercer párrafo del artículo 213 del Código Civil dominicano: El régimen matrimonial que adopten los esposos no puede contener ninguna restricción a la capacidad civil de la esposa que no se halle expresamente consignada en la Ley. Hoy día, por falta de adecuación de la ley, se consigna todavía una restricción a la capacidad de la esposa, a saber, en el régimen dotal, el derecho del marido de administrar los bienes dotales, que son propiedad de ella, art. 1549 del C. Civ.

vencer el conservadurismo de los banqueros. El artículo 218 del Código Civil dominicano, introducido por la Ley No. 855 de 1978, y su correlativo francés, el artículo 221, disponen: "Cada uno de los esposos puede hacerse abrir, sin el consentimiento del otro, cuentas corrientes, cuentas de depósito, de ahorros, de títulos o de cualquier otro género, en su nombre personal. El cónyuge depositante se reputa, respecto del depositario, tener la libre disposición de los fondos y de los títulos en depósito".

Aunque la ley emplea las palabras "respecto del depositario", es decir, del banquero, a quien se quiso proteger para que permitiera la apertura y el manejo de la cuenta por la mujer casada, la libre disposición es también "respecto del depositante", específicamente de la mujer. Ni el marido ni la mujer pueden, sin autorización judicial, notificar una oposición al banco, fundándose en que el otro cónyuge se propone usar los fondos depositados para fines ajenos a la comunidad.

b) Las relaciones personales entre los cónyuges. Al contraer matrimonio, los esposos asumen ciertos compromisos de carácter personal: la fidelidad, que implica que un cónyuge no debe tener relaciones sexuales con una persona que no sea el otro cónyuge; la obligación de llevar una vida común⁴⁸; el deber de socorro, es decir de pago de alimentos, aplicable sobre todo cuando los esposos viven separados, consistente en proveer los recursos que el otro cónyuge necesita para cubrir sus necesidades;⁴⁹ y el deber de asistencia, que requiere prestar atenciones al cónyuge en momentos de enfermedad, avanzada edad o dificultades de otra índole.

Los esposos escogen de mutuo acuerdo la residencia familiar.⁵⁰ Se sobreentiende que para la mudanza de la residencia familiar se requiere también el consentimiento de ambos. El artículo 215 del Código Civil dominicano, en su tercer párrafo, añade que "si la resi-

⁴⁸ Código Civil, art. 215

⁴⁹ Código Civil, art. 212

⁵⁰ Código Civil, art. 215

dencia escogida presenta para la familia graves inconvenientes, el tribunal puede autorizar una residencia distinta". Esta disposición es ambigua. O bien significa que el Juez puede imponer a los cónyuges la residencia que él selecciona ; o bien significa que el Juez puede autorizar a la mujer a tener una residencia distinta de la del marido. Ninguna de estas dos interpretaciones es aceptable. La mujer puede tener una residencia separada sin tener que pedir una autorización al juez. Tampoco puede el Juez imponer a uno de los cónyuges una residencia que él o ella no quiere. La obligación de llevar una vida común no es susceptible de cumplimiento forzoso, aunque su inobservancia no excusada podría conducir al divorcio y a una condena en daños y perjuicios. En Francia, el párrafo precitado no existe, lo cual es una admisión de que la ley es impotente para resolver el conflicto de los esposos acerca de la residencia familiar.

c) Los efectos económicos del matrimonio: el régimen primario. Además, los cónyuges tienen ciertos encargos comunes de índole económica, que constituyen lo que los autores franceses llaman el "régimen primario" del matrimonio. La expresión es impropia, porque con ella no se designa uno de los regímenes bajo los cuales las parejas pueden casarse, sino el conjunto de reglas relativas a todo matrimonio y aplicables independientemente del régimen que los cónyuges hayan seleccionado. Con excepción del deber de contribuir a las cargas del hogar, que puede ser objeto de acuerdo entre las partes, las demás reglas de carácter económico se aplican imperativamente.

Aunque estas reglas son bilaterales en su formulación, en el fondo persiguen llevar a la práctica a favor de la mujer casada la igualdad de derechos con su marido.

Las reglas dominicanas sobre el régimen económico del matrimonio, contenidas en los artículos 214 y siguientes del Código Civil, modificadas por la Ley No. 855 de 1978, son casi idénticas a las reglas de la ley francesa del 13 de julio de 1965.



aa) **El deber de contribuir a las cargas del hogar y la solidaridad de las deudas contraídas para las necesidades del hogar.** Según el artículo 214 del Código Civil dominicano, "Cada uno de los esposos debe contribuir, en la medida de lo posible, a los gastos del hogar y a la educación de los hijos".⁵¹ La versión francesa es ligeramente distinta. Traducida al español reza: "Si las convenciones matrimoniales no regulan la contribución de los esposos a las cargas del matrimonio, ellos deben contribuir en proporción a sus respectivas facultades". Dos diferencias separan estos textos: 1) la versión francesa deja claro que los esposos pueden, por medio de sus convenciones matrimoniales y no por un simple contrato, pactar en relación con sus respectivas contribuciones; y 2) la versión francesa habla de "las cargas", no de "los gastos" del matrimonio. El concepto de "cargas" es más amplio. Abarca no solamente los recursos económicos que sirven para cubrir los gastos, sino el aporte en trabajo, lo cual incluye las faenas del hogar. Tanto los gastos como el trabajo son cargas que se comparten entre los esposos en proporción a sus respectivas facultades.

La obligación de contribuir a los gastos o a las cargas del hogar no hace doble empleo con la obligación de socorro antes mencionada. La obligación de contribuir a las cargas del matrimonio es una obligación de manutención (*un devoir d'entretien*), destinada a poner en equilibrio el nivel de vida del que disfrutaban los esposos, no de pago de alimentos, como lo es la de socorro, especie de mínimo no susceptible de regularse por las convenciones matrimoniales. La contribución debe hacerse aun cuando los esposos vivan separados y aun cuando el cónyuge receptor no esté en situación de necesidad. Si uno de ellos no hace su contribución existe un procedimiento expedito para compelerlo, similar la que se usa para cobrar alimentos.⁵²

El artículo 217 del Código Civil dominicano y su correlativo, el artículo 220 del Código Civil francés, en su segunda oración agre-

⁵¹ Código Civil, art. 214

⁵² Código Civil, art. 214

gan: "La deuda así contraída obliga al otro solidariamente". Para cubrir las necesidades del hogar y la educación de los hijos, cada esposo, al contratar, compromete solidariamente a su cónyuge.⁵³ La solidaridad se manifiesta en situaciones muy variadas, en que uno de los cónyuges incurrió en una deuda y el acreedor persigue su pago contra el otro cónyuge. No es posible hacer una lista de las deudas o cargas del hogar. Incluyen el pago del alquiler de la residencia familiar, el abono del teléfono y de la luz eléctrica, la matrícula de los hijos, las facturas de la clínica en que un miembro de la familia estuvo hospitalizado, etc. Las deudas frente al emisor de la tarjeta de crédito de ambos cónyuges son normalmente deudas del hogar.

La jurisprudencia francesa no admite que las "inversiones" constituyan gastos para el mantenimiento del hogar. La deuda incurrida por uno de los cónyuges para la compra de la residencia familiar es una inversión, no un gasto, y la solidaridad entre esposos queda excluida,⁵⁴ aunque en una sentencia se ha admitido que trabajos de carpintería ordenados por el marido para mejorar la residencia común, que técnicamente constituían una inversión, daban lugar a solidaridad y podían ejecutarse sobre los bienes de la esposa.⁵⁵ Como lo demuestra este asunto, la distinción entre inversión y gasto no es la que un contable usaría en la contabilidad de un establecimiento comercial, sino que tiene que ver concretamente con la situación económica y el modo de vida de los esposos. Una sentencia llegó al límite del concepto de "gastos del hogar" al considerar que la compra de un automóvil, de un valor conforme a la condición social del matrimonio, era un gasto del hogar.⁵⁶

La solidaridad de los cónyuges por las deudas del hogar tiene dos excepciones. Primero, según el artículo 217 del Código Civil, "la solidaridad no tiene lugar, sin embargo, cuando los gastos son manifiestamente excesivos, para lo cual se tomará en cuenta el tren de

⁵³ Art. 217 del C. Civ. dominicano ; art. 220 del C. Civ francés.

⁵⁴ RTD civ.2005.170, no. 1; RTD civ.2002.557, no. 3

⁵⁵ RTD civ.2002.556, no. 1

⁵⁶ RTD civ.2002.558 no. 4

vida del hogar, la utilidad o inutilidad de la operación y la buena o mala fe del tercero contratante". Esta regla es un vestigio del mandato tácito que, antes de la reforma de 1965 en Francia y de 1978 en la República Dominicana, tenía la mujer casada para comprometer la comunidad por los gastos de la vida corriente que ella efectuaba. El dorso de esa moneda era que, cuando la mujer efectuaba un gasto manifiestamente excesivo, teniendo en cuenta el tren de vida del hogar, ella no comprometía la comunidad. El mandato tácito de la mujer ha sido bilateralizado. El tercero que contrata con el marido debe ahora tomar la misma precaución, de que el gasto no sea manifiestamente excesivo, que antes usaba cuando trataba con la mujer. La palabra "manifiestamente" indica que el exceso del gasto debe ser realmente grande y no dejar lugar a duda acerca de su consistencia. La regla puede servir para frenar la voracidad de algunas empresas, que utilizan medios de presión para promocionar sus productos o servicios, ofreciendo crédito a los que no pueden pagar.

Como lo indica el artículo citado, la "buena fe" del tercero se toma en cuenta, criterio subjetivo y variable según la experiencia del acreedor y la prudencia que se espera de él. La buena fe siempre se presume, pero como un empresario o banquero prudente que otorga crédito suele cerciorarse de la posibilidad de su eventual deudor de hacer frente al pago de su deuda, hay límites a la credibilidad del acreedor que alega que desconocía las condiciones económicas del matrimonio. A favor del banquero, sin embargo, hay que reconocer que el establecimiento de un límite elevado a una tarjeta de crédito para uso común de los esposos, no implica conocimiento de un gasto excesivo para el cual uno de ellos utiliza después la tarjeta sin el consentimiento del otro. La buena fe del banquero en este caso le permitirá cobrar el importe de su factura sobre los bienes de ambos cónyuges. En este caso, el mecanismo de la tarjeta de crédito subvierte la protección que la ley trata de dar al cónyuge que no consiente en el gasto excesivo que incurre el otro. Pero el cónyuge que no incurrió en el gasto excesivo y se vió obligado a pagar el importe de la tarjeta de crédito, tendrá una acción en repetición

contra el tercero quien, de mala fe, permitió a su cónyuge emprender el gasto.

En todo caso, el tercero que conoce el matrimonio y está consciente de su nivel económico, si trata con solamente uno de los cónyuges, no puede invocar la obligación solidaria del otro si otorgó crédito para un gasto manifiestamente excesivo. Debe formar su propio juicio de valor acerca de lo que el matrimonio puede soportar y negarse a contratar cuando percibe que el costo del bien o del servicio que ofrece es manifiestamente excesivo para ese hogar, a menos que esté dispuesto a poder cobrar su crédito solamente sobre los bienes del cónyuge que contrató con él.

La ausencia de solidaridad de los cónyuges en relación con los gastos manifiestamente excesivos se aplica sin problemas si son casados bajo el régimen de la separación de bienes. En el régimen de la comunidad, esta regla entra en conflicto con el poder que tiene cada cónyuge, actuando solo, de administrar los bienes de la comunidad, según el nuevo artículo 1421 del Código Civil, modificado por la Ley No. 189-01. De este conflicto se tratará en relación con el régimen de la comunidad.

La segunda excepción a la solidaridad de los esposos se manifiesta en las compras a plazos, o sea, a las compras con crédito de suplidor. Según el último párrafo del artículo 217 la solidaridad "Tampoco tiene lugar en las obligaciones resultantes de compras a plazo si no han sido concertadas con el consentimiento de los dos cónyuges". Hay que entender que, cuando la deuda debe liquidarse en un solo pago, esta excepción no se aplica. Su efecto se produce cuando el pago debe hacerse en varios abonos, precisamente porque el importe de la deuda es demasiado elevado para que pueda pagarse cómodamente de un solo golpe. La expresión "compras a plazo" como traducción del francés *vente à tempérament*, debió leer "compras a plazos" en plural. Otros pagos a plazos que no son compras, como el alquiler de la casa de familia⁵⁷, la suscripción al servicio de teléfono,

⁵⁷ El alquiler del apartamento al que se trasladó la mujer al separarse de su marido antes de iniciarse el procedimiento de divorcio es también un «gasto del hogar» (*dette ménagère*). RTD civ.1996.223 y 225.

la mensualidad del colegio, etc., no caen en la excepción de pagos a plazos. Son deudas del hogar (*dettes ménagères*) sujetas a solidaridad.

En caso de divorcio, la solidaridad por las deudas del hogar continúa hasta que el divorcio se haga oponible contra terceros, lo cual en Francia sucede cuando la sentencia de divorcio se inscribe en el registro del estado civil.⁵⁸ En derecho dominicano la solución es prácticamente la misma. La oponibilidad contra terceros se produce cuando el oficial del estado civil pronuncia el divorcio. El hecho de que, como parte de las convenciones de un divorcio por mutuo consentimiento, se haya pactado que determinada deuda del hogar quedará a cargo de uno de los cónyuges, no perjudica al acreedor, quien puede perseguir su pago contra el otro cónyuge,⁵⁹ quien dispone en este caso de un derecho a reembolso.

El efecto de las excepciones para los gastos manifiestamente excesivos y las compras a plazos, es eliminar la solidaridad del cónyuge que no consintió, de manera que un gasto excesivo o una compra a plazos recae únicamente sobre los bienes personales del cónyuge que incurrió el gasto o hizo la compra.

Mediante la reforma de 1985, en Francia se agregó como excepción adicional a la solidaridad "los préstamos, a menos que éstos últimos sean de sumas modestas para cubrir las necesidades de la vida corriente". En derecho dominicano, para llegar via interpretación al mismo resultado, habría que extender por analogía la palabra "gastos" para incluir "préstamos". La analogía sería apropiada tratándose de un préstamo para una adquisición de un bien fijo, dada la semejanza, desde el punto de vista del cónyuge prestatario a quien la ley trata de proteger, entre una compra a plazos y una compra pagada con el préstamo de un tercero, a quien se reembolsa a plazos. En cambio, para excluir la solidaridad para el pago de un préstamo de consumo, sea grande o pequeño, la analogía con un "gas-

⁵⁸ RTD civ.1993.180

⁵⁹ RTD civ.1993.185

to" es más remota, aun suponiendo que el consumo se haya efectuado como parte de la vida común.

Estas observaciones son valederas para los cónyuges casados bajo el régimen de la separación de bienes. Para los casados bajo el régimen de la comunidad, hay que tener en cuenta las reglas específicas de ese régimen, que se estudiarán en el capítulo relativo a los regímenes matrimoniales. Resumiendo lo allí expuesto, en el derecho francés, para que queden comprometidos los bienes de la comunidad para el pago de un préstamo contraído por uno solo de los cónyuges, se requiere que el otro cónyuge haya consentido. Para el derecho dominicano, habría que buscar la solución en la regla sobre el pasivo de la comunidad,⁶⁰ que se forma sin excepción de "las deudas, tanto de capitales como de rentas o intereses, contraídas por el marido o por la mujer". La solución dominicana es por consiguiente que todo préstamo contraído por el marido o por la mujer compromete los bienes de la comunidad. Además, al no existir una excepción, similar a la francesa, que excluye la solidaridad de los esposos tratándose de préstamos, reaparece en derecho dominicano la regla general de la solidaridad del artículo 217 para las deudas que tienen por objeto "el mantenimiento o la conservación del hogar o la educación de los hijos". Por ende, si el préstamo contratado por uno solo de los cónyuges sirve para tales fines, los bienes propios del otro cónyuge quedarán también comprometidos. Pero si sirve para fines de la comunidad ajenas al hogar o a la educación de los hijos, por ejemplo, para la expansión de un fondo de comercio, que es un bien común aunque manejado por uno de los cónyuges, los bienes de la comunidad quedarán comprometidos, pero no los bienes propios del otro cónyuge.

bb) La protección de la residencia familiar. Según el tercer inciso del artículo 215 del Código Civil de ambos países, "Los esposos no pueden, el uno sin el otro, disponer de los derechos sobre los cuales está asegurada la vivienda de la familia, ni de los bienes muebles que la guarnecen". La redacción es amplia. No importa

⁶⁰ Inciso 2do del artículo 1409 del Código Civil, modificado por la Ley No. 189-01

que la vivienda sea propiedad de uno solo de los cónyuges o que forme parte de la comunidad de bienes entre ellos.⁶¹ El mismo propietario exclusivo de la vivienda no puede disponer de ella sin el consentimiento de su cónyuge. Al hablar de “los derechos sobre los cuales está asegurada la vivienda de la familia”, la ley se refiere no solamente al derecho de propiedad, objeto de una venta. El consentimiento conjunto también se requiere para consentir sobre ella una hipoteca.⁶² Además, dado el efecto casi permanente del contrato de arrendamiento a través de la protección del inquilino, la jurisprudencia francesa considera que el otorgamiento de este contrato es un acto de disposición y exige el consentimiento de ambos cónyuges cuando recae sobre la residencia familiar.⁶³ A la inversa, el inquilino necesita el consentimiento de su cónyuge para renunciar al arrendamiento de la casa de familia, e inclusive para cometer un acto que daría derecho al propietario a resiliar el arrendamiento.⁶⁴

En la República Dominicana, a menos que la vivienda familiar se halle constituida en bien de familia al amparo de la Ley No. 1024 de 1928, la vivienda familiar puede ser embargada por el acreedor del cónyuge propietario. La vivienda familiar es indisponible, pero no inembargable. En Francia también la residencia familiar es embargable.

En un asunto, la Corte de Apelación de Angers se negó a llevar la regla sobre la disposición de la residencia familiar hasta sus últimas consecuencias. El marido había obligado a su esposa a salir de la residencia familiar, que era un bien propio de ella, y había invitado a su concubina a compartir la casa con él. En este caso la esposa logró disponer de la residencia familiar sin el consentimiento de su marido.⁶⁵ Esta sentencia es un buen ejemplo de una decisión de equidad.

⁶¹ Art. 215 del Código Civil de ambos países.

⁶² RTD civ.2000.888

⁶³ RTD civ.2001.416

⁶⁴ RTD civ.2004.538, no. 1

⁶⁵ RTD civ.2001.418

La indisponibilidad de la residencia familiar se aplica también a “los bienes muebles que la guarnecen”. Estos muebles se definen en el artículo 534 de ambos códigos civiles,⁶⁶ y su definición abarca no solamente los muebles de uso, sino también los muebles de adorno, tales como los relojes, cuadros, estatuas y floreros, mientras no constituyan una colección. Estos muebles no pueden venderse por los cónyuges sino de común acuerdo.

La sanción, en caso de disposición unilateral de la residencia familiar o de uno o más de los muebles que la guarnecen, es la nulidad de la disposición, que el cónyuge que no ha dado su consentimiento puede demandar dentro de un año después de haber tomado conciencia del acto, pero en ningún caso más de un año después de la disolución del matrimonio.⁶⁷ Esta nulidad va en perjuicio de tercero, quien deberá restituir el título de la residencia o el mobiliario que la guarnecía al demandante, para reintegrarse a la calidad que tenía antes de su venta como bien propio de ese cónyuge o bien de la comunidad.

cc) La disponibilidad de cosas muebles por uno solo de los cónyuges. El artículo 219 del Código Civil dominicano y el artículo 222 del Código Civil francés tienen por finalidad proteger al tercero que compra o adquiere derechos de uno de los cónyuges sobre un bien mueble que éste detenta individualmente. Persigue el mismo fin que el artículo 2279 (“en materia mueble, posesión vale título”), salvo que no requiere que el tercero esté en posesión. Es ante todo una aplicación de la teoría del poder aparente. El artículo reza: “Si uno de los esposos se presenta para realizar un acto de administración, de goce o de disposición sobre un bien que detenta individualmente, se reputa, respecto de los terceros de buena fe, que tiene poder para realizar él solo ese acto”. En el sistema de la comunidad legal del derecho dominicano, esta regla es de gran tras-

⁶⁶ La traducción al español de «*mobilier meublants*» en este artículo es «muebles de menaje». La mejor traducción hubiera sido «mobiliario».

⁶⁷ Aun transcurrido el año después de la mujer haber tomado conocimiento de una hipoteca impuesta por el marido sobre la residencia familiar, ella puede oponer al acreedor hipotecario la nulidad de la hipoteca, porque las excepciones nunca prescriben. RTD civ.2000.888.

endencia, ya que permite al tercero confiar en la detención individual de una cosa mueble por uno de los cónyuges, sin exigir la participación del otro cónyuge en el acto de disposición. Aunque, por regla general, para los actos de disposición de un bien de la comunidad se necesita la colaboración de ambos cónyuges, según este artículo cuando uno de ellos dispone de un bien que detenta individualmente, frente al tercero de buena fe, el acto de disposición es válido.

El poder aparente del cónyuge que administra, goza o dispone de la cosa existe solamente frente al tercero de buena fe, no entre los cónyuges. A la disolución del matrimonio, la comunidad tiene derecho a una recompensa si se dispuso de un bien común sin el consentimiento del otro cónyuge. Si se dispuso sin autorización de un bien propio del otro cónyuge, éste tiene un crédito por el valor del bien del que fue privado.

La regla se aplica a las cosas corpóreas en general, aunque la duda surge en relación con los bienes sujetos a registro, especialmente los automóviles, matriculados a nombre de uno de los cónyuges y que el otro trata de enajenar. En estos casos la presunción de buena fe que favorece normalmente al tercero podría ser vencida, pues la apariencia de propiedad de un vehículo de motor no se desprende de su tenencia, sino de su matrícula.

También se ha discutido si la regla se aplicaba a los bienes incorpóreos. La duda surge del uso de la palabra "detención" que da a entender que se trata de un bien material. Pero se habla también de la "detención" de títulos-valores, no solamente cuando se tiene el certificado en la mano, sino también cuando la titularidad se desprende de los registros de la sociedad emisora. Este último método de titularidad es el de mayor uso en Francia desde la ley del 2 de mayo de 1983 sobre la desmaterialización de los valores. Uno de los efectos más importantes de la regla es permitir a la mujer casada manejar una cartera de valores mobiliarios sin el concurso de su marido. El que compra acciones u obligaciones sociales a una

mujer casada, a suponer que ella detente el certificado o que los valores estén inscritos a su nombre en los registros de la sociedad, no tiene que recabar el consentimiento de su marido, ni siquiera si los valores de los que ella dispone forman parte de la comunidad.

La disponibilidad de cosas muebles por uno solo de los cónyuges tiene dos excepciones. 1) No se aplica a los muebles que guarnecen la residencia familiar, los que están protegidos como anexos de la residencia, según el artículo 215, inciso 3, de ambos códigos. El significado de esta excepción es que, si un tercero compra uno de los bienes muebles que guarnecen la casa de familia de su vendedor, sin obtener el consentimiento del otro cónyuge, se expone a una demanda en nulidad de la venta, por lo menos cuando el mueble es un bien de la comunidad o un bien propio del otro cónyuge. Como se ve, la excepción relativa a los muebles que guarnecen la casa de familia deroga no solamente el artículo 219 del Código Civil, sino también el artículo 2279, que encierra el aforismo "en materia mueble, posesión vale título". En esta situación la "detención individual" o posesión de la cosa por el cónyuge vendedor no protege al tercero, como tampoco lo protege su ignorancia de que el objeto provenía de la casa de familia de su vendedor. El interés del tercero de buena fe, que la ley normalmente protege, aquí es sacrificado. En la época previa al divorcio, si uno solo de los cónyuges sigue viviendo en la casa de familia y necesita dinero, puede existir la tentación de vender objetos que guarnecen la casa. Esta excepción a la disponibilidad de las cosas muebles por uno solo de los cónyuges pone un freno a esta tentación. El tercero que compra a uno de los cónyuges un objeto que por su naturaleza podría ser un mueble de la casa se expone al riesgo de la nulidad si no obtiene el consentimiento del otro cónyuge.

2) Como segunda excepción, la presunción de disponibilidad de cosas muebles por uno solo de los cónyuges no se aplica a los muebles cuya naturaleza hace presumir que son de la propiedad del otro cónyuge. En esta situación, el poder aparente falta.

dd) **El derecho de los cónyuges de disponer de su salario y los bienes reservados de la mujer.** El derecho de la mujer casada de reservar su salario para su uso personal fue introducido en el derecho dominicano en 1940, a imitación del sistema que imperaba en Francia desde 1907. Esta reforma puso fin al derecho del marido, en su calidad de administrador de los bienes muebles de la comunidad, de cobrar, administrar y disfrutar de los salarios que su mujer ganaba. Para lograr este propósito, en una sociedad en que cada vez más mujeres casadas tienen empleos o ejercen profesiones, el artículo 221 del Código Civil dominicano declara: "Bajo todos los regímenes y so pena de nulidad de cualquier cláusula contraria contenida en el contrato de matrimonio, la mujer casada tiene sobre los productos de su trabajo personal y las economías que de éste provengan, plenos derechos de administración y de disposición". El carácter reservado no se detiene con las economías, sino que se extiende al uso de estas economías para comprar bienes. El mismo artículo 221 sigue diciendo: "Ella puede hacer uso de esto para adquirir inmuebles o valores mobiliarios y puede enajenar los bienes así adquiridos..."

A esta redacción, que se refiere exclusivamente a la mujer, se añadió en 1978 una regla bilateralizada aparentemente similar. Esta nueva redacción, que aparece en el artículo 224 del Código Civil dominicano, dispone que "Cada uno de los esposos percibe sus ganancias, entradas y salarios y puede disponer de ellos libremente después de haber cumplido con las cargas del matrimonio". En Francia esta misma disposición apareció en la reforma de 1965, aunque en esa fecha se conservaba todavía el sistema de los bienes reservados. Tiene un alcance mucho menor que el de los bienes reservados. Se refiere solamente a los ingresos resultantes del trabajo, no a los bienes comprados con el dinero así obtenido. Los emolumentos tienen una vida efímera. Se pueden acumular en una cuenta bancaria sin perder su identidad, pero tan pronto se empleen para adquirir bienes, los bienes adquiridos, aunque se pueda identificar su origen, forman parte de la comunidad sin distinción respecto de los demás bienes que la integran.

En relación con la mujer, el artículo 224 hace doble empleo con el artículo 221 sobre bienes reservados, ya que las “ganancias, entradas y salarios” son lo mismo que “los productos de su trabajo personal”. El artículo 224 produce efectos solamente sobre la situación del marido. Gracias a esta disposición, después de cumplir con la parte que le corresponde de las cargas del hogar, él es libre de disponer de sus ganancias, entradas y salarios. Al igual que los bienes reservados, los salarios forman parte de la comunidad, para los esposos casados bajo ese régimen. Cuando el marido muere o se divorcia, las ganancias, entradas y salarios que tenía pendientes de percibir entran al activo de la comunidad.

En la reforma que se hizo en Francia en 1985 se consideró innecesario conservar el sistema de los bienes reservados. Se estimó que este sistema era objetable, puesto que establecía reglas diferentes para la mujer y para el marido, contrariamente al espíritu de igualdad que debía inspirar la regulación del matrimonio. Cuando el sistema de los bienes reservados fue abolido en Francia, el artículo 224 cambió de número y fue ligeramente modificado. Su texto reapareció en el artículo 223 que ahora dispone: “Cada esposo puede libremente ejercer una profesión, percibir sus ganancias y salarios (*ses gains et salaires*) y disponer de ellos después de haber cumplido con las cargas del matrimonio”.

En la República Dominicana perdura, pues, el sistema de los bienes reservados con una gran amplitud. Estos bienes incluyen “los productos de su trabajo personal” y también “las economías que de éste provengan”, así como “los inmuebles y valores mobiliarios”, lo cual hace pensar que, por analogía, incluyen otros bienes muebles. Respecto a tales bienes la mujer tiene un poder completo. Ella “puede enajenar los bienes así adquiridos así como tomar a préstamos sobre los mismos e hipotecarlos”. Nada le impide disponer de estos bienes a título gratuito.

Pero no hay presunción de que los bienes que aparecen a nombre de una mujer que trabaja sean sus bienes reservados. Al contrario,

la presunción favorece la comunidad.⁶⁸ El artículo 223 dispone que “El origen y la consistencia de los bienes reservados serán establecidos, tanto respecto de los terceros como del marido, por todos los medios de prueba”. La mujer tiene la carga de probar que determinado bien es reservado. Para poder hacer esta prueba en su momento, ella debe depositar su salario o sus honorarios a una cuenta abierta exclusivamente a su nombre y no depositar en esta misma cuenta ingresos de ella que no sean reservados, tales como rentas, dividendos o alquileres. Cuando hace una inversión con las economías provenientes de sus ganancias o salarios, ella debe identificar el origen de los fondos en su contrato de compra y, si se trata de un inmueble, ella debe hacer insertar el carácter reservado del bien en el certificado de título que se expide a su favor, para que pueda disponer del bien libremente. Sin embargo, no se requiere hacer la doble declaración de reemplazo exigido cuando un bien es comprado con el precio obtenido de la venta de un bien propio, ya que la prueba de la consistencia de los bienes reservados es libre.

El poder de la mujer sobre sus bienes reservados no es ilimitado. Aunque la ley no lo declara expresamente, se sobreentiende que ella no dispone de sus bienes reservados sino después de haber cumplido con su obligación de contribuir a las cargas del hogar. El artículo 222, que se refiere al pasivo que grava los bienes reservados, también limita el derecho de la mujer sobre tales bienes. Según este artículo los bienes reservados “pueden ser embargados por los acreedores del marido con quienes haya tratado éste en interés de ambos esposos”. Dicho en otras palabras, las deudas incurridas por el marido para las cargas del matrimonio pueden ser pagadas con los bienes reservados de la mujer. Esta disposición encierra una incongruencia. Aunque el marido no puede disponer de los bienes reservados de su mujer, él puede, al incurrir en una deuda para las cargas del matrimonio, someter estos bienes a la prenda de sus acreedores.⁶⁹ En esto, los bienes reservados no difieren de los bienes pro-

⁶⁸ Código Civil, art. 1402 en relación con inmuebles.

⁶⁹ En su parte final, el artículo 222 agrega que los bienes de la comunidad no responden de las deudas que la mujer haya contraído cuando no lo han sido en interés común. Esta regla nada tiene que ver con los bienes reservados, sino con la calidad de la mujer para comprometer los bienes de la comunidad. Debe considerarse como derogada por la Ley No. 189-01, que pone a la mujer en pie de igualdad con el marido en relación con el pasivo de la comunidad.

pios de la mujer, que también pueden ser embargados por una deuda contraída por el marido para las necesidades del hogar o la educación de los hijos, deuda para la cual el artículo 217 establece la solidaridad entre los esposos.

Cuando la mujer es casada bajo el régimen de la comunidad, la naturaleza de los bienes reservados es variable. El Párrafo del artículo 224 dispone: "Si existe comunidad o sociedad de gananciales, los bienes reservados entrarán en la partición del fondo común. Si la mujer renuncia a la comunidad, ella los conservará francos y libres de deudas ...". Durante el matrimonio son bienes propios, sobre los cuales la mujer dispone libremente. A la hora de la disolución del matrimonio se transforman, como por arte de magia, en bienes comunes. Pero si la mujer o sus herederos renuncian a la comunidad, se retransforman en bienes propios.⁷⁰ Antes o durante un procedimiento de divorcio, este vaivién de la naturaleza jurídica de los bienes reservados crea una tentación de parte de la mujer común en bienes, de disponer de sus bienes reservados con el propósito de sustraerlos a la partición. La misma tentación existe si ella o su marido están en peligro de muerte. En cambio, si ella muere sin haber tomado la precaución de disponer *inter vivos* de sus bienes reservados, para recibirlos intactos, sus herederos tienen que renunciar a la comunidad.

Este sistema es criticable. Uno se pregunta por qué, si la mujer puede disponer de sus bienes reservados durante el matrimonio, inclusive mediante donación, no puede hacer lo mismo por testamento.⁷¹ Otro contrasentido de este sistema es que, al disolverse el matrimonio, la mujer o sus herederos están colocados ante el dilema de aceptar la comunidad, en cuyo caso los bienes reservados entran a la masa común, o de renunciar a la comunidad, en cuyo caso ella o sus herederos pueden conservarlos "francos y libres de

⁷⁰ Así lo declara el Párrafo del artículo 224: Si existe comunidad o sociedad de gananciales, los bienes reservados entran en la partición del fondo común. Si la mujer renuncia a la comunidad, ella los conservará francos y libres de deudas, salvo aquéllas que tenían por prenda dichos bienes... Esta facultad se otorga a sus herederos en línea directa. Bajo todos los regímenes que no estén sujetos a comunidad o sociedad de gananciales, estos bienes pertenecen a la mujer.

⁷¹ Art. 224, Párrafo, del Código Civil. Ella puede disponer por testamento de un bien de la comunidad siempre y cuando en la partición ese bien cae en su lote. Véase la sentencia en B.J.1119.93 (febrero de 2004).

deudas" de la comunidad, es decir, como propios. Uno se pregunta por qué la decisión de aceptar o renunciar a la comunidad influye sobre el carácter común o propio de los bienes reservados.

En los matrimonios sometidos al régimen legal, en que ambos cónyuges se ganan la vida con el producto de su trabajo, vale decir, en la mayoría de los matrimonios, la teoría de los bienes reservados crea un desequilibrio entre la situación respectiva de los esposos en relación con sus ingresos. Los bienes resultantes del trabajo de la mujer son de ella, tanto durante el matrimonio como en caso de renuncia a la comunidad. Pero los bienes resultantes del trabajo del marido entran siempre en la comunidad, siendo gananciales. En el régimen de la comunidad que resulta de la reforma operada por la Ley No. 189 de 2001, estos bienes están sometidos a la administración compartida de ambos esposos y el marido no puede disponer de ellos sin la concurrencia de la mujer.⁷²

La mujer casada sufrió durante siglos de una discriminación. Ni siquiera podía administrar o disponer de sus bienes propios y su marido tenía el derecho de cobrar y administrar el salario que ella ganaba. Ahora se ha producido a su favor una discriminación positiva, al tener ella sobre el producto de su trabajo mayores derechos que su marido sobre el producto del trabajo de él. En Francia, con la abolición en 1985 del sistema de los bienes reservados, se ha restablecido el equilibrio entre los esposos en lo atinente a sus bienes propios y a sus salarios.

ee) El derecho de los esposos de administrar sus bienes personales. En el derecho dominicano anterior a la Ley No. 189-01, la mujer que generaba bienes reservados con su trabajo y la que ejercía una profesión podían administrar y disponer de sus bienes reservados o de los bienes propios necesarios para el desempeño de su profesión.⁷³

⁷² El nuevo artículo 1421 surgido de esa ley dispone que el marido y la mujer son los administradores de los bienes de la comunidad. Pueden venderlos, enajenarlos o hipotecarlos con el consentimiento de ambos.

⁷³ Artículo 220 del Código Civil modificado por la Ley No. 855 de 1978 dispone: «La mujer tiene el derecho de ejercer una profesión sin el consentimiento de su marido; puede siempre, para las necesidades de su profesión, enajenar y obligar sus bienes personales en plena propiedad, sin el consentimiento de su marido».

La mujer que se dedicaba al hogar no tenía la posibilidad de administrar ni de disponer de sus bienes propios. El artículo 1428 del Código Civil disponía que “Corresponde al marido la administración de todos los bienes personales de la mujer... No puede enajenar los inmuebles personales de su mujer sin el consentimiento de ella”. La Ley No. 189-01 derogó el citado artículo 1428 del Código Civil, pero nada dispuso para llenar la laguna dejada por la derogación de este artículo.

La existencia de esta laguna permite sostener que, al derogar la facultad del marido de administrar los bienes propios de su mujer y de disponer de ellos, el legislador quiso eliminar esta facultad del marido. Este razonamiento puede apoyarse en la misma derogación que tuvo lugar en Francia, aunque allí se llenó la laguna, disponiendo que “Cada esposo tiene la administración y el goce de sus bienes propios y puede disponer de ellos libremente”. Estas palabras están destinadas únicamente a contradecir la regla anterior.

d) Medidas legales frente a dificultades en el matrimonio. El Código Civil francés tiene varias disposiciones para hacer frente a dificultades en el matrimonio.

El artículo 220-1 del Código Civil francés contempla el caso en que uno de los cónyuges falta gravemente a sus deberes y pone así en peligro los intereses de la familia, por ejemplo, haciendo mala administración de los bienes comunes o tomando sumas excesivas a préstamo para nutrir su adicción al alcohol. Ante esta situación, el juez puede adoptar todas las medidas urgentes que los intereses de la familia requieran. A título ilustrativo, el artículo menciona prohibir al cónyuge demandado disponer de bienes de la comunidad e inclusive de sus bienes propios o prohibir el traslado de bienes muebles⁷⁴, pero otras medidas son concebibles, como el excluir al cónyuge de la administración del negocio familiar.

⁷⁴ Esta indisponibilidad no puede exceder de tres años, pero si el motivo de la urgencia es la violencia intrafamiliar, las medidas caducan a los cuatro meses si durante ese tiempo no se ha depositado una demanda de divorcio o separación de cuerpos. Complementando esta regla, el artículo 220-2 dispone que si los bienes objeto de la indisponibilidad están sometidos a publicidad el cónyuge demandante debe asegurar su publicidad. El artículo 220-3 impone la nulidad si el tercero que adquirió los bienes era de mala fe o si los adquirió después de haberse efectuado la publicidad.

Los artículos 217 y 219 resuelven el impasse que se produce cuando uno de los cónyuges no está en condiciones de manifestar su voluntad. El otro cónyuge puede entonces pedir la autorización del juez para representarlo de una manera general, con lo cual evita la engorrosas formalidades de la tutela. O bien, si el problema es la necesidad del consentimiento del cónyuge para la validez del acto requerido en interés de la familia, el otro cónyuge puede solicitar la autorización del juez para celebrar el acto solo. Eso mismo puede también hacer si su cónyuge, estando presente y capaz de actuar, se niega a consentir o concurrir al acto, sin que su comportamiento esté justificado por el interés de la familia. Esta regla hace del juez el árbitro de los intereses de la familia si los esposos no están de acuerdo sobre un acto de índole patrimonial, por ejemplo, la venta de la casa de familia.

El Código Civil dominicano contempla estos mismos casos, pero su regulación es más escueta. El artículo 216 en su primer párrafo contempla el caso previsto en el artículo 220-1 del Código francés. "Si uno de los cónyuges incumple sus deberes y pone así en peligro los intereses de la familia, el Juez de los referimientos puede prescribir todas las medidas urgentes que requieran estos intereses durante un período determinado". El juez dominicano no está limitado en cuanto a las medidas que puede adoptar ni en cuanto a su duración, aunque debe precisar la duración en su sentencia.

Sigue disponiendo el artículo 216: "Cada uno de los cónyuges puede hacerse autorizar por el Juez, sea para representar al otro cónyuge, sea para actuar sin el consentimiento de éste". Las situaciones a que da lugar esta regla son, sin lugar a dudas, las mismas contempladas por los artículos 217 y 219 del Código Civil francés, a saber, que uno de los cónyuges no está en condiciones de manifestar su voluntad o que se niega arbitrariamente a dar su consentimiento a un acto necesario en el mejor interés de la familia.

CAPÍTULO II

EL DIVORCIO

Histórico. El concepto del matrimonio en Derecho Romano era el de un contrato de duración indeterminada, al que ambas partes podían poner fin por mutuo disenso o a que una sola parte, marido o mujer, podía poner fin unilateralmente mediante repudio. El repudio consistía en una carta que uno de los cónyuges enviaba al otro, manifestando su intención de poner fin al matrimonio. La Iglesia Católica luchó contra el repudio y logró que se sancionara cuando carecía de justa causa. Si la mujer era culpable, ella perdía su dote; si el marido tenía la culpa, quedaba obligado a devolver la dote junto con las donaciones *propter nuptias* que había recibido. Estas sanciones tendían a frenar el repudio, pero no lo impidieron. Además, el divorcio por mutuo consentimiento fue siempre posible. Los romanos no concibieron que se pudiese obligar a una persona a permanecer en el matrimonio en contra de su voluntad.¹

Durante la Edad Media, la Iglesia Católica era hostil al divorcio, y a partir del siglo X, ante la debilidad del poder estatal, logró extender su competencia en Europa en todo lo relativo al derecho de la familia. Pero no fue sino al concluir el Concilio de Trento en 1563 que la Iglesia hizo del matrimonio un sacramento y que lo declaró formalmente indisoluble.

La Revolución francesa puso fin a la concepción religiosa del matri-

¹ Raymond Monier, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, tome 1, Reimpresión de la 5a y 6a edición, Scientia Verlag, Aalen, 1977, Nos. 219 y 220

monio y abrió la puerta al divorcio. Durante la Restauración, la religión católica volvió a ser la religión del Estado y el divorcio fue prohibido. En 1884, fue restablecido, pero solamente como sanción por la culpa del otro cónyuge, culpa que podía consistir únicamente en el adulterio, la condena a una pena criminal, o excesos, sevicias o injurias graves. El divorcio por mutuo consentimiento en Francia no fue posible sino a partir de 1975. Otra innovación francesa de la ley de 1975, modificada en 2004, es el divorcio por alteración definitiva del vínculo conyugal, el cual «resulta de la cesación de la comunidad de vida entre los esposos cuando han vivido separados desde hace dos años cuando se presenta la demanda de divorcio». Esta clase de divorcio es interesante desde el punto de vista teórico, porque pone en práctica la teoría del divorcio-remedio, para el cual se inquiere solamente sobre el deterioro irremediable de la relación matrimonial, sin ocuparse de quien tiene la culpa de ese deterioro.

El divorcio-remedio. Las leyes modernas se acercan mucho a la concepción romana, sin llegar a consagrarla. Se permite el divorcio por mutuo consentimiento y se acepta que no debe mantenerse el matrimonio que los esposos, o uno solo de ellos, no está dispuesto a soportar, pero quedan dos diferencias respecto al derecho romano. 1) Hoy día, el divorcio, aun por mutuo consentimiento, tiene que ser declarado por un juez y en la República Dominicana no puede pedirse sino después de dos años de matrimonio, entre otras restricciones. En Francia ya no hay un plazo mínimo para el divorcio por mutuo consentimiento. El divorcio administrativo, en que los cónyuges acuden al oficial de su domicilio para declarar que ponen fin a su matrimonio, que existe en algunos países², no es admitido, ni en Francia, ni en la República Dominicana. Su virtualidad es hacer posible el llamado «matrimonio a prueba», en que los esposos aplazan la decisión de tener hijos hasta convencerse de que su matrimonio va a perdurar. Sus ventajas sobre el divorcio por

² En México, los cónyuges mayores de edad que no tienen hijos y que han procedido a la liquidación de su sociedad conyugal, pueden acudir ante el Registro Civil de su domicilio, manifestando su intención de divorciarse. El funcionario los cita para quince días después y, si persisten en su deseo de divorciarse, los declara divorciados. Código Civil para el Distrito y los Territorios Federales, art. 272.

mutuo consentimiento pronunciado judicialmente son la economía del proceso y la rapidez. Al negar esta posibilidad, el legislador dominicano y francés no quiere que el divorcio, aun por mutuo consentimiento, sea cosa fácil. Aunque en principio lo admite, lo somete a reglas procesales pesadas para dificultar su realización. Sin embargo, como veremos más adelante, en Francia una persona unida por un pacto civil de solidaridad (pacs), un sucedáneo del matrimonio, puede desvincularse de esta relación mediante notificación por acto de alguacil a la otra parte, de la misma manera como en Roma se efectuaba el repudio por medio de una carta. 2) En Francia desde la reforma de 1975, en caso de separación de los esposos por seis años, que en 2004 se redujo a dos años, cualquiera de ellos, inclusive el culpable de la separación, puede pedir el divorcio. Es un repudio judicial, sujeto a un término. En la República Dominicana, la jurisprudencia ha liberalizado a tal extremo el concepto de incompatibilidad de caracteres que se aproxima también al repudio judicial. La separación de los cónyuges no está sujeta a un término fijo, pero una separación por un tiempo considerable es indicativo de que «existe una franca incompatibilidad de caracteres, que impide que se mantenga una relación matrimonial estable» según una sentencia reciente.³ Los esposos habían vivido separados desde hace casi cuatro años cuando se entabló la demanda de divorcio. El solo hecho de la separación fue suficiente para que procediera el divorcio.

Bajo la ley francesa de 1975, el divorcio por alteración definitiva del vínculo matrimonial (o, como se decía antes, el divorcio por rompimiento de la vida común) ha tenido muy escasa resonancia en la práctica, debido a la necesidad de tener que esperar seis años de vida separada antes de poder iniciar el proceso. La Ley de 2004 ha reducido este plazo a dos años, lo cual tampoco será suficiente para hacerlo atractivo a muchas personas. Cuando el divorcio no se puede lograr por mutuo consentimiento, debido a la resistencia del otro cónyuge, la existencia de un plazo de espera impide al cón-

³ B.J.1117.64 (Diciembre de 2003).

yuge culpable de la separación volverse a casar y conduce en muchos casos al concubinato. Aún no se ha llegado a aceptar que el deterioro irremediable de la relación matrimonial deba conducir al divorcio, sin necesidad de esperar dos años de vida separada para poderlo demostrar. La existencia de un plazo de separación se justifica, a los ojos de los que lo favorecen, considerando que, después de un tiempo tan largo de vida separada, ya no queda nada del matrimonio y su destrucción jurídica no hace otra cosa que consagrar una realidad.

El divorcio por incompatibilidad de caracteres. En la República Dominicana, el divorcio por incompatibilidad de caracteres es, después del divorcio por mutuo consentimiento, la forma de divorcio de mayor uso en la práctica. Se prueba, según el texto de la ley, mediante «hechos cuya magnitud como causa de infelicidad de los cónyuges y de perturbación social [son] suficientes para motivar el divorcio». Contrariamente al divorcio por mutuo consentimiento, que no puede demandarse en la República Dominicana durante los primeros dos años del matrimonio,⁴ el divorcio por incompatibilidad de caracteres no está sometido a ningún plazo y se ha transformado en un divorcio-remedio. Difiere, sin embargo, del divorcio francés por alteración definitiva del vínculo matrimonial, en que el juez dominicano tiene un poder soberano de apreciación sobre la existencia de la causa, mientras que la causa francesa de dos años de vida separada es perentoria.

El derecho francés conoció brevemente la incompatibilidad de caracteres durante la Revolución,⁵ pero desde entonces no ha sido parte de su sistema.

En teoría, la incompatibilidad de caracteres no involucra culpa de uno de los cónyuges, pero también es frecuente que uno solo de ellos tenga un carácter insoportable que da lugar a la incompatibi-

⁴ Ley No. 1306bis, art. 27

⁵ Ley del 20 de septiembre de 1792

lidad.⁶ Nada impide que esta causa de divorcio sea invocada por el cónyuge que tiene el carácter malo. La jurisprudencia reciente es muy liberal en apreciar la existencia de una incompatibilidad de caracteres. En una sentencia se sostiene que la sola declaración por parte de la esposa de su deseo de divorciarse, muestra el descontento y la infelicidad producto de las desavenencias conyugales.⁷ En otra sentencia, bastó la declaración de la esposa de no querer mantener el matrimonio para fundar su demanda.⁸ En un tercer asunto, la mujer inició el divorcio pero después, viendo que estaba embarazada, se desistió; la demanda de ella fue prueba suficiente de incompatibilidad de caracteres para justificar la acción de su marido. La posibilidad para el cónyuge que produce la incompatibilidad, de basarse en su propia conducta para demandar el divorcio, se desprende de una sentencia, en que la Suprema Corte declaró: «El hecho de que se atribuya el rompimiento de la vida conyugal a la existencia de la unión extraconyugal del esposo, no hace más que justificar la causa del divorcio, aunque la esposa, por razones religiosas y familiares, quiera mantener el vínculo legal del matrimonio».⁹ ¡El marido obtuvo el divorcio gracias a su propio adulterio! En un recurso reciente, la sentencia de divorcio fue criticada por no haber dado a los cónyuges un plazo para tratar de conciliarse. El argumento era débil, porque unos años antes habían iniciado un proceso de divorcio, pero lo habían retirado. La Suprema Corte compartió el criterio del tribunal a quo, según el cual «se hace un flaco servicio a la paz social manteniendo *per secula seculorum* un estado de indefinición como éste sobre las vidas de los cónyuges, a quienes asiste el derecho de rehacer sus vidas».¹⁰

En la jurisprudencia dominicana, sin que exista en la ley una causa de alteración definitiva del vínculo matrimonial, la causa de in-

⁶ Por ejemplo, un mal humor constante, una actitud de frialdad rechazando los acercamientos cariñosos del otro, una actitud negativa y oposición sistemática a los deseos del otro, el uso continuo de malas palabras.

⁷ B.J.2003.82 (julio de 2003).

⁸ B.J.1081.69 (diciembre de 2000).

⁹ B.J.1999.1058.77 (enero de 1999). De nada sirvió el argumento de que nadie puede valerse de su propia torpeza. Este principio es aplicable a la demanda en restitución a consecuencia de la declaración de nulidad de un contrato. Nada tiene que ver con el derecho de la familia.

¹⁰ B.J.1136.121 (julio de 2005).

compatibilidad de caracteres se ha extendido hasta abarcar esta situación, sin ninguna restricción en cuanto al plazo para intentar la demanda. La Suprema Corte entiende que, si uno de los cónyuges desea romper el vínculo, no conviene obligarlo a mantenerse casado, aunque la culpa del rompimiento esté de su parte.

El divorcio por mutuo consentimiento. Tanto en Francia como en la República Dominicana, la causa de divorcio preferida por el legislador, la que pone en primer lugar en la enumeración de las causas, es el mutuo consentimiento. Es también la forma de divorcio que goza de mayor popularidad. Según la ley francesa de 1975, la demanda de divorcio por mutuo consentimiento no podía introducirse durante los primeros seis meses del matrimonio. Con la reforma de 2004, esta restricción se ha eliminado. Desde el día siguiente a la celebración del matrimonio la demanda podría introducirse. En cambio, en la República Dominicana se mantiene todavía la regla de que «el divorcio por mutuo consentimiento no será admisible sino después de dos años de matrimonio». Existen en la ley dominicana otras dos restricciones: 1) que no puede promoverse después de treinta años de vida común, 2) ni cuando el esposo tenga por lo menos sesenta años de edad y la mujer cincuenta. Estas restricciones carecen de sentido puesto que, en tales casos, los cónyuges que desean divorciarse pueden acudir al divorcio contencioso, simulando incompatibilidad de caracteres.

En Francia las demás trabas al divorcio por mutuo consentimiento han desaparecido. La Ley de 1975 contemplaba dos comparecencias ante el juez con tres meses de intervalo, para dar a los cónyuges la oportunidad de reconciliarse. La experiencia demostró que la doble comparecencia no producía el resultado apetecido y fue abolida en la Ley de 2004. Ahora, en una sola comparecencia, como en la República Dominicana, el juez interroga a las partes para asegurarse de que su consentimiento es libre y claro.

Tanto en Francia como en la República Dominicana es indispensable, para que proceda el divorcio por mutuo consentimiento, que la

demanda venga acompañada de un convenio ante notario, que regula en forma completa los efectos de la disolución del matrimonio. Entre las estipulaciones que el convenio suele contener figuran: una liquidación de la comunidad, la revocación o no de las donaciones entre los cónyuges, la modificación o no del beneficiario del seguro de vida, una disposición sobre cuál de los esposos residirá en la casa de familia, sobre la guarda de los hijos menores y el derecho de visita del cónyuge que no tiene la guarda, en su caso un pago para la manutención y educación de los hijos, una determinación sobre el pago de manutención a la esposa, indexado o no, revisable o no en caso de cambio de los recursos o las necesidades de las partes, o la fijación de un pago global y único a título de «prestación compensatoria».

En Francia, el juez examina el convenio, sobre todo para cerciorarse de que los intereses de los hijos están adecuadamente atendidos, y puede sugerir modificaciones. Una vez convencido de que el convenio refleja equitativamente el entendido de las partes, el juez homologa el convenio y en la misma sentencia pronuncia el divorcio. Entre los esposos, el divorcio tiene lugar en ese momento. Su posterior registro en la oficina del estado civil y su mención al margen del acta de matrimonio y de las actas de nacimiento de los cónyuges no produce efectos sino frente a terceros.

En la República Dominicana, cuando el juez ha comprobado que se han cumplido con las exigencias de la ley, autoriza la demanda y fija un término de no menos de treinta ni más de sesenta días para que los esposos comparezcan en audiencia. Este plazo está evidentemente destinado a dar a los cónyuges la posibilidad de reconciliarse. Ocho días después de la audiencia, el juez dicta la sentencia. Una vez dictada la sentencia, uno de los cónyuges debe hacerla transcribir en el Registro Civil (no en el registro del estado civil, que es diferente) y hacerla pronunciar por el oficial del estado civil no menos de ocho días francos¹¹ después de la fecha de la sentencia. Posteriormente

¹¹ El plazo para la transcripción y el pronunciamiento es de ocho días francos en el divorcio por mutuo consentimiento (art. 31), pero es de dos meses en los divorcios contenciosos (arts 17 y 19). Estos dos meses se cuentan a partir de la expiración del plazo de apelación, que en materia de divorcio es también de dos meses. El cónyuge que obtuvo el divorcio debe citar a la otra parte con por lo menos un día franco de anticipación para que asista al pronunciamiento, aunque su presencia en este acto no es imprescindible. B.J.1114.123 (Septiembre de 2003)

publica el dispositivo de la sentencia en un periódico de circulación nacional.

Los cónyuges son divorciados, no cuando el juez dicta la sentencia, como sucede hoy día en Francia, sino cuando el oficial pronuncia el divorcio.¹² Esta regla tiene dos consecuencias: 1) si uno de los cónyuges vuelve a casarse después de la audiencia pero antes del pronunciamiento, su segundo matrimonio es bigamo, y 2) si uno de los cónyuges muere en este intervalo de tiempo, el matrimonio es disuelto por su muerte y no por el divorcio. Es claro que si la sentencia se presenta al oficial del estado civil fuera del plazo de ocho días francos, debe negarse a transcribirla y a pronunciar el divorcio, lo que obligaría a las partes a repetir el procedimiento. Pero no son claros los efectos de un pronunciamiento hecho fuera del plazo. En todo caso, la ley no establece su nulidad, la que sería una sanción excesiva para un divorcio transcrito, aunque tardíamente, en el Registro Civil y quizás publicado.

El sistema del pronunciamiento del divorcio existía en Francia cuando se restableció el divorcio en 1884. La ceremonia de pronunciamiento por el oficial del estado civil fue suprimida en Francia en 1886, pero hasta 1919 se mantuvo la regla de que el divorcio tiene lugar al momento de la transcripción de la sentencia en los registros del estado civil. Hoy día la transcripción produce efectos solamente frente a terceros. En la división de la comunidad operada por el convenio, si un inmueble es atribuido a la mujer, no puede ser embargado en pago de una deuda del marido, lo cual hace posible planificar el divorcio con la finalidad de defraudar a los acreedores, pero se han dado muy pocos casos de este tipo.¹³

En Francia, como el convenio de divorcio es homologado por el juez, adquiere el carácter de una sentencia dotada de la fuerza de la cosa juzgada. No puede ser anulado por vicio del consentimiento

¹² B.J.809.827

¹³ RTD civ.1998.354, donde se aclara que la inscripción de una hipoteca judicial provisional frustraría un posible fraude en un convenio de divorcio homologado, que atribuye el bien a un cónyuge que no es deudor.

ni rescindido por casa de lesión, lo cual «hace de la partición homologada una fortaleza casi inexpugnable».¹⁴ Si uno de los bienes de la comunidad ha sido omitido en la partición, puede hacerse una partición complementaria, que debe ser homologada en atención al principio del paralelismo de formas,¹⁵ pero no puede pedirse una partición judicial complementaria, por el motivo de pura lógica llevado al absurdo, de que la partición contenida en el convenio de divorcio tiene la fuerza de la cosa juzgada.¹⁶ Pero si uno de los cónyuges ha ocultado un bien de la comunidad, la sanción de este ocultamiento es la atribución de este bien por completo al otro cónyuge,¹⁷ además de una eventual condena en daños y perjuicios por culpa en la elaboración del convenio.¹⁸

La Ley dominicana no declara que el juez debe homologar el convenio de divorcio. Hasta donde sepamos, la jurisprudencia no se ha pronunciado sobre la cuestión de si puede impugnarse un convenio de divorcio al igual que cualquier otro convenio, alegando vicio del consentimiento o lesión en la partición. En todo caso, la sanción por el ocultamiento es posible si fue intencional.

El divorcio al vapor entre extranjeros en la República Dominicana. Con la finalidad de proporcionar negocios a los abogados dominicanos y divisas al Banco Central, en 1971 el Congreso Nacional aprobó la Ley No. 142, que permite a los jueces dominicanos admitir el divorcio por mutuo consentimiento entre extranjeros no residentes. Posteriormente el Banco Central emitió una circular, exigiendo el canje de US\$400.00 por cada divorcio entre extranjeros. La ley excluye las restricciones de tiempo de casado o edad aplicables a los divorcios por mutuo consentimiento, que se aplican entre dominicanos. El plazo normal de treinta a sesenta días entre la presentación al juez del convenio de divorcio y la audiencia, es acortado en estos casos a no más de tres días. De ahí la designación

¹⁴ RTD civ.2005.577, no. 10

¹⁵ RTD civ.1998.663 ; RTD civ.2005.372, no. 16

¹⁶ RTD civ.2000.553

¹⁷ El ocultamiento es conocido en francés como «recel». Ambos códigos civiles, art. 1477

¹⁸ RTD civ.2001.342

corriente de «divorcio al vapor». Uno de los cónyuges debe trasladarse al país para estar presente en la audiencia. En la audiencia este cónyuge se somete a la competencia del tribunal y declara que persiste en su intención de divorciarse. El otro cónyuge otorga un poder firmado ante un notario público de su país de origen, en que designa a un abogado dominicano para que lo someta a la competencia del juez y suscriba a su nombre el convenio de divorcio. Este convenio, en forma de acto auténtico con el nombre de «convenciones y estipulaciones», en la práctica no contiene los términos del divorcio, sino una «incorporación por referencia» del acuerdo de separación que los cónyuges han suscrito en su país. Al igual que cualquier otra sentencia de divorcio por mutuo consentimiento, la sentencia de divorcio al vapor se transcribe en el Registro Civil y se pronuncia por el Oficial del Estado Civil, lo cual en este caso puede hacerse de inmediato, después de lo cual se publica el dispositivo de la sentencia en un periódico de circulación nacional, formalidad, esta última, carente de sentido y que a menudo se omite.

Los divorcios al vapor son reconocidos en los Estados Unidos únicamente, bajo la teoría del «estoppel», que hace que el cónyuge que se ha sometido voluntariamente al tribunal dominicano es impedido de negar la competencia de ese tribunal. En otros países se considera que el divorcio al vapor dominicano es una evasión de la jurisdicción nacional o un fraude a la ley.

Aunque numerosos divorcios al vapor se han tramitado en forma regular, también se han presentado varios tipos de abuso. Cuando faltaba el consentimiento del otro cónyuge, algunos jueces han admitido que los extranjeros podían demandar el divorcio por incompatibilidad de caracteres. En algunos tribunales, los expedientes de los divorcios al vapor no han sido bien conservados. A veces los pronunciamientos, de los cuales los norteamericanos no entienden la razón de ser, se han omitido. Los abusos mayores han consistido en enviarle al cliente una traducción al inglés por un intérprete judicial, sin que exista ningún original de la sentencia. Para dar un

aspecto formal a esta traducción, se la hace legalizar en la Procuraduría, en la Cancillería y en el Consulado de los Estados Unidos.

El divorcio por causa simulada. La solución práctica, a la que acuden los cónyuges dominicanos que desean divorciarse en momentos en que el camino del mutuo consentimiento les está cerrado, es el juicio por incompatibilidad de caracteres simulado. Una de los cónyuges declara, repitiendo las palabras sacramentales de la ley, que existen hechos cuya magnitud causa la infelicidad y el otro cónyuge admite el hecho o simplemente no comparece.¹⁹ También puede aparecer uno o dos testigos que también repiten la fórmula legal. La Suprema Corte ha declarado que la existencia de la incompatibilidad de caracteres puede establecerse por el hecho de que cada uno de los cónyuges haya demandado al otro por esa causal.²⁰

En Francia, antes de 1975 cuando no existía el divorcio por mutuo consentimiento y aun después de 1975, cuando esa causal no podía invocarse durante los primeros seis meses de matrimonio, los cónyuges que estaban de acuerdo para divorciarse acudían también al simulacro. Había que tomar una de las causales de culpa, porque la incompatibilidad de caracteres no existía. Uno de los cónyuges acusaba al otro de adulterio o de sevicias e injurias graves y el otro cónyuge contestaba admitiendo los términos de la demanda.

El divorcio en Francia por aceptación de la ruptura del matrimonio. Queda en la actual ley de 2004 un vestigio de la práctica de los divorcios confabulados. Aparte del divorcio por mutuo consentimiento, que procesalmente se encamina como divorcio sobre demanda conjunta, existe el divorcio por aceptación del principio de la ruptura del matrimonio. A diferencia de los simulacros anteriores, ya no es necesario alegar hechos (verdaderos o ficticios) en que

¹⁹ El artículo 7 de la Ley 1306-bis contempla esta posibilidad.

²⁰ B.J.771.317

se funda la demanda. El demandante alega simplemente que su matrimonio está irremediablemente roto. Procesalmente la acción se encamina por uno de los cónyuges como un divorcio contencioso cuya causal es la ruptura del matrimonio. En la audiencia de conciliación, los esposos aceptan la ruptura de su matrimonio y el juez da acta de su declaración e invita a las partes a introducir la instancia para que pronuncie el divorcio. Es un divorcio por mutuo consentimiento en forma de un divorcio contencioso.

El divorcio por culpa. La Ley francesa de 2004, al igual que la de 1975, habla de divorcio por culpa, sin hacer una enumeración de los posibles casos de culpa, que existía en la legislación anterior. Su definición genérica es «una violación grave o reiterada de los deberes y obligaciones del matrimonio atribuible al otro cónyuge, que hace intolerable el mantenimiento de la vida común». La ley dominicana 1306-bis, al igual que la ley francesa anterior a 1975, contiene una enumeración bastante larga de casos de culpa. De acuerdo con esa ley, las causas de divorcio que involucran culpa son: el adulterio, la condenación a una pena criminal, las sevicias o injurias graves, el abandono del hogar por más de dos años, y la embriaguez habitual o el uso de drogas.

En Francia, con la finalidad de «desdramatizar» el divorcio y de evitar el uso de pruebas escabrosas obtenidas por medio de invasión de la vida privada, el legislador ha quitado al divorcio por culpa su mayor atractivo, a saber, la pérdida por el cónyuge culpable de las ventajas del matrimonio. A pesar de su falta de interés patrimonial, se sigue usando mucho en Francia el divorcio por culpa, por razones de índole psicológica.

La jurisprudencia dominicana sobre las causas de divorcio es escasa. Una vieja sentencia da a entender que la separación de los esposos por mutuo acuerdo no constituye un abandono del hogar y no da lugar al divorcio.²¹ Hoy día se decidiría probablemente lo

²¹ B.I.868.840

contrario, pues no tiene sentido mantener casados a dos personas que no están dispuestas a vivir juntas.

A pesar de la ausencia de una mención expresa, el adulterio no ha dejado de ser una causa de divorcio en Francia, porque constituye una violación del deber de fidelidad. Pero (y con perdón de la aliteración) en Francia el adulterio está bastante adulterado. Es causa de divorcio solamente cuando hace intolerable la vida común. Los jueces del fondo lo han excusado a veces cuando el otro cónyuge había abandonado el hogar porque la vida común había cesado,²² pero la Corte de Casación ha sido severa. La mujer había abandonado el hogar nueve años antes de que el marido cometiera el adulterio durante el procedimiento de divorcio, después de la audiencia de conciliación. El marido pidió el divorcio por la culpa de ella consistente en el abandono y ella pidió que el divorcio fuera pronunciado por culpa compartida en vista del adulterio cometido por su marido. La Corte de Casación mantuvo la sentencia que había declarado culpable al marido, diciendo que el deber de fidelidad no es eliminado por el acta de no conciliación.²³

La culpa abarca situaciones no contempladas por la enumeración de causas perentorias, como las que contiene la ley dominicana. Ofensas al honor, cuando son graves y reiteradas, hábitos de juego, despilfarros, frecuentes borracheras, cuando hacen intolerable el mantenimiento de la vida común, son ejemplos de culpa que justifican el divorcio. A ese respecto conviene notar una sentencia dominicana, en que una carta del marido a un tercero, aludiendo a su mujer como «una analfabeta bestia» no fue prueba suficiente de injurias graves.²⁴ Un comportamiento de esta clase, en forma reiterada, es sin embargo, culposo.

La esterilidad en sí no es una causa de divorcio²⁵, aunque lo es la

²² RTD civ.2000.91

²³ RTD civ 2003.686 no. 8. V

éase también RTD civ.1997.402

²⁴ B.J.1079.47 (octubre de 2000)

²⁵ En la República Dominicana, la Ley No. 2669 de 1950 eliminó la no procreación de hijos como causa de divorcio.

negativa de consumir el matrimonio y la impotencia para la cópula. La negativa de uno de los cónyuges de participar en la celebración del matrimonio religioso ha sido vista como un caso de culpa en una sentencia francesa de primera instancia.²⁶ La negativa de tener hijos justifica normalmente el divorcio.²⁷

La prestación compensatoria en derecho francés. En Francia, con anterioridad a la ley de 1975, el cónyuge a cuyo favor se había dictado el divorcio podía exigir al otro el pago de una pensión alimenticia, que constituía una prolongación del deber de socorro inherente al matrimonio. El monto de la pensión dependía de las necesidades del cónyuge beneficiario. Esta pensión tenía un carácter mixto, alimenticio e indemnizatorio, puesto que se otorgaba al cónyuge inocente para resarcirlo del daño que la disolución prematura del matrimonio le infligía. Cuando cambiaban las necesidades del acreedor o los ingresos del deudor de la pensión, uno de ellos podía apoderar al juez para variar el monto a pagar.

Eran tan frecuentes las demandas de modificación de pensiones que, para aliviar el trabajo de los jueces, en 1975 se cambió la pensión alimenticia por una «prestación compensatoria», así llamada porque su finalidad es compensar el desequilibrio económico que resulta de la ruptura del matrimonio. En la ley actual, su procedencia es independiente de la culpabilidad de uno u otro cónyuge en el divorcio.²⁸ Las lesiones o difamaciones que hayan dado lugar al divorcio se reparan separadamente según la teoría de la responsabilidad civil (artículo 1382). Para evitar futuros conflictos, el juez, al fijar el monto de la prestación, debe tener en cuenta el capital de los esposos y sus ingresos en un porvenir previsible. En teoría los jueces no deben tener en cuenta la partición de la comunidad al fijar el monto de la prestación compensatoria, pero en la práctica se hace indispensable tenerla en cuenta, ya que el importe de la presta-

²⁶ Tribunal civil de Nancy, 8 de julio de 1957, JCP 1957.II. 10300, Gaz. Pal. 1957.2.305.

²⁷ RTD cov.1992.56.

²⁸ Antes de la Ordenanza de 2004, la prestación compensatoria se otorgaba solamente con cargo al cónyuge que había tenido la culpa exclusiva del divorcio. Se casó una sentencia que había otorgado una prestación compensatoria en un divorcio por culpa compartida. RTD civ.2006.97, n. 14.

ción depende de las necesidades de los cónyuges en un porvenir previsible.²⁹ Tampoco deben entrar al cálculo las indemnizaciones puramente personales. Surgen problemas con las indemnizaciones por accidentes del trabajo, de naturaleza híbrida, que sirven en parte para sustituir ingresos y en parte para indemnizar la minusvalía del trabajador.³⁰

Si es posible, se fija la compensación en la forma de un pago global, pero si los recursos del deudor no alcanzan, la prestación puede abonarse en forma de mensualidades a través de un período de no más de ocho años. En la versión del año 1975, no podía variarse el importe de la prestación excepto «en casos de una excepcional gravedad». Esta expresión, aplicada muy estrictamente por los jueces, fue sustituida en el año 2000 por «cambios importantes en la situación de las partes», con lo cual se regresaba casi el sistema anterior de modificación de la pensión cada vez que se producía un cambio en la situación de las partes. El hecho de volver a contraer matrimonio o unirse en concubinato no puede tenerse en cuenta como motivo para modificar la prestación compensatoria, para evitar que consideraciones económicas influyan sobre el deseo de los divorciados de unirse en nuevos vínculos. La devolución de una sucesión a favor de uno de los ex cónyuges tampoco puede justificar la modificación de la prestación compensatoria.

Otros efectos económicos del divorcio. La prestación compensatoria se combina con la liquidación de la comunidad. El efecto global, cuando la prestación compensatoria toma la forma de un capital, es producir una división desigual de los bienes comunes o un aporte de bienes propios de un cónyuge al otro para igualar sus niveles de vida para el porvenir. Si el marido ha cometido actos de violencia, la indemnización a que tiene derecho la esposa distorsiona también la división igual de la comunidad. El juez puede atribuir a la esposa un bien de la comunidad a título de indemnización.³¹

²⁹ RTD civ.1999.172

³⁰ RTD civ.2006.97, n. 14

³¹ RTD civ.1993.336

La casa de familia recibe en Francia una atención especial. Si está incluida en la comunidad, puede ser atribuida a uno de los cónyuges, salvo recompensa a favor del otro. Si es propio de uno de los cónyuges, el juez puede darla en arrendamiento al que reside en ella con los hijos por una duración que no puede sobrepasar la fecha en que el más joven de ellos alcanza la mayoría de edad. Si el derecho de los cónyuges sobre la residencia familiar descansa en un contrato de arrendamiento, puede atribuirse a uno de ellos en consideración de los intereses sociales o familiares en causa, sujeto a recompensa o a título de prestación compensatoria.³²

Los efectos del divorcio sobre las donaciones y ventajas del matrimonio han sido eliminados en Francia, como parte de la política de neutralización de la culpa que se manifiesta en la ley de 2004. De acuerdo con la ley anterior el cónyuge contra quien se había pronunciado el divorcio perdía las donaciones recibidas del otro y las ventajas que había obtenido en el contrato de matrimonio, mientras el cónyuge a cuyo favor se había pronunciado el divorcio conservaba estas ventajas y donaciones. El efecto de estas reglas sobre las donaciones hechas entre los esposos durante el matrimonio podía ser neutralizado por la regla del artículo 1096 del Código Civil, que permitía su revocación,³³ aun por la parte culpable. Quedaban las ventajas, que (teniendo en cuenta que el régimen legal en Francia es el de la comunidad de gananciales sin los muebles) podían ser un régimen matrimonial reducido a una parte de los gananciales, dejando el producido de las inversiones como bienes privativos o, por el contrario, una comunidad ampliada, que incluye los bienes muebles o una comunidad universal. Otra ventaja que podía pactarse en el contrato de matrimonio era la institución contractual, según la cual, en caso de muerte de uno de los cónyuges, ciertos bienes pasaban al otro.

³² Si el juez autoriza durante el procedimiento a la esposa a residir en la casa de familia arrendada, el marido no puede cancelar el seguro contra incendio de esa casa sin el consentimiento de su esposa, ya que esta cancelación es un acto que podría dar lugar a la rescisión del arrendamiento. Al producirse el incendio, a pesar de la cancelación unilateral de la póliza de seguro por el marido, la compañía de seguros tuvo que cubrir el daño, porque la cancelación no estaba autorizada por la mujer. RTD civ.2004.538 no. 1.

³³ Según el artículo 1096 del C.Civ., «Las donaciones hechas entre esposos durante el matrimonio, aunque se consideren como hechas inter vivos, serán siempre revocables». Este artículo ha sido derogado en Francia.

La reforma de 2004 deroga estas reglas. Las donaciones entre esposos dejan de ser revocables y, en caso de divorcio, las demás ventajas permanecen en pie, salvo que el divorcio implica de pleno derecho, y con independencia de la culpa que haya dado lugar al mismo, la eliminación de las ventajas que lleguen a su fin a la disolución del matrimonio, principalmente la cláusula de atribución integral de los bienes de la comunidad al sobreviviente. El divorcio tampoco produce efectos sobre las pólizas de seguro de vida.

La culpa tiene también un efecto reducido sobre los bienes de los cónyuges por efecto del divorcio en la República Dominicana. No se conoce ni la pensión alimenticia, excepto como prolongación del deber de socorro durante el procedimiento³⁴, donde la culpa no incide. Tampoco existe en derecho dominicano la prestación compensatoria. Existe todavía la regla de que el cónyuge culpable pierde las ventajas que el otro cónyuge le haya concedido antes o durante el matrimonio y que el cónyuge inocente conserva las suyas.³⁵ Pero esta disposición no se aplica a los divorcios por mutuo consentimiento, ni a los divorcios por incompatibilidad de caracteres, que no se basan en el concepto de la culpa, aun cuando uno solo de los esposos, por su mal carácter, haya dado lugar al divorcio.

Es rara la concesión de ventajas en el contrato de matrimonio. Cuando se pacta esta clase de contrato es normalmente para establecer el régimen de la separación de bienes, que no representa una ventaja. Lo dice el proverbio: «Lo que es igual no es ventaja».

La separación de cuerpos. En Francia es posible pedir judicialmente la separación de cuerpos, por las mismas causas que el divorcio. La separación de cuerpos elimina el deber de cohabitación, pero no el de socorro, que se traduce por una pensión alimenticia si uno de los cónyuges se encuentra en estado de necesidad. Conlleva también la separación judicial de bienes. Después de dos años

³⁴ Ley No. 1306-bis, art. 22

³⁵ Ley 1306-bis, arts. 36 y 37

de vida separada, sin que se haya producido una reconciliación, cualquiera de los cónyuges puede pedir la conversión de la separación en divorcio, independientemente de cuál de ellos haya tenido la culpa de la separación.

En la República Dominicana los artículos 296 hasta 310 del Código Civil relativos a la separación de cuerpos fueron derogados por la Ley No. 3893 de 1899.

CAPÍTULO III

LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES

La gran mayoría de las personas contraen matrimonio sin haber celebrado previamente un convenio de «capitulaciones matrimoniales» para regir los efectos patrimoniales de su unión. La visión romántica del matrimonio, fundada en amor y no en dinero, el deseo de economizar los honorarios de un notario y la ignorancia del derecho, explican la poca utilización del convenio de matrimonio. Sin darse cuenta, los recién casados caen entonces en un arreglo patrimonial prefabricado por el legislador para todos los casos. Una vez caídos en este arreglo, en la República Dominicana no pueden salir de él aunque después se den cuenta de que no les conviene. En Francia tienen ahora esta posibilidad.

Hasta la reforma efectuada en Francia por la ley del 13 de julio de 1965, el régimen legal, al que los esposos se acogían a falta de convenio, era la comunidad de muebles y gananciales. Esta comunidad consiste de un patrimonio común que abarca tanto los bienes muebles de ambos cónyuges, independientemente de cómo se hayan adquirido, como los gananciales, es decir, los bienes adquiridos durante el matrimonio a título oneroso. Al lado de los bienes comunes, uno o ambos esposos pueden tener bienes propios que, por regla general, son inmuebles traídos al matrimonio o adquiridos a título gratuito durante la vida marital. La ley promulgada en Francia el 13 de julio de 1965 derogó este régimen y en su lugar instituyó la simple comunidad de gananciales que, para diferenciarla del régimen anterior, se llamó comunidad reducida a los gananciales

(*communauté réduite aux acquets*). De esta comunidad se excluyen los bienes aportados al matrimonio, tanto muebles como inmuebles, así como los adquiridos a título gratuito durante el matrimonio. Esta comunidad es, como lo indica su nombre en francés, mucho más reducida que la comunidad de muebles y gananciales. A su lado, cada uno de los cónyuges posee bienes propios por un valor que frecuentemente es considerable.

La anterior comunidad de muebles y gananciales proviene del Código Civil, que la tomó del derecho consuetudinario del norte de Francia. Se funda en la premisa de que la propiedad sobre cosas muebles es difícil de probar, sobre todo en un matrimonio, donde los bienes de uno y otro cónyuge suelen confundirse. La reforma de este régimen en Francia refleja el cambio de la economía, que ha acrecentado el valor de los bienes muebles, con la mayor concentración de riqueza en manos de sociedades que emiten valores mobiliarios, así como la constitución de sociedades pequeñas para negocios de un solo dueño o para la tenencia de inmuebles. Los bienes muebles, lejos de ser «viles», es decir, de escaso valor, hoy día son más importantes que los inmuebles como fuentes de riqueza. Pero como la comunidad legal supuestamente representa la intención de los cónyuges al haberse acogido a esta forma en lugar de optar por otra, el Parlamento francés dejó intacta la comunidad legal anterior para los matrimonios celebrados antes del 1ro de febrero de 1966, fecha de entrada en vigor de la reforma.

En la República Dominicana se ha conservado la amplia comunidad de muebles y gananciales. En muchos casos, este régimen favorece a la mujer, compensando el hecho de que, en caso de divorcio, ella no recibe pensión ni prestación compensatoria en forma de capital y que, en caso de defunción de su marido, ella no tiene vocación sucesoral más que en último lugar.

Para las personas que se casan sin poseer inmuebles, la comunidad legal dominicana se asemeja a una comunidad universal. Si entre los cónyuges existía antes de casarse una notable diferencia de for-

tunas, sobre todo mobiliaria, el efecto de la comunidad es nivelar estas fortunas. Este resultado puede ser justo en algunos casos, pero no en todos. Además, se pueden producir desigualdades entre los esposos al momento de heredar. Uno puede heredar un inmueble, y lo conserva como propio; el otro puede heredar las acciones en una sociedad anónima, que es a su vez propietaria de un inmueble, y se ve obligado a compartir estas acciones con su cónyuge como aporte a la comunidad. La diferencia entre bienes muebles e inmuebles no constituye hoy en día un criterio racional para determinar cuáles bienes deben formar parte de la comunidad y cuáles bienes deben ser propios de cada cónyuge.

La diferencia entre las dos comunidades legales, la francesa y la dominicana, tiene que ver únicamente con la composición de las masas de bienes. En lo que respecta a la administración de los bienes incluidos en la comunidad, existe, en Francia desde 1985 y en la República Dominicana desde 2001, plena igualdad entre los esposos. Como lo reconoce uno de los considerandos de la Ley dominicana No. 189-01, «ya es tiempo de modificar estos artículos que conceden al marido la supremacía y/o los bienes y el control absoluto de la comunidad». La nueva igualdad se manifiesta a través de la gestión mancomunada o compartida (*gestion conjointe*) de la comunidad, en que cada cónyuge, actuando solo, tiene aptitud para comprometer los bienes comunes, y por la gestión común (*gestion concurrente*), o sea, por la necesaria participación de ambos cónyuges en la toma de decisiones, para ciertos bienes y actos de disposición. Existen, sin embargo, diferencias de detalle entre ambos países en la determinación de los bienes sometidos a gestión común.

La comunidad legal en la República Dominicana. Se debe examinar bajo tres aspectos: los bienes que forman el activo de la comunidad, los bienes que forman el pasivo de la comunidad, y la administración de la comunidad. Como el pasivo está en estrecha relación con la facultad de administración, resulta conveniente estudiar la administración de la comunidad antes de emprender el estudio de la composición del pasivo.

El activo de la comunidad. El activo de la comunidad legal dominicana abarca (con excepciones que se verán más adelante): 1) todos los bienes muebles propiedad de los cónyuges el día de la celebración del matrimonio, 2) todos los bienes muebles adquiridos por uno u otro de los cónyuges durante el matrimonio, a título oneroso o a título gratuito, 3) los frutos producidos por los bienes propios de cada cónyuge, siendo muebles, y 4) todos los inmuebles adquiridos por cualquiera de los cónyuges a título oneroso durante el matrimonio.¹ No tiene trascendencia la índole de los bienes muebles que forman parte de la comunidad. Pueden ser cosas corpóreas, derechos de propiedad intelectual, acciones u obligaciones de sociedades, un fondo de comercio, cuentas bancarias, etc. También forman parte de la comunidad los ingresos generados durante el matrimonio por uno u otro de los cónyuges a cualquier título: alquileres de inmuebles, dividendos, salarios, comisiones, prestaciones laborales, beneficios de la explotación de un comercio, producto de la venta de las cosechas, premios de lotería, etc. Una remuneración recibida después de la disolución de la comunidad a cambio de una actividad realizada antes, es un bien común.²

Los bienes que no entran en la comunidad se designan como propios. Por excepción a la regla general, tres clases de muebles caen en esta categoría: 1) los muebles propios por naturaleza, como la ropa y las joyas,³ y 2) los bienes muebles donados o legados a uno de los cónyuges, cuando el donante o el testador ha especificado que los daba con carácter propio y 3) los bienes que son propios por subrogación real. Por efecto de la subrogación, aun cuando ninguna disposición legal lo indique, hay que inferir que el pago de seguro o la indemnización que repara el daño causado a un inmueble propio o su valor en caso de expropiación, es un bien propio.

Son también propios, en otra aplicación de la teoría de la subrogación real, como veremos al tratar el tema del reemplazo, los dineros

¹ Los inmuebles adquiridos antes del matrimonio no están incluidos en la comunidad. La fecha de la adquisición de un inmueble es la del acto de compra, que es oponible al otro cónyuge aunque esté bajo firma privada y no se haya registrado. El hecho de que el certificado de título se emita con posterioridad al matrimonio es intrascendente. B.J.1115.212 (Octubre de 2003)

obtenidos por la venta de un inmueble propio cuando se mantienen separados de los fondos de la comunidad. Si estos dineros se emplean nuevamente, siguiendo las formalidades del reemplazo, el o los bienes en cuya adquisición se emplearon, sin distinción entre muebles o inmuebles, son también propios.

Quedan fuera de la comunidad los inmuebles que los esposos poseían al momento de casarse y los que adquieren durante el matrimonio por donación o por herencia. Si la liberalidad se ha hecho con carga y si el cónyuge donatario paga la carga con dinero de la comunidad, le debe recompensa a la comunidad.⁴ La palabra «recompensa» aquí significa el equivalente con el cual se compensa la pérdida experimentada por la comunidad. Son también propios, porque constituyen inmuebles por destino, los bienes por naturaleza muebles que sirven para la explotación de un inmueble propio. Y por accesión son bienes propios las mejoras que se levantan sobre los inmuebles propios. En caso de haberse empleado fondos de la comunidad para costear tales mejoras, la comunidad tiene un derecho de recompensa por el monto de su contribución, pero la mejora es propia y con el paso de los años puede haber adquirido un valor muy superior al dinero empleado en su construcción.

Si uno de los cónyuges era, al momento de casarse, copropietario de un inmueble o cuando adquiere por herencia durante el matrimonio un derecho de copropiedad sobre un inmueble, y si después adquiere el resto de la copropiedad en forma amigable o por licitación, este resto es un bien propio al igual que el derecho indiviso anterior, sujeto a recompensa por el precio que el cónyuge copropietario haya pagado con fondos de la comunidad.⁵

² RTD civ.1994.926

³ El Código Civil dominicano no contiene una mención expresa de los bienes propios por naturaleza. En la práctica se considera de todos modos que los bienes de uso personal son propios. El artículo 1404 del Código Civil francés enumera los bienes propios por naturaleza. En esta categoría entran la ropa, las indemnizaciones por daños físicos o morales, las pensiones intransmisibles y generalmente todos los bienes que tienen un carácter personal y los derechos vinculados exclusivamente a la persona.

⁴ Art. 1406 del C. Civ.

⁵ Art. 1408 del C. Civ.

En derecho francés, se consideraban también como propios, en la comunidad de muebles y gananciales que rige los matrimonios celebrados antes de 1966: 1) los instrumentos de trabajo necesarios para la profesión de uno de los cónyuges, 2) las indemnizaciones procedentes de daños físicos o morales, pero no las que reparaban la incapacidad para trabajar,⁶ 3) los créditos y las pensiones intransmisibles⁷, 4) la propiedad literaria y artística y 5), los pagos de beneficio del seguro de vida contratado a favor de uno de los cónyuges por el otro, aun cuando las primas hayan sido pagadas con dineros de la comunidad. Y se precisa que para tales dineros el cónyuge beneficiario de la póliza no debe recompensa a la comunidad. En Francia el seguro de vida era, y sigue siendo, una manera de beneficiar a uno de los cónyuges, generalmente a la esposa, a expensas de la comunidad.

El reemplazo de bienes propios. Durante el matrimonio, uno de los esposos puede vender un bien propio. Si el producido de la venta se confunde con los bienes comunes (por ejemplo, si se emplea para cubrir los gastos del hogar), el cónyuge vendedor tendrá, a la disolución de la comunidad, un derecho de recompensa por el precio recibido.⁸ Pero puede también conservar el precio como propio, si lo mantiene identificado y no lo confunde con los fondos de la comunidad. Posteriormente y sin que haya un límite de tiempo, puede invertir este dinero en la adquisición de otro bien, mueble o inmueble. Para evitar toda duda sobre la índole propia de ese otro bien, el cónyuge que hace la inversión debe hacer una doble declaración, en el mismo acto de compra, 1) de que está haciendo uso del dinero proveniente de la venta del bien propio anterior, y 2) de que hace la nueva inversión con el fin de reemplazarlo. La doble declaración es uno de los raros ejemplos de fórmulas sacramentales

⁶ RTD civ.2005.819 no. 3

⁷ Art. 1404 del C. Civ. francés. Esta disposición crea un problema en cuanto a las «stock options», otorgadas por las empresas a sus ejecutivos, que lógicamente debieron formar parte de la comunidad, pero son intransmisibles porque se otorgan como incentivo para el beneficiario. La Corte de Apelación de París, aplicando literalmente el artículo 1404, les reconoció el carácter de propios, solución que nos parece incorrecta, ya que no toma en cuenta que estas opciones son parte de la remuneración del ejecutivo. RTD civ.539 no. 2 y 542 no. 3.

⁸ Art. 1433 del C. Civ.

que se han conservado en el derecho moderno. Sin esta doble declaración, el bien reemplazado cae en la comunidad y el cónyuge tiene derecho a recompensa por su valor.

El reemplazo permite al cónyuge propietario disponer del bien sustituido sin el consentimiento de su cónyuge. La doble declaración informa al tercero interesado en adquirir el bien, que no necesita procurar la participación del otro cónyuge en la operación. En el régimen inmobiliario establecido por la Ley de Registro de Tierras, como el certificado de título debe bastar para informar a terceros acerca de la titularidad de los inmuebles y sus gravámenes, el Registrador debe hacer figurar la doble declaración en el certificado de título emitido para amparar la compra de un inmueble propio por reemplazo.

Como sería muy raro que el nuevo bien tuviese exactamente el mismo valor que el bien vendido, si la diferencia de precios es pagada con recursos de la comunidad, ésta tiene derecho a recompensa. También puede suceder que el bien adquirido haya costado menos que los fondos obtenidos de la venta del bien propio. El remanente se mantiene entonces como propio, si no se confunde con la comunidad, y puede emplearse en un reemplazo posterior o disponerse libremente.

Los artículos 1434 y 1435 del Código Civil, que se relacionan con el tema del reemplazo de los inmuebles propios de la mujer, no han sido adecuados en su redacción a la igualdad de la mujer casada, resultante de la Ley No. 189-01 y a la capacidad que ella tiene de administrar sus bienes propios. El artículo 1435 parte del supuesto de que el marido, como administrador de los bienes propios de la mujer, es quien hace por ella la declaración de reemplazo, y agrega que, para que la nueva inversión sea un bien propio de ella, ella debe aceptarla formalmente.

Hoy día, después de la derogación del artículo 1428 del Código Civil, que facultaba al marido a administrar los bienes propios de su

mujer, la persona indicada para hacer la doble declaración de reemplazo de un bien propio de la mujer, es ella, no su marido. Debe entenderse que los artículos 1434 y 1435 han sido modificados tácitamente por la Ley No. 189-01.

Aunque la ley habla únicamente del reemplazo de inmuebles propios, no hay razón para excluir de su ámbito el empleo de bienes muebles propios de uno u otro cónyuge. Si uno de ellos obtiene por donación o por legado una suma de dinero, con indicación de que la liberalidad se hace con carácter de propio, este dinero puede emplearse en la compra de un inmueble o de cualquier otra cosa y, para asegurar su carácter de bien o bienes propios, en el documento en que consta la inversión, el cónyuge gratificado debe hacer la doble declaración, de que el dinero empleados en la compra es un bien propio y de que su inversión se ha hecho con el fin de reemplazarlo. En la relación entre los cónyuges, sin embargo, si omite hacer la doble declaración, el bien adquirido puede de todos modos recibir la calidad de propio con el consentimiento del otro cónyuge.⁹

En Francia, en la comunidad legal de gananciales, se consideran también como propios los bienes adquiridos con el empleo o con el reemplazo de bienes propios. El mecanismo de la doble declaración se ha conservado. Hay dos innovaciones que acogen la jurisprudencia anterior a la Ley de 1965. La una permite hacer un reemplazo por anticipación. Al haber recibido una herencia pero antes de la partición, el heredero puede, con dinero de la comunidad, comprar un bien, que en este momento está disponible, indicando en el acto de compra que se adquiere con sumas prestadas por la comunidad y que le serán pagadas posteriormente. El préstamo debe reembolsarse dentro de los cinco años, sin lo cual el bien cae en la comunidad. La otra innovación es el reemplazo *a posteriori*. Esta modalidad permite hacer la declaración de reemplazo con posterioridad al acto de compra, pero requiere el consentimiento del otro cónyuge y no produce efectos sino entre ellos.

⁹ RTD civ.1993.184

La administración de los bienes comunes en derecho dominicano. En el Código Civil, el marido era el jefe de la familia. Tenía la administración y el disfrute, no solamente de los bienes de la comunidad, sino de los bienes propios de su mujer, con la única salvedad de que no podía vender sus inmuebles sin su consentimiento. La realidad de que, en la mayoría de los matrimonios, era la mujer la que gastaba dineros de la comunidad para las necesidades del hogar, se explicaba por la jurisprudencia a través de la teoría de un mandato tácito, que el marido le había dado a su mujer para tales fines.

a) Reformas al poder exclusivo del marido. Aun antes de la Ley No. 189-01, en la República Dominicana dos leyes de inspiración francesa habían modificado este sistema. La Ley No. 390 de 1940 le dio a la mujer casada la plena capacidad civil, capacidad que en esa época de nada le valía porque su marido seguía como administrador de sus bienes propios; y la Ley No. 855 de 1978, que contiene el llamado «régimen primario», un conjunto de reglas aplicables a todos los regímenes matrimoniales y que, como vimos: 1) faculta a la mujer a celebrar sin en consentimiento del marido, y viceversa, los contratos que tienen por objeto el mantenimiento del hogar y la educación de los hijos, afectando los bienes de la comunidad con estos contratos; 2) permite a la mujer casada abrir y operar cuentas bancarias; 3) le permite ejercer una profesión sin el consentimiento de su marido, y 4) le da la administración y disposición de los bienes adquiridos con el producto de su trabajo y de las economías que de éste provengan. En el sistema de la comunidad, estos bienes, llamados «reservados», tenían un carácter híbrido: técnicamente eran bienes comunes y a la disolución de la comunidad se contabilizaban como tales, pero durante el matrimonio eran propios de la mujer, a tal punto que ella podía, no solamente administrarlos, sino disponer libremente de ellos, inclusive a título gratuito, mientras sus demás bienes propios seguían, antes de la Ley No. 189-01, sometidos al poder del marido para su administración y al concurso del marido para su disposición si eran inmuebles.

A pesar de sus limitaciones, el principio de que el marido era el administrador único de los bienes de la comunidad y de los propios de su mujer, con plenos poderes de disfrute (salvo en el caso de los bienes reservados) y amplios poderes de disposición, chocaba con el principio constitucional de que «la ley es igual para todos»¹⁰ y con la prohibición de la discriminación en el ámbito familiar contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos, que ha sido incorporada al ámbito interno de la República Dominicana.¹¹ Según el artículo 17, numeral 4, de esta Convención, «Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo».¹² En gran medida, el Congreso Nacional ha instaurado esta igualdad, pero quedan rincones del derecho que no se han tocado y donde la Suprema Corte y los demás tribunales, a medida que los asuntos se presentan, deben completar la obra del legislador, evitando que el país incumpla el principio de la igualdad entre los esposos, que la Convención impone.

b) El principio de la gestión compartida. En orden a la administración de los bienes comunes, la Ley No. 189-01 pone en vigor este principio en el nuevo artículo 1421, concebido así: «El marido y la mujer son los administradores de los bienes de la comunidad. Pueden venderlos, enajenarlos o hipotecarlos con el consentimiento de ambos». Es posible derivar de este texto los siguientes efectos:

Primero, para actos de administración de la comunidad, la primera oración del artículo 1421 no exige la colaboración de ambos cónyuges. Al igual de lo que sucede en Francia con el sistema de la gestión compartida o gestión mancomunada (*gestion conjointe*),¹³ cada

¹⁰ Constitución de 2002, artículo 8, numeral 5

¹¹ En su Resolución 1920-2003, séptimo atendido, la Suprema Corte reconoció que las convenciones internacionales que reconocen derechos fundamentales «forman parte de nuestro derecho interno».

¹² La omnipotencia del marido era también contraria a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de la cual la República Dominicana es también parte. Resolución del Congreso Nacional No. 582 de 1982.

¹³ Se llama en francés «gestion conjointe», lo cual no se debe traducir por «gestión conjunta», que da la impresión de que los cónyuges deben actuar conjuntamente, cuando la noción implica que pueden actuar separadamente.

cónyuge puede, actuando solo, administrar los bienes comunes, no solamente para el mantenimiento del hogar y la educación de los hijos, sino para cualquier clase de acto, sujeto a las restricciones del régimen primario. Esta interpretación puede derivarse, no solamente del contraste entre las dos oraciones del artículo 1421, sino también, por analogía con la regla de que (salvo acuerdo contrario) el mandato dado a dos personas no establece entre ellos la solidaridad, de manera que cualquiera de los mandatarios puede actuar solo dentro de la esfera del poder conferido.¹⁴

Como el cónyuge que administra la comunidad actúa en parte en interés del otro cónyuge, se sobreentiende que si obra en forma negligente en esa actividad, responde frente a la comunidad por el daño causado. Esta responsabilidad puede hacerse valer a la disolución de la comunidad mediante una reducción de la parte que corresponde al cónyuge negligente, para que el otro cónyuge obtenga la totalidad de lo que le hubiese correspondido si la administración por el primero se hubiese emprendido como buen padre (o madre) de familia.

c) Restricciones a la gestión compartida. Existen como parte del régimen primario, en el artículo 217, casos de exclusión de la solidaridad entre los esposos, o sea, restricciones a la facultad de uno de ellos de comprometer los bienes del otro, tanto para gastos manifiestamente excesivos como para compras a plazos y, por analogía, para financiamientos de compras pagaderos a plazos. La cuestión de si la exclusión de la solidaridad implica restricciones a la facultad de comprometer los bienes de la comunidad no ha sido resuelta, ni en Francia, ni en la República Dominicana. El autor de una obra reciente, sin citar ninguna doctrina ni jurisprudencia, opina que, si los esposos son casados bajo el régimen legal, cada vez que un cónyuge tiene el poder de comprometer los bienes de la comunidad «el acreedor puede en su caso perseguir el pago de su crédito no solamente sobre el patrimonio propio del cónyuge que contrajo

¹⁴ El artículo 1995 del Código Civil dispone: «Cuando hay muchos que están provistos de poder, o mandatarios nombrados por el mismo acto, no existe entre ellos solidaridad sino cuando esté expresada».

la deuda, sino también sobre la masa común».¹⁵ No se sigue de allí que, si uno de los cónyuges puede comprometer los bienes de la comunidad, puede también comprometer solidariamente los bienes del otro cónyuge. En la República Dominicana, la Ley No. 855 de 1978 relativa al régimen primario determina en qué casos un cónyuge puede comprometer la responsabilidad solidaria del otro; la Ley No. 189-01, relativa a la comunidad legal, decide cuándo uno de los cónyuges compromete los bienes de la comunidad.

Con respecto a las compras a plazos y los financiamientos, el pasivo de la comunidad incluye «las deudas, tanto de capitales como de rentas o intereses, contraídas por el marido o por la mujer».¹⁶ Uno de los cónyuges puede, según esta regla, sin el consentimiento del otro, comprometer la comunidad en una compra a plazos o un financiamiento, aunque no compromete los bienes propios del otro cónyuge, porque el artículo 217, último párrafo, del Código Civil excluye la solidaridad. Pero en relación con la exclusión de los gastos manifiestamente excesivos se impone otra solución por dos razones. 1) Al excluir la solidaridad, cuando uno de los esposos incurre en un gasto manifiestamente excesivo sin el consentimiento del otro, lo que persigue el legislador es proteger el patrimonio del cónyuge que no tomó parte en la negociación. Si se permite al acreedor embargar un bien de la comunidad, se perjudica al otro cónyuge en la medida de su participación en la masa común. 2) Además, el límite a la solidaridad para los gastos manifiestamente excesivos es un vestigio del antiguo mandato tácito, que tenía la mujer para comprometer la comunidad con los gastos del hogar cuando el marido era el amo y señor de la comunidad. Ella podía comprometer los bienes de la comunidad para gastos de la vida corriente, pero no para gastos manifiestamente excesivos. La solución anterior ha sido simplemente bilateralizada. Aplicada al régimen de la comunidad, su finalidad es proteger el acervo común contra gastos manifiestamente excesivos de uno de los cónyuges actuando solo. Para tales gastos, este cónyuge no compromete ni los bienes de la comu-

¹⁵ Terré et Simler, *Les régimes matrimoniaux*, Précis Dalloz, 4a ed, 2005, No. 83 a)

¹⁶ Art. 1409 del Código Civil, numeral 2do

nidad, ni los bienes propios de su consorte. Compromete únicamente sus bienes propios.

d) Alcance de los poderes de administración. Tratándose de la validez o de los efectos de un acto de administración de la comunidad, uno solo de los cónyuges puede iniciar o defender procesos judiciales en interés o en defensa de la comunidad y comprometer una reclamación ante árbitros o transigir respecto a los bienes comunes. La sentencia, laudo arbitral o transacción que recaiga en tales procesos es oponible a la comunidad.

Tratándose de un apartamento comprado en un condominio durante el matrimonio y que forma parte de la comunidad, salvo lo que disponga el reglamento de condominio, uno solo de los esposos puede representar la comunidad en las asambleas de propietarios, en la medida en que toma decisiones de administración de las partes comunes del edificio.

También es un acto de administración la modificación que uno de los cónyuges hace de la composición de una cartera de valores mobiliarios. Como esta cartera se considera como una universalidad, el hecho de vender algunos valores para comprar otros no es un acto de disposición. En cambio, lo sería la venta de acciones sin reinversión del dinero producido por su venta. Esta venta estaría sometida a gestión común.

Gestión común para actos de disposición. Para vender, enajenar o hipotecar los bienes de la comunidad, de acuerdo con la segunda oración del artículo 1421 del Código Civil modificado por la Ley No. 189-01, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges. Estos actos están sometidos a gestión común (*gestion concurrente*). Están incluidos en esta categoría tanto las enajenaciones a título oneroso como a título gratuito, tanto de muebles como de inmuebles. Aquí el artículo 219 del Código Civil, relativo al régimen primario, interfiere con la reglamentación de la comunidad, al permitir a uno de los cónyuges, actuando solo, disponer, respecto de tercero, de un

bien de la comunidad que detenta individualmente. La oponibilidad existe solamente respecto de tercero. El cónyuge que haya dispuesto de un bien de la comunidad que detentaba individualmente debe recompensa a la comunidad si no ha depositado los dineros producidos por la venta en la cuenta común. Esta excepción a la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para un acto de disposición de bienes de la comunidad tiene, a su vez, dos excepciones, según este mismo artículo 219 en su segundo párrafo: una para los muebles que guarnecen la vivienda familiar, y la otra para los muebles cuya naturaleza hace presumir que son de la propiedad del otro cónyuge. Para tales muebles, se vuelve por un desvío a la regla general. El consentimiento de ambos cónyuges es requerido para su disposición, aun frente a tercero.

Otra limitación al principio de la gestión común para la disposición de los bienes de la comunidad aparece en el sistema de los bienes reservados, por lo menos si se consideran como bienes de la comunidad a pesar de su carácter híbrido. Estos bienes, que se derivan del producto del trabajo de la mujer, forman un patrimonio separado de bienes sobre los cuales ella, con exclusión del marido, tiene plenos poderes, no solamente de administración, sino también de disposición durante el matrimonio.¹⁷ La esposa puede disponer de sus bienes reservados sin el consentimiento de su marido. El marido no tiene, respecto de los productos de su trabajo, un privilegio similar.

La distinción trazada por el artículo 1421 es la tradicional, pero difícilmente manejable, entre actos de administración y actos de disposición. Los arrendamientos de inmuebles de la comunidad caen en medio de esta distinción. Los que son a corto plazo pueden considerarse como susceptibles de ser actos de administración y uno solo de los cónyuges puede celebrarlos; pero los que son a largo plazo, incluyendo los que están prorrogados por el Decreto sobre Control de Alquileres, tienen el efecto de privar a la comunidad de

¹⁷ Art. 221 del Código Civil

su uso y, a la larga, de una parte cada vez mayor de su disfrute, de manera que deben considerarse como actos de enajenación, sometidos a gestión común. En cambio, el hecho de alquilar un inmueble como arrendatario es un simple compromiso de pagar el alquiler, hacer reparaciones locativas, etc., y puede considerarse como acto de administración, susceptible de comprometer los bienes de la comunidad con la firma de uno solo de los esposos.

Crítica de la Ley No. 189-01. Aunque parece adecuada la puesta en práctica del principio de la igualdad entre los esposos en el artículo 1421, elemento central de esa ley, mediante la distinción entre actos de administración y actos de disposición, los demás retoques, que hace la Ley No. 189-01 al Código Civil, se prestan a la crítica.

En primer lugar, la Ley 189-01 bilateralizó los artículos 1422 hasta 1424, referentes a las facultades del marido, actuando solo, de disponer a título gratuito de bienes de la comunidad, cuando lo lógico hubiera sido derogarlos, dejando aplicable el artículo 1421 a estas donaciones, que son actos de disposición sometidos a gestión común.

En segundo lugar, la Ley 189-01 derogó el artículo 1428, que daba al marido la administración de los bienes propios de la mujer, dejando vacante el artículo. Esta derogación debe interpretarse como el establecimiento de la regla contraria, aunque hubiera contribuido a mayor claridad el haber dispuesto expresamente que la mujer puede administrar sus bienes propios y disponer de ellos sin el consentimiento de su marido.

En tercer lugar, la Ley omitió derogar, en el régimen de la separación de bienes, la regla de que la mujer no puede enajenar sus inmuebles sin el consentimiento de su marido o, si éste rehúsa darlo, sin una autorización judicial.¹⁸ Sin embargo, eliminó esta res-

¹⁸ Art. 2, inciso 2, de la Ley No. 2125 de 1949, que sustituye los arts. 1536 al 1539 del Código Civil.

tricción en la reglamentación de la separación judicial de bienes, disponiendo expresamente que la mujer «puede disponer de su mobiliario y enajenarlo, así como de sus inmuebles».¹⁹

En cuarto lugar, la Ley dejó de establecer la igualdad en el artículo 22 de la Ley de Divorcio No. 1306-bis de 1937, que faculta a la mujer a dejar la residencia del marido durante el proceso (residencia que, si se compró durante el matrimonio, es parte de la comunidad) y la obliga a vivir en el lugar fijado por el tribunal, cuando debió modificarse en el sentido de que el juez decidirá cuál de los esposos puede permanecer en la casa de familia. Además, el artículo 24 de la Ley de Divorcio permite a la mujer, pero no al marido, solicitar la fijación de sellos sobre el mobiliario común, y obliga al marido, pero no a la mujer, a confeccionar el inventario, cuando lo lógico hubiera sido bilateralizar esta tarea. No derogó el artículo 25, que declara nula toda enajenación de inmuebles comunes durante el proceso, si se prueba que se hizo en fraude de los derechos de la mujer. Con el nuevo artículo 1421 del Código Civil, el marido no puede disponer de ningún bien de la comunidad sin el consentimiento de la mujer, por lo que sobra este artículo 25 de la Ley de Divorcio.

Estas y otras deficiencias ponen al intérprete ante un dilema: ¿Deben entenderse tácitamente modificadas las reglas que no fueron cambiadas, o cuyo cambio no logra el fin de igualdad entre los esposos, que el legislador se propuso al dictar el nuevo artículo 1421? ¿O deben aplicarse al pie de la letra las modificaciones defectuosamente hechas y seguir aplicando las reglas que el legislador omitió modificar? La Ley No. 189-01 en su artículo final contiene la disposición de estilo de que «La presente ley deroga todas las leyes, reglamentos, decretos o disposiciones que le sean contrarios», lo cual permite considerar como derogadas ciertas disposiciones, como el artículo 25 de la Ley de Divorcio, pero no resuelve el problema que resulta de las modificaciones hechas por la misma Ley No. 189-01, no estructuradas adecuadamente.

¹⁹ Art. 1449 del Código Civil, modificado.

Para salir de este dilema, hay que tener en cuenta, no solamente el nuevo artículo 1421 del Código Civil como norma de principio, sino la igualdad de todos ante la ley y la prohibición de toda discriminación contra la mujer, contenidas en la Constitución y en las Convenciones de las cuales es parte la República Dominicana. Todas estas normas forman un conjunto coherente que deja a la mujer en igualdad con el marido en todo lo concerniente al matrimonio. A la luz de estas diversas fuentes de derecho deben hacerse por medio de interpretaciones las correcciones requeridas para consagrar plenamente la igualdad jurídica de la mujer con el marido, que representa la intención, no siempre bien expresada, del legislador, así como los requerimientos constitucionales y convencionales.

Por consiguiente, y sin que esta enunciación sea limitativa, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges para disponer a título gratuito de los inmuebles de la comunidad, aunque sea para establecer a los hijos del matrimonio (art. 1442). El marido no puede, sin el consentimiento de la mujer, dotar a un hijo común con un efecto de la comunidad (art. 1439). La mujer tiene la administración y la disposición de sus bienes propios (art. 1428 derogado). No solamente el marido, sino también la mujer puede hacer la doble declaración de reemplazo de sus bienes propios (arts. 1434 y 1435), lo cual hace innecesaria la hipoteca legal de la mujer sobre los inmuebles propios del marido para garantizar el reemplazo de los inmuebles propios de ella que tenía que ser hecha por él (art. 2135, último párrafo). Ambos cónyuges deben preparar conjuntamente el inventario de los bienes comunes en caso de divorcio (art. 24 de la Ley de Divorcio). Ni el marido ni la mujer pueden renunciar a la comunidad después de su disolución (arts. 1453 hasta 1462 derogados). Cualquiera de los cónyuges puede pedir la separación de bienes en caso de mala administración de la comunidad por el otro, salvedad importante para el marido si la mujer, que ahora administra también los bienes de la comunidad, emprende gastos excesivos, poniendo en peligro la solvencia de la comunidad (art. 1443). Desaparece la regla de que «Los recobros [o sea, las recompensas] a favor de la mujer son antes que los del marido» (art. 1471),

al igual que la regla que permite a la mujer, pero no al marido, realizar sus recobros [es decir, sus recompensas] en los bienes personales del otro (art. 1472). El beneficio de emolumento, que permite a la mujer limitar su responsabilidad frente a los acreedores de la comunidad a la parte del activo que le corresponde, se extiende también al marido (art. 1483).

En este libro, no hemos vacilado en declarar derogados o modificados los artículos del Código Civil y demás leyes que se encuentran en conflicto con la igualdad entre los esposos.

El legado de los bienes de la comunidad. El legado de bienes de la comunidad se rige por el artículo 1423 del Código Civil en su versión modificada por la Ley No. 189-01.²⁰ Como la comunidad se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, este artículo no hace sino aplicar a la copropiedad o indivisión resultante de la disolución de la comunidad, las reglas relativas a la disposición de bienes de copropiedad. Cada cónyuge puede legar en forma abstracta todo o parte de la porción libremente disponible que le corresponde en la comunidad. Puede también legar un bien individual que formaba parte de la comunidad, pero entonces el legatario no lo va a recibir, a menos que, en la partición, este bien caiga en el lote del testador. En caso contrario, según los principios generales de la copropiedad, el legado sería de cosa ajena y sería nulo,²¹ pero el artículo 1423 se desvía de este principio general. Al no poder recibir el bien en sí, los herederos del testador deben pagarle al legatario su valor.

La administración de la comunidad en Francia. En Francia, el sistema establecido por la Ley del 23 de diciembre de 1985 tiene semejanza con la distinción operada por el nuevo artículo 1421 del Código Civil dominicano. Hace también la diferencia entre actos

²⁰ La versión anterior de este artículo trataba solamente del legado por el marido de su parte de la comunidad, pero la misma regla se aplicaba cuando la mujer disponía de la parte de ella. La modificación del texto no ha hecho sino aclarar este punto, sin introducir un cambio de fondo.

²¹ El artículo 1021 del Código Civil declara nulo el legado de cosa ajena.

de gestión compartida (*gestion conjointe*), que pueden ser emprendidos por uno solo de los cónyuges, y actos de gestión común (*gestion concurrente*), que requieren la colaboración de ambos. En Francia, cuando se estableció el principio de la gestión compartida, se abolicieron los bienes reservados. Todos los bienes comunes están sometidos al mismo régimen.

En términos de procedimiento, la gestión compartida implica que uno de los cónyuges puede demandar o ser demandado en relación con un negocio de gestión de la comunidad emprendido por el otro.

A diferencia del derecho dominicano, la distinción entre bienes de gestión compartida y bienes de gestión común no se hace en paralelo con la distinción entre actos de administración y actos de disposición. Está sometida a gestión común solamente la disposición de bienes importantes: la venta e hipoteca de inmuebles, la disposición de fondos de comercio o «explotaciones», o sea, fincas agrícolas o talleres artesanales y oficinas o consultorios para el ejercicio de profesiones liberales, aunque sean usados por uno solo de los cónyuges, así como la disposición de las partes de sociedades comerciales o de personas que detentan tales bienes. Se exige también la colaboración de ambos esposos para los arrendamientos de fincas rústicas y de locales comerciales, pero no para el arrendamiento de viviendas, a pesar de que sus alquileres están regulados y su duración está sujeta a prórrogas como en la República Dominicana.

La gestión compartida en Francia tiene sus peligros, como lo demuestra un asunto en que la mujer, poco antes de la disolución de la comunidad, había vendido acciones de la comunidad de un valor considerable. Este acto, que en derecho dominicano se consideraría como un acto de disposición sujeto a gestión conjunta, aunque no oponible a tercero de acuerdo con el artículo 219 del Código Civil, en Francia cae en la categoría de gestión compartida. La mujer sostenía que la suma recibida por ella se consideraba como parte de la comunidad, sin que ella tuviese que aportar la prueba de

su reinversión. El tribunal la condenó a reintegrar la suma a la masa común, a menos que pudiese justificar su uso para un fin común.²² La gestión compartida no significa irresponsabilidad. El cónyuge que comete un acto de mala administración es responsable del daño causado a la comunidad.

Por otro lado, no todos los actos de administración de bienes comunes están sometidos a gestión compartida. Algunos son de la gestión exclusiva de uno solo de los esposos, a saber: el manejo de oficinas profesionales, talleres de artesanía y fincas agrícolas explotadas o utilizadas separadamente.

La administración de los bienes propios de cada esposo. En el derecho dominicano, el artículo 1428 antes de su derogación por la Ley No. 189-01, disponía que «Corresponde al marido la administración de todos los bienes personales de la mujer». La Ley No. 189-01 derogó este artículo. En el lugar de este artículo, después de su derogación, la Ley No. 189-01 dejó un vacío. Hay que inferir que, si el marido ha dejado de ser el administrador de los bienes propios de la mujer, en aplicación del principio de igualdad entre los cónyuges que esta ley se propone entronizar, es ahora la mujer la que tiene la administración de sus bienes propios, de la misma manera que el marido. En Francia, cuando se derogó el antiguo artículo 1428, en su lugar se dispuso que «Cada esposo tiene la administración y el disfrute de sus bienes propios y puede disponer de ellos libremente». Por lo menos en lo que a la administración y disposición de los bienes propios de la mujer respecta, la misma regla debe considerarse aplicable a falta de texto en la República Dominicana. Para el disfrute hay que notar una diferencia entre ambos derechos, ya que en la República Dominicana los frutos producidos por los bienes propios entran a la comunidad en virtud del inciso 2do del artículo 1401 del Código Civil.

En relación con los inmuebles, que en el régimen legal son propios de la mujer cuando los aportó al matrimonio o cuando los adquirió

²² RTD civ.2001.189

por donación o por herencia, el derogado artículo 1428 disponía que el marido «no puede enajenar los inmuebles personales de su mujer sin el consentimiento de ella». Derogado este principio, el marido carece de la facultad de enajenar los inmuebles propios de su mujer. Es ella, y ella sola en su calidad de propietaria y dotada de plena capacidad civil, la que tiene ahora la facultad de disponer de sus inmuebles. El dinero resultante de esta venta caerá en la comunidad, sujeto a recompensa, a menos que ella lo identifique como propio y emplee el mecanismo del reemplazo para comprar otros bienes que serán también propios.

El pasivo de la comunidad. El Código Civil regula separadamente tres clases de pasivos: el pasivo producido durante el matrimonio por los actos de los esposos, el pasivo anterior al matrimonio que los esposos trajeron consigo cuando se casaron y el pasivo que reciben durante el matrimonio como parte de un caudal relicto o de una donación con carga. Las deudas se reparten entre los tres patrimonios que pueden existir en un matrimonio: los bienes propios de cada cónyuge y los bienes de la comunidad. Cada uno de estos patrimonios está sometido a dos clases de pasivos: un pasivo provisional, que se ve obligado a soportar cada vez que un acreedor puede pagarse con sus bienes, pero que, en cualquier momento durante el matrimonio o a la hora de su disolución, puede revertir al otro patrimonio mediante «recompensa»; y el pasivo definitivo, que no es susceptible de ser revertido.

Cada cónyuge compromete sus bienes propios con su actividad, inclusive cuando contrata para los fines comunes. Cuando la deuda se contrata en interés de la comunidad, el acreedor puede dirigir su embargo tanto contra los bienes propios del que contrató como contra los bienes comunes. Si el acreedor se paga con bienes propios del cónyuge que celebró el acto de compra, siendo definitivamente común la deuda, éste tiene derecho a recompensa contra la comunidad.

En el caso de los gastos incurridos para el mantenimiento y la con-

servación del hogar²³ (*dettes ménagères*) o la educación de los hijos, que son los más frecuentes, hay obligación solidaria entre los esposos²⁴ y el acreedor puede cobrarse indistintamente sobre cualquiera de los tres patrimonios, pero en definitiva esta deuda recae sobre los bienes de la comunidad. Lo mismo puede decirse de una deuda por servicios médicos prestados a uno de los cónyuges. Esta también es una deuda para el mantenimiento del hogar, que acarrea la obligación solidaria de ambos cónyuges y compromete la comunidad frente a la clínica y los médicos, pero en definitiva la deuda recae sobre la comunidad.

a) El pasivo contraído durante el matrimonio. Las reglas del Código Civil sobre el pasivo de la comunidad han sido profundamente reformadas en la República Dominicana por la Ley No. 189-01, que estableció la igualdad entre el marido y la mujer en la administración de la comunidad. Como reflejo de esta igualdad, la comunidad queda obligada por los actos de la mujer al igual que por los actos del marido.

La facultad de cada uno de los esposos de comprometer los bienes de la comunidad se refleja en el nuevo artículo 1409, inciso 2do, cuando dispone que «Se forma la comunidad pasivamente ... De las deudas, tanto de capitales, como de rentas o intereses, contraídas por el marido o por la mujer».

El inciso 2do del artículo 1409, que literalmente pone a cargo de la comunidad «las deudas, tanto de capitales como de rentas o intereses, contraídas por el marido o por la mujer» no es ilimitado. Si lo fuese, no tendrían sentido los demás incisos que ponen determinadas deudas a cargo de la comunidad, excluyendo implícitamente otras. En la categoría de las deudas a cargo de la comunidad entran las deudas incurridas para conservar los bienes comunes, así como las deudas incurridas para conservar los bienes propios, ya que los

²³ Entre tales gastos figura el pago de las prestaciones laborales a la sirvienta que se separa de su empleo. RTD.civ.2005.817 no. 1

²⁴ Art. 217 del Código Civil, modificado por la Ley No. 855 de 1978.

frutos producidos por estos bienes forman parte de la comunidad.²⁵ Están también a cargo de la comunidad los tres elementos contenidos en el inciso 5to de dicho artículo, a saber: los alimentos a cargo de los esposos, los gastos de educación y sostenimiento de los hijos y «cualquier otra carga del matrimonio», concepto sobre el cual volveremos.

Las deudas tanto de capitales como de rentas o intereses tampoco gravan la comunidad cuando resultan de gastos manifiestamente excesivos. Para tales gastos el artículo 217, en su último párrafo, excluye la solidaridad entre los esposos, a menos que ambos hayan dado su consentimiento. Como vimos al tratar del conflicto entre las reglas del régimen primario y las reglas de la comunidad, estas deudas no comprometen la comunidad si no han sido contraídas por ambos cónyuges. Las deudas surgidas de gastos manifiestamente excesivos son excepciones a la regla general que grava la comunidad con las deudas contraídas por uno solo de los cónyuges. Para incurrir estas deudas, aun frente a terceros, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges.

En cambio, el hecho de que la deuda sea de capital y de que su pago sea escalonado en abonos es intrascendente. Como lo indica el inciso 2do del mismo artículo 1409, la deuda puede ser «tanto de capital como de rentas o intereses». Aquí figura la compra de la residencia familiar u otro inmueble o la compra de un vehículo. Su pago puede hacerse a plazos por uno solo de los cónyuges y el financiamiento, si se obtuvo, puede también ser pagadero en abonos. También hay que poner en esta categoría las deudas contraídas para fines de la oficina, taller, comercio o finca que forma parte de la comunidad, aunque sea administrado por uno solo de los cónyuges, aun cuando la deuda nazca de la compra de bienes de capital para ese negocio.

Aquí notamos una discrepancia entre el régimen primario y el régi-

²⁵ El artículo 1409, inciso 4to, las demonima «reparaciones usufructuarias» de los bienes propios, porque antiguamente el marido tenía un derecho de usufructo sobre los bienes propios de su mujer.

men de la comunidad. Para que haya solidaridad según el régimen primario, la obligación debe consistir en un «gasto» para los fines del hogar o la educación de los hijos, con exclusión de una obligación de capital. Además, en el régimen primario la solidaridad queda excluida para las compras a plazos y, por analogía, para el financiamiento pagadero en abonos. Cuando uno solo de los cónyuges contrae una deuda de capital, mediante compra a plazos o financiamiento, la comunidad queda comprometida (a menos que el monto sea manifiestamente excesivo), pero el otro cónyuge no está solidariamente obligado a su pago y sus bienes propios están fuera del alcance del vendedor o financista. El cónyuge que hace una compra a plazos compromete los bienes de la comunidad y los suyos propios, pero no los del otro cónyuge.

El numeral 5to. del artículo 1409 del Código Civil dominicano pone a cargo de la comunidad las obligaciones de «los alimentos de los esposos, de la educación y sostenimiento de los hijos y de cualquier otra carga del matrimonio».

En torno a los alimentos a cargo de los esposos no se hace ninguna distinción. El caso no se limita a los alimentos debidos a los hijos del matrimonio. La comunidad responde de las pensiones alimenticias que el marido o la mujer deben a sus respectivos padres y a los hijos habidos por uno de ellos antes de casarse, de una relación libre o de un matrimonio anterior. El derecho francés contiene una excepción para las obligaciones incurridas «en desprecio de los deberes que impone el matrimonio», incluyendo las deudas alimenticias pagaderas por el marido a la madre de un hijo adulterino, pues no parece justo que la esposa deba compartir esta carga como deuda de la comunidad.²⁶ Es por consiguiente una deuda propia del marido. Esta excepción, que existía en la jurisprudencia antes de ser consagrada en la legislación, podría también repercutir en derecho dominicano.

²⁶ El artículo 1417, inciso 2, del Código Civil francés exceptúa de la comunidad las deudas incurridas «con desprecio de los deberes que impone el matrimonio».

Las deudas contraídas para la educación y el sostenimiento de los hijos no es más que una reiteración del mismo concepto contenido en el artículo 217 relativo al régimen primario.

Finalmente, pesa sobre la comunidad «cualquier otra carga del matrimonio». Debe haber una relación con el matrimonio para que la comunidad quede gravada por la deuda contraída por uno solo de los cónyuges. Una deuda contraída por uno de los cónyuges para sus fines particulares no cae en esta categoría. Verbigracia, si el marido se compromete como fiador de un amigo, para ayudarlo a conseguir un préstamo para la ampliación de su negocio, la deuda que caería sobre el marido en caso de falta de pago de su amigo no sería una «carga del matrimonio» y no podría cobrarse sobre los bienes de la comunidad.

Hay una estrecha relación entre las cargas del matrimonio y «el mantenimiento y conservación del hogar», para los cuales el artículo 217 establece la solidaridad entre los esposos. El texto francés emplea la misma expresión «*l'entretien du ménage*» tanto en el artículo 220, que corresponde al artículo 217 dominicano, como en el artículo 1409. El concepto de «*ménage*» es más amplio que «hogar» porque puede abarcar la compra de un vehículo u otro bien no usado en la casa o el costo de un viaje en que toman parte ambos cónyuges. En estas situaciones, llámense deudas del hogar o deudas del matrimonio, uno solo de los cónyuges puede comprometer, no solamente la comunidad, sino al otro cónyuge solidariamente.

Además, algunas deudas, que parecen ser particulares, quedan a cargo de la comunidad por disposición expresa. Según el artículo 1424, las multas impuestas a uno de los esposos recaen, no solamente sobre los bienes del infractor, sino también sobre los de la comunidad, e inclusive (lo cual no parece justo) sobre los bienes del otro cónyuge, salvo derecho de recompensa frente a la comunidad o de reembolso frente al otro cónyuge.²⁷ Aparte de las multas,

²⁷ El artículo 1425 añade que, cuando la condena es pronunciada contra uno de los esposos por un crimen que produce interdicción legal, solamente se afectan sus bienes propios y su parte en la comunidad. Para el cobro de esta última parte, el Fisco tendría que esperar a que se produzca la disolución de la comunidad.

hay que considerar las deudas civiles extracontractuales incurridas por uno de los cónyuges. La jurisprudencia francesa pone estas deudas a cargo de la comunidad para la protección de las víctimas, porque en muchos matrimonios, de personas que al casarse carecían de bienes, los únicos bienes disponibles son los de la comunidad. Cuando la comunidad responde de la responsabilidad civil de uno de los cónyuges, tiene derecho a recompensa. Para el derecho dominicano, ante la falta de jurisprudencia sobre el punto, podría seguirse el modelo francés o hacer depender la solución de si la responsabilidad se incurrió como «carga del matrimonio». Si el acto que dio lugar a la responsabilidad se relaciona con el matrimonio (por ejemplo, si fue un accidente de tránsito en una diligencia para el hogar) los bienes comunes quedarían comprometidos.

Los préstamos contraídos para la mejora de un inmueble propio de uno de los cónyuges quedan como pasivo definitivo del cónyuge propietario y, si los paga con dinero de la comunidad, como a menudo sucede, debe recompensa. No así los gastos de conservación de los bienes propios, incluyendo las primas del seguro contra incendios y las llamadas «reparaciones usufructuarias»²⁸, que están a cargo de la comunidad porque es ella la que obtiene los frutos y productos de los bienes propios.

El derecho francés tiene una regla específica para la incidencia de los préstamos sobre la comunidad. El artículo 1415 del Código Civil francés declara: «Uno solo de los esposos no puede comprometer sino sus bienes propios e ingresos, mediante fianza o préstamo, a menos que éstos hayan sido contratados con el consentimiento expreso del otro cónyuge quien, en este caso, no compromete sus bienes propios». Esta regla se inspira en el temor de que uno de los cónyuges podría sobreendeudarse y arruinar el bienestar de la familia. El temor se lleva hasta el extremo de simplemente excluir todo préstamo o fianza del ámbito de la comunidad, a menos que haya sido consentido por ambos cónyuges. Para la fianza la

²⁸ Art. 1409, inciso 4to. Se llaman usufructuarias, porque históricamente el marido tenía un usufructo sobre los bienes propios de su mujer. Hoy día los frutos de los bienes propios caen en la comunidad.

preocupación se justifica, ya que la comunidad no recibe nada a cambio,²⁹ salvo el caso en que la fianza garantiza la obligación de uno de los hijos del matrimonio para fines de su educación. Pero tratándose de un préstamo, el efecto de esta regla es que, si ha sido contraído por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro para la compra de un bien importante, como la residencia familiar, el prestamista no puede embargar sino los bienes propios del prestatario. El bien importante comprado con el dinero prestado no está a su alcance, porque cayó en la comunidad. Si el cónyuge, actuando solo, sometió a hipoteca el bien comprado con el financiamiento, se hubiese excedido de sus poderes de administración de la comunidad, que establecen el principio de la gestión común para actos de esta índole.

El legislador dominicano no ha consagrado la regla del artículo 1415 del Código Civil francés y el resultado al que se llega en base a principios generales es diferente. La obtención de un préstamo, pagadero en abonos, para la compra de un bien que ingresa en la comunidad, es una deuda de capital que el artículo 1409, numeral 2do, hace descansar sobre la comunidad, aunque el otro cónyuge no expone sus bienes propios, si no ha consentido en el préstamo. El prestamista podrá embargar los bienes de la comunidad, entre los cuales figura el bien comprado. Sin embargo, la hipoteca con la que se hubiese gravado ese bien, siendo un acto de disposición, no producirá efectos al no haber sido consentida por ambos cónyuges.

Si en lugar de garantizarse con una hipoteca, el vendedor utilizó la venta condicional de inmuebles, regida por la Ley No. 596 de 1964, el bien no entraría en la comunidad mientras el precio no se hubiese pagado en su totalidad. En caso de falta de parte del esposo comprador de completar el precio, el vendedor puede perseguir la resolución de la venta.

²⁹ Hay un asunto curioso sobre la fianza. El marido, propietario de una finca ganadera, había afianzado la deuda de un tercero sin el consentimiento de su mujer. El acreedor embargó retentivamente la deuda de la lechería frente al marido. Se planteó la cuestión de si el crédito frente a la lechería era un activo de la comunidad, caso en el cual no podía ser embargada por el acreedor beneficiario de la fianza, o un activo propio del marido. Se decidió que si la mujer colaboraba en las faenas de la finca el crédito caía en la comunidad. El resultado dependía, pues, de si la mujer ordeñaba o no las vacas. RTD civ.2001.186

El pasivo traído al matrimonio. Según el artículo 1409 del Código Civil dominicano, quedan a cargo de la comunidad todas las «deudas mobiliarias» de ambos esposos al momento de casarse, es decir, las deudas quirografarias y las deudas garantizadas por prenda sobre cosa mueble. La inclusión de las deudas mobiliarias como pasivo de la comunidad representa para los acreedores una importante ventaja, ya que el conjunto de bienes embargables por ellos (su «prenda» en el sentido amplio de la palabra) queda aumentada por los bienes que el otro cónyuge aportó a la comunidad.³⁰ Este pasivo descansa definitivamente sobre la comunidad, la que no tiene derecho a recompensa por haber pagado una deuda que uno de los cónyuges había contraído antes de casarse. Como cada cónyuge aporta sus bienes muebles a la comunidad, así también aporta sus deudas mobiliarias.

En cambio, las deudas inmobiliarias, es decir, las que están garantizadas con hipoteca, no entran en la comunidad, porque los bienes que les sirven de garantía, siendo inmuebles, tampoco entran en la comunidad. Si el cónyuge deudor paga esta deuda con dineros de la comunidad, con la finalidad de liberar la hipoteca que grava su inmueble propio, debe recompensa a la comunidad.

En la comunidad legal francesa reducida a los gananciales, la comunidad no absorbe ninguna de las deudas que los esposos tenían antes de casarse. El problema que surge entonces es que la «prenda» de los acreedores anteriores al matrimonio queda reducida por el hecho de que los ingresos producidos por el cónyuge deudor, que antes eran el medio de pago de la deuda, entran en la comunidad. El legislador tuvo que modificar la regla general, para que queden gravados con las deudas anteriores al matrimonio, no solamente los bienes propios del cónyuge deudor, sino también sus ingresos.³¹

Tanto en Francia como en la República Dominicana hay que precisar lo que se entiende por deuda anterior al matrimonio. Lo que

³⁰ Art. 1409, inciso 1ro, del C. Civ.

³¹ Art. 1410 del C. Civ. francés: Las deudas que los esposos cargaban el día de la celebración de su matrimonio ... siguen siendo personales, tanto en capital como en abonos o intereses.

cuenta es el momento en que la deuda es contraída, no el momento en que vence. Si uno de los cónyuges causó por su culpa un daño antes de casarse y la condena en su contra interviene después del matrimonio, la condena constituye una deuda anterior. Asimismo los intereses que se devengan después del matrimonio en relación con un préstamo contraído antes se consideran una deuda anterior. Con mayor razón son anteriores los atrasos existentes al celebrarse el matrimonio, los que el cónyuge deudor debió pagar antes de casarse.

El pasivo producido durante el matrimonio por herencia o legado. El mismo principio relativo a las deudas anteriores al matrimonio se aplican a las deudas que forman el pasivo de una herencia o legado que recae sobre uno de los cónyuges. Tres situaciones pueden presentarse, a cada una de las cuales el Código Civil dedica un artículo. Si la deuda de la sucesión es puramente mobiliaria (es decir, si la deuda heredada es quirografaria o garantizada con prenda sobre cosa mueble que forma parte del caudal relicto), ella recae sobre la comunidad, en paralelo con los bienes muebles que la comunidad recibe.³² Si la deuda de la sucesión es puramente inmobiliaria (es decir, si uno de los cónyuges hereda un inmueble gravado con hipoteca), la deuda no está a cargo de la comunidad, porque el inmueble gravado es propio.³³ Si la deuda sucesoral recaída en uno de los cónyuges es en parte mobiliaria y en parte inmobiliaria, se divide entre la comunidad y los bienes propios del cónyuge heredero en la misma proporción que los muebles heredados tienen en relación con los inmuebles. El cónyuge heredero debe promover un inventario de los bienes recibidos por él para determinar esta proporción.³⁴

La inmutabilidad de la comunidad. El artículo 1395 del Código Civil dominicano, en el capítulo relativo a las convenciones matrimoniales, declara que «No podrá hacerse en ellas [en las conven-

³² Artículo 1411 del Código Civil

³³ Artículo 1412 del Código Civil

³⁴ Artículo 1414 del Código Civil

ciones matrimoniales] ninguna variación después de efectuado el matrimonio». ³⁵ Es claro que este principio se aplica también a falta de convención, estando los esposos sometidos al régimen de la comunidad legal. La regla proviene del derecho francés del Antiguo Régimen, cuando era corriente, entre personas dotadas de cierto nivel económico, de celebrar tales convenciones, negociadas muchas veces por los padres de los contrayentes, quienes aportaban recursos al matrimonio. La finalidad de la regla fue evitar que los esposos pudiesen variar el arreglo hecho para ellos en interés de sus respectivas familias. Se ha mantenido en el Código Civil y se han conservado después por más de siglo y medio, ante el temor de que, en épocas en que el marido era el jefe de la familia, pudiese ejercer presión sobre su mujer para lograr que ella acceda a un cambio de régimen que no le era favorable. Con la sustitución en Francia en 1965 del predominio del marido por la igualdad entre los esposos, que la ley dominicana 189-01 establece también, la razón de ser de la inmutabilidad del régimen matrimonial ha desaparecido. En Francia fue sustituida en 1965 por la posibilidad de variar el régimen matrimonial bajo control judicial. En el mismo espíritu, la prohibición de las ventas entre esposos, ³⁶ la revocabilidad de las donaciones entre esposos ³⁷ y la nulidad de las donaciones indirectas entre esposos ³⁸ han sido abolidas en Francia.

En la República Dominicana este conjunto de reglas no ha sido derogado. La inmutabilidad del régimen matrimonial está inclusive reforzada por el artículo 34 de la Ley de Divorcio No. 1306-bis de 1937, que dispone que «Los esposos divorciados que vuelven a casarse no podrán adoptar otro régimen que el que los regía anteriormente». No es posible lograr el cambio de régimen con una estrategia consistente en divorciarse y volverse a casar. No está claro si se puede, con esta estrategia, pactar alguna que otro cláusula especial sin cambiar el régimen en sí, disponiendo, por ejemplo,

³⁵ En el período entre la celebración de las convenciones matrimoniales y el casamiento, las convenciones pueden modificarse con la misma forma notarial con que fueron otorgadas, según el artículo 1396.

³⁶ Artículo 1595 del Código Civil, abolido en Francia en 1965

³⁷ Artículo 1096 del Código Civil, abolido en Francia en 2004

³⁸ Artículo 1099 del Código Civil, también abolido en Francia en 1965

que en caso de disolución de la comunidad por muerte de uno de los esposos, el sobreviviente tendrá determinado bien (por ejemplo la residencia familiar) o se beneficiará de la atribución de la totalidad de la comunidad.

Por otro lado, si los esposos se divorcian por mutuo consentimiento, nada les impide estipular en sus convenciones de divorcio una repartición del activo de la comunidad diferente de la repartición que la misma ley prevé. Al volver a casarse se habrá producido una modificación en la composición de las tres masas, sin que haya lugar a donación formal. Por otra parte, si los cónyuges desean pasar del régimen de la comunidad al régimen de la separación de bienes, uno de los cónyuges puede pedir la separación judicial de bienes, alegando que el otro crea desorden en la administración de los bienes comunes,³⁹ alegato que el otro admitiría. Lo que no pueden hacer los esposos, con efecto jurídicamente válido mientras sean casados, es partir amigablemente sus bienes comunes, aunque de hecho vivan separados. «Cualquier separación voluntaria es nula» dice tajantemente el artículo 1443 del Código Civil en su última oración. Los esposos no pueden siquiera atribuir a uno de ellos un bien particular que forma parte de la comunidad, porque sería una partición parcial. Aunque de hecho separen sus bienes comunes, en derecho siguen viviendo bajo el régimen legal con todos sus efectos.

En Francia, el nuevo artículo 1396, inciso 3, y el artículo 1397 del Código Civil, enmendados en 1965, permiten la modificación del régimen matrimonial, bien sea como cambio de régimen, bien sea como inclusión de una variación sin modificación del régimen. Entre las simples variaciones figuran la cláusula llamada de *préciput*, según la cual un bien de la comunidad (por ejemplo la casa de familia) se deja al cónyuge sobreviviente en adición a lo que le corresponde por el proceso normal de división. Otra posibilidad es la llamada cláusula comercial, en la que un bien de la comunidad se

³⁹ Artículo 1443 del Código Civil

deja al sobreviviente, pero con cargo a su parte de la comunidad. La cláusula tiene este nombre porque se usa a menudo para un pequeño comercio que los esposos han explotado conjuntamente, pero también puede usarse en relación con una finca agrícola o para cualquier otro bien.

La modificación del régimen está sometida a una doble formalidad: el convenio debe celebrarse ante notario, como el convenio prematrimonial, y debe, además, ser homologado por el juez. La modificación surte efecto a partir de la fecha de la sentencia de homologación.

En la práctica, la posibilidad de modificar el régimen se utiliza a veces para establecer la separación de bienes para proteger el patrimonio de uno de los cónyuges cuando el otro se propone emprender una actividad comercial arriesgada. Los acreedores de la comunidad pueden verse perjudicados por esta medida, si el bien que tratan de embargar por la deuda contraída por el marido (a suponer que sea él quien emprende el negocio arriesgado) ha sido puesto, en la partición de la comunidad, en el lote de la mujer. Para su protección, la modificación del régimen no tiene lugar frente a terceros sino tres meses después de haber sido anotada en las actas de matrimonio de ambos cónyuges.⁴⁰ Los acreedores también pueden impugnar el cambio de régimen si se prueba que se hizo con intención fraudulenta.

La utilización más frecuente de la posibilidad de cambiar el régimen se observa en matrimonios de personas de edad avanzada, quienes establecen el régimen de la comunidad universal con pacto de atribución de la totalidad de los bienes al sobreviviente. Cuando la pareja no tiene hijos, este arreglo permite al sobreviviente obtener el patrimonio común entero sin pagar impuestos sucesorales.⁴¹

⁴⁰ Art. 1397, tercer párrafo, del Código Civil francés.

⁴¹ Si los cónyuges tardan en obtener la homologación judicial y uno de ellos muere, el régimen que se disuelve es el anterior al convenio. El convenio de adopción de la comunidad universal surte efecto a partir de su homologación. RTD civ.2002.133 no. 1

El cambio de régimen está sometido a una condición de fondo sumamente amplia y vaga. Debe ser «en interés de la familia». El juez, al homologar el convenio de modificación, debe aplicar este principio. Cuando los esposos tienen hijos y adoptan el régimen de la comunidad universal con atribución de la totalidad al sobreviviente, los hijos son perjudicados, primero porque tienen que esperar a que muera el sobreviviente, segundo porque se exponen al riesgo de que el patrimonio disminuya durante la vida del sobreviviente y tercero porque, cuando finalmente reciben sus herencias, están sometidos a un impuesto sucesoral más elevado, dada la progresividad de ese impuesto. Sin embargo, la Corte de Casación, mediante sentencia del 6 de enero de 1976,⁴² reconoció la validez de este arreglo, considerando que era conforme al interés de la familia al asegurar la posición económica del cónyuge sobreviviente.

Cuando hay hijos del primer matrimonio o cuando uno de los cónyuges tiene hijos naturales o adulterinos, este tipo de cambio de régimen puede resultar en la pérdida completa de los derechos sucesorales de estos descendientes. En estos casos algunos jueces han negado la homologación del convenio,⁴³ pero esta jurisprudencia está en duda debido a una sentencia reciente⁴⁴ que declaró que la acción en rebaja⁴⁵ le daba al hijo del matrimonio anterior una protección suficiente. La acción en rebaja permite al hijo de un matrimonio anterior o hijo natural reclamar, no la porción hereditaria completa, sino solamente la reserva que le hubiese correspondido si su padre o madre no se hubiese casado.⁴⁶ Con esta sentencia se vacía la limitación al «interés de la familia» de todo su contenido. Ningún tercero puede reclamar la nulidad de la modificación del régimen por contravenir sus intereses. El «interés de la familia» es el interés de la pareja que ha cambiado de régimen.

⁴² D.1976.253, JCP 1976, II, 18461

⁴³ En un asunto reciente, la hija de la esposa, casada en segundas nupcias, se sintió perjudicada por la adopción por su madre y su segundo esposo de un régimen comunitario en lugar del régimen de la separación de bienes que tenían antes. El régimen anterior le hubiese permitido obtener por sucesión todo el patrimonio de su madre. La hija se opuso a la homologación del cambio de régimen. Su demanda fue rechazada. El abandono del régimen de la separación no respondió a una intención fraudulenta de perjudicarla. RTD civ.2005.172 no. 3 y 818 no. 2.

⁴⁴ Sentencia del 22 de junio de 2004, RTD civ.2005.172 no. 3 y 818 no. 2.

⁴⁵ Art. 1527, segundo inciso, de ambos Códigos Civiles. Esta acción se conoce en francés como *action en retranchement*. Véase más abajo la sección sobre Comunidad Universal.

⁴⁶ RTD civ.1997.207

Cuando los cónyuges están delante del juez para pedir la homologación, cada uno debe declarar si tiene hijos. Si uno de ellos omite a un hijo no reconocido, la modificación, aun homologada, es fraudulenta. Puede ser atacada por el hijo omitido, cuando logra su reconocimiento o su declaración judicial de filiación.⁴⁷ La Corte de Casación se ha mostrado flexible en estos casos. El plazo de dos meses para el recurso de revisión contra la sentencia de homologación se hizo comenzar a partir del momento en que el hijo omitido obtuvo conocimiento del cambio de régimen. El hijo fraudulentamente omitido tiene una ventaja sobre el hijo declarado: puede pedir la nulidad del cambio de régimen y recibir su porción hereditaria completa, mientras el hijo declarado no puede pretender sino a su reserva a través de la acción en rebaja.⁴⁸

En la República Dominicana, como vimos, la modificación del régimen por simple convenio no es posible. Si el pacto de atribución de todos los bienes de la comunidad al sobreviviente no se celebró antes del matrimonio, esta posibilidad permanece cerrada. Lo único que podría hacerse, como se ha dicho, es divorciarse y antes de casarse de nuevo, sin cambiar de régimen, pactar la cláusula de atribución de la comunidad al sobreviviente. Como la comunidad dominicana es muy amplia, abarcando tanto los muebles como los gananciales, en muchos casos esta solución, si la jurisprudencia la admite, sería satisfactoria. Otra posibilidad, si se sabe con bastante probabilidad quien será el sobreviviente, es divorciarse y en el convenio de divorcio hacer una partición amigable, pero desigual, de los bienes de la comunidad.

La disolución de la comunidad. La comunidad se disuelve principalmente por la del matrimonio, que puede tener lugar por el divorcio de los esposos o por la muerte de uno de ellos.⁴⁹ La anulación de un matrimonio produce también la disolución de la comu-

⁴⁷ RTD civ.2001.120 y 425

⁴⁸ RTD civ.1997.985 y 988

⁴⁹ También la declaración judicial de ausencia, que produce los mismos efectos que la muerte, da lugar a la disolución de la comunidad.

nidad en beneficio del cónyuge inocente, si el matrimonio fue putativo. Durante el matrimonio la comunidad puede disolverse por el establecimiento judicial de la separación de cuerpos o la separación de bienes. Como vimos, en Francia este resultado puede también lograrse mediante cambio del régimen matrimonial.

a) Disolución de la comunidad en caso de muerte de uno de los cónyuges. No es posible convenir que la comunidad continuará, después de la muerte de uno de los cónyuges, entre el sobreviviente y los hijos del matrimonio.⁵⁰ A la muerte de uno de los cónyuges la comunidad se transforma de pleno derecho en una copropiedad o «indivisión postcomunitaria» entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del difunto. Esta indivisión difiere de la comunidad en que no se nutre de los gananciales, principalmente emolumentos y salarios, producidos por el cónyuge sobreviviente y los herederos, aunque siguen residiendo en la misma casa, que forma parte de la copropiedad. También difiere de la comunidad en que la administración no se lleva a cabo según el principio de la gestión compartida, sino que todo acto de administración requiere la unanimidad. La indivisión postcomunitaria sigue acumulando ingresos con los bienes que la componen, pero ya no se nutre de los ingresos producidos por los bienes propios del cónyuge sobreviviente ni de los ingresos producidos por los bienes propios del difunto, heredados por sus hijos.

El artículo 1442 del Código Civil dominicano pone a cargo del cónyuge sobreviviente preparar un inventario de los bienes de la comunidad. La principal sanción, poco enérgica y en muchos casos inexistente, por la no preparación del inventario es la privación del usufructo sobre los bienes heredados por los hijos menores.⁵¹ En Francia, aunque esta disposición⁵² ha sido derogada⁵³, la posibilidad de aceptar la comunidad bajo beneficio de emolumento (o sea, bajo

⁵⁰ Art. 1442 de ambos Códigos Civiles

⁵¹ También pierde la posibilidad, si se produce un conflicto con los menores, de probar la consistencia de los bienes de la comunidad por la notoriedad común.

⁵² Art. 1442 del C. Civ.

⁵³ La privación del derecho de disfrute de los bienes de los hijos menores reaparece en el artículo 386 del Código Civil francés.

beneficio de inventario) requiere naturalmente que se haya efectuado un inventario. En todo caso, un inventario es necesario para poder proceder a la partición, si la masa común es compleja.

Concomitantemente con la preparación del inventario, el cónyuge sobreviviente y los herederos del difunto retoman sus bienes propios. Pueden conjuntamente cobrar los créditos que antes eran de la comunidad. Por otra parte, los acreedores que, antes de la disolución de la comunidad, tenían la posibilidad de cobrarse con los bienes comunes, pueden embargar los activos de la copropiedad, en adición a los bienes propios del cónyuge con el cual hicieron el contrato o que incurrió en una responsabilidad extracontractual, o de ambos cónyuges si la obligación era solidaria, como la contraída para cubrir las necesidades del hogar o la educación de los hijos.

Pueden transcurrir varios años entre el surgimiento de la copropiedad postcomunitaria y la liquidación y partición de los bienes comprendidos en ella. Entre agricultores es común que a la muerte de uno de los padres, los hijos permanezcan en la propiedad junto con el sobreviviente. En otro caso de defunción del padre de familia, los hijos pueden tomar la decisión de esperar hasta la muerte de su madre para proceder a una simultánea partición de la copropiedad y de las dos masas sucesorales de sus padres. El artículo 815 del Código Civil dominicano, modificado por la Ley No. 935 de 1935, permite convenir «en suspender la partición durante un tiempo limitado ... que no es obligatorio pasados cinco años, aunque puede renovarse». En Francia, según el mismo artículo, el tribunal puede ordenar la suspensión de la partición, si sobrevive el cónyuge o si hay hijos menores, sobre ciertos tipos de bienes (explotaciones agrícolas, local destinado a vivienda o a uso profesional) por un máximo de cinco años, también renovables. De hecho, en muchos casos la copropiedad se mantiene sin convenio expreso y sin decisión judicial.

Puede suceder que algunos de los herederos del cónyuge difunto estén interesados en mantener la indivisión, mientras otros desean

recibir lo más pronto posible la parte que les corresponde. En Francia el juez puede entonces ordenar la continuación parcial de la indivisión. Los interesados en cobrar su parte de inmediato reciben su parte y la indivisión subsiste para los demás.⁵⁴ Esta posibilidad no existe en derecho dominicano, excepto por acuerdo de los interesados. A falta de acuerdo, el heredero interesado en recibir su parte puede pedir la partición total.⁵⁵

Mientras dure la indivisión, es necesario administrar el patrimonio de la copropiedad. El principio general, tanto en Francia como en la República Dominicana, es la toma de decisiones a unanimidad de los copropietarios, con excepción de los actos de conservación, que uno de los copropietarios puede emprender solo con cargo a la masa. La jurisprudencia ha suavizado este principio, reconociendo la existencia de un mandato tácito donde uno de los copropietarios emprende una gestión conocida de los demás sin que haya objeción de parte de ellos.

El uso y disfrute de los bienes en copropiedad corresponde también a todos los copropietarios. Como esta solución muchas veces se revela poco práctica, uno de ellos, generalmente el cónyuge sobreviviente, tiene el uso y disfrute exclusivo, en cuyo caso le debe a la copropiedad una indemnización de ocupación. Cuando se trata de una explotación agrícola o comercial, el copropietario gestor debe rendir cuentas, por lo menos anualmente, a los demás copropietarios, pero tiene derecho a una remuneración por sus servicios como gestor.⁵⁶ Cuando los herederos se ponen de acuerdo con el cónyuge sobreviviente, estas reglas suelen obviarse.

b) Disolución de la comunidad en caso de divorcio. En derecho dominicano, la comunidad se disuelve al mismo momento que el matrimonio, cuando el oficial del Estado Civil pronuncia el divorcio, pero a partir de la demanda se produce una modificación en

⁵⁴ Art. 815, inciso 3, del Código Civil francés

⁵⁵ Código Civil dominicano, art. 815, primer inciso.

⁵⁶ Así lo dispone el artículo 815-12 del Código Civil francés.

relación con la administración de la comunidad, derivada de los artículos 24 y 25 de la Ley de Divorcio, que no han sido adecuados al principio de la igualdad de marido y mujer en la administración de la comunidad y parten de la base de que el marido es el administrador único de los bienes comunes. Estos artículos están destinados a proteger a la mujer contra abusos del marido en la administración de estos bienes durante el procedimiento de divorcio. Disponen que la mujer puede requerir la fijación de sellos sobre los efectos muebles de la comunidad, fijación que el marido puede levantar haciendo un inventario estimativo de tales efectos. Disponen también que, en relación con los inmuebles, toda enajenación por el marido puede ser anulada si se ha hecho en fraude de los derechos de la mujer.

Estos artículos deben entenderse modificados por el sistema de gestión de la comunidad establecido por la Ley No. 189-01. En cuanto a la enajenación de los inmuebles, la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges sigue durante el procedimiento de divorcio e impide que el marido pueda vender los inmuebles de la comunidad sin el consentimiento de la mujer. En cuanto a la fijación de sellos sobre las cosas muebles, se trata de una medida que solamente tiene sentido en cuanto a cosas corpóreas. En vista de que la mujer tiene los mismos poderes de administración que el marido sobre los bienes de la comunidad, debe también ser posible al marido requerir la fijación de sellos. Además, no hay razón para dejar al marido el monopolio de la preparación del inventario. Es una medida previa a la liquidación y partición de la comunidad que, en aplicación del principio de igualdad establecido en la Ley No. 189-01, debe emprenderse de mutuo acuerdo o, a falta de acuerdo, por una persona designada por el juez.

En Francia, los efectos de la disolución del matrimonio y los de la disolución de la comunidad no se producen al mismo tiempo, excepto en el divorcio por mutuo consentimiento, que tiene lugar, tanto en los efectos personales como en relación con los bienes, a la fecha de homologación de la convención. En los demás tipos de

divorcio, según la Ley de Divorcio de 2004, los efectos del divorcio no se producen cuando la sentencia que lo pronuncia adquiere la autoridad de la cosa juzgada, sino mucho antes, a la fecha de la ordenanza de no conciliación. La retroactividad puede ser aún mayor si los esposos han vivido separados por un tiempo más o menos largo antes de la iniciación del proceso. En este caso, cualquiera de ellos puede pedir que los efectos de la disolución de la comunidad sean retrotraídos a la fecha en que han cesado de cohabitar o de colaborar.⁵⁷ Aun el cónyuge culpable de la separación puede hacer este pedimento.⁵⁸ A la fecha retrotraída de la disolución de la comunidad, los efectos de la comunidad se anulan entre los esposos. Por consiguiente, las adquisiciones a título oneroso hechas con posterioridad a esta fecha no son gananciales; los emolumentos y salarios devengados por los cónyuges son bienes propios; los bienes comunes se tratan como una copropiedad, de manera que el cónyuge que percibió los frutos de tales bienes debe rendir cuentas al otro; el que ha ocupado a título exclusivo un bien de copropiedad le debe al otro una indemnización de ocupación exclusiva, etc. El efecto de esta regla es anular todo acto de disposición emprendido por uno de los cónyuges durante el período de retroactividad, sin necesidad de probar que hubo intención de defraudar al otro cónyuge.

Los efectos retroactivos de la disolución de la comunidad no perjudican a los terceros. Al contrario, a favor de ellos, especialmente de los acreedores, los efectos de la disolución son aplazados hasta la fecha de inscripción del divorcio al margen del acta de matrimonio en el registro del estado civil.

c) Disolución de la comunidad por separación judicial de bienes. Los artículos 1443 y siguientes del Código Civil dominicano contemplan la separación de bienes por orden judicial, como san-

⁵⁷ Una sentencia decide que el hecho de que la mujer siga trabajando profesionalmente junto con su marido no obsta para que pida que la disolución de la comunidad sea retroactiva. RTD civ.1993.335

⁵⁸ Antes de la reforma de 2004, el cónyuge culpable del divorcio no podía solicitar que los efectos de la disolución se retrotraigan a la fecha en que comenzó la separación de hecho. RTD civ.1999.175

ción, a requerimiento de la mujer contra el marido «cuando el desorden de los negocios del marido dé lugar a temer que sus bienes no sean bastantes para cubrir los derechos y recobros de la mujer». Desde el momento en que la mujer participa en la administración de los bienes comunes, esta acción está también al alcance del marido, como lo es en Francia desde 1965. El artículo 1443 debe entenderse tácitamente modificado en sentido bilateral.

Para evitar que los cónyuges sigan el procedimiento de separación sin ejecutarlo, con la intención de mantenerlo en reserva para el caso de materializarse un embargo o la quiebra de uno de ellos, el artículo 1444 del Código Civil les da solamente quince días a partir de la fecha de la sentencia, para proceder a una partición por acto auténtico o para comenzar «los apremios» contra el marido (vale decir, contra el cónyuge demandado), bajo pena de nulidad de la sentencia. En Francia, el mismo plazo no es de quince días, sino de tres meses, y no hay objeción a que la partición, si se hace amigablemente, sea por escritura privada, si no contiene inmuebles. Para informar a los acreedores, copia de la sentencia debe colocarse en el tablero de anuncios del Tribunal de Primera Instancia.

Cosa rara, que se explica por el deseo de proteger a la mujer: la sentencia que dispone la separación de bienes se retrotrae a la fecha de la demanda, no solamente entre las partes, sino también frente a terceros. Es el sentido literal de la última oración del artículo 1445, que no hace distinción. «El fallo en que se dicte la separación de bienes retrotrae sus efectos al día de la demanda». Por ende, los bienes comunes antes de la fecha de la demanda y atribuidos en la partición al cónyuge demandante escapan a la persecución de los acreedores del demandado. Afortunadamente esta disposición es poco conocida, pues su utilización constituiría un medio de reducir la «prenda» de los acreedores que han contratado con uno de los cónyuges con miras a su aptitud de comprometer todos los bienes de la comunidad. La única salvación de los acreedores es intervenir en la instancia, si tienen conocimiento de ella, o impugnarla probando el fraude.⁵⁹

⁵⁹ Art. 1447

El Código Civil francés dispone expresamente⁶⁰ y el dominicano da a entender, que los efectos de la sentencia, una vez ejecutada mediante partición de los bienes de la comunidad, es colocar a los esposos bajo el régimen de la separación de bienes que hubiesen podido pactar antes de casarse. Esto se entiende por la reiteración innecesaria que el artículo 1448 hace de uno de los aspectos del régimen primario, a saber, la necesidad de contribuir a los gastos comunes y a la educación de los hijos.

El artículo 1449 fue expresamente modificado por la Ley No. 189-01. Antes de esta modificación, la mujer, aun separada de bienes, necesitaba el consentimiento de su marido para enajenar sus inmuebles; a falta del consentimiento de su marido ella podía hacerse autorizar judicialmente. El artículo reformado declara que ella «Puede disponer de su mobiliario y enajenarlo, así como de sus inmuebles».⁶¹ Por omisión el autor de la Ley No. 189-01 no se hizo la misma modificación de manera expresa en las reglas de la Ley No. 2125 de 1949, que rigen el régimen de la separación de bienes pactado antes del matrimonio, cuyo texto sigue imponiendo a la mujer casada bajo este régimen la obtención del consentimiento de su marido, o una autorización judicial, para enajenar sus inmuebles.

El recobro de los bienes propios. Cuando la comunidad llega a su fin, cada esposo puede recuperar o «recobrar» sus bienes propios que existen en naturaleza o que se han subrogado en su lugar. Este recobro (en francés *la reprise des propres*) nada tiene de particular, salvo la dificultad de prueba que pudiera surgir. Cuando el bien propio se ha vendido durante el matrimonio y el precio se ha confundido con la comunidad, ya no se trata de «recobro» de bienes propios, sino de la recompensa que el cónyuge puede reclamar a la comunidad por el valor absorbido.

⁶⁰ Art. 1449, inciso 1ro.

⁶¹ Por omisión el autor de la Ley No. 189-01 no se hizo la misma modificación de manera expresa en las reglas de la Ley No. 2125 de 1949, que rigen el régimen de la separación de bienes pactado antes del matrimonio, cuyo texto sigue imponiendo a la mujer casada bajo este régimen la obtención del consentimiento de su marido, o una autorización judicial, para enajenar sus inmuebles.

La teoría de las recompensas. Una vez separados de la masa total los bienes propios de cada cónyuge y después de confeccionado el inventario de los bienes comunes, y antes de proceder a la partición, se contabilizan las deudas de la masa común frente a los patrimonios de los bienes propios y las deudas de estos últimos frente a la masa común. Estas deudas resultan de las transferencias de bienes o valores que han tenido lugar durante el matrimonio entre el patrimonio común y los patrimonios propios. El ajuste de estas deudas lleva el nombre de «recompensa».

Antes de la reforma que introdujo la igualdad de los esposos, siendo el marido administrador de todos los bienes, tanto comunes como propios de él y de su mujer, las recompensas necesariamente tenían lugar después de la disolución de la comunidad. Hoy día nada impide que tales ajustes se efectúen durante el matrimonio, aunque quedará casi siempre algo por completar después de la disolución de la comunidad, cuando se haya concluido el inventario.

El artículo 1471 del Código Civil dominicano refleja el antiguo estado de cosas, en que el marido era administrador único de la comunidad. Para favorecer a la mujer, este artículo le permite a ella ejercer su derecho de recompensa⁶² con preferencia al marido. El artículo 1472 añade que, en caso de insuficiencia de bienes de la comunidad, ella puede exigir recompensa sobre los bienes personales del marido. Se parte aquí del supuesto de que la insuficiencia de la comunidad para pagar las recompensas de la mujer se debe a la mala administración del marido. Este privilegio de la mujer desaparece ante el principio de igualdad consagrado por la Ley No. 189-01, sin perjuicio del derecho que asiste a cada cónyuge de reclamar indemnización al otro por la mala administración de la comunidad.

Aparte de las recompensas, que constituyen una compensación de las deudas y los créditos de la comunidad frente a los patrimonios

⁶² El artículo 1471 habla de ejercer recobros, pero como se trata de cosas que ya no existen en naturaleza en la comunidad, se refiere al derecho de reclamar la recompensa.

propios, deben también tenerse en cuenta las deudas de cada cónyuge frente al otro. Las deudas entre esposos no forman parte de la teoría de las recompensas, sino que se liquidan de acuerdo con el derecho común, lo cual implica que los intereses legales no comienzan a correr a partir de la disolución de la comunidad, sino a partir de la demanda en juicio, según el artículo 1479 del Código Civil dominicano. Al parecer la simple puesta en mora no bastaría en este caso para hacer correr los intereses. En la comunidad francesa, en que los patrimonios propios inevitablemente contienen bienes muebles y pueden consistir exclusivamente de tales bienes, estas operaciones son más importantes que en la comunidad dominicana, en que sólo excepcionalmente los patrimonios propios contienen cosas muebles. También en Francia desde 1985 se permite la venta entre esposos, que da lugar al precio, no siempre pagado antes de la disolución de la comunidad, mientras en la República Dominicana el artículo 1595 del Código Civil sigue diciendo que «no puede haber» tales contratos.

El artículo 1437 del Código Civil dominicano contempla el caso más frecuente, en que uno de los cónyuges ha empleado bienes comunes, típicamente dinero, para beneficio de sus bienes propios y en que, por consiguiente, su patrimonio propio es deudor de la comunidad. A título ilustrativo, este artículo menciona el «pago del valor o parte del valor de un inmueble que es de su propiedad o liberación de servidumbres reales». La primera situación se presenta cuando el inmueble se había comprado a plazos antes del matrimonio y el saldo del precio se liquidó con dinero de la comunidad. La segunda situación se presenta cuando estaba gravado con «servidumbre real» (renta enfiteútica o hipoteca) al momento de contraerse el matrimonio o fue heredado posteriormente con uno de esos gravámenes y que los pagos del censo enfiteútico o de la deuda hipotecaria se hicieron con recursos provenientes del salario de uno de los cónyuges, o de ambos, que formaban parte de la comunidad. También es posible que dineros de la comunidad se hayan empleado para pagar impuestos sucesorales o derechos de registro relativos a un inmueble propio. En caso de reemplazo de un bien propio

por otro, mediante pago de una diferencia hecho con recursos de la comunidad, la diferencia está también sujeta a recompensa.

También debe hacerse recompensa a la comunidad cuando se han empleado recursos de la comunidad para pagar condenaciones por indemnizaciones extracontractuales no cubiertas por seguro o para pagar multas, así como recargos debidos a retrasos en hacer declaraciones y pagos de impuestos.

Otra ilustración dada por el artículo 1437 es «la reivindicación, conservación y mejora de sus bienes personales», caso este último que se presenta cuando se usan dineros de la comunidad para construir un edificio sobre un solar propio de uno de los cónyuges. No todos los gastos de conservación de inmuebles propios están sujetos a recompensa. Cuando el inmueble es usado por la comunidad, por ejemplo siendo casa de familia, o si produce ingresos que caen en la comunidad, los gastos de conservación (que incluyen los impuestos a la propiedad inmobiliaria) son «cargas usufructuarias» no sujetas a recompensa.

Finalmente, el artículo 1473 impone la necesidad de una recompensa «generalmente siempre que uno de los esposos ha sacado algo de la comunidad en provecho propio». Aquí figuran las donaciones hechas por uno solo de los cónyuges, así como los pagos hechos en violación a los deberes del matrimonio, como las gratificaciones a la concubina del esposo. El pago de primas de seguro de vida contratado por uno de los cónyuges a favor del otro se consideran como gastos de la comunidad no sujetos a recompensa, lo mismo las primas de seguro de vida a favor de los hijos del matrimonio, que son donaciones disfrazadas consentidas por ambos esposos. Las cotizaciones a planes de pensiones están a cargo de la comunidad sin recompensa, si contienen una cláusula de reversión de los pagos de la pensión al cónyuge sobreviviente.⁶³

⁶³ RTD civ.1996.584

La jurisprudencia se ha enfrentado a la necesidad de calificar el valor del trabajo que, durante el matrimonio, uno de los cónyuges hace para mejorar un bien propio. Si pagó los materiales con dinero común debe recompensa, pero en relación con la mano de obra que el mismo cónyuge puso, aunque hubiera podido trabajar en forma remunerada en otra cosa para beneficio común, las opiniones difieren. Según un criterio, si el trabajo se hizo durante los fines de semana o las vacaciones, la comunidad no tiene derecho a recompensa, pero si se hizo durante horas laborables hay lugar a recompensa, porque este tiempo normalmente se hubiese empleado en beneficio de la comunidad.⁶⁴ Según otro criterio, no hay lugar a recompensa a menos que el trabajo haya tenido una amplitud excepcional o un carácter profesional.⁶⁵ Este criterio deja un amplio margen a la apreciación del juez.

Se presenta también, aunque con menos frecuencia, el caso opuesto, de recompensas adeudadas por la comunidad. El artículo 1433 menciona la venta de un inmueble propio de uno de los esposos cuyo precio, en lugar de conservarse separado o emplearse en el reemplazo con otro bien propio, es destinado a cubrir los gastos del hogar⁶⁶ o a hacer una construcción sobre un inmueble de la comunidad. También menciona el pago que recibe uno de los cónyuges por la liberación de un crédito hipotecario que tenía antes de casarse sobre el inmueble de un tercero, pago cuyo importe el cónyuge acreedor deposita en el fondo de la comunidad.

El hecho que da lugar a una recompensa se sitúa durante el matrimonio, en una época que puede haber sido muy lejos de la disolución de la comunidad y más lejos aún del momento de la partición, cuando la recompensa se hace efectiva. Durante este tiempo la unidad monetaria ha experimentado numerosas devaluaciones, tanto en Francia como en la República Dominicana. El Código Civil ignora este fenómeno y su aplicación literal, en torno a las recom-

⁶⁴ RTD civ.1994.930

⁶⁵ RTD civ.2004.132 no. 4

⁶⁶ En caso de cobro por la comunidad de dineros propios de uno de los cónyuges, hay lugar a recompensa aun cuando todo se haya empleado «en el tren del menaje» sin que quede valor subsistente. RTD civ.2005.445 no. 1

penas, se hace según el principio del nominalismo. Cuantiosas deudas incurridas por o contra la comunidad hace veinte o treinta años se reembolsan hoy en día por sumas cuyo valor es irrisorio. El artículo 1473 del Código Civil hace correr los intereses sobre las recompensas desde el día de la disolución de la comunidad, no desde el día en que la deuda se originó, de manera que los intereses no compensan la devaluación.

Dos soluciones se ofrecen para contrarrestar esta iniquidad. La primera sería someter la deuda al principio del ajuste por inflación, pero esta solución sería muy onerosa en los casos en que el dinero comunitario empleado para fines propios o el dinero propio empleado para fines comunitarios ha desaparecido a través del consumo, sin dejar rastro.

El legislador francés tardó hasta 1965 en enfrentarse con este problema, a pesar de que en Francia la inflación ha sido endémica desde la Primera Guerra Mundial. En la República Dominicana, en que la devaluación comenzó alrededor de 1970, el problema aún no ha sido enfocado por el legislador.

La solución francesa es compleja. Consiste en declarar que la recompensa no puede ser menor del valor subsistente «cuando el valor prestado ha servido para adquirir, conservar o mejorar un bien».⁶⁷ En este caso el bien comprado con el dinero prestado existe todavía en el patrimonio deudor, por lo que no resulta duro obligar al patrimonio deudor a contribuir su valor actual. Este valor actual refleja no solamente la incidencia de la devaluación monetaria, sino también la plusvalía que el bien puede haber logrado en términos económicos reales. Así, cuando el dinero de la comunidad ha servido para levantar una mejora sobre un bien propio, el cónyuge propietario o sus herederos deben recompensar a la comunidad por el valor que a la hora de la partición tiene la mejora. Si la mejora del bien propio se pagó con fondos tomados prestados por la comuni-

⁶⁷ Art. 1469, inciso 3, del Código Civil francés.

dad y que una parte del préstamo se amortizó por la comunidad durante el matrimonio, la recompensa se debe por el aumento de valor de la mejora atribuible a la fracción del préstamo que se pagó durante el matrimonio; el saldo del préstamo queda a cargo del cónyuge cuyo bien se mejoró.⁶⁸

Cuando dinero de la comunidad ha servido para pagar la adquisición por el cónyuge copropietario de los derechos de los demás copropietarios, éste debe a la comunidad el valor de la propiedad proporcional a su adquisición, así como los gastos de la compra.⁶⁹

Frecuentemente, para conocer el valor subsistente de un bien, hay que hacer un cálculo de proporcionalidad. Si la comunidad paga la parte del precio (incluyendo los gastos legales, impuestos de transferencia, etc.) necesaria para completar la adquisición de un inmueble que uno de los esposos trajo al matrimonio cuando se casó, y que se conserva a la disolución de la comunidad, le debe recompensa a la comunidad en la proporción en que el dinero de la comunidad ha contribuido al valor total del inmueble. Cuando un cónyuge hereda un bien propio⁷⁰, de subsistir este bien (u otro bien que lo reemplazó) en su patrimonio y si pagó los impuestos sucesorales y gastos legales con dinero de la comunidad, debe recompensa a la comunidad en la proporción en que, al día de la apertura de la sucesión, tenía el dinero empleado en el valor total del bien heredado.⁷¹

Cuando la comunidad paga los gastos de reparación de un bien propio, hay que calcular la proporción entre el costo de la reparación y el valor total del bien cuando se hizo la reparación y aplicar esta fracción al valor total del bien al día de la partición de la comunidad.⁷²

⁶⁸ RTD civ.1998.968

⁶⁹ RTD civ.2004.130 no. 3

⁷⁰ En derecho dominicano sería un inmueble o un mueble que el testador o donante ha designado como propio del beneficiario.

⁷¹ En un asunto reciente, la esposa heredó una porción indivisa de un inmueble en la sucesión de sus padres. Con dinero de la comunidad ella pagó el saldo para adquirir los derechos de sus coherederos, además de los gastos de licitación. La recompensa que ella debe a la comunidad incluye no solamente el saldo y los gastos de licitación, sino también el importe de los impuestos de registro. La deuda se calcula, no al importe nominal de las sumas desembolsadas, sino al valor subsistente. RTD civ.2005.446 no. 2

⁷² RTD civ.1998.971

Después del cálculo del monto de las recompensas de la comunidad a cada cónyuge y de cada cónyuge a la comunidad, se determina para cada cónyuge el saldo a favor o en contra de la comunidad. El importe neto se aplicará entonces a la masa de bienes a partir.

Según el artículo 1473 de ambos Códigos Civiles, las recompensas a favor o en contra de la comunidad devengan intereses desde el día de la disolución de la comunidad. En derecho dominicano, en que las recompensas se calculan a su valor nominal, el cálculo de los intereses puede hacerse retroactivamente sobre el saldo a partir de esa fecha. En derecho francés, donde en muchos casos hay que tener en cuenta el valor subsistente, se tiene que determinar el valor de cada recompensa para poder aplicar los intereses. La ley de 1985 añadió entonces un segundo párrafo, disponiendo que cuando la recompensa es igual al valor subsistente, el punto de partida de los intereses es el día de la liquidación de la comunidad, en que su valor ha sido determinado, y se procede al cálculo del saldo de las recompensas. Tanto en derecho dominicano como en derecho francés, los intereses siguen corriendo hasta el día de la partición.

En la mayoría de los casos, el saldo es a favor de la comunidad. El artículo 1468 del Código Civil dominicano prescribe que «Los esposos o sus herederos restituyen a la masa de bienes existentes todo lo que deben a la comunidad a título de recompensa...». Pero no tiene sentido exigirles que hagan un pago en efectivo a la cuenta bancaria de la comunidad, cuando a la hora de la partición recibirán un importe normalmente mayor. Si ambos esposos son deudores de la comunidad, se toma la diferencia entre sus respectivas deudas. Para solventar esta diferencia existen dos posibilidades: 1) El esposo deudor neto hace colación. Su deuda neta de recompensa se suma ficticiamente a la masa común y se deduce del total así obtenido. 2) El otro cónyuge obtiene un crédito frente a la comunidad igual al importe de la deuda neta del primero. Una vez recibido en efectivo o en bienes este crédito, la masa restante puede partirse por partes iguales.

En la hipótesis contraria, en que la comunidad se queda deudora de uno de los cónyuges, la solución, para el derecho dominicano, se deriva del numeral 3 del artículo 1470 del Código Civil: el esposo acreedor saca de la masa «las indemnizaciones que se le deban por la comunidad». Si la masa no tiene suficientes fondos líquidos para hacer este pago, se hace necesario liquidar una parte de los bienes. Es una liquidación previa a la que puede tener lugar al momento de la partición.

El artículo 1471 del Código Civil dominicano («Los recobros⁷³ a favor de la mujer son antes que los del marido») fue tácitamente derogado por la Ley No. 189-01, siendo incompatible con el principio de igualdad entre los esposos.

En derecho francés, el cónyuge a quien la comunidad le debe recompensa tiene una opción: o bien puede proceder como se ha dicho a requerir el pago de su crédito o puede separar (en francés, *prélever*)⁷⁴ uno o más bienes de la comunidad antes de la partición. Esta solución encuentra obstáculos cuando el otro cónyuge pide el mantenimiento de la indivisión o cuando tiene un derecho preferente a la atribución de ciertos bienes.

Cuando la partición se hace amigablemente, el cónyuge acreedor de la comunidad puede también esperar y recibir una parte mayor de la mitad al momento de la partición.

La partición de la comunidad. En muchos casos, los pasivos de la comunidad se han pagado durante la liquidación y no queda por partir sino el activo. En otros casos los cónyuges deciden mantener un pasivo a largo plazo en vez de reembolsarlo anticipadamente. Además, pueden surgir después de la partición pasivos que los cónyuges desconocían o que disputaban.

⁷³ La palabra «recobro» tiene aquí el sentido de *prélèvements*, o sea, separación de la masa bienes suficientes para pagar las recompensas que la comunidad le debe.

⁷⁴ El Código Civil dominicano emplea la palabra «recobros», traducción del francés «reprises», para designar, tanto la reivindicación de los bienes propios mezclados con los de la comunidad, como la separación de bienes de la comunidad para pagar lo que ésta le debe por concepto de recompensa.

La valoración de los activos de la comunidad se hace al momento de la partición, de manera que los cónyuges se benefician o se perjudican con los aumentos o las disminuciones de valor experimentados durante la indivisión postcomunitaria. Cuando se demora la partición por voluntad de los copartícipes o cuando la partición es judicial, de modo que un tiempo largo transcurre sin que la partición se realice, hay que proceder a una nueva valoración lo más cerca posible de la fecha en que los cónyuges entran en posesión de los bienes que les corresponden.

Salvo que los cónyuges hayan acordado demorar el pago de una recompensa a favor o en contra de la comunidad hasta el momento de la partición, o en sus convenciones matrimoniales hayan acordado una división distinta, la partición se hace por partes iguales según el artículo 1474 del Código Civil dominicano. Este principio de división por partes iguales desapareció del texto del Código Civil francés, pero sigue en vigor.

Se produce desigualdad en la división de los bienes comunes en caso de que uno de los cónyuges haya distraído u ocultado un bien de la comunidad. Descubierto el fraude, el cónyuge culpable es sancionado con la pérdida de sus derechos sobre los efectos sustraídos u ocultados, según el artículo 1477 de ambos Códigos Civiles.

La partición puede hacerse amigablemente. Aunque es corriente que un notario intervenga en la operación, la ley no requiere que el acto tenga forma notarial. Si la comunidad contenía inmuebles, en Francia se requeriría la forma auténtica para fines de registro y en la República Dominicana se requeriría la legalización de las firmas por un notario. En principio, la partición debe hacerse en naturaleza, con la misma cantidad de dinero, bienes muebles e inmuebles de un mismo valor,⁷⁵ pero nada impide a las partes atribuir un bien determinado a uno solo a cambio del pago al otro de una suma de dinero. También pueden vender uno u otro bien y partir el dinero

⁷⁵ Art. 832 de ambos Códigos Civiles, relativo a la partición de una sucesión, aplicable en virtud del artículo 1476 a la partición de la comunidad.

resultante. Cuando la partición se hace judicialmente, de no ser práctica la división en lotes de igual composición, puede hacerse una distribución diferente, corregida por el pago de un saldo por el receptor del lote ampliado.⁷⁶

En derecho francés juega un papel importante la atribución preferencial de ciertos bienes, tanto en derecho sucesoral como en la disolución de la comunidad matrimonial. Tiene esta preferencia el cónyuge o heredero sobre una finca agrícola que haya explotado; el cónyuge arrendatario de una finca rústica la tiene sobre los útiles de labranza y demás efectos mobiliarios empleados en ella. Tiene también derecho a atribución preferente el que ha manejado un negocio comercial de tipo familiar, el dueño o arrendatario de la vivienda familiar o de un local destinado a uso profesional. El cónyuge que reclama el derecho a una atribución preferencial debe haber participado en la explotación del bien o ejercido su profesión en el local o haber residido en la vivienda antes de la disolución de la comunidad. También tiene derecho a atribución preferencial el propietario de un predio sobre el predio contiguo o que sirve de anexo al suyo.

Si ambos cónyuges o sus sucesores reclaman la misma atribución preferencial, el juez aprecia soberanamente la conveniencia de favorecer a uno u otro, teniendo en cuenta la duración de la participación de cada uno en la explotación o su aptitud para seguir con ella. El cónyuge que se beneficia de la atribución debe hacer al otro un pago, de contado salvo concesión voluntaria de un plazo.

Aunque la legislación dominicana no contiene un listado de casos de atribución preferencial, nada impide que el juez apoderado de un juicio de partición de comunidad con un importante bien no susceptible de cómoda división, lo atribuya a uno de los esposos en lugar de ponerlo en venta pública donde perdería una parte de su valor, a cambio del pago por el cónyuge beneficiado por la atribu-

⁷⁶ Art. 833 de ambos Códigos Civiles.

ción al otro cónyuge en efectivo de la mitad del valor del bien. El derecho dominicano difiere del francés solamente en la ausencia de un listado de casos de atribución preferencial. El poder discrecional del juez es el mismo en ambos países y la necesidad de pagar en efectivo la mitad del valor del bien recibido es siempre una limitante para el cónyuge que reclama este beneficio.

El pasivo remanente después de la partición del activo. Muchas de las deudas a cargo de la comunidad se habrán pagado durante el período que va de la disolución hasta la partición. El pasivo remanente es objeto de una regulación que refleja la que existía durante la comunidad, con la finalidad de evitar que los cónyuges sufran una repercusión mayor de la que hubiesen experimentado antes de la partición.

La regla general con relación al pasivo de la comunidad es que se divide por mitad, según el artículo 1482 del Código Civil dominicano. Después de la partición, el acreedor de la comunidad puede por consiguiente hacer efectivo el pago de su crédito, primero sobre los bienes propios del cónyuge que incurrió la deuda, y después sobre los bienes comunes que le correspondieron en la partición. Si estos bienes no alcanzan para cubrir su crédito, puede demandar al otro cónyuge por la parte impagada de la otra mitad de su crédito.

El cónyuge que se ha visto condenado a pagar solo, o que voluntariamente pagó solo, una deuda de la comunidad tiene entonces frente al otro cónyuge una acción en contribución. El artículo 1484 así lo dispone para el caso en que el marido se haya visto obligado a pagar la deuda total. Este artículo es uno de los que la Ley No. 189-01 omitió reformar. Parte del supuesto de que el marido es el único administrador de la comunidad con calidad para crear pasivo a su cargo. Como la mujer tiene ahora esta misma prerogativa, si ella se ha visto obligada a pagar la deuda total contraída por ella, tiene una acción en contribución contra su ex marido por la mitad de esa deuda.

En derecho francés existe la misma regla en forma bilateral. «Uno de los esposos no puede ser perseguido sino por la mitad de las deudas que entraron en comunidad por acto del otro cónyuge.»⁷⁷

Si el cónyuge que no contrajo la deuda pagó más de la mitad, por ignorancia o para mantener una imagen positiva de solvencia, no puede repetir el excedente contra el acreedor, pues no hizo un pago de la indebido. El artículo 1488 del Código Civil dominicano expresa este principio para un pago en exceso de la mitad hecho por la mujer. Debe ahora aplicarse en forma bilateral al caso en que el marido haya hecho el pago en exceso de la mitad sobre una deuda contraída por su mujer con cargo a la comunidad. Su derecho de contribución contra ella es su único recurso.

Si la comunidad era insolvente, o mejor dicho, si el pasivo de la comunidad excedía su activo, la necesidad por parte del cónyuge que no contrajo una deuda de pagar la mitad de esta deuda puede, no solamente dejarlo sin ningún beneficio neto en la partición, sino afectar sus demás bienes, que eran propios durante el matrimonio o que adquirió después de su disolución. En la época en que solamente el marido pudo haber creado esta insolvencia, siendo el único que administraba la comunidad, el Código Civil le dio a la mujer dos protecciones: el derecho de renunciar a la comunidad y el beneficio de emolumento.

La renuncia a la comunidad, hoy derogada. Toda la sección del Código Civil relativa a la renuncia a la comunidad ha sido derogada por la Ley No. 189-01. En Francia tampoco existe. Si existiese tendría que ser bilateral y no es sostenible que ambos esposos puedan renunciar a la comunidad, dejando a los acreedores de la comunidad en el aire. Antes de su derogación en la República Dominicana, solamente la mujer tenía esta prerogativa, en vista de que, si la comunidad era insolvente, tenía que ser por culpa del marido, único administrador de la misma.

⁷⁷ Art. 1483, inciso 2, del Código Civil francés.

Cuando la comunidad se disolvía por muerte, se presumía que la mujer había aceptado la comunidad, a menos que hubiese renunciado formalmente mediante declaración hecha al Secretario del Tribunal de Primera Instancia, cosa que ella no iba a hacer si consideraba que la comunidad era solvente. Mediante esa renuncia, ella no recibía ninguna parte del activo de la comunidad, pero se sustraía a las persecuciones de los acreedores de ésta.

Pero cuando la comunidad se disolvía a consecuencia de un divorcio, mediante una modificación al artículo 1463 hecha por la Ley No. 979 de 1935, que no tenía ningún equivalente en derecho francés, se estableció, contra todo sentido común, la presunción opuesta. Según este artículo, «Se presume que la mujer divorciada o separada de cuerpo que no ha aceptado la comunidad durante los tres meses y cuarenta días que sigan a la publicación de la sentencia de divorcio o de separación personal, ha renunciado a ella, a menos que, estando aún en el plazo, haya obtenido prórroga judicial contradictoriamente con el marido o lo haya citado legalmente. Esta presunción no admite prueba en contrario». Los tres meses se consideraban, salvo prórroga judicial, como suficientes para hacer un inventario y los cuarenta días eran un plazo para que la mujer pudiese deliberar si aceptaba o no la comunidad.

Este artículo no tenía aplicación en los divorcios por mutuo consentimiento donde la partición de la comunidad se hacía amigablemente, pero en muchos divorcios contenciosos el efecto de este artículo fue el despojo de los derechos de la mujer en la partición de una comunidad perfectamente solvente en los casos, desgraciadamente frecuentes, en que ella, mal asesorada o desprovista de un abogado, no hizo una declaración expresa de que aceptaba la comunidad o no manifestó tácitamente su intención de aceptarla.

No fue sino en el año 2000 que la Suprema Corte declaró inconstitucional este artículo. En una sentencia del Pleno del 29 de noviembre de 2000,⁷⁸ la Suprema Corte estimó discriminatoria contra

⁷⁸ Sentencia publicada en el B.J. No. 1080, pág. 30

la mujer la necesidad de aceptar expresamente la comunidad cuando el marido no estaba sometido a esta formalidad. A este razonamiento pudo haberse añadido otro, más pertinente aún, de que el artículo 1463 del Código Civil daba lugar a una expropiación sin causa justificada, en violación del artículo 8, numeral 13, de la Constitución, a favor de un particular, en este caso, del marido.

La inconstitucionalidad del artículo 1463 no se reflejó inmediatamente en la jurisprudencia de la Sala Civil, una vez porque se decidió que la mujer había aceptado tácitamente la comunidad,⁷⁹ otra vez porque se decidió que la necesidad de la mujer de aceptar la comunidad dentro del plazo es un medio de inadmisión, que no debió examinarse porque se había propuesto en apelación después de la conclusión al fondo. Estas dos sentencias eran favorables a la mujer, lo cual hacía innecesario enfrentar la cuestión constitucional. En otro asunto, sin embargo, la Suprema Corte no hizo valer *motu proprio* como punto de puro derecho la inconstitucionalidad del artículo 1463 y rechazó el recurso contra una sentencia que había declarado inadmisibile por tardía la demanda de la mujer en partición de la comunidad.⁸⁰ Esta sentencia produjo la pérdida por la mujer de su parte de la comunidad.

La prescripción de la acción en partición de la comunidad. Una sentencia de la Sala Civil de marzo de 2004 reconoce el carácter discriminatorio e inconstitucional del artículo 1463.⁸¹ Además, sostiene que, aunque la mujer no haya aceptado la comunidad dentro del plazo, elle tiene dos años para interponer su demanda en partición de acuerdo con el artículo 815 del Código Civil. Este artículo dispone en su segundo inciso que «la acción en partición de comunidad por causa de divorcio prescribirá a los dos años a partir de la publicación de la sentencia». Esta regla no es discriminatoria, como lo era el artículo 1463, que daba todos los bienes de la comunidad al marido si la mujer no aceptaba la comu-

⁷⁹ B.J. No. 1089, pág. 86

⁸⁰ B.J. No. 1096, pág. 100

⁸¹ B.J. No. 1120, pág. 198

nidad. El efecto de la no interposición de la demanda dentro del plazo de dos años, según el artículo 815, es que «Cada cónyuge conservará lo que tenga en su posesión». El artículo 815 sigue plenamente vigente.

El beneficio de emolumento. El Código Civil protegía a la mujer contra la insolvencia de la comunidad que el marido haya producido, no solamente con la posibilidad de renunciar a ella, sino también mediante el beneficio de emolumento, que le permitía, bajo ciertas condiciones, limitar su responsabilidad frente a los acreedores de la comunidad al importe del activo que le tocaba en la partición y salvaguardar su patrimonio propio. El beneficio de emolumento en la partición de la comunidad es muy similar al beneficio de inventario en la partición de una sucesión. Como a partir de la Ley No. 189-01 la mujer administra los bienes de la comunidad en igualdad con el marido, no hay razón para dejarle a ella sola el beneficio de emolumento. El marido debe, en igualdad de condiciones, poder invocar el mismo beneficio, pero solamente frente a acreedores con quienes la mujer comprometió los bienes de la comunidad y sin que la responsabilidad solidaria del marido aparezca. Si el marido realizó el acto que comprometió la comunidad sus bienes propios están también comprometidos.

El artículo 1483 del Código Civil permite a la mujer, y por extensión hoy también al marido, limitar la mitad de las deudas de la comunidad que el artículo 1482 pone a su cargo «hasta donde alcance su parte de los gananciales si es que se ha hecho un inventario exacto y fiel y dado cuenta, tanto del contenido de este inventario como de lo que le ha correspondido por la partición».

Estas dos condiciones para disfrutar del beneficio de emolumento, o sea, la confección de un inventario y la rendición de cuentas, se hacen necesarias para probar frente al acreedor de la comunidad, que el cónyuge que invoca el beneficio efectivamente no ha recibido en la partición más que la cantidad de bienes indicada en el inventario, que necesariamente incluye una mención del valor

estimativo de cada bien y, además, que otros acreedores ya han cobrado una suma igual al valor total recibido en la partición por el cónyuge que invoca el beneficio. Si los pagos a otros acreedores no han agotado el valor de la parte de los bienes que recibió el cónyuge deudor, queda comprometido por el valor de los bienes que aún le quedan. Solamente cuando el cónyuge prueba con esta rendición de cuentas al acreedor de la comunidad, que ha agotado el importe de todos los bienes que recayeron en él en la partición de la comunidad, puede negarse a pagar el resto de la deuda y así preservar intacto su patrimonio personal.

Los demás regímenes matrimoniales. La ley contempla varios regímenes distintos al régimen legal de la comunidad. Estos regímenes deben pactarse mediante convención matrimonial por acto auténtico antes del matrimonio, y en la República Dominicana son inmutables, pero en Francia, como vimos, pueden modificarse durante el matrimonio bajo estrictas formalidades. El régimen que con mayor frecuencia se pacta es el de la separación de bienes.

El régimen de separación de bienes. En Francia se hace uso de la posibilidad de establecer el régimen de separación durante el matrimonio para proteger el patrimonio de uno de los cónyuges contra el riesgo de insolvencia del patrimonio del otro. Su uso es especialmente útil cuando uno de los cónyuges es comerciante, expuesto al riesgo de la quiebra.⁸² En ambos países el régimen de la separación de bienes puede también ser ordenado judicialmente en caso de desorden en la administración de los bienes comunes por uno de los cónyuges que pone en peligro los intereses del otro. Cuando la separación se establece durante el matrimonio, se produce la disolución de la comunidad y hay que proceder a su liquidación y partición.

En la República Dominicana, las reglas del Código Civil sobre el régimen de la separación de bienes han sido derogadas y sustituidas

⁸² Por eso, cuando uno de los cónyuges es comerciante, su condición de tal debe figurar inscrita en el registro de comercio, para que sus acreedores sepan que su «prenda» se limita a sus bienes personales (art. 1394, inciso 3) RTD civ.2005.654

por la Ley No. 2125 de 1949, que aparece en el lugar de las anteriores reglas en la edición privada del Código Civil.⁸³ En el régimen de la separación de bienes, «cada esposo conserva la propiedad, la administración y el goce de sus bienes».⁸⁴ Sin embargo, la separación de bienes no es lo mismo que la existencia separada de dos patrimonios, como la que puede existir entre concubinos. Es un verdadero régimen matrimonial, al cual se aplican las obligaciones personales de las personas casadas (obligaciones de fidelidad, socorro y asistencia, deber de cohabitación, selección de la residencia familiar) y las reglas económicas del régimen primario expresadas en los artículos 217 y siguientes del Código Civil (obligación de contribución a los gastos del hogar y a la educación de los hijos, solidaridad para las deudas contraídas para tales fines que no sean manifiestamente excesivas o resulten de compras a plazos o financiamientos, necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para la venta de la residencia familiar o de los muebles que la guarnecen).

Aunque el artículo 221 del Código Civil dominicano declara que el sistema de los bienes reservados se aplica «bajo todos los regímenes», este sistema no tiene ninguna incidencia en el régimen de la separación de bienes, donde los bienes que la mujer adquiere con el producto del trabajo son personales de ella.

En principio, cada cónyuge es propietario exclusivo, no solamente de los bienes que trajo al matrimonio, sino también de los que adquiere después de casado. Con relación a los inmuebles y los vehículos de motor la propiedad se determina fácilmente con el certificado de título o la matrícula. Para otros bienes, el cónyuge propietario puede haber conservado la factura de compra. La indicación de la factura prevalece sobre la posesión del bien, que uno de los cónyuges puede haber conservado durante la separación de hecho.⁸⁵ Si el bien aparece a nombre de uno de los cónyuges, pero ha sido adquirido en parte con dinero aportado por el otro, existe entre

⁸³ Código Civil y Legislación Complementaria preparada por el Lic. Juan Pablo Acosta, 13ª ed., Ed. Dalis, 2005, p. 175

⁸⁴ Art. 2 de la Ley No.2125 de1949, que sustituye los artículos 1536 al 1539 del Código Civil.

⁸⁵ RTD civ.1997.211, RTD civ.1998.139

ellos una deuda, cuyo pago puede exigirse en los términos estipulados o, a falta de estipulación, después de la puesta en mora del cónyuge deudor por el otro. Con relación a otros bienes, como el mobiliario de la casa, la identificación puede ser difícil si la factura se ha extraviado. También se produce confusión de dineros en la cuenta bancaria conjunta que los esposos utilizan para pagar los gastos que son, no solamente del hogar, sino a veces personales, como la compra de ropa. En la práctica, se produce como resultado de la vida común, una confusión de una parte de los patrimonios. A la disolución del matrimonio el artículo 1538 del Código Civil francés, en su último párrafo, ofrece una solución: «Los bienes sobre los cuales ninguno de los esposos puede probar su propiedad exclusiva se presumen pertenecientes en copropiedad a cada cual por la mitad». En derecho dominicano, a falta de una disposición expresa en este sentido en la ley No. 2125 de 1949,⁸⁶ debe entenderse, en aplicación de los principios generales de la copropiedad, que el resultado sería el mismo.

La existencia de una copropiedad más o menos amplia obstaculiza la acción de los acreedores. Según el derecho común de la copropiedad, ellos no pueden embargar el bien, ni el derecho abstracto de copropiedad del cónyuge deudor. Su único expediente es pedir judicialmente la partición del bien común, para después pagarse con la parte del producto de la venta que corresponde a su deudor.

Los acreedores también pueden verse perjudicados por las donaciones entre esposos. El cónyuge deudor, sobre todo si es el marido, puede hacer cuantiosas donaciones al otro, que disminuyen sensiblemente su patrimonio, aunque sigue disfrutando de su posesión compartida. La intención fraudulenta puede ser difícil de probar en vista del amor que a los ojos de los esposos justifica las donaciones. En derecho dominicano, las donaciones entre esposos son revocables,⁸⁷ lo cual elimina el riesgo para el donante de perder

⁸⁶ Esta ley fue insertada en el Código Civil en sustitución de los artículos 1536 al 1539, que se referían al régimen de la separación de bienes.

⁸⁷ Art. 1096 del Código Civil

sus derechos sobre las cosas donadas si cambia de parecer. Pero la decisión de revocar es personal y los acreedores del cónyuge donante no pueden ejercitar una acción oblicua para forzar la revocación que su deudor se niega a hacer. El artículo 8 de la Ley No. 2125 no los ayudará mucho. Les permite ejercer una acción en devolución de los bienes donados solamente después del fallecimiento del cónyuge deudor, excepto por donaciones hechas durante el último año de su vida y, además, probando el fraude. Esta regla, lejos de favorecer a los acreedores víctimas del fraude, limita en forma exorbitante su derecho de ejercer la acción pauliana.

Los cónyuges casados bajo el régimen de la separación reducen también conscientemente los efectos de la separación. Ellos pueden hacer inversiones en valores o comprar inmuebles con cláusula de acrecentamiento a favor del sobreviviente. Esta cláusula fue considerada en una época como constitutiva de un pacto sobre sucesión futura, pero la Corte de Casación francesa reconoce ahora su validez. La cláusula funciona gracias a los efectos retroactivos de la doble condición bajo la cual los cónyuges hacen la adquisición. Cada cónyuge adquiere el bien bajo condición suspensiva de sobrevivir al otro y bajo condición resolutoria de no sobrevivir. Durante la vida de ambos, la incertidumbre de cuál de ellos es propietario crea inconvenientes para los acreedores y también para los cónyuges en caso de divorcio, si no pueden ponerse de acuerdo sobre su venta o su atribución a uno de ellos.

Otra posibilidad de mitigar los efectos de la separación es pactar una cláusula de sociedad de gananciales.⁸⁸ Los gananciales incluidos en la sociedad pueden limitarse a los emolumentos y salarios de los cónyuges y a los bienes comprados con las economías realizadas con éstos, con exclusión de los ingresos producidos por sus bienes personales. Su ventaja sobre la comunidad con cláusula de exclusión de los ingresos producidos por los bienes propios, es que evita el engorroso sistema de las recompensas y las formalidades de re-

⁸⁸ Esta cláusula es permitida por el artículo 1 de la Ley No. 2125, según el cual la separación se extiende a todos los bienes, salvo cláusula contraria del contrato.

emplazo cada vez que uno de los cónyuges vende un bien propio. La combinación de la separación de bienes con una sociedad de gananciales permite obtener la autonomía patrimonial de los cónyuges sobre sus bienes propios y la igualdad entre ellos en relación con los bienes generados por su trabajo durante el matrimonio. A pesar de su carácter eminentemente equitativo, esta combinación es poco utilizada debido, quizás, a que no es conocida de muchos notarios.

A falta de cláusula de sociedad de gananciales, puede existir entre los esposos una sociedad de hecho, pero para esto se precisa que hayan colaborado en una misma actividad económica y hayan compartido los beneficios.⁸⁹ En Francia esta misma ventaja puede obtenerse con el régimen de participación en los gananciales, incluido como opción en el Código Civil desde 1965, cuya utilización tampoco está muy difundida.

En el régimen de separación, la administración, el goce y la disposición de los bienes de cada cónyuge se hace también separadamente. El segundo párrafo del artículo 2 de la Ley No. 2125, según el cual «la mujer no podrá enajenar sus bienes inmuebles sin el consentimiento especial de su marido» o de una autorización judicial, es contrario al principio de la igualdad entre los esposos consagrado por la Ley No. 189-01 de 2001 y debe entenderse tácitamente derogado. La intención del legislador en este sentido se desprende de la eliminación que hizo de esta misma disposición para la separación judicial de bienes en el artículo 1449, en cuya nueva versión la mujer «puede disponer de su mobiliario y enajenarlo, así como de sus inmuebles». La omisión de esta misma disposición en relación con la separación de bienes pactada en las convenciones matrimoniales fue inadvertida.

La Ley dominicana No. 2125 contempla el caso en que la mujer confía la administración de sus bienes al marido. Esta disposición

⁸⁹ RTD civ.1998.731

no puede pactarse con carácter inmutable en las convenciones matrimoniales, ya que el artículo 2 dispone que «la mujer no puede renunciar al derecho de recobrar en cualquier época la administración de sus bienes». Un pacto contenido en las convenciones matrimoniales, dando al marido la administración de los bienes de la mujer, debe entenderse como un mandato, que ella puede revocar en cualquier momento. Correlativamente existe también la posibilidad de que el marido encargue a la mujer con la administración de todos sus bienes o de un bien determinado, por ejemplo, una cafetería o una casa de huéspedes. Se presume, según el artículo 2 de la Ley No. 2125, que el que otorga el mandato renuncia a pedirle al otro la rendición de cuentas durante el matrimonio. Si no se ha pactado nada sobre este punto en las convenciones matrimoniales, habrá que esperar la disolución del matrimonio para pedir rendición de cuentas.

En el caso de la separación de bienes, el pasivo es también separado. El interés de la separación de bienes y la razón por la cual a veces se pacta reside precisamente en la protección de uno de los cónyuges frente a las deudas contraídas por el otro, salvo las contraídas para el mantenimiento del hogar y la educación de los hijos, que son solidarias, en adición a la solidaridad que se haya podido pactar por contrato y a la responsabilidad solidaria por los hechos de sus hijos menores según el artículo 69 del Nuevo Código del Menor. En los casos de solidaridad, se impone la contribución a cargo del cónyuge sobre el cual la deuda descansaba en definitiva. Esta contribución, así como cualquier otra deuda de uno de los esposos frente al otro, se calcula en derecho dominicano según el principio del nominalismo, sin tener en cuenta la devaluación de la moneda. Si el cónyuge acreedor no puso al otro cónyuge en mora durante el matrimonio, esta deuda no genera intereses sino cuando se cumple con esta formalidad, después de la muerte o del divorcio. En Francia, se aplica también el principio del nominalismo a la obligación de reembolso de un cónyuge frente al otro. Solamente cuando la deuda entre los esposos ha servido para adquirir, conservar o mejorar un bien que se encuentra en el patrimonio del cónyuge

deudor, la deuda es igual a la parte proporcional del valor subsistente de ese bien, que corresponde a la proporción de la deuda sujeta a contribución.

Cuando finaliza el régimen de la separación de bienes, se precisa recobrar los bienes cuya individualidad se ha mantenido y proceder a una liquidación y partición de los que han caído en copropiedad. Esta operación difiere de la liquidación y partición de una comunidad en que no hay lugar a recompensas, sino solamente a recobro de activos y pago de deudas entre los esposos. Si un bien personal ha sido vendido y otro comprado en su lugar, no hay necesidad de hacer la doble declaración del reemplazo. Basta la prueba de la subrogación.

En los matrimonios en que ambos cónyuges han colaborado económicamente puede haber entre ellos una sociedad de hecho, que se disuelve al mismo tiempo que el matrimonio y proporciona una parte del activo que figura a nombre de cada esposo. La mujer puede también haber trabajado en la empresa de su marido sin retribución, lo cual, a la hora de la disolución, le da derecho al pago de un salario diferido.⁹⁰ Cuando el marido compró con recursos propios un bien a nombre de ambos, en vez de considerar que la parte indivisa de la mujer constituía una donación disfrazada, que hubiera sido nula antes de la reforma de 2004, los tribunales franceses la calificaban de retribución por servicios prestados por ella más allá de su contribución a las cargas del hogar.⁹¹ Esta solución conserva su interés para la República Dominicana, donde la nulidad de las donaciones disfrazadas entre cónyuges (art. 1099 del Código Civil). sigue vigente.

Si no se daba ninguna de estas situaciones, la mujer que se había ocupado de los quehaceres del hogar y de la educación de los hijos

⁹⁰ Cuando el marido empleaba a su esposa en su establecimiento, debe declararla al Departamento de Trabajo. En Francia se llegó hasta decidir que el marido era culpable del delito de trabajo disimulado, resultado que parecía chocante, dada la colaboración que debe existir para contribuir a las cargas del hogar. RTD civ.2004.127 no. 1

⁹¹ RTD civ.2003.63, no. 11

mientras el marido generaba dinero con su trabajo y adquiría los bienes a su nombre propio, a la hora de la liquidación se queda corta. Algunas sentencias francesas, comparando el enriquecimiento del marido por la labor de la mujer en el hogar y el empobrecimiento de ella, al haber dejado de proseguir una carrera cuando se casó, han extendido la teoría del enriquecimiento sin causa en tales situaciones.⁹² En Francia, en caso de divorcio, la prestación compensatoria sirve, como su nombre indica, de medio de nivelación de las fortunas de ambos cónyuges, al atribuirse a la mujer una suma de dinero o un conjunto de bienes que le permiten, en el porvenir previsible, mantener el mismo nivel de vida que tenía antes. En el régimen de la separación de bienes, la prestación compensatoria suele ser más elevada que en el régimen de la comunidad, en que la esposa participa de la mitad de los gananciales. Además, en Francia, cuando el régimen llega a su fin por la muerte del marido, la situación de la mujer que dedicó su vida al hogar es aliviada por los derechos sucesorales que ella tiene en virtud de la ley del 3 de diciembre de 2001. En presencia de hijos, ella puede optar entre un usufructo sobre la totalidad de la sucesión de su marido o una cuarta parte de la sucesión en plena propiedad. A falta de hijos ella recoge la herencia entera en plena propiedad.

En la República Dominicana, ante la ausencia de la prestación compensatoria en caso de divorcio, y ante la falta de una vocación sucesoral del cónyuge excepto a falta de sucesores en grado hábil (art. 767 del Código Civil), la situación de la mujer casada bajo el régimen de la separación, que se ha dedicado durante el matrimonio a las faenas del hogar sin acumular bienes propios, es sumamente penosa. Su única tabla de salvación es la teoría del enriquecimiento sin causa.

La comunidad universal. Esta comunidad parece sencilla en su principio, puesto que abarca tanto los muebles como los inmuebles, presentes y futuros.⁹³ En Francia se practicaba poco hasta que la

⁹² RTD civ.1980.p. 349

⁹³ Art. 1526 de ambos Códigos Civiles.

reforma de 1965 permitió modificar el régimen durante el matrimonio. La cláusula de atribución de todos los bienes de la comunidad al sobreviviente se suele pactar cuando la comunidad universal se establece por modificación del régimen anterior, especialmente por parejas que no han tenido hijos. Esta cláusula no constituye una donación⁹⁴ y la devolución de los bienes al sobreviviente se opera, no por sucesión, sino por disolución de la comunidad y no conlleva el pago de impuestos sucesorales.

La cláusula de atribución de la totalidad al sobreviviente puede combinarse con otra cláusula según la cual, si la comunidad se disuelve por divorcio, cada cónyuge recobra los bienes que hubiesen sido propios si se hubiese adoptado el régimen legal. Esta combinación, que la jurisprudencia valida, es la consagración del régimen matrimonial alternativo.⁹⁵ En la República Dominicana nada se opone a que se pacte antes del matrimonio en las convenciones matrimoniales.

Cuando se pacta la comunidad universal con cláusula de atribución de la masa total al sobreviviente, teniendo uno de los cónyuges hijos de un matrimonio anterior, la devolución de la totalidad al otro cónyuge, si el padre premuere, dejaría a sus hijos sin su porción hereditaria. Esta injusticia se elimina en parte por el artículo 1527, que otorga a los hijos una acción de rebaja (traducción nuestra del francés *retranchement*), porque rebaja del ámbito de la comunidad universal una parte igual a la reserva que el hijo hubiese tenido en los bienes relictos de su padre, si éste no se hubiese casado. En Francia en el 2001 se amplió esta protección a los demás hijos, naturales o adulterinos, del padre premuerto. En la República Dominicana, en vista de la igualdad entre los hijos establecida por el Código del Menor, la misma ampliación está también vigente. La satisfacción del hijo es de todos modos menor de lo que sería a falta

⁹⁴ Art. 1525 del C. Civ. de ambos países

⁹⁵ RTD civ.1992.171. Véase también RTD civ.2002.134 n. 2. En el asunto comentado, no se había pactado el régimen alternativo, pero la esposa logró el divorcio por culpa exclusiva del marido. Extendiendo a su favor las ventajas matrimoniales, la Corte le permitió recobrar el inmueble que había aportado a la comunidad.

de comunidad universal de su padre, porque la acción de rebaja le da derecho solamente al importe de la reserva, no a la porción de los bienes de su padre que hubiese heredado *ab intestato*. La comunidad universal produce entonces un efecto similar a un testamento en que el padre hubiese desheredado al hijo, dejando a salvo su reserva, para atribuir los bienes libremente disponibles a su cónyuge, si le sobrevive. La principal diferencia entre ambos medios de alcanzar este mismo fin es de índole fiscal.

Aun dentro del régimen de la comunidad universal, el derecho francés tiene el concepto de bienes propios por naturaleza, que también existe en la práctica dominicana, por lo menos en lo que respecta a las cosas de uso personal, además de lo cual nada impide que una persona casada bajo el régimen de la comunidad universal reciba con carácter propio una donación o un legado. Al establecer el régimen, es también posible pactar que determinado bien permanecerá propio. La comunidad universal no es totalmente universal en tales casos. En relación con los bienes propios hay que aplicar supletoriamente las reglas de la comunidad legal,⁹⁶ entre otras, la necesidad de hacer la doble declaración en caso de reemplazo y el derecho de la comunidad a recompensa si ha contribuido a la adquisición, conservación o mejora de estos bienes propios.⁹⁷

La administración de la comunidad corresponde por igual a ambos esposos, con la salvedad, para el derecho dominicano, de que la mujer tiene la administración exclusiva de sus bienes reservados.

La comunidad responde de todo el pasivo que los cónyuges tenían al casarse y el que crean después, con excepción de los pasivos para los cuales el régimen primario, a falta de consentimiento de ambos cónyuges, descarta la solidaridad (deudas para cubrir gastos manifiestamente excesivos y compras a plazos⁹⁸ y, para el derecho fran-

⁹⁶ Art. 1528 del Código Civil dominicano; art. 1497, último inciso, del Código Civil francés.

⁹⁷ RTD civ.1993.187

⁹⁸ Art. 217 del C. Civ.

⁹⁹ Art. 1415 del C. Civ. francés

cés solamente, las fianzas y los préstamos).⁹⁹ Si casi todos los bienes son comunes y, en caso de muerte, si la totalidad de los bienes comunes pasa al cónyuge sobreviviente en virtud de la cláusula de acrecentamiento, si no existe solidaridad, el acreedor del cónyuge difunto se queda sin bienes que ejecutar.

El régimen dotal. El régimen matrimonial más antiguo es el régimen dotal, de origen romano, que perdura como opción en el Código Civil dominicano,¹⁰⁰ aunque ha desaparecido de la práctica. Se usaba como régimen supletorio en el sur de Francia hasta 1804, aunque durante la Revolución se usó poco. El Código Civil permitió que se pactara el régimen dotal en las convenciones matrimoniales. En Francia este régimen cayó en desuso durante el siglo XIX y fue abolido en 1965. En la República Dominicana no ha sido formalmente abrogado, y podría permanecer como única excepción a la capacidad de la mujer casada de administrar sus bienes, ya que los bienes dotales, administrados por el marido, son propiedad de ella.¹⁰¹ Su validez es insegura para los convenios celebrados después de noviembre de 2001, cuando entró en vigor la Ley No. 189-01, que entronizó el principio de la igualdad entre la mujer y el marido.

En el régimen dotal, la mujer tenía dos clases de bienes. Los bienes dotales eran aquéllos que ella o sus padres habían aportado al matrimonio, para que con sus rentas contribuyesen a sufragar los gastos del hogar. Estos bienes eran entregados al marido para su administración. Durante el Antiguo Régimen, la dote consistía normalmente en una suma de dinero, para que los inmuebles pudiesen descender por el privilegio de masculinidad. Cuando eran inmuebles, eran inembargables e intransferibles, aun con el consentimiento de ambos cónyuges, a menos que se hubiese convenido lo contrario en las convenciones matrimoniales o que el juez autorizara su venta

¹⁰⁰ Artículo 1540 y sigs.

¹⁰¹ Esta excepción aparece al final de la regla de que «El régimen matrimonial que adopten los esposos no puede contener ninguna restricción a la capacidad civil de la esposa que no se halle expresamente consignada en la Ley». Art. 213 del C. Civ., añadido por la Ley No. 855 de 1978

bajo condición de reemplazo del producto de la venta en la adquisición de otro inmueble. A la disolución del matrimonio, los bienes dotales pasaban a los herederos de la mujer.

Aparte de los bienes dotales, la mujer poseía también bienes parafernales, de los que ella tenía la libre administración y disposición.

El régimen sin comunidad. En este régimen, también caído en desuso, ambos cónyuges conservaban la propiedad de sus bienes, muebles e inmuebles, adquiridos antes o después del matrimonio por cualquier causa pero, a diferencia de lo que sucedía en el régimen de separación, el marido tenía la administración y el disfrute de los bienes de la mujer.

Los artículos relativos a este régimen fueron abolidos en Francia en su totalidad. En la República Dominicana se han quedado trancos por la reforma efectuada por la Ley 189-01. Los artículos 1530 y 1531, que identifican la naturaleza del régimen, han sido derogados, pero los artículos siguientes, que regulaban ciertos detalles, aparecen todavía. De todas maneras, la imposibilidad en que se encuentra la mujer de darle a su marido un derecho irrevocable de administrar sus bienes¹⁰² impide que hoy día se pueda convenir este tipo de régimen. Las convenciones matrimoniales que establecerían el régimen sin comunidad tendrían hoy día el mismo efecto que la separación de bienes con mandato revocable al marido de administrar los bienes de su mujer.

El régimen de participación en los gananciales. Este régimen es una imitación del régimen legal que impera en Alemania, que fue introducido en Francia en 1965 con carácter optativo. Durante el matrimonio los cónyuges mantienen sus bienes y salarios separados

¹⁰² El artículo 2 de la Ley No. 2125 de 1949 dispone en su último párrafo que «La mujer no puede renunciar al derecho de recobrar en cualquier época la administración de sus bienes». Esta regla de orden público, aplicable al régimen sin comunidad, hace inoperante ese régimen.

activa y pasivamente, pero a la disolución del régimen el cónyuge que ha producido menos bienes durante el matrimonio participa de los bienes producidos por el otro. El funcionamiento de este régimen requiere hacer un inventario de los bienes personales que cada uno trae al matrimonio y otro inventario de sus bienes a la hora de la disolución. Al inventario de los bienes iniciales se añaden los bienes adquiridos durante el régimen por donación o sucesión. La diferencia de cada inventario muestra la medida en que cada cónyuge se ha enriquecido durante el matrimonio, tanto por su salario como por los frutos de sus bienes personales. El cónyuge que ha obtenido el mayor enriquecimiento debe compartir con el otro el excedente de su enriquecimiento sobre el enriquecimiento del otro. Para evitar que uno de los cónyuges pueda disminuir su patrimonio en perjuicio del otro, las donaciones hechas durante el matrimonio de bienes adquiridos a título oneroso durante el régimen por uno de los cónyuges se suman ficticiamente al inventario final de sus bienes.

El régimen de participación combina, pues, las ventajas de la separación de bienes durante el matrimonio con la igualdad de bienes cuando el régimen llega a su fin. Aunque en la República Dominicana este régimen no ha sido consagrado, es posible obtener un resultado muy similar estipulando el régimen de separación de bienes con una cláusula de sociedad de gananciales.

Los regímenes matrimoniales no son más que modelos que los cónyuges pueden escoger para regir sus relaciones patrimoniales. Cada uno de estos modelos es como un tema musical sobre el cual se pueden escribir variaciones. El Código Civil menciona algunas de ellas y la ingeniosidad de los notarios y la imaginación de los novios puede crear otros, respetando siempre el régimen primario, que es inderogable, el principio de la igualdad entre los esposos y la capacidad de la mujer.

CAPÍTULO IV

EL CONCUBINATO

El concubinato ha tomado en Francia, especialmente en París, a partir de los años 1960, un auge significativo. La tendencia hacia el concubinato va en aumento, pues cuantas más parejas vivan en esta forma, más respetable resulta este modo de vida. En la sociedad dominicana, más apegada a los valores tradicionales, el concubinato es sobre todo un fenómeno de las clases bajas. En las clases adineradas, toma a veces la forma de un hogar paralelo, en que el marido, después de varios años de casado y teniendo hijos de su matrimonio, forma un segundo hogar con una concubina con la que otra vez procrea hijos. La regulación del concubinato es mucho más desarrollada en Francia que en la República Dominicana, pero aun en Francia las reglas jurídicas relativas al concubinato son enteramente de factura jurisprudencial. Hasta 1999 la legislación no lo mencionaba¹ y en esa fecha lo único que hizo el Parlamento fue proponer una definición, sin derivar del nuevo concepto ninguna consecuencia.

Definición. La definición tradicional, dada por la Corte de Casación en 1997, es que «el concubinato no puede resultar sino de una relación estable y continúa que tiene la apariencia de un matrimonio, por consiguiente entre un hombre y una mujer».² Por el contrario, la nueva definición contenida en el artículo 515-8 del Cód-

¹ Con excepción de la ley de 1912, que permitía la investigación de la paternidad cuando había concubinato notorio.

² Sentencia de la Tercera Sala Civil del 17 de dic. de 1997, D.1998.111, RTD civ 1998.347

go Civil francés, introducido por la ley del 15 de noviembre de 1999, abarca la cohabitación de personas del mismo sexo. «El concubinato es una unión de hecho, caracterizada por una vida común con las características de estabilidad y continuidad, entre dos personas de sexo diferente o del mismo sexo, que viven como pareja». La admisión de la posibilidad para personas del mismo sexo de unirse en concubinato fue la respuesta del Parlamento a los reclamos de los homosexuales, quienes luchaban por la posibilidad de contraer matrimonio. Se les ofreció el concubinato y el Pacto Civil de Solidaridad, del que se hablará más adelante, como respuesta parcial a sus aspiraciones. El matrimonio se siguió reservando a las personas de sexo diferente.

Según la definición legislativa, el concubinato se forma «entre dos personas», es decir que requiere una relación monogámica,³ lo cual excluye la práctica musulmana en que la esposa y la concubina viven en la misma casa. La definición no excluye el concubinato adulterino, siempre y cuando los concubinos vivan juntos. La «vida como pareja» no implica que los concubinos tengan relaciones sexuales. Puede haber un concubinato en que los concubinos no practican el sexo, por razones de edad u otras.

El derecho dominicano no conoce definición legislativa del concubinato, a pesar de que el concepto se emplea en el Código de Trabajo y para el Seguro Social. La Suprema Corte ha dado una definición del concubinato en la sentencia de la Cámara Penal del 17 de octubre de 2001,⁴ en que reconoció a la concubina el derecho a reclamar daños morales por la muerte de su compañero en un accidente de tránsito. Su definición exige que la relación sea estable y duradera, y monogámica, pero difiere de la del Código Civil francés en que excluye el concubinato «pérfido» (es decir, adulterino) y el concubinato entre personas del mismo sexo y requiere que la relación sea pública y notoria y con profundos lazos de afectividad.⁵ En

³ Una sentencia de la Corte de Casación parece indicar que el concubinato debe ser monogámico. Crim. 8 de enero de 1985, JCP 1986, II, 20588

⁴ Publicada en el B.J. 1091. La Sala Civil adoptó esta definición en su sentencia del 9 de noviembre de 2005, B.J.1140.128

estos dos últimos puntos el concubinato, según esta definición, está sujeto a condiciones más rigurosas que las que existen para el matrimonio, puesto que la validez del matrimonio no está supeditada a la condición de que sea público y notorio, ni a que exista entre los cónyuges profundos lazos de afectividad.

Las ventajas del concubinato. Aun antes de la definición del artículo 515-8 del Código Civil francés, ciertas leyes (la Ley de Seguridad Social y Código del Trabajo, entre otras) establecían ciertas ventajas para personas que vivían en concubinato. En Francia, las parejas tienen derecho a una tarifa reducida en los trenes. Sin embargo, la legislación sobre alquileres no le da a la concubina el mismo derecho de seguir ocupando el apartamento a la muerte de su concubino, que la esposa tiene a la muerte de su marido.

La necesidad, madre del invento, dio lugar a la práctica, de parte de los ayuntamientos, de emitir certificados de concubinato o actas de unión libre a las personas que residen en sus demarcaciones, con el testimonio de dos vecinos. La presentación de estos certificados sirve, entre otras cosas, para comprar un boleto de tren con el descuento de pareja. El paralelismo con las actas de matrimonio, también emitidas por los ayuntamientos en presencia de dos testigos, salta a la vista.

En la República Dominicana, el concubinato tiene también una incidencia en la legislación social. El Código de Trabajo otorga una licencia de dos días con disfrute de salario a un trabajador en caso de alumbramiento de su esposa o de su «compañera registrada en la

⁵ La Suprema Corte requiere que la unión consensual «se encuentre revestida de las características siguientes: a) una convivencia «more uxorio» o, lo que es lo mismo, una identificación con el modelo de convivencia desarrollado en los hogares de las familias fundadas en el matrimonio, lo que se traduce en una relación pública y notoria, quedando excluidas las basadas en relaciones ocultas y secretas; b) ausencia de formalidad legal en la unión; c) una comunidad de vida familiar estable y duradera, con profundos lazos de afectividad; d) que la unión presente condiciones de singularidad, es decir, que no exista de parte de los convivientes iguales lazos de afecto o nexos formales de matrimonio con otros terceros en forma simultánea, o sea, debe haber una relación monogámica, quedando excluidas de este concepto las uniones de hecho que en sus orígenes fueron péfidas, aun cuando haya cesado esa condición por la disolución posterior del vínculo matrimonial de uno de los integrantes de la unión consensual con una tercera persona; e) que esa unión familiar de hecho esté integrada por dos personas de distintos sexos que vivan como marido y mujer sin estar casados entre sí».

empresa» y de tres días en caso de su fallecimiento.⁶ Aunque se emplea el género femenino en la redacción de esta disposición, no hay razón para excluir de este beneficio al concubino, si su compañera fallece durante el período de su empleo. Asimismo le da a la compañera una prestación económica en caso de fallecimiento del trabajador, igual a la que recibiría su esposa si hubiese sido casado. Aquí también debe entenderse que existe reciprocidad entre los sexos. Si la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos exigen que haya igualdad entre los sexos en el matrimonio, no hay justificación para la discriminación en el concubinato.

Comparación con el matrimonio. El concubinato invita a hacer su comparación con el matrimonio. Se constituye sin ceremonia y se disuelve libremente, por decisión conjunta o unilateral. Las obligaciones personales del matrimonio (socorro, asistencia y fidelidad) no existen en el concubinato. Por ende, la concubina que prestó servicios al concubino, en su negocio como en la casa, puede reclamar un salario diferido, cosa que la esposa no puede hacer, excepto en la medida en que sus servicios hayan excedido su deber de asistencia. La ruptura del concubinato no es en sí indemnizable⁷, y (en derecho francés) no hay prestación compensatoria en caso de separación de los concubinos, pero si la separación se basa en un hecho culposo (y la infidelidad sexual no es en sí culposa), ese hecho puede dar lugar a indemnización.⁸ No existe entre concubinos la solidaridad para las obligaciones contraídas para las necesidades del hogar, de modo, por ejemplo, que la empresa de servicio eléctrico no puede exigir el pago de sus facturas a uno de los concubinos cuando fue el otro quien hizo el contrato.⁹ También se ha decidido que el prestamista que contrató con la concubina no puede reclamar la devolución del dinero al concubino, aunque el dinero pres-

⁶ Código del Trabajo, art. 54

⁷ RTD civ.2003.64 no. 12

⁸ Aunque en principio la ruptura del concubinato no da lugar a indemnización salvo que sea culposa, existe una sentencia aislada decidiendo que la ausencia de culpa no exime al concubino de reparar el perjuicio que la ruptura en sí haya causado a su concubina. RTD civ.1992.747

⁹ RTD civ.2001.565 ; RTD civ.2002.557, no. 2

tado se haya empleado para cubrir gastos del hogar.¹⁰ Es de suponer, sin embargo que, si al contratar para las necesidades de su hogar, los concubinos se ostentan como casados, aunque uno solo firme el contrato, la otra parte contratante podría fundarse en la teoría de la apariencia para responsabilizar al otro concubino.

En torno a la filiación existe otra diferencia. La filiación de un hijo concebido dentro del matrimonio se establece de pleno derecho, tanto del lado de la madre en aplicación del principio *mater semper certa est*, como del lado paterno con la presunción de legitimidad. En hijo concebido en una unión libre disfruta de la filiación del lado materno, pero del lado paterno necesita un reconocimiento formal para tener el vínculo. A falta de reconocimiento, si desea hacer valer su filiación, tiene que entablar una acción en establecimiento de la paternidad.¹¹

Otra diferencia relativa a la filiación se refiere a la autoridad de los padres. Cuando los padres son casados, tienen la autoridad común sobre sus hijos. En derecho dominicano, cuando son concubinos, solamente la madre tiene la autoridad, a menos que el padre haya reconocido al hijo dentro de los dos meses de su nacimiento y aun en esa hipótesis la autoridad del padre no surge de pleno derecho, sino que tiene que ser establecida judicialmente. En derecho francés, el padre obtiene de pleno derecho la autoridad si reconoce a su hijo dentro del año de su nacimiento.¹²

En dos recientes sentencias, que analizaremos más adelante,¹³ la Suprema Corte dominicana ha señalado otra diferencia entre el matrimonio y el concubinato: los concubinos no están sometidos a un régimen económico, como sucede con la pareja casada que, a falta de contrato de matrimonio, está acogida al régimen de la comunidad. El concubinato no produce ninguna consecuencia en

¹⁰ RTD civ.2004.510 no. 7. Por el contrario, el Consejo de Estado ha decidido que los pagos hechos indebidamente a uno de los concubinos por concepto de ayuda al alojamiento pueden repetirse contra el otro concubino. RTD civ.2004.69 no. 11

¹¹ De este tema se trata en el capítulo relativo a la filiación.

¹² De este tema se trata en el capítulo sobre la condición jurídica de los menores.

¹³ Ver la sección de este capítulo sobre la sociedad de hecho.

orden a los bienes de los concubinos. No modifica la propiedad de los bienes tenidos antes de unirse, ni afecta los adquiridos durante la unión. Esto no impide que, entre concubinos, como entre cualesquiera dos personas, se forme una copropiedad o se constituya una sociedad de hecho o que se produzca el enriquecimiento injusto del uno como resultado del empobrecimiento del otro.

La prohibición de la venta entre cónyuges¹⁴, la revocabilidad de las donaciones entre cónyuges¹⁵ y la nulidad de las donaciones indirectas entre cónyuges¹⁶, abrogadas en Francia en 2004, pero vigentes en la República Dominicana, en Francia no tenían y en la República Dominicana no tienen, aplicación a los concubinos.¹⁷

Finalmente, entre concubinos no hay derechos hereditarios *ab intestato* ni reserva hereditaria, lo cual en Francia es de gran trascendencia, ya que los derechos sucesorales del cónyuge sobreviviente en ese país son considerables.

Concubinato y matrimonio por comportamiento. En algunos países y en ciertas épocas se ha admitido que cuando dos personas viven juntas y se ostentan como casadas, sobre todo si han procreado hijos, existe entre ellas, no un concubinato, sino un matrimonio. La identificación de la unión libre con intención matrimonial con el matrimonio mismo fue reclamada desde hace tres siglos por Loisel, cuya exclamación, llena de sentido común, se repite a menudo: *Boire, manger, coucher ensemble, c'est mariage ce me semble*. El derecho romano era, en este aspecto, más avanzado que el derecho actual. Aunque usualmente el matrimonio se formalizaba en Roma con una ceremonia, el matrimonio *solo consensu* era también admitido. En los Estados Unidos el matrimonio por comportamiento, llamado *Common Law marriage*, estaba muy difundido en el siglo XIX y todavía se reconoce en algunos Estados. El matrimonio por

¹⁴ Código Civil, art. 1595

¹⁵ Código Civil, art. 1096

¹⁶ Código Civil, art. 1099

¹⁷ RTD civ.2003.64 no. 12

comportamiento, donde existe, difiere del concubinato en que existe la creencia de ser casado y en el hecho de darse a conocer públicamente como marido y mujer. Difiere del matrimonio formal en la falta de prueba preconstituida en la forma de un acta expedida por un sacerdote o un funcionario del estado civil. En el matrimonio por comportamiento hay, por así decir, posesión de estado de persona casada. El matrimonio por comportamiento no es admitido ni en Francia, ni en la República Dominicana. Sin una ceremonia, aunque sea legalmente ineficaz, no puede haber siquiera un matrimonio putativo.

Las liberalidades entre concubinos. La validez de las donaciones y de los legados entre concubinos ha dado lugar a controversias doctrinales y jurisprudenciales en torno a la posible inmoralidad de su causa. Hasta una sentencia de la Corte de Casación del 3 de febrero de 1999,¹⁸ la determinación de la causa de estas donaciones estaba sometida como cuestión de hecho a la soberana apreciación de los jueces del fondo, con resultados no siempre congruentes. La línea de demarcación que se quería establecer se trazaba entre la liberalidad a cambio de la formación o continuación de la relación, considerada como inmoral, y la liberalidad como retribución de la ayuda recibida de la concubina en el hogar o en el trabajo o la gratitud inspirada por las atenciones que la concubina le había dispensado durante una enfermedad, así como la indemnización por el daño que la separación causaba a la concubina, motivos loables, que permitían mantener la validez del donativo.

En la jurisprudencia dominicana predominaba el mismo criterio. Para la Suprema Corte, sólo están afectadas de inmoralidad las liberalidades inspiradas por el deseo de asegurar, ya sea la formación, la continuación o la reanudación de relaciones inmorales, ya sea su remuneración. En el asunto ante la Corte, el mo-

¹⁸ Civ. 1^a de 3 de febrero de 1999, D.1999.267, RTD civ.1999.364, también 388, 817 y 892.

tivo había sido lícito. Para instituir a su concubina como legataria universal, el testador se había inspirado en el deseo de testimoniarse su gratitud por los cuidados que le había dispensado durante los últimos años de su vida.¹⁹

En la práctica, a través de la jurisprudencia francesa que aplicaba esta distinción, se observaba, no solamente la dificultad de determinar el motivo de cada donación o legado, sino sobre todo el hecho de que frecuentemente las donaciones entre concubinos tenían varios motivos combinados. Además, los tribunales inferiores entendían que, cuando el concubinato era adulterino, por el hecho de que uno de los concubinos violaba su deber de fidelidad con la connivencia del otro, la donación era necesariamente inmoral.

La sentencia de la Corte de Casación francesa del 3 de febrero de 1999 puso fin a estas incertidumbres. Un anciano de 77 años de edad había quitado el domicilio matrimonial para instalarse en la casa de una ex empleada, que lo cuidó hasta que murió seis meses después. La Corte anuló una sentencia que había declarado nula una disposición testamentaria a favor de la concubina. La Corte razonó que una liberalidad hecha a una concubina adúltera, inclusive para mantener la relación, no es contraria a las buenas costumbres. Esta sentencia provocó profundas divergencias de opinión entre los que veían en ella un paso más hacia la erosión del matrimonio y los que la saludaban como el reconocimiento de un cambio en las nociones de moralidad.

No todas las cortes de apelación se convencieron. Para vencer la resistencia de una de ellas, la Corte de Casación en Asamblea Plenaria reiteró que «no es nula por tener una causa contraria a las buenas costumbres, la liberalidad consentida en ocasión de una relación adúltera».²⁰ En este asunto también se trataba de un anciano a quien una mujer ayudaba con los quehaceres del hogar. La Corte de Casación no podía discrepar de la determinación que, en

¹⁹ B.J.887.2681, Discurso B.J.890.7

²⁰ Sentencia del 29 de octubre de 2004, RTD civ.2005.104 no. 8, 368 no.12 y 439 no. 2

uso de su soberana apreciación, había hecho la corte de apelación, en el sentido de que la liberalidad (en este caso una póliza de seguro de vida) se había hecho para «proseguir y mantener una relación adúltera». Para casar la sentencia recurrida, era necesario reiterar que, como cuestión de derecho, el concubinato no es inmoral por el hecho de ser adúltero.

Esta jurisprudencia va más allá de los concubinatos adúlteros ; su alcance es eliminar para toda clase de concubinato la distinción moralizadora y muy difícil de aplicar entre los casos de liberalidad para remunerar un servicio y una liberalidad para mantener una relación principalmente sexual. Si una liberalidad hecha para establecer o mantener una relación adúltera es válida, con mayor razón lo será una liberalidad hecha para establecer o mantener una relación entre personas no vinculadas por el matrimonio. De todos modos, se requiere que haya un concubinato, es decir, una vida común estable y duradera. La jurisprudencia no llega hasta declarar lícita una liberalidad hecha con motivo de una relación predominantemente sexual, pasajera u ocasional.

Hasta donde sepamos, la Suprema Corte dominicana no ha tenido ocasión de decidir si acoge o no este nuevo criterio sobre la causa de las liberalidades entre concubinos. Su definición del concubinato, en que la relación adúltera se califica de «pérfida», hace suponer que se mantiene dentro de la línea tradicional, que considera *per se* inmoral toda liberalidad entre concubinos adúlteros.

¿Préstamo o donación? Cuando se produce la desavenencia y la separación, uno de los concubinos alega que un bien específico o una suma de dinero ha sido prestado al otro, mientras el otro alega que le fue donado. Ninguno tiene documento en que apoyar su pretensión. La jurisprudencia no está fijada sobre la calificación de este tipo de acto. En un caso la concubina cobró dos cheques que le dio el concubino y empleó los fondos para su

uso personal. Fue condenada a devolver el dinero, al no haber podido probar que hubiera una intención de liberalidad.²¹ En un asunto en sentido contrario, los padres de la concubina habían avanzado recursos al concubino, que trataron de recuperar cuando el concubinato llegó a su fin. Sostenían que la necesidad de un escrito, establecido por el artículo 1341 del Código Civil, era excusada ante la imposibilidad moral de obtenerlo. Pero tampoco pudieron aportar otra prueba de la existencia de un préstamo. El aporte del dinero fue visto como una donación manual al concubino.²²

Ambos asuntos fueron mal decididos. Entre concubinos, mientras perdura su relación, se puede presumir una intención de liberalidad en base a lo que podríamos llamar la *affectio concubinaria*, mientras que una suma entregada al concubino por el padre de la concubina debe presumirse dada a título de préstamo.²³ Es preferible el criterio, según el cual, a falta de prueba de la existencia de un préstamo, la concubina puede retener las sumas recibidas de su concubino, como contribución a los gastos del hogar o como remuneración por los servicios prestados.²⁴

La reclamación por la muerte del concubino por el hecho de tercero. La regla antigua en Francia, consagrada por una sentencia del año 1937,²⁵ no permitía que la concubina reclamase daños y perjuicios por la muerte de su concubino, porque las relaciones entre ellos no estaban jurídicamente protegidas. Implícitamente la jurisprudencia dominicana, hasta su sentencia del 17 de octubre de 2001, estaba en el mismo sentido. En un asunto se subrayó que, si la concubina podía reclamar daños y perjuicios por el desalojo irregular de su concubino, no era en su condición de concubina, sino en vista del daño que ella misma había experimentado.²⁶

²¹ RTD civ.2002.490 no. 11

²² RTD civ.2005.576, no. 9

²³ Véase el comentario en RTD civ.2000.88

²⁴ RTD civ.1995.331

²⁵ Sentencia del 27 de julio de 1937, DP 1938, 1, 5

²⁶ B.J.942.652

En Francia esta jurisprudencia fue modificada por sentencia del 27 de febrero de 1970, en que se le reconoció a la concubina el derecho a reclamar una indemnización por la muerte de su concubino, dado que en ese caso el concubinato no era delictuoso, es decir adulterino, pues en esa época el adulterio era un delito. Después de esa sentencia, la jurisprudencia francesa admitió la acción en caso de que el concubinato había sido duradero y estable.²⁷ En un caso fue suficiente que el concubinato hubiese durado un año y medio.²⁸ Posteriormente, en 1975, el adulterio perdió su carácter delictivo, con lo cual quedó en suspenso la cuestión de saber si la concubina podía reclamar daños y perjuicios por la muerte de su concubino si la relación había sido adulterina. Una sentencia de la Corte de Casación lo admitió en un asunto en que la esposa no había elevado ninguna reclamación.²⁹ Si ambas mujeres, la esposa y la concubina, presentan demandas, a la luz de la tesis de que el concubinato adulterino no es en sí inmoral, habría que admitir que ambas pueden concurrir, ya que ambas han sido perjudicadas.³⁰

La misma lógica se aplica también en casos de accidente no mortal a uno de los concubinos, que reduce su contribución a los gastos del hogar.³¹

La Suprema Corte de Justicia dominicana, en su sentencia del 17 de octubre de 2001, también declaró que una concubina tiene calidad para reclamar daños y perjuicios por la muerte de su concubino, siempre y cuando el concubinato tenga las características de permanencia y estabilidad. Esta sentencia es vista por Daniel Nolasco³² como «un hito en los anales históricos de la justicia dominicana». Efectivamente, es la primera sentencia importante en el derecho de familia dictada por la Suprema Corte de Justicia presidida por el Dr. Jorge Subero Isa

²⁷ RTD civ.1994.570

²⁸ RTD civ.2001.858

²⁹ RTD civ.1975.709

³⁰ Así lo decidió la corte de apelación de Riom aun antes del cambio jurisprudencial sobre la moralidad de la causa en las liberalidades a la concubina adúltera. Riom 9 de nov. de 1978, JCP 1979, II, 19107

³¹ RTD civ.1993.330

³² Daniel Nolasco, *Instituciones del Derecho de Familia*, Ed. Jur. Trajano Potentini, tomo I, 2002, p. 231

después de la reforma del Poder Judicial. Sin embargo, la definición del concubinato dada en esa sentencia excluye la posibilidad de que la concubina pueda presentar esta clase de demanda si su relación fue adulterina.

La copropiedad entre concubinos. Durante el concubinato, las partes mezclan sus recursos, no solamente para cubrir los gastos de su hogar, sino también para adquirir bienes. Pueden figurar como co-arrendatarios de la residencia familiar o, si la compran, pueden figurar como copropietarios. A falta de prueba de la medida en que cada uno de ellos contribuyó al pago, a la hora de liquidar la copropiedad, si el bien se vende, el precio se divide por partes iguales.³³

En un caso la Corte de Casación se negó a extender al concubinato la atribución preferencial para retener la posesión de la residencia común, que existe en Francia en el matrimonio cuando se produce la disolución de la comunidad.³⁴ Pero esta solución no se aplicaría en una situación en que la concubina sigue ocupando la casa con sus hijos, pues entonces la casa sería una «residencia de naturaleza familiar».³⁵ En derecho dominicano la atribución preferencial de un bien de copropiedad no está formalmente reconocida, aunque, cuando se trata de un bien no susceptible de cómoda división, en lugar de ordenar la venta del bien, el juez de la partición puede atribuirlo a uno de los condueños a cambio de un pago compensatorio.

A la disolución del concubinato, por la muerte de uno de los concubinos o por separación, ellos o sus herederos deben emprender una doble operación: recobrar los bienes personales de cada uno y liquidar los bienes que se hayan adquirido en común. A falta de comprobante, el mobiliario se presume copropiedad en vista del carácter no exclusivo de su posesión.

³³ RTD civ.1996.882

³⁴ RTD civ.1969 no. 11 en la pág. 70

³⁵ Esta posibilidad fue admitida por la Corte de París, aun cuando en la especie consideró que la casa no era familiar. RTD civ.1994.570

En Francia se ha desarrollado un modo especial de tenencia de la propiedad, similar a la *joint tenancy* del derecho inglés. Esta modalidad consiste en comprar un bien en forma conjunta con cláusula de acrecentamiento (*clause d'accroissement ou clause tontinière*). Cada uno de los compradores adquiere la propiedad bajo condición de sobrevivir al otro. En vida de los compradores no se sabe cuál de los dos es propietario, pero cuando muere uno de ellos, el efecto retroactivo de la condición hace que el sobreviviente fue propietario desde el inicio. En la compra de inmuebles entre concubinos se practica a veces esta cláusula, que deja el inmueble al sobreviviente, sin disposición testamentaria y sin impuesto sucesoral. Como hemos visto, esta misma cláusula se observa también en los matrimonios celebrados bajo el régimen de la separación de bienes. En ambas situaciones se presenta un impase en caso de divorcio o separación, si las partes no se ponen de acuerdo sobre la venta o atribución del bien a uno de ellos. Como este método de tenencia no es más que una aplicación de la teoría general de las obligaciones, no hay razón para excluirlo en derecho dominicano.

Una sociedad de hecho. Si ambos concubinos han colaborado en un negocio o una explotación agrícola con su trabajo o con sus inversiones, habrá entre ellos una sociedad de hecho, que deberá ser liquidada cuando el concubinato llega a su fin. Hubo una sociedad de hecho en un asunto, en que el concubino tenía un negocio de taxis y su concubina trabajaba como secretaria y administraba el negocio cuando el hombre se enfermaba.³⁶

En numerosas ocasiones la concubina ha alegado que existía una sociedad de hecho en relación con los bienes adquiridos durante el concubinato, basándose en su colaboración con las faenas del hogar. La respuesta de la jurisprudencia francesa ha sido cautelosa, pues la admisión de la existencia de una sociedad de hecho en todos los concubinatos equivaldría a establecer para el concubinato un régimen económico similar a la comunidad que rige en el matri-

³⁶ RTD civ.2002.490, no. 11

monio. El solo hecho de vivir juntos no implica para la Corte de Casación francesa la existencia de una sociedad de hecho.³⁷ El hecho de que la concubina lleve el hogar y cuide a su concubino puede dar lugar al pago de una retribución (cosa que no se da en el matrimonio, en que existe entre los cónyuges el deber de asistencia), pero no produce una sociedad de hecho, en que los gananciales del concubino deban compartirse con ella.³⁸

En algunos de estos casos, los tribunales hablan de sociedad de hecho, cuando la relación entre los concubinos es de copropiedad, lo cual no acarrea ninguna diferencia en cuanto al resultado de la partición. En un asunto, el concubino dedicaba sus ingresos a financiar la adquisición de la casa mientras la concubina destinaba su salario y subsidio familiar a cubrir los gastos del hogar. Se declaró que hubo sociedad entre ellos en relación con la casa, que en realidad había sido pagada con los recursos de ambos.³⁹ Mejor hubiera sido calificar sus derechos sobre la casa como una copropiedad.

Aún habiendo sociedad de hecho o copropiedad, la repartición de los aportes puede ser desigual. En dos asuntos similares, el hombre vivía en la casa de su concubina, haciendo en su tiempo libre trabajos de adecuación y mejora en la casa de ella. Al producirse la separación, en un caso el hombre obtuvo la mitad del valor de las mejoras que había construido; en el otro obtuvo el pago del material contribuido por él, pero no el valor de su trabajo. En ninguno de los dos casos pudo la concubina obtener el pago del valor del alojamiento que había proporcionado a su concubino.⁴⁰ Aunque la Corte habló de sociedad de hecho, los aportes en industria fueron excluidos de la liquidación, como también el aporte en uso o alojamiento.

La jurisprudencia dominicana tradicionalmente ha sido negativa ante la idea de la sociedad de hecho entre concubinos. Permitir la

³⁷ RTD civ.1999.819, RTD civ.1997.636

³⁸ RTD civ.1996.133

³⁹ *Ibidem*

prueba de la existencia de una sociedad de hecho, dijo la Suprema Corte de Justicia en una vieja sentencia, sería dar protección jurídica a una situación contraria a la institución del matrimonio.⁴¹ Este criterio ha cambiado profundamente. La sentencia del 22 de junio de 2005⁴² admite la posibilidad de una sociedad de hecho, con el mismo efecto que hubiese empleado la Corte de Casación francesa, limitando su alcance al negocio en que habían colaborado los concubinos y sin incluir la fase doméstica de su vida común. Un hombre y una mujer se habían casado y se habían divorciado. Volvieron a unirse en concubinato y durante esa época ambos fomentaron una panadería sobre un inmueble comprado por el concubino, y colaboraron en su explotación. Posteriormente se casaron de nuevo, pero no pudieron soportar la vida conyugal. A raíz de su segundo divorcio, la mujer solicitó y la Corte de Apelación acordó una división de todos sus bienes, aplicando el sistema de la comunidad legal. Su sentencia fue casada. Durante su época de concubinato, hubo una sociedad de hecho, limitada al negocio de la panadería. Los demás bienes adquiridos durante ese período, incluyendo el inmueble en que funcionaba la panadería, eran de la propiedad personal de cada uno.

La Suprema Corte de Justicia volvió sobre el tema de la partición de los bienes de los concubinos en su sentencia del 9 de noviembre de 2005.⁴³ Durante su vida común, el hombre produjo los ingresos y compró bienes a su nombre propio, mientras la mujer se dedicaba al hogar. Al producirse la separación, ella reclamó la división por partes iguales de los bienes ganados durante la unión. Sostuvo que acordar este derecho a la mujer casada y negárselo a la concubina constituía una discriminación injustificada. Rechazando este medio, la Suprema Corte explicó que nada impide a los concubinos establecer por contrato un régimen para sus bienes, derecho que también asiste a

⁴¹ Ambos casos son comentados en RTD civ.2005.576 no 9. Véase también RTD civ.1999.608, en que el concubino obtuvo el reembolso de los trabajos hechos por él a un pabellón propiedad de su concubina.

⁴² B.J.765.2364

⁴³ B.J.1135.176

⁴⁴ B.J.1140.128

las personas a punto de casarse, con la única diferencia de que la ley establece un régimen supletorio para el matrimonio, cosa que no hace para el concubinato. Después agregó: «Si durante la unión consensual los concubinos han aportado recursos de índole material o intelectual a la constitución o fomento de un patrimonio común, lo que en realidad se forma entre ellos es una sociedad de hecho» susceptible de partición de acuerdo con el artículo 823 y siguientes del Código Civil. Se mantuvo la sentencia recurrida, que había atribuido todos los bienes al ex concubino, a cuyo nombre estaban.

El sentido de estas palabras es poco claro. Si por recursos de índole «intelectual» la Suprema Corte de Justicia quiso decir «industrial», concepto del derecho de las sociedades, que permite emitir partes sociales o acciones al socio que aportó su trabajo, habría que hacer una partición de los bienes del concubinato, a los cuales el hombre hubiese contribuido con su dinero (aporte de recursos materiales) y la mujer hubiese contribuido con su trabajo del hogar (aporte en industria). Que esa no sea la interpretación correcta de la sentencia se desprende, primero del resultado al que llegó, y segundo de la referencia al artículo 823 del Código Civil, relativo, no a la liquidación de una sociedad, sino a la partición de una indivisión sucesoral.

Esta referencia señala que, para la Suprema Corte de Justicia, como para algunos tribunales franceses, existe una confusión entre una sociedad de hecho y una copropiedad. La sociedad de hecho requiere que haya una actividad económica emprendida conjuntamente por los concubinos, como la empresa de taxis o la panadería. Por otro lado, la copropiedad surge, no solamente en el caso de bienes comprados a título de copropiedad, sino también en relación con cada objeto poseído en común por los concubinos sin que exista la prueba de la adquisición a nombre de uno de ellos. En materia mueble, posesión común vale título común.

La Suprema Corte de Justicia no está diciendo que el régimen para el concubinato es la sociedad de hecho, de la misma manera como

el régimen para el matrimonio es la comunidad. En consonancia con la sentencia del 22 de junio de 2005, con la cual no entra en contradicción, una sociedad de hecho se constituye cuando ambos concubinos se dedican a un mismo negocio. La liquidación de una sociedad de hecho se hace devolviendo a cada cual lo que hubiese aportado, no solamente en bienes materiales, sino también en industria, si su trabajo en el negocio de la sociedad no se compensó con la repartición de beneficios.

Descartado el intento de equiparar a la concubina con la esposa a los fines de la comunidad, quedan otras avenidas menos ambiciosas que las concubinas pueden recorrer, cuando se han dedicado al hogar sin acumular bienes. Abarca como mínimo la partición de todos los bienes que se presumen comunes porque su posesión ha sido común y su propiedad no puede identificarse, incluyendo el mobiliario de la casa. Aparte de esto, una posibilidad es el pago de salario atrasado por servicios prestados al concubino en el mantenimiento de su casa, en aplicación del Código del Trabajo, en la medida en que el valor de su trabajo excede el costo de su subsistencia. Otra posibilidad es alegar el enriquecimiento injusto del concubino resultante del empobrecimiento de la concubina que, si no se hubiese dedicado a mantener el hogar, hubiese podido emprender una actividad lucrativa.

El empleo de un concubino por el otro. La jurisprudencia francesa se ha ocupado de la relación entre los concubinos cuando ambos trabajan juntos en el mismo negocio. Esa relación no constituye una sociedad de hecho cuando no existe igualdad entre ellos, sino que la concubina está subordinada al concubino en relación con su trabajo. Se configura entonces entre ellos una relación obrero-patronal.⁴⁴ La concubina que había trabajado en el bar-restaurante de su concubino obtuvo el derecho a un salario atrasado y a prestaciones laborales.⁴⁵ El trabajo de la concubina en el negocio de su

⁴⁴ RTD civ.1995.332

⁴⁵ RTD civ.2005.368 no. 11

concubino es plenamente retribuable, mientras que, en el matrimonio, no es resarcible sino en la medida en que excede del deber de ayuda intrafamiliar.⁴⁶

Principios generales de derecho aplicables al concubinato, especialmente la obligación natural. Varias teorías pueden invocarse en relación con el concubinato. Si los concubinos se ostentan como casados, el tercero que contrata con uno de ellos para beneficio de ambos puede basarse en la teoría de la apariencia para imponer la solidaridad que existe en el matrimonio en relación con los gastos del hogar. Si uno de los concubinos, con motivo de una enfermedad o de un viaje, es temporalmente incapaz de ocuparse de sus bienes, el otro puede reclamarle el reembolso de sus gastos necesarios o útiles para su conservación, bajo la teoría de la gestión de negocios. Aunque la teoría de la gestión de negocios no permite obtener sino el reembolso de los gastos (a menos que la gestión sea profesional), es posible invocar el enriquecimiento injusto para obtener el justo valor del servicio.

El principio general que, en los últimos tiempos, se ha invocado con mayor éxito, es la teoría de la obligación natural. A la hora de la separación, un concubino le había prometido a su concubina y madre de sus hijos, que podría seguir ocupando el inmueble de su propiedad. Este compromiso representó el cumplimiento de un deber de conciencia, que transformó su obligación natural en una obligación civil.⁴⁷ En otro asunto, el concubino había declarado que la casa comprada por él pertenecería a su concubina. Si bien este reconocimiento no cumplía con la forma de una donación, era la ejecución de una obligación natural de reparar el perjuicio resultante de su abandono.⁴⁸ En un tercer asunto, después de la separación, el concubino siguió enviando dinero a su ex concubina, reconociendo que era para él un deber moral. Su sinceridad le valió

⁴⁶ RTD civ.1997.102

⁴⁷ RTD civ.2000.297

⁴⁸ RTD civ.2002.489 no. 11

una condena a seguir haciendo los pagos en forma de una pensión fijada por el juez.⁴⁹

El Pacto Civil de Solidaridad (o pacs). El pacs fue introducido en Francia en 1999 como respuesta al deseo de los homosexuales de unirse en matrimonio. Como era una clase de unión distinta del matrimonio, los mismos homosexuales no quisieron que el hecho de ser «paseados» los identificara como homosexuales. Se abrió entonces la institución para personas de sexo diferente. La ley considera el pacs como un tipo más de contrato especial, pero su naturaleza lo acerca más al derecho de familia que al de los contratos. El nuevo artículo 515-1 del Código Civil lo define así: «El pacto civil de solidaridad es un contrato celebrado entre dos personas físicas mayores de edad, de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida común». Es un simple contrato, cuyo único requisito de forma es que debe constar en doble original. Después de celebrado el contrato, debe presentarse al secretario del tribunal del domicilio de los paseados, no al registro del estado civil. El secretario del tribunal tiene un registro especial de paseados, pero el público, y en especial los acreedores de uno de los paseados, no puede, a través de ese registro, tomar conocimiento de la identidad de su asociado.

En varios aspectos el pacs se parece al matrimonio. Está sujeto a los mismos impedimentos de afinidad y consanguinidad que el matrimonio. Existe entre los paseados el deber de «ayuda mutua y material», que recuerda los deberes de asistencia y socorro que existen en el matrimonio, pero el deber de fidelidad no está consagrado, aunque se pudiera pactar. Como lo indica el nombre mismo de «pacto civil de solidaridad», existe entre los paseados una obligación solidaria «para las necesidades de la vida corriente», que hace pensar en la obligación solidaria de los cónyuges para los gastos del hogar. Se sobreentiende que cada paseado dispone libremente de sus emolumentos y salarios después de haber cubierto los gastos de

⁴⁹ *Ibidem*

la vida común. El contrato de pacs puede contemplar que, a la conclusión del pacs, los bienes en copropiedad se dividen por partes iguales, aun cuando hayan sido comprados exclusivamente por uno de los pacsados. Aunque los aportes hayan sido desiguales, no hay liberalidad en esta división.

En otros aspectos el pacs se parece al concubinato. Los hijos de los pacsados son hijos naturales y su padre tiene que reconocerlos para dejar establecido el vínculo de filiación. No existe una presunción de paternidad a favor de los hijos concebidos durante la vigencia del pacs. Después de la disolución del pacs, no subsiste una prestación compensatoria, ni tiene la ex pacsada derecho a una pensión alimenticia. El deber de alimentos existe solamente entre parientes y el pacs no crea un parentesco. Para el mobiliario de la casa y los demás bienes cuya propiedad exclusiva no puede establecerse, rige la copropiedad que, a la hora de la disolución del pacs, se divide por partes iguales. Y, sobre todo, el pacs es fácilmente disoluble.

Una persona casada no puede celebrar un pacs, pero no existe un medio de control, como el que existe para evitar la bigamia en el matrimonio, ya que el registro del pacs es distinto del registro del estado civil. A falta de disposición legal, uno puede suponer que el pacs celebrado por una persona casada es nulo y que la relación entre pacsados, uno de los cuales es casado, es un concubinato adulterino. Por otro lado, la existencia de un pacs no impide la celebración posterior del matrimonio de uno de los pacsados con un tercero. El efecto del casamiento de uno de los pacsados no es la nulidad del matrimonio, como si fuese bigamo, sino que el matrimonio pone fin al pacs.

La gran diferencia entre el pacs y el matrimonio tiene que ver con la disolución. Los pacsados deseosos de separarse acuden al secretario del tribunal donde su contrato está registrado y manifiestan su voluntad de poner fin a su relación. Este mecanismo se parece al divorcio administrativo por mutuo consentimiento, que el derecho

francés no admite. También puede uno de los pacseados poner fin a la relación mediante notificación a su co-pacseado, mecanismo que se parece al repudio del matrimonio en el derecho romano.

Para muchas personas, el pacs tiene las ventajas del matrimonio (un cierto formalismo para su creación, una vida común con participación en los gastos del hogar) sin sus desventajas (inexistencia del deber de fidelidad, libre disolución, ausencia de prestación compensatoria o pensión alimenticia después de la separación). A pesar de sus imperfecciones técnicas, el pacs disfruta en Francia de una gran popularidad.

En la República Dominicana no existe una institución similar al pacs.

CAPÍTULO V

LA FILIACIÓN

El rasgo más característico del derecho de la filiación, tanto en Francia como en la República Dominicana, es la evolución hacia una mayor igualdad entre las diferentes clases de hijos (hijos legítimos, hijos naturales simples, hijos adulterinos) con excepción, en Francia, pero no en la República Dominicana, de los hijos incestuosos. Además, se ha producido en ambos países una mayor facilidad para el reconocimiento de un hijo y una mayor apertura de las acciones en establecimiento judicial de la filiación.

Visión histórica. Las reglas del Código Civil, en su versión original de 1804, se fundaban en el deseo de proteger la familia como institución. El hijo concebido en el matrimonio era «legítimo»; el hijo concebido fuera del matrimonio era simplemente «natural». Para disfrutar de una filiación paterna, el hijo natural necesitaba que su padre lo reconociera, cosa que el padre podía hacer si el hijo era natural simple, pero no si era adulterino o incestuoso. Si el padre no reconocía a su hijo natural, era necesario entablar una acción en establecimiento de la paternidad, pero esta acción no procedía sino en un caso muy raro: el rapto de la madre durante el período de la concepción. La jurisprudencia francesa durante el siglo XIX amplió ligeramente el concepto de «rapto» para incluir la violación, pero el hijo (o su madre, si el hijo era menor) tenía poco interés en establecer su filiación frente a un hombre que había tenido este comportamiento.

El hijo natural reconocido por su padre tenía un vínculo de parentesco con su padre y madre y frente a ellos podía reclamar alimentos, pero no tenía parentesco con los familiares de éstos. También podía heredar de su padre, pero si después de su reconocimiento su padre se casaba con otra mujer¹ y tenía hijos de su matrimonio, el hijo natural reconocido carecía de vocación hereditaria si entraba en concurso con la viuda o con los hijos legítimos de su padre.

La situación del hijo adulterino era aún más precaria. No podía ser reconocido por su padre y no podía siquiera reclamarle alimentos. Cosa curiosa: si su madre era la culpable del adulterio, la situación de su hijo podía ser la de un hijo legítimo, en aplicación de la presunción de legitimidad². Su padre no podía desconocerlo judicialmente excepto si su mujer le había ocultado el nacimiento. Aparte de este caso muy excepcional, el hijo conservaba su falso parentesco con el marido de su madre, y su padre (el amante de su madre) no podía reconocerlo. Este resultado, que hoy nos parece chocante, se justificaba antaño por el deseo de favorecer la legitimidad. En aquellos tiempos, el hijo adulterino estaba sometido a desventajas en relación con el empleo público, el servicio militar, la carrera eclesiástica y la vida social en general. Por eso el derecho trataba de reducir lo más posible el número de hijos adulterinos.

Esta situación perduró durante todo el siglo XIX. En Francia la primera reforma importante fue la ley del 16 de noviembre de 1912, que amplió las situaciones, en adición al rapto, en que el hijo natural podía demandar a su padre en establecimiento de su filiación. Hubo varias reformas de detalle posteriores y una nueva reforma general con la ley del 3 de enero de 1972. Recientemente hubo una reforma global, contenida en la Ordenanza del 4 de julio de 2005, que entró en vigor el 1º de julio de 2006.

¹ Si el padre se casaba, no con otra mujer, sino con la madre después de haber reconocido a su hijo, éste era legitimado por el subsiguiente matrimonio de sus padres y gozaba de los mismos derechos sucesorales que los hijos concebidos en el matrimonio.

² Según la presunción de legitimidad, que todavía existe aunque se llama presunción de paternidad, el hijo concebido dentro del matrimonio se presume hijo del marido.

En la República Dominicana el sistema del Código Civil ha sido objeto de diversas reformas, comenzando por la Ley No. 121 de 1939. Esta ley dispuso que «La filiación natural establecida por el reconocimiento voluntario produce los mismos efectos que la filiación legítima». En cuanto a la filiación adulterina, dispuso que si el padre cometió el adulterio, podía reconocer a su hijo ; pero que si la madre era adúltera, su amante no podía reconocer a su hijo a menos que su hijo hubiese sido previamente desconocido por su marido.³

Al poco tiempo de haber expedido esta ley, el legislador se percató de que había omitido tratar de los derechos sucesorales de los hijos naturales y adulterinos reconocidos. El legislador decidió exceptuar los derechos sucesorales de la igualdad proclamada en la Ley No. 121, dejándola sin su principal efecto. Con esta finalidad, al año siguiente, en la Ley No. 357 de 1940, los excluyó de todo derecho sucesoral *ab intestato*, pero hizo posible que recibieran por donación o testamento de su padre «hasta el límite de lo que pudieren recibir en caso de ser legítimos». Ninguna de estas dos leyes permitía la acción en establecimiento de la paternidad. Todo dependía de la voluntad del padre, tanto el reconocimiento como los derechos sucesorales.

La Ley No. 357 de 1940, a su vez, fue sustituida por la Ley No. 985 de 1945 sobre Filiación de Hijos Naturales, mucho más completa que las leyes anteriores. Debido a su larga vigencia, que duró hasta el año 2004, amerita un análisis detallado, que se emprende más abajo. Le siguió la Ley No. 14-94, conocida como el Código del Menor, que la modificó en parte, y la Ley No. 136-03, que hemos llamado el Segundo Código del Menor, que entró en vigor el 7 de agosto de 2004, que aportó cambios profundos. A grandes rasgos, las últimas reformas fueron las siguientes:

³ Como veremos más adelante, el marido podía desconocer la presunción de paternidad que pesa sobre él en tres casos: 1) si el hijo nació dentro de los 180 días del casamiento, 2) si nació dentro de los 300 días del casamiento y si durante estos días le fue imposible al marido tener contacto con su esposa y 3) si la esposa le ocultó el nacimiento y el marido intentó una acción en desconocimiento de su paternidad dentro de los dos meses de haber descubierto que el hijo de ella no era de él.

La Ley No. 985, en su artículo 2, eliminó la necesidad del reconocimiento de un hijo por su madre, declarando que su filiación resulta del solo hecho del nacimiento. Una sentencia de la Suprema Corte dedujo que el hijo natural, aun no reconocido por su madre, tenía derechos sucesorales, no solamente frente a ella, sino también frente a los familiares de ella, específicamente frente a su tío, quien había muerto sin dejar descendientes ni ascendientes.⁴ Frente al padre, el reconocimiento de un hijo natural era necesario y tenía que hacerse, o bien como parte del acta de nacimiento, o bien posteriormente ante un oficial del estado civil. Implícitamente la Ley No. 985 restó validez al reconocimiento hecho por declaración notarial o por testamento, formas que hoy se admiten.

Además, la Ley No. 985 abrió ligeramente la acción en establecimiento de la paternidad natural, encerrándola para su ejercicio en un plazo de 5 años a partir del nacimiento y restringiendo ampliamente su admisibilidad. Al caso de raptó, que el Código Civil contemplaba como único caso de admisibilidad de esa acción, la Ley 985 agregó la seducción mediante promesa de matrimonio, mediante maniobras dolosas o mediante abuso de autoridad. De presentarse una de estas situaciones, la madre, a nombre de su hijo, podía probar la filiación, es decir, la concepción por obra del demandado.

A estas condiciones de admisibilidad de la demanda en establecimiento de la paternidad natural una reforma del año de 1954⁵ añadió tres motivos más: el concubinato notorio, la confesión escrita de paternidad y la posesión de estado de hijo. Aunque estos elementos figuran en el texto, junto al raptó y a la seducción, como condiciones para la admisibilidad de la acción, por su misma índole no son condiciones de admisión, sino hechos que, una vez probados, hacen surgir una presunción de paternidad. No había en la Ley No. 985 ninguna restricción en cuanto a la prueba. La prueba

⁴ B.J.727.1933

⁵ Ley No. 3945 de 1954

del concubinato y de la posesión de estado tenía que hacerse por testigos. Era suficiente probar la existencia de uno de estos hechos para establecer la filiación, lo cual era muy liberal en una época en que la prueba genética no estaba disponible como medio de defensa del supuesto padre. En cambio, la ley dejó en la incertidumbre el efecto de otros hechos que podían hacer presumir la filiación, como el hecho de que el demandado visitaba regularmente a la madre en su apartamento durante el período de la concepción o de que ambos pasaban los fines de semana en un hotel de playa. Literalmente, para que tales hechos puedan ser reconocidos como pruebas de la filiación, tenía de demostrarse que hubo raptó o seducción. Hasta donde sepamos, la jurisprudencia no llegó a pronunciarse sobre esta cuestión.

En todo caso, aunque hubiera concubinato notorio, confesión escrita de paternidad o posesión de estado de hijo, la acción en establecimiento de la paternidad era inadmisibile si la madre había tenido relaciones sexuales con más de un individuo (caso de la llamada *exceptio plurium concubentium*), si llevaba una conducta licenciosa o si el presunto padre era impotente. Éstas eran las tres defensas del hombre frente a la prueba del concubinato notorio o de la posesión de estado. No era claro si podía invocar su impotencia frente a una confesión escrita de paternidad.

Al igual que las leyes anteriores, la Ley No. 985 de 1945 permitió el reconocimiento del hijo adulterino si el adulterio provenía del padre. Si el hijo adulterino no era reconocido, la ley no le daba acción en establecimiento de su paternidad excepto en los casos de raptó y seducción de su madre. La jurisprudencia así lo entendió.⁶ Esta restricción se debió en parte a consideraciones moralizadoras y en parte al temor de demandas infundadas que estorbarían la tranquilidad de las buenas familias.

Siguiendo también la legislación anterior, si el adulterio provenía

⁶ B.J.739.1379

de la madre, el padre (es decir, el amante de la madre) no podía reconocer a su hijo excepto si el marido lo había desconocido.⁷ Si el marido conservaba al hijo de su mujer, invocando la presunción de legitimidad, su padre no podía reconocerlo.

Al igual que el Código Civil, la Ley No. 985 mantuvo la prohibición del reconocimiento del hijo incestuoso.⁸

Otro de los avances de la Ley No. 985, modificada en 1954, aparte de abrir la acción en establecimiento de la paternidad natural, fue otorgar derechos sucesorales *ab intestato* al hijo natural reconocido, disponiendo, sin embargo, que si entraba en concurso con los hijos legítimos de su padre,⁹ tenía derecho solamente a la mitad de la parte hereditaria de un hijo legítimo. No reiteró el derecho del hijo natural reconocido, consagrado por la Ley No. 357, de recibir por donación o testamento hasta el límite de lo que podría percibir en caso de ser legítimo, dejándolo implícitamente con la sola posibilidad de recibir por donación o testamento la porción libremente disponible de su padre. La Ley No. 985 nada dispuso acerca de los derechos sucesorales del hijo adulterino, aun reconocido, ni *ab intestato*, ni por donación o testamento.

El Primer Código del Menor (la Ley No. 14-94) proclamó el principio de la igualdad de los hijos naturales con los legítimos¹⁰, extendiéndolo expresamente a sus derechos sucesorales, pero favoreció al hijo natural solamente si había sido reconocido o si había logrado establecer su paternidad judicialmente según los criterios de la Ley No. 985.

⁷ Véase la nota 2

⁸ Con una salvedad para el caso de que se probara la buena fe del padre. Como para el derecho la buena fe es igual a la ignorancia, uno se queda perplejo ante la posibilidad de que el padre no supiese con quien entretenía relaciones sexuales. El legislador sin duda recordó la leyenda del Rey Edipo, quien sin saberlo se casó con su madre.

⁹ Esto sucedería si su padre se casaba después de haberlo concebido, no con su madre, sino con otra mujer, con la que procreó hijos legítimos.

¹⁰ La Ley 14-94 dispone en su artículo 14: Todos los hijos e hijas, ya sean nacidos de una relación consensual, de un matrimonio o adoptados, gozarán de iguales derechos y calidades, incluyendo los relativos al orden sucesoral.

El Primer Código del Menor extendió de 5 años hasta la mayoría de edad del hijo, el plazo en que la madre podía intentar la acción en establecimiento de la paternidad natural, aunque sin disponer nada acerca de si el hijo mismo, una vez alcanzada la mayor edad, podía intentar la acción en nombre propio. La jurisprudencia sobre ese punto era también indecisa.¹¹

El Primer Código del Menor no liberalizó las restricciones de fondo a la acción en establecimiento de la paternidad provenientes de la Ley No. 985. La igualdad proclamada por el Primer Código del Menor era ilusoria en los casos en que el hijo no era reconocido y tenía cerrado el camino al establecimiento de su filiación por vía judicial, lo cual sucedía normalmente con los adulterinos y siempre con los incestuosos.

Para remediar a esta situación, la Ley No. 136-03 o Código para el sistema de protección y lo derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes (en adelante código NNA). Segundo Código del Menor elimina todas las trabas de fondo a la acción en establecimiento de la filiación, tanto natural como adulterina e incestuosa; facilita la prueba de la filiación, que puede hacerse con la posesión de estado y con la prueba científica (o sea, la compatibilidad sanguínea o genética); y elimina por completo el plazo de la acción en establecimiento de la paternidad, haciéndola imprescriptible.

Entrada en vigencia del Segundo Código del Menor. La Ley No. 136-03 o Segundo Código del Menor, según su artículo 486, entró en vigor un año después de su promulgación, es decir, el 7 de agosto de 2004. Es una ley de orden público y, como tal, destinada a

¹¹ La sentencia del 26 de marzo de 1967, B.I.656.376, dejó correr de nuevo el plazo para la acción del hijo mismo después de su mayor edad, criterio que fue seguido por la sentencia del 21 de agosto de 1968, B.I.693.1835, pero en su sentencia del 5 de noviembre de 1969, la Suprema Corte varió su criterio, sosteniendo que el plazo de la minoría del hijo «es de rigor» y no se prolongaba después de la mayor edad. Sentencias citadas por Artagnán Pérez Méndez, *Sucesiones y Liberalidades*, Sexta Ed., 2005, p. 32

tener aplicación inmediata a situaciones existentes al momento de su entrada en vigor, aunque tales situaciones se hubiesen originado en hechos anteriores. Su artículo 486 va más allá, al disponer que la ley «se aplicará a todos los casos en curso de conocimiento». Esta disposición obliga a los tribunales a variar la ley aplicable al momento en que comenzó el litigio. Como el efecto principal del Código, en orden a la filiación, tiene que ver con la procedencia de la acción y con la admisibilidad de las pruebas, su aplicación en los litigios en curso obligará a los jueces a disponer nuevas medidas de instrucción. Sería también posible que un asunto, decidido correctamente por una corte de apelación en base a la ley aplicable al momento en que dictó su sentencia, sea casada por la Suprema Corte por no haber aplicado el Segundo Código. El deseo del legislador de hacer aplicable el Segundo Código a asuntos judiciales pendientes muestra la urgencia que tenía en poner en práctica las reformas introducidas.

El Segundo Código del Menor nada dispuso en relación con las sucesiones liquidadas antes de su entrada en vigor. Si la liquidación es el resultado de una partición judicial de la sucesión, el principio de la cosa juzgada se opone a que sea reabierta. Pero si la partición se hizo amigablemente, excluyendo a un hijo natural o adulterino no reconocido, nada se opone a que el hijo excluido entable ante el Tribunal de Niños una acción en establecimiento de su filiación frente a su padre difunto y, una vez lograda la sentencia definitiva en ese proceso, intente contra los demás herederos una acción ante la Jurisdicción Civil o de Tierras en reapertura de la sucesión.

La aplicación inmediata de una ley, aun cuando se extienda a los asuntos judiciales en curso, no es contraria al principio de la no retroactividad consagrado por el artículo 47 de la Constitución. Una ley de esta índole se aplica para el porvenir, modificando a partir de su entrada en vigor los efectos de una situación jurídica anterior, que puede ser contractual o legal. Las leyes de orden público suelen ser de aplicación inmediata. Los ejemplos pueden

multiplicarse.¹² Las leyes de aplicación inmediata modifican situaciones existentes sin crear una inseguridad jurídica para las partes afectadas, aunque su seguridad jurídica no se deriva de la legislación anterior, sino de la nueva, lo cual en materia civil no da lugar a una inconstitucionalidad.¹³

En atención justamente a la seguridad jurídica, las leyes que se relacionan con la forma de los actos jurídicos se aplican solamente a los actos celebrados con posterioridad a su entrada en vigor. Los reconocimientos de hijos naturales hechos con anterioridad a la entrada en vigor del Segundo Código del Menor se rigen por la ley anterior. En cambio, las leyes sobre la admisibilidad de las acciones y sobre la prueba tienen efecto inmediato y pueden declararse aplicables a los procesos en curso. Al abrir la acción en establecimiento de la filiación donde antes estaba cerrada, el Segundo Código del Menor no cambia la situación del hijo natural frente a su padre. Solamente permite que el juez tenga acceso a la realidad.

Un problema de interpretación surge, sin embargo, de la redacción poco afortunada del artículo 486 del Segundo Código. En contradicción con la teoría de la aplicación inmediata de la ley, este artículo declara que el Código se aplicará «a todos los hechos que se produzcan a partir del vencimiento de este plazo» [del plazo de un año después de su promulgación]. Interpretada la palabra «hechos» literalmente y fuera de contexto, y considerando que, en re-

¹² He aquí algunos ejemplos de leyes con aplicación inmediata: una ley aumentando en un 10% los salarios inferiores a determinado límite modifica los contratos de trabajo existentes; el Decreto 4807 de 1959 sobre Control de Alqui-leres modificó el contenido de los contratos de arrendamiento a los que se aplicaba; la ley que liberalizó el divorcio afectó los matrimonios existentes a la fecha de su promulgación; el Primer Código del Menor (Ley No. 14-94), al disponer la igualdad entre los hijos naturales y los legítimos, modificó la situación jurídica de los primeros; la Ley No. 173, al fijar una indemnización por la no renovación de los contratos de distribución, que según sus términos estaban vencidos, modificó el efecto de tales contratos; una ley laboral que aumenta el importe de la cesantía modifica los términos del contrato de trabajo; la ley que establece la igualdad entre marido y mujer en la administración de la comunidad modifica los derechos del marido en las comunidades legales existentes, etc.

¹³ El artículo 47 de la Constitución declara en su tercera oración que «En ningún caso la ley ni poder público alguno podrán afectar o alterar la seguridad jurídica derivada de situaciones establecidas conforme a una legislación anterior». Esta oración se relaciona con la anterior, que impide que la ley penal tenga efecto retroactivo «sino cuando sea favorable al que esté sub-judice o cumpliendo condena». Por el contexto se ve que la prohibición de «alterar la seguridad jurídica derivada de situaciones establecidas conforme a una legislación anterior» se aplica en el ámbito penal exclusivamente. La interpretación contraria haría inconstitucional la aprobación de leyes de aplicación inmediata.

lación con la filiación, el «hecho» pertinente es la concepción, se podría argumentar que el Segundo Código del Menor no se aplica sino a los hijos concebidos con posterioridad al 7 de agosto de 2004, fecha de su entrada en vigor, y nacidos normalmente a partir de mayo de 2005. Que ésta no haya sido la intención del legislador se desprende, primero, del carácter de orden público de la ley y, segundo, de su aplicabilidad a los procesos judiciales en curso, lo cual muestra la urgencia del legislador de que se ponga en vigor lo más pronto posible. Una interpretación literal de la palabra «hechos» significaría que, por muchos años, las demandas en establecimiento de la filiación paterna estarían sometidas a la legislación anterior.

Las derogaciones. El Segundo Código del Menor en su artículo 487 deroga el Primer Código del Menor (Ley No. 14-94) « con todas sus disposiciones». También deroga la Ley No. 985 de 1945, pero solamente «en la parte que sea contraria a las disposiciones del presente Código». Analizando esta ley, se percibe muy poco que haya sobrevivido al Segundo Código del Menor.¹⁴ La Ley No. 985 de 1945 tiene tres clases de disposiciones: las relativas al reconocimiento de los hijos naturales, adulterinos e incestuosos; las relativas a la acción en establecimiento de la paternidad y las relativas a los derechos sucesorales de los hijos naturales. Todos estos temas son tratados por el Segundo Código del Menor. En un punto, sin embargo, el Segundo Código tiene una laguna, que puede colmarse continuando la vigencia, sobre ese punto, de la Ley No. 985, modificada por la Ley No. 3945. Entre los medios de prueba de la filiación natural, el Segundo Código menciona la posesión de estado, pero omite la confesión escrita de paternidad y el concubinato notorio de los padres durante el período de la concepción, elementos que la Ley No. 985 admite expresamente. Estos medios de probar la paternidad pueden salvarse recurriendo a la Ley No. 985, gracias a que no fue totalmente derogada. Queda, además, un punto de duda en relación con la posibilidad para el abuelo, después de

¹⁴ Con la posible excepción del derecho del abuelo de reconocer al hijo natural desu hijo después de la muerte de éste. Como se verá más adelante, este regla está tácitamente derogada.

la muerte de su hijo, de reconocer al hijo de éste. Sobre este punto volveremos.

El Primer Código del Menor fue totalmente derogado, pero el principio de la igualdad de todos los hijos, que constituye su mayor aporte al derecho dominicano, se reiteró textualmente en el artículo 61 del Segundo Código. Aunque el texto es igual, el alcance es mayor, porque, gracias a la derogación de la Ley No. 985, la prohibición del reconocimiento de los hijos incestuosos y los obstáculos a la admisibilidad de la acción en establecimiento de la filiación natural y adulterina han desaparecido. Se entiende, pues, que todos los hijos, tanto legítimos como naturales como adulterinos como incestuosos como adoptados, disfrutaban durante su menor edad de los mismos derechos a manutención y educación y tienen en todo momento la misma vocación sucesoral.

El artículo 487 del Segundo Código del Menor no menciona ninguna disposición del Código Civil como derogada. Los artículos relativos a los hijos naturales ya fueron derogados por la Ley No. 121 de 1939. Quedan las reglas referentes a los hijos legítimos o, como hoy se diría, a los hijos concebidos en el matrimonio. La situación de estos hijos siempre ha sido muy favorable. Gozan del vínculo frente al marido de su madre sin necesidad de reconocimiento. Su filiación, cuando no aparece en su acta de nacimiento, puede probarse con el acta de matrimonio de su madre o por la posesión de estado o, faltando ésta, por testigos cuando hay otros indicios graves, como papeles de familia. Su acción en reconocimiento de estado es imprescriptible. El marido de su madre se enfrenta con obstáculos casi siempre insuperables para impugnar su filiación. ¿Por qué estorbar a los hijos legítimos en el disfrute de su situación favorable? El propósito del Segundo Código del Menor ha sido aportar alivio a la posición desventajosa de los hijos naturales, no quitarles a los legítimos las ventajas de su nacimiento. Hay que entender, pues, que las disposiciones del Código Civil, en lo atinente a los hijos legítimos, permanecen vigentes.

De todas maneras, los artículos del Código Civil relativos a la legi-

timación de los hijos naturales por el posterior matrimonio de sus padres¹⁵ han perdido toda trascendencia jurídica, desde el momento en que la distinción entre hijos legítimos y naturales reconocidos ha dejado de existir. La única utilidad de la legitimación, mientras no sea formalmente abolida, sería satisfacer el orgullo del hijo natural reconocido, que puede ostentar la calidad de legítimo después del matrimonio de sus padres.¹⁶

Las incertidumbres creadas por las derogaciones parciales en la República Dominicana se deben a la tendencia de efectuar reformas del derecho civil en leyes especiales. Las comisiones que redactaron los proyectos de reforma de la filiación no las insertaron en el lugar que les corresponde en el Código Civil. Las Leyes Nos. 121, 357 y 985 se quedaron como leyes aisladas sobre Filiación de los Hijos Naturales. Las modificaciones recientes del derecho de la filiación se insertaron en el Código del Menor y en el Segundo Código del Menor, cuando la filiación nada tiene que ver con la niñez. La filiación es una situación que perdura por toda la vida y en ciertos casos se hace valer, o por el contrario se impugna, cuando el supuesto hijo eleva sus pretensiones hereditarias. En muchos casos, en ese momento, ya tiene alrededor de 50 años de edad.

El Segundo Código del Menor introduce modificaciones importantes en el derecho de la filiación, pero lo hace de manera muy escueta y superficial en solamente tres artículos: el 61, que reitera el principio de la igualdad de todas las clases de hijos, el 62 sobre prueba de la filiación y el 63 sobre modalidades de reconocimiento. Sus disposiciones requieren una muy amplia aclaración para ser comprendidas.

La competencia del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes. El Tribunal, creado para conocer de los asuntos que regula el Código

¹⁵ Arts. 331 hasta 333

¹⁶ En Francia las disposiciones relativas a la legitimación fueron, primero, modificadas en 1972 para permitir la legitimación bajo autoridad judicial cuando los padres se habían casado sin tomar la precaución de reconocer previamente a su hijo, y después fueron formalmente derogadas por la ordenanza del 4 de julio de 2005.

del Menor, es un tribunal de excepción, cuya competencia se limita a asuntos específicos, que sin embargo son bastante numerosos. El artículo 211 del Segundo Código del Menor contiene una enumeración de los asuntos que caen bajo la competencia de la Sala de lo Civil del Tribunal de Niños. Los principales elementos de su competencia son:

- a) Las acciones relativas a los conflictos de filiación y las acciones en reconocimiento y desconocimiento (o sea, las acciones en establecimiento y en impugnación) de la filiación.¹⁷
- b) Las acciones en rectificación de las actas del estado civil,¹⁸ aunque no está claro si esta competencia abarca todas las actas o solamente las actas de los niños, niñas y adolescentes, es decir, de los menores de edad.
- c) La regulación de las actas de nacimiento tardías.¹⁹
- d) Lo relativo a la autoridad de los padres.²⁰
- e) El otorgamiento de la guarda de los niños²¹ y el derechos de visita.²²
- f) Los procesos de adopción.²³
- g) La autorización al niño a salir al extranjero si los padres no están de acuerdo sobre este punto.²⁴

El Tribunal de Niños en su Sala Penal es competente para disponer el pago de alimentos a favor de un menor²⁵ y de sancionar penalmente al padre que persiste en su negativa a cumplir con este deber después de haber sido requerido para ello.²⁶

El Tribunal de Niños es competente para otorgar la guarda y el dere-

¹⁷ Artículo 65, así como artículo 211, letra a)

¹⁸ Art. 211, letra b)

¹⁹ Art. 211, letra c)

²⁰ Art. 211, letra e)

²¹ Art. 90

²² Art. 96

²³ Art. 211, letra h)

²⁴ Segundo Código del Menor, art. 109

²⁵ Segundo Código del Menor, art. 176, Párrafo

²⁶ Segundo Código del Menor, art. 196

cho de visita cuando los padres viven separados, pero en los casos de divorcio la competencia del Tribunal de Niños cede ante la competencia del tribunal apoderado de la demanda de divorcio. El juez de lo civil que admite el divorcio es competente para otorgar la guarda de los hijos menores del matrimonio, tanto durante el proceso de divorcio como medida provisional²⁷, como también en la sentencia que pone fin al proceso. El juez del divorcio puede modificar sus medidas provisionales si durante el proceso cambian las circunstancias.²⁸ Esta competencia se desprende de la Ley de Divorcio y es corroborada por el Código del Menor.²⁹

¿Cesa la competencia del juez del divorcio una vez dictada la sentencia que pone fin al proceso? A esta interrogante contesta una reciente sentencia surgida de un litis en modificación de la pensión fijada por la sentencia de divorcio para el sostenimiento de los hijos menores del matrimonio disuelto. La Suprema Corte, basándose en el carácter revisable y por ende provisional de la pensión, consideró que el cambio de la pensión debe solicitarse ante el mismo tribunal que la fijó y que la competencia del juez del divorcio continuaba, con exclusión de la competencia del Juez de Niños.³⁰ El mismo razonamiento puede hacerse en relación con la guarda, que también es provisional y modificable ante cambios en las condiciones de vida de los padres. Esta decisión es criticable, porque le resta al Juez de Niños la mayor parte de los asuntos relativos al cambio de pensiones y de la guarda, cuando el Juez de Niños está especializado en esas materias y cuenta con el experticio de los psicólogos y trabajadores sociales empleados por CONANI. No es seguro que esta tesis se mantendrá, dado que la sentencia fue dictada en aplicación del Primer Código del Menor, en un pleito que se originó cuando los Tribunales de Niños apenas se estaban formando.

Si la sentencia de divorcio nada dispone acerca del derecho de vi-

²⁷ Ley de Divorcio No. 1306-bis, art. 21

²⁸ *Idem*, art. 12, Párrafo 1

²⁹ Segundo Código del Menor, art. 94, letra a)

³⁰ La sentencia se basó en el ordinal 4 de la Resolución de la Suprema Corte del 312 de octubre de 1997, dictada en aplicación del Primer Código del Menor (Ley 14-94). Sentencia del 13 de julio de 2005, B.J.1136.182

sita, cosa que la Ley de Divorcio no contempla, el padre o la madre que haya sido despojado de la guarda en la sentencia de divorcio, podría en nuestra opinión acudir al Tribunal de Niños para obtener la reglamentación de su derecho de visita. No hay razón para negar en ese caso la competencia del Juez de Niños, ya que el juez del divorcio no es competente.

El Tribunal de Niños no tiene competencia en materia cuasidelictual. Las acciones contra los padres y tutores por los actos cometidos por los niños bajo su autoridad son de la competencia de los tribunales civiles, según el mismo Código.³¹ Además, la Suprema Corte ha decidido que el Tribunal de Niños no es competente para conocer de una demanda en daños y perjuicios de un menor contra su padre por haber dejado transcurrir quince años antes de reconocerlo.³²

La igualdad de los hijos en derecho dominicano. El Primer Código del Menor, así como el Segundo, establecen la igualdad entre todos los hijos en cuanto a «sus derechos y calidades».³³ La igualdad en cuanto a sus derechos se refiere al aspecto patrimonial de la relación de padre a hijo, en cuanto a manutención y educación, «incluyendo los relativos al orden sucesoral», como lo dice expresamente el artículo 14 del Primer Código y el artículo 61 del Segundo Código. La palabra «calidades» está destinada a abolir las diferentes categorías de hijos, «ya sean nacidos de una relación consensual, de un matrimonio o adoptados,» según reza este artículo. No tiene por finalidad abolir las reglas existentes sobre establecimiento de la filiación, sino asentar que, una vez lograda la filiación, sea por acta de nacimiento, reconocimiento o acción judicial, sus efectos son los mismos, independientemente de que la filiación sea natural o legítima o de cualquier otra clase. Sin embargo, el alcance de la

³¹ Segundo Código del Menor, art. 69, Párrafo III

³² B.J.1116.49 (Noviembre de 2003)

³³ El artículo 14 del Primer Código del Menor, así como el artículo 61 del Segundo Código, dispone: Todos los hijos e hijas, ya sean nacidos de una relación consensual, de un matrimonio o adoptados, gozarán de iguales derechos y calidades, incluyendo los relativos al orden sucesoral.

igualdad de todos los hijos no es completa. Algunas diferencias siguen existiendo, muchas de ellas justificadas o necesarias:

- a) En los medios de establecimiento de la filiación persiste, aun bajo el Segundo Código, una profunda diferencia entre hijos legítimos e hijos naturales. Los hijos concebidos por una mujer casada disfrutan de la presunción de paternidad del esposo de ella. El principio *Pater is est quem nuptiae demonstrant* está expresamente reconocido por el Segundo Código, cuando dice: «Los hijos nacidos dentro del matrimonio se reputan hijos del esposo». ³⁴ Su madre o un testigo del parto pueden inscribirlos en el registro del estado civil sin la presencia del marido, exhibiendo su acta de matrimonio si le es requerido, lo cual es suficiente para que sea inscrito como hijo de ambos. ³⁵ En cambio, los hijos naturales y los adulterinos del lado paterno, si no han sido reconocidos, tienen que entablar contra su padre una acción en establecimiento de la paternidad, que se admite sin restricción en cuanto a su procedencia y a las pruebas que la sustentan.
- b) El hijo natural puede ser reconocido por su padre ; en cambio, el hijo legítimo, a quien falta en su acta de nacimiento la indicación del nombre de su padre, no puede ser reconocido, pero puede probar su filiación paterna exhibiendo el acta de matrimonio de su madre.
- c) En relación con la autoridad sobre el hijo natural persiste una diferencia con el hijo legítimo. El hijo legítimo está sometido a la autoridad común de ambos padres, pero el padre de un hijo natural no tiene autoridad sobre él, a menos que lo haya reconocido durante los primeros tres meses de su vida o que la madre esté de acuerdo en compatir la autoridad con él.
- d) Los hijos de crianza no son iguales, ni siquiera los unos con los

³⁴ Art. 62, primera frase

³⁵ La presunción se aplica no solamente a los hijos procreados por le marido, sino también a los hijos adulterinos del lado materno, aunque en este último caso, mediante un procedimiento judicial, la presunción de paternidad del marido puede ser rebatida.

otros. Por «hijo de crianza» se entiende a un niño abandonado por sus padres y recogido por una mujer o una pareja, que lo cría como propio sin seguir un proceso de adopción. Como se verá más adelante, hay tres clases de hijos de crianza: los que han sido inscritos falsamente como hijos legítimos por un matrimonio, los que han sido falsamente reconocidos como hijos naturales y los que son criados como hijos de otros. Hay profundas diferencias entre estas tres clases de hijos de crianza.

- e) Los hijos adulterinos del lado paterno, una vez reconocidos, disfrutaban de iguales derechos que los legítimos y los naturales simples. En cambio, los hijos adulterinos del lado materno no pueden establecer su filiación frente a su padre (el amante de su madre) sin que previamente se haya destruido la presunción de paternidad del esposo de su madre.

A pesar de que el Primer Código estableció la igualdad de una manera muy imperfecta, en el párrafo del artículo 14 prohibió el empleo de cualquier denominación discriminatoria de la filiación. Debido en parte a esta disposición y en parte a un sentimiento de delicadeza, se ha puesto de moda, para clasificar a los hijos, emplear expresiones menos ofensivas que las tradicionales. Se habla de «hijo concebido en el matrimonio», de «hijo concebido de una unión libre», etc. Pero como, a pesar de su proclamación de igualdad, el Primer Código del Menor no eliminó todas las distinciones entre las clases de hijos, ni el Segundo Código tampoco, se emplearán en este libro las expresiones tradicionales *brevitatis causa* y sin ánimo de prejuicio contra una u otra clase de hijos.

La igualdad de los hijos en derecho francés. En Francia, la igualdad entre las diferentes clases de hijos se ha realizado por etapas, en un grado bastante avanzado, pero sin lograrse por completo. La Ley del 3 de enero de 1972 equiparó a los hijos naturales reconocidos con los hijos legítimos en materia de sucesiones y liberalidades, pero mantuvo las discriminaciones tradicionales contra los hijos adulterinos e incestuosos. Después de la condena de Francia por la Corte Europea de Derechos Humanos en el asunto *Mazurek*³⁶ por

la discriminación que subsistía en contra de los hijos adulterinos, la Ley del 3 de diciembre de 2001 equiparó la situación del hijo adulterino a la del hijo natural.

La última reforma en Francia, de aspecto global y profundo, proviene de la ley del 9 de diciembre de 2004, que autorizó al Gobierno a reformar el derecho de la filiación por medio de una ordenanza. Aunque el procedimiento para la adopción de esta reforma constituía una delegación de poder legislativo en relación con una rama importante del derecho civil, el Consejo Constitucional le dio su aprobación.³⁷ En base a esta delegación de poderes, el Gobierno promulgó el 4 de julio de 2005 la Ordenanza No. 2005-744 sobre Reforma de la Filiación. La Ordenanza es aplicable a partir del 1º de julio de 2006 a todos los hijos que hayan nacido, no solamente después de esa fecha, sino también antes. Al igual que el Segundo Código del Menor dominicano, es de aplicación inmediata, pero los asuntos pendientes de conocimiento por los tribunales siguen sometidos al derecho anterior y las sucesiones ya liquidadas no pueden ser reabiertas.

El alcance principal de la Ordenanza del 4 de julio de 2005 es unificar el derecho de la filiación, eliminando en gran medida las diferencias entre las diversas clases de hijos, que ya no corresponde a la realidad sociológica imperante en Francia. Con la amplia difusión del concubinato en todas las capas de la sociedad francesa y la desaparición del oprobio contra los hijos naturales, perdían importancia estas diferencias. El nuevo artículo 310-1 del Código Civil proclama: «Todos los hijos cuya filiación esté legalmente establecida tienen los mismos derechos y los mismos deberes en sus relaciones con su padre y madre. Ingresan en la familia de cada uno de ellos». El principio es el mismo que encontramos en los dos Códigos del Menor en la República Dominicana.

Para la filiación del hijo incestuoso, sin embargo, la Ordenanza

³⁶ Sentencia del 1 de febrero de 2000, RTD civ.2000.311, RTD civ.2000.429, Sudre y otros, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, ed. PUF 2003, p. 389

³⁷ Dictamen No. 2004-508 del 2 de diciembre de 2004

mantiene la prohibición del establecimiento del doble vínculo. El nuevo artículo 310-2 del Código Civil francés dispone que «Si existe entre el padre y la madre del niño uno de los impedimentos al matrimonio... por causa de parentesco, estando establecida la filiación en relación con el uno, se prohíbe su establecimiento en relación con el otro, por cualquier medio que sea». Como en la Ordenanza el vínculo frente a la madre surge del hecho mismo del nacimiento, el efecto de la prohibición es impedir que el padre pueda reconocer a su hijo incestuoso. En este aspecto, el derecho dominicano, a partir del Segundo Código del Menor, es más liberal, pues permite el reconocimiento de un hijo «sin importar la situación jurídica de la relación de la cual provenga»,³⁸ y sin exceptuar al hijo incestuoso.

Las palabras «por cualquier medio que sea» de la citada disposición francesa recuerdan el conflicto que se produjo en la jurisprudencia en torno a la adopción por el padre de un niño incestuoso inscrito del lado materno. Al proceder a la adopción, el padre pensaba haber encontrado un medio de establecer un vínculo de filiación con su hijo, ya que la vía del reconocimiento le estaba cerrada. La corte de apelación de Rennes había permitido la adopción y el comentarista de la *Revue trimestrielle de droit civil* la había aprobado, porque la adopción demuestra justamente que no existe entre el hijo y su padre adoptivo ningún vínculo biológico.³⁹ Pero la Corte de Casación censuró esta decisión,⁴⁰ sosteniendo que el establecimiento del doble vínculo violaba el orden público. La Ordenanza de 2005 acoge el criterio de la Corte de Casación con las palabras «por cualquier medio que sea». De ahí se sigue que el hijo incestuoso no puede heredar de su padre, ni siquiera mediante adopción. Sin embargo, desde la ley del 11 de julio de 1955, el hijo incestuoso puede reclamar alimentos a su padre, lo cual no deja de ser paradó-

³⁸ Segundo Código del Menor, art. 63, última oración.

³⁹ Sentencia de Rennes del 24 de enero de 2000, RTD civ 2000.819

⁴⁰ Civ. 1^a, sentencia del 6 de enero de 2004, D.2004.362, RTD civ.2004.76

jico, ya que, para probar su derecho a alimentos, el hijo incestuoso tiene que probar su filiación. La Corte Europea de Derechos Humanos, hasta donde sepamos, no se ha pronunciado sobre la cuestión de si la imposibilidad del hijo incestuoso de figurar como heredero de su padre es una violación de los artículos 14 y 8 de la Convención, que se relacionan con la vida familiar y la no discriminación.

La filiación del lado materno en derecho dominicano. Para el hijo nacido de una mujer casada, en el derecho dominicano, la maternidad resulta del solo hecho del nacimiento, según el aforismo *mater semper certa est*. Cuando la madre era soltera, según el artículo 339 del Código Civil, tanto ella como el padre tenían que reconocer a su hijo. La necesidad del reconocimiento de un hijo natural por su madre fue abolida por el artículo 2 de la Ley No. 985 de 1945, según el cual «La filiación natural se establece respecto de la madre por el solo hecho del nacimiento». Este principio se repite en el artículo 20 del Primer Código y en el artículo 62 del Segundo Código del Menor. Si la madre no estuvo presente al momento de la inscripción, v. gr. si el declarante al estado civil fue el médico que la atendió u otro testigo del parto, la filiación materna queda establecida con la sola mención del nombre de la madre en la partida de nacimiento.⁴¹

Los litigios en que se cuestiona la maternidad son pocos. Si otra mujer figura erróneamente como madre en el acta de nacimiento, existe un simple problema de identidad del hijo. Hoy en día, para resolver este problema, no es necesario emplear el medio de prueba que dio fama de sabio al Rey Salomón. La ciencia ofrece el medio seguro de determinar genéticamente quién es la madre.

La filiación del lado materno en derecho francés. Hasta la refor-

⁴¹ Esto no siempre fue así. Antes de la vigencia de la Ley No. 985 de 1945, la madre tenía que reconocer a su hijo. Al igual que el reconocimiento paterno, el reconocimiento materno tenía que constar en acto auténtico. Así lo admitió la Suprema Corte en relación con un reconocimiento hecho en 1934, B.J.812, p. 1358

ma de 2005, la filiación del lado materno se establecía por el solo hecho del nacimiento cuando era legítima, pero requería reconocimiento de parte de la madre cuando el hijo era natural, excepto cuando ella le daba posesión de estado a su hijo.⁴² Esta diferencia se explicaba por el hecho de que la mujer casada debe conservar a su hijo, ya que al casarse había aceptado la procreación como una de las consecuencias del matrimonio, mientras que la mujer soltera no necesariamente quería retener a su hijo, dadas las dificultades de elevarlo en un hogar monoparental y la desventaja social, tanto para ella como para su hijo, de la índole extramatrimonial de su nacimiento. Estos prejuicios sociales han desaparecido en Francia hace más de medio siglo y era hora que desapareciera la necesidad del reconocimiento de su hijo por la madre soltera.⁴³ El principio *mater semper certa est* se aplica ahora a todas las madres, sean casadas o solteras.

La madre francesa, soltera o casada, que no desea conservar a su hijo, tiene la posibilidad de dar a luz bajo X. Esta posibilidad existía antes de la Ordenanza para la madre soltera y fue extendida a la madre casada con el afán, que inspira la Ordenanza, de simplificar el derecho de la filiación, evitando diferencias innecesarias. En el parto bajo X el acta de nacimiento no menciona el nombre de la madre; en su lugar aparece la letra X. El hijo es entregado al Departamento de Ayuda Social a la Infancia, que lo coloca con miras a su adopción. La finalidad legislativa para permitir el parto bajo X es doble: primero, evitar que el hijo adoptado pueda investigar su origen y establecer un vínculo emocional con su madre biológica, que interfiere con el vínculo con sus padres adoptivos; y segundo, evitar lo que llaman el «abandono salvaje» de los niños no deseados.

Antes de la colocación de su hijo para fines de adopción, la madre

⁴² Art. 337 del Código Civil, hoy modificado.

⁴³ Dada la semejanza creciente entre el matrimonio fácilmente disoluble y el concubinato estable, la necesidad de un reconocimiento materno, cuando el niño estaba inscrito como hijo de ella, parecía una discriminación violatoria de la Convención Europea de los Derechos Humanos. RTD civ.2003.487, no. 14

que ha dado a luz bajo X puede cambiar de parecer y reconocer a su hijo, porque el reconocimiento ahora es posible, no solamente por los padres solteros, sino también por los padres casados. Pero el reconocimiento deja de ser posible después de que el niño haya sido entregado por la Ayuda Social a la Infancia a una pareja con fines de adopción.

Si la mujer que dio a luz bajo X es casada y decide reconocer a su hijo, su reconocimiento, unido a la presunción de paternidad de su marido, establece el doble vínculo. El efecto de este reconocimiento es igual al de la inscripción del nacimiento a nombre de la madre solamente sin la indicación del nombre del marido. El doble vínculo surge entonces del acta de matrimonio y de la presunción de paternidad.

Antes de la Ordenanza de 2005, cuando la mujer daba a luz bajo X, no existía para el padre la posibilidad de reconocer a su hijo, debido a la falta de identidad de la criatura en el registro del estado civil. Bajo la Ordenanza podrá hacerlo, pero solamente con un reconocimiento prenatal, posibilidad que la Ordenanza reconoce,⁴⁴ (al igual que el derecho dominicano.⁴⁵) Esta regla le abre la puerta del reconocimiento solamente por un resquicio. Si no sabe que su mujer o concubina se propone dar a luz bajo X, es posible que no se le ocurra al padre reconocer a su hijo antes de su nacimiento.

En el derecho dominicano, la posibilidad de una mujer dar a luz bajo X no existe. Si una madre no desea conservar a su hijo, luego de su inscripción en el registro a nombre de ella, lo puede dar en adopción, aunque si es casada, requiere el consentimiento de su marido y, si no es casada, requiere el consentimiento del padre, si ha reconocido al hijo. El origen del niño aparecerá entonces en el registro, cosa que en Francia no sucede con el parto bajo X. El mismo efecto que el parto bajo X de hecho se logra en la República

⁴⁴ Art. 316, inciso 1°, nuevo, del C. Civ.

⁴⁵ Segundo Código del Menor, art. 63, Párrafo I.

Dominicana con el «abandono salvaje». La madre no inscribe a su hijo y la persona que lo recoge o a quien ella lo entrega lo inscribe en el registro como suyo o como de padres desconocidos, y puede darle el derecho de usar su apellido, sin establecer con él un vínculo. Si no es adoptado, tendrá la condición de simple hijo de crianza, que tiene, en el Segundo Código del Menor por primera vez, un derecho, limitado a alimentos frente a su «responsable». Si es recogido por el Departamento de Adopción de CONANI, será dado en adopción a una pareja, como sucede en Francia con los niños nacidos bajo X.

La presunción de paternidad en derecho dominicano. Esta presunción existe desde el Código Civil con poca variación. Según el artículo 312 del Código Civil, «el hijo concebido durante el matrimonio se reputa hijo del marido». Este hijo disfruta de la presunción de paternidad (o presunción de legitimidad, como se decía antes). Se expresa a través del aforismo *Pater is est quem nuptiae demonstrant*. La fecha crítica no es la del nacimiento, sino la de la concepción, pero la fecha de la concepción se determina partiendo de la fecha del nacimiento. Aunque hoy día es posible fijar con exactitud la fecha de la concepción, esta posibilidad no existía en 1804. De acuerdo con los conocimientos de medicina en aquella época, para que un niño nazca viable, tenía que haber sido concebido más de 180 días antes del alumbramiento. Por otro lado, se tenía la creencia de que el niño nace siempre antes de los 300 días de su concepción. El período que va desde 300 días hasta 180 días antes del nacimiento se conoce como el período de la concepción.

Con esta información se dictaminó en el Código Civil que, si el niño nace dentro de los primeros 180 días del matrimonio, tiene que haberse concebido antes y el marido puede desconocerlo sin ninguna prueba. El niño tiene entonces la condición de un hijo natural de padre desconocido o puede ser reconocido por otro hombre. Si el niño nace más de 180 días, pero menos de 300 días de la fecha del matrimonio, pudo haberse concebido antes o durante el matrimonio. Se da la preferencia a su legitimidad. Se le da al mari-

do la posibilidad desconocer al hijo, pero solamente probando que durante todo el período de la concepción estaba ausente o imposibilitado de cohabitar con su mujer. No se admitía otro medio de prueba, ni siquiera la impotencia del marido, cuya existencia no podía determinarse con los conocimientos científicos de 1804. Finalmente, si el hijo nacía después de los primeros 300 días del matrimonio, se presumía obra del marido.

Además, como es posible que haya habido relaciones sexuales durante el noviazgo, el artículo 314 del Código Civil le impide al marido rechazar al niño si tuvo conocimiento del embarazo de su novia al momento de casarse o si firmó el acta de nacimiento o asistió a su formalización. Estos hechos muestran una voluntad tácita del marido de aceptar que el niño es suyo. Por lo demás, no importaba que el hijo fuera realmente fruto del marido desde el punto de vista biológico. El vínculo biológico no era susceptible de ser comprobado con los conocimientos científicos de aquel entonces y por eso era intrascendente.

El período de la concepción opera también al final del matrimonio. Según el artículo 315 del Código Civil, el hijo nacido dentro de los 300 días de la muerte del marido o del divorcio o separación de cuerpos, se presume obra del marido.

En contraste con el artículo 312 del Código Civil, que establece la presunción de paternidad para los hijos *concebidos* durante el matrimonio, el artículo 62 del Segundo Código del Menor declara que «Los hijos *nacidos* dentro del matrimonio se reputan hijos del esposo». El uso de la palabra «nacidos» tiene que haber sido un lapso del legislador, por dos razones: primero, porque en el artículo 63 declara que «Los hijos e hijas *concebidos* fuera del matrimonio podrán ser reconocidos...», lo cual evidencia que no disfrutaban de la presunción y, segundo, porque fundar la presunción de paternidad en el nacimiento traería por consecuencia que el hijo concebido durante el matrimonio, pero cuyo padre muere antes de que nazca, no disfrutaría de la presunción y carecería de derechos sucesorales

frente a su padre, en oposición a la regla de derecho sucesoral *naciturus pro nato habetur*.

¿Cómo saber si un hijo fue concebido dentro del matrimonio? Hay dos posibilidades. La primera, que se vale de la tecnología moderna, consiste en averiguar con el médico obstetra que atendió a la madre u otro perito para conocer su opinión sobre la probable fecha de la concepción. La segunda es la manera tradicional, consagrada por el Código Civil, de considerar que la concepción se sitúa en cualquier fecha entre los 300 días y los 180 días antes del nacimiento. Aunque el Segundo Código del Menor admite la prueba científica para determinar la filiación, no hace lo mismo para determinar la fecha de la concepción. Por consiguiente, hay que considerar que la regla del Código Civil sigue vigente. Así, por ejemplo, un niño no prematuro nacido 200 días después de la boda de su madre se presume concebido en el matrimonio. Este absurdo por ahora hay que soportarlo.

La presunción de paternidad en derecho francés. El nuevo artículo 312 surgido de la Ordenanza de 2005 otorga la presunción de paternidad al hijo *nacido o concebido* en el matrimonio. La versión anterior hablaba solamente del hijo *concebido* en el matrimonio. La regla del Código Civil sobre el período de la concepción sigue vigente, pero ha perdido importancia, desde el momento en que el hijo nacido en el matrimonio disfruta de la presunción, al igual que el concebido. Ha desaparecido la regla sobre la posibilidad para el marido de desconocer al hijo de su esposa que nace durante los primeros 180 días del matrimonio. Este hijo disfruta de la presunción, pero la presunción puede ser impugnada como cualquier otra paternidad falsa. El tema de la acción en impugnación de la filiación en todas sus formas será tratado más adelante.

El reconocimiento de los hijos en derecho dominicano. Tradicionalmente el reconocimiento se ha considerado como el acto voluntario del padre de declarar que el hijo fue procreado por él. La Ley No. 985 de 1945 hablaba del «reconocimiento voluntario».

En derecho francés el reconocimiento permanece como un acto voluntario. Sobre este punto el Segundo Código del Menor introduce una novedad. Declara que «El padre y la madre están obligados a... declarar o reconocer a sus hijos e hijas en la Oficialía del Estado Civil inmediatamente después de su nacimiento». El reconocimiento ha dejado de ser un acto voluntario, para transformarse en una obligación.⁴⁶ Siguiendo con esta línea de razonamiento, la madre que obtiene para su hijo la declaración judicial de filiación podría al mismo tiempo exigirle al padre el pago de daños y perjuicios por incumplimiento a su obligación de reconocimiento.⁴⁷ La indemnización podría ser igual a las sumas que el padre debió pagar a título de manutención desde el nacimiento del hijo, salvo en la medida en que haya transcurrido la prescripción, que en este caso es de tres años.⁴⁸ La madre podría también reclamar para sí los gastos médicos anteriores al parto y los gastos del parto mismo.

La posibilidad para el padre adúltero de reconocer a su hijo existe en el Segundo Código del Menor, al disponer en su artículo 63, sin distinción entre hijos naturales simples e hijos adulterinos, que «Los hijos e hijas concebidos fuera del matrimonio podrán ser reconocidos por su padre de manera individual ...».

La situación del hijo adulterino *ad matrem* es más complicada que la de un hijo natural simple. Al nacer, su filiación no es la del amante de su madre, sino la del marido de ella, en base a la presunción de paternidad de los hijos concebidos en el matrimonio. Esta

⁴⁶ Segundo Código del Menor, art. 68, letra a)

⁴⁷ La Corte de Apelación de Niños dispuso el pago de una indemnización contra un padre que había dejado transcurrir 15 años sin reconocer a su hijo, pero su sentencia fue casada, porque los Tribunales de Niños no son competentes en materia cuasidelictual. B.J.1116.49 (noviembre de 2003)

⁴⁸ Art. 2277 del C. Gv. dominicano. El deber de los padres frente a sus hijos no es de simple pago de alimentos, a los que se aplicaría el aforismo de que no se acumulan (les aliments ne s'arréagent pas), sino una obligación especial de manutención. La traducción que hace el Código Civil dominicano del artículo 203, que pone a cargo de los esposos la obligación de «alimentar y educar a sus hijos» no rinde correctamente el texto francés «l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants». El deber de manutención, mejor traducción de *devoir d'entretien*, no se basa en la necesidad, sino en el derecho de disfrutar de un nivel de vida acorde con el de los padres, y por consiguiente no se considera haber desaparecido si el acreedor ha podido sobrevivir sin recibir la prestación.

filiación tiene que ser destruida para que el amante de la madre pueda reconocerlo.⁴⁹ El tema de la acción en impugnación de la paternidad será tratado más abajo. Aquí basta adelantar que, si el padre intenta su acción dentro de los dos meses del nacimiento, puede desconocer la filiación adulterina del hijo de su esposa si ella le ocultó el nacimiento. Si no le ha dado al hijo la posesión de estado puede también contestar su paternidad, en base al artículo 322 del Código Civil, interpretado *a contrario*, y en ese caso beneficia de la prescripción general de veinte años. Además, hoy día, el hijo mismo, representado por su madre si es menor, tiene calidad para impugnar su filiación legítima. Cuando esta acción procede y después de la sentencia definitiva poniendo fin a la presunción de paternidad, el amante de la mujer casada puede reconocer al hijo procreado con ella.

La posibilidad para un padre de reconocer a su hijo incestuoso, suponiéndolo inscrito con el apellido de su madre, no existía bajo el Primer Código, pero el Segundo Código del Menor lo admite al precisar que el reconocimiento puede hacerse «sin importar la situación jurídica de la relación de la cual provenga». En esto el derecho dominicano es más progresivo que el derecho francés, que, como vimos, impide al hijo incestuoso acceder al doble vínculo.

En cuanto a la aplicación en el tiempo de esta nueva posibilidad, resulta que el reconocimiento de un hijo incestuoso hecho posteriormente al 7 de agosto de 2004 es válido, aun cuando el hijo incestuoso haya nacido antes de esa fecha. Pero si el padre reconoció a su hijo incestuoso antes de esa fecha, su reconocimiento es nulo, porque le sería aplicable la ley en vigor cuando lo hizo. Si persiste en su intención, puede hacer un nuevo reconocimiento después del 7 de agosto de 2004, que será válido.

Los hijos de crianza en el derecho dominicano. La situación del

⁴⁹ Así lo entendió la Suprema Corte, al declarar que el hijo concebido en el matrimonio no puede ser reconocido por un tercero sino después de haberse destruido la presunción de legitimidad. B.J.904.93

hijo de crianza no es la misma cuando el niño es recogido por una pareja casada que cuando es recogido por concubinos o por una persona soltera. La condición de un hijo de crianza recogido por un matrimonio, inscrito en el registro del estado civil como su hijo y dotado de la posesión de estado, es la de un hijo legítimo y su filiación, aunque falsa, es inexpugnable según el artículo 322, segunda oración, del Código Civil, que dispone que «nadie puede oponerse al estado del que tiene a su favor una posesión conforme con el acta de nacimiento». Todas las pruebas del mundo son ineficaces si nadie, ni siquiera los hijos biológicamente legítimos que concurren con él, pueden oponerse a su estado civil. La Suprema Corte aplicó este principio cuando prohibió que se probara que un niño fue regalado al matrimonio para que lo cuidara como propio, frente al hecho de que fue declarado como hijo legítimo en su acta de nacimiento y gozó de la posesión de estado de hijo legítimo.⁵⁰ Aquí la filiación legítima no es cuestión de procreación biológica, sino que resulta de la voluntad y del trato social. Es una excepción a la regla del artículo 62 del Segundo Código del Menor, según la cual «En todo caso se podrá recurrir a las pruebas científicas para confirmar o negar la filiación materna o paterna».

No sucede lo mismo con el hijo de crianza recogido por una pareja que vive en concubinato. La concubina no puede reconocerlo, porque la filiación materna es una realidad que depende exclusivamente del alumbramiento. El concubino podría reconocerlo, pero su reconocimiento sería falso y el reconocimiento falso puede ser impugnado por todos los medios y especialmente por la prueba biológica, según el artículo 62 del Segundo Código del Menor.⁵¹ La prueba biológica liberará al presunto padre de su vínculo con el niño que ha reconocido y ha criado como propio. Solamente si la controversia se entabla después de la muerte del concubino será

⁵⁰ Sentencia aparecida en el B.J. 734, p. 58

⁵¹ Ley No. 985, art. 5: El reconocimiento puede ser impugnado por los interesados si es perjudicial al hijo o si procede de personas sin calidad para hacerlo. El art. 62 del Código Segundo permite recurrir a las pruebas científicas para... negar la filiación ... paterna.

imposible, o por lo menos muy difícil, la prueba por sus herederos de la falsedad del reconocimiento, ya que la prueba biológica habrá desaparecido y un alegato de falta de posesión de estado se enfrentaría con la realidad del reconocimiento y de la misma crianza del hijo.

Por último, está el caso del hijo de crianza no inscrito como hijo legítimo de un matrimonio, ni reconocido por un concubino, sino simplemente sostenido y educado sin usar el apellido de la mujer o de la pareja que lo ha recogido y acerca del cual la familia y la sociedad saben que no es biológicamente el hijo de la pareja con la que vive. Éste es el verdadero hijo de crianza, que puede tener padres conocidos o desconocidos o ser huérfano. El Nuevo Código del Menor le reconoce derecho a alimentos frente a su «responsable».⁵² Anteriormente no tenía derecho de ninguna clase.

Formas del reconocimiento. Tanto la Ley No. 985 como el Primer Código del Menor contenían reglas detalladas sobre la forma del reconocimiento, que carecen de interés en la actualidad, salvo para determinar si un reconocimiento estuvo hecho correctamente según la ley vigente cuando se hizo.

La forma más usual de efectuar el reconocimiento es mediante declaración del padre ante el oficial del estado civil al momento de inscribir el nacimiento. Si el padre está presente ante el oficial del estado civil en momentos en que la madre o un testigo del parto hace la declaración de nacimiento, el oficial debe preguntarle si el hijo es suyo y su respuesta afirmativa vale reconocimiento. Si el oficial no le hace la pregunta, su sola presencia podría interpretarse como un reconocimiento, dependiendo de las circunstancias. Aparte de la declaración al momento de inscribir el nacimiento, también es posible, según el artículo 63 del Segundo Código, hacer el reconocimiento mediante declaración posterior al oficial del esta-

⁵² Nuevo Código del Menor, art. 171

do civil o ante notario o por medio de testamento. El artículo 52 de la Ley No. 659 de 1944 sobre Actos del Estado Civil prevé que el reconocimiento hecho ante notario se transcribirá en el registro del nacimiento, pero la falta de transcripción no es motivo de nulidad del reconocimiento. El notario podría, pues, a solicitud de su cliente, conservar el reconocimiento en secreto, lo cual sería de interés sobre todo para un hombre casado con buena posición social. El acto de reconocimiento saldría a relucir cuando el hijo reclame su herencia.

Esta misma ventaja, de mantener en secreto el reconocimiento, se logra también cuando se hace como parte de un testamento auténtico. Pero como un testamento debe leerse al testador en presencia de los testigos,⁵³ para mantener el reconocimiento en secreto deberán seleccionarse testigos discretos.

Una duda que surge ahora y que no existía antes, es la posibilidad de reconocer a un hijo en un testamento no auténtico, especialmente en un testamento ológrafo. La duda surge porque la ley permite hacer el reconocimiento «por testamento o mediante acto auténtico» lo cual da a entender que se puede usar cualquiera de estas dos formas y que, si se usa el testamento, no tiene que ser auténtico. Esta interpretación literal debe rechazarse. La necesidad de poder inscribir el reconocimiento en el registro del estado civil milita a favor de la forma auténtica para el testamento. También milita en este sentido el hecho de que las demás formas de reconocimiento que el Segundo Código admite (declaración ante el funcionario del estado civil y declaración ante notario) tienen la forma auténtica.

A la posibilidad de hacer el reconocimiento al producirse el nacimiento o posteriormente, el párrafo I del artículo 63 del Segundo Código del Menor agrega: «El reconocimiento puede preceder al

⁵³ Código Civil, art. 972.

nacimiento...». El reconocimiento prenatal se puede hacer en las capitulaciones matrimoniales al casarse el padre con una mujer embarazada. El reconocimiento prenatal se produce también a menudo en los concubinatos o sin que los padres tengan la intención de casarse, en cuyo caso reviste la forma de una simple declaración ante notario. El reconocimiento prenatal es bastante frecuente.⁵⁴ Da a la futura madre la tranquilidad de que su hijo nacerá de padre conocido y la esperanza de que será mantenido por él.

Sigue disponiendo este primer párrafo que el reconocimiento puede también ser «posterior al fallecimiento del hijo o hija, si éstos dejan descendientes.» Se entiende *a contrario* que, si no dejó descendientes, el hijo muerto no puede ser reconocido. La condición de que el hijo muerto haya dejado descendientes está destinada a evitar que un hombre, que durante la vida de su hijo no se había tomado la molestia de reconocerlo, pueda hacerlo a su muerte con la finalidad de heredar de él o de cobrar una indemnización al responsable de su muerte.

No están en consonancia con esta disposición las sentencias de la Suprema Corte, dictadas en interpretación del derecho anterior, que permitían el reconocimiento *post mortem* para fines de indemnización, con tal de que el reconocimiento sea sincero.⁵⁵ A primera vista, esta jurisprudencia parece justa, sobre todo en el caso de un concubinato estable, en que el niño difunto había sido nutrido y educado desde su infancia por el reclamante que por ignorancia no lo había reconocido. La Suprema Corte se dio cuenta del peligro de un reconocimiento falso con fines de reclamación al exigir que

⁵⁴ Aunque para la República Dominicana no tenemos estadísticas, es interesante que en Francia en 1994 el 37% de los reconocimientos de hijos naturales tuvo lugar antes del nacimiento. Este porcentaje va en aumento. RTD civ.2003.488 no. 16 en la pág. 489

⁵⁵ En dos sentencias, la Suprema Corte se vió frente al caso en que, después de la muerte de un menor en un accidente de automóvil, el padre lo reconoció ante el Oficial del Estado Civil y se constituyó como parte civil en contra del dueño del vehículo. La Corte consideró indiferente que el reconocimiento, que tiene un carácter declarativo, se haya producido después del accidente. Sostuvo que no debe rechazarse la constitución en parte civil del autor del reconocimiento y, si la contraparte objeto como mendaz el acta de reconocimiento, el juez debe estudiar su sinceridad para apreciar la existencia del perjuicio alegado por el supuesto padre. B.J.763.1607, B.J.794.71

el reconocimiento *post mortem* sea sincero, es decir, veraz. El problema de esta tesis es que no hay manera de averiguar si el reconocimiento fue veraz si no aparece alguien que lo impugne. Esta jurisprudencia ha perdido su vigencia, pues el Segundo Código del Menor reitera la condición de supervivencia de hijo, al disponer que el reconocimiento puede ser «posterior al fallecimiento del hijo o hija si éstos dejan descendientes».⁵⁶

En torno a la posibilidad de efectuar el reconocimiento mediante declaración notarial, la Suprema Corte ha sostenido que no es indispensable que el acto auténtico se haya instrumentado con el propósito esencial de reconocer al hijo, sino que basta que el acto contenga una confesión inequívoca de paternidad. Las palabras del padre actuando «en nombre y representación de mis hijas, A y B», fueron suficientes para hacer constar el reconocimiento. Esta jurisprudencia no ha perdido su validez. Esta sentencia es también interesante en que precisa que, una vez hecho el reconocimiento, ya no se puede retractar. La Corte precisó que un acto posterior, en que el hombre negó su paternidad, no podía aniquilar el reconocimiento ya hecho.⁵⁷

En resumen, en el derecho dominicano hay muchas maneras de reconocer a un hijo: 1) mediante declaración que forma parte de su acta de nacimiento, 2) mediante declaración especial hecha al oficial del estado civil en cualquier momento posterior al nacimiento, 3) mediante declaración ante notario anterior o posterior al nacimiento, 4) mediante acto ante notario u oficial del estado civil después de la muerte del hijo, pero solamente si el hijo tuvo descendencia, 5) mediante testamento auténtico, 6) antes del nacimiento del hijo mediante cláusula inserta en las capitulaciones matrimoniales o en otro acto auténtico. La necesidad de un acto auténtico se debe a la gravedad del acto y a la necesidad de que sea suscepti-

⁵⁶ Segundo Código del Menor, art. 63, Párrafo I.

⁵⁷ La sentencia aparece en B.J.769, p.3200.

ble de inscripción en el registro del estado civil.⁵⁸ Esta necesidad no obsta para que se pueda probar la filiación con una confesión escrita de paternidad hecha en un documento bajo firma privada o en una simple carta. Esta confesión no es un reconocimiento. Requiere un procedimiento judicial contradictorio ante el Tribunal de Niños para, en su caso, transformarse en un establecimiento de la paternidad por decisión judicial.

El reconocimiento, hecho en cualquiera de estas formas, puede impugnarse con la prueba científica, según el artículo 62 del Segundo Código del Menor. La fe pública de las actas del estado civil no es un obstáculo a esta impugnación. Así lo sostuvo la Suprema Corte en un asunto en que un empleado, por orden de su jefe, reconoció falsamente al hijo natural de éste. La fe pública de las actas, dijo la Corte, «no se extiende a las declaraciones recibidas, que transcriben los oficiales del estado civil por cuanto dichos oficiales públicos no pueden autenticar la veracidad intrínseca de tales declaraciones». En este asunto se pudo impugnar el acta con la prueba testimonial, pues no se efectuó la prueba sanguínea.⁵⁹

Mientras en derecho francés el reconocimiento es un acto personal, que debe ser hecho por el padre mismo, la Ley No. 985 disponía en el párrafo final de su artículo 2 que «En caso de fallecimiento, ausencia o incapacidad del padre, el reconocimiento puede ser hecho por el abuelo paterno y, a falta de éste, por la abuela paterna». La Suprema Corte tuvo, en una sentencia de abril de 2001, la oportunidad de aplicar esta disposición, admitiendo que el hijo así reconocido podía reclamar la sucesión de su padre y hacer reducir las liberalidades anteriormente hechas por él.⁶⁰

La posibilidad para el abuelo o la abuela de emitir un reconoci-

⁵⁸ El artículo 52 de la Ley No. 659 de 1944 sobre Actos del Estado Civil dispone: Cualquier otra declaración de reconocimiento hecha por acta auténtica o en cualquier otra forma indicada por la ley, será transcrita en el registro en donde se encuentre el acta de nacimiento.

⁵⁹ B.J.1115.343 (Octubre de 2003)

⁶⁰ B.J. 1085, p. 99

miento a nombre de su hijo difunto, establecida por la Ley No. 895, no está expresamente derogada por el Segundo Código del Menor, que se contentó de decir que esa ley estaba derogada «en la parte que sea contraria a las disposiciones del presente Código». Un autor expresa, aunque con vacilación, que «parece que estas disposiciones siguen vigentes». ⁶¹ Este criterio es difícil de compartir, porque suscita la duda de cómo el abuelo o la abuela han obtenido el conocimiento necesario para efectuar el reconocimiento, si no es de boca de su hijo antes de su muerte o incapacidad, lo cual socava el requisito de autenticidad para el reconocimiento. Hay que entender que esta sentencia de la Suprema Corte, así como la misma regla de la Ley No. 985 que la Suprema Corte aplicaba, fueron derogadas por el Segundo Código del Menor, porque son incompatibles con la regulación completa del tema del reconocimiento por el artículo 63 de este Código. Es por ende nulo todo reconocimiento hecho por el abuelo o la abuela con posterioridad al 7 de agosto de 2004.

El reconocimiento es un acto jurídico formal y no un hecho que puede establecerse con el testimonio de terceros o con un acto de notoriedad. ⁶² Los intentos de probar la condición de hijo reconocido mediante acto de notoriedad han fracasado. Solamente cuando los registros del estado civil no han existido o se han perdido es posible otro género de prueba del reconocimiento, inclusive la prueba por testigos, según el artículo 46 del Código Civil ⁶³, pero la Suprema Corte ha sostenido que, aun cuando falten los registros del estado civil, si la única prueba del reconocimiento es un acto de notoriedad, el juez debe ordenar otras medidas. ⁶⁴

No debe confundirse la prueba del reconocimiento con la prueba

⁶¹ Artagnan Pérez Méndez, *Sucesiones y Liberalidades*, 2004, p. 31

⁶² B.J.1057, p. 771

⁶³ El artículo 46 del Código Civil ha sido supeditado por el artículo 21 de la Ley No. 659 de 1944 sobre Actos del Estado Civil, que, para el caso de destrucción, tanto del registro de la Oficina Local del Estado Civil como del registro de la Oficina Central, dispone: «Si se han destruido parcialmente los dos registros originales en curso o registros anteriores a la aplicación de la presente ley, la reconstrucción será hecha por título fehaciente o por testigos, así como por medio de los libros y papeles de los padres ya difuntos».

⁶⁴ B.J.1047, p. 446.

de la filiación misma. Nada impide que el reconocimiento se haga de un niño que no es hijo del hombre que lo reconoce. Este reconocimiento, que sería de complacencia, debe probarse, al igual que un reconocimiento veraz, con un acto auténtico en cualquiera de las formas arriba mencionadas. Esta prueba es admitida ante cualquier tribunal, pero puede ser rebatida. Para conocer de la acción en impugnación del reconocimiento falso, como veremos más adelante, solamente es competente el Tribunal de Niños. Mientras el reconocimiento falso no es impugnado, surte los mismos efectos que un reconocimiento veraz.

El reconocimiento en derecho francés. Con anterioridad a la Ordenanza del 4 de julio de 2005, tratándose de una mujer casada, el reconocimiento por ella de su hijo no era necesario. El solo hecho del parto era suficiente para establecer la maternidad. En cambio, para la madre soltera, el hecho del nacimiento no era suficiente para establecer el vínculo. Cuando el declarante del nacimiento era el médico que atendió a la madre u otro testigo del parto, el hecho de que el acta de nacimiento mencionara el nombre de la madre no establecía el vínculo. El reconocimiento de la madre era necesario para establecerlo. Esta diferencia se explicaba por el hecho de que la mujer casada estaba necesariamente vinculada con su hijo, debido a la finalidad de procreación que persigue el matrimonio, mientras que la mujer soltera no necesariamente quería conservar a su hijo. Si lo quería, tenía que reconocerlo.

Este razonamiento ha perdido su fuerza debido a la proliferación del uso de contraceptivos y, desde el año 1975, debido a la legalidad en Francia de la interrupción voluntaria del embarazo. Aproximadamente la mitad de los niños que nacen en Francia son planificados. Cuando nace un hijo fuera de matrimonio, es a menudo porque la madre no hizo uso de un contraceptivo y ella casi siempre quiere conservar a su hijo. La difusión del concubinato también hace que la mujer soltera típicamente desee mantener a su hijo. Haciéndose eco de este cambio de las costumbres, la Ordenanza del 4 de julio de 2005 hace innecesario el reconocimiento del lado

materno. El principio *mater semper certa est* (que el derecho dominicano admite desde 1945) se aplica a todas las madres.

Con respecto al padre el reconocimiento no es necesario cuando el hijo es concebido o nace en el matrimonio. La presunción de la paternidad de un hijo legítimo, cuyo origen remonta al derecho romano (*pater is est quem nuptiae demonstrant*), hace innecesario el reconocimiento. La Ordenanza de 2005 conserva este venerable principio (artículo 312 nuevo), pero debilita su alcance. «La presunción de paternidad es descartada cuando el acta de nacimiento del hijo no designa al marido en calidad de padre y que el hijo no disfruta de la posesión de estado con respecto a él». (artículo 314 nuevo) El hijo de la esposa no puede establecer su filiación paterna con simplemente exhibir el acta de matrimonio de sus padres, a menos que su partida de nacimiento designe al marido de su madre como su padre. Pero esta prueba, que implica la iniciación de un proceso judicial, puede obviarse si el marido reconoce al hijo de su mujer. La Ordenanza dispone, contrariamente al derecho anterior, que el hombre casado puede reconocer al hijo procreado entre él y su esposa. El derecho anterior no admitía esta posibilidad por considerarla supérflua. En este aspecto, la filiación natural y la legítima se asimilan.

En cambio, para el hijo no nacido ni concebido en el matrimonio, no existe ninguna presunción de paternidad y el reconocimiento es requerido para el establecimiento voluntario de la filiación. La Ordenanza de 2005 no ha cambiado esta regla. La presunción de paternidad no se ha establecido para la pareja unida mediante pacto civil de solidaridad (PACS).

Lo que hace la Ordenanza es ampliar los casos en que el reconocimiento es posible. Además de la posibilidad, que ya vimos, para el hombre casado de reconocer a los hijos de su mujer, si su nombre no figura en el acta de nacimiento en calidad de padre, el hombre casado puede también reconocer a un hijo adulterino concebido por él⁶⁵, pero no a su hijo incestuoso (art. 334-10). Todo hombre,

soltero o casado, puede hacer un reconocimiento prenatal (nuevo art. 316 inciso 1). Esta posibilidad sirve como manera de dar tranquilidad a la madre, porque indica la intención del padre de mantener a su hijo. El reconocimiento prenatal puede también hacerse en un contrato de matrimonio, en que el novio admite que el embarazo de su novia es obra de él.

El reconocimiento puede hacerse en el acta de nacimiento, por un acto separado ante el oficial del estado civil, o por otro acto auténtico. (art. 335) Aunque normalmente se hace por declaración en la misma partida de nacimiento, puede hacerse en el acta de matrimonio o en un acto notarial, que puede ser un contrato de matrimonio, un testamento auténtico o un acto especial. No existe requisito de depositar copia del acto notarial en la oficialía del estado civil, lo cual permite que, por razones de conveniencia social o familiar, el reconocimiento no conlleve un cambio de apellido del hijo y que el reconocimiento se mantenga secreto hasta la muerte del padre. El reconocimiento en un acto bajo firma privada es nulo, pero puede servir de prueba en un proceso de establecimiento de la paternidad. En esto el derecho francés es similar al dominicano, aunque en derecho francés los textos legales son más explícitos.

El reconocimiento ha perdido una parte de su importancia desde el momento en que la filiación puede establecerse también por la posesión de estado, que constituye una expresión tácita de reconocimiento. Esta posibilidad existe en Francia desde 1982 y es admitida por la Ordenanza de 2005 (nuevo art. 311-1). La prueba de la posesión de estado es suficiente para establecer la filiación, con todas sus consecuencias en el orden sucesoral, pero podría entrar en conflicto con la prueba biológica, en cuyo caso esta última prevalecería.

La posesión de estado como medio de hacer constar la filiación

⁶⁵ La posibilidad de reconocer a un hijo adulterino fue introducida por la reforma de 1972. Anteriormente, esta clase de filiación no podía aparecer.

natural en derecho francés. Para el hijo natural, la posesión de estado hace el mismo papel que la presunción de paternidad para el hijo legítimo. Para probar su existencia no se requiere, como en la República Dominicana, emprender un proceso judicial. Según la jurisprudencia francesa, que la ordenanza recoge, puede hacerse constar mediante acto de notoriedad (forma que la jurisprudencia dominicana no admite) que permite una mención al margen del acta de nacimiento. Para cumplir con el voto de la ley, la posesión de estado, a imitación de la posesión de las cosas corpóreas, debe ser continua, pacífica, pública e inequívoca⁶⁶; no es indispensable que el hijo lleve el apellido del hombre que le da la posesión de estado, como lo era antes y como lo sigue siendo en derecho dominicano.⁶⁷ La formalización del Acto de Notoriedad puede ser requerida por cualquiera de los padres o por el hijo, pero debe serlo dentro de un plazo de cinco años a partir del momento en que la posesión haya cesado. La muerte del presunto padre no es un obstáculo al levantamiento del Acto de Notoriedad, siempre y cuando sus elementos sean claramente comprobados por el notario dentro de ese plazo.

El acto de notoriedad en que se comprueba la posesión de estado es una prueba fehaciente, que puede impugnada. La acción en impugnación del acto de notoriedad debe emprenderse dentro de los cinco años de la entrega de una copia al impugnante. La Ordenanza reza que el impugnante deberá aportar «la prueba contraria»,⁶⁸ que podría hacerse, o bien probando que las condiciones de la posesión de estado no estaban reunidas, o bien que esa posesión no corresponde a la realidad biológica. Si la impugnación no ha tenido lugar en tiempo útil, el acto de notoriedad es concluyente a los fines sucesorales.

⁶⁶ Nuevo art. 311-1.

⁶⁷ El art. 311-1 del Código Civil francés se contenta, para la posesión de estado, de «una reunión suficiente de los hechos que indican la relación de filiación...». Estos hechos son enumerados en el artículo 311-2. No se requiere que todos estén presentes, sino que basta que estén presentes en número suficiente para hacer creíble la relación de filiación.

⁶⁸ Nuevo art. 335

La acción en establecimiento de la paternidad legítima en derecho dominicano. Puede ocurrir que el acta de nacimiento de un hijo legítimo carezca de la mención del padre. Por ejemplo, el hijo, concebido durante el matrimonio, nace después del divorcio o durante su tramitación, y la madre lo declara nacido de su amante o de padre desconocido, con la finalidad de excluir al padre de todo contacto con el niño. El padre no puede reconocerlo, porque en derecho dominicano (y hasta la Ordenanza de 2005 en derecho francés) el reconocimiento no es un medio idóneo para el establecimiento de la filiación legítima. Si desea «reivindicar» a su hijo, el padre tiene que intentar contra el hijo (y contra la madre si el hijo es menor) una acción judicial, pero tiene a su favor la presunción de paternidad, que le permitirá establecer la filiación sin aportar otra prueba que su acta de matrimonio con la madre.

El hijo, en cuya partida de nacimiento falta la indicación del nombre de su padre, puede también reclamar su filiación frente al marido de su madre, con la finalidad de establecer su derecho a manutención o su calidad de heredero. Si el apellido del padre falta en el acta de nacimiento, bastará el acta de matrimonio de su madre, que hace surgir la presunción de paternidad. Si el hijo no puede localizar esa acta, puede ofrecer la posesión de estado frente a su padre, que es también suficiente para establecer la filiación.⁶⁹

A falta de título o posesión de estado, la acción del hijo en establecimiento de su filiación legítima será admisible si tiene un principio de prueba por escrito, por ejemplo, una carta u otro papel de su padre (inscripción en el colegio, fianza para el arrendamiento de una vivienda, etc.), que menciona o hace presumir su calidad de hijo, o «cuando las presunciones o indicios resulten de hechos que desde luego constan y sean bastante graves para determinar la admisión». En tales casos el hijo puede ofrecer la prueba de testigos

⁶⁹ El artículo 320 del Código Civil dispone: A falta de este título [es decir, del acta de nacimiento], basta la posesión constante del estado de hijo legítimo. El artículo 62 del Segundo Código del Menor reitera este principio: A falta de ésta [del acta de nacimiento] basta la posesión de estado, conforme se establece en el derecho común.

para establecer su filiación legítima.⁷⁰ Hoy día puede también ofrecer la prueba biológica.

En cuanto a la prescripción, según el artículo 328, ubicado en el capítulo del Código Civil relativo a la filiación legítima, «La acción de reclamación de estado es imprescriptible con relación al hijo». Por ende, no existe la posibilidad de que, a la muerte del padre, cuando el hijo que pretende ser legítimo se percata de la ventaja para él de recibir la herencia de su padre, se vea opuesta la prescripción por los demás herederos.

El Segundo Código del Menor no ha cambiado nada al sistema, bastante liberal, del Código Civil para el establecimiento de la paternidad legítima, excepto que agregó la posibilidad de aducir la prueba biológica, que la jurisprudencia también admitía bajo el imperio de la Ley No. 985 de 1945.

La posesión de estado. Conviene aclarar el significado de la expresión «posesión de estado» que surge en muchos contextos, comenzando con la filiación legítima. La posesión de estado, según el artículo 321 del Código Civil dominicano y el artículo 311-1 del Código Civil francés, no requiere que estén reunidos todos los elementos que la componen, sino «el concurso suficiente de hechos que indiquen la relación de filiación». Estos hechos son: «que el individuo haya usado siempre el apellido del que se supone su padre; que éste le haya tratado como a hijo, suministrándole en este concepto lo necesario para su educación, mantenimiento y colocación; que de público haya sido conocido constantemente como hijo; y que haya tenido el mismo concepto para la familia». Abreviado en latín, los elementos de la posesión de estado de hijo son *nomen, tractatus et fama*.

La jurisprudencia manifiesta una actitud flexible, poniendo el acento

⁷⁰ Artículo 323 precitado.

en la palabra «suficiente». En un asunto surgido bajo la Ley No. 985 de una acción en establecimiento de la filiación natural, la Suprema Corte declaró suficiente el hecho de que la unión libre entre los padres era pública y notoria para estimar que la menor, nacida de esa relación, tenía la posesión de estado de hija.⁷¹ El espíritu de esta sentencia puede transferirse al contexto de la filiación legítima. La definición de la posesión de estado es la misma para todas las filiaciones.

La acción en establecimiento de la paternidad natural en derecho dominicano. En el derecho anterior al Nuevo Código del Menor la acción en establecimiento de la paternidad natural estaba encerrada en un plazo, originalmente de cinco años, que el Primer Código⁷² amplió a toda la menor edad del niño. Después de una vacilación, la jurisprudencia terminó negando la posibilidad de que el hijo mismo, una vez alcanzada la mayor edad, pudiese intentar la acción.⁷³ Este plazo ha desaparecido por completo en el Segundo Código del Menor, que declara que «Los hijos e hijas podrán reclamar la filiación en todo momento, luego de su mayoría de edad».⁷⁴ El efecto de las palabras «en todo momento» es hacer inaplicable la prescripción general de veinte años. Con esta disposición el Segundo Código reanuda con la solución del Código Civil para el hijo legítimo, cuya acción en establecimiento de su filiación es también imprescriptible.⁷⁵

La dificultad con la prescripción de la acción en establecimiento de la paternidad y la razón por la cual fue eliminada por el Segundo Código del Menor, se debe a que, si el hijo mantiene buenas relaciones con su padre y, sobre todo, si la madre recibe ayuda económica para pagar los gastos de su hijo y sus estudios, sin que el padre

⁷¹ B.J.965.359

⁷² Art. 21, Párrafo II, del Primer Código del Menor

⁷³ B.J.1119.291 (febrero de 2004)

⁷⁴ Última oración del Párrafo III del artículo 63 del Segundo Código del Menor

⁷⁵ Artículo 328 del Código Civil

lo reconozca, es moralmente difícil que la madre o que, una vez mayor de edad, el hijo demande al padre en establecimiento de la filiación. El pleito no surgirá sino después de la muerte del padre, cuando le interesa al hijo hacer valer sus derechos hereditarios. Al eliminar la prescripción, el segundo Código del Menor hace posible la reclamación en ese momento.

Además, bajo el derecho anterior había restricciones de fondo, positivas y negativas, que obstaculizaban la acción. El Segundo Código del Menor no solamente elimina todas las restricciones de fondo a la acción en establecimiento de la filiación natural, sino que facilita su prueba.

La prueba de la filiación natural en derecho dominicano. De acuerdo con el segundo Código del Menor, que en este punto sigue la regla francesa, la posesión de estado es un elemento de por sí suficiente para establecer la filiación. Lo dice enfáticamente en su artículo 62, «basta la posesión de estado conforme se establece en el derecho común». La prueba de la posesión de estado basta, porque constituye una especie de reconocimiento tácito, basado, no en un acto oficial, sino en el comportamiento social del presunto padre. Tiene realmente que tratar al hijo como propio, ostentándolo en la familia y en sociedad como suyo, aunque, como vimos, la jurisprudencia ha suavizado el rigor de la definición de la posesión de estado, considerando que había «un concurso suficiente de hechos» en el caso de un niño que había sido criado por una pareja, cuya relación extramatrimonial era pública y notoria.⁷⁶ La jurisprudencia no requiere que todos los elementos de la definición estén presentes, sino un número suficiente para mostrar que el niño recibía un trato de hijo.

La Ley No. 985, modificada por la Ley No. 3945 de 1954, admitía como pruebas en sí suficientes para establecer la filiación, no sola-

⁷⁶ B.J.965.359

mente la posesión de estado, sino también la confesión escrita de paternidad y el concubinato notorio de los padres. No hay razón para excluir hoy día la prueba de tales hechos, aunque el segundo Código del Menor omite mencionarlas, porque el espíritu de ese Código no es restringir, sino facilitar, la prueba de la filiación natural. Estos medios de prueba de la filiación sobrevivieron gracias al hecho de que la Ley No. 985 no fue totalmente derogada, sino solamente «en la parte que sea contraria a las disposiciones del presente Código».

La jurisprudencia anterior al segundo Código del Menor refleja ese liberalismo y puede seguir como pauta. La confesión escrita de paternidad fue reconocida por la jurisprudencia como una prueba en sí suficiente. En el asunto que dio lugar a esta tesis, la confesión de paternidad consistió en la compra de un inmueble que el presunto padre había hecho «en nombre y representación de mis hijas, A y B».⁷⁷ El acto de compra no parece haber sido un acto auténtico. La Corte dedujo que se había producido un reconocimiento.

El uso de la palabra «reconocimiento» se presta a confusión. La declaración del padre no fue un reconocimiento, a menos que haya tenido la forma de un acto auténtico. Es por la decisión judicial, y no por reconocimiento, que se estableció en este caso la paternidad. Lo que esta sentencia nos dice es que la confesión escrita de paternidad es una prueba suficiente para la procedencia de la acción.

Aparte de la posesión de estado y de la confesión escrita de paternidad, la Ley No. 985 permitía el establecimiento de la paternidad con la prueba del concubinato notorio de los padres durante el período de la concepción. La prueba del concubinato es también un medio de prueba suficiente para establecer la filiación.

Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia, no todos los medios

⁷⁷ B.J. 769.3200.

de prueba son aceptables para establecer la filiación. El parecido físico del reclamante con el presunto padre no es suficiente.⁷⁸ La presentación de un acto de notoriedad tampoco es un medio idóneo para fundar una filiación natural.⁷⁹ La resistencia de la Suprema Corte a admitir el acto de notoriedad como prueba de la filiación natural, se debe sin duda a la facilidad con la cual muchos notarios fabrican tales actos para complacer a sus clientes. Ciertamente que un acto de notoriedad es un documento auténtico, pero de lo único que da fe es de la comparecencia de los declarantes ante el notario y del contenido de sus declaraciones, no de la veracidad de éstas. No pasa de ser un testimonio de oídas, que no tiene más credibilidad que las actas del estado civil, de las cuales la Suprema Corte ha dicho que la fe pública «no se extiende a las declaraciones recibidas, que transcriben los oficiales del estado civil ... por cuanto dichos oficiales públicos no pueden autenticar la veracidad intrínseca de tales declaraciones».⁸⁰ Lo que sostiene la jurisprudencia es que el acto de notoriedad no tiene suficiente peso para llevar la carga de la prueba de la filiación. No hay razón para negarle todo valor probatorio si es corroborado por otros indicios que lo hacen verosímil.

La prueba biológica, la más contundente de todas, no existía cuando se promulgó la Ley No. 985 de 1945 y no tiene cabida en el sistema que esa ley prevé. Aunque la estructura del ADN fue descubierta en 1953, no fue sino en 1966 que un súbdito inglés llamado Francis Crick perfeccionó la técnica que permite poner la información genética de un ser humano en un código de barras. La determinación de la compatibilidad sanguínea era posible, pero esta prueba solamente sirve para excluir la posibilidad de que cierto hombre sea el padre de un niño; el hecho de que las sangres sean

⁷⁸ Sentencias en B.J. 725, p. 981; B.J.726, p. 1193; B.J.973, p. 1739.

⁷⁹ Las sentencias que declaran insuficiente el acto de notoriedad como prueba de la condición de hijo natural se refieren a actos de notoriedad en que se declaraba que el reclamante era hijo natural reconocido (B.J.761, p. 987; B.J.818, p.44; B.J.903, p.238), pero los mismos motivos de exclusión de esta clase de prueba existe también cuando el acto de notoriedad no menciona que hubo reconocimiento tácito.

⁸⁰ B.J.1115.343 (octubre de 2003)

compatibles no es prueba de la filiación. En dos sentencias, la Suprema Corte reconoció de todos modos el valor de la prueba de la sangre.⁸¹ El Segundo Código del Menor habla de la prueba «científica», que abarca tanto la prueba sanguínea como la ADN.

Por otro lado, el segundo Código del Menor no menciona la prueba testimonial para demostrar la filiación como tal, es decir, el hecho de la concepción, salvo en la medida en que sobrevivió el concubinato notorio, mencionado por la Ley No. 985. En torno a la prueba testimonial para probar la concepción con otros hechos el Segundo Código del Menor deja una duda. La duda que ahora surge es si, bajo el Segundo Código, la prueba testimonial es libre, como lo era antes, cuando hoy no existen restricciones de fondo a la procedencia de la acción y cuando hay ahora un medio mucho más seguro de establecer la filiación, o sea, la prueba científica. El acto mismo de la concepción, que tiene lugar «en el secreto de la alcoba», casi nunca es susceptible de probarse mediante testigos, pero la prueba podría consistir en declaraciones de que el presunto padre visitaba regularmente a la madre durante el período de la concepción o que habían emprendido un viaje juntos u otros hechos similares.

La duda debe resolverse a favor de la admisibilidad de la prueba testimonial de la concepción. El Nuevo Código del Menor no contiene ninguna restricción al uso de esa prueba. De todos modos, el juez debe proceder con cautela al valorar la prueba testimonial relativa a la concepción. El hecho de que la madre haya sido vista en un restaurant cenando con el demandado podría no ser suficiente para llevar a la convicción de su paternidad. Si la prueba es débil o los testimonios se contradicen, si bien el juez es libre de seleccionar la que le parezca la más sincera, cuando la prueba se refiere a la concepción, que involucra un cierto elemento de especulación, puesto que los testigos no presencian directamente el hecho, lo prudente es que el juez ordene de oficio, en uso de su papel activo,

⁸¹ B.J.724, p. 716 y B.J.876, p. 3669

la confección de la prueba científica, preferiblemente la genética, aunque sea más costosa que la sanguínea, para dar certeza a su decisión.

Tampoco existe razón para excluir la prueba presuncional de la paternidad, que surge dentro del mismo proceso. Si el presunto padre niega la concepción, él mismo puede someterse a la prueba genética, cuyo valor de convicción es superior a cualquier testimonio. Si la madre o el hijo ofrecen esa prueba y el supuesto padre se niega a someterse a ella, el Juez puede derivar de su comportamiento la conclusión que estime de lugar. La sola negativa de someterse a la prueba biológica podría no ser suficiente para arrastrar la convicción del juez, si no es corroborada por algún otro elemento de prueba.⁸²

Con anterioridad al Segundo Código del Menor, las restricciones de la Ley No. 985 al establecimiento de la paternidad se aplicaban a la acción para todos sus fines y efectos, especialmente sucesorales ; pero cuando el único fin perseguido era la obtención de una pensión para el hijo menor, la Ley No. 2402 de 1950 sobre Asistencia Obligatoria a los Hijos Menores permitía la determinación de la paternidad sin ninguna restricción en cuanto al fondo, sin el plazo de prescripción de la Ley No. 985 y con plena libertad de prueba.⁸³ Hoy día, habiendo desaparecido las restricciones a la acción principal en establecimiento de la paternidad, la procedencia de la acción y la disponibilidad de los medios de prueba son las mismas en la acción que se limita a la manutención y en la acción sobre filiación para fines sucesorales. El artículo 179, relativo a la pensión que la madre procura para el sostenimiento de su hijo menor, declara en su Párrafo : «Una posesión de estado bien notoria, cualquier hecho incontestable, concluyente o razonable relativo a la paternidad que se investiga, podría servir de prueba». Aunque este artículo parece más restrictivo que el artículo 62, al requerir que la

⁸² RTD civ.2006.98, no. 15

posesión de estado sea «bien notoria», en el fondo la prueba de la filiación a los fines de la obligación de manutención es la misma que a los fines sucesorales. Aparte de la prueba científica, que obviamente es admisible, si no se establece la posesión de estado, basta un «hecho incontestable concluyente o razonable relativo a la paternidad que se investiga», lo cual abre la puerta a la prueba testimonial de la concepción y a la confesión escrita de paternidad en estos procesos.⁸⁴

La diferencia entre ambas acciones es la vía a emplear para su canalización. La acción que persigue únicamente fines de manutención va por la vía penal; la acción general es de índole civil. Con anterioridad al Segundo Código del Menor, una sentencia penal sobre asistencia obligatoria no era cosa juzgada en la acción civil, porque esta última estaba sometida a un plazo y sujeta a defensa si la madre había tenido relaciones sexuales con más de un individuo o había llevado una vida licenciosa, y en los casos de adulterio e incesto estaba bloqueada. Pero hoy, habiéndose abierto por completo la procedencia y la prueba en la acción civil principal, no hay razón para negar la fuerza de la cosa juzgada de la sentencia penal que establece la filiación sobre la misma cuestión en el orden civil. Podría, pues, emplearse una sentencia penal como prueba auténtica de la filiación en un procedimiento de determinación de herederos o de responsabilidad civil.

Efectivamente, la necesidad de probar la filiación surge no solamente en la acción principal en establecimiento de la paternidad, que ahora se ventila ante la Sala Civil o la Sala Penal del Tribunal de Niños,⁸⁵ sino también como aspecto incidental en demandas que tienen otro objeto, como la reclamación de daños y perjuicios en un proceso penal por la muerte del presunto padre⁸⁶ o la deter-

⁸⁴ B.J.824.1395, B.J.872.1845, B.J.994.909. La sentencia que aparece en B.J.964.303 declara inaplicable a la investigación bajo la Ley No. 2402 el plazo de 5 años de la Ley No. 985.

⁸⁵ La diferencia entre la acción en establecimiento de la filiación en general y la acción limitada al pago de alimentos existe solamente en torno a la competencia y al procedimiento. La acción general se entabla ante la Sala Civil del Tribunal de Niños; la acción en pago de la pensión alimenticia va a la Sala Penal del mismo Tribunal.

⁸⁶ Segundo Código del Menor, artículo 65.

minación de herederos o en partición ante el Juzgado de Primera Instancia o el Tribunal de Tierras, según que la sucesión tenga o no tenga inmuebles registrados.⁸⁷ Surge entonces la pregunta: Los diversos medios de prueba de la filiación, ¿pueden aportarse en tales acciones o es admisible en tales procesos únicamente la prueba auténtica?

El artículo 62 del Segundo Código del Menor se presta a confusión cuando declara que la filiación se prueba con el acta de nacimiento y seguidamente añade que «a falta de ésta, basta la posesión de estado» o la prueba científica. Las diferentes clases de prueba deben situarse en contexto. En la acción principal en establecimiento de la paternidad obviamente no se prueba la filiación con el acta de nacimiento. Es justamente la falta de esta acta o, más exactamente, la falta en esta acta de la indicación del padre, que se trata de superar en esta acción, aportando la prueba científica o la prueba por la posesión de estado o la confesión escrita de paternidad o inclusive, con especial precaución, la prueba testimonial de la concepción o la prueba presuncional. En cambio, en otra clase de acción, o sea, en un procedimiento ante el Tribunal de Tierras o ante el Tribunal de Primera Instancia o ante un Juzgado Penal, la prueba de la filiación debe hacerse con un documento oficial dotado de fe pública, como el acta de nacimiento del hijo, el acta de matrimonio de la madre (que da lugar a la presunción de paternidad de su marido) o, en su caso, el acta de reconocimiento en cualquiera de sus múltiples formas o una sentencia estableciendo el vínculo de filiación. El Tribunal de Tierras o el Tribunal de Primera Instancia o el Juzgado Penal no pueden entretener una demanda en estableci-

⁸⁶ La Corte ha sostenido que en un juicio de daños y perjuicios por la muerte del presunto padre, la filiación no puede probarse sino mediante el acta de matrimonio de su madre o acta de hijo natural reconocido (véase el B.J.788, p. 1084), a lo cual podríamos añadir la sentencia de establecimiento de su filiación.

⁸⁷ La Suprema Corte ha sostenido que la única prueba ante el Tribunal Superior de Tierras, de que una persona es hijo legítimo, es con el acta de matrimonio de sus padres, a menos que los archivos de la Oficialía del Estado Civil estén destruidos, B.J.818, p. 44. El criterio contrario ha sido sostenido en una sentencia, de que cuando la cuestión de filiación no constituye el objeto de un debate directo (se trataba de una acción en determinación de herederos ante el Tribunal de Tierras) la prueba del parentesco es libre, pudiendo administrarse por documentos y también por testimonios. B.J.1053, p. 218. Esta sentencia no luce correcta. Cuando el establecimiento de la filiación legítima no es el objeto principal de la demanda, las únicas pruebas admisibles son el acta del estado civil y la sentencia declaratoria de la filiación.

miento de la paternidad del presunto padre, que en todos estos casos ha fallecido. Lo que deben hacer estos tribunales, si se eleva ante ellos una demanda de esta índole, es declararse incompetentes para conocer de esta cuestión y sobreseer el conocimiento del juicio principal hasta que el Tribunal de Niños, que es el único competente⁸⁸, haya decidido si la filiación se ha probado o no.

En torno a la prueba de la filiación propuesta en forma incidental en un juicio principal en daños y perjuicios por la muerte del padre o en determinación de herederos o en partición, la Suprema Corte ha vacilado. En una sentencia sostuvo que, en un juicio de daños ocasionados por la muerte del alegado padre, la filiación no podía probarse sino mediante acta de matrimonio de la madre o acta de reconocimiento.⁸⁹ En otra sentencia declaró que la única prueba ante el Tribunal de Tierras de la legitimidad de un hijo es el acta de matrimonio de sus padres.⁹⁰ Pero en una sentencia posterior modificó (a nuestro juicio erróneamente) su criterio, sosteniendo que cuando la cuestión de la filiación no es objeto de un debate directo, la prueba del parentesco es libre.⁹¹ La intención era buena: encontrar una válvula de escape a las restricciones de la Ley No. 985, pero el resultado es inconsistente, ya que no tiene sentido que la prueba de la filiación sea más fácil cuando la reclamación de filiación es indirecta que cuando es el elemento principal de la acción. Esta última sentencia carece de todos modos de vigencia, desde el momento en que la acción en establecimiento de la filiación ya no puede intentarse en forma incidental en un juicio principal con otro objeto. Tiene que ventilarse ante el Tribunal de Niños, único competente para conocerla y donde efectivamente la prueba es libre, con la salvedad de que ciertas clases de prueba, como el parecido físico o el acto de notoriedad, no tienen por sí solos suficiente peso para superar la carga de la prueba.

La calidad para intentar la demanda en establecimiento de la

⁸⁸ Segundo Código del Menor, art. 65

⁸⁹ B.J.788.1084

⁹⁰ B.J.818.44

⁹¹ B.J.1053.218.

filiación natural. El Segundo Código del Menor dispone en su artículo 63, párrafo III: «La madre podrá proceder a demandar judicialmente el reconocimiento de un hijo o hija desde su nacimiento hasta su mayoría de edad. En ausencia o imposibilidad de la madre, el responsable o tutor puede iniciar la acción en reconocimiento. Los hijos e hijas podrán reclamar la filiación en todo momento, luego de su mayoría de edad». Según esta disposición, tienen calidad para demandar el establecimiento de la filiación natural, durante la minoría del hijo, su madre, tutor o responsable y, después de su mayoría, el hijo mismo.

El artículo 63 precitado deja dos cuestiones en el aire. A falta de madre, ¿quién es «el responsable», que puede actuar al igual que un tutor? Del artículo 397 del Segundo Código del Menor se desprende que el «responsable» de un menor es cualquier familiar u otra persona bajo cuya guarda o autoridad éste se encuentra. Es un concepto sociológico, al que le falta precisión jurídica. Incluye a los que se ocupan de criar a un hijo abandonado o cedido por su madre, por lo menos si tienen la intención de conservarlo.

La otra duda surge en caso de muerte del presunto hijo natural, dejando descendientes u otros herederos. ¿Pueden sus herederos intentar la demanda en establecimiento de la filiación de su padre, con la finalidad de heredar de su abuelo u otro pariente en representación de su padre premuerto? El Código Civil responde a esta pregunta para los hijos legítimos,⁹² pero tratándose de los hijos naturales, el Segundo Código del Menor es mudo sobre este punto. Ninguna regla impide a los nietos, después de la muerte de su padre, hijo natural del abuelo, probar su calidad de herederos, utilizando como prueba la posesión de estado que tenía su padre como hijo natural de su abuelo. Esta solución debe admitirse a falta de

⁹² El artículo 329 declara que los herederos del hijo que no haya reclamado su filiación pueden hacerlo si murió antes de haber cumplido la edad de 23 años. ⁹³ El artículo 330 añade que, si el hijo intentó la acción en vida, sus herederos pueden continuarla, siempre y cuando el hijo no haya desistido ni dejado perimir la instancia. Este plazo no es de prescripción, sino de caducidad, porque fija una condición para la iniciación del proceso. Una vez cumplida la condición, la prescripción aplicable será la del derecho común. Estas reglas siguen vigentes en relación a la filiación legítima.

restricción en la ley, aunque hay que admitir que es muy liberal, ya que la acción sigue abierta a gran distancia de los hechos, en este caso de la posesión de estado, que puede haber cesado al concluir la minoría del padre premuerto.

Acta de nacimiento que sobra o que falta. Cuando aparecen dos actas de nacimiento de una misma persona, lo cual puede suceder por falta de control en la oficialía del estado civil, la primera acta prevalece mientras no se pruebe su falsedad. Esto último fue lo que ocurrió en un asunto en que una mujer, que reclamaba una sucesión, tenía dos actas de nacimiento de padres diferentes. En la primera acta había sido declarada por su madre como hija legítima, pero el acta del matrimonio de su madre con el alegado padre no aparecía y éste declaró que su unión con la madre había sido consensual. En la segunda acta la reclamante aparecía como hija natural reconocida del *de cuius*, condición corroborada por la fama que tenía en la familia. En vista de la irregularidad de la primera acta, se dejó prevalecer la segunda acta como la más verosímil.⁹³

El caso opuesto al del hijo que tiene dos actas de nacimiento es el del hijo que no tiene ninguna. Este caso se presenta con bastante frecuencia, sobre todo en el campo y en los bateyes, debido al analfabetismo de muchos de sus moradores y a la dificultad para ellos de trasladarse a la oficialía del estado civil. La falta de acta de nacimiento es a veces hereditaria, cuando la madre no puede declarar a su hijo porque ella misma no tiene acta de nacimiento ni cédula para probar su identidad. Por un tiempo la falta de acta de nacimiento de un niño no produce inconvenientes, pero a la hora de internarlo en un hospital o de inscribirlo en la escuela se solicita su acta de nacimiento, aunque a veces por necesidad se admite a un niño no identificado legalmente. Más tarde, cuando cumpla los 16 años, el joven necesitará su acta de nacimiento para obtener una cédula que, a su vez, es indispensable para múltiples fines. Es nor-

⁹³ B.J.1115.331 (octubre de 2003)

malmente cuando matricula a su hijo en una escuela que el padre o la madre emprende un esfuerzo por inscribirlo en el registro del estado civil, aunque sea tardíamente. En esta gestión se enfrenta con una serie de obstáculos establecidos por la ley y la burocracia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ocupó de este problema en su sentencia del 8 de septiembre de 2005.⁹⁴ El procedimiento de inscripción tardía descrito en esta sentencia consistía en remitir la solicitud de inscripción al Procurador Fiscal, quien la examinaba junto con los documentos anexos. La Oficina Central del Estado Civil había establecido once documentos como requisitos, entre ellos las constancias de nacimiento y las cédulas de los padres. Si el Procurador Fiscal daba su aprobación a la solicitud y sus anexos, transmitía el expediente al Juzgado de Primera Instancia⁹⁵, para que dictara un auto autorizando la expedición del acta. Las dos niñas demandantes en este proceso ante la Corte Interamericana, de madres dominicanas y padres haitianos, nacidas en la República Dominicana, se habían enfrentado con la negativa del Procurador Fiscal a tramitar sus solicitudes al Juzgado de Primera Instancia, debido a la falta de uno o varios documentos requeridos. La Corte Interamericana hizo hincapié en la situación precaria de las niñas, desprovistas de apellido y de nacionalidad, expuestas al peligro de ser deportadas por falta de documentación. La Corte sostiene que la negativa del Estado de proporcionar un acta de nacimiento, aunque la declaración sea tardía, es una violación del derecho humano a la personalidad. Además, cuando se funda en consideraciones raciales o de origen nacional, lo cual, a juicio de la Corte, había sucedido en este caso, la negativa de expedir un acta de nacimiento es también discriminatoria. La obtención de un acta de nacimiento es por consiguiente un derecho humano, que el Estado debe respetar, aunque la solicitud de inscripción sea tardía y falten requisitos. El Estado Dominicano fue con-

⁹⁴ Asunto de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana

⁹⁵ Hoy sería competente el Tribunal de Niños. Segundo Código del Menor, art. 211, letra c)

denado a indemnizar a las niñas por los sufrimientos mentales y los inconvenientes resultantes de su falta de acta de nacimiento, y a modificar sus prácticas para hacer posible el respeto del derecho de toda persona a un acta de nacimiento. Gracias a esta sentencia de la Corte Interamericana y a la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos en la esfera interna, es ahora posible para los padres que no logran obtener para su hijo un acta de nacimiento, elevar una acción ante el Tribunal de Niños para que ordene la expedición del acta.

Ante la falta de hospitales en Haití, muchas mujeres haitianas cruzan la frontera para dar a luz en un hospital dominicano y posteriormente regresan a su país. Como el hijo nació en territorio dominicano estando en tránsito, no goza de la nacionalidad dominicana⁹⁶, pero tiene de todas maneras derecho a un acta de nacimiento expedido por un oficial del país donde nació. Para evitar que el niño reclame la nacionalidad dominicana que no le corresponde, el oficial del estado civil debe, en estos casos, en base a lo expresado por la madre u otra persona que comparece, declarar en la misma acta, que el niño nació estando en tránsito en el país.

Entre ciertos funcionarios se había difundido la noción de que el hecho de que los padres sean indocumentados significa que están «en tránsito», puesto que están sujetos a deportación, y que sus hijos también lo están. La sentencia de la Corte Interamericana rechaza esta opinión. Haciendo suyo el criterio de una sentencia dominicana,⁹⁷ la Corte sostiene que un extranjero que reside en la República Dominicana en forma permanente y sin intención de retornar a su país de origen, no está «en tránsito», aunque carezca de permiso de residencia. Un niño nacido en el país de padres en

⁹⁶ La Constitución dominicana dispone en su artículo 11, numeral 1, que son dominicanas todas las personas que nacieron en el territorio de la República con excepción de los hijos de los diplomáticos y «de los que están en tránsito en él».

⁹⁷ Sentencia de la Cámara Civil de la Corte de Apelación del Distrito Nacional del 16 de octubre de 2003.

esta situación es un ciudadano dominicano y tiene derecho a un acta de nacimiento sin anotación de nacimiento en tránsito.

La acción en establecimiento de la filiación adulterina en el derecho dominicano. La inyección de nociones moralizadoras en el derecho de la filiación operadas por la Ley No. 985 de 1945, cuya vigencia se mantuvo en el Primer Código del Menor,⁹⁸ son inconsistentes con el Segundo Código del Menor, que se inspira en la filosofía del realismo biológico. En su artículo 63 habla del reconocimiento de «los hijos e hijas concebidos fuera del matrimonio ... sin importar la situación jurídica de la relación de la cual provengan», es decir, sin la tradicional diferencia entre hijos naturales simples, hijos adulterinos e hijos incestuosos. En su Párrafo III el mismo artículo abre la acción «en reconocimiento de hijo o hija», haciendo del establecimiento de la paternidad una especie de reconocimiento judicial forzoso. Cada vez que sería posible el reconocimiento conforme a la verdad biológica, es también posible la acción en establecimiento de la paternidad. El plazo para intentar la acción, anteriormente igual a la menor edad del reclamante, también ha desaparecido.

Estas consideraciones son plenamente aplicables a la filiación adúlterina del lado paterno. Pero cuando el adulterio es cometido por la madre, el hijo es legítimo de acuerdo con la presunción de paternidad del marido de ella, que el Segundo Código del Menor reconoce cuando declara que «Los hijos nacidos dentro del matrimonio se reputan hijos del esposo». Antes de que el hijo, si tiene interés en vincularse con su padre (situación que se presenta cuando su madre se divorcia y se casa con su padre), pueda entablar su acción, tiene que esperar hasta que la paternidad del primer marido de su madre se haya impugnado. La acción en impugnación puede ser emprendida por él mismo o por cualquier otro interesado, como

⁹⁸ Como se recordará (ver la sección histórica al inicio de ese capítulo) el hijo adulterino del lado paterno no podía lanzar la acción en establecimiento de su paternidad excepto en los casos de raptó y seducción de su madre. Esta acción prescribía cuando el hijo alcanzaba la mayor edad.

veremos al tratar de esa acción en una sección posterior de este capítulo.

La acción en investigación de la paternidad en derecho francés.

La reforma efectuada por la Ordenanza del 4 de julio de 2005 ha modificado profundamente las condiciones para el ejercicio de la acción en establecimiento (o investigación, *recherche* en francés) de la paternidad. La posibilidad de obtener un grado casi absoluto de certeza con la prueba genética ha influenciado en las nuevas soluciones. Al igual que en la República Dominicana, todas las restricciones a la admisión de la acción han sido abolidos.⁹⁹ No hay necesidad de probar la presencia de indicios graves que existían anteriormente y que hacían probable la filiación. La acción va de derecho al fondo y la libertad de prueba es completa. El hijo, que tiene la carga de la prueba, puede proponer la prueba biológica. Aunque esta prueba no es muy invasiva, pues basta con una gota de sangre para el análisis genético, el reclamante no puede compeler físicamente al presunto padre a participar en ella.¹⁰⁰ La solución, si se niega a cooperar, es la posibilidad que tiene el juez de sacar de su comportamiento las consecuencias de lugar.¹⁰¹ Para la posesión de estado, que también se admite como prueba de la filiación, rige un plazo de cinco años a partir del momento en que haya cesado. La caducidad de este medio de prueba (que, como vimos, no existe en derecho dominicano) se debe a que los testimonios, que utilizarían ambas partes contradictoriamente, pierden su fuerza con el paso de los años. Pero nada impide que, si la posesión de estado, con los tratos del supuesto padre frente al reclamante, duraron hasta la muerte del padre, la prueba pueda hacerse contra los herederos legítimos, con fines exclusivamente sucesorales.

Las acciones en establecimiento de la filiación legítima y de la filiación natural se han unificado, con dos importantes excepciones: 1) el hijo concebido o nacido en el matrimonio disfruta de la presun-

⁹⁹ Art 327 nuevo del Código Civil

¹⁰⁰ RTD civ.2002.795, no. 15 ; RTD civ.2002.866, no. 4

¹⁰¹ RTD civ.2004.723, no. 12

ción de paternidad y 2) se prohíbe el establecimiento del doble vínculo en la filiación de un hijo incestuoso, de modo que, si el nombre de la madre figura en el acta de nacimiento del hijo incestuoso, lo cual es suficiente para establecer su filiación materna, su padre no puede establecer el segundo vínculo judicialmente, como tampoco puede reconocerlo, como vimos. En esto el derecho francés es menos liberal que el derecho dominicano, que permite ahora el reconocimiento del hijo incestuoso. La solución francesa, discriminatoria contra el hijo incestuoso, podría ser violatoria de la Convención Europea de Derechos Humanos. Hasta donde sepamos, la Corte Europea no se ha enfrentado todavía con esta cuestión.

La acción en establecimiento de la filiación está sometida al plazo de prescripción de diez años,¹⁰² cuando es entablada por la madre o por un tutor apoderado por el Consejo de Familia, comparado con la imprescriptibilidad completa en el derecho dominicano. El derecho francés no ignora la dificultad moral de emprender la acción. El plazo de diez años comienza a correr el día del nacimiento, pero si el pretendido padre vivía en concubinato con la madre, el plazo comienza cuando ellos se separan, y si el hijo recibía asistencia económica del presunto padre, el plazo comienza a correr el día en que esa asistencia cesó.¹⁰³ Estas prolongaciones del plazo se explican con la idea de que es moralmente difícil para la madre accionar mientras viva en concubinato o reciba para su hijo asistencia económica del pretendido padre. Además, la jurisprudencia ha sido indulgente en la interpretación de estos plazos, que existían desde 1972. Si los actos suspensivos de la prescripción (concubinato y asistencia económica) se iniciaron después del plazo, el plazo se abre de nuevo cuando concluyen.¹⁰⁴ La Ordenanza precisa, además, como lo hacía la ley anterior, que el plazo de diez años comienza de nuevo para el hijo reclamante a partir de su mayor edad.

¹⁰² Artículo 321 nuevo del Código Civil

¹⁰³ Esta liberalización del plazo en la Ordenanza refleja la jurisprudencia anterior. RTD civ.2000.99

En muchos casos, la prescripción habrá transcurrido a la muerte del presunto padre, cuando el hijo se percata de la necesidad de establecer su vínculo como condición para presentarse como heredero. Allí se esconde una diferencia entre la filiación dentro y fuera del matrimonio. El hijo que disfruta de la presunción de paternidad no tiene que probar su filiación del lado paterno. Le basta exhibir su acta de nacimiento, y si no indica el nombre del marido de su madre, el acta de matrimonio de su madre, para demostrar su filiación¹⁰⁵ y esa prueba puede hacerla en cualquier momento, la cual permite al hijo presentarse como heredero de su padre. En cambio, el hijo natural no reconocido se ve impedido de acceder a la herencia si su acción en establecimiento de filiación está prescrita. (Esto en derecho dominicano no sucedería, porque la acción es imprescriptible.)

Cuando prospera la acción en establecimiento de la filiación, sea legítima o natural, su efecto se retrotrae al día del nacimiento. La madre puede reclamar el pago de grandes sumas atrasadas como contribución del padre al mantenimiento de su hijo. La Corte de Casación decidió que el aforismo «los alimentos no se atrasan» (*aliments ne s'arréragent pas*) no se aplica a la contribución de un padre a la manutención y educación de su hijo.¹⁰⁶ (En derecho dominicano se llega a la misma solución en base a que el reconocimiento es una obligación del padre.)

Para la materia sucesoral, la Ordenanza decide que el establecimiento de la filiación no destruye las liquidaciones sucesorales ya efectuadas. Mientras la partición no haya tenido lugar, la sentencia que pone fin a la demanda en establecimiento de la filiación conducirá a una modificación de la distribución de la herencia del padre. Si la demanda está pendiente a la muerte del presunto padre o si se presenta después de su muerte, a suponer que no haya prescri-

¹⁰⁴ RTD civ.1998.666, RTD civ.2000.99

¹⁰⁵ Salvo en caso de tener posesión de estado solamente frente a su madre, artículo 313-1 del Código Civil

¹⁰⁶ Sentencia comentada en RTD.civ.2004.494, n. 18

to, habrá que sobreseer la partición hasta que la acción sobre filiación haya sido juzgada con carácter irrevocable. Pero después de liquidada la sucesión, aunque se haya efectuado amigablemente, no puede ser reabierta con la aparición de un hijo natural, como sucede en derecho dominicano.

En adición a la acción en establecimiento de la filiación natural, a partir de la sentencia del Pleno de la Corte de Casación en el asunto *Law King* del año 1982, se puede intentar una acción en constatación de la posesión de estado. La Ordenanza de 2005 consagra esta jurisprudencia en el nuevo artículo 320 del Código Civil. Según esta teoría, la posesión de estado es una alternativa a la prueba biológica, y cuando falta ésta, porque el presunto padre ha fallecido, (al igual de lo que sucede en derecho dominicano) termina siendo un medio suficiente de establecimiento de la filiación, con los mismos efectos en el orden sucesoral.¹⁰⁷ Se dio el caso de un hijo natural, cuya madre se unió en concubinato con un hombre, quien no reconoció al niño, pero lo trató como si fuera suyo. A la muerte del concubino, este niño pudo establecer su filiación con la prueba de la posesión de estado.¹⁰⁸

Hasta aquí nos hemos referido a la acción en establecimiento de la filiación. El caso contrario, en que una persona ostenta una filiación que alegadamente no tiene, estando inscrita en el registro del estado civil con una filiación falsa, da también lugar a una reglamentación compleja.

La impugnación de la filiación legítima en derecho dominicano.

El Código Civil favorece la legitimidad reduciendo al mínimo los casos en que el marido puede rebatir la presunción de paternidad. Tanto el hijo realmente legítimo como el hijo adulterino *ad matrem* se benefician de esta regulación, cuyo efecto es hacer casi inexpugnable el vínculo del hijo adulterino *ad matrem* con el marido de su

¹⁰⁷ RTD civ.2001.121

¹⁰⁸ RTD civ.2000.307

madre. El artículo 313 del Código Civil permite la impugnación de la paternidad legítima solamente cuando la mujer ha ocultado el nacimiento y aun en este caso el plazo para intentar la demanda es de solamente dos meses, contados desde el descubrimiento del engaño.¹⁰⁹

Para abrir la acción en desconocimiento de la presunción de paternidad, los tribunales dominicanos podrían recurrir, como lo hicieron los tribunales franceses, a una interpretación *a contrario* del artículo 322 del Código Civil, ya que el texto de ese artículo es el mismo en ambos países. En su segunda oración, el artículo 322 dice que «nadie puede oponerse al estado del que tiene a su favor una posesión conforme con el acta de nacimiento». Interpretada de manera natural, esta regla significa que la filiación de un hijo, que tiene a su favor tanto el acta de nacimiento como la posesión de estado, es inatacable; pero interpretada *a contrario*, como lo hacen los tribunales franceses, esta oración da a entender que el marido puede impugnar la filiación adulterina del hijo de su mujer, con tal de **no** haberle dado posesión de estado.

Esta interpretación permite al marido impugnar la presunción de paternidad dentro del plazo general de prescripción, pero solamente en caso de **no** haberle dado la posesión de estado al hijo de su mujer. Si le dio posesión de estado, no puede descartar la presunción de paternidad, aun cuando su mujer le haya ocultado el nacimiento. Todo depende, pues, de la posesión de estado. Con esta interpretación del artículo 322, atrevida desde el punto de vista exegético, la regla del Código Civil sobre ocultación del nacimiento y el brevísimo plazo de prescripción de la acción del marido se vuelven inoperantes.

Con esta interpretación se resuelve satisfactoriamente el caso en que el marido conocía la relación extramarital de su mujer y de todos modos trató al hijo de ella como si fuera propio.¹¹⁰ También es satisfactorio si el marido no intenta su acción dentro del plazo de

¹⁰⁹ Art. 316 del Código Civil

dos meses, cosa que casi siempre sucede, porque ese plazo, por su extrema brevedad, es una hipocresía legislativa, destinada a hacer fracasar la acción del marido. Solamente en el caso muy raro de que su mujer le haya ocultado el nacimiento y de que él haya intentado la acción dentro del plazo, esta interpretación perjudicaría al marido, obligándolo, a pesar de su diligencia en emprender su acción, a mantener contra su voluntad un vínculo fraudulento y biológicamente falso. Salvo en esa hipótesis de escuela, la interpretación de los tribunales franceses, y que podría ser adoptada por los tribunales dominicanos, favorece al marido, abriendo el plazo general de la prescripción que le permite descartar la presunción de paternidad del hijo adulterino de su mujer, salvo que le hubiese dado posesión de estado. La interpretación protege también al hijo, al impedir que pueda ser repudiado por el hombre que lo trató como hijo. La posesión de estado que le dio el marido de su madre creó para él un vínculo económico y afectivo hacia este hombre, que para él era su padre. Pero si este vínculo no existe, si fue criado por su padre biológico o por un tercero, porque el marido lo repudió, el hijo no será perjudicado si marido destruye la presunción de legitimidad. Podría inclusive beneficiarse, ya que esa destrucción abre la posibilidad de que pueda ser reconocido por su padre, quien lo está criando o, si no es reconocido, lanzar contar él una acción en establecimiento de su paternidad.

El Segundo Código del Menor, ¿habrá derogado este sistema del Código Civil para la impugnación de la filiación legítima? Literalmente declara que «En todo caso se podrá recurrir a las pruebas científicas para confirmar o negar la filiación materna o paterna». Como no establece ningún plazo para intentar la demanda, si ese texto fuese aplicable, el marido podría en cualquier momento desconocer al hijo de su esposa probando que genéticamente no es el padre, aun cuando por muchos años le hubiese dado posesión de estado. Como explicamos al tratar el tema de las derogaciones, las

¹¹⁰ La Suprema Corte dominicana, hasta donde sepamos, no ha visto un caso similar.

reglas del Código Civil relativas a la filiación legítima no fueron derogadas por el Segundo Código del Menor. Hay que entender por consiguiente, en aplicación *a contrario* del artículo 322, que no procede la acción del marido para descartar la presunción de paternidad del hijo de su esposa, si le dio la posesión de estado, tratándolo como si fuese su propio hijo.

Se da también la situación opuesta, en que el hijo tiene interés en rechazar la presunción de paternidad del marido de su madre. Esta situación se presenta cuando su madre se divorcia y se casa con su ex amante, el padre biológico de su hijo. El mejor interés del hijo en este caso, si es menor, es integrarse a su familia biológica. Podría también tener interés en ostentar la calidad de hijo de su padre biológico con fines sucesorales. En estos casos la regla del Segundo Código del Menor favorece al hijo, ya que permite «en todo caso» recurrir a la prueba científica para negar la filiación paterna. El Código Civil no se opone a esta acción. Crea barreras al desconocimiento por el marido del hijo de su mujer y a las reclamaciones contra su legitimidad, pero nada dispone para caso en que el hijo quisiese manifestar su adulterinidad. Este interés era inconcebible para los autores del Código Civil.

En consonancia con la filosofía del Segundo Código del Menor, que erige el superior interés del niño en su principio básico, la procedencia de la acción en impugnación de la paternidad legítima dependería de quién es el demandante. Si el hijo tiene interés en rechazar la paternidad del marido de su madre, puede recurrir a la prueba científica. Pero si el marido intenta repudiar al hijo de su mujer, se verá impedido si le ha dado posesión de estado.

La impugnación de la filiación natural en derecho dominicano.

El caso se da con frecuencia de un hombre que, al casarse o unirse en concubinato, se ve presionado por la mujer a reconocer a los hijos habidos por ella en una relación anterior, lo cual es posible si el padre de los hijos no los había reconocido previamente o si, debido a un desorden en los registros del estado civil, el funcionario

ignora el reconocimiento anterior. Existen también razones sucesorales por reconocer como hijo a una persona que no lo es. Estos reconocimientos falsos pueden impugnarse.

El artículo 339 del Código Civil, todavía vigente, declara que «todo reconocimiento por parte del padre ... podrá ser impugnado por todos los que en ello tengan interés».¹¹¹ Los que tienen interés son: el mismo padre que reconoció y después se arrepintió ; después de su muerte, sus herederos ; el padre biológico del hijo, si desea recuperarlo ; y por supuesto el hijo mismo.¹¹²

El Segundo Código del Menor no ha cambiado la regla anterior. Este Código declara explícitamente que la prueba biológica está disponible «para confirmar o negar la filiación materna o paterna». Esta regla, relativa a la prueba, presupone que el derecho existe en cuanto al fondo.

Cuando el hombre reconoció falsamente al hijo de la mujer nacido de una relación anterior y después se produce entre ellos el divorcio o la separación, surge a veces en la mujer el deseo de separar a su hijo del hombre que lo reconoció, a pesar del vínculo de afecto que puede haberse creado entre ellos. Si el hijo es menor, la madre puede impugnar el falso reconocimiento hecho por su marido o concubino, aun cuando el hijo resulte perjudicado.

Se presenta también la situación contraria, en que el hombre, sintiendo que había sido presionado a reconocer al hijo de la mujer, a la hora de la separación manifiesta el deseo de repudiarlo. El hijo puede sufrir un perjuicio aún más intensivo, tanto económico al verse privado de las atenciones prestadas durante el período de la posesión de estado, como moral por el hecho de que el hombre que creía ser su padre demuestra que no lo es, y lo abandona. Podría

¹¹¹ El artículo 5 de la Ley No. 985 reitera el mismo principio, aunque de manera menos clara: «El reconocimiento puede ser impugnado por los interesados si es perjudicial al hijo o si procede de personas sin calidad para hacerlo».

¹¹² El Fisco podría también tener interés en impugnar un reconocimiento hecho con la finalidad de reducir los impuestos sucesorales.

entonces contemplarse la posibilidad para el hijo de intentar contra su falso padre que lo ha repudiado una acción en responsabilidad civil. El problema de esta acción es que la culpa no consistiría en el desconocimiento de la paternidad falsa, que es conforme a derecho aunque le cause daño al hijo, sino en haberlo reconocido falsamente antes, acto que, lejos de haberlo perjudicado, le habrá traído beneficios. Paradójicamente no es el acto ilícito el que ha causado el daño, sino el acto conforme a derecho.

La acción en impugnación del reconocimiento falso no está sometida a un plazo de prescripción determinado. Prescribe por veinte años de acuerdo con la regla general del artículo 2262 del Código Civil. Aunque el plazo es largo, es posible, si se espera hasta la muerte del autor del reconocimiento falso, que hayan transcurrido veinte años desde la fecha del reconocimiento y que la acción en impugnación intentada por sus herederos esté prescrita. El reconocimiento falso se hace entonces indestructible. El hijo habrá adquirido un padre por prescripción adquisitiva.

La impugnación de la falsa declaración de paternidad hecha por la madre. Aunque el padre es quien normalmente declara el nacimiento de su hijo, como el plazo para hacer la declaración en la República Dominicana es de treinta días¹¹³ (en comparación con Francia, donde es de tres días),¹¹⁴ es a menudo la madre la que hace la declaración.¹¹⁵ Cuando la madre declarante es soltera, el Oficial del Estado Civil no debe insertar como padre al hombre que la madre indica, a menos que esté presente y dé su asentimiento. Pero parece ser que a veces la madre soltera, al declarar el nacimiento de su hijo, identifique de todas maneras como padre a un hombre que no se encuentra presente para reconocerlo, y que el acta refleje esa paternidad. Puede entonces surgir de parte del hombre el deseo de impugnar la filiación que le ha sido impuesta.

¹¹³ Art. 39 de la Ley No. 659 de 1944 sobre Actos del Estado Civil

¹¹⁴ Art. 55 del Código Civil

¹¹⁵ También puede ser el médico u otra persona que asistió al parto quien hace la declaración. Art. 43 de la Ley No. 659 de 1944 sobre Actos del Estado Civil.

La Suprema Corte, despistada por la forma como la litis fue planteada, declaró en una sentencia que la falsa declaración de un hijo al estado civil debe impugnarse con la inscripción en falsedad del acta, siempre que la declaración se haya hecho dentro del plazo legal.¹¹⁶ En esta tesis hubo una confusión. Si la mujer hace una declaración falsa de paternidad, la acción pertinente para rectificar el error no es la inscripción en falsedad del acta, sino la impugnación de la paternidad que el acta reflejaba incorrectamente. La corrección en el Registro del Estado Civil se hace posteriormente con la anotación de la sentencia que sobre esta acción dicte el Tribunal de Niños.

En esta misma sentencia la Suprema Corte agrega que las actas tardías no ratificadas por el Tribunal y *las hechas sin el concurso del padre* pueden ser impugnadas por todos los medios. La Corte se refiere de nuevo a las actas, no a la filiación. Lo que parece decir la Corte es que, en cualquiera de estas dos hipótesis, es posible pedir al el Juez de lo Civil (hoy al el Juez de Niños) la nulidad del acta sin emplear el riguroso procedimiento de inscripción en falsedad. Esto bien puede decirse del acta tardía no aprobada por el tribunal, porque el acta misma carece de fe pública, según el artículo 31 de la Ley No. 659 de 1944 sobre Actos del Estado Civil ; pero en el caso de la declaración hecha sin en concurso del hombre que figura como padre, la falsedad no está en el acta, que refleja correctamente la declaración de la madre, sino en la paternidad. La Suprema Corte es animada por el buen deseo de aliviar la situación del hombre que no estuvo presente en la declaración, creando a su favor una excepción a la necesidad de emprender un procedimiento de inscripción en falsedad. Pero el hombre no necesita este favor. Necesita solamente intentar la acción que procede. Si no estuvo presente a la inscripción del niño, en una acción en impugnación de su paternidad, al hombre le basta alegar que no reconoció al niño cuando la

¹¹⁶ B.J.1100, p. 154 (julio de 2002)

madre inscribió su nacimiento, porque no estuvo presente en ese momento. Su alegato será corroborado por el texto mismo del acta. La madre puede entonces contrademandar, probando que hubo otro acto de reconocimiento o que el hombre de todos modos es el padre, ofreciendo cualquier otra prueba admisible para establecer su paternidad.

La impugnación de la filiación en derecho francés. La diferencia entre la impugnación de la filiación legítima y la impugnación de la filiación natural, ha desaparecido en Francia con la Ordenanza del 4 de julio de 2005. Hoy día el marido puede impugnar la presunción de paternidad si ha cesado de dar la posesión de estado al niño antes del transcurso de sus primeros 5 años de vida. Como aspecto de la tendencia de igualar las reglas, para impugnar la presunción de paternidad, el marido está sometido a la misma regla que el padre natural para impugnar un reconocimiento falso.

Si la filiación es establecida solamente por el título (inscripción del nacimiento o reconocimiento) puede ser impugnada dentro del plazo de prescripción de diez años, que rige en general para las acciones relativas al estado civil.¹¹⁷ Pero cuando el título es robustecido por la posesión de estado, es decir, cuando el niño ha recibido de su padre aparente un trato filial, la acción en desconocimiento está cerrada «si la posesión de estado conforme al título ha perdurado por lo menos cinco años desde el nacimiento o el reconocimiento hecho ulteriormente».¹¹⁸ Cuando esta acción procede, está sujeta a un plazo de prescripción de cinco años a contar del día en que la posesión de estado cesó.¹¹⁹ La exclusión de la acción en impugnación de la paternidad cuando la posesión de estado del hijo ha durado más de cinco años está destinada a protegerlo cuando ha creado a través del tiempo una dependencia económica y una vinculación emocional frente al marido o concubino de su madre. El dere-

¹¹⁷ Nuevos artículos 332 y 334

¹¹⁸ Nuevo artículo 333, inciso 2

cho dominicano, más simple en este aspecto, no contiene esta disposición en protección del hijo.

La filiación fundada en la posesión de estado se tiene que impugnar de la misma manera que la filiación fundada en el reconocimiento o en la presunción de paternidad. La posesión de estado como prueba de la filiación se ha formalizado con la Ordenanza de 2005. Contrariamente a la jurisprudencia dominicana, la posesión de estado puede probarse con un acto de notoriedad, en cuyo caso la acción en impugnación está sujeta a un plazo de prescripción de cinco años contados desde el día en que se le entregó al impugnante una copia del acto de notoriedad. El plazo relativamente corto se justifica ante la dificultad de conservar la prueba de los hechos informales que se requieren para atacar y defender la posesión de estado. Si el impugnante fracasa en demostrar la falsedad del acto de notoriedad, este acto (que demuestra que hubo posesión de estado) puede también ser impugnado con la prueba biológica dentro del mismo proceso. Si la demanda en impugnación no es ejercida oportunamente, la filiación del hijo natural es definitiva. Podría decirse que es adquirida por prescripción adquisitiva.

El hecho de que la filiación que se impugna sea adulterina del lado materno no varía las condiciones de la acción. Normalmente es el marido el interesado en impugnar la paternidad presunta del hijo adulterino de su esposa, pero entre los interesados en impugnar la filiación legítima figura a veces el hijo mismo, interesado en descartar al marido de su madre para poder establecer su filiación con el amante de ella, del cual espera heredar.¹²⁰ Han pasado los tiempos en que un hijo tenía vergüenza en ser adulterino. Hoy día proclama y defiende su adulterinidad cuando le conviene para heredar de su verdadero padre. En el derecho dominicano, como vimos, el Código Civil limita los casos en que el marido puede impugnar la filiación del hijo de su esposa, pero deja libre al hijo para impugnar

¹¹⁹ Nuevo artículo 333, inciso 1° parte final.

esta filiación, basada en la presunción de paternidad, en la medida en que le conviene.

Cuando procede la impugnación de la paternidad legítima o natural, el hombre que perdió al hijo, a suponer que lo haya criado, puede demandar al padre biológico, quien se lo quitó, el reembolso de los gastos incurridos en la manutención del hijo durante el tiempo que lo crió, invocando la teoría del enriquecimiento sin causa.¹²¹

Puede también ser la madre la interesada en impugnar la falsa paternidad, que el hombre trata de defender. Se dió el caso de una madre, que había exigido que su marido reconozca a su hijo y que, luego del divorcio, quiso excluirlo de todo contacto con el niño, cosa que el hombre resistía, porque durante la vida común había establecido un vínculo afectivo con él. El hombre ofreció la prueba de la posesión de estado y se negó naturalmente a someterse a la prueba biológica, que su ex esposa ofrecía, porque no era el padre. Esta situación, en que la realidad sociológica es contraria a la realidad biológica, crea para el juez un dilema. En este asunto, la Corte de Casación, de una manera quizás injusta, dejó prevalecer la realidad biológica.¹²² La Ordenanza suaviza esta solución, dando facultad al juez, cuando acoge la acción en impugnación de la filiación, para estatuir, en interés del niño, sobre las modalidades de las relaciones entre éste y la persona que lo había criado.¹²³ Al amparo de esta disposición, el tribunal podría darle al falso padre derechos de visita y alojamiento.

La filiación de los hijos surgidos de la procreación medicamente asistida. Este tema ha sido tocado por el legislador francés en 1994 y de nuevo en 2004 con modificaciones al Código Civil y al Código de la Salud Pública, de una manera incompleta. En el derecho dominicano carece todavía de reglamentación.

¹²⁰ RTD civ.2004, p. 72, no. 15

¹²¹ RTD civ.2000.307

¹²² Asunto comentado en RTD civ.2004, p. 73, no. 16

¹²³ Nuevo artículo 337

No hay problema de filiación cuando la ayuda médica se limita a la inseminación artificial de una mujer con el espermatozoides de su marido o concubino, ni cuando hay una fertilización *in vitro* del óvulo de la mujer con el espermatozoides de su marido o concubino, seguida de la implantación del embrión en el útero de la mujer, porque en estos casos la filiación corresponde a la realidad biológica. La dificultad surge cuando interviene un tercero como donante (hombre con su espermatozoides o mujer con sus óvulos). Cuando el tercero donante es un hombre, el niño tiene *prima facie* dos padres: el donante del espermatozoides, quien es genéticamente su padre, y el hombre a quien ayudó a superar su esterilidad, quien ostenta la filiación jurídica, bien sea porque, siendo casado, se beneficia de la presunción de paternidad, bien sea porque reconoce al hijo de su concubina. Cuando una mujer hace donación de óvulos, el hijo tiene *prima facie* dos madres: una madre genética y una «madre gestatriz». El problema de determinar la filiación es doble cuando el embrión está concebido con los gametos de otra pareja, insertados en el útero de la mujer, casada o no, que se encarga de la gestación. En este último caso, el niño es concebido por completo fuera de la pareja que obtuvo la asistencia médica; genéticamente corresponde a la pareja que donó el embrión.

La legislación francesa trata de obviar estos problemas imponiendo restricciones a la procreación asistida. En primer lugar, no la autoriza más que para una pareja de personas de sexo opuesto, sea matrimonio o concubinato que haya durado por más de dos años. La ayuda a la procreación no está abierta a las mujeres solteras que viven solas, ni a las parejas lesbianas, aunque sientan el mismo deseo que una pareja de sexo opuesto de tener un bebé. La pareja de sexo opuesto debe, además, estar en la edad de procrear y formar una vida común. La posibilidad de recibir asistencia desaparece si muere uno de los miembros de la pareja¹²⁴ o si se demanda el divorcio o se produce la separación de hecho. Estas limitaciones se basan ostensiblemente en el interés del futuro niño de ser elevado por una pareja «normal», no permitiendo que nazca un hijo que la ley misma ha condenado a ser elevado en un hogar monoparental u

homosexual, o de padres de edad avanzada, lo cual haría probable que el niño sea huérfano antes de alcanzar su mayoría.

La solicitud de ayuda a la procreación debe, además, fundarse en uno de dos motivos: remediar a una infertilidad patológica o evitar el riesgo de transmisión al niño de una enfermedad genética. Una mujer que voluntariamente recurre a una intervención para eliminar su fecundidad, haciéndose ligar las trompas de Falopio, no puede, según estas reglas, reclamar ayuda médica si posteriormente desea procrear.¹²⁵ La reforma del 2004 añadió un tercer motivo justificante: «evitar la transmisión a uno de los miembros de la pareja de una enfermedad de una especial gravedad», a saber, el SIDA.

La ley da preferencia a la concepción dentro de la misma pareja que solicita la ayuda. Las clínicas autorizadas a ofrecer este servicio deben primero intentar la concepción «al interior de la pareja». Si falla este intento, los médicos pueden recurrir a un tercer donante en una línea, sea la del hombre si es impotente o de la mujer si es estéril. Como último recurso, ante la esterilidad de ambos miembros de la pareja que desea tener a un hijo, la ley permite intentar la transferencia de un embrión producido por otra pareja.

Esta última posibilidad es en parte el resultado de la existencia de numerosos embriones sobrantes. Cuando una pareja solicita una inseminación en probeta, los médicos preparan varios embriones al mismo tiempo, debido a los padecimientos de la mujer que se desprende de sus óvulos y ante la frecuencia con la cual la primera inserción de un embrión no resulta exitosa. Los sobrantes, después de que uno de ellos sea acogido por la mujer que recibe la ayuda médica, se pueden conservar cyrocongelados, para ser utilizados para una fecundación de la misma mujer hasta cinco años después

¹²⁴ La implantación post mortem del embrión está prohibida. RTD civ.2004, notas en las págs 794 y 795

¹²⁵ Con esta restricción el gobierno logró desechar un proyecto de enmienda según la cual «Toda mujer tiene derecho a hacerse ligar las trompas con una finalidad contraceptiva».

o, con el consentimiento de la pareja que los procreó, si decide no tener más hijos, pueden ser donados a una tercera pareja, solución mejor, desde el punto de vista ético, que la de destruir los embriones o emplearlos para la investigación científica.¹²⁶

El uso del embrión de otra pareja, que se inserta en el útero de la mujer que desea ser madre, suscita una difícil cuestión desde el punto de vista de la filiación : el niño gestado y dado a luz por la mujer de una pareja, pero concebido por los gametos de otra pareja, ¿a quién pertenece?

Un embrión no es un ser humano. Sin embargo, genéticamente el embrión contiene todas las características de la persona que nacería su fuese gestado, razón por la cual algunas personas con convicciones religiosas conservadoras se oponen a la utilización de embriones para la experimentación médica. Esta actitud carece de sentido, ya que si los embriones sobrantes no son utilizados para fines de investigación tienen que ser destruidos. En un asunto se planteó la cuestión de si la destrucción de un embrión por negligencia de la clínica, al no mantenerse la temperatura de -196° requerida para su conservación, daba derecho a «los padres» a reparación, no de su daño material, puesto que los embriones no son evaluables en dinero, sino de su daño moral al perder la oportunidad de gestarlo y de tener a un hijo. La respuesta negativa, dada por la Corte de Apelación de Amiens, es criticada por la doctrina.¹²⁷

El derecho francés, normalmente favorable a la verdad biológica, otorga la filiación de un niño de probeta a la pareja que requirió la

¹²⁶ La utilización de embriones para fines de investigación científica fue árdamente debatida en Francia. El debate produjo una solución transaccional. A tales fines pueden usarse solamente embriones sobrantes de un proyecto de asistencia y pueden usarse solamente si falta otro método alternativo de comparable eficacia para lograr el fin perseguido por la investigación.

ayuda médica, tratando de lograr los mismos efectos como si la concepción hubiese tenido lugar sin ninguna ayuda médica. Si la pareja que solicitó la ayuda médica es casada, el hijo será legítimo. Si la pareja forma un concubinato, el hijo será asimilado a un hijo natural. Con este propósito, la ley prohíbe toda investigación cuya finalidad sería detectar la existencia del o de los donantes (hombre, mujer o pareja) biológicamente vinculados al niño procreado con ayuda médica. El secreto de su identidad se justifica porque su intención, al donar sus medios de procreación, no es ellos mismos tener a un hijo, ni ser gravados con los costos y responsabilidades de una crianza, sino solamente permitir que lo sean otros, que tienen este deseo. Esta prohibición es un medio de inadmisión que bloquea el acceso a la realidad biológica. El padre que obtuvo la ayuda médica no puede impugnar la filiación con la prueba biológica. Por último, la ley elimina toda responsabilidad a cargo del donante, para estimular las donaciones, que el derecho francés quiere que sean gratuitas.

Estas dos reglas (la atribución de la filiación a la pareja que requirió la ayuda médica y el secreto de la identidad del o de los donantes) se aplican cuando la pareja que obtuvo la asistencia médica cumplió con las condiciones a la que está sometida. El legislador francés parece haber imaginado que estas restricciones siempre se cumplirían y dejó un vacío en relación con las filiaciones resultantes de la procreación asistida, en el país o en el exterior, que no se ajustaban a sus cánones: caso de una mujer soltera que vive sola y se deja inseminar, caso de una mujer casada que se hace inseminar sin el consentimiento de su marido, caso de una lesbiana que vive en unión con otra lesbiana y se hace inseminar, caso de un hombre que dio su consentimiento a la inseminación de su mujer por un tercero y después se separó de su mujer, la cual persistió en su intención de tener un bebé, etc. A nivel de las cortes de apelación, la jurisprudencia apenas ha comenzado a enfrentar las situaciones que no caen dentro

de lo contemplado por la ley, prohibiendo la investigación en un caso¹²⁸ y permitiéndola en otro».¹²⁹

Para lograr los efectos de una filiación perfecta tratándose de una pareja de concubinos, la ley¹³⁰ obliga al hombre que ha consentido a la inseminación artificial de su concubina con el espermatozoides de un tercero, a reconocer al hijo gestado por ella. El compromiso de reconocerlo consta en su escrito de consentimiento a la ayuda médica. La consecuencia, si no cumple este compromiso después del nacimiento del hijo, es una responsabilidad civil frente a la concubina, que desemboca en una pensión para la manutención del hijo. Además, ella tiene una acción en reconocimiento forzoso, que puede ejercer o no, según le convenga. Ella puede pensar que no vale la pena imponerle a su concubino un hijo que no tiene con él ningún vínculo, ni afectivo ni biológico, y contentarse con recibir la pensión. En cambio, si le ve buenas perspectivas hereditarias, optará por demandar judicialmente el cumplimiento del compromiso del hombre de reconocer al hijo. La ley tiene una laguna al no establecer un plazo, para la acción de la madre durante la minoría del hijo y para la acción del hijo después de su mayor edad, para entablar la demanda en reconocimiento forzoso.

La ley no menciona expresamente el caso del hijo nacido de una mujer casada con donación del espermatozoides de un tercero, sin contar con el consentimiento de su marido. Lógicamente en esta situación se aplicaría la presunción de paternidad y el marido no podría desconocer al hijo, debido a la prohibición de la investigación de la identidad del donante, y eso aun cuando no haya dado su consentimiento a la inseminación de su mujer por el tercero.

Otro problema no resuelto es el de la mujer casada, que tiene relaciones extramatrimoniales y obtiene el consentimiento de su marido a una inseminación artificial. ¿Puede el marido, ante el secreto de la identidad del donante de espermatozoides, acudir a la prueba biológica para demostrar que, a pesar de que la inseminación artificial

¹²⁸ RTD civ.2003.72

¹²⁹ RTD civ.2000.310

¹³⁰ Art. 311-20 del Código Civil

tuvo lugar durante el período legal de concepción, el niño es hijo del amante de su madre y no del donante de esperma? Si se excluye esta prueba, la mujer casada, que se siente embarazada por obra de su amante, puede acudir a la inseminación artificial para impedir que su marido, aun cuando aprenda la verdad, pueda rechazar a su hijo.

Las madres portadoras. En los casos de ayuda médica a la procreación, la mujer que recibe la ayuda quiere ella misma gestar al hijo. Pero también se da el caso de la mujer que no puede o no quiere concebir, porque sus médicos consideran que un embarazo pondría en peligro su vida o su salud o porque temen un aborto espontáneo, o porque un embarazo y una licencia de maternidad obstaculizarían la actividad profesional de la mujer. Esta mujer puede acudir a la adopción, siempre y cuando encuentre a un niño disponible, lo cual en Francia es difícil, o puede desear que el hijo sea biológicamente de su marido o inclusive suyo y de su marido. Para lograr este propósito, ella puede acudir a los servicios de una madre sustituta o madre portadora.

Ante la carestía de niños disponibles para la adopción, se difundió en Francia en la década de los 1980 la práctica de celebrar, oralmente o por escrito, contratos entre un matrimonio deseoso de tener a un hijo y una mujer dispuesta a gestar a un niño para esa pareja. Se contemplaba normalmente que la mujer que ofrece este servicio se dejaría inseminar artificialmente por el marido o, si se quiere que biológicamente el hijo provenga de los dos esposos, se acude a una fertilización en probeta de un óvulo de la esposa con el esperma del marido, seguida de una implantación del embrión en el útero de la mujer que se ha comprometido a gestarlo. Se conviene que el matrimonio pagará los gastos médicos de esta mujer y su manutención durante el período de la gestación, además de una retribución, y que, después del alumbramiento, el marido reconocerá al niño. De acuerdo con este contrato, inmediatamente al nacimiento o después de un período de lactancia, la madre sustituta entrega al niño a la pareja y el marido lo reconoce como suyo.

El problema que esta situación genera es la ausencia de un vínculo entre el hijo y la esposa. Elle no puede reconocer al hijo, ni siquiera en el caso de que genéticamente sea suyo, porque la ley considera, según una teoría científicamente obsoleta, que la madre es la que da a luz y que una mujer no puede reconocer al hijo dado a luz por otra mujer. Se acude entonces a la adopción. La madre portadora da su consentimiento para la adopción de su hijo por la esposa. Allí tienen que intervenir los tribunales. Casando una sentencia favorable a la adopción sobre recurso del Ministerio Público en interés de la ley, la Corte de Casación en Pleno, en su sentencia del 31 de mayo de 1991,¹³¹ declaró nula «toda convención por la cual una mujer se compromete, aunque sea a título gratuito, a concebir y a gestar a un niño para abandonarlo a su nacimiento». La Corte se basó en que una convención de esta naturaleza contraviene el principio de orden público de la indisponibilidad del cuerpo humano y el de la indisponibilidad del estado civil de las personas, dos principios hasta entonces desconocidos¹³², creados *ad hoc* para dar peso a la solución.

Posteriormente el Parlamento ratificó este criterio, aprobando el nuevo artículo 16-7 del Código Civil, que declara nula «toda convención relativa a la procreación o a la gestación por cuenta de otro». Fueron disueltas las agencias que se habían establecido para facilitar el encuentro entre parejas deseosas de tener hijos y mujeres dispuestas a gestarlos y la actividad de los agentes fue penalmente sancionada, pero no se llegó al extremo de sancionar penalmente a las mujeres que celebraban estos contratos.

Aunque es probable que por efecto de estas medidas haya disminuido el número de contratos de gestación, la práctica no ha cesado del todo, como lo demuestran los asuntos que siguen llegando a

¹³¹ D.1991.417, RTD civ.1992.513

¹³² Desde hace siglos se ha admitido la validez del contrato de empleo de una nodriza. La adopción no es otra cosa que una disposición del estado civil.

los tribunales. Cuando existe de ambas partes el deseo de cumplir el contrato, a pesar de su nulidad, el niño entra al hogar del matrimonio que lo ha contratado y la madre portadora lo da en adopción a la esposa, callando la existencia del contrato para que el juez autorice la adopción.

En cambio, cuando sale a relucir en un juicio, por confesión durante el interrogatorio o por inconformidad de la madre sustituta o por convenir a los intereses de uno de los esposos en caso de divorcio, la prohibición se aplica. La madre portadora, aun habiendo recibido la suma prometida, puede arrepentirse de su compromiso. Como el contrato de gestación es nulo, ella puede recuperar al hijo que ella dio a luz, aunque la filiación del marido, manifestada por el reconocimiento, se mantenga válida. El niño será entonces adúlterino, criado por la madre portadora, lo cual no es de su mejor interés, el cual es ser educado por la pareja que lo había contratado, en lugar de ser criado por su madre portadora, si es soltera. La situación del niño se agrava si la madre portadora se arrepiente varios años después del nacimiento, por razones emocionales o con fines de chantaje, cuando el niño ha desarrollado un vínculo afectivo frente a la pareja que lo había contratado y criado.

Los tribunales siguen sacando las consecuencias de esa nulidad. En un asunto que llegó hasta la Corte de Casación, el interés del niño no era suficiente, aun cuando hubiese vivido durante doce años en el hogar de la pareja que lo había contratado, para permitir su adopción por la esposa, porque esta adopción no era más que la fase final del arreglo con la madre sustituta.¹³³ Sin embargo, el interés del niño ha influido en otro caso, en que se había producido el divorcio de la pareja que había procurado la gestación del niño. El niño había sido reconocido por el marido y criado por la pareja. Aunque no se había establecido, a través de la adopción, un vínculo con la ex esposa, ella

obtuvo, después del divorcio, un derecho de visita.¹³⁴ En un asunto aún más claro, la mujer contratada había sido inseminada con el espermatozoides del marido, y el niño había sido criado por el matrimonio. Cuando se produjo la desavenencia conyugal, el marido, aprovechando que el niño no tenía filiación frente a su esposa, denunció el arreglo y logró que la autoridad parental sea atribuida a él y a la madre portadora. Sin embargo, la corte dispuso que el niño tendría su residencia con la ex esposa, que el niño consideraba como su verdadera madre.¹³⁵

Los intentos de rehuir la jurisdicción francesa contratando la gestación con una mujer extranjera han fracasado cuando se han llevado a los tribunales. En un asunto, la esposa pudo, de acuerdo con las leyes de California, reconocer al hijo, que biológicamente era suyo, pero no le fue posible lograr la transcripción de este reconocimiento en los registros franceses del estado civil.¹³⁶ En otro asunto, la adopción hecha en Inglaterra por la esposa no fue reconocida por un tribunal francés.¹³⁷

El estado del derecho sobre la «filiación por contrato» no es satisfactorio. Una posible solución, que seguramente será conocida por la jurisprudencia, aunque su resultado ahora parece incierto, sería dejar que, a través de los cinco años que, según la Ordenanza de 2005, hacen inexpugnable la posesión de estado, el servicio prestado por una madre portadora se transforme en medio de establecimiento de la filiación por prescripción adquisitiva.

¹³³ RTD civ.2001.347

¹³⁴ RTD civ.2002.284, no. 20 in fine

¹³⁵ RTD civ.2005.378, no. 24

¹³⁶ RTD civ.2003.72, no. 26

¹³⁷ RTD.civ.2003.693, no. 18

CAPÍTULO VI.

LA ADOPCIÓN

La adopción en la República Dominicana. Reviste profunda diferencia el derecho de la adopción en Francia y en la República Dominicana, debido a que en Francia existen dos modalidades de adopción, la adopción simple y la adopción plena, mientras que el derecho dominicano no admite más que una clase de adopción. Un curioso remanente de la dualidad francesa aparece en el capítulo intitulado Modalidades de la Adopción, como si hubiese más de una modalidad.¹ El Código habla innecesariamente de la adopción «privilegiada» cuando no hay ninguna otra clase de adopción.

El artículo 116 enuncia tres grandes principios: 1) el adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre, 2) el adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones que un hijo biológico, y 3) la adopción es irrevocable. Conviene exponer primero las condiciones de fondo que hacen posible la adopción.

a) Edades requeridas. Entre las condiciones de fondo, varias tienen que ver con la edad: 1) El adoptado debe ser menor de 18 años de edad a la fecha de la solicitud.² La adopción es, pues, una institución de protección de la niñez, cuya finalidad es dar un hogar a un menor huérfano o cuyos padres biológicos no quieren o no pue-

¹ Capítulo II del Título V sobre Filiación por Adopción del Segundo Código del Menor y art. 115.

² Segundo Código del Menor, art. 121

den criarlo convenientemente. Nada se opone a que el adoptado sea recién nacido. 2) Los adoptantes deben tener más de 30 años de edad y, por regla general, menos de 60 años. En el caso de un matrimonio, en que ambos son adoptantes, la edad mínima de 30 años se aplica a ambos. La edad mínima de 30 años para poder adoptar parece ser muy avanzada, toda vez que personas de menos de 30 años de edad son capaces de criar a sus hijos propios y podrían hacerse cargo de un hijo adoptado en las mismas condiciones. Es verdad que una pareja de menos de 30 años de edad puede, con el consentimiento informal de los padres biológicos, obtener la guarda y crianza del niño y esperar cumplir los 30 años de edad para iniciar el procedimiento de adopción, pero esta solución les hace correr el riesgo de que la madre biológica cambie de parecer o trate de chantajear. Es también para el niño una solución poco segura.

La ley no contempla ninguna excepción a la edad mínima, pero permite excepcionalmente ser adoptantes a personas mayores de 60 años de edad cuando han tenido la crianza del niño cuya adopción solicitan o cuando son familiares que quieren adoptar a un niño cuyos padres han perdido su autoridad parental. Esta última excepción está pensada para los abuelos, a quienes se les reconoce la posibilidad de adoptar a sus nietos.³

Debe existir una diferencia de por lo menos 15 años entre la edad del adoptante y la edad del adoptado.⁴ Esta diferencia de edad se debe al deseo, que la ley misma expresa, de que la relación entre adoptante y adoptado «sea compatible con una relación de paternidad y maternidad».

b) Ruptura de los lazos con la familia de origen. La adopción, una vez pronunciada por sentencia definitiva, rompe los vínculos del niño, no solamente con sus padres biológicos, sino con todos los

³ *Idem*, art. 118, letra g)

⁴ *Idem*, art. 123

demás familiares que tenía antes, abuelos, hermanos, etc., dejando subsistir únicamente los impedimentos al matrimonio. Lo dice claramente el artículo 116: «En la adopción privilegiada el adoptado(a) deja de pertenecer a la familia de sangre y se extingue el parentesco de los integrantes de ésta, así como todos sus efectos jurídicos, con la excepción de los impedimentos matrimoniales».⁵ El adoptado pierde sus derechos hereditarios frente a sus padres y demás familiares de origen.

Aunque el vínculo jurídico se rompe, el vínculo afectivo entre el hijo adoptado y sus padres, hermanos y abuelos puede permanecer vivo, aunque más o menos transformado. Sin afectar el vínculo jurídico con los padres adoptivos, el Juez de Niños podría, en dado caso, dar a los padres de origen un derecho de visita con su hijo.

No está claro si, en caso de ser víctima el adoptado de un accidente de tránsito, sus padres de origen tienen un interés jurídico para elevar una reclamación en daños y perjuicios. Desde el momento en que una concubina puede elevar tal reclamación por la muerte de su concubino⁶, no se exige que haya un vínculo de parentesco del reclamante con la víctima del accidente. La jurisprudencia podría extender esta posibilidad a la reclamación de los padres biológicos del niño fallecido en un accidente de tránsito, en la medida en que se haya mantenido el vínculo afectivo y social del niño con ellos. No conviene sentar una regla, sino examinar cada caso por separado, para saber cuán estrechos permanecieron los vínculos sentimentales entre el adoptado y su familia de origen.

La ley proclama que «todo adoptado tendrá derecho a conocer su origen».⁷ Sus padres adoptivos deben informárselo, si era demasiado pequeño cuando fue adoptado para conocer su familia original.

⁵ Lo repite con otras palabras, menos claras, el artículo 158, letra a). Ruptura lazos familiares de origen. La adopción privilegiada hace caducar los vínculos de filiación de origen del o de la adoptado(a) en todos sus efectos civiles; subsisten únicamente los impedimentos matrimoniales.

⁶ Sentencia del 17 de octubre de 2001

⁷ Idem, art. 154

Si sus padres adoptivos no se lo han informado, una vez llegado a la mayor edad, puede investigar su origen, solicitando copia de los documentos relativos a su adopción.⁸

c) Creación de lazos con la familia adoptiva. En virtud de la adopción, se establece entre el adoptado y los adoptantes un vínculo paterno-filial o materno-filial.⁹ El adoptado ingresa además a la familia del adoptante, lo cual da lugar a los mismos impedimentos matrimoniales como si hubiese sido un hijo biológico.¹⁰ El hijo adoptado tiene, pues, impedimentos matrimoniales tanto frente a su familia de origen como frente a su familia adoptiva. Recibe el o los apellidos de los adoptantes¹¹ y se somete a su autoridad parental.¹² Si los adoptantes ya tienen hijos, lo cual antes del Primer Código del Menor (Ley No. 14-94) no era posible, pero ahora lo es,¹³ o si después de la adopción los adoptantes procrean hijos, estos hijos son los hermanos del adoptado. Los padres de los adoptantes son los abuelos del adoptado. El adoptado es heredero reservatario de sus padres adoptivos y viene a la sucesión de los demás miembros de su familia, tanto en línea directa como colateral, como si fuese hijo por la sangre.¹⁴

d) El consentimiento de los padres biológicos, el acuerdo del niño y el parecer de sus futuros hermanos. Para que un niño pueda ser adoptado, se requiere que sus padres de origen hayan dado su consentimiento.¹⁵ Esto se puede hacer como parte del acto de adopción entre los padres de origen y el Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia (CONANI),¹⁶ en cuyo caso el niño es entregado a el CONANI para que seleccione una familia adoptan-

⁸ El artículo 152 dispone que «sólo podrá expedirse copia de los documentos a solicitud ... del adoptado al llegar a la mayoría de edad».

⁹ Idem, art. 158, letra b)

¹⁰ Idem, art. 158, letra c)

¹¹ Idem, art. 158, letra e)

¹² Idem, art. 158, letra f)

¹³ Idem, art. 120

¹⁴ Idem, art. 158, letra d)

¹⁵ Idem, art. 126, letra a)

¹⁶ Idem, art. 131

te entre las que han hecho solicitud de adopción. Los padres biológicos también pueden dar su consentimiento por acto separado, celebrado en forma auténtica ante notario o juez de paz.¹⁷ Su consentimiento puede ser para que el niño sea adoptado por la persona o pareja señalada en el acto. Aun en este caso, el proceso de adopción pasa por CONANI que, antes de emitir la Certificación de Idoneidad (que es una fase del procedimiento que se verá más adelante), debe asegurarse de que los padres o la madre biológica han dado su consentimiento libremente y que no ha habido un acuerdo de venta del niño. CONANI debe, además, asegurarse de que la persona o pareja que desea adoptar al niño muestra un perfil social favorable.

Si uno de los padres ha fallecido o si se encuentra en la imposibilidad de manifestar su voluntad, basta el consentimiento del otro para la adopción.¹⁸ A falta de ambos padres, lo lógico sería exigir el consentimiento de los abuelos, a suponer por lo menos que estén atendiendo al niño, pero la ley se contenta del tutor. Como en muchos casos el niño huérfano no tendrá tutor legalmente nombrado, la ley requiere el consentimiento de un tutor *ad hoc*, lo cual equivale a crear un trámite innecesario de la designación de un tutor del que, de antemano, se sabe que dará su consentimiento. Mejor es la solución para el niño abandonado o de padres desconocidos,¹⁹ para quien el consentimiento puede ser dado directamente por el Presidente de CONANI.²⁰

Si los padres viven juntos, se requiere el consentimiento de ambos para la adopción de su hijo, pero si están divorciados o separados y están en desacuerdo acerca de la conveniencia de dar a su hijo en adopción, se puede proceder con el solo consentimiento del padre

¹⁷ *Idem*, art. 125

¹⁸ *Idem*, art. 126, letra b)

¹⁹ El hecho de que los padres son desconocidos debe establecerse por sentencia, art. 126, Párrafo I

²⁰ CONANI es la sigla del Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia.

que tiene la guarda y obviar el consentimiento del otro. Para alcanzar este objetivo, el padre deseoso de dar a su hijo en adopción debe instituir contra el otro un procedimiento ante el Juez de Niños, procedimiento que podría ser muy conflictivo, dado el propósito de uno de los divorciados de arrebatarse al niño a su otro padre o madre. El Juez puede tomar la difícil decisión de si procede o no la adopción con el solo consentimiento del ex cónyuge que tiene la guarda. En esto la ley es muy precisa: «En caso de divergencia entre ambos padres respecto de la adopción del niño, niña o adolescente, la sala de lo civil del tribunal de niños, niñas o adolescentes, será competente para decidir si procede o no la adopción con el solo consentimiento del padre que tiene la guarda».²¹ Si la ex esposa tiene la guarda, como es normal tratándose de un niño pequeño, esta regla es muy dura para el padre divorciado, que a través de la decisión del Juez, pierde el vínculo con su hijo. Para el padre, es una verdadera expropiación de hijo y para el hijo, es una verdadera expropiación de padre, ya que pierde el derecho a alimentos durante su menor edad y su vocación hereditaria. La constitucionalidad de esta disposición pudiera inclusive cuestionarse.²² Para suavizar el impacto de su sentencia, el Juez podría disponer que el ex esposo y ahora ex padre conserva su derecho de visita con su ex hijo.

Para el niño maltratado o abandonado por sus padres, la adopción es posible después de que los padres hayan sido privados de la autoridad parental por sentencia. En este caso la ley dispone que el consentimiento debe darse por el representante legal, previa opinión del consejo de familia.²³ Este formalismo es excesivamente riguroso tratándose de personas de baja extracción social, que no tienen los medios de conseguir la designación judicial de un tutor y para quienes la institución del consejo de familia es desconocida. En el caso de los padres que se niegan a dar a su hijo en adopción a pesar de haber sido despojados de su autoridad parental, el consentimiento de CONANI debiera ser suficiente.

²¹ Idem, art. 126, letra c)

²² Se pidiera alegar violación de la garantía de la igualdad ante la ley, consagrada por el artículo 8, numeral 5, de la Constitución («La ley es igual para todos...»), toda vez que uno de los divorciados tiene un derecho, el consentir en la adopción de su hijo, que el otro divorciado no tiene.

²³ Idem, art. 122, letra c) y art. 126, letra d)

Si el candidato a adopción es mayor de 12 años, debe también manifestar su «acuerdo» para su propia adopción. Se ha seleccionado la palabra «acuerdo» en lugar de «consentimiento» para darle menos formalidad. Este acuerdo puede ser dado verbalmente ante el juez en el procedimiento de homologación del acto de adopción. Si el niño es menor de esa edad, debe ser escuchado, teniendo en cuenta su edad y madurez.²⁴

Además, los hijos, menores o mayores, propios de los adoptantes, según el artículo 120, ellos deben externar su «parecer» sobre la adopción si son mayores de doce años. Este «parecer» es el último vestigio que queda de la prohibición, que existía antes del Primer Código el Menor, a la adopción por una pareja que ya tenía hijos. La necesidad de recabar el «parecer» de los hijos del adoptante tiene por finalidad comprobar que la presencia del niño adoptado en el hogar no producirá celos o fricciones con sus futuros hermanos. El uso de la palabra «parecer» (o su sinónimo «opinión», que aparece en el mismo texto) da a entender que se trata de un elemento de juicio en la evaluación de la familia que desea adoptar al niño, y no de un requisito formal. Acerca de la forma de este parecer, el artículo 120 del Código declara que los hijos propios de los adoptantes deben externar su parecer mediante comparecencia personal ante el Juez de Niños. Sin embargo, entre los documentos que deben anexarse a la demanda de adopción, hay uno que se designa como «un acto de no oposición de los hijos mayores de doce años de los adoptantes, en caso de que existan»,²⁵ dando la impresión que pueden oponerse al proyecto de sus padres, lo cual no es lo que la ley se propone en el artículo 120. Dentro del esquema de la ley sería lógico que los futuros hermanos del niño manifestaran su parecer ante el Departamento de Adopción de CONANI después del período de convivencia provisional y que sea ese Departamento quien levante el acta, que propiamente debiera deno-

²⁴ Idem, art. 126, Párrafo II, y art. 120

²⁵ Idem, art. 140, letra n)

minarse «acto de parecer» y no «acto de no oposición». Es más, este acto realmente sobra si el Juez mismo debe comprobar el parecer de estos niños mediante su comparecencia personal. Se trata probablemente de un error de redacción y no de un requisito de doble manifestación del parecer de los futuros hermanos del niño adoptado. Pudiera satisfacerse este requisito, o bien por medio de un «acto de parecer», o bien por una comparecencia ante el Juez.

Lo que los hijos no siempre entenderán cuando se solicita su parecer, sobre todo si son menores, es que la adopción de otro niño diluirá sus derechos sucesorales. Cuando su padre se ha casado por segunda vez y desea adoptar los hijos de su segunda esposa, los hijos del primer matrimonio pueden expresar un parecer opuesto a la adopción, pero su opinión no es vinculante para CONANI.

e) Condición de los adoptantes. La preferencia del legislador es a favor de un matrimonio, pero requiere que los solicitantes hayan sido casados por lo menos durante 3 años.²⁶ Este requisito, al igual de la exigencia de una edad mínima de 30 años, está pensado para asegurar que se trata de una pareja estable, que no trastornará la vida del niño a través de un divorcio,²⁷ pero no se justifica en vista de la necesidad para CONANI de investigar las condiciones de vida de los candidatos a adopción. El criterio de los trabajadores sociales de CONANI, caso por caso, es una mejor indicación de la aptitud de la pareja que un plazo uniforme de tres años de casados. La necesidad para un matrimonio de esperar tres años no se justifica como prueba de su esterilidad o por el temor de que pueda tener hijos después de la adopción. De todos modos, la esterilidad de la pareja puede determinarse medicalmente en muy poco tiempo.

Los concubinos también pueden ser padres adoptivos, pero tienen que demostrar una convivencia ininterrumpida durante más de 5

²⁶ Idem, art. 118 (a)

²⁷ Idem, art. 118, letra a). Cuando los solicitantes son un matrimonio extranjero, deben estar casados por lo menos durante 5 años. El legislador parece creer que los matrimonios de extranjeros tardan más tiempo que los matrimonios dominicanos a estabilizarse.

años. El plazo más largo impuesto a los concubinos en comparación con los casados constituye un período de prueba atribuible a la falta de un compromiso solemne de cohabitación, que hace que el matrimonio represente un vínculo más fuerte que el concubinato. Los concubinos demuestran la duración de su cohabitación por medio de un acto de notoriedad, que deben anexar a su demanda de adopción, junto con otros documentos.²⁸ Además, la pareja debe ser «formada por un hombre y una mujer».²⁹ La sociedad dominicana no ha llegado al punto de reconocer el anhelo de dos mujeres que cohabitan, lesbianas o no, de tener a un hijo común.

Los solteros (o, más frecuentemente, las solteras) también pueden adoptar, pero solamente si tienen o han tenido la crianza de un niño,³⁰ que puede ser un hijo propio o el hijo de crianza que se proponen adoptar. Esta disposición marca un favor especial a la adopción de los hijos de crianza. Las solteras que no sean madres no pueden adoptar a un hijo que no sea su hijo de crianza. Esta solución es muy dura para la mujer que desea adoptar a un niño justamente porque no tiene uno. La ley no establece tiempo mínimo de crianza, pero se sobreentiende que debe ser por un tiempo suficientemente largo para establecer un vínculo afectivo entre el niño y la mujer que lo está criando.

Literalmente, las divorciadas y las viudas están en una situación de desventaja en comparación con las solteras, ya que no pueden adoptar a menos que antes de la muerte de su marido o de su divorcio hubiesen comenzado el procedimiento de adopción en calidad de matrimonio, condición que no se impone a las solteras. No se entiende por qué las divorciadas y las viudas tendrían cerrado el camino de la adopción cuando las mujeres que nunca se han casado pueden adoptar. Para evitar este absurdo, que constituye además una discriminación inconstitucional contra las divorciadas y las viu-

²⁸ *Idem*, art. 140, letra d)

²⁹ *Idem*, art. 118, letra b)

³⁰ *Idem*, art. 118, letra c)

das, porque su trato desfavorable carece de base racional, hay que interpretar que la mujer divorciada o la viuda pueden adoptar si cumplen las mismas condiciones que una soltera, a saber, ya tener a un hijo propio o un hijo de crianza.

Aunque la pareja de concubinos debe ser de sexo opuesto, no se excluye expresamente la posibilidad de que un homosexual sea adoptante en su calidad individual.³¹ Nada de lo dispuesto en la ley impide que una lesbiana soltera, aunque viva en unión libre con otra lesbiana, pueda adoptar a su hijo de crianza, ella sola y no en pareja, siempre y cuando la madre lesbiana ofrece perspectivas de darle al niño un buen ambiente para su desarrollo social. Si la lesbiana ha tenido la crianza del niño por un tiempo más o menos largo antes de presentar su solicitud de adopción y ha establecido con él un vínculo afectivo materno-filial, el permitir la adopción será en el mejor interés del niño. La negativa de autorizar la adopción traería por consecuencia que el niño conservará su condición de hijo de crianza. Pero si la lesbiana no tiene hijo de crianza, tendrá poca esperanza de que CONANI ponga a su disposición a uno de los niños que se encuentran bajo la tutela del Estado.

El Código permite también la adopción de parientes. El abuelo, tío o hermano, puede adoptar a su nieto, sobrino o hermano menor (la diferencia de edad debe ser de 15 años aun en este caso), en caso de fallecimiento de uno o ambos de sus padres.³² Claro está que en caso de fallecimiento de solamente uno de los padres, el sobreviviente debe dar su consentimiento a esta adopción. La adopción del nieto por sus abuelos puede persigir un fin fiscal, de evitar el doble impuesto a la sucesión de la casa o finca familiar, de los abuelos a su hijo y de su hijo a su nieto, pero puede justificarse desde el punto de visto sociológico si el nieto reside con sus abuelos. En otros casos, la adopción intrafamiliar debe evitarse en lo posible, ya que trastorna la relación familiar existente. El nieto adoptado por

³¹ *Idem*, art. 119

³² *Idem*, art. 118, letra g)

sus abuelos es hermano de su tío y tío de sus primos. La adopción de un niño huérfano o abandonado por su tío es aceptable ; el niño será hermano de sus primos, que están en la misma generación. Ante el inconveniente que normalmente acarrea la adopción intrafamiliar, el Código exige que «los adoptantes puedan garantizar el bienestar de sus parientes», cuya relación con el adoptado es igualmente trastornada. CONANI debe entonces oír a los parientes y enterarse de los sentimientos de todos ellos, y dar curso a la adopción si a sus ojos resulta ser la mejor salida en interés del niño.

El Código contempla la posibilidad de que una persona casada pueda adoptar a un niño sin la participación de su cónyuge. Se puede dar el caso de un tío que desea adoptar a su sobrino que se quedó huérfano, sin que su esposa comparta este deseo, quizás por razones sucesorales, pues la adopción diluye la porción hereditaria de sus propios hijos . El artículo 127 dispone que «Ninguno de los esposos podrá adoptar sin el consentimiento del otro, salvo en los casos de separación o presunción de ausencia o de desaparición». El cónyuge del adoptante que vive junto con él debe dar su consentimiento, porque el niño entrará a su hogar. Su consentimiento no es para adoptar, sino solamente para permitir que su cónyuge adopte. No se especifica la forma de este consentimiento. Podría darse verbalmente ante un funcionario de CONANI que levante un acta, o ante un notario.

f) Un caso difícil : la adopción del hijo del cónyuge. El Código también contempla que «el o la cónyuge en matrimonio o la pareja unida consensualmente podrá formalizar la adopción del hijo del otro u otra cónyuge». ³³ Por el contexto de la palabra «conyuge», parece referirse tanto a la persona que vive en concubinato como a la persona casada. Esta disposición presenta numerosas dificultades, que el Código no resuelve.

³³ Idem, art. 118, letra f)

El caso típico es el de una divorciada o viuda que vuelve a casarse teniendo hijos menores de su primer matrimonio. El deseo de ella y de su nuevo marido es formar una familia reconstituida y ellos encuentran en la institución de la adopción el medio de realizar este deseo. Si la esposa es viuda, ella es la única persona con autoridad parental sobre el niño y puede ella sola dar el consentimiento requerido para su adopción por su nuevo marido.³⁴

Podría también presentarse la situación de un viudo con hijos que contrae segundo matrimonio y cuya nueva esposa desea adoptar a sus hijos. El consentimiento del viudo sería suficiente en este caso.

El Segundo Código del Menor permite esta clase de adopción, pero omite establecer a este fin la excepción necesaria a la ruptura del vínculo del niño con el cónyuge que consiente en la adopción de su hijo y con la familia de este cónyuge. La intención de una pareja que desea reconstituir una familia no es transferir la filiación de un cónyuge al otro, sino compartir la filiación, para crear la ficción legal de que el niño hubiese nacido dentro de la pareja. Su deseo, en otras palabras, es que el nuevo marido de su madre no sea el padrastro del niño, sino su padre; o que la nueva esposa de su padre no sea su madrastra, sino su madre; y que el niño no sea hijastro, sino hijo del nuevo cónyuge. El Código no contempla el efecto de esa adopción sobre el cónyuge que da su hijo en adopción al otro cónyuge y sobre su familia. Debiera disponer que este vínculo no se rompe, sino que se mantiene y se une al vínculo con el otro cónyuge, resultante de la adopción. Se trata de una laguna en la ley que la práctica administrativa y la jurisprudencia podrían colmar, pues la intención del legislador, al permitir que un cónyuge dé su hijo en adopción al otro cónyuge, no pudo haber sido romper el vínculo original, sino establecer en beneficio del hijo un doble vínculo.

Para el caso de la adopción por el otro cónyuge, el padre adoptante y su cónyuge deben determinar si la autoridad parental sobre el

³⁴ *Idem*, art. 126, letra b)

niño, con la consiguiente administración y disfrute de sus bienes, es conservada por el cónyuge que lo da en adopción o si es compartida por ambos cónyuges. Esta determinación pudiera tener la forma de un pacto dentro del acto de adopción, pero sería conveniente tener una regla supletoria, para el caso de que el acto de adopción no contemple esta situación. También podría disponerse supletoriamente que en caso de divorcio del segundo matrimonio, la ex esposa que dio su hijo en adopción a su segundo marido (o el ex esposo que dio su hijo en adopción a su segunda mujer) recupera la guarda exclusiva.

Si el primer matrimonio se disolvió por divorcio, estando en vida el primer cónyuge, éste también tiene que dar su consentimiento para que el nuevo cónyuge adopte a su hijo, y su consentimiento puede ser difícil de lograr. Para superar este obstáculo, la ley dispone, como vimos, que el consentimiento del primer cónyuge puede ser obviado,³⁵ pero solamente a raíz de un proceso ante el Juez de Niños, que puede ser aún más álgido que el divorcio mismo. El Juez deberá decidir si la adopción conviene al mejor interés del niño a pesar de que rompe el vínculo con uno de sus padres que desea mantenerlo y con los familiares de éste.

El mismo problema surge si la primera relación de la mujer fue un concubinato, que terminó en una separación. Si el primer concubino reconoció al hijo, se requerirá su consentimiento para que su ex concubina pueda darlo en adopción a su nuevo concubino o marido. Allí también, el Juez de Niños está facultado para pasar por alto el consentimiento del primer concubino, pero debe actuar con prudencia.

g) Desvío de la finalidad propia de la adopción. La finalidad de la adopción es la creación de un vínculo de filiación, pero en algunos casos la adopción persigue otra finalidad. El Código hace alu-

³⁵ *Idem*, art. 126, letra c)

sión a esta posibilidad al tratar de la adopción por una persona soltera, cuando advierte que «deben ponderarse con particular detenimiento los motivos del adoptante, a fin de evitar la distorsión del espíritu de la institución adoptiva», pero puede también darse en otros casos. La finalidad perseguida por el o los adoptantes puede ser sucesoral, cuando, por ejemplo, un anciano adopta al hijo de su mejor amigo o a otro menor a quien desea dejar su fortuna. Puede ser remunerativo, cuando un anciano decide mediante adopción recompensar a una mujer que lo está atendiendo en los últimos años de su vida o al hijo de esta mujer. La finalidad puede también ser fiscal, cuando se adopta a una persona para que los impuestos sucesorales sean menores de lo que serían si esta persona recibiese un legado. Si los abuelos adoptan a sus nietos, la finalidad puede ser brincar un eslabón en la cadena sucesoral y economizar el impuesto de una sucesión. La finalidad puede ser migratoria, para permitir a un dominicano residente en el extranjero obtener una visa para el hijo de un amigo. Puede incluso ser procreativa, cuando una pareja contrata a una madre portadora y la esposa adopta al hijo gestado por ella.

Las finalidades son muchas veces mixtas. El motivo fiscal o remunerativo o migratorio no es incompatible con el auténtico deseo de establecer un vínculo de filiación. Cuando la esposa adopta al hijo de la madre portadora, la finalidad es exclusivamente filial. No hay método seguro para resolver sobre una posible impugnación por desvío de la finalidad institucional de una adopción. Cuando se presenta una situación de posible desvío de la finalidad propia de la adopción, el juez debe compenetrarse de la motivación del o de los solicitantes, en adición a tener en cuenta el mejor interés del niño. Si existe un auténtico deseo de formar una filiación, aunque aparezca también una ventaja fiscal o sucesoral, la adopción debe pronunciarse. Solamente si el motivo impropio es exclusivo convendría negar la adopción por constituir un fraude a la ley.

h) Irrevocabilidad de la adopción. El artículo 116 del Código proclama que «la adopción privilegiada es irrevocable». Esta regla

reaparece en el artículo 157, que declara: «La sentencia de adopción privilegiada es constitutiva de derechos y es irrevocable desde que la decisión que la pronunció ha adquirido la autoridad de la cosa definitivamente juzgada».

La irrevocabilidad de la adopción tiene un triple sentido.

Primero significa que los padres de origen, habiendo dado su consentimiento a la adopción, no pueden retirarlo después de que se haya dictado la sentencia de adopción y de que ésta haya adquirido la categoría de cosa juzgada. Si los padres de origen cambian de parecer durante el procedimiento, pueden impugnar la demanda de adopción, en cuyo caso el procedimiento, en su fase judicial, se vuelve contradictorio.³⁶ La ley no fija ninguna pauta para la decisión del juez cuando la demanda de adopción es impugnada, lo que significa que tiene plena discreción para tomar en cuenta la situación específica del niño. El juez no necesariamente debe rechazar la demanda por el hecho de que los padres de origen hayan retractado su consentimiento. Su norte es el mejor interés del niño, quien se encuentra en el hogar de los demandantes durante el período de convivencia provisional del artículo 134. Si ha vivido un tiempo considerable con ellos y ha desarrollado vínculos afectivos, si la situación social y económica de sus padres de origen no es propicia para su desarrollo, si el niño mismo manifiesta el deseo de permanecer con los solicitantes de la adopción, el juez debe rechazar la impugnación y disponer la adopción.

Segundo, la irrevocabilidad de la sentencia de adopción se aplica a los adoptantes. Antes o durante el proceso los adoptantes tienen un período de «convivencia provisional» cuya duración, a falta de señalamiento en el Código, debe ser fijado por el Juez «tomando en cuenta las circunstancias de cada caso».³⁷ En muchos casos los adoptantes ya tienen por largo tiempo la guarda del niño que se

³⁶ *Idem*, art. 143

³⁷ *Idem*, art. 134

proponen adoptar y ese tiempo puede computarse para cumplir el requisito de convivencia provisional. Además, durante el procedimiento, mientras no haya recaído la sentencia, los adoptantes se pueden retractar, dejando sin efecto su demanda. Pero una vez recaída sentencia con autoridad de la cosa juzgada, la retractación es imposible.

El deseo del o de los adoptantes de revocar la adopción puede ser atribuible a la conducta injuriosa del hijo adoptivo, su fracaso en la escuela por falta de inteligencia, su inclinación a la violencia, su adicción a drogas, etc. Ninguna disposición del Código contempla la posibilidad para el adoptante de revocar la adopción y de devolver al hijo a sus padres de origen o a CONANI. El divorcio es posible en el matrimonio, pero no en la adopción.

Tercero, el niño adoptado no puede repudiar la adopción que no le conviene por una u otra razón: el poco afecto y educación estricta que le dan sus padres adoptivos, el mayor cariño que recibe de sus padres biológicos, el deseo de estar con sus hermanos que llevan una vida libre en el campo, etc. El niño adoptado tiene un estado civil que no puede desconocer.

i) La prohibición de adopciones sucesivas. La imposibilidad para el adoptante de revocar la adopción debe relacionarse con la regla del artículo 122, que en su Párrafo declara que «Nadie podrá ser beneficiado por más de una adopción». Un adoptante no puede dar su hijo adoptivo en adopción a otro adoptante. Esta regla tiende a evitar que la adopción se transforme en una situación provisional, que se conserva si da buen resultado y, si no, el niño se transfiere a otra persona o pareja. En esto, la filiación adoptiva es más fuerte que la filiación por la sangre, ya que el padre biológico puede dar su hijo en adopción, cosa que un padre adoptivo no puede hacer.

Por omisión legislativa se dejó de crear una excepción a la prohibición de las adopciones sucesivas para el caso en que el adoptante (o

ambos adoptantes si son una pareja) han fallecido. En tal caso, es conveniente que el hijo adoptado y huérfano pueda ser acogido por otro hogar y que se beneficie de una segunda adopción.

Además, en caso de que el o los padres adoptantes maltraten o abandonen a su hijo adoptivo, debiera también ser posible para CONANI privar al adoptante de la guarda y autoridad parental, como lo haría a un padre biológico, y ofrecer al niño en adopción a otra pareja o persona.

j) La nulidad de la sentencia de adopción. El principio de la irrevocabilidad de la sentencia de adopción sufre una importante restricción en los casos de «irregularidades graves de fondo o del procedimiento»³⁸, pues en tales casos es posible pedir la nulidad de la sentencia. En esto una sentencia de adopción es menos enérgica en sus efectos que una sentencia judicial ordinaria, que no puede ser revocada sino mediante el uso de los recursos abiertos por la ley. Una sentencia de adopción puede ser impugnada por medio de una demanda principal en nulidad, lo que no es posible tratándose de una sentencia ordinaria. Para conciliar la posibilidad de anular una sentencia de adopción con el principio de la irrevocabilidad, hay que insistir en el carácter «grave» que debe tener la irregularidad. Cabe señalar, además, que los padres adoptivos no están legitimados para intentar esta acción. Lo están el hijo adoptado (a quien, para estos fines, habría que designar un tutor *ad hoc*), sus padres biológicos, CONANI y el Ministerio Público. El vicio del consentimiento, tal y como lo conoce el derecho de los contratos, no es una «irregularidad grave de fondo» que permitiría a los padres biológicos atacar la sentencia. Permitir la impugnación de una sentencia de adopción por vicio del consentimiento de los padres biológicos sería muy desestabilizador y podría prestarse al chantaje frente a los adoptantes, que se han unido al niño por un vínculo de afecto y resisten el intento de arrebatarlo. El motivo «grave» para anu-

³⁸ *Idem*, arts. 160 - 163

lar una adopción podría consistir en el descuido del niño por sus padres adoptivos o en el hecho de que lo maltratan o abusan sexualmente.

k) El procedimiento de adopción. El procedimiento de adopción se desarrolla en dos fases, la fase administrativa y la fase judicial. La fase administrativa consiste en la investigación cuyos resultados se recogen en una serie de documentos que, en la fase judicial, se someten al Tribunal de Niños para la homologación del acto de adopción. El procedimiento se inicia cuando una persona interesada en adoptar a un niño deposita en CONANI una solicitud expresando su deseo.

Por su parte, los padres o la madre deseosa de dar a un hijo en adopción pueden comunicar su decisión al Departamento de Adopción de CONANI y suscribir con el Presidente de la institución un acto de adopción, que constituye una entrega simbólica del niño, en que hace constar su consentimiento para que CONANI dé su hijo en adopción.³⁹ El acto de adopción debe revestir la forma de un documento auténtico.

Cuando el niño es de padres desconocidos, en lugar del consentimiento de los padres, se requiere una sentencia de declaración de abandono.⁴⁰ Asimismo, cuando los padres han sido privados de su autoridad parental, la sentencia que hace constar la pérdida de la autoridad parental suple la falta de consentimiento de los padres.⁴¹

Después de la entrega del niño, el Código contempla como fase siguiente en el procedimiento administrativo, que CONANI asignará al niño a una familia candidata a adopción, teniendo en cuenta el interés superior del niño. Con este criterio, normalmente dará preferencia a un matrimonio sobre una pareja unida en concubinato, a una pareja sobre una persona soltera y, entre las parejas, a las

³⁹ *Idem*, arts. 130 y 131

⁴⁰ *Idem*, art. 132

⁴¹ *Idem*, art. 133

que presentan el mejor perfil social. El hecho de que la pareja solicitante ya tenga hijos no es un detrimento. Al contrario, el hecho de que ya tenga hijos muestra que tiene experiencia y está consciente de la responsabilidad que conlleva la educación de un niño. La ley manda también dar preferencia a los dominicanos sobre los extranjeros. También manda tener en cuenta el orden de llegada de las solicitudes.

Un organismo especial, la Comisión de Asignación, está a cargo de tomar la difícil decisión de asignar a los niños disponibles. Su decisión debe ser motivada. Su labor concluye con la emisión de una Certificación de Cumplimiento de Criterios de Asignación.⁴²

Una vez seleccionada la pareja, CONANI le entrega al niño en «convivencia provisional». La finalidad de esta convivencia es comprobar la compatibilidad del niño con los que aspiran a adoptarlo y con su familia. Si el niño muestra características indeseables, la pareja puede devolverlo a CONANI. Para las parejas que residen en el país, el plazo de la convivencia provisional puede ser acordado entre los futuros adoptantes y CONANI. Pero los extranjeros tienen a veces urgencia de llevarse al niño a su país de residencia. La ley les fija un plazo mínimo de convivencia provisional de 60 días cuando se trata de niños menores de doce años y de 30 días cuando son mayores de esa edad. El plazo de 60 días puede acortarse a 30 días si una institución del país de residencia de los adoptantes garantiza la seguridad del niño.⁴³ Es poco probable que una institución social del país de los solicitantes pueda dar este tipo de garantía. CONANI en todo caso no podría darla en la situación opuesta.

Una vez concluido el período de la convivencia provisional, el asunto pasa al Departamento de Adopción de CONANI para que escuche a los solicitantes para determinar si persisten en su decisión de adop-

⁴² Idem, arts. 136 y 137

⁴³ Idem, art. 134

tar al niño. El niño también debe dar su acuerdo, pues el artículo 126, Párrafo II dispone: «Si los adoptados son mayores de doce (12) años, deberán estar de acuerdo personalmente con su propia adopción. En todo procedimiento de adopción, el niño, niña o adolescente deberá ser escuchado, teniendo en cuenta su edad y madurez». El Departamento de Adopción debe levantar un acta, haciendo constar que recibió el acuerdo del adoptado o, si es menor de doce años, que lo escuchó. Esa acta se anexa después a la demanda de adopción ante el Juez, para probar que este requisito se ha satisfecho.

En la práctica se ve a menudo el caso de un niño que ya ha sido entregado informalmente a una mujer o una pareja como «hijo de crianza». Si el niño ya está inscrito en el registro del estado civil por sus padres biológicos, quienes lo entregaron informalmente, o por su madre solamente, la única manera⁴⁴ legalmente correcta de formalizar la relación con los padres o la madre de crianza de es por medio de la adopción. En tal situación, si la o los futuros adoptantes tienen un perfil social satisfactorio y si el niño, suponiendo que tenga más de doce años de edad, desea ser adoptado, debe dictarse a favor de la o los futuros adoptantes una Certificación de Cumplimiento de Criterios de Asignación y de considerar que el plazo de Convivencia Provisional ha transcurrido. La ley sobreentiende que las personas solteras pueden adoptar a su hijo de crianza;⁴⁵ con mayor razón tiene vocación a la asignación de su hijo de crianza el matrimonio o la pareja de concubinos que lo está criando.

⁴⁴ Existen otras maneras de formalizar esta situación, utilizables solamente si el niño es recién nacido y no ha sido inscrito todavía en el registro del estado civil. Si ha sido entregado a una pareja casada, ésta lo puede inscribir como su hijo legítimo. Esta filiación, aunque falsa, se hace inatacable desde que la pareja le da al hijo la posesión de estado de hijo legítimo, pues el artículo 322 del Código Civil declara en su segunda oración que «nadie puede oponerse al estado del que tiene a su favor una posesión conforme con el acta de nacimiento». Si la pareja que recoge al niño vive en concubinato, y si el niño no ha sido declarado al estado civil, puede ser declarado falsamente como nacido de la concubina y el niño puede ser reconocido por el concubino. Este arreglo no es inatacable, pues la falsedad de la maternidad y del reconocimiento pueden demostrarse con la prueba biológica. Una mujer soltera puede también inscribir a un recién nacido de otra mujer como su hijo de padre desconocido. La tercera manera de formalizar la entrega de un niño, la única posible si el niño ya está inscrito, es la adopción.

⁴⁵ *Idem*, art. 118, letra c) : «Pueden adoptar: ... c) Las personas solteras que de hecho tengan o hayan tenido la responsabilidad de la crianza, cuidado y educación de un niño, niña o adolescente».

También se ve en la práctica el caso de una mujer que se siente económicamente incapaz de sostener a su hijo y que desea darlo a determinada pareja, que ella conoce. En este caso también conviene dictar a favor de la pareja, si su perfil social es satisfactorio, una Certificación de Cumplimiento de Criterios de Asignación y formalizar la entrega del niño por la madre a CONANI y por CONANI en convivencia provisional a la pareja que lo solicita. En esta situación es necesario investigar si ha habido o no una venta del niño. El hecho de que la pareja aspirante a adoptar haya dado apoyo económica a la madre durante su embarazo, con la esperanza de poder adoptar a su hijo, y haya pagado sus gastos médicos y le haya pasado un subsidio durante el período de lactancia, no debiera ser un impedimento a la adopción. Pero si resulta claro que hubo un pago global simultáneamente con la entrega del niño, debe, o bien devolverse al niño a su madre, o bien dictarse una declaración de pérdida de la autoridad parental de la madre y colocar a su hijo en el pool de niños adoptables bajo la responsabilidad de CONANI.

Sin duda se presentará también el caso de la madre portadora, la que ha celebrado un contrato de gestación con la pareja que desea tener al niño, con inseminación artificial del marido o inserción en el útero de la madre portadora de un embrión formado en probeta por los gametos de ambos cónyuges. Después del reconocimiento del niño por el marido, para que el niño quede totalmente integrado a la familia que lo ha contratado, la madre portadora se lo daría en adopción a la esposa. Estos casos en Francia han dado lugar a una vigorosa nulidad y esta nulidad, a su vez, ha producido consecuencias sorprendentes y hasta absurdas. Sería conveniente que, si se presenta esta situación, a su nivel más alto CONANI adopte una política para esta clase de casos, sujeta a revisión por los tribunales. El asunto podría encausarse en la fase administrativa o en la fase judicial.⁴⁶ De

⁴⁶ En la fase administrativa podría encaminarse el asunto al amparo del Párrafo del artículo 137, según el cual «Los conflictos que se susciten [con motivo de la emisión de la Certificación de Cumplimiento de Criterios de Asignación] serán resueltos por el Juez de Niños, Niñas y Adolescentes, previa solicitud de parte interesada». En la fase judicial, se podría recurrir en base al artículo 143 del Código contra la sentencia del Juez de Niños, que homologa el acto de adopción o que lo rechaza. Contra una u otra de estas sentencias se podría recurrirse ante la Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes, y contra la sentencia que dicte ese organismo, la parte perdedora podría recurrir en casación.

considerarse nulo el contrato de gestación, CONANI o el Juez de Niños rechazaría la demanda de adopción y el niño se quedaría como hijo adúlterino del marido y de la madre portadora.

La fase administrativa llega a su fin, una vez concluido el plazo de la convivencia provisional en forma satisfactoria para los futuros adoptantes y para el niño, si tiene más de doce años. El Departamento de Adopciones de CONANI emite entonces un Certificado de Idoneidad. Con este certificado, los futuros adoptantes pueden introducir su demanda ante el Juez de Niños.

La fase judicial es de pura rutina. El Juez de Niños desempeña un papel meramente burocrático, que consiste en comprobar que los documentos mencionados en el artículo 140 han sido anexados a la solicitud presentada por los aspirantes. Su único papel activo, aparte de solicitar algún documento que pudiera faltar,⁴⁷ consiste en oír al adoptado, si no aparece entre los documentos un acta del Departamento de Adopción de CONANI, certificando que se recabó su acuerdo a su propia adopción, y a oír a los futuros hermanos del adoptado, en caso de que la pareja adoptante ya tenga hijos,⁴⁸ aunque esta comparecencia tampoco hace falta si existe en el expediente un «acto de no oposición»⁴⁹ de los hijos de los adoptantes (vale decir, un acto de que externaron su parecer sobre la adopción, pues no tienen realmente un derecho a oponerse). Una vez depositada la solicitud, el expediente es trasladado al Ministerio Público de Niños. Luego de obtenido su dictamen, el Juez dicta la sentencia sin celebrar ninguna audiencia y sin formarse él mismo una opinión de si la adopción está en el mejor interés del niño. El Juez no ve más que papeles. El verdadero trabajo de investigación y evaluación ha sido hecho por CONANI.

⁴⁷ *Idem*, art. 142

⁴⁸ El artículo 120 dispone textualmente que los hijos mayores de doce años de los adoptantes «deberán externar su parecer sobre la adopción mediante comparecencia personal ante el Juez de Niños, Niñas y Adolescentes».

⁴⁹ *Idem*, art. 140, letra n)

El Código contempla la posibilidad de que, antes de que el Juez dicte su sentencia, la demanda de adopción sea impugnada. Solamente están legitimados para intentar esta impugnación los padres biológicos.⁵⁰ La ley no da un plazo límite para esta impugnación, lo cual implica que podría recibirse en cualquier momento antes de que el Juez haya dictado su sentencia.⁵¹ La ley tampoco expresa los posibles motivos de una impugnación de esta índole. El solo hecho de que se haya arrepentido uno de los padres biológicos no debiera ser suficiente, ya que el Juez debe celebrar una audiencia para el conocimiento del asunto en forma contradictoria, lo cual no sería necesario si un simple arrepentimiento fuese suficiente para obstaculizar la adopción. La impugnación podría proceder si existe un defecto de fondo en uno de los documentos o si los impugnantes han sido llevados a consentir en la adopción por una maniobra dolosa o mediante violencia moral o abuso de autoridad. Los impugnantes podrían inclusive alegar que vendieron a su hijo, no siendo aplicable aquí el aforismo de que nadie puede alegar su propia torpeza.⁵² Estos alegatos no deben analizarse en forma aislada, sino a la luz del mejor interés del niño, pues la adopción no es un simple contrato civil, sino una institución de protección social del niño. También habría que poner en la balanza la posición de los padres adoptivos, quienes han agotado un período de convivencia provisional y pueden haber formado un vínculo afectivo con el niño.

Si los padres biológicos no impugnan la demanda o si su impugnación es rechazada, una vez que la sentencia les haya sido notificada,⁵³ pueden recurrir contra la sentencia⁵⁴ ante la Corte de Apelación de Niños en el plazo del derecho común.⁵⁵ La sentencia no adquiere la autoridad de la cosa juzgada hasta tanto este plazo no haya transcurrido.

⁵⁰ *Idem*, art. 143. Se contempla también el caso raro de que los padres biológicos estén ausentes. Para esta eventualidad, sus familiares hasta el cuarto grado pueden elevar la impugnación.

⁵¹ Según el Párrafo II del artículo 143, la sentencia resultante de la impugnación es recurrible ante la Corte de Apelación de Niños.

⁵² Este aforismo sería, sin embargo, aplicable, si los candidatos a adopción, viéndose frustrados, demandan la restitución del precio.

⁵³ El art. 155 prevé que la sentencia de adopción será notificada a los padres biológicos a requerimiento del Juez.

⁵⁴ *Idem*, art. 143, Párrafo II

⁵⁵ *Idem*, art. 163

l) **Registro de la sentencia de adopción.** Una vez dictada la sentencia de adopción, debe ser registrada en la Oficialía del Estado Civil. Se inserta la mención de «adoptado» en el libro del acta de nacimiento original, la cual se anula.⁵⁶ En su lugar se expide una nueva acta de nacimiento en que no se hace ninguna mención de la adopción.⁵⁷ Así se le permite al hijo adoptivo ocultar su origen, si lo tiene por conveniente, pero se le reconoce el derecho de conocerlo⁵⁸ y, cuando llegue a su mayor edad, de solicitar copias de los documentos propios de su proceso de adopción. Aparte del adoptado y de los adoptantes, nadie tiene acceso a estos documentos «a menos que se presenten graves motivos».⁵⁹

m) **La adopción internacional.** Las reglas restrictivas a la adopción internacional no son aplicables más que a personas que viven fuera del país. El extranjero que tiene residencia permanente de más de tres años en el país o es casado con dominicana es tratado como dominicano.⁶⁰

El Código restringe, pero no prohíbe, la adopción de un niño dominicano por personas no residentes. En primer lugar, solamente pueden adoptar los que llevan vida marital por los últimos 5 años, en comparación con 3 años para los matrimonios dominicanos.⁶¹ Los extranjeros solteros y los que viven en concubinato quedan excluidos. En segundo lugar, los extranjeros deben anexar a su demanda de adopción una visa de su país de destino para el niño y una certificación expedida por un organismo oficial de su país comprometiéndose a dar seguimiento al niño hasta que sea naturalizado.⁶² El requisito de la visa pone el carro delante del caballo. En el caso concreto de los Estados Unidos, hay dos clases de visa para la inmi-

⁵⁶ *Idem*, art. 151

⁵⁷ *Idem*, art. 150

⁵⁸ *Idem*, art. 154

⁵⁹ *Idem*, art. 153

⁶⁰ *Idem*, art. 164, Párrafo

⁶¹ *Idem*, art. 118, letra a) y art. 165. La duración mínima del matrimonio se reduce a 3 años para los extranjeros con más de tres años de residencia en el país o si uno de los miembros de la pareja es dominicano.

⁶² *Idem*, art. 166, letra a)

gración de un niño: la visa que se da cuando ya ha sido adoptado en su país de origen y la visa que se da cuando se proyecta adoptarlo en los Estados Unidos. No existe la visa para el niño que se contempla adoptar en su país de origen. Además, el requisito de la certificación del organismo social comprometiéndose a dar seguimiento al niño es imposible de satisfacer, ya que en el extranjero, como en la misma República Dominicana, los organismos tutelares de la niñez no dan seguimiento a un niño por el solo hecho de ser adoptado. La impresión que uno recibe es que las condiciones para la adopción internacional han sido impuestas para que esta clase de adopción no pueda nunca realizarse.

En el caso inverosímil de que un matrimonio extranjero cumpla con estos requisitos adicionales, estará en último lugar en la asignación de niños disponibles. Lo expresa claramente el artículo 135 en su letra a) : «Se dará preferencia, una vez cumplidos los requisitos establecidos por este Código, a las solicitudes presentadas por adoptantes dominicanos sobre las presentadas por adoptantes extranjeros». A suponer que un matrimonio extranjero haya adoptado a un niño dominicano, al salir del país tendría que exhibir a las autoridades migratorias una copia auténtica de la sentencia de adopción, con una constancia de su ejecutoriedad, registrada, legalizada por la Procuraduría General y por la Secretaría de Relaciones Exteriores y por el consulado del país de los adoptantes. En una palabra, tendría que cumplir con todas las formalidades posibles e imaginables.⁶³

Todos estos obstáculos pueden obviarse gestionando la adopción en el país de los adoptantes. A tales fines se obtiene un extracto del acta de nacimiento del niño y el consentimiento de los padres o la madre biológica ante el cónsul del país de los adoptantes, o ante un notario dominicano cuyo acto se legaliza en la Procuraduría, la Secretaría de Relaciones Exteriores y el Consulado, así como una

⁶³ Estos requisitos se enumeran en el artículo 147 del Código.

autorización de los padres biológicos (o de la madre biológica, si se trata de un hijo natural no reconocido), ante notario, de salida del niño del país. El consulado del país de los adoptantes emite una visa especial de inmigración del niño para fines de adopción en el país de los adoptantes. Los adoptantes tienen que viajar a la República Dominicana para recoger al niño, pero no necesitan residir en el país por más tiempo que el necesario para llevar a cabo estos trámites.

Los únicos extranjeros que tramitan la adopción de un niño a través de CONANI son los que tienen residencia permanente en el país por más de tres años. Ellos reciben el mismo trato que los dominicanos.

En la práctica la adopción internacional de niños dominicanos se efectúa en el país de los adoptantes. Las agencias de adopciones internacionales en Europa y los Estados Unidos emplean a personas del país cuya actividad consiste en descubrir niños disponibles para la adopción. Ellos ponen a los matrimonios extranjeros, que emplean los servicios de la agencia, en contacto con los padres de niños adoptables y proporcionan asesoría para la obtención de una visa para el niño y las condiciones para su salida de su país y su inmigración al país de los adoptantes. En Francia la ley del 4 de julio de 2005 ha constituido la Agencia Francesa de la Adopción que sirve de intermediaria para la adopción de niños extranjeros y aconseja a las familias francesas interesadas en adoptar a un niño extranjero. La tarea más difícil de esa Agencia es asegurarse de la autenticidad del consentimiento de los padres de origen y evitar la comercialización de niños. Esta ley de 2005 también dispone que la ley aplicable a las adopciones es la ley del país de los adoptantes, vale decir, la ley francesa.

La adopción en derecho francés.⁶⁴ En Francia existen, como se ha dicho, dos modalidades de la adopción: la adopción simple y la

⁶⁴ La mayor parte de lo expuesto sobre la adopción en Francia proviene del Précis Dalloz, *Les personnes La famille Les incapacités*, de François Terré y Dominique Fenouillet, 7ª ed., 2005, así como de los comentarios aparecidos en la *Revue trimestrielle de droit civil*.

adopción plena. Las condiciones para establecer la adopción son casi las mismas en ambas modalidades. Las diferencias aparecen en torno a los efectos de una y otra modalidad.

Dos otras diferencias entre la adopción en Francia y en la República Dominicana saltan a la vista. 1) El control sobre la procedencia de la adopción es judicial en Francia. 2) Ante la escasez de niños adoptables en Francia, la gran mayoría de las adopciones es de niños extranjeros y éstas suelen ser adopciones simples.

La primera condición de fondo es el consentimiento de los padres de origen, que puede darse ante el secretario del tribunal de primera instancia o ante un notario o un cónsul de Francia.⁶⁵ El niño mismo debe dar su consentimiento si tiene más de 13 años de edad (comparado con 12 años en la República Dominicana). Ante la gravedad de esta decisión, después de otorgado el consentimiento de los padres, interviene un período de reflexión para los padres, que ahora es de dos meses, durante el cual pueden retractarse y solicitar la devolución de su hijo.⁶⁶ El Juez puede rehusar la devolución si aparece que los padres se desinteresaban por su hijo o lo maltrataban. Pasado este plazo, el niño es colocado con fines de su adopción con la familia que lo va a recibir. Es un período de prueba de por lo menos seis meses, durante el cual los padres biológicos ya no pueden retractarse aunque la adopción aún no se haya pronunciado. En derecho francés hay, pues, dos períodos prueba sucesivos, no uno solo como en la República Dominicana.⁶⁷

A través de su consentimiento, los padres (o la madre si es soltera y el niño no ha sido reconocido) pueden entregar al niño a la Ayuda Social a la Infancia, para que esta entidad seleccione a los

⁶⁵ Si el niño es huérfano (pupilo del Estado) o si su abandono ha sido pronunciado judicialmente, es el Servicio Social a la Infancia la que da el consentimiento.

⁶⁶ En la adopción simple, el hijo puede ser mayor de edad y él mismo da su consentimiento a su propia adopción. Se ha decidido que no puede retractar su consentimiento durante el plazo de reflexión de dos meses. RTD civ.2001.577

⁶⁷ Segundo Código del Menor, art 134. Convivencia provisional de los adoptantes.

adoptantes. El consentimiento puede también señalar específicamente a la persona o pareja a la que se está entregando al niño, con una salvedad. Si el niño es menor de dos años, si sus padres o su madre desean darlo en adopción, tienen necesariamente que entregarlo a la Ayuda Social a la Infancia. Esta disposición está pensada para evitar que personas afanosas de tener a un hijo presionen a una mujer a darles a su hijo recién nacido o inclusive a que se lo venda. En la República Dominicana, como vimos, no hay impedimento a que se indique en el consentimiento que se está entregando al niño a una persona o pareja determinada, pero en todo caso la adopción debe pasar por el tamiz de CONANI, independientemente de la edad del niño, para evitar situaciones abusivas.

El niño candidato a la adopción debe tener no más de 15 años de edad para la adopción plena⁶⁸ (comparado con la mayor edad en la República Dominicana), pero para la adopción simple no se establece ninguna edad máxima. Los adoptantes deben ser casados por lo menos durante dos años, no importa su edad, pero la duración mínima de su matrimonio desaparece si ambos cónyuges tienen más de 28 años. Los solteros también pueden adoptar, si cumplen con esa misma edad mínima.⁶⁹ Contrariamente a lo que sucede en derecho dominicano, los concubinos no pueden adoptar como pareja, aunque siendo solteros, uno de ellos puede adoptar los hijos del otro. Los homosexuales como individuos han tenido poco éxito en sus demandas de adopción debido, no a una discriminación formal contra ellos, sino a la opinión de que las condiciones de vida en un hogar homosexual no son propicias para el mejor interés del niño.⁷⁰ Esto no impidió que un juez pronunciara la adopción por una lesbiana de los hijos de otra lesbiana con la cual vivía en concubinato o PACS.⁷¹

⁶⁸ Se exceptúan los casos en que el niño ha convivido con los adoptantes antes de la edad de 15 años, en cuyo caso puede ser adoptado hasta alcanzar la mayoría.

⁶⁹ Nada se opone a que un soltero varón adopte a otro varón, con tal de que el vínculo que se propone crear es filial y no homosexual. RTD civ.1999.610

⁷⁰ RTD civ.2001.346; RTD civ.1997.408

⁷¹ RTD civ.2002.84, no. 21

Como vimos en el capítulo de la filiación, en Francia el padre de un niño incestuoso no puede reconocerlo. Se ha pensado entonces en la posibilidad de una adopción. La posibilidad para el padre de un niño incestuoso de adoptarlo ha sido conflictiva. La Corte de Apelación de París consideró que no había objeción válida a esta clase de adopción, toda vez que no implicaba la creación de un vínculo biológico, que el legislador desea ocultar con la prohibición del reconocimiento de un hijo incestuoso.⁷² Esta sentencia fue casada con la simple motivación de que el establecimiento del doble vínculo para un hijo incestuoso es contrario al orden público.⁷³ Es verdad que el acta de nacimiento de un niño dado en adopción plena no revela el hecho de la adopción y da la impresión, que se quiere ocultar, de que es hijo biológico del adoptante. En la República Dominicana, no hay necesidad de acudir a la adopción en este caso. El padre puede reconocer a su hijo incestuoso.

La diferencia de edades entre adoptantes y adoptado es, por regla general, de 15 años, al igual que en la República Dominicana.

Contrariamente a la República Dominicana, donde el control sobre las condiciones de la adopción está bajo el control administrativo de CONANI, y el Juez no hace sino comprobar la lista de documentos anexos a la demanda, en Francia el control es ante todo judicial. El control administrativo sobre las condiciones de la adopción existe en dos casos: el de los pupilos del Estado y el de los niños extranjeros. En estos casos la Ayuda Social a la Infancia debe dar su visto bueno a la adopción teniendo en cuenta, no las condiciones legales de edad, etc., que son provincia del juez, sino las condiciones materiales, morales y psicológicas del hogar de acogida, así como el desarrollo y la salud mental del niño. Su decisión puede ser recurrida por vía administrativa, pero el Juez conserva la última

⁷² RTD civ.2000.819

⁷³ RTD civ.2004.75, no. 18, en la pág. 76

palabra. Puede rechazar la demanda aun cuando tenga el visto bueno de la Ayuda Social a la Infancia y puede pronunciar la adopción a pesar de la negativa de asentimiento de esa institución, si estima que los solicitantes son aptos a recibir al niño y que su adopción es conforme a su interés.

La demanda se introduce, no ante un tribunal especial de niños, sino ante el tribunal de primera instancia. El juez verifica que las condiciones legales de edad, consentimiento, situación familiar de los adoptantes, etc., están satisfechas; se asegura de que el fin perseguido no constituye un desvío del fin propio de la adopción⁷⁴; además, se cerciora de que la adopción está en el mejor interés del niño. Si lo estima necesario, puede designar a una persona que le prepare un estudio social del o de los adoptantes, lo cual puede ser necesario en el caso de la adopción de un niño francés, para el cual no se requiere pasar por la fase administrativa. La sentencia es susceptible de la vía ordinaria de recursos. Una vez definitiva e irrevocable, no puede ser impugnada sino mediante tercería en los casos de dolo o desvío de la finalidad propia de la adopción. La vía de la impugnación por motivo de otros vicios del consentimiento (aparte del dolo) está excluida.

La sentencia de adopción se deposita en el registro del estado civil. Cuando ha habido adopción plena, al igual que en la República Dominicana, el adoptado recibe el apellido del o de los adoptantes. Su acta de nacimiento original es cancelado y su nueva acta indica que es hijo de los adoptantes.

La adopción produce efectos diferentes según sea simple o plena.

En la adopción simple, la filiación por adopción se suma a la filiación de origen. La doble filiación del hijo adoptivo le permite heredar en ambas familias. El adoptante ejerce solo la autoridad parental

⁷⁴ En la adopción de un niño que se encuentra ilegalmente en Francia, la comprobación de la finalidad de la adopción es delicada, toda vez que se mezclan dos motivos diferentes, el de cariño al niño y el deseo de que no sea expulsado del país. RTD civ.1996.597

si el adoptado es menor,⁷⁵ pero los padres de origen pueden recibir un derecho de visita.⁷⁶ Además, aunque el adoptado es sucesor *ab intestato* de los padres del adoptante en caso de premuerte de éste, no tiene en esa sucesión una reserva hereditaria. Otra característica de la adopción simple es su revocabilidad. Es revocable por cualquiera de las partes, pero solamente a través de una acción judicial en que se prueban motivos graves.⁷⁷ El adoptante puede motivar su demanda en la mala conducta del adoptado; también se ha permitido la revocación por falta de sentimiento de respeto filial o de una voluntad continua de molestar al adoptante.⁷⁸ La revocabilidad de la adopción simple se relaciona con la posibilidad de adoptar a una persona de cualquier edad, siempre y cuando exista una diferencia de por lo menos 15 años entre las edades de las partes. La adopción simple de una persona mayor persigue a menudo una finalidad sucesoral, que va en desmedro de la reserva de los demás hijos del adoptante y del interés fiscal.⁷⁹ Esta situación no constituye un fraude a la ley, pues la adopción simple existe precisamente para esa finalidad. Pero la adopción debe siempre tener por finalidad crear una filiación, no una relación de otra índole. En un asunto reciente, los hijos obtuvieron mediante tercería la anulación de la adopción por su padre difunto de su concubina.⁸⁰

En la adopción plena, en cambio, al igual que en la adopción dominicana, la filiación por adopción se sustituye a la filiación por la sangre, aunque subsisten los impedimentos al matrimonio. La desaparición de la filiación por la sangre sufre una excepción cuando

⁷⁵ Con una salvedad: si el adoptado es hijo del cónyuge del adoptante, el cónyuge conserva solo la autoridad parental, salvo que los cónyuges hagan ante el secretario del Tribunal de Primera Instancia una declaración en el sentido de que ambos ejercerán la autoridad.

⁷⁶ RTD civ.1999.75

⁷⁷ En un asunto el hecho de insultar públicamente a su madre adoptiva fue un «motivo grave» que justificó la revocación. RTD civ. 2002.797, no. 17

⁷⁸ RTD civ.2000.310

⁷⁹ RTD civ.2005.361, no. 2; RTD civ.2001.347. En un asunto se permitió la adopción por los abuelos desus nietos, a fin de evitar el doble pago de impuestos sucesorales. La adopción fue autorizada, dado que no creó trastorno psicológico en los adoptados. RTD.civ.2001.576

⁸⁰ Asunto comentado en RTD civ.2005.114, no. 20

el niño es adoptado por el cónyuge de su padre o madre de origen, pues el propósito que persiguen los cónyuges es que el hijo sea de ambos, como si hubiese nacido dentro de su matrimonio.⁸¹ No sucede lo mismo cuando un concubino adopta al hijo de su concubina (o vice-versa), porque el derecho francés, a diferencia del derecho dominicano, no admite que los concubinos puedan adoptar como pareja.⁸² Este impedimento lleva a los concubinos a optar por la adopción simple. Finalmente, la adopción plena es irrevocable, al igual que la adopción dominicana y con las mismas consecuencias, a saber, que no puede anularse por un vicio del consentimiento, a menos que llegue a tal extremo que el consentimiento faltaba por completo.⁸³ En un asunto el adoptado regresó al hogar de sus padres de origen y suspendió todo contacto con sus adoptantes ; a pesar de ello la demanda en retractación de los adoptantes fue rechazada.⁸⁴ Los padres adoptivos no pueden dar a su hijo adoptivo en segunda adopción a otra pareja. Una segunda adopción es, sin embargo, posible si los padres adoptivos han fallecido.

⁸¹ Cuando una viuda vuelve a casarse y que su marido adopta a su hijo, se rompe el vínculo que tenía el hijo con la familia de su primer marido y en particular su vínculo con sus abuelos paternos. La ley resuelve este problema de una manera muy poco satisfactoria, prohibiendo simplemente la adopción del hijo de un cónyuge excepto cuando el hijo no tiene ninguna otra filiación que no sea la de ese cónyuge. Art. 345-1 del Código Civil, RTD civ.1996.596

⁸² En Bélgica la Corte de Arbitrajes ha opinado que la imposibilidad para los concubinos llevar a cabo una adopción conjunta constituye en perjuicio de ellos una discriminación inconstitucional. RTD civ.2001.578

⁸³ RTD civ. 2002.82, no. 20

⁸⁴ Ibid.

CAPÍTULO VII

LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS MENORES Y DE LOS MAYORES PROTEGIDOS

La autonomía jurídica de los menores. Desde 1958 en la República Dominicana¹ y desde 1974 en Francia, la mayoría de edad, que antes fue de 21 años, se redujo a 18 años. En la República Dominicana el hijo menor de edad permanece bajo la autoridad de sus padres, a menos que haya sido emancipado.² Esta circunstancia no impide que el menor disfrute de una cierta esfera de autonomía, que la doctrina le reconoce. El menor puede actuar como mandatario de otra persona, puesto que los actos que lleva a cabo en esa calidad no repercuten sobre su patrimonio. Puede también llevar a cabo todos los actos de administración de sus bienes, bajo la sola condición de que no sean lesivos a sus intereses. Se estima que si ha podido llevar a cabo un acto de administración que no era lesivo para él, es prueba de que tenía suficiente madurez para concluirlo. Puede abrir una cuenta de ahorros en un banco, pero no una cuenta de cheques.³ Además, puede llevar a cabo todos los actos corrientes que los usos autorizan a los menores llevar cabo solos, como la compra de libros, ropa, útiles deportivos, etc. En Francia se ha decidido que un menor puede utilizar una tarjeta de crédito para los actos de la vida corriente.⁴ La jurisprudencia hace responsable al menor que actúa con dolo, pero estima insuficiente para caracte-

¹ Ley No. 4999 del 19 de septiembre de 1958.

² Art. 371-1 del Código Civil, agregado por la Ley No. 855 de 1978

³ Para que un menor pueda operar una cuenta de cheques, su padre u otra persona mayor debe abrir la cuenta y darle poder al menor para operarla. Así se controlan los gastos del menor.

⁴ RTD civ.2002.486. no. 6

rizar el dolo el hecho de que el menor haya mentido acerca de su edad. Hay, pues, tres medios de responsabilizar a un menor: colocar el acto en la categoría de los actos de la vida corriente, probar que el acto le había beneficiado y constatar el dolo.⁵

En aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el menor debe ser oído en todo procedimiento judicial que le interesa. Incluso en el ámbito familiar, en Francia, desde una reforma del año 2002, el niño tiene derecho a asociarse a las decisiones de sus padres que lo conciernen. Esta regla refleja una realidad social: la educación de un hijo no se impone con disciplina, sino mediante el diálogo. Como expresó un comentarista, «los padres modernos no dan órdenes; ellos negocian».⁶ En la República Dominicana, la familia también se transforma. De acuerdo al Segundo Código del Menor,⁷ el niño tiene derecho a ser escuchado y a ser tomado en cuenta de acuerdo a su etapa progresiva de desarrollo.

La emancipación. Desde que la mayor edad se redujo a 18 años, la emancipación ha perdido gran parte de su importancia. En la República Dominicana, al igual que en Francia, la emancipación tiene lugar de pleno derecho con el matrimonio del menor. Con anterioridad al Segundo Código del Menor, en la República Dominicana el hijo podía también ser emancipado por su padre.⁸ Ahora, en la República Dominicana al igual que en Francia, a falta de padres, se requiere una declaración judicial para la emancipación. El Tribunal de Niños es competente para emitir esta declaración.⁹ En Francia, el hijo emancipado tiene capacidad completa. En la República Dominicana desde el Segundo Código del Menor también la tiene.¹⁰

⁵ Carbonnier, *Droit Civil*, t. 2, p. 120

⁷ Segundo Código del Menor, art. 16

⁸ Art. 476 del Código Civil dominicano

⁹ Segundo Código del Menor, art. 211, letra f)

¹⁰ El artículo 72 del Segundo Código del Menor declara: «La autoridad del padre y de la madre termina por: ... la emancipación del o de la adoscente por vía judicial o por matrimonio». Anteriormente su capacidad se limitaba a los actos de administración. Código Civil, art. 484

Para describir la situación del menor no emancipado la ley utiliza cuatro conceptos:

- La autoridad, es decir, el poder de dirigir la vida del menor, tomando las decisiones más importantes en relación con su educación, su salud y sus recreos, tales como la inscripción en un colegio o un campamento de verano, la solicitud de un pasaporte, la sumisión a una operación quirúrgica, y el poder de representarlo en los actos jurídicos y las acciones judiciales,
- La guarda, que es el poder de tener al niño residiendo en la casa de uno, con la dirección de su vida diaria,
- La administración, que es el poder de hacer fructificar sus bienes, y
- El usufructo, el poder de disfrutar de los bienes del menor después de haber cubierto sus gastos.

Los dos primeros conceptos se refieren a la vida personal del niño. Los dos últimos conceptos tienen que ver con sus bienes.

La autoridad de padre y madre. Desde 1970 en Francia y desde 1978 en la República Dominicana, la patria potestad, poder del padre sobre sus hijos en su calidad de jefe de familia, fue sustituida por la autoridad de padre y madre o, dicho con un galicismo empleado por el Segundo Código del Menor,¹¹ por la autoridad parental.¹² Las reglas dominicanas sobre la autoridad de padre y madre, contenidas en la Ley No. 855 de 1978 e incorporadas al Código Civil, se inspiran del modelo francés. El artículo 371-1 del Código Civil dominicano señala que: «El hijo permanece sometido a la autoridad de sus padres hasta su mayor edad o emancipación». El artículo 372 añade: «Durante el matrimonio el padre y la madre ejercen en común su autoridad».¹³ El Segundo Código del Menor, en su artí-

¹¹ Segundo Código del Menor, art. 67

¹² Art. 371-1 de ambos Códigos Civiles

¹³ Para la representación del hijo menor en justicia, lógicamente el ejercicio común de la autoridad por ambos esposos requiere la actuación de ambos padres. El punto no está claro.

culo 67 reconoce también la autoridad conjunta de los padres sobre sus hijos menores, al declarar: «La autoridad parental es el conjunto de deberes y derechos que pertenecen, de modo igualitario, al padre y a la madre, en relación a los hijos e hijas que no hayan alcanzado la mayoría de edad». Si los padres no se ponen de acuerdo en el ejercicio de esta autoridad, pueden acudir al Ministerio Público de Niños, quien actúa como mediador y, a falta de acuerdo, el Ministerio Público puede apoderar al Juez de Niños para que resuelva el diferendo.

La autoridad común no implica que ambos esposos deban ser partes en todo acto concerniente a la vida del niño. «Respecto de los terceros de buena fe, cada uno de los esposos se reputa actuar con el acuerdo del otro», declara el artículo 372-2.¹⁴ Según este artículo, cualquier acto a nombre del hijo puede hacerse «respecto de los terceros de buena fe» por decisión de uno solo de los esposos. Ente los cónyuges, el acuerdo debe existir, pero el tercero no necesita investigar si el otro padre está de acuerdo o no con el acto, aunque se expone a una acción en nulidad si celebra el acto no obstante tener conocimiento del desacuerdo de los esposos. Por excepción, en la República Dominicana, para que uno de los esposos pueda viajar fuera del país con el hijo, no se presume el acuerdo del otro, sino que se necesita su consentimiento por escrito.¹⁵

En Francia, el modelo de la autoridad común se extiende no solamente a los padres casados que viven juntos, sino también a los divorciados y a los que viven separados, de hecho o por separación judicial de cuerpos. En cambio, en la República Dominicana, el artículo 373-2 del Código Civil dispone que «Si los padres están divorciados o separados de cuerpos, la autoridad es ejercida por aquél a quien el tribunal le ha confiado la guarda del hijo, salvo el derecho de visita y vigilancia del otro».¹⁶ La guarda y los atributos

¹⁴ El mismo art. 372-2 del C. Civ. rige en Francia.

¹⁵ Segundo Código del Menor, art. 204, Párrafo

¹⁶ Si muere el padre que tiene la guarda o si es ausente o incapaz de manifestar su voluntad, la guarda y la autoridad pasan automáticamente al otro. Art. 373-3 del C. Civ. dominicano

de la autoridad se mantienen unidos en la República Dominicana, mientras en Francia se conserva la autoridad común aun cuando uno solo de los padres tenga la guarda, lo cual significa que, en Francia, para los actos importantes de la vida del niño, el padre que tiene la guarda debe consultar al otro, cuya autoridad sigue siendo común. En la República Dominicana, cuando los padres están divorciados, basta la decisión del que tiene la guarda, aunque nada se opondrá a que, en un divorcio por mutuo consentimiento, los esposos acuerden, en su convenio de divorcio, que seguirán ejerciendo la autoridad conjuntamente.

El ejercicio de la autoridad sobre un hijo legítimo es unilateral cuando uno de los padres ha muerto, cuando es colocado bajo tutela por su propia incapacidad o cuando es privado por sentencia judicial de la autoridad por haber puesto en peligro la seguridad, la salud o la moralidad de su hijo. Antes de la ley de 2002, en Francia el hombre condenado por abandono de familia era privado de la autoridad sobre sus hijos. Ahora la sola falta de pagar la manutención no es motivo de privación de la autoridad. La ley dominicana tampoco incluye esta situación entre los motivos de privación de la autoridad.¹⁷

En vista de la igualdad que rige entre los hijos naturales y los legítimos, era de suponer que la autoridad de los padres sobre el hijo natural, reconocido por su padre o con filiación establecida judicialmente, sería igual a la autoridad sobre el hijo legítimo, pero tal no es la solución que ofrece el derecho. En la República Dominicana la madre ejerce sola la autoridad sobre su hijo natural, pero «si el padre reconoce al hijo dentro de los tres meses de su nacimiento... podría solicitar al tribunal que se le confiera [la autoridad] a él solo

¹⁴ El mismo art. 372-2 del C. Civ. rige en Francia.

¹⁵ Segundo Código del Menor, art. 204, Párrafo

¹⁶ Si muere el padre que tiene la guarda o si es ausente o incapaz de manifestar su voluntad, la guarda y la autoridad pasan automáticamente al otro. Art. 373-3 del C. Civ. dominicano

¹⁷ Art. 373 del C. Civ. dominicano

o a ambos conjuntamente». ¹⁸ Si el padre de un hijo natural solicita para sí la autoridad exclusiva y la madre se opone a su pedimento, aunque ninguno de los cónyuges, de manera subsidiaria, pida que se otorgue la autoridad común, si los padres viven juntos, el sentido de la regla permitiría al juez disponer la autoridad común. Se sobrentiende aquí una excepción al principio de la inmutabilidad del proceso.

Como se acaba de decir, la acción del padre para recibir o compartir la autoridad procede solamente si ha reconocido a su hijo dentro de los tres meses de su nacimiento. Este plazo es de caducidad, no de prescripción. Si se cumple con el plazo para el reconocimiento, la acción en obtención de la autoridad puede intentarse en cualquier momento posterior.

La condición de que el padre haya reconocido a su hijo a los tres meses de su nacimiento ¹⁹ es una manera de premiar al padre que asumió prontamente sus obligaciones frente a su hijo. Por otra parte, la necesidad de un procedimiento judicial tiende a evitar que, por el solo hecho de reconocer a su hijo, el padre pueda arrogarse la autoridad sobre él en contra de la voluntad de la madre. De ser éste el motivo de la precaución tomada por el legislador, no se percibe la necesidad de acudir al juez cuando no hay controversia. No hay ningún motivo de orden público que se oponga a que los padres, por acto auténtico, decidan compartir la autoridad, aun cuando el reconocimiento del padre haya sido posterior a los primeros tres meses de vida del hijo. Si la madre comparece ante el notario o funcionario del estado civil en el momento en que el padre reconoce al hijo, nada impide que ella intervenga en ese acto, declarando su voluntad de compartir la autoridad con él.

Por muy atendibles que sean estas razones, la regla sobre la autoridad del padre que ha reconocido a su hijo no tiene en cuenta la

¹⁸ Art. 374 del C. Civ. dominicano

¹⁹ El padre podría también reconocer a su hijo antes de su nacimiento.

realidad social en que surge a la vida un hijo natural. El formalismo de una sentencia judicial no tiene pertinencia en el ambiente informal de la mayoría de los hijos naturales. No hay razón para obligar al padre a demandar judicialmente la autoridad sobre su hijo si vive en concubinato con la madre. En cambio, si los padres viven separados, en armonía con la regla dominicana sobre la autoridad sobre hijos legítimos que mantiene unidas la guarda y la autoridad, se justificaría que la madre de un hijo natural reconocido, si tiene la guarda, tenga también la autoridad exclusiva sobre él.

La regla francesa dispone simplemente que el padre de un hijo natural ejerce la autoridad conjuntamente con la madre, si vive junto con ella y si reconoció a su hijo antes de éste haber alcanzado la edad de un año.²⁰ La ley así lo dispone, como consecuencia de pleno derecho del reconocimiento, sin exigir la celebración de un juicio u otra formalidad. La necesidad de que ambos padres vivan juntos, que existe en derecho francés, está destinada a evitar que el padre pueda disfrutar de la autoridad sobre su hijo cuando no le brinda una vida familiar normal. Pero la regla francesa relativa a la autoridad sobre el hijo natural no está concebida a imagen y semejanza de la regla relativa al hijo legítimo, según la cual, si los padres viven separados, ellos pueden compartir la autoridad aun cuando la guarda recaiga en uno de ellos. Tratándose de un hijo natural, si el padre tiene lazos estrechos con su hijo, a quien reconoció dentro del año de su nacimiento, aun cuando viva separado de su madre, debiera tener en Francia la posibilidad de demandar judicialmente la autoridad compartida.

El ejercicio de la guarda cuando los padres viven separados. La regulación de la guarda no es igual a la regulación de la autoridad. En la República Dominicana, en caso de divorcio, como vimos, el Juez otorga la guarda a uno de los cónyuges.²¹ A falta de acuerdo

²⁰ Art. 372, inciso 2

²¹ Ley de Divorcio, art. 12, Párrafo I.

de los cónyuges, los hijos menores de cuatro años quedan bajo la guarda de la madre, a menos que el divorcio se hubiese pronunciado contra ella por haber sido condenada a una pena criminal, por abandono del hogar o por embriaguez habitual o uso de estupefacientes. Los hijos mayores de cuatro años quedan a cargo del esposo que haya obtenido el divorcio, a menos que el Juez resuelva lo contrario en el mejor interés de ellos.²²

La regla que pone a los menores de cuatro años bajo la guarda de la madre no deja discreción al juez. ¿Qué hará si comprueba que la madre tiene una enfermedad (epilepsia, el sida) que dificulta su atención al niño o que tiene un comportamiento que lo perjudica o que vive en concubinato y que su concubino maltrata al niño? Alejándose del texto de la ley, para salvaguardar el interés del niño, el juez del divorcio podría en estos casos razonar que existe una causa que justifica privar a la madre de la guarda.

Quando uno de los padres tiene la guarda del hijo, se hace necesario establecer la obligación del otro de contribuir a su manutención²³ y darle derechos de visita, de correspondencia, y de vigilancia.²⁴ Si surge un conflicto sobre una u otra de estas cuestiones (o sobre todas), y si el juez del divorcio no es competente, en la República Dominicana, según el artículo 71 del Segundo Código del Menor, el Ministerio Público de Niños debe tratar de conciliar a los padres y, si no lo logra, debe apoderar al Juez de Niños para que resuelva el conflicto. El padre o la madre perjudicada no tiene calidad para apoderar al Juez directamente.

Los conflictos sobre guarda de niños son frecuentes y agudos. La decisión en última instancia la toma la Corte de Apelación de Ni-

²² Si el divorcio es por mutuo consentimiento, el convenio de divorcio debe señalar «a quién de ellos [de los cónyuges] confía el cuidado de los hijos...». Ley de Divorcio, art. 28, numeral 2

²³ Art. 90, Párrafo, sobre competencia y Arts. 170 y siguientes del Segundo Código del Menor.

²⁴ El Segundo Código del Menor en su artículo 87 reconoce el derecho del niño a mantener «relaciones» con el padre que no tiene la guarda, término muy vago que abarca por lo menos el derecho de correspondencia.

ños. Como en estos casos se trata de la apreciación de hechos ante testimonios generalmente conflictivos, la Suprema Corte no debe casar una sentencia dictada por la Corte de Apelación de Niños, a menos que sus motivos no sean suficientes o que su apreciación sea manifiestamente irrazonable. En un asunto, la Corte de Apelación de Niños había decidido mantener la guarda de un niño de cuatro años con su madre, razonando que el niño había desarrollado vínculos más fuertes con ella que con su padre. El padre reclamaba la guarda porque tenía la de los demás hijos y sostenía que el mejor interés de su hijo era vivir con sus hermanos. La Corte casó esta sentencia por insuficiencia de motivos, lo cual deja planear la duda de si la corte de envío podía mantener este criterio si logra desarrollar motivos más convincentes.²⁵ En otro asunto, la Corte encontró suficiente motivación para dar a la madre la guarda de su hija de trece años, en el hecho de que el padre la dejaba con el servicio de la casa, mientras la madre iba a poder atenderla personalmente.²⁶ Los motivos deben estar relacionados con el caso concreto. Un motivo de tipo general, por ejemplo, de que una madre tiene vínculos emotivos más estrechos con sus hijos que un padre, sería insuficiente.

Los conflictos en torno al pago de la manutención (en francés *entretien*) de los hijos menores pueden también ser agudos, cuando existe animosidad entre los padres divorciados. La manutención no es la simple provisión de alimentos, que constituye un mínimo de subsistencia y al que tiene derecho un pariente en estado de necesidad. La obligación de manutención es de un importe suficiente para que los hijos disfruten del mismo nivel de vida que sus padres.²⁷ Cuando los padres se separan, esta obligación perdura en forma de una pensión que el cónyuge o ex cónyuge, que tiene la guarda de los hijos, puede reclamarle al otro. A falta de acuerdo,

²⁵ B.J.1133.80 (Abril de 2005)

²⁶ B.J.1140.206 (noviembre de 2005)

²⁷ El Segundo Código del Menor habla de la obligación alimenticia en su art. 89 y otras disposiciones. Es preferible emplear otra palabra, para dejar claro que la obligación frente al hijo es más onerosa que frente a otro pariente.

luego de la mediación del Ministerio Público de Niños, la Sala Penal del Tribunal de Niños fija el monto de esa pensión. Cuando cambian las necesidades de los hijos o la disponibilidad de recursos de sus padres, el importe de la pensión puede modificarse. Si el deudor de la pensión se atrasa, no es aplicable el aforismo «alimentos no se acumulan» (*aliments ne s'arréragent pas*), dado justamente que no se trata de alimentos, sino de manutención. Su pago prescribe a los tres años según el artículo 2277 del Código Civil, relativo a las prestaciones periódicas. La competencia de la Sala Penal se debe a que la falta de pago constituye el delito de abandono de familia.

El derecho de vigilancia permite al padre o madre que no tiene la guarda del hijo, ser informado acerca de los actos importantes de su vida y, si comparte la autoridad, participar en las decisiones importantes relativas a su vida.

El derecho de visita está destinado a permitir que se mantenga el vínculo de afecto entre el padre y su hijo cuando viven separados.²⁸ En derecho francés, este derecho no puede ser negado salvo por motivos graves, como puede ser el desequilibrio mental o la brutalidad del padre que lo reclama.

Entre personas divorciadas o separadas de hecho, puede haber celos ante el cariño que los hijos tienen por el otro padre y puede surgir, de parte de la persona que tiene la guarda, el deseo de excluir el derecho de visita del otro. El Segundo Código del Menor sanciona penalmente al padre que obstaculiza el ejercicio del derecho de visita del otro.²⁹ Los tribunales, teniendo en cuenta el interés del niño, que normalmente es mantener una relación con ambos padres, se resisten a negar el ejercicio del derecho de visita excepto en casos de comportamiento grave del reclamante. El ale-

²⁸ Los artículos 102 y 103 del Segundo Código del Menor describen el procedimiento para el otorgamiento del derecho de visita.

²⁹ Segundo Código del Menor, art. 104

gato que se ha puesto de moda para eliminar el derecho de visita del padre, cuando la madre ejerce la guarda, es que el padre muestra una tendencia pedófila y que existe el peligro de que cometa actos de abuso sexual contra el niño. La solución a la que acuden los jueces cuando la madre alega esta circunstancia, si el experticio psicológico sobre el padre es inconcluso, no es excluirlo de tener acceso con sus hijos, sino exigir que durante sus visitas el padre esté acompañado de una tercera persona, preferiblemente un trabajador social, que no solamente protege a los niños, sino que prepara informes de las diversas visitas para futuras decisiones del tribunal sobre posible modificación del derecho de visita y eventual eliminación de la necesidad de un supervisor.³⁰

El Segundo Código del Menor no menciona el derecho de alojamiento (en francés, *hébergement*), es decir, el derecho del padre que no tiene la guarda de invitar a su hijo a pasar una parte del tiempo en su casa. Los padres pueden acordar este derecho en sus convenciones de divorcio por mutuo consentimiento u otro acto auténtico. El juez tiene también, a nuestro juicio, la posibilidad de establecer este derecho en contra de los deseos del padre en cuya casa el niño tiene su residencia, permitiendo que la «visita» tenga una duración más larga que una reunión de un par de horas.

En Francia existe una nueva modalidad, creada por la ley de 2002: la residencia alternativa. El juez puede fijar la residencia «alternativamente en el domicilio de cada uno de los padres». Esta modalidad, que contempla que el niño pasa una parte del tiempo, típicamente un trimestre, en casa de uno de sus padres y la otra parte del tiempo en casa del otro, está conforme al interés del niño solamente cuando los padres residen cerca el uno del otro, de manera que el niño pueda asistir al mismo colegio y mantener las mismas amis-

³⁰ La Suprema Corte debiera dejar la cuestión relativa al derecho de visita de un padre alegadamente pedófilo a la soberana apreciación del Tribunal de Niños, a menos que su apreciación sea manifiestamente irrazonable. En un asunto, sin embargo, la Suprema Corte casó una sentencia de la Corte de Apelación de Niños, al estar en desacuerdo con la decisión de dicha Corte, que consideró innecesaria la presencia de una tercera persona durante las visitas del padre. B.J.1119.115 (Febrero de 2004)

tades aun cuando alterne su residencia. En la República Dominicana esta modalidad se puede pactar en las convenciones de divorcio por mutuo consentimiento, como manera de resolver el agudo conflicto de quién tendrá la guarda de los hijos, pero no está claro que el juez pueda imponer este sistema.

Los abuelos no tienen un derecho de visita, pero un derecho a mantenerse en contacto con sus nietos, cuyo contenido es variable. Si los padres obstaculizan el ejercicio de este derecho, los abuelos pueden pedirle al juez que les acuerde derechos de visita y correspondencia con sus nietos.³¹ También algunos terceros, cuando se sienten unidos al niño por vínculos afectivos, pueden reclamar este derecho, como por ejemplo, un hermano mayor, el padrino o la madrina, los tíos, el hombre que, creyéndose padre, cuidó y educó al niño hasta que su paternidad fue impugnada, el ex marido de la madre, etc. La posibilidad para el niño de mantener estas relaciones con terceros es de especial importancia en los hogares afectados por la muerte de uno de los padres o por el divorcio.

La administración de los bienes del menor. Las reglas sobre la administración de los bienes de los menores han perdido gran parte de la importancia que tenían antaño, porque la única manera como un menor puede adquirir un capital es mediante donación o herencia y, con la prolongación de la expectativa de vida de los padres, es menos frecuente ahora que antes, que los hijos sean herederos durante su minoría. Esta situación explica el poco interés que el legislador ha dedicado a la modernización de las reglas sobre la administración de los bienes de los menores.

a) La administración de los bienes de los menores en derecho dominicano. En la República Dominicana imperan las reglas del Código Civil. «El padre es, durante el matrimonio, el administrador de los bienes personales de sus hijos menores».³² El texto desig-

³¹ Art. 371-4. El Juez autorizado para hoy día ya no es el Juez de Paz, sino el Juez de Niños

³² Art. 389 del Código Civil dominicano.

na al padre como único administrador de los bienes de sus hijos. Esta solución no está acorde con la igualdad de los cónyuges que hoy es reconocida por la Ley No. 855 de 1978 en lo que respecta a la autoridad y por el Segundo Código del Menor, en su artículo 68, letra f), que dispone que «El padre y la madre están obligados a ... f) administrar sus bienes [los de sus hijos], si los tuvieren.» Aunque ningún texto de derecho dominicano contempla el caso, hay que entender que, para los actos corrientes que se hacen empleando los recursos del menor y para el cobro de los ingresos producidos por su capital, por analogía con el sistema de gestión compartida que rige en el régimen de la comunidad, basta la decisión de uno solo de los padres. Ésta es, como veremos, la solución del derecho francés.

El poder de los padres de administrar los bienes de sus hijos menores encuentra sus límites en el artículo 457 del Código Civil, que dispone: «El tutor, aunque sea el padre o la madre del menor, no puede contratar un empréstito por cuenta del pupilo, ni enagenar o hipotecar sus bienes inmuebles, sin que preceda a estos actos una autorización del consejo de familia». El artículo 458 agrega: «Los acuerdos del consejo de familia que se refieran a este objeto no se ejecutarán sino después de haber pedido el tutor su aprobación ante el tribunal de primera instancia; éste resolverá en cámara de consejo y previo dictamen fiscal». La venta del inmueble del menor tiene que hacerse en pública subasta precedida de edictos que deberán ser firmados y visados por el Presidente del Ayuntamiento.³³ Estas formalidades extremadamente pesadas están destinadas a hacer casi imposible a los padres tomar un préstamo por cuenta de su hijo menor o disponer de sus bienes inmuebles. Para la disposición de sus bienes muebles, no hay restricción alguna. En la medida en que los ingresos producidos por los bienes muebles de su hijo y su posible venta y los frutos producidos por sus inmuebles no alcanzan para cubrir sus necesidades y su educación, el padre o la madre debe proveer a su manutención con recursos propios, para que, cuando el hijo llegue a la mayor edad, tenga sus inmuebles intactos.

³³ Art. 459 del C. Civ., agregado por la Ley No. 3079 de 1951

En el caso típico, estos inmuebles son la herencia familiar recibida por el hijo menor después de la muerte de su padre o madre.

Sigue disponiendo el Código Civil que a la muerte del padre, la administración de los bienes de los hijos menores pasa a la madre. Dicho con terminología actualizada, a la muerte de uno de los padres, la administración de los bienes del menor corresponde al otro exclusivamente.

El Código Civil dominicano, por una modificación del año 1941, da a entender que, en caso de divorcio, el cónyuge a quien la sentencia de divorcio otorga la guarda de los hijos (que típicamente es la madre cuando son menores de 4 años) tendrá también el usufructo de sus bienes, aun cuando el divorcio se haya pronunciado en su contra.³⁴ Si la madre obtiene la guarda y es hábil en los negocios, como ella tiene el usufructo de los bienes de sus hijos, tendrá normalmente también la administración de sus bienes. Nada se opone, sin embargo, a que el padre tenga la administración de los bienes y de que la madre, si el juez le otorga la guarda de los hijos, tenga el usufructo de sus bienes. De darse esta situación, el padre debe rendir cuentas a la madre de los frutos producidos por los bienes de los hijos. Esta solución flexible permite al juez apoderado del divorcio decidir, a la luz del mejor interés de los hijos, si conviene separar la administración de sus bienes y el disfrute de los mismos, aunque el disfrute vaya siempre unido con la guarda, porque los frutos de los bienes de los hijos deben destinarse a su manutención y educación.

En caso de mala administración de los bienes del menor, el juez competente para sustituir al padre (o a la madre, si ella los administra) es el Juez de Niños. El Segundo Código del Menor en su artículo 201 declara que cuando la persona que tenga la administración

³⁴ Textualmente dispone el art. 386 del Código Civil, modificado por la Ley No. 452 de 1941: «Este usufructo no tendrá lugar en beneficio del padre o de la madre contra quien se haya pronunciado sentencia de divorcio, excepto sobre los bienes de los hijos que la sentencia hubiera puesto bajo su guarda; y cesará respecto de la madre que contraiga segundas nupcias».

de los bienes de un menor «en su condición de madre, padre, tutor o curador ponga en peligro los intereses económicos bajo su cuidado», el Ministerio Público de Niños o cualquier persona puede iniciar un proceso para privarlo de la administración de estos bienes.³⁵ Si el padre actúa como administrador único de los bienes de sus hijos menores y por su mala administración los pone en peligro y, más aún, si actúa con conflicto de interés (invirtiendo los recursos de sus hijos en su negocio propio, por ejemplo, o dando un inmueble de ellos en arrendamiento a un pariente suyo), el Juez de Niños puede dar la administración al otro padre. Este artículo podría también servir de punto de partida para otros casos de sustitución del administrador. El padre o la madre podría emplear este procedimiento para ser designado como administrador único en caso de incapacidad mental o ausencia del otro padre, evitando los gastos y las formalidades de la tutela. Es la misma solución que existe para el matrimonio.³⁶

b) La administración de los bienes de los menores en derecho francés. En Francia el régimen de administración de los bienes de los hijos menores difiere poco del régimen dominicano. Desde 1970, en Francia «el padre y la madre tienen ... la administración y el disfrute de los bienes de su hijo».³⁷

Mientras los padres administren de mutuo acuerdo los bienes de sus hijos, su administración se caracteriza como «pura y simple». La administración de los bienes de los hijos está calcada sobre la administración de los bienes comunes en el régimen legal de la comunidad. Frente a terceros se presume que cada uno de los padres tiene el poder de actuar solo para actos de administración. En cambio, para los actos que un tutor no podría llevar a cabo sin la autorización del consejo de familia, que son básicamente los actos de

³⁵ Para el caso de la destitución de un tutor, este artículo contradice, y por ende deroga, los artículos 443 y siguientes del Código Civil, que contemplan la destitución del tutor por el consejo de familia.

³⁶ Código Civil dominicano, art. 216, segundo párrafo.

³⁷ El testador o donante puede, sin embargo, designar a un administrador ad hoc para los bienes que atribuye al menor, solución que sería también aplicable en la República Dominicana.

disposición, se requiere la participación de ambos padres, sin la distinción entre muebles e inmuebles que existe en derecho dominicano. Si no se ponen de acuerdo, uno de ellos puede apoderar al juez de tutelas para que resuelva.

Cuando termina la administración de los padres, lo cual normalmente sucede cuando el hijo alcanza la mayor edad, los padres deben rendirle cuentas de su gestión.

En Francia, cuando uno solo de los padres lleva a cabo la administración, lo hace bajo control judicial, lo cual significa que, tratándose de un acto de disposición que, cuando falta el otro titular del poder, el padre único debe obtener la autorización del juez. Esta situación se presenta con la muerte de uno de los padres o después de su divorcio o separación o en el caso de la madre de un hijo natural no reconocido.

La administración de uno de los padres bajo control judicial no existe en derecho dominicano. Ningún texto exige que el juez autorice al padre sobreviviente o divorciado, si tiene la administración de los bienes del menor, a disponer de sus bienes muebles si es requerida para su sostenimiento o educación. Sin embargo, como vimos, para los inmuebles y para contraer un préstamo a cargo del menor, el Código Civil requiere la autorización, no solamente del consejo de familia, sino también del juez de primera instancia.³⁸

El usufructo de los padres sobre los bienes de sus hijos menores. «El padre tiene, según el artículo 384 del Código Civil dominicano, durante el matrimonio y, después de la disolución de éste, el cónyuge que sobreviva tendrá, el usufructo de los bienes de sus hijos hasta cumplir éstos dieciocho años, o hasta la emancipación que se verifique antes de aquella edad». Este artículo, procedente de una época en que el divorcio no existía, puesto que contempla que la

³⁸ Arts. 457 y 458 del Código Civil.

muerte es la única causa de disolución del matrimonio, es también obsoleto en dar el usufructo a «el padre» y no a «los padres». Como el usufructo es un atributo de la guarda del hijo, porque los frutos de sus bienes deben dedicarse a su sostenimiento y educación, el usufructo es compartido por los padres si viven juntos. Como en todo usufructo, los padres deben hacer un inventario de los bienes usufructuados y cuidarlos como buen padre de familia. (Esta expresión sigue en el lenguaje corriente, que no se adapta tan fácilmente como el derecho a decir «la buena madre de familia o los buenos padres de familia».) Pero, a diferencia de un usufructuario ordinario, los padres no pueden consumir todos los frutos producidos por los bienes, sino que deben destinarlos a la manutención y educación de los hijos. En caso de insuficiencia de tales frutos y de la venta de los bienes muebles del hijo para cubrir estos gastos, los padres deben contribuir con recursos propios. En caso contrario, de sobrar recursos después de haberse satisfecho los gastos de manutención y educación de los hijos, el excedente es un bien de la comunidad si los esposos son casados bajo ese régimen. Es un bien de copropiedad si son casados bajo el régimen de la separación. Es la única situación en la que su usufructo es para su propio uso o disfrute.

Como vimos en el apartado anterior, en caso de divorcio de los padres, el usufructo va unido a la guarda de los hijos. El artículo 386 del Código Civil agrega en su parte final que el usufructo «cesará respecto de la madre que contraiga segundas nupcias». Esta disposición es discriminatoria a simple vista, puesto que se aplica a la madre que contrae segundas nupcias, pero no al padre. Aunque históricamente esta disposición haya tenido su razón de ser, hoy día es contraria al principio de la igualdad entre los cónyuges.³⁹ La regla está por tanto derogada. Si la madre conserva la guarda de los

³⁹ El principio de la igualdad entre los cónyuges está consagrado por la Constitución de la República (art. 8, numeral 5) y por la Convención Americana de Derechos Humanos. El Segundo Código del Menor la admite en relación con la administración de los bienes de los hijos menores y la Ley No. 189-01 la consagra en la administración de los bienes de la comunidad. Puede decirse que es, como la igualdad entre los hijos, un principio general del derecho actual.

hijos después de haber contraído segundas nupcias, ella puede seguir con la administración de sus bienes, si la tiene, y si no, seguir reclamando a su marido anterior el pago de los beneficios producidos por su administración.

En derecho francés, el usufructo de los padres sobre los bienes de sus hijos menores tiene una peculiaridad, conservada de la redacción original del Código Civil. Se extingue cuando el hijo tiene 16 años cumplidos. Este acorte de la duración del usufructo, en una época en que la minoría duraba hasta los 21 años, se debió al deseo de evitar que el padre se resistiera a consentir en el matrimonio de su hijo menor de edad para no perder el usufructo de sus bienes, ya que el matrimonio producía (y todavía produce) la emancipación del hijo. De ahí que, en Francia, desde los 16 hasta los 18 años de edad del hijo, los frutos producidos por los bienes de los hijos necesariamente tienen que reinvertirse. Los padres no pueden usarlos para cubrir los gastos de sus hijos y tienen que echar mano a sus propios recursos para la totalidad de su manutención y educación. La persistencia de esta regla es indicativa de la poca importancia que hoy día conserva el usufructo de los padres sobre los bienes de sus hijos menores.

La tutela. Aunque en algunos artículos el Código Civil dominicano habla de la «tutela» de los padres, es preferible, siguiendo el uso moderno, referirse a la tutela como la institución protectora de los menores, en su persona y sus bienes, o solamente en sus bienes, que la ley ha creado para cuando sus padres han fallecido o, por algún otro motivo no están en condiciones de tener la guarda de sus hijos o la administración de sus bienes, y éstas se confieren a un tercero.

Aunque en Francia la tutela de los menores fue modificada por una ley del 4 de diciembre de 1964, en su estructura permanece similar a lo que es en la República Dominicana. Las principales diferencias consisten en la especialización en Francia de uno de los jueces del Tribunal de Primera Instancia como «juez de tute-

las» y en la derogación de la regla⁴⁰ que obliga al consejo de familia a obtener la aprobación del Juez para ciertos actos. En la República Dominicana, el Segundo Código del Menor se ocupa de la guarda de niños abandonados y de los que han sido separados de sus padres por incumplimiento de éstos a su deberes,⁴¹ pero no organiza la tutela de los huérfanos provistos de recursos económicos, quienes son herederos de los bienes de sus padres. Esta situación es la que típicamente da lugar a la tutela, aunque también hay lugar a tutela en caso de incapacidad o simplemente falta de aptitud de los padres o del sobreviviente de ellos para administrar el patrimonio de sus hijos.

El derecho francés y dominicano de la tutela tiene una estructura pesada. Para esta institución se han creado tres órganos: el tutor, el protutor y el consejo de familia.

El tutor puede ser designado por el sobreviviente de los padres por medio de su testamento o declaración ante notario.⁴² A falta de designación del tutor por el sobreviviente de los padres, la tutela «pertenece de derecho al abuelo paterno, a falta de éste al materno».⁴³ En derecho francés, para eliminar la privilegio de masculinidad que la regla tradicional refleja, la tutela corresponde a aquél de los ascendientes que esté en el grado más próximo. El consejo de familia elige al tutor en los demás casos, comenzando con el caso de concurso de varios ascendientes de un mismo grado. A falta de ascendiente, el consejo de familia tiene plena discreción en el nombramiento del tutor. En estos tres casos se habla, respectivamente, de tutela testamentaria, tutela legítima o legal (la que corresponde al abuelo), y tutela dativa (la otorgada por el consejo de familia).

En la República Dominicana, el consejo de familia se compone de seis parientes o afines, designados por el Juez de Niños⁴⁴ (anteriormente el

⁴⁰ La regla aparece en el artículo 458 del Código Civil.

⁴¹ Segundo Código del Menor, arts. 82 y sigs.

⁴² Arts. 397, 398 y 392 del Código Civil dominicano.

⁴³ Art. 402 del Código Civil dominicano

⁴⁴ Segundo Código del Menor, art. 200

Juez de Paz), vecinos de la común⁴⁵ o que residan a dos leguas⁴⁶ del lugar donde se habrá de reunir, que ahora es el despacho del Juez de Niños, quien preside las reuniones. Sus miembros, designados por el Juez, deben ser, en lo posible, mitad de la línea paterna y mitad de la línea materna. Cuando no hay suficientes parientes o afines dentro de la común o municipio, el Juez puede designar a parientes que viven más lejos o a amigos de los padres del niño. En Francia, después de la reforma de 1964, con el propósito de facilitar las reuniones del consejo de familia, la designación puede recaer en cuatro personas y su designación queda en todo caso al poder discrecional del Juez de Tutelas, aunque la misma ley lo invita a dar preferencia a los familiares del menor y a tener en cuenta el interés que han tenido con él, entre otros factores. También, ante la dificultad de celebrar reuniones del consejo de familia, es posible en Francia votar por correpondencia sobre los puntos de la convocatoria.

En la República Dominicana, el tutor y el consejo de familia comparten la autoridad sobre el pupilo (o sea, sobre el menor bajo tutela) y sus bienes. Cuando el pupilo es huérfano de padre y madre, el tutor ejerce las dos funciones parentales, la dirección de la vida del menor y la administración de sus bienes. En la esfera personal se encarga de su alojamiento, su alimentación, su ropa, su educación, sus actividades libres, sus contactos personales. En la esfera patrimonial puede celebrar actos de administración con los bienes del niño, incluyendo la recogida de los frutos de sus inversiones y la colocación del sobrante después de haber atendido a los gastos de su subsistencia. Una disposición anacrónica lo obliga a hacer vender en pública subasta los bienes muebles del menor, salvo los que el consejo de familia le hubiese autorizado a conservarlos en naturaleza.⁴⁷ El consejo de familia es el que tiene «los hilos de la bolsa»

⁴⁵ La palabra «común» (del francés *commune*) es la antigua designación del municipio.

⁴⁶ Una legua es una medida de distancia, variable de un país a otro, de aproximadamente 5 km.

⁴⁷ Art. 452 del C. Civ.

y prepara un presupuesto anual de los ingresos y gastos del pupilo y, además, puede autorizar al tutor a celebrar ciertos actos «graves», como la selección de la institución educativa a la que asistirá el menor (para lo cual debe tener en cuenta la voluntad de los padres en vida), sus viajes al exterior, la aceptación de una herencia, que en todo caso debe ser bajo beneficio de inventario,⁴⁸ la iniciación de una demanda en partición⁴⁹ o relativa a los inmuebles del menor,⁵⁰ la aceptación de una donación⁵¹ (aunque no se entiende cómo este acto pudiese perjudicar al menor), un desistimiento, transacción o compromiso,⁵² la inversión de su dinero o el arrendamiento de sus inmuebles. Para la toma de empréstitos a nombre del menor y para la venta de sus inmuebles, la formalidad (la misma que ya encontramos en relación con el poder de administración de los padres) es doble. Se requiere, primero, una resolución del consejo de familia tomada después de asegurarse de que los bienes muebles disponibles y los ingresos del menor no bastan para cubrir sus necesidades, y segundo, la aprobación del juez de primera instancia, previo dictamen fiscal.⁵³ En Francia se ha decidido que el tutor no puede, ni aun con la autorización del juez, hacer una donación de los bienes del menor ni gravarlos para beneficio de tercero.⁵⁴

Al asumir su cargo, el tutor está obligado a hacer un inventario de los bienes del menor y de rendirle cuentas de su gestión, una vez alcanzada su mayor edad. Este trabajo, así como la atención diaria al niño si vive con él y la administración de sus bienes, el tutor debe desempeñarlo gratuitamente, en adición a lo cual asume la responsabilidad civil de pleno derecho por los actos que comete el menor⁵⁵. Contrariamente a los padres, el tutor no tiene el usufructo de los bienes del menor. La aceptación de ese cargo tan oneroso

⁴⁸ Art. 461 del C. Civ.

⁴⁹ Art. 465 del C. Civ.

⁵⁰ Art. 464 del C. Civ.

⁵¹ Art. 463 del C. Civ.

⁵² Arts. 464 y 467 del C. Civ.

⁵³ Arts. 457 y 458 del C. Civ.

⁵⁴ La Corte de Casación decidió, sin embargo, que el juez podía autorizar una fianza real de los bienes del menor para garantizar un préstamo tomado por su madre para comprar un fondo de comercio. RTD civ.1998.342

⁵⁵ Artículo 69, Párrafo II, del Segundo Código del Menor

es obligatoria, a menos que el candidato haya cumplido 65 años de edad⁵⁶ o tenga cinco hijos legítimos.⁵⁷ Si tiene cuatro y un quinto hijo nace durante el desempeño de la tutela, el nacimiento del quinto hijo «no será causa bastante para renunciar a la tutela».⁵⁸

El pro-tutor, aunque desempeña su cargo también gratuitamente, tiene menos responsabilidades. Es uno de los miembros del consejo de familia encargado de supervisar las actividades del tutor. No lo sustituye en caso de muerte, ausencia o incapacidad, sino que, en cualquiera de estos casos, debe provocar el nombramiento de otro tutor por el consejo de familia.⁵⁹

La protección de los mayores en derecho dominicano. Por cortesía frente a las personas mayores, hoy día ya no se habla de su incapacidad, sino de su protección. El Código Civil dominicano mantiene inalterado el sistema de la interdicción procedente de la versión original del Código Civil de 1804, calcado sobre la tutela de los menores. Cualquier pariente puede promover la interdicción de una persona «que se encuentre en un estado habitual de imbecilidad, enajenación mental o locura».⁶⁰ El Juez convoca entonces el consejo de familia, que nombra a un tutor y a un pro-tutor.

Existe también un procedimiento más sencillo, consistente en el nombramiento de un consultor judicial para la persona mayor que tiene facultades mentales disminuidas.⁶¹ La designación de un consultor judicial no conlleva la incapacidad total, sino solamente la prohibición del sujeto de emprender ciertos actos graves (litigar, transigir, tomar prestado, recibir dinero, enajenar o hipotecar sus bienes) sin el concurso del consultor.

Tratándose de una persona casada, otra posibilidad es hacerse representar por su cónyuge. «Cada uno de los cónyuges, dice el artí-

⁵⁶ Art. 433 del C. Civ.

⁵⁷ Art. 436 del C. Civ.

⁵⁸ Art. 437 del C. Civ.

⁵⁹ Arts. 420 y siguientes de ambos Códigos Civiles

⁶⁰ Art. 489 del C. Civ. dominicano

⁶¹ Arts. 499 y 513 del C. Civ. dominicano

culo 216 del Código Civil, puede hacerse autorizar por el Juez, sea para representar al otro cónyuge, sea para actuar sin el consentimiento de éste».⁶² La debilidad o enfermedad mental del cónyuge es el fundamento que autoriza al juez a permitir que el otro cónyuge lo represente para ciertos actos. La posibilidad para el cónyuge de hacerse autorizar a representar al otro tiene la ventaja de no estar sujeta a las formalidades de la tutela.

Estos mecanismos son rara vez utilizados. El problema que más a menudo surge es cómo regular los actos de una persona mentalmente enferma o débil que, sin haberse sometido a tutela o sin tener consultor judicial o ser representado por su cónyuge, realiza un acto imprudente o contrario a sus intereses. La ley no contempla este problema excepto para la donación y el testamento, donde el artículo 901 del Código Civil dispone que «es preciso estar en perfecto estado de razón».⁶³ ⁶⁴Para otros actos, el derecho dominicano no tiene una regla general que permita anular los actos entre vivos de una persona mentalmente deficiente o enferma, si no se ha pronunciado una medida judicial de protección.⁶⁵ Para los actos a título oneroso, podría en un caso extremo hablarse de una falta completa de consentimiento y, si se trata de la venta de un inmueble se podría en su caso invocar la lesión enorme.⁶⁶ Aparte de estos casos, tratándose de una persona mayor no hay incapacidad sin texto. La categoría de los vicios del consentimiento no cuadra con la situación, primero porque la enfermedad o debilidad mental no

⁶² Segundo inciso del artículo 216 del C. Civ. dominicano

⁶³ RTD civ.2005.756, no. 4. No es aplicable a los testamentos el artículo 504, según el cual «Después de la muerte de una persona no podrán ser imputados por causa de demencia los actos por él mismo otorgados, si no hubiese sido declarada su interdicción o solicitada antes de su muerte, excepto en el caso de que la prueba de la demanda resulte del acto mismo que se impugne». Pero véase B.1135.141 (Junio de 2005)

⁶⁴ La extensión de esta regla a la designación del beneficiario de una póliza de seguro de vida es dudosa. Una sentencia francesa decidió no extender el artículo 901 a la designación por un anciano de su concubina como beneficiaria de un seguro de vida, designación impugnada por sus herederos. RTD civ.2004.485, no. 6

⁶⁵ Con una sola excepción muy rara, que la demencia se desprenda del mismo acto y que el acto se impugne después de la muerte del otorgante. Parte final del art. 504 del C. Civ. El artículo 305 puede también ser utilizado. Véase más abajo.

⁶⁶ Art. 1674 del C. Civ. También se podía, pero solamente después de la muerte de la persona, impugnar su acto por causa de demencia «si la prueba de la demanda resulte del acto mismo que se impugne». La prueba intrínseca es sumamente difícil aportar.

ha sido erigida en un vicio del consentimiento y segundo, porque la nulidad a la que da lugar este tipo de vicio obliga a la restitución de la prestación recibida, lo cual no ofrece alivio al individuo mentalmente defectuoso o enfermo, que vendió sus bienes y dispó el dinero.

El trastorno mental y la imbecilidad son fenómenos que se pueden observar después de un breve trato con la persona, y sin embargo la ley dominicana no sanciona al que saca provecho de esta situación al concluir con el enfermo o retardado mental un negocio para él desventajoso. Existe, sin embargo, una posibilidad de salvar un hecho ya consumado por el enfermo o retardado mental. Esta posibilidad requiere un doble procedimiento judicial: primero provocar su interdicción y después solicitar la anulación del acto en base al artículo 503 del Código Civil, que también existe en derecho francés, según el cual «Los actos anteriores a la interdicción podrán ser anulados si existía la causa de la interdicción y era notoria en la época en que se otorgaron aquéllos». La necesidad de que la causa de la interdicción sea «notoria» está destinada a proteger al contratante, quien se enfrenta con una persona jurídicamente capaz. Requiere que la causa de la interdicción, o sea la enfermedad mental o imbecilidad, sea visible por la persona que trató con él, de manera que su actuación fue de mala fe.⁶⁷

La protección de los mayores en derecho francés. En Francia, la ley del 3 de enero de 1968 aportó una reforma, al disponer, en el nuevo artículo 489 del Código Civil, que «Para hacer un acto válido hay que estar mentalmente sano». Textualmente el principio se aplica solamente a la persona mentalmente enferma, no a la persona mentalmente deficiente o imbécil, pero los tribunales no aplican estrictamente esta distinción. En un asunto, un anciano que había enajenado un inmueble a cambio de una renta vitalicia insu-

⁶⁷ RTD civ.2006.89, n. 7, cimentando la sentencia de la Corte de París.

ficiente pudo rescindir la venta en base a su incapacidad de comprender el alcance de su acto.⁶⁸ La regla protectora se aplica aunque el trastorno mental sea pasajero, provocado por el consumo de alcohol o droga. No se exige que sea notorio y el hecho de que el otro contratante lo haya ignorado es intrascendente. Si el mentalmente enfermo o trastornado se sana, puede entablar la acción en nulidad, pero si su enfermedad es incurable, se hace necesario proceder al nombramiento de un tutor para que pueda ejercitarse la acción de nulidad. Después de la muerte del enajenado mental, al igual que en derecho dominicano, los herederos no pueden entablar la acción de nulidad. Es su castigo por no haber provocado la apertura de la tutela durante la vida del enfermo o débil mental.

La solución que debiera imponerse en estos casos es permitir la anulación del negocio cada vez que la enfermedad o debilidad mental era obvia o conocida de la otra parte contratante. Sin embargo, ni el derecho dominicano, ni el derecho francés han adoptado esta sencilla solución. En derecho dominicano el negocio se mantiene pese a la debilidad o enfermedad mental notoria del individuo, salvo el efecto retroactivo de la declaración de interdicción; en derecho francés se anula aun cuando esa característica mental no era visible ni conocida del otro contratante. La necesidad de que la enfermedad mental o imbecilidad sea notoria existe solamente bajo el artículo 503, que abre un «período de sospecha» indeterminado, retroactivo a la apertura de la tutela. Por lo que parece ser un accidente de redacción, la condición de notoriedad existe para el efecto retroactivo de la declaración de tutela en el artículo 503, pero no para la simple prueba de la insanidad en el artículo 489.⁶⁹ La jurisprudencia no ha subsanado esta deficiencia del texto legal.

En derecho francés, el régimen de protección de los mayores no consiste de dos posibilidades como en la República Dominicana

⁶⁸ RTD civ.1996.876. Por otro lado, se decidió que el analfabetismo no es una causa de incapacidad. RTD civ.1992.79

⁶⁹ RTD civ.2004.718, no. 7

(interdicción y nombramiento de un consultor judicial), sino de tres: la salvaguarda de justicia, la curatela y la tutela.

La salvaguarda de justicia es una respuesta al envejecimiento de la población. Es también posible para los pródigos, aunque normalmente les corresponde la curatela.⁷⁰ Puede lograrse la salvaguarda de justicia mediante decisión judicial, pero también es posible obtenerla más fácilmente con la declaración de un siquiatra registrada en la Fiscalía. Las personas sometidas a este régimen pueden rescindir sus actos por causa de lesión simple o solicitar su reducción por exceso, es decir, por su inutilidad para ellos o su costo excesivo, dada su condición económica. La persona protegida puede dar un mandato a un familiar o amigo para administrar su patrimonio; a falta de mandato la persona que se inmiscuye en sus asuntos actúa como gestor de negocios. Si un acto determinado excede sus poderes, el mandatario o gestor puede solicitar la autorización del juez.

La curatela es un régimen destinado a personas que necesitan asesoramiento en vez de representación. Caen en esta categoría los mentalmente débiles, los pródigos, los alcohólicos y los ociosos.⁷¹ La curatela se abre mediante declaración judicial, que se da a conocer públicamente mediante anotación al margen del acta de nacimiento de la persona protegida. Esta persona puede hacer sola todos los actos de la vida corriente, y para ellos puede emplear una tarjeta de crédito,⁷² así como los actos de administración cuando no ponen en peligro los fondos de la familia.⁷³ Necesita la asistencia de su curador solamente para contraer préstamos, vender o hipotecar sus inmuebles o arrendarlos cuando el inquilino tiene derecho a renovar el inquilinato. La asistencia del curador es también requerida para recibir la devolución de capitales y hacer su reinversión. Toda demanda contra una persona bajo curatela, tanto en materia civil como penal, debe ser notificada tanto a ella

⁷⁰ RTD civ.2005.366 no. 9

⁷¹ Este último concepto no es muy claro.

⁷² RTD civ.2002.486, no. 6

⁷³ RTD civ.2005.104, no. 6

como a su curador.⁷⁴ Estos límites normales de la capacidad pueden ser modificados por el juez. Los jueces usan con frecuencia de su facultad de reducir la capacidad más allá de lo normal, para evitar el procedimiento más pesado de la tutela.

La tutela es similar a la interdicción que existía antes de 1968 en Francia y perdura en la República Dominicana. Tratándose de una persona casada, la tutela puede obviarse mediante autorización del juez al cónyuge para que pueda representar al otro cuando no está en condiciones de manifestar su voluntad.⁷⁵ Esta posibilidad, que también existe en derecho dominicano,⁷⁶ tiene preferencia, en igualdad de condiciones, sobre la apertura de una tutela. La tutela se abre en Francia por una decisión judicial sobre certificado del médico tratante, de que el interesado sufre de una disminución de sus facultades mentales. El tutor puede ser designado por el consejo de familia, pero esto rara vez sucede. El cónyuge tiene por ley el derecho de ser tutor o tutora. A falta de tutela dativa o legal, para las personas minusválidas o envejecidas que viven de una pensión o renta vitalicia, el juez puede nombrar a un «tutor en gerencia» quien se encarga de recoger los ingresos de la persona protegida y de destinarlos a su manutención.⁷⁷ Existe también la tutela del Estado, que puede ser desempeñada por un notario u otro profesional designado por el Prefecto y cuya actuación excepcionalmente es remunerada.

Todos los actos celebrados por el incapaz después de la apertura de la tutela son anulables, salvo los actos usuales de la vida corriente.⁷⁸ El límite a la capacidad de un mayor bajo tutela es la misma que la de un menor.⁷⁹ El protegido puede disponer de sumas módicas para sus consumos corrientes.

⁷⁴ La ley procesal francesa contempla este requisito solamente en materia civil. Francia fue condenada por la Corte Europea de los Derechos Humanos por no exigir esta misma notificación en materia penal. RTD civ.2001.330 y 439. Además, si se interpone una contrademanda en un procedimiento civil, no basta el método normal de conclusiones notificadas al abogado, sino que se requiere también una notificación al curador. RTD civ.2006.89, no. 6

⁷⁵ Arts. 498 y 219 del C. Civ. francés. Véase RTD civ.2006.88, no. 5

⁷⁶ C. Civ. dominicano, art. 216, segundo párrafo.

⁷⁷ Incurre en responsabilidad frente al mayor protegido el tutor en gerencia que descuida cobrar los pagos de pensión que corresponden a su protegido. RTD civ.2004.716, no. 6 en la pág 718

⁷⁸ RTD civ.2000.542

En el ámbito personal, el mayor bajo tutela puede hacer valer sus preferencias, y el juez respetará su decisión en torno al lugar donde desea tener su residencia.⁸⁰ El mayor bajo tutela puede contraer matrimonio con la autorización de sus padres o del consejo de familia, pero debe estar en condición de expresarse claramente durante la ceremonia.⁸¹ Por un detalle curioso, en Francia el mayor bajo tutela no puede celebrar un pacto civil de solidaridad.

En principio, el testamento que haga la persona mayor después de haber sido puesto bajo tutela es nulo, pero gracias a una nueva disposición⁸², en Francia puede hacerlo con la autorización del juez, tomada después de haber consultado al médico, pero aun en este caso es necesario que el testador haya obrado en un momento de lucidez. El tutor de un mayor protegido no puede variar al beneficiario del seguro de vida contratado por el mayor, pero por analogía con la confección de un testamento, el mayor podría hacerlo con la autorización del juez.⁸³ El testamento anterior a la declaración de la tutela es en principio válido, pero los herederos pueden impugnarlo si la causa que determinó al testador a hacer la liberalidad ha desaparecido, por ejemplo, si hizo un legado a su esposa, la que posteriormente a la apertura de la tutela le pidió el divorcio. Una sentencia mal considerada se negó a extender esta regla al cambio de beneficiario de una póliza de seguro de vida.⁸⁴

⁷⁹ Se ha decidido, sin embargo, que un banco no puede facilitarle a un mayor el uso de una tarjeta de crédito sin la intervención de su tutor. El banco fracasó en su demand de pago del saldo de la tarjeta abierta al mayor bajo tutela sin la aprobación de su tutor. RTD civ.2002.486, no. 6

⁸⁰ RTD civ.1997.634

⁸¹ RTD civ.1998.658

⁸² Art. 501 del C. Civ. francés

⁸³ RTD civ.1996.877

⁸⁴ RTD civ.1996.877

CONCLUSIÓN

LA FUERZA DE LOS HECHOS EN EL DERECHO DE LA FAMILIA

Es frecuente que el hombre se aproveche de una institución jurídica para un fin distinto del fin para el cual fue creada. Se habla entonces del desvío de la finalidad propia de la institución, lo cual a veces, no siempre, se sanciona con la nulidad. Por otro lado, a veces el hombre se adentra en las situaciones contempladas por la ley sin hacer uso de la institución creada para regularla. Actúa entonces de manera informal, tratando, con mayor o menor éxito, de conseguir los efectos de una institución legal sin utilizarla.

El Derecho de Familia contiene ejemplos de ambos fenómenos. En el primer caso, el del desvío de una institución de su finalidad propia, el efecto buscado es generalmente evitar las cargas del derecho sucesoral, o sea, las restricciones a la libertad testamentaria y los impuestos sucesorales. El matrimonio se utiliza para remunerar los servicios de la mujer que atendió a un anciano en los últimos años de su vida. La modificación del régimen matrimonial, permitido en Francia, sirve, a través de la adopción de la comunidad universal con atribución total al sobreviviente, para traspasar la comunidad entera al cónyuge en caso de muerte. La adopción del hijo del mejor amigo o de la concubina reemplaza el testamento. Además, en Francia sobre todo, el matrimonio se celebra para permitir al cónyuge obtener un permiso de residencia, sin amor conyugal y sin propósito de convivencia. Generalmente, en este último caso y a veces en las adopciones plenas con fines sucesorales, los tribunales franceses anulan el negocio contemplado por las partes por desvío

de la institución utilizada (*détournement de l'institution*). En algunos casos, sin que haya una regla que los determine, los tribunales permiten que se mantengan los fines perseguidos. En la adopción simple en Francia, la finalidad sucesoral suele reconocerse como normal para la institución, ya que la ley permite adoptar a una persona mayor de edad. El pacto de atribución de la sucesión total al sobreviviente es admitida libremente. El matrimonio para fines sucesorales o residenciales es a veces válido, otras veces nulo.

El segundo caso se da cuando la persona o las partes llevan a cabo el comportamiento para el cual la institución ha sido creada, pero sin emplearla. El concubinato ofrece aquí el mejor ejemplo. El hombre y la mujer se comportan como casados sin serlo. El deseo de ser libre, que la facilidad de obtener el divorcio no satisface plenamente, impulsa a las parejas a convivir sin casarse. El derecho social, más cercano a la realidad que el derecho civil, reconoce el concubinato, y la jurisprudencia civil sigue sus pasos, pero sin llegar a reconocer a la unión libre los mismos efectos que al matrimonio.

Otro ejemplo de comportamiento informal aparece en la filiación. Allí la realidad ha logrado una victoria completa. Las trabas a la acción en establecimiento de la paternidad han desaparecido. Cuando el Segundo Código del Menor declara que, a falta de acta de nacimiento, «basta la posesión de estado», y si los elementos de ésta no se dan «en todo caso se podrá recurrir a las pruebas científicas», está dando plenos efectos jurídicos, tanto a la realidad social como a la realidad biológica. El hijo natural puede obtener, a través de una sentencia judicial, la misma calidad que un hijo legítimo.

La adopción tiene también su correlativo informal, que es el reconocimiento de complacencia. La asimilación del reconocimiento de complacencia a la adopción es imperfecta, porque el supuesto padre puede impugnar el reconocimiento falso que él mismo hizo, con excepción, en Francia, del caso en que consintió en que su concubina sea inseminada artificialmente con el esperma de un tercero. En ese caso, el reconocimiento falso es inclusive obligatorio.

Otro ejemplo del comportamiento social correspondiente a la norma sin hacer uso de ella aparece en los regímenes matrimoniales. Cuando los cónyuges viven separados de hecho, sin demandar el divorcio, pueden dividir amigablemente entre sí los bienes de la comunidad, descuidándose de que el artículo 1443 del Código Civil en su parte final dispone que «cualquier separación voluntaria es nula». Cuando la comunidad se disuelve por la muerte del padre de familia, los hijos pueden tomar la decisión de no requerir la partición de la comunidad, dejando a su madre en la posesión de los bienes de su difunto marido. Aunque el artículo 815 del Código Civil permite pactar la no disolución de la indivisión postcomunitaria por un plazo que no excederá de cinco años, muchas veces no se formaliza ese pacto y la indivisión perdura hasta la muerte de la madre, en cuyo momento se hace una partición simultánea de los bienes de la comunidad, de los bienes propios del padre y de los bienes propios de la madre.

El comportamiento social correspondiente a la norma sin hacer uso de ella se observa también en la tutela. La tutela de hecho es mucho más difundida que la tutela formal. El consejo de familia, a través del cual debe nombrarse al tutor, es un reflejo de la familia amplia de otros tiempos, que ha perdido gran parte de su fuerza en la sociedad francesa. En la República Dominicana nunca ha correspondido a una realidad social. Los huérfanos son recogidos por sus parientes y los bienes que tengan son administrados y disfrutados por ellos. Por respeto a los ancianos, no se promueve su interdicción. Sólo se usa la tutela para los huérfanos y los enfermos mentales dotados de bienes de fortuna, aunque también puede aparecer una persona que se ocupe de ellos y cuide sus bienes sin nombramiento como tutor. Estos casos son menos conflictivos que la filiación natural y el concubinato, y casi nunca no llegan a los tribunales.

En el derecho de la familia, cuando no hay conflicto o cuando no hay bienes de valor, las soluciones se improvisan, sin que la ley juegue ningún papel.

APÉNDICE

ARTÍCULOS DEL SEGUNDO CÓDIGO DEL MENOR (LEY No. 136-03)

RELATIVAS A LA FILIACIÓN

Art. 61.- IGUALDAD DE DERECHOS. Todos los hijos e hijas, ya sean acidos de una relación consensual, de un matrimonio o adoptados, gozan de iguales derechos y calidades, incluyendo los relativos al orden sucesoral.

Párrafo.- No se admitirá el empleo de denominaciones discriminatorias realtivas a la filiación de una persona.

Art. 62.- PRUEBA DE FILIACIÓN PATERNA Y MATERNA. Los hijos nacidos (sic) dentro del matrimonio se reputan hijos del esposo. La filiación de los hijos se prueba por el acta de nacimiento emitida por el Oficial del Estado Civil. A falta de ésta, basta la posesión de estado, conforme se establece en el derecho común. La filiación materna se prueba por el simple hecho del nacimiento. En todo caso se podrá recurrir a las pruebas científicas para confirmar o negar la filiación materna o paterna.

Art. 63.- MODALIDADES DE RECONOCIMIENTO. Los hijos e hijas concebidos fuera del matrimonio podrán ser reconocidos por su padre de manera individual, al producirse el nacimiento o con posterioridad a él, ya sea declarándolo ante el Oficial del Estado Civil, por testamento o mediante acto auténtido, sin importar la situación jurídica de la relación de la cual provenga.

Párrafo I.- El reconocimiento puede preceder al nacimiento del hijo o hija, surtiendo efecto solamente si nace vivo o viva, o posterior al fallecimiento del hijo o hija si éstos dejan descendientes.

Párrafo II.- Cuando el reconocimiento no se haya efectuado ante el Oficial del Estado Civil, basta la presentación del documento por la persona interesada, donde consta dicho reconocimiento, para que el mismo expida el acta de nacimiento correspondiente.

Párrafo III.- La madre podrá proceder a demandar judicialmente el reconocimiento de un hijo o hija desde su nacimiento hasta su mayoría de edad. En ausencia o imposibilidad de la madre, el responsable o tutor puede iniciar la acción en reconocimiento. Los hijos e hijas podrán reclamar la filiación en todo momento, luego de su mayoría de edad.

Esta obra ilustra como, de manera diferente, el derecho dominicano y el derecho francés han dado satisfacción a las mismas aspiraciones: la igualdad de todos los hijos en el ámbito sucesoral y la posibilidad, para el hijo natural no reconocido, de establecer su filiación para gozar de esta igualdad; y la igualdad de la mujer casada con su marido en la administración y disposición de los bienes de la comunidad y en la educación de los hijos, y su independencia en lo que respecta a la administración y disposición de sus bienes propios.

La marcha del derecho hacia estas metas ha sido lenta y accidentada y todavía perduran disposiciones en el Código Civil dominicano que no han sido adecuadas a los principios modernos. Frente a estas disposiciones anacrónicas, el autor no ha vacilado a dejar que el espíritu de las reformas y la intención del legislador moderno prevalezcan sobre los antiguos textos, que reflejan una sociedad pasada.



090620



COLECCIÓN ENSAYOS JURÍDICOS

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y POLÍTICAS

UNIBE