

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO



TESIS DE GRADO

“LA INCORPORACIÓN
DE LA DESVINCULACIÓN MATRIMONIAL CONSENTIDA,
COMO CAUSAL DE DIVORCIO,
EN LA ECONOMÍA JURÍDICA FAMILIAR BOLIVIANA”
(Tesis para optar el grado de licenciatura en Derecho)

POSTULANTE : OMAR D. CRUZ ZEBALLOS

TUTOR : Dr. E. ALBERTO LUNA YAÑEZ

2010

RESUMEN

El divorcio en la actualidad, plantea uno de los más graves problemas de las sociedades modernas, pues su proliferación como medida legal, parece haberlo convertido en un fenómeno habitual.

En este entendido, considerando que el desquicio del matrimonio fuera de representar un problema psicológico y social, es también un problema jurídico, es prudente manifestar que la regulación legal del procedimiento descrito, ha quedado insuficiente respecto de los requerimientos actuales de nuestra sociedad, máxime si se considera que el mismo mas que mitigar la controversia conyugal, ahonda innecesariamente el conflicto, bajo la única premisa de la imposición del proceso judicial formal y estricto.

Por ello; siendo necesaria la adopción de mecanismos que permitan tutelar de manera efectiva los procesos de divorcio, no solamente en términos de celeridad sino también de efectividad, es que hemos considerado oportuna la proposición de incorporación en el cuerpo legal pertinente, de la causal denominada *desvinculación matrimonial consentida*, la que para fines consiguientes cuenta con lineamientos y requisitos propios de aplicación, los que de manera plena garantizan la viabilidad en cuanto al fin propuesto.

Agradecimientos:

Al Dr. Alberto Luna Yañez por permitirme ser beneficiario de su valiosa cooperación para la materialización de éste proyecto.

Al Dr. Ruben Rodriguez, por su constante e incondicional apoyo, quien resume respeto, amistad y afecto al mismo tiempo.

A todos aquellos, quienes quedarán en los recintos más profundos de mi corazón y memoria por ser artífices en mi formación personal y académica.

Dedicatoria:

A mis padres; por cuidarme siempre, por ser mi constante guía en el largo horizonte por caminar, por ser mis mejores amigos y consejeros, pero sobre todo, por permitirme la oportunidad de ser su hijo.

**“LA INCORPORACIÓN
DE LA DESVINCULACIÓN MATRIMONIAL CONSENTIDA,
COMO CAUSAL DE DIVORCIO,
EN LA ECONOMÍA JURÍDICA FAMILIAR BOLIVIANA”**

TESIS DE GRADO

ÍNDICE

DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

I.	Enunciado del título del tema.....pág.	1
II.	Identificación del problema.....pág.	1
III.	Problematización.....pág.	2
IV.	Delimitación de la investigación.....pág.	3
	a) Delimitación temática.....pág.	3
	b) Delimitación temporal.....pág.	3
	c) Delimitación espacial.....pág.	3
V.	Fundamentación e importancia de la investigación.....pág.	3
VI.	Objetivos a los que ha arribado la investigación.....pág.	4
	a) Objetivo general.....pág.	5
	b) Objetivo específico.....pág.	5
VII.	Marco teórico que sustenta la investigación.....pág.	6
VIII.	Hipótesis de trabajo de la investigación.....pág.	7
IX.	Variables de la investigación.....pág.	8
	a) Variable independiente.....pág.	8
	b) Variable dependiente.....pág.	8
X.	Métodos que fueron utilizados en la investigación.....pág.	8
	a) Método lógico jurídico.....pág.	8
	b) Método de la evolución histórica.....pág.	8
	c) Método de las construcciones de instituciones.....pág.	8
XI.	Técnicas que fueron utilizadas en la investigación.....pág.	9
	a) Conceptos científicos.....pág.	9
	b) Instrumentos materiales de investigación.....pág.	9
	INTRODUCCIÓN.....pág.	10

DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

CAPITULO I	pág. 13
1. MARCO HISTÓRICO.....	pág. 13
1.1. EL MATRIMONIO.....	pág. 13
1.2. LA FAMILIA EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	pág. 15
1.3. DIVORCIO.....	pág. 18
1.3.1. Definición.....	pág. 18
1.3.2. Historia del divorcio.....	pág. 19
1.3.3. Religión y divorcio.....	pág. 20
1.3.4. El derecho revolucionario francés.....	pág. 22
1.3.5. La experiencia soviética.....	pág. 23
1.3.6. Antecedentes del divorcio en Bolivia.....	pág. 25
1.4. EL PROBLEMA DEL DIVORCIO.....	pág. 28
1.4.1. Crisis de la familia.....	pág. 30
1.4.2. Relación y problemas de pareja.....	pág. 32
1.4.3. Divorcio, separación de cuerpos y separación de hecho.....	pág. 34
CAPITULO II	pág. 37
2. MARCO CONCEPTUAL.....	pág. 37
2.1. MATRIMONIO.....	pág. 37
2.2. DIVORCIO.....	pág. 37
2.3. CONSENTIMIENTO.....	pág. 37
2.4. VINCULO.....	pág. 37
2.5. DISOLUCIÓN.....	pág. 38
2.6. MUTUO DISENSO.....	pág. 38
3. MARCO TEÓRICO Y DOCTRINAL.....	pág. 38
3.1. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.....	pág. 38
3.1.1. Caracteres de los derechos de la personalidad....	pág. 39
3.1.2. Estructura y tutela de los derechos de la personalidad.....	pág. 39
3.2. LA VOLUNTAD.....	pág. 41
3.2.1. Teorías de la Voluntad.....	pág. 42
3.2.1.1. Teoría clásica.....	pág. 42
3.2.1.2. Teoría moderna.....	pág. 42
3.2.1.3. Teoría armónica o mixta.....	pág. 42
3.2.2. Límites de la voluntad.....	pág. 43

a) Orden público.....	pág. 46
b) Interés social.....	pág. 49
c) Leyes prohibitivas.....	pág. 51
3.3. EL CONSENTIMIENTO COMO DECLARACIÓN DE VOLUNTAD.....	pág. 52
3.4. CAPACIDAD JURÍDICA.....	pág. 54
3.5. TEORÍA DE LOS ACTOS JURÍDICOS.....	pág. 55
3.5.1. Concepto de acto jurídico.....	pág. 55
3.5.2. Hechos y actos jurídicos.....	pág. 56
3.6. ACTO JURÍDICO MATRIMONIAL.....	pág. 57
3.7. TESIS DIVORCISTA.....	pág. 59
3.8. TESIS ANTIDIVORCISTA.....	pág. 59
CAPITULO III.....	pág. 61
4. MARCO JURÍDICO.....	pág. 61
4.1. LEGISLACIÓN COMPARADA.....	pág. 61
4.1.1. REGULACIÓN DEL DIVORCIO EN CHILE.....	pág. 61
4.1.2. REGULACIÓN DEL DIVORCIO EN MEXICO D.F.....	pág. 63
4.1.3. REGULACIÓN DEL DIVORCIO EN ESPAÑA.....	pág. 65
4.2. ANÁLISIS DE NORMATIVA VIGENTE.....	pág. 66
4.2.1. Código de Procedimiento Civil.....	pág. 66
4.2.2. Código de Familia.....	pág. 74
CAPITULO IV	
5. MARCO PRÁCTICO.....	pág. 78
5.1. CONVENIOS REGULADORES DE LAS RELACIONES CONYUGALES.....	pág. 78
5.1.1. Naturaleza jurídica.....	pág. 78
5.1.2. Características.....	pág. 79
5.1.3. Efectos.....	pág. 81
5.2. DESVINCULACIÓN MATRIMONIAL CONSENTIDA.....	pág. 84
5.2.1. Condiciones sustanciales para la procedencia de la desvinculación matrimonial consentida.....	pág. 86
6. CONCLUSIONES.....	pág. 89
7. RECOMENDACIONES.....	pág. 91
8. PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY QUE INCORPORA LA CAUSAL DE DESVINCULACIÓN MATRIMONIAL CONSENTIDA EN EL CÓDIGO DE FAMILIA.....	pág. 93
9. BIBLIOGRAFÍA.....	pág. 96
10. ANEXOS.....	pág. 98

DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.

I. "LA INCORPORACIÓN DE LA DESVINCULACIÓN MATRIMONIAL CONSENTIDA, COMO CAUSAL DE DIVORCIO, EN LA ECONOMÍA JURÍDICA FAMILIAR BOLIVIANA."

II. IDENTIFICACION DEL PROBLEMA.

El divorcio, es el procedimiento legal, que faculta a quien así lo convenga, a extinguir el vínculo legal, emergente del matrimonio.

Así, es oportuno mencionar, que siendo un procedimiento de vigencia necesaria en virtud a las transformaciones y cambios experimentados por nuestra sociedad, requiere de mecanismos y procedimientos acordes a la realidad social.

Lamentablemente en la actualidad, la regulación del mismo ha quedado caduca, al haber perdido la eficacia y efectividad no solamente en cuanto a términos de celeridad procesal, sino, que se ha olvidado, que el objeto de los procesos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, afirmación que se trasluce como evidente de lo insuficientes que resultan las causales contenidas en nuestra normativa legal familiar vigente, puesto que si bien se contemplan causales que especifican la adecuación de una conducta ha efecto de la prosecución de la acción ya mencionada, no se hace referencia a la posibilidad de existencia de una causal determinada, en la cual se

considere como único elemento efectivo para el fin anteriormente nombrado, a la autonomía y autodeterminación de la voluntad, como derecho subjetivo básico de los derechos de la personalidad. Que si bien el ordenamiento normativo, reconoce vital trascendencia a la personalidad como elemento generador de la voluntad, no puede entenderse la omisión en cuanto a la consideración de dicho extremo.

III. PROBLEMATIZACIÓN.

- ❖ ¿Cuál el fin del divorcio entendido éste como procedimiento legal?
- ❖ ¿Será el divorcio un mecanismo efectivo, considerando las secuelas y consecuencias emergentes de las causales existentes?
- ❖ ¿Cuales las causas principales que dificultan la celeridad en cuanto al desarrollo y finalización de los procesos de divorcio?
- ❖ ¿Entendido el consenso como elemento generador de una voluntad común, podría éste como causal independiente, viabilizar los procesos de divorcio, en cuanto a la pretensión de fines inmediatos?
- ❖ ¿Las causales de divorcio vigentes, cumplirán la finalidad de protección, resguardo del derecho y restitución del orden debido?

IV. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

a) Delimitación Temática.- La presente investigación como fenómeno social, pero con consecuencias de índole jurídica, realiza un estudio desde la perspectiva socio-jurídica.

b) Delimitación Temporal.- Al ser el divorcio, un fenómeno jurídico-social, y al ser el Código de Familia vigente, uno de los elementos necesarios para la investigación, el presente estudio no establece espacio de tiempo determinado, remitiéndose simplemente a la necesidad actual de la incorporación, señalando que, para efectos estadísticos, se establece un periodo de análisis que comprende el año 2008.

c) Delimitación Espacial.- A efecto de un conocimiento directo del tema, y apoyándonos en la experiencia jurisdiccional, el presente trabajo en cuanto al ámbito espacial de la investigación, se centra en el Distrito Jurisdiccional de la ciudad de La Paz.

V. FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.

El divorcio como procedimiento, plantea uno de los más graves problemas de las sociedades modernas, su proliferación como medida legal, parece haberlo convertido en un fenómeno habitual.

En tal sentido el matrimonio no se concibe ya, como una institución con un contenido pleno de deberes, sino como una cuestión transitoria, que a las primeras dificultades

busca la extinción del vínculo, situación que en la mayoría de los casos, genera consecuencias y secuelas que van desde la enervación mayor en cuanto al conflicto de pareja, la que deriva en un trato hostil interminable; hasta marcar de forma definitiva patrones de comportamiento entre cónyuges, entre hijos y entre los primeros respecto de los últimos, definidas muchas de estas situaciones por la forma en la que se maneja actualmente el divorcio como medida procedimental.

Ahora bien, en mérito a lo expuesto, podrá entenderse, la necesidad de incorporar normativa que contribuya a hacer viables las condiciones y procedimientos para obtener un pronunciamiento pronto y oportuno en cuanto a los procesos de divorcio se refiere, procedimiento al cual denominaremos "**DESVINCULACIÓN MATRIMONIAL CONSENTIDA**", el cual posibilitaría a aquellas personas que desean extinguir el vínculo conyugal, prescindir del proceso ordinario contencioso, el mismo que al presente, es el único aplicable, con sus perjudiciales consecuencias para los cónyuges e hijos, en función de las constancias que quedan en el respectivo expediente, motivadas las mismas por la necesidad de acreditar las imputaciones para demostrar que uno de ellos, o ambos, han incurrido en las causales previstas señaladas en el Art.-130 del Código de Familia.

VI. OBJETIVOS A LOS QUE HA ARRIBADO LA INVESTIGACIÓN.

a) OBJETIVO GENERAL.- La vigencia y consiguiente aplicación de normativa caduca y procedimiento obsoleto en relación al avance y desarrollo de las sociedades, contraponen los fines altruistas que busca el derecho y

vulnera muchas veces garantías elementales de acceso a la justicia y resguardo del debido proceso, el cual no simplemente debe ser entendido en cuanto al cumplimiento pleno de las instancias procesales, sino mas bien en cuanto a que el objeto de los procesos, es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, principio elemental que debiere considerarse por los organismos jurisdiccionales competentes, pues en la generalidad de los casos se ignora por completo, la viabilidad de la pretensión, avocándose únicamente a la traba procesal que dilata innecesariamente la prosecución de las causas, siendo por ello evidente la necesidad de incorporación de procedimientos que viabilicen la acción.

Por lo que corresponde mencionar, que desarrollado que fuere el proyecto de investigación propuesto, claramente se ha podido establecer, que siendo el divorcio un procedimiento de vigencia necesaria, requiere de constante evaluación, la misma que permitirá conocer de manera directa y oportuna las deficiencias procedimentales e insuficiencia normativa, ha efecto de determinar la regulación positiva de muchas figuras que al presente podrían considerarse atípicas respecto de su tratamiento.

b) OBJETIVO ESPECÍFICO.- Se ha podido establecer de manera clara, la necesidad de incorporación de la causal denominada **DESVINCULACIÓN MATRIMONIAL CONSENTIDA**, como causal de divorcio dentro de la economía jurídica familiar vigente, tomando como elementos básicos el hecho, de que, cuando el amor ha terminado entre marido y mujer, es casi inexorable, que al poco tiempo de ello, se produzcan extremos y situaciones que hagan intolerable y casi

imposible la convivencia conyugal, y dado el hecho de estar ambos contrayentes, firmemente decididos a extinguir el vínculo matrimonial legal, se separarán cualquiera fuere la decisión judicial, pues hoy no tiene sentido la pretensión de los jueces familiares de mantener unidos bajo un mismo techo, a quienes han llegado al convencimiento serio de que dicha convivencia es imposible, en cuyo caso la separación tomará un contexto incontrolable y la autoridad habrá perdido la posibilidad de intervenir en aspectos esenciales como la guarda y custodia de los hijos y el resguardo a derechos legítimamente constituidos. Por lo que podemos afirmar, que, cuando la autoridad jurisdiccional está en presencia de una voluntad común y firme de extinguir el vínculo legal matrimonial, no podrá sensatamente tomar otro camino que decretar el divorcio, contando para ello con un procedimiento rápido y efectivo, precautelando sobre todo la restitución y garantía del orden debido.

VII. MARCO TEÓRICO QUE SUSTENTA LA INVESTIGACIÓN.

Respecto del tema de investigación propuesto, es oportuno manifestar que actualmente la mayor parte de las legislaciones admite el divorcio con mayor o menor extensión, siendo contados los países que se mantienen fieles a la indisolubilidad del vínculo.

En éste entendido, es prudente señalar que Europa y más propiamente Francia, fue el primer país en el cual se implantó el divorcio como procedimiento, surgiendo a partir de ello una serie de criterios que motivaron el tratamiento especializado de éste tema, sustentando lo que vinieron a denominar la tesis divorcista.

Es así, que, con la finalidad de viabilizar el desarrollo del presente tema de investigación, tuvimos la posibilidad de recurrir a dichas corrientes doctrinales que no están plenamente definidas, pero que están plenamente identificadas por cada uno de los autores que se procedió a consultar. Existiendo además complemento teórico propio del derecho civil, a cuyo efecto se ha recurrido a la teoría de los actos jurídicos, así como a estudios propuestos respecto de la voluntad y la autonomía de la misma.

VIII. HIPÓTESIS DE TRABAJO DE LA INVESTIGACIÓN.

La incorporación de la causal denominada **desvinculación matrimonial consentida**, en la economía jurídica familiar boliviana, brindaría tutela efectiva en cuanto a los derechos que se dirimen con las formalización de acciones de divorcio, además de descongestionar la carga procesal, mediante la aplicación de procedimientos que tuvieran como fin la efectividad y la celeridad procesal.

IX. VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN.

a) VARIABLE INDEPENDIENTE.- Divorcio

b) VARIABLE DEPENDIENTE.- Insuficiencia de los procedimientos vigentes.

X. MÉTODOS QUE FUERON UTILIZADOS EN LA INVESTIGACIÓN.

a) MÉTODO LÓGICO JURÍDICO.- Siendo la lógica el arte de pensar con claridad, considerando que la lógica jurídica es un método que impone un particular desarrollo del pensamiento jurídico, se hace necesaria la consulta al método descrito, por constituirse éste en un instrumento importante a efecto de poder realizar un análisis objetivo y correlacionado respecto de la normativa vigente aplicable.

b) MÉTODO DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA.- Una norma jurídica es una respuesta a un determinado hecho social, pero a su vez el legislador otorga cierta flexibilidad a ésta para que la misma se vaya adaptando a través de los cambios que vaya experimentando la sociedad, siendo el método de la evolución histórica de vital utilidad ha efecto de establecer la caducidad e inoperancia reflejada por los mecanismos legales vigentes.

c) MÉTODO DE LAS CONSTRUCCIONES DE INSTITUCIONES.- Toda investigación jurídica, pretende la complementación, modificación o reformulación de determinadas figuras jurídicas y procedimentales, pretensión tendiente a solucionar determinadas problemáticas jurídicas a través de la incorporación de normativa e institutos efectivos respecto del fin inmediato. Es así que el método de construcciones de instituciones, permite darnos una estructura lógica que permite engranar dentro de un sistema jurídico determinado, dirigido a la construcción de disposiciones legales, medios y a la creación de instituciones jurídicas.

XI. TÉCNICAS QUE FUERON UTILIZADAS EN LA INVESTIGACIÓN

a) CONCEPTOS CIENTÍFICOS.- Por que a partir del estudio de conceptualizaciones, definimos con claridad evidente el fin, alcance y pretensión primaria en cuanto a la aplicación de cierta normativa.

b) INSTRUMENTOS MATERIALES DE INVESTIGACIÓN.- Toda vez, que al ser nuestra investigación de carácter interpretativo y propositivo, desarrollamos la misma utilizando material bibliográfico relacionado con la materia así como los cuerpos normativos de tratamiento y análisis oportuno. Recurriéndose además a efecto de una valoración efectiva de la problemática planteada a la elaboración de encuestas, y relaciones estadísticas evacuadas a través de la revisión de los registros cursantes en los Juzgados de Familia dependientes de la Corte Superior de Justicia del Distrito de La Paz.

INTRODUCCIÓN.

Son evidentes las agudas crisis por las cuales atraviesan hoy los matrimonios, y por ende las familias, crisis que generalmente derivan en separaciones conyugales, y que tienen como desenlace final la formalización de procesos de divorcio, generadores los mismos de lamentables consecuencias en virtud de la impropiedad en el manejo procesal correspondiente; consecuencia todo ello de la

carencia de procedimientos que viabilicen de manera efectiva y sobre todo apropiada los mismos.

En éste entendido poco nos hemos detenido a considerar la urgente necesidad en la adopción e incorporación de normativa especial y su consiguiente procedimiento que la regule, ha efecto de otorgar al procedimiento de divorcio un matiz por así llamarlo discreto y digno respecto de su tratamiento.

Es habitual en la actualidad, que la insuficiencia mencionada, obligue en muchos casos, a quienes optan por la medida del divorcio, tratar de subsumir su voluntad en las causales para el divorcio hoy vigentes, aunque muchas veces las mismas no condigan con la realidad de los hechos y simplemente se recurra a alguna de ellas a efecto de hacer viable la acción; medida que obliga al litigante a acreditar extremos inexistentes, pues la autoridad jurisdiccional exige la alegación plena de extremos según la causal que se invoque, situación que conlleva al sometimiento muchas veces innecesario que el proceso ordinario exige.

En virtud a lo manifestado y partiendo de la premisa de ser la voluntad el elemento generador de la relación conyugal, surge la inquietud en cuanto a la proposición de mecanismos que viabilicen la acción de divorcio, en aquellos casos específicos en los que las partes de manera voluntaria manifiesten su intencionalidad de extinción del vínculo legal conyugal, prescindiéndose para ello del procedimiento habitual, extremo que no solamente tutelaría con mayor efectividad los procesos de divorcio sino que además

viabilizaría el procedimiento judicial en términos de celeridad, teniendo además incidencia en cuanto a la descongestión procesal, por la cual atraviesan hoy las instancias judiciales familiares.

Por las reflexiones expuestas, tenemos a bien en poner a consideración la necesidad de incorporación de una nova causal de divorcio, a la que hemos venido a denominar como **DESVINCULACIÓN MATRIMONIAL CONSENTIDA**, la misma, que humildemente consideramos de utilidad plena en virtud de las consideraciones que para el efecto se han planteado, siendo el objetivo primario, propender a la reconquista de valores, puesto que si bien el vínculo legal matrimonial queda extinto, quedan aún dos seres que merecen la oportunidad de evitar entre sí el estigma que actualmente caracteriza al divorcio, como es la enervación mayor en cuanto al trato que se ofrecen, máxime cuando existe descendencia que necesita un referente formador con el cual poder identificarse.

En tal sentido es oportuno mencionar que el trabajo de investigación hoy propuesto está fuertemente sustentado en las experiencias anotadas por la legislación comparada, la doctrina legal familiar, la que en virtud a la repercusión e importancia que ha adquirido el Derecho de Familia, constantemente busca innovar sus institutos con la finalidad de brindar instrumentos útiles en virtud de las exigencias que la sociedad manifiesta, sustento que es por demás complementado por referentes judiciales en los que de manera directa podremos constatar las inequidades, en las que muchas veces incurren las autoridades judiciales,

siendo el resultado inmediato la urgencia en cuanto a la adopción de medidas que mitiguen dichas contingencias.

CAPÍTULO I

1. MARCO HISTÓRICO.

1.1. EL MATRIMONIO.

El matrimonio es una de las instituciones fundamentales del derecho, de la religión, del Estado y de la vida en todos sus aspectos, por lo tanto es una de las más antiguas, ya que la unión natural o sagrada de la primera pareja humana surge en todos los estudios de investigación sobre el origen de la vida de los hombres, establecida como principio de todas las creencias.

Así el matrimonio se constituye en la base necesaria para la familia legítima, de ahí su trascendencia en todo el Derecho de Familia.

Según la clásica definición de Portalis, el matrimonio es: **"una sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino"**. Más brevemente, es la unión del hombre y la mujer para el establecimiento de una plena comunidad de vida. (1)

Definido así el matrimonio, es importante enunciar sus

(1) Borda Guillermo "Manual de Derecho de Familia", pág. 37

características:

a) Implica una unión del hombre y la mujer, unión que se traduce en derechos y deberes recíprocos, para fortalecerla, a fin de sobrellevar y superar las contingencias emergentes al existir compromiso en cuanto al destino común.

b) Es una unión permanente; pues cuando dos personas se casan lo hacen para toda la vida, con el sincero propósito de pasar juntos las alegrías y los dolores que depara el destino; y aunque más tarde se divorcien y vuelvan a contraer nupcias, hay siempre en la institución un íntimo sentido de permanencia, emergente de ciertos deberes y obligaciones que pudieren permanecer.

c) Es monogámica; aunque en algunos pueblos aún se conserve la poligamia, todos los países de civilización occidental y cristiana han adoptado el régimen de la singularidad. Y no solamente no se concibe más que un solo vínculo matrimonial, sino que los esposos no pueden tener comercio sexual con otra persona que no sea su cónyuge. La fidelidad conyugal es uno de los pilares de la solidez y dignidad de la institución.

d) Es legal, porque no basta la simple unión del hombre y la mujer aunque tenga permanencia, como en el caso del concubinato o matrimonio de hecho, o se haya engendrado hijos; es preciso que se haya celebrado con las formalidades por ley establecidas, o exista pronunciamiento emitido por autoridad competente, solo así, queda bajo el amparo y regulación del Estado y por ende de la normativa general vigente. Es claro que la noción de matrimonio no se agota aquí, pues fuera de lo legal está implícita la substancia moral y muchas veces la religiosa, de ahí, que las normas jurídicas, morales y religiosas, se disputen el dominio en ésta materia, afirmando su derecho exclusivo a regularla.

Así el amor y la procreación, viejos como la vida, vinculan a las personas con lazos más o menos fuertes, según las circunstancias económicas o sociales y las creencias religiosas. Vínculo matrimonial que persigue como fines normales la satisfacción del amor, la mutua compañía, la asistencia, la procreación y la educación de los hijos; decimos normales, porque no siempre se procuran todos ellos; así por ejemplo los matrimonios entre ancianos o in

extremis, en cuyos casos no es pretensión primaria la procreación.

1.2. LA FAMILIA EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

Si bien los orígenes de la especie humana, y consiguientemente su organización primitiva, se mantienen en una nebulosa que no ha podido develarse, es indudable que en todo tiempo la familia, ha sido el núcleo social primario.

Dejando de lado los tiempos remotos, sobre los cuales no es posible otra cosa que tejer hipótesis más o menos verosímiles, pero carentes de certeza histórica y yendo a lo que nos es conocido, podemos señalar tres grandes etapas o fases en la organización familiar: El clan, la gran familia y la pequeña familia.

En principio la sociedad se organiza en clanes, entendidos estos últimos, como la agrupación de familias con numerosa parentela, o grupos de familias unidos bajo la autoridad de un jefe común. En ellos se desenvuelven todas las actividades sociales, políticas y económicas.

El aumento de la población, el progreso de la cultura, la necesidad de crear un poder más fuerte que sirviera eficazmente en la guerra, demostraron la insuficiencia de tal organización. Así nace el Estado que asume el poder político, y llega entonces la fase de mayor esplendor de la familia.

Desembarazada de las actividades políticas, disueltos los vínculos con otras familias, que introducían confusión y conflictos, desapareció el sistema de igualitarismo democrático que el clan imponía, la familia se estructura entonces, bajo la autoridad absoluta del jefe. *Buen ejemplo de ésta etapa lo brinda la familia primitiva romana, en donde el pater familiae preside una comunidad constituida por su mujer, hijos, clientes y esclavos, quien tenía sobre todos ellos poder de vida y muerte, podía venderlos, pignorarlos; casaba a sus hijos a capricho y los obligaba a divorciarse.* (2)

(2) Borda Guillermo "Manual de Derecho de Familia", pág.12

Este poder se extendía durante toda la vida de los hijos, fueran casados o no, ocuparan funciones públicas o no lo hicieran; era dueño de todos los bienes familiares teniendo libre disponibilidad de ellos, sin considerar qué miembro de la familia los hubiere adquirido. Oficiaba como sacerdote en las ceremonias religiosas y muerto, era adorado como dios. Era el señor, el magistrado, el pontífice, constituyendo la familia toda una organización económica puesto que a cargo de ésta se desarrollaban actividades como el labrado de la tierra, el horneado de pan, se hacía el vino, se tejían las telas, se construía la casa; en suma se bastaba a sí misma.

Muchos factores fueron resquebrajando la solidez del sistema. El aumento de la riqueza y consiguientemente de las necesidades, la mayor complejidad de las relaciones económicas, con su inevitable especialización, el creciente intercambio comercial, mostraron la insuficiencia de la industria familiar, así en un lento proceso milenarío la

familia fue perdiendo paulatinamente sus funciones económicas, que fueron transferidas primero a los mercaderes, mas tarde a las corporaciones, finalmente a las grandes organizaciones capitalistas y al propio Estado.

Debe considerarse además, que, la rudeza con la cual el **pater familiae** ejerció su poder se hizo intolerable. A través de muchas etapas de avance y retroceso, la mujer fue saliendo de su sujeción hasta conquistar la igualdad jurídica que hoy se le reconoce. Sobre todo bajo la influencia del cristianismo, se alteró profundamente el concepto de patria potestad, que más que otorgar derechos impone deberes. La abolición de la esclavitud y la emancipación de los hijos por la mayoría de edad o por contraer matrimonio, redujeron notablemente la fuerza y las posibilidades económicas de la familia al disminuir el número de sus integrantes.

En la etapa actual, la familia ha dejado de ser una unidad política o económica, limitándose a su función biológica y espiritual. Reducida al pequeño círculo de solidaridad y asistencia recíproca.

1.3. DIVORCIO.

1.3.1. DEFINICIÓN.

Para la doctrina, el divorcio se define como: "**la disolución del vínculo jurídico matrimonial constituido legalmente, pronunciada mediante sentencia judicial, basada en las causales previstas en la ley,**

otorgando a los cónyuges la facultad de rehacer sus vidas conforme su libre decisión."

Por su parte Colint y Capitant definen al divorcio como: **"la disolución del matrimonio, viviendo los dos esposos, a consecuencia de una decisión judicial, dictada a demanda de uno de ellos por las causales establecidas por la ley."** (3)

(3) Paz E. Felix "Matrimonio, divorcio y asistencia familiar", pág.94

Por su parte Marcel Planiol Manifiesta que: **"el divorcio es la disolución, en vida de los esposos, de una matrimonio válido."** (4)

1.3.2. HISTORIA DEL DIVORCIO.

Las legislaciones de la antigüedad dejaban exclusivamente al marido el poder de romper el matrimonio por el repudio de su mujer. En Roma la disolución de las costumbres, consecuencia de la afluencia de las riquezas, debido a las grandes conquistas, condujo al divorcio por mutuo consentimiento. El divorcio se convirtió en el final normal del matrimonio, representando ello la ruina de la familia.

La iglesia no logró imponer la indisolubilidad del matrimonio, afirmada en los evangelios, sino en los siglos XIII y XIV. La reforma admitió el divorcio, cuya necesidad sostuvieron los filósofos del siglo XVIII.

Por haber secularizado el matrimonio, los revolucionarios franceses, suprimieron la indisolubilidad del mismo, instaurando el divorcio por consentimiento mutuo e incluso el divorcio por voluntad unilateral, por simple incompatibilidad de caracteres.

(4) Paz E. Felix "Matrimonio, divorcio y asistencia familiar", pág.94

Para obligar mejor al divorcio, no dejaron la posibilidad de una separación de cuerpos, que autorizaba la iglesia. La locura del divorcio se apoderó así de las grandes ciudades que la adoptaron como un procedimiento habitualmente recurrente.

1.3.3. RELIGIÓN Y DIVORCIO.

Los pueblos de la antigüedad practicaban todos el divorcio, con mayor o menor frecuencia, tal es el caso de los babilonios, chinos, hindúes, egipcios, hebreos griegos y romanos.

Entre los hebreos, el Deuteronomio autorizaba al marido a repudiar a su mujer cuando no le agradare alguna situación encontrada en ella, conocida ésta actitud o decisión como **repudio del marido**, acto que se hacía efectivo, mediante la entrega de una carta de repudio que conllevaba a que se despidiera a la mujer de la casa, situación que fue admitida posteriormente también en beneficio de la mujer.

Así, de manera similar, el divorcio estaba aceptado en Roma pero regulado mediante la Ley de la XII Tablas, pero la severidad de las costumbres, la cohesión de la familia, la autoridad omnímoda del *pater familiae*, lo había limitado tanto, que a decir de Tertuliano: "**seiscientos años pasaron sin que un divorcio corrompiese, los lazos formados a la vista de la divinidad**". (5)

Pero el debilitamiento de las costumbres introdujo poco a poco la práctica del divorcio, que llegó a ser realmente desenfrenada y a convertirse en una verdadera poligamia sucesiva.

Con el advenimiento del cristianismo, se planteó en forma neta la indisolubilidad del vínculo, así preguntado Jesús por los fariseos si era lícito repudiar a su mujer contestó: "**Quien repudia a su mujer, y se casa con otra, comete adulterio y quien se casa con una mujer repudiada por el marido comete adulterio.**" (San Lucas 16/18; San Marcos 10/11).

Agregando: "**No separe el hombre lo que Dios ha unido.**" (San Mateo 19/6; San Marcos 10/9). (6)

Pero hay un texto, de San Mateo que ha provocado serias controversias, teológicas. Según éste evangelista, la respuesta de Jesús a los fariseos habría sido la siguiente: "**Pero os digo que aquel que repudia a su mujer salvo por infidelidad y se casa con otra comete adulterio.**" (San Mateo 19/9) (7)

¿Significa acaso que Jesús autorizó el divorcio en caso de adulterio?

(5) Borda Guillermo "Manual de Derecho de Familia", pag.312

(6) Ibidem pág. 312

(7) Ibidem pág. 312

Así, dicha cuestión fue discutida por los primeros padres de la iglesia, incluso algunos concilios, tales como el de Vannes celebrado el año 465, los Sínodos de Adge celebrado el año 506 y el de Compiègne del año 757, admitieron la posibilidad del divorcio. (8)

De ésta manera, la teología católica fue inclinándose cada vez mas hacia la tesis de indisolubilidad del vínculo, hasta que el Concilio de Trento celebrado en 11 de noviembre de 1536, puso punto final a dicha cuestión, proclamando el carácter sacramental del matrimonio, aniquilando por así decirlo cualquier posibilidad de quien negase su indisolubilidad.

1.3.4. EL DERECHO REVOLUCIONARIO FRANCÉS.

Los adversarios de la iglesia triunfan con la revolución francesa, el matrimonio secularizado, sale del Derecho Canónico, así la Ley de 20 de diciembre de 1792 instituye el divorcio; consecuencia de la libertad, se proclamaba que si los cónyuges eran libres para unirse, también debían serlo para separarse. Por tanto se admite el divorcio no solamente por causas determinadas, sino también por mutuo consentimiento, porque se reconocía la facultad

de los cónyuges para extinguir el vínculo. Se admitió incluso el divorcio por incompatibilidad de caracteres, lo que representaba en la práctica el

(8) Borda Guillermo "Manual de Derecho de Familia", pág.313

divorcio por la voluntad unilateral de uno de los cónyuges, así los revolucionarios querían sobre todo mediante el divorcio atacar a la iglesia, y en éste objetivo suprimieron la separación de cuerpos, por considerar que se obligaría al divorcio como medida recurrente, sin embargo pese a todas estas medidas y su afronta directa con la iglesia, el fin no era la destrucción de la familia sino mas bien su defensa y protección.

1.3.5. LA EXPERIENCIA SOVIÉTICA.

La experiencia soviética en materia de matrimonio y divorcio, tiene un significado aleccionador respecto del tema objeto de nuestra investigación.

El amor libre, fue uno de los postulados de la revolución bolchevique. Los teóricos del movimiento sentían una profunda desconfianza por la familia, pues creían que en ella podían refugiarse quienes estuvieren en contra del movimiento comunista, así, implantaron instituciones destinadas al cuidado, alimentación y educación de la minoridad. Implantaron entre otras cosas, el matrimonio y el divorcio de hecho, registrando el Estado comunista dichas situaciones o actos pero con un fin únicamente

estadístico, careciendo de cualquier efecto de legalidad o legitimidad.

En algunos casos, la Corte Suprema reconocía a dos mujeres el carácter de esposa, viviendo ambas en hogares distintos pero simultáneamente con un mismo marido, y tratándose de materia sucesoria, ambas eran consideradas herederas. (9)

Tal situación engendro resultados realmente sorprendentes, siendo uno de los síntomas más alarmantes la enorme cantidad de niños que se encontraban en total abandono, que según estimaciones estadísticas en el año 1928 alcanzaba a ocho millones, hecho que derivó en el incremento de la delincuencia infantil y juvenil.

Así, se adoptaron medidas destinadas a modificar el régimen matrimonial, por lo que el año 1936 se implantó el casamiento formal y la exigencia de sentencia judicial para el caso de divorcio, aunque para obtenerlo bastaba la voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges, dicha medida resultó insuficiente, lo que conllevó a una actitud totalmente distinta del Soviet, quien llegó a considerar al amor libre como parte de la supervivencia burguesa, exaltando por ello los valores morales, demostrando así la solidez y estabilidad de la familia comunista.

Posteriormente en el año 1944 se dictó una ley que modificó totalmente el régimen del divorcio, ya no fue posible decretarlo por voluntad unilateral ni por

mutuo consentimiento, debía mediar un motivo importante, motivo que no estaba claramente definido y que se dejaba a consideración y apreciación del juzgador.

El procedimiento constaba de una instancia previa, que tenía como finalidad la conciliación de los cónyuges, que si bien, solamente era una formalidad resultó efectiva en cuanto a su fin; concluida esta etapa y ante la eventualidad del fracaso de la conciliación, la causa pasaba a un tribunal de segunda instancia que resolvía en definitiva sobre los puntos de conflicto, en algunos casos al existir hijos menores y no considerar el juzgador existir causas a su criterio, suficientes para resolver el divorcio, lo denegaba. En el caso de concederlo, la sentencia era publicada en un periódico local, como una forma de provocar la censura pública respecto de éste tipo de acciones.

Sin embargo transcurrido un periodo dicha situación nuevamente fue modificada, por ello el año 1968, se admitió el divorcio por el simple registro, realizado éste de común acuerdo entre cónyuges ante la oficina de registro civil, siempre y cuando no existieren hijos menores, en el caso de existir el procedimiento judicial seguía el curso habitual.

1.3.6. ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN BOLIVIA.

La institución del matrimonio en cuanto a sus orígenes en Bolivia, tiene características muy peculiares, así inicialmente la organización en cuanto a la pareja se da a partir de la convivencia sexual, en la cual se establece la monogamia. Es oportuno mencionar que, en la sociedad originaria, no existía el estigma de la virginidad en cuanto a considerarla requisito previo para el establecimiento de la pareja y por ende de la familia, considerándose por ello el concubinato conocido en aquella época como Sirviñacu, como una especie de preparativo respecto del futuro matrimonio.

Respondiendo la familia indígena al tipo autoritario en el cual era el padre o jefe de familia, quien tenía autoridad sobre todo.

Conviene mencionar, que, con la conquista española existieron, dos formas matrimoniales vigentes el **amancebamiento** y el **matrimonio canónico**. Adoptando la cultura ancestral originaria el matrimonio católico pese a considerarse una celebración totalmente ajena.

Posteriormente con la evolución normativa, durante el coloniaje se establecieron peculiares disposiciones en virtud a existir un fuerte recelo respecto del honor, en éste entendido se dispuso por ejemplo que, en el caso de existir esposa infiel, ésta debía ser entregada junto con su amante al esposo, para que éste pudiera tomar revancha por un acto tan denigrante, condicionándole que si quisiera castigar con la muerte dicha inconducta, la pena debía ser para ambos, es

decir para la esposa infiel y el amante.

Así, en la medida de la evolución de la familia como institución, es prudente establecer, que, el divorcio como procedimiento legal, fue regulado a partir del Código Civil Santa Cruz de 28 de octubre de 1830, posición que fue ratificada por la Asamblea Constituyente mediante Ley de 18 de julio de 1831, permaneciendo íntegro en cuanto a su redacción y consiguiente aplicación hasta el 15 de abril de 1932, fecha en la cual se instituye la Ley del Divorcio Absoluto en Bolivia. Conviene mencionar, que la normativa civil definida desde el año 1830, en cuanto al divorcio, establecía con claridad las causales por las cuales podría ser invocado dicho procedimiento, además de medidas provisionales lo que hoy conocemos como medidas provisionales, y toda acción de emergencia accesoria, como es lo relativo a la guarda de los hijos, la administración de bienes, etc., criterio que fue seguido y mejorado durante la presidencia de Daniel Salamanca por la ya mencionada Ley de 15 de abril de 1932, y que prácticamente subsiste en cuanto a la forma en nuestro actual Código de Familia, con una distinguible peculiaridad, ya que la referida Ley de 1932 insertó una causal definida como **mutuo consentimiento**, por la cual los cónyuges tenían que apersonarse ante el Juez para exponer su deseo de divorciarse, siendo requisito para ello que hubieren transcurrido dos años a partir de la celebración del matrimonio. Por este procedimiento, el Juez, únicamente debía considerar la voluntad de los cónyuges a efecto de dictar sentencia.

1.4. EL PROBLEMA DEL DIVORCIO.

El divorcio plantea, uno de los más graves problemas de las sociedades modernas y contemporáneas. Su proliferación en las sociedades parece haberlo convertido en un fenómeno normal, hombres y mujeres se divorcian con la misma naturalidad con la que se casan.

Existe en este sentido, una declinación evidente de las convicciones morales y religiosas, la familia no se concibe ya como una institución de la cual emergen derechos y obligaciones sino simplemente como una situación que hace agradable la vida, que a las primeras dificultades tiene como consecuencia la desvinculación.

La emancipación de la mujer ha complicado por su parte las relaciones conyugales, la subordinación de la autoridad marital ha sido remplazada por una unión basada en la igualdad, pues donde antes solamente regía una voluntad hoy rigen dos, con su inevitable secuela de conflictos.

Por otra parte, otro factor de peso, es la inestabilidad del mundo contemporáneo. Nuestra época se caracteriza por sus constantes mutaciones, el súbito y portentoso adelanto de la ciencia y la técnica transforma rápidamente las condiciones de vida. Nada se hace con sentido de permanencia porque mañana habrá caído en desuso, nadie piensa ya en hacer fortuna con el esfuerzo tenaz de quince o veinte años, sino en el negocio rápido y fácil aunque sea riesgoso y no del todo honorable, los estudios y las etapas

de aprendizaje son cada vez más breves, no obstante que los conocimientos se han complicado notablemente. Nadie tiene tiempo que perder en éste agitado devenir, de ahí que el divorcio sigue el ritmo de esa modalidad de vida, por así decirlo.

El hombre ha perdido la paciencia para perseverar en su lucha por la paz y la felicidad conyugal, pues si a los primeros pasos de la vida matrimonial uno de los cónyuges advierte una convivencia difícil, no vacilará en cambiar de compañero e intentar con otro una vida armoniosa

No hay que menospreciar tampoco las actuales condiciones en que se desenvuelve la familia, refiriéndonos de manera específica al problema de la vivienda, que se ha hecho tan agudo, puesto que la mayor parte de los matrimonios jóvenes, no tienen otro remedio que ir a vivir a la casa de los padres de uno u otro, tornándose así la falta de espacio como un problema más con el cual lidiar.

No menor es la influencia del ejemplo brindado por las naciones que pueden considerarse rectoras del mundo contemporáneo, ellas imponen sus costumbres, sus ideas, sus leyes, en fin su total estilo de vida, del cual el divorcio es parte integrante.

Así existen en la actualidad, Estados que han adoptado autorizar la extinción del vínculo conyugal matrimonial con criterios más o menos amplios dependiendo de la sociedad donde se considere el tema, puesto que se ha llegado a considerar que la admisión legal del divorcio y su instrumentación procesal, no hace sino contemplar con

criterio realista un fenómeno social, al cual no es posible cerrar los ojos.

1.4.1. CRISIS DE LA FAMILIA.

Vivimos en la actualidad una profunda crisis de la familia como institución, el quebrantamiento de la disciplina familiar, la relajación de las costumbres, la despreocupación por los hijos, la pérdida de valores morales que ocasionan aspectos tan lamentables como la infidelidad, los que determinan de una u otra manera el divorcio, no está demás mencionar los aspectos económicos, pues hasta hace no muchos años atrás, la economía familiar se fundaba en los ingresos aportados por el jefe de familia, mientras la esposa quedaba al cuidado del hogar, hoy en cambio, se apoya, salvo en clases acomodadas, no solamente en el ingreso del esposo, sino también en el que la esposa pudiere generar, y aún en los de los hijos, incluso siendo estos menores de edad.

La vida en común, poco a poco tiende a desaparecer, el padre, la madre y los hijos se reúnen quizás, únicamente a la hora de comer y luego retornan a sus ocupaciones o diversiones fuera del hogar, contribuyendo a éste estado de cosas el problema agudo de la vivienda, siendo la estrechez o incomodidades de ésta, por efecto del poco espacio en relación al gran número de habitantes u ocupantes, que crea una sensación de disgusto por el ambiente familiar, que impulsa a vivir fuera de el.

No menos importantes son los factores espirituales y políticos, hay una indudable declinación de las convicciones religiosas, la nuestra es una generación de gozadores que se desentienden de sus deberes, no existe ya la tolerancia, que hacía fácil y alegre la convivencia, la mujer que salió a la calle a completar los ingresos del hogar, ha logrado la equiparación jurídica con el hombre, su elevación en el plano cultural, económico y político la hace desdeñar las tareas domésticas, limpiar, coser, cocinar, etc., etc., incluso cuidar de los hijos; parecen actividades opacas y casi olvidadas respecto de la intervención plena en actividades de la modernidad profesional o del simple deleite de la actualidad, todo está hoy al alcance de la mujer, lo que ha contribuido a la elevación personal y a una realización más plena de ésta, pero al mismo tiempo se ha producido un olvido de las responsabilidades y deberes que impone la consolidación del hogar y por ende de la familia.

La búsqueda de la libertad respecto de la carga de obligaciones y deberes, ha generado un fuerte quebranto de la disciplina familiar, proliferando por ello el divorcio como medida de solución.

1.4.2. RELACIÓN Y PROBLEMAS DE PAREJA.

En nuestro tiempo, la relación de pareja, se considera una unión voluntaria entre dos personas que se vinculan por lazos afectivos y que en la gran mayoría se perfecciona por vínculos legales a través del

matrimonio. Se trata entonces de una de las relaciones más intensas y prolongadas de cuantas relaciones suele establecer voluntariamente el individuo con otras personas a lo largo de su vida, siendo importante mencionar, que las relaciones de pareja en la actualidad son muy diversas y complejas, pues las mismas están influenciadas notablemente por la diversidad cultural, sexual, ideológica, económica, etc., así, puede decirse, que, en nuestra época hay un consenso, casi universal en cuanto a que la relación conyugal está motivada por el deseo libre de los individuos a convivir con otra persona, para compartir compañía, ayuda y placer.

Los problemas conyugales, en consecuencia suelen experimentarse como "fallas", o errores del objetivo esencial de la relación, sin embargo casi nadie pone en duda que son parte de la relación, en el sentido de que en una mayor o menor medida, una relación íntima e intensa pasa por momentos de conflicto, es mas podría decirse que los problemas son parte de la propia estabilidad de la pareja, aunque solo sea en cuanto a que ésta, habrá de afrontar cambios, tensiones, dificultades externas, que, en algunos casos provienen del ámbito social y del propio transcurrir del ciclo vital. Pero sólo en la medida en que son superados con éxito, ese tipo de problemas pueden reinterpretarse como batallas que unen a la pareja. (10)

Ahora bien, es prudente mencionar que los matrimonios, tienen que hacer frente a diferentes demandas o necesidades a lo largo del ciclo de la vida

(denominadas transiciones, estadios, tareas evolutivas, eventos vitales), esas demandas configuran en mayor o menor medida situaciones estresantes o tensiones que tendrán que resolverse.

La fuente de esas demandas son en unas ocasiones externas a la familia o el matrimonio y en otras interna. Los problemas de pareja se relacionan con esas transiciones de diversas formas, la situación estresante en interacción con los recursos de la pareja para resolverla causan las crisis. Dichas crisis tienen a su vez consecuencias en el contexto familiar y social en el que se dan. También la satisfacción de la pareja con su relación varía ostensiblemente a lo largo del ciclo vital.

De acuerdo con evaluaciones psicológicas practicadas a nivel de la relación familiar, los periodos del ciclo

(10) Cáceres José "Relación de Pareja", pág. 22

vital en el que más situaciones estresantes se acumulan, son aquellos relacionados a la adolescencia de los hijos y cuando estos adquirida su mayoría se encuentran frente a responsabilidades mayores como la búsqueda de empleo. Por otra parte los periodos de menor acumulación de situaciones estresantes son aquellos relacionados a la emancipación e independencia de los hijos, etapa en la que abandonan el hogar, mencionándose además la etapa de jubilación.

El nivel de satisfacción de la relación de pareja tiene sus momentos más bajos en esos dos periodos de mayor tensión y se incrementa en la etapa de nido vacío y jubilación, hasta recuperar los niveles que suele tener en los inicios la relación de pareja.

En este sentido, es importante mencionar también las consecuencias negativas que tienen las separaciones y divorcios en la salud mental y física de ambos esposos, pues las mismas abarcan desde los accidentes automovilísticos, las enfermedades, hasta el suicidio y homicidio. Por lo que es oportuna la reflexión en cuanto al cumplimiento de los fines que el divorcio pretende como procedimiento.

1.4.3. DIVORCIO, SEPARACIÓN DE CUERPOS Y SEPARACIÓN DE HECHO.

Estos tres modos de disolución o de disgregación de la familia resultan de la voluntad de uno de los cónyuges ó de la voluntad común de ambos, pues uno o ambos están decididos a disminuir o extinguir la familia que se había constituido por su matrimonio; o bien quieren por el divorcio, conseguir que se pronuncie por la autoridad correspondiente la ruptura de dicha unión; o bien por la separación de cuerpos lograr que los tribunales los liberen de la obligación de vivir juntos, ó, en el peor de los casos, por la separación de hecho, liberarse de ello por sí mismos.

El divorcio, es así, la ruptura del vínculo conyugal y solo éste pone fin al matrimonio, y en consecuencia, faculta a los cónyuges a contraer nuevas nupcias. Por eso, es a éste procedimiento al cual recurren las personas casadas, motivadas por la pasión, el simple egoísmo o la simple intencionalidad de su libertad, y en sentido figurado reparando el divorcio lo irreparable.

La separación de cuerpos y la separación de hecho constituyen, por el contrario simples remedios para las dificultades de una vida común, no resuelven nada, dejan simplemente que el tiempo cumpla su obra.

Ciertamente algunos cónyuges divorciados pueden volverse a casar entre sí, pero tales reiteraciones conyugales son rarísimas y en todo caso resultan imposibles, pues existe la habitualidad que uno de los ex-consortes se haya obligado con un tercero a través del compromiso de una nueva unión.

Mientras que el divorcio y la separación de cuerpos, uno y otro pronunciados y determinados por la autoridad jurisdiccional competente crean un estado de derecho, la separación de hecho, es, como su nombre lo indica, un simple estado de hecho, al margen de la ley. Se consuma por la exclusiva voluntad de los cónyuges, que convienen en vivir separados, o de uno de los cónyuges, que abandona al otro. Situación carente de legalidad, puesto que la ley impone a los esposos la cohabitación.

CAPITULO II

2. MARCO CONCEPTUAL.

2.1. MATRIMONIO. Vocablo que tiene su etimología en las voces latinas *matris* y *munium*, que unidas significan oficio de madre. El Diccionario de la Lengua define el matrimonio como la unión de por vida, mediante la celebración de determinados ritos legales. (11)

2.2. DIVORCIO. Acción y efecto de divorciar o divorciarse, de separar un juez competente, por sentencia legal, a personas unidas en matrimonio, separación que puede ser con disolución del vínculo, o bien manteniéndolo pero haciendo que se interrumpa la cohabitación y el lecho. (12)

2.3. CONSENTIMIENTO. Acción y efecto de consentir. En cuanto al matrimonio, es la manifestación de la voluntad de los contrayentes, imprescindible para la validez de las nupcias, sean civiles o sacramentales. (13)

2.4. VÍNCULO. Lazo o nexo, como el vínculo matrimonial entre los casados, que repercute también en los demás. (14)

(11) Ossorio Manuel "Diccionario de Cs. Políticas y Jurídicas", pág.45

(12) Ibidem, pág. 26

(13) Ibidem, pág. 784

(14) Ibidem, pág. 794

2.5. DISOLUCIÓN. Acción o efecto de disolver. Separación desunión. Destrucción de un vínculo. Término de una relación contractual, especialmente cuando no se da cumplimiento del fin o del plazo. (15)

2.6. MUTUO DISENSO. Conformidad de las partes para dejar sin efecto lo por ellas convenido, en forma total, antes del cumplimiento o para lo sucesivo. En el primer supuesto constituye un desistimiento, en el segundo una rescisión. (16)

3. MARCO TEÓRICO Y DOCTRINAL.

3.1. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

Toda persona física, considerada sujeto jurídico, además de la posibilidad de adquirir derechos de toda especie durante su vida, lleva consigo desde el origen de manera inseparable, algunos derechos que, precisamente por ello, se llaman "esenciales" de la persona o derechos de la personalidad, derechos que no tienen otro presupuesto que la existencia de la persona.

Se puede perder durante la vida la riqueza en que se ha nacido, o adquirirla si no se la tuvo al nacer; estos derechos son por tanto, puramente eventuales. Pero no hay nadie que nazca o viva sin ser investido por estos

(15) Ossorio Manuel "Diccionario de Cs. Políticas y Jurídicas", pág. 258

(16) Ibidem, pág. 475

considerados esenciales.

3.1.1. CARACTERES DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

Respecto de todos los demás derechos, son la necesidad y la inadmisibilidad, los que caracterizan y los distinguen entre los mismos derechos personales y los elevan por encima de los llamados derechos del Estado. (Esto es, dependientes de un estado personal del sujeto: ciudadanía, familia, etc., derechos también personales, pero no necesarios ni inadmisibles). (17)

La **necesariedad** importa que no pueden faltar al origen (mientras que puedan faltar todos los demás derechos) y la **inadmisibilidad**, consecuencia de la necesidad, que no pueden ser, no solo enajenados, sino que ni siquiera perdidos, mientras vive la persona. Con estos caracteres los derechos de la personalidad emergen como derechos naturales o innatos, que, el ordenamiento jurídico, no hace más que reconocer, no pudiendo negar o desconocer la eficacia de los mismos.

3.1.2. ESTRUCTURA Y TUTELA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

(17) Mazzeaud Henry Leon & Jean "Lecciones de Derecho Civil Vol. IV", pág.3

Dada la íntima dependencia de los derechos de la personalidad con la naturaleza misma del ser humano, es imposible individualizar su "objeto", fuera de la persona misma que es el "sujeto", titular de ellos.

(18)

Así el objeto del derecho de libertad personal, no es más que la persona misma del sujeto libre.

Pero ésta identificación del sujeto y del objeto no convence a gran parte de los juristas, que no ven, como, siendo el sujeto y el objeto distintos, puedan ser un mismo ente. En este sentido es prudente señalar con mayor precisión, que el sujeto es la persona humana en sentido integral, el "yo" personal, mientras

resulta compuesto en ésta vida. En conclusión diremos, que, algunos han discutido y discuten que se pueda hablar de derechos de la personalidad, y la objeción fundamental sería que, la personalidad es el presupuesto de todo derecho y no puede ser un derecho ella misma. Pero el equívoco es evidente, ya que negar el carácter de derecho de la persona misma, no implica impedimento para admitir derechos cuyo objeto se contemple en un bien personal. Otros han dicho con frase intencionalmente genérica, en forma que lo salve todo sin precisar nada, que el objeto de estos derechos es un interés de la persona, y otros, por último, han tratado de rastrear ese objeto en un bien

(18) Mazzeaud Henry Leon & Jean "Lecciones de Derecho Civil Vol. IV", pág.4

distinto de la persona, aunque personal, como la vida, la voluntad, la integridad física, etc.

3.2. LA VOLUNTAD.

En términos generales, la voluntad es la actitud o disposición moral para querer algo. Es la intención decidida de hacer o no hacer. En los actos jurídicos unilaterales, se habla propiamente de "**voluntad**", mientras que en los actos jurídicos bilaterales ésta toma el nombre de "**consentimiento**", que es el acuerdo de las voluntades de dos o más personas dirigido a lograr un resultado jurídico.

En cuanto a los requisitos de la voluntad podríamos enunciar los siguientes:

a) Para que la voluntad sea considerada por el Derecho, es preciso que sea seria y que se exteriorice o manifieste; la voluntad es seria cuando se emite por persona capaz y con el propósito de crear un vínculo jurídico; es decir, en el sentido de perseguir efectivamente un fin reconocido o tutelado por el Derecho.

b) Debe existir manifestación externa; mientras permanece en el fuero interno del individuo, mientras no trasciende su persona, la voluntad resulta indiferente para el Derecho. Para que se la considere, debe proyectarse externamente.

3.2.1. TEORÍAS DE LA VOLUNTAD.

Producidas las divergencias apuntadas, tres han sido las teorías que han contestado el cuestionamiento anteriormente planteado:

3.2.1.1. TEORÍA CLÁSICA.

Entiende que se debe estar a la voluntad real o interna, sobre la declarada o efectivamente prestada. Su principal expositor, Savigny, seguido por Windscheid y en la moderna corriente por Stolfi (Teoría del negocio jurídico), protege el elemento subjetivo, querer interno o intención y se relaciona conceptualmente con los principios del individualismo y del liberalismo. (19)

3.2.1.2. TEORÍA MODERNA DE LA DECLARACIÓN.

Afirma que debe prevalecer la voluntad, que en definitiva ha sido declarada. Da preeminencia al elemento objetivo, lo declarado, que debe ser interpretado como lo harían dos personas razonables, prescindiendo de las partes. (20)

3.2.1.3. TEORÍA ARMONICA O MIXTA.

Sostiene como regla general que debe prevalecer la

(19) Zago Jorge Alberto "El consentimiento en los contratos" pág.36

(20) Ibidem, pág.36

voluntad interna real y efectiva de las partes pero que excepcionalmente debe estarse a lo declarado. (21)

3.2.2. LÍMITES DE LA VOLUNTAD.

El concurso de la voluntad, necesaria para todo acto jurídico, y que está presente en la relación jurídica, se ha entendido según la doctrina clásica, como el acuerdo de las libres voluntades de los suscribientes.

La concepción de la voluntad soberana ha sido sostenida por la Escuela del Derecho Natural, y por los filósofos del siglo XVIII, y ha sido exaltada por los partidarios del individualismo liberal del siglo XIX, quienes afirman que todo ser nace libre y solo pierde esa libertad por las restricciones que él mismo sujeto voluntariamente se impone, restricciones que pueden surgir voluntariamente cuando se asumen

obligaciones, o bien porque la ley las imponga, con la finalidad de precautelar derechos y restituir el debido orden. (22)

Las partes son libres para celebrar o no un acto jurídico, y al celebrarlo obran libremente sobre un pie de igualdad, poniéndose de acuerdo unos con otros, fijando los términos del contrato, determinando su objeto sin más limitación que el orden público.

(21) Zago Jorge Alberto "El consentimiento en los contratos", pág. 36

(22) Chavez Ascencio Manuel "Convenios conyugales y familiares", pág.31

El principio de plena libertad, fue severamente criticado, al señalar que la libertad nunca está completa y que tampoco los individuos se encuentran en un plano de igualdad. En la relación laboral por ejemplo el trabajador se encuentra en condiciones de inferioridad respecto del patrón, y además quien tiene urgencia de contratar aceptará las condiciones que el otro le exija.

La autonomía de la voluntad en sus efectos, se ha neutralizado al fijarse límites tanto en protección de los mismos particulares como de los intereses sociales.

En algunas legislaciones, la regulación familiar se considera de derecho público, por constituir aquella, la base de la integración de la sociedad.

La doctrina orientadora de la materia a tratar, sustituye el principio fundamental de la autonomía,

por una norma menos metafísica e individualista, cuál es la sujeción de la actividad humana a los imperativos ineludibles de interdependencia y solidaridad social, creados por la división del trabajo y comunidad de necesidades. Se desea que la fecunda iniciativa individual no se detenga frente al egoísmo de los contratos o convenciones solemnes, y que la equidad base esencial del derecho, prepondere sobre el inflexible texto de la ley, a cuyo efecto se reconoció que producen consecuencias jurídicas los convenios conyugales aunque estos no llenen las formalidades legales exigidas. (23)

Así los límites de la voluntad pueden provenir de normas de orden público que buscan el bien común del país y los principios de justicia considerados como esenciales, o de aquellas que buscan el bien de una parte considerable de la sociedad como son las normas de interés social.

Están también dentro del derecho positivo, las normas prohibitivas que con la generalidad propia del Derecho, se refieren a conductas concretas que se prohíben realizar en beneficio de la armonía que debe haber en la relación interpersonal y jurídica para lograr el bien común.

Por otra parte se encuentran las buenas costumbres, que hacen referencia a los hábitos sociales de una comunidad en un tiempo y lugar determinados, que son instrumentos que la propia sociedad se otorga para lograr la armonía entre sus miembros.

Adicionalmente están los límites que los sujetos se imponen al celebrar un acto jurídico, al asumir deberes u obligaciones, o bien al quedar dentro de la relación jurídica surgida por un hecho jurídico. Esta relación es concreta, y aun cuando está siempre

(23) Chavez Ascencio Manuel "Convenios conyugales y familiares", pág.32

presente la obligación de respetar los derechos de los demás, éste límite a la voluntad opera entre sujetos claramente individualizados en la relación jurídica.

a) Orden público, es un concepto difícil de precisar. Este no se confunde con la ley, ésta puede o no ser de orden público sin dejar de ser una norma jurídica promulgada por la autoridad competente. Es decir, el orden público califica a ciertas leyes y les da un rango superior.

El concepto de orden público puede contemplarse desde dos puntos de vista. Desde uno significa un conjunto de normas que contienen principios y axiomas de organización social que todos reconocen y admiten como necesarios para la estabilidad y desarrollo de un país. El orden público se refiere a la cultura jurídica de una comunidad determinada, incluyendo sus tradiciones, ideales, e incluso normas y mitos sobre su derecho e historia institucional. Si cabe una amplia metáfora podría decirse que el orden público designa la idiosincrasia jurídica de un derecho en particular.

El orden público se constituye con los ideales y los principios fundamentales sobre los cuales reposa la integración social, Estos principios fundamentales, son de diversa índole, así podemos encontrar ideales o principios sociales, políticos culturales, morales, económicos y religiosos cuya conservación y promoción en el Derecho se ha considerado necesario mediante la incorporación en la norma. (24)

Así el orden público se puede calificar según sean los ideales sociales que se incorporen en la norma.

De esta manera se puede señalar que existe un orden público familiar, porque el Derecho de Familia incorpora en sus normas ideales morales religiosos, y culturales como son las tradiciones propias del núcleo social, que hacen a los institutos o vínculos emergentes del matrimonio necesarios para el desarrollo.

Desde otro punto de vista, el orden público funciona como un límite, por medio del cual se restringe la facultad de las personas en relación de ciertos actos. Es decir, desde éste punto de vista, se considera un conjunto de normas en instituciones, que no pueden ser alteradas, ni siquiera por la voluntad de los individuos, porque la autonomía de la voluntad está limitada.

Es de observarse que, el orden público en general, y el familiar en particular, ordena mas no impide, el ejercicio de la voluntad. Así en todo ordenamiento jurídico están en juego la libertad y

(24) Chavez Ascencio Manuel "Convenios conyugales y familiares", pág.34

la voluntad de los sujetos de la relación jurídica, sea ésta de Derecho privado o público. No hay norma que se pueda calificar de jurídica si impide la libertad y el ejercicio de la voluntad de las personas, pueden haber normas supletorias de la voluntad de los individuos en las cuales la voluntad impera fundamentalmente, pero pueden haber otras en las cuales el orden público exija una limitación en los efectos jurídicos del ejercicio de la voluntad.

Para identificar el orden público se requiere precisar los intereses nacionales que exigen se califique una norma de esa manera, que no puede estar constituida, por una suma de intereses meramente privados.

Este concepto es variable, por ello la doctrina manifiesta que la estimación del orden público en principio corresponde al legislador al dictar una ley, no es ajeno a la función de los juzgadores apreciar su existencia en los casos concretos en los que se someta para su resolución. Resulta pues indudable que los jueces, en casos determinados,

puedan estimar y calificar el orden público con relación a una ley.

Como elementos útiles para estimar el orden público están: el interés nacional, los principios de justicia considerados como esenciales, las necesidades del Estado respetando siempre el interés común, las necesidades económico sociales para satisfacer las necesidades de la mayoría, y los derechos fundamentales de la persona. (25)

b) Interés social, también, está presente en el Derecho de Familia, éste es un concepto distinto del orden público, aquí hacemos referencia a que, debe considerarse la efectividad del derecho en su contenido pleno, tomándose en cuenta la incidencia e importancia respecto de la sociedad. Es decir que ante la posibilidad de omisión o renuncia, no se afecten o perjudiquen derechos de terceros.

A diferencia, de las disposiciones contenidas en una norma de orden privado, las normas consideradas de interés social, no son renunciables ni directamente ni indirectamente. El interés público o social es un conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad, y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado. (26)

El interés hace referencia a un grupo social determinado que requiere de especial protección legal, quedando claramente separados los conceptos,

que son dos y se refieren a situaciones distintas, así lo ha resuelto la doctrina, al señalar que no

(25) Chavez Ascencio Manuel "Convenios conyugales y familiares", pág.36

(26) Ibidem, pág.37

basta que el acto se funde formalmente en una ley de interés público, o que en forma expresa o implícita pretenda perseguir una finalidad de interés social, sino que es menester que las autoridades o terceros perjudicados aporten al ánimo del juzgador elementos de convicción suficientes para que pueda razonablemente estimarse como tal.

También se menciona de forma casi análoga, la expresión utilidad pública, usada frecuentemente en el fundamento de la normativa, para significar lo mismo que se desea expresar con el concepto interés social. En este entendido y para una comprensión menos ambigua se señala a la expropiación como un ejemplo al expresar en la misma, que actos se consideran de utilidad pública.

Ahora bien, refiriéndonos más propiamente al Derecho de Familia, debemos señalar que existen grupos que requieren de especial atención, como son los cónyuges y las familias y en estas especialmente los menores, y por ello podrá afirmarse que en ésta materia del Derecho, pueda estar presente también el principio de interés social, interés social que deberá ser definido a partir de dos parámetros, el primero considerando

la vigencia y permanencia plena de la familia en cuanto al cumplimiento pleno de los fines que persigue esta institución, y por otro lado, la consideración en cuanto a aquellas familias en las cuales los cónyuges al no existir intencionalidad en cuanto a la vigencia del vínculo legal matrimonial, optan por el divorcio, de la consideración de ambos casos podremos colegir que fuera de considerarse como fin primario la estabilidad de la familia como núcleo social, también es preponderante la consideración de su extinción, puesto que nada ofrece a la sociedad un vínculo en el cual los valores generadores se han extinguido.

c) Leyes prohibitivas, es prudente también mencionar la existencia de normativa, que restringe en cierta medida la voluntad, pero no por el concepto de simple prohibición, sino contemplando los dos elementos anteriormente citados, a fin de evitar conductas que pudieren alterar o dañar el orden debido dentro de la sociedad.

Ahora bien es oportuno mencionar, que si bien la norma prohíbe determinadas conductas precautelando el interés general, en algunas ocasiones las omisiones de ésta, prohíbe también que se asuman medidas procesales pero no por considerarlas lesivas sino simplemente por no estar definidos dichos extremos respecto de su aplicación, por ejemplo en materia familiar, no existe una prohibición específica en cuanto a la adopción de

anunciar causales distintas de las conocidas, pero dicha situación prohíbe por ejemplo plantear o formalizar la misma por consentimiento de ambas partes, al no encontrarse positivada y regulada dicha posibilidad.

3.3. EL CONSENTIMIENTO COMO DECLARACIÓN DE VOLUNTAD.

Etimológicamente podemos decir que la expresión consentimiento deriva del latín *consensus*, que proviene a su vez de *cum* y *sentiré*, lo cual supone en consecuencia, **el acuerdo de dos o más voluntades sobre un mismo punto.** Así el consentimiento de las partes es inherente a la existencia misma del vínculo jurídico, pues mediante la declaración de una voluntad común se busca el nacimiento de una relación que regule, de determinada forma ciertos derechos. Según Salvat, "**la voluntad de cada una de ellas es un acto unilateral, pero el consentimiento, representando el concurso o la unión de esas voluntades individuales es ya un acto bilateral.**" (27)

Así las manifestaciones provenientes de una, deben estar dirigidas a la otra por eso se denominan también **recepticias**, debiendo ser intercambiadas entre sí, a los fines del mutuo consentimiento necesario.

Ahora bien, en cuanto a qué debe entenderse por consentimiento, la doctrina se encuentra dividida.

(27) Zago Jorge "El consentimiento en los contratos", pág.33

- a) Para algunos, el consentimiento siempre representa un acto bilateral, consistente en el acuerdo de la voluntad de las partes.

- b) Para otros, es un hecho individual que se traduce en la adhesión respectiva que resulta de la pretensión de una de las partes respecto de la aceptación de la otra.

- c) Finalmente una tercera posición conciliatoria asigna al término una doble significación. En un sentido etimológico expresa el acuerdo de voluntades de las partes. En una acepción más restringida designa la conformidad o adhesión de cada una de las partes a las condiciones emergentes del vínculo jurídico.

Hay por otra parte, quienes opinan ante esta triple interpretación, que la segunda de las opiniones es más acertada conforme a las disposiciones de nuestra normativa civil, es decir, aquella que le asigna un carácter unilateral, la que ve en el consentimiento la conformidad de cada una de las partes.

Debemos manifestar también, que el acuerdo sobre una declaración de voluntad común requiere algo más que el intercambio de las diferentes manifestaciones de la voluntad, pues precisa un resultado, que, no es otra cosa, que la integración recíproca de esas voluntades mediante un vínculo jurídico unitario. Así en este entendido Ruggiero manifiesta que: **"el consentimiento, es el acuerdo de dos declaraciones de la voluntad, que partiendo de dos sujetos diversos, se dirigen a un fin común"**. (28)

3.4. CAPACIDAD JURÍDICA.

La capacidad en sentido propio, también denominada capacidad jurídica, es un predicado lógico directo e inmediato, de la personalidad.

Todo ser humano u organización considerado por el Derecho persona, es potencialmente sujeto de relaciones jurídicas, como titular de derechos u obligaciones. Tal potencialidad es la capacidad jurídica. Para el derecho existe una cuasi identidad entre personalidad y capacidad jurídica, cuya diferenciación es un problema de perspectiva.

La capacidad de obrar, en cambio se refiere al atributo de la persona más esencial para el derecho: **La voluntad**, si la voluntad está en el origen del derecho subjetivo y resulta vinculada por la obligación, la persona ha de tener capacidad de querer, o lo que es lo mismo; capacidad de obrar; puesto que no se obra como persona si no es mediante la voluntad.

Las situaciones de carencia de voluntad, o las limitaciones de la voluntad, hacen necesario el concepto de capacidad de obrar, el cual incide en general en la validez de las relaciones jurídicas.

(28) Zago Jorge "El consentimiento en los contratos", pág. 35

3.5. TEORÍA DE LOS ACTOS JURÍDICOS.

3.5.1. Concepto de acto jurídico. El más tradicional aceptado de forma general, es aquel que alude al él como la *manifestación de voluntad que se hace con la intención de obtener un efecto jurídico, que puede ser, crear, modificar, transferir, transmitir o extinguir un derecho.*

Por su parte los tratadistas chilenos Alessandri, Somarriva y Vodanovic, definen al acto jurídico como *"la declaración de voluntad de una o más partes dirigida a un fin práctico, reconocido y protegido por el derecho objetivo"*.

A lo que complementan manifestando que: *"la declaración o declaraciones de voluntad de uno o más sujetos que, dentro de los límites señalados a la autonomía privada, regulan por sí mismos, en forma vinculante y preceptiva, sus propios intereses jurídicos."*

Así emitida la definición por los tres autores mencionados, los mismos, enumeran como características del acto jurídico a las siguientes:

- El acto jurídico es una declaración o un conjunto de declaraciones de voluntad;
- la voluntad de los declarantes persigue un fin práctico lícito;
- éste fin práctico se traduce en efectos jurídicos, que se atribuyen o reconocen por el ordenamiento jurídico a la voluntad de los declarantes;

- con el acto jurídico, los sujetos regulan sus propios intereses;
- ésta regulación es preceptiva, o sea, impone normas de autonomía privada; y
- las declaraciones que envuelven los actos jurídicos son vinculantes, comprometen, o, auto obligan a los que las emiten.

3.5.2. HECHOS Y ACTOS JURIDÍCOS.

Para comprender la naturaleza del acto jurídico, debemos considerar en primer lugar a los hechos, y especialmente, a los hechos jurídicos. Los hechos pueden tener su origen en la naturaleza o en el hombre, y en uno u otro caso, pueden producir efectos jurídicos. Si los producen, estamos ante hechos jurídicos, caso contrario, estamos simplemente ante hechos materiales. Hecho jurídico, por tanto, se define como todo ***suceso de la naturaleza o del hombre que origina efectos jurídicos.***

Estos efectos pueden ser: la creación, modificación, transmisión o extinción de un derecho. Hecho material es todo suceso de la naturaleza o del hombre que no produce efectos jurídicos. A su vez, los hechos jurídicos se clasifican en:

Hechos jurídicos propiamente tales: son los hechos de la naturaleza que originan efectos jurídicos. Por ejemplo: el nacimiento (marca el comienzo de la

personalidad); la muerte (marca el fin de la personalidad y pone en marcha la sucesión por causa de muerte); el transcurso del tiempo (permite adquirir derechos mediante la prescripción adquisitiva o extingue acciones mediante la prescripción extintiva; muta la condición jurídica de las personas naturales, que de infantes se transforman en impúberes, después en menores adultos y finalmente en mayores de edad).

Hechos jurídicos voluntarios: son aquellos **realizados con la intención de producir efectos jurídicos;** son los **actos jurídicos,** los que podemos definir como **actos voluntarios realizados por el hombre con la intención de crear, modificar, transferir, transmitir, o extinguir derechos.** Así, por ejemplo, creará derechos el contrato de compraventa; modificará derechos la reprogramación de un crédito; transferirá derechos la tradición; transmitirá derechos el testamento y extinguirá derechos el pago.

3.6. ACTO JURÍDICO MATRIMONIAL.

Debe tenerse en cuenta que la regulación de la unión matrimonial, se logra a través de un acto jurídico voluntario y lícito que tiene por fin inmediato el establecimiento de relaciones jurídicas conyugales. Este, es el acto constitutivo en el cual deben coexistir las condiciones exigidas a las personas de los contrayentes, al consentimiento y a las demás solemnidades que establece la ley para garantizar la regularidad del acto y el control de legalidad.

La relación jurídica concierne entonces, al desenvolvimiento de los vínculos creados por el acto jurídico matrimonial y se traduce en deberes y derechos interdependientes y recíprocos entre los cónyuges. El derecho se ocupa de regular, tanto las condiciones de existencia y validez del acto jurídico matrimonial, cuanto las relaciones conyugales y familiares que dicho acto determina.

Así claramente podemos manifestar, que, el matrimonio como acto jurídico se desenvuelve en la teoría del acto jurídico familiar con sus caracteres específicos y también con las connotaciones que la teoría general del acto jurídico aporta para su consideración.

Como acto jurídico, como acto humano y voluntario el matrimonio es un acto **libre** y **personalísimo** de los contrayentes ya que el consentimiento de ambos asume condición de existencia del acto conforme las estipulaciones de regulación pertinente.

3.7. TESIS DIVORCISTA.

Considera que la vida presenta situaciones dolorosas, ante las cuales el legislador, no puede permanecer insensible, dichas situaciones o circunstancias suelen transformar a los cónyuges en enemigos, en este entendido se considera cruel mantener unidos a dos seres que han perdido cualquier intencionalidad de relacionamiento.

Por ende, la sociedad no puede tener interés en la permanencia de uniones desdichadas, que no constituyen aliciente alguno para la institución del matrimonio y por el contrario generan una mala opinión de él, no pudiendo tampoco alegarse para evitar el divorcio, la situación de los hijos, puesto que no puede educarse a éstos en un hogar en el cual los más nobles principios han quedado olvidados.

3.8. TESIS ANTIDIVORCISTA.

Plantea, que la legislación general contemporánea, no ha bastado para perder la convicción de la negatividad que representa el divorcio. En este sentido considera, que la primera objeción que debe hacerse al problema del divorcio, es que el divorcio engendra divorcio, es decir cuando dos personas saben que han de unir sus destinos hasta la muerte sea cual sea la contingencia y problema que deban enfrentar, estarán armados psicológicamente para luchar contra las dificultades inevitables del matrimonio, los conflictos serán entonces menos agudos, y existirá un mayor espíritu de tolerancia.

Pero si, por el contrario existe la posibilidad del divorcio, ¿por qué tolerar dichas eventualidades?

Por ello ésta tesis considera, que, en países donde se aprueba sin limitaciones el divorcio, los jóvenes se casan desaprensivamente, pues carecen de la noción de la responsabilidad que asumen, pues saben que si se equivocan podrán remediarlo. Contraen simplemente un matrimonio de ensayo convirtiéndose en autoanalistas de su propia felicidad, y desde que encuentran que la realidad no

responde a sus esperanzas, el divorcio está planteado como alternativa habitualmente recurrente.

CAPITULO III

4. MARCO JURIDÍCO

4.1. LEGISLACIÓN COMPARADA.

4.1.1. REGULACIÓN DEL DIVORCIO EN CHILE

En Chile tanto el matrimonio como el divorcio están regulados por el Código Civil y por la Ley Nro. 19947 de Matrimonio Civil, complementada dicha regulación

por la Ley Nro.20286 que introdujo modificaciones para una aplicación de la normativa procedimental más efectiva en los tribunales familiares.

Ahora bien, respecto de nuestro tema específico, debemos señalar que, en lo que corresponde a las causales de divorcio se distinguen las mismas en dos grupos de causales:

a) *El cese de la convivencia:* Siendo requisito que los cónyuges no hagan vida en común.

En este caso pueden estar ambos de acuerdo con el divorcio o sólo uno de ellos puede plantearlo.

Si ambos estuvieren de acuerdo pueden solicitarlo transcurrido al menos un año del término de la vida en pareja debiendo acompañar a su demanda un acuerdo que regule sus relaciones mutuas, las concernientes a sus hijos y a la ganancialidad existente cuando la hubiere.

Cuando sólo uno de los cónyuges está de acuerdo deben haber transcurrido al menos tres años desde el cese de la convivencia en pareja, lo que debe probarse en juicio. Como no hay acuerdo, lo relativo a sus relaciones mutuas, a sus hijos y bienes será regulado en el juicio.

b) *Las conductas que infrinjan gravemente los deberes y obligaciones propias del matrimonio, o los deberes y obligaciones que se tienen respecto de los hijos o*

aquellas conductas que hagan intolerable la vida en común. Por ejemplo:

- Maltrato físico o psicológico, grave y reiterado, hacia su pareja o los hijos.
- Atentado contra la vida de su cónyuge o hijos.
- El incumplimiento grave y reiterado de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad. Como por ejemplo, el abandono reiterado del hogar.
- Conducta homosexual de uno de los cónyuges.
- Alcoholismo o drogadicción que impida gravemente la convivencia.

Tratándose de éste grupo de causales, el divorcio lo puede solicitar el cónyuge afectado sin necesidad de esperar un año o tres.

Ahora bien, es oportuno mencionar con respecto a las causales correspondientes al primer grupo, que el divorcio en cuanto a la acción apertura la posibilidad del mutuo acuerdo, mismo que supone la presentación de un documento en el que los cónyuges han regulado sus relaciones mutuas, las relativas a sus hijos y a los bienes. Con ello, la regulación de estos temas tan importantes proviene de los mismos cónyuges y no de un tercero; y en todo caso la existencia del tercero está dada por la autoridad judicial, quien debe aprobar el convenio suscrito por los cónyuges. Este acuerdo

eventualmente, puede agilizar el divorcio, y se puede solicitar sólo después de un año del término de la vida en pareja.

Otro factor interesante a considerar, es que se eliminó el trámite conocido como de consulta, que es aquella revisión que realiza la Corte de Apelaciones, de la sentencia de divorcio en cuanto a la legalidad del mismo. Al eliminar este trámite, tanto para divorcio unilateral, como para el de común acuerdo, se pretende evitar la carga procesal innecesaria, pues el procedimiento sólo se va a verificar en el Juzgado de Familia, sin que sea necesaria la intervención de un tribunal superior.

4.1.2. REGULACIÓN DEL DIVORCIO EN MEXICO D.F.

La nueva regulación del divorcio en el Distrito Federal permite a los residentes de la capital de México disolver su matrimonio en diez días y sin que el solicitante tenga que explicar sus motivos.

La ley aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF) elimina la obligatoriedad que representaba recurrir a cualquiera de las 21 causales de divorcio existentes hasta ahora y dispone que uno de los cónyuges podrá pedir la separación legal de forma unilateral sin argumentarla, siempre que haya transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

Quien quiera obtener el divorcio debe presentar ante

el juez una solicitud y no una demanda, como antes, acompañada la misma de una propuesta para la separación de bienes y, en caso de que hubiera hijos determinarse cualquier controversia sobre la custodia.

La pareja recibe comunicación para explorar la posibilidad de reconciliación, y si la respuesta es negativa, el juez tendrá diez días para declarar legalmente disuelto el matrimonio.

Anteriormente, el proceso se alargaba varios meses, ya que las llamadas eran tres, separadas por un plazo entre sí.

La custodia de los hijos y la repartición de bienes habrán de resolverse en un juicio civil independiente. En cuanto a la pensión alimentaria que un cónyuge podría estar obligado a pasar al otro, se dictaminará en función de la edad y a la dedicación pasada y futura de la familia.

Cada uno de los 32 estados federados mexicanos tiene su propio código civil y los requisitos para el divorcio pueden diferir.

4.1.3. REGULACIÓN DEL DIVORCIO EN ESPAÑA.

La Ley 15/2005, permite el acceso directo al divorcio.

Si antes de esta ley había que probar la separación de hecho o terminar discutiendo sobre las dificultades de la convivencia o la violación grave y reiterada de los

deberes conyugales, para subsumir la conducta a alguna de las causales definidas, ahora nada hay que alegar ni probar.

Basta con pedir el divorcio pasados tres meses desde el matrimonio.

No obstante, cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad del cónyuge demandante o de los hijos de ambos, se obliga que la pretensión siga la vía probatoria o contenciosa.

Es importante referir que incorporada que fuere la causal de mutuo acuerdo, es la más recurrida a efecto de la formalización de la acción, en la cual los cónyuges pueden actuar conjuntamente con el consentimiento del otro o por separado.

Admitida la demanda, el juzgado dicta sentencia disolviendo el vínculo y aprobando las medidas, después de ratificar el contenido del convenio que se pudiere presentar y de constatar que no es perjudicial, para ninguna de las partes, considerándose dentro de ellas, también a los hijos.

Estando vigente paralelamente el divorcio contencioso, en virtud a ser el más largo y costoso respecto de su tramitación, es el menos recurrido pero aún usado en virtud de las particularidades que los casos puedan presentar.

Aunque el cónyuge demandado no pueda oponerse al divorcio, sí puede discutir las disposiciones en relación a los hijos y pensiones siendo en definitiva el juez quien decide e impone las medidas que estime más convenientes, en atención a las circunstancias de la familia, primando el interés y beneficio de los hijos.

4.2. ANÁLISIS DE NORMATIVA VIGENTE

4.2.1. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

Art.-1 (POTESTAD JUDICIAL)

I . Los jueces y tribunales de justicia substanciarán y resolverán, de acuerdo a las leyes de la República las demandas sometidas a su jurisdicción.

II. No podrán excusarse de fallar bajo pretexto de falta, obscuridad o insuficiencia de la ley, en las causas sometidas a su juzgamiento, debiendo pronunciar sentencia según la equidad que nace de las leyes, conforme las disposiciones que comprenden casos semejantes al hecho particular que ocurriere.

Art.-91 (INTERPRETACIÓN DE LA NORMAS PROCESALES)

Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procesos, es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva. En caso de duda atenderá a los principios constitucionales así como a los principios generales del derecho.

Art.-193 (FALTA DE LEY EXPRESA)

El Juez no podrá dejar de fallar en el fondo de las causas sometidas a su juzgamiento, bajo pretexto de falta, obscuridad o insuficiencia de la ley, ni salvar los derechos de los litigantes para otro proceso. Deberá fundar su sentencia en los principios generales del Derecho, las leyes análogas, la equidad que nace del ordenamiento jurídico del Estado.

ANÁLISIS.

Como sabemos existen muchos vacios o lagunas jurídicas que requieren tutela jurídica efectiva y sobre todo inmediata, que no necesariamente deberá estar positivada, o regulada por institutos propios de la materia, puesto que en previsión y aplicación del articulado enunciado, el juzgador está facultado a un pronunciamiento efectivo respecto de la pretensión formulada, pronunciamiento que sabiamente la norma, no solamente ha restringido a la norma positiva sino, que en el cometido de una aplicación correcta en cuanto a la administración de justicia, ha aperturado la posibilidad de una interpretación mucho más amplia y objetiva para lo cual el juzgador tiene facultad para poder recurrir a institutos tan enriquecedores como son la doctrina, o simplemente analizar el fin teleológico de los principios elementales del derecho.

Sin embargo dicho extremo no ocurre, puesto que es habitual, en la materia objeto de nuestra

investigación, y más propiamente en los procesos de divorcio, que exista una interpretación restringida a la norma positiva, interpretación que en la mayoría de los casos deriva en una aplicación errónea de la norma con sus lamentables perjuicios para el mundo litigante.

Art.-52 (CAPACIDAD)

Toda persona legalmente capaz podrá intervenir en el proceso y pedir la protección judicial del Estado, ya sea directamente o mediante apoderado.

ANÁLISIS.

Conforme el artículo citado, toda persona, puede intervenir o participar en un proceso judicial, ahora bien, entendida la capacidad como la aptitud para ser titular del ejercicio de ciertos derechos, y si bien la capacidad motivada por la voluntad en materia jurídica está destinada a la creación de vínculos jurídicos, **¿no se podría entender dicha capacidad, y por ende dicha voluntad como suficiente para extinguirlos?**

Art.-89 (CONCENTRACIÓN)

Los actos procesales deberán realizarse sin demora, procurándose abreviar los plazos y concentrar en un mismo acto o audiencia todas las diligencias que fueren menester.

Art.-314 (CONCLUSIÓN DEL LITIGIO)

Todo litigio podrá terminar por transacción de las partes, de acuerdo a las condiciones y requisitos establecidos en el Código Civil.

Art.-316 (PROCESO ORDINARIO)

Todo asunto contencioso, que no esté sometido a trámite especial se sustanciará y resolverá en proceso ordinario.

**Art.-354 (CALIFICACIÓN DEL PROCESO EN ORDINARIO DE
HECHO O DE DERECHO)**

I. *Con el escrito de la contestación a la demanda o a la reconvencción en su caso, o en rebeldía, el juez abrirá plazo de prueba siempre que se hubieren alegado hechos contradictorios que debieran ser probados.*

II. *Si resultare de puro derecho se correrán nuevos traslados por su orden, los cuales deberán ser contestados dentro del plazo de diez días, a menos que fueren renunciados por las partes.*

III. *Cumplidos estos requisitos, el procesó quedará concluido debiendo decretarse autos para sentencia.*

Art.-370 (APERTURA DEL TÉRMINO DE PRUEBA)

Siempre que hubieren hechos por probar, pero sin conformidad entre las partes, el juez aunque ellas no lo pidieren, abrirá un periodo de prueba no menor de

diez días ni mayor de cincuenta, según el proceso del que se trate. Este auto será inapelable.

Art.-373 (MEDIOS PROBATORIOS EN GENERAL)

Todos los medios legales así como los moralmente legítimos aunque no especificados en éste Código, serán hábiles para probar la verdad de los hechos en que se fundare la acción o la defensa.

Art.-374 (MEDIOS LEGALES DE PRUEBA)

Son medios legales de prueba:

- 1) Los documentos*
- 2) La confesión*
- 3) La inspección judicial*
- 4) El peritaje*
- 5) La testificación*
- 6) Las presunciones*

Art.-399 (DOCUMENTO AUTÉNTICO)

I. *Todo documento público se considera auténtico mientras no se demuestre lo contrario.*

II. *También se considerará auténtico un documento privado en los casos siguientes:*

- 1)** *Cuando se lo hubiere reconocido judicialmente en forma expresa o declarado como tal por el juez.*

2) Cuando habiendo sido negada la firma se lo declarare auténtico por resolución judicial ejecutoriada.

3) Cuando hubiera sido inscrito con las formalidades legales del caso en el registro público a pedido de la parte contra quien se opusiere.

4) Cuando hubiere sido presentado en el proceso afirmándose estar suscrito o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opusiere, y no fuere tachado de falso oportunamente.

III. La autenticidad de los libros y documentos mercantiles se regirá por lo dispuesto por el Código de Comercio.

ANÁLISIS.

Las demandas según su naturaleza, pueden ser calificadas como ordinarias de hecho o como demandas de puro derecho según lo establece el Art.-354 del Código de Procedimiento Civil. Ahora bien el Art.-387 del Código de Familia, define al proceso de divorcio en cuanto a su procedimiento, como ordinario, extremo que impide de cierta manera darle la celeridad procesal respectiva, puesto que en la habitualidad interpretativa in stricto sensu normalmente recurrente por las autoridades judiciales, se dilata el proceso, muchas veces por la innecesaria apertura del término probatorio en el máximo señalado y por otros actuados procesales que carecen de relevancia dadas las características del proceso.

Claramente el parágrafo I del Código de Procedimiento Civil, señala como requisito **sine-quantum** para la calificación de los procesos como ordinarios de hecho, **la existencia de alegación de hechos contradictorios que debieren de ser probados.** ¿ Pero qué ocurre en aquellos procesos que al ser ordinarios simplemente por la cualificación que le da la norma en cuanto a tales, en los cuales no existen hechos contradictorios por probar en virtud a existir respuesta afirmativa a la demanda y cumplir de forma previa por así decirlo con toda la prueba suficiente a efecto de acreditar la pretensión formulada, máxime cuando se trate de prueba documental que cumpla plenamente con los requisitos exigidos por el Código Civil ?

La respuesta es clara, puesto que independientemente de existir los elementos anteriormente mencionados las autoridades judiciales en una automatización burocrática a la que no ha escapado el sistema judicial, optan en la mayoría de los casos en seguir la línea procesal estricta que la norma indica, sin considerar la peculiaridad que cada caso de divorcio pueda presentar. Así es habitual que sin considerar la manifestación plena de las partes en cuanto a la extinción del vínculo jurídico conyugal, habiendo definido ellas mismas cualquier controversia emergente de dicha disolución; que las autoridades judiciales dilaten innecesariamente los procesos, muchas veces solamente para recepcionar pruebas testificales que respecto de las documentales no guardan la relevancia necesaria. Sin considerar que facultados que estuvieren por los Arts.-1, 91 y 193 del Código de

Procedimiento Civil, tienen toda la potestad de recurrir a institutos del derecho casi olvidados como son la doctrina o la sana crítica.

Así también es oportuno mencionar el contenido del Art.-314 del Código de Procedimiento Civil, que señala como una forma de conclusión de los procesos a la transacción, transacción que en materia familiar y más propiamente en procesos de divorcio, se da mediante la suscripción de documentos públicos que fuera de extinguir cualquier posible controversia, definen los derechos y obligaciones que les pudieren corresponder a los cónyuges, sin embargo y en consideración a los extremos anteriormente anotados, la mecanización procedimental ha hecho casi inoperante al sistema judicial familiar puesto que sin considerar que no existe proceso idéntico uno respecto de otro, se dilatan innecesariamente las causas, bajo el simple argumento de tratarse de procesos ordinarios, vulnerándose con ello principios elementales del procedimiento como son los de economía y concentración.

4.2.2. CÓDIGO DE FAMILIA.

Art.-129 (CAUSAS DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO)

El matrimonio se disuelve por la muerte o por la declaración del fallecimiento presunto de uno de los cónyuges.

También se disuelve por sentencia ejecutoriada de divorcio, en los casos expresamente determinados. La sentencia de separación de los esposos, puede convertirse en sentencia de divorcio, en la forma prevenida por el Art.-157.

Art.- 130 (ENUMERACIÓN)

El divorcio puede demandarse por las causas siguientes:

- *Adulterio o relación homosexual de cualquiera de los cónyuges.*
- *Por tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o por ser autor, cómplice o instigador del delito contra su honra o sus bienes.*
- *Por corromper uno de los cónyuges al otro o a los hijos, o por conveniencia en su corrupción o prostitución.*
- *Por sevicias, injurias graves o malos tratos de palabra o de obra que hagan intolerable la vida en común.*

Estas causales, serán apreciadas teniendo en cuenta la educación y condición del esposo agraviado.

- *Por abandono malicioso del hogar que haga uno de los cónyuges y siempre que sin justa causa no se*

haya restituido a la vida común después de seis meses de haber sido requerido judicialmente a solicitud de otro.

Cuando el esposo culpable vuelve al hogar, solo para no dejar vencer aquel término, se lo tendrá por cumplido si se produce un nuevo abandono por dos meses.

El juez debe apreciar las pruebas y admitir el divorcio sólo cuando por la gravedad de ellas resultan profundamente comprometidas la esencia misma del matrimonio, así como el interés de los hijos, si los hay y el de la sociedad.

ANÁLISIS.

Claramente de los artículos transcritos podremos colegir, que si bien nuestra normativa familiar contempla causales habituales en la mayoría de las legislaciones, las mismas en cuanto a la naturaleza de su fundamento y por ende a la prueba de las mismas, lesionan muchas veces la dignidad de las personas en virtud de las lamentables constancias de pueden llegarse a adjuntar en los respectivos cuadernos procesales, causales que mas que propender al establecimiento del orden debido, obligan a las partes a una confrontación personal interminable.

No está por demás mencionar que ante la posibilidad de no existencia de intencionalidad de confrontación entre partes a efecto de la extinción del vínculo

legal matrimonial, no existiendo antecedente normativo que regule dicha situación, indirectamente se obliga a la recurrencia de las causales vigentes a efecto de la viabilidad de la pretensión, pretensión que innecesariamente debe estar fundada en hechos muchas veces inexistentes, condicionándose a la intervención en un proceso innecesario.

CAPITULO IV

5. MARCO PRÁCTICO

5.1. CONVENIOS REGULADORES DE LAS RELACIONES CONYUGALES .

5.1.1. NATURALEZA JURÍDICA

Estos convenios tienen su fundamento, en la necesidad de solución del conflicto generado por la convivencia entre cónyuges, así estos en muchos casos, al adquirir la relación conyugal el carácter de jurídica, pretenden definir muchos aspectos, a fin de evitar la inútil confrontación legal que muchas veces representa el divorcio.

En éste entendido debe considerarse como principio previo, el hecho de que la normativa prohíbe cualquier acuerdo contrario a los fines del derecho, siendo por ende necesario que no se atente contra derechos de los cónyuges y mucho menos de los hijos menores si los hubiere.

Ahora bien, como posibilidad de convenio es prudente considerar la determinación de aspectos importantes inherentes a los derechos y obligaciones de los cónyuges, emergentes del vínculo jurídico matrimonial, por otra parte no está demás mencionar la necesidad de regulación de convenios que definan no solamente aspectos económicos, gananciales etc., sino también aquellos que puedan viabilizar la extinción del vínculo matrimonial basados en la simple voluntad y por ende intencionalidad, toda vez de la consideración de que ha sido la voluntad el elemento generador del vínculo legal; bastando para tal fin la acreditación de dicho extremo mediante la existencia de ciertos documentos que puedan cumplir con ciertas formalidades a efecto de la garantía de su eficacia.

Así por medio del convenio, está presente la autonomía de la voluntad a fin de evitar el campo conflictual por emerger, la misma que otorga a los cónyuges la facultad para resolver de la manera más acertada controversias que pudieren tratarse en el interminable procedimiento del divorcio.

5.1.2. CARACTERÍSTICAS

El convenio regulador en el caso de los procesos de divorcio, tiene las siguientes características:

a) Acto jurídico, se puede considerar como un acto jurídico propio del Derecho de Familia de carácter mixto, puesto que si bien únicamente intervienen los cónyuges como directos interesados, es la autoridad jurisdiccional la única facultada para aprobarlo y homologarlo, mediante el acto procesal correspondiente.

b) Transacción, tiene carácter de transacción, no en cuanto al estado familiar ni personal de los cónyuges; sino mas bien en cuanto a las concesiones recíprocas que se pudieren hacer, a fin de evitar o prevenir alguna controversia innecesariamente considerada durante la tramitación del proceso de divorcio, concesiones que tengan como finalidad primaria la búsqueda de solución al conflicto, siendo aconsejable para ello, la celebración de dicho acuerdo mediante escritura pública debidamente otorgada.

c) *Es un convenio modificable,* no obstante que el convenio sea aprobado por el Juez, homologado en sentencia y ejecutoriada que fuera ésta, puede ser modificado cuando cambien las circunstancias previstas en el mismo.

d) *No rescindible,* el convenio una vez aprobado por la autoridad jurisdiccional competente, no puede rescindirse por incumplimiento de alguna de las partes, ante la posibilidad de incumplimiento debería ser la autoridad jurisdiccional la que considere la posibilidad de su cumplimiento forzoso, agotando para ello las medidas y facultades con las que cuenta.

e) *Efecto de cosa juzgada,* presentado el convenio y tratándose específicamente de la voluntad anunciada en cuanto a la extinción del vínculo conyugal este adquiere calidad de cosa juzgada en cuanto al fin citado, extremo que deberá ser considerado por la autoridad, a fin de evitar de manera innecesaria la activación de los órganos jurisdiccionales.

5.1.3. EFECTOS

Respecto de los efectos del convenio entre cónyuges, estos pueden ser de dos clases: provisionales y definitivos.

Los primeros son aquellos que por la naturaleza del objeto, no pueden adquirir calidad definitiva de cosa juzgada, por ejemplo lo concerniente a la asistencia

familiar, puesto que siendo la economía y el ingreso percibido por los cónyuges un factor oscilante y nunca definitivo en cuanto a su estado, nadie puede obligar el cumplimiento de un fin, cuando éste por situaciones adversas no imputables no pueda ser cumplido, como tampoco puede permitirse, que existiendo condiciones favorables para un suministro familiar pleno se permita el suministro mínimo.

Los efectos jurídicos definitivos derivados del acuerdo de los cónyuges son aquellos que de manera absoluta, extinguen cualquier controversia a tratar, por ejemplo la intencionalidad claramente asumida en cuanto a la extinción del vínculo legal matrimonial, que en un tiempo u otro es considerado inmutable.

Ahora bien la plena obligatoriedad del convenio se obtiene desde su suscripción, puesto que el juzgador al aprobar el mismo únicamente otorga el requisito de formalidad a efecto de la validación necesaria.

El convenio por su naturaleza comprenderá la extinción de deberes y obligaciones, únicamente respecto de los cónyuges, no así respecto de los hijos, puesto que de ser así estaríamos transgrediendo principios elementales de derecho.

Como efecto proveniente de la resolución judicial se encuentra la disolución del vínculo conyugal. Así como para la existencia del matrimonio se requiere la declaración de una autoridad, también para la disolución se requiere la declaración de otra

autoridad, en este caso la judicial.

Tomando en consideración que en el convenio lo esencial es el consentimiento de quienes lo celebran, debe destacarse que el papel del Juez tiene una triple función: Control de legalidad, aprobación u homologación del convenio y su incorporación en la sentencia.

El control de la legalidad comprende el aspecto personal de los cónyuges para establecer su capacidad y comprobar la plena libertad con la que cada uno de éstos expresa su voluntad. En la práctica muchos convenios adolecen de la necesaria libertad, pues en la generalidad de los casos, el precio del divorcio es la renuncia a la custodia de los hijos, o bien la custodia de los hijos se obtiene a costa de una disminución en lo que corresponde a las sumas de asistencia familiar, estos extremos por ende se convierten en verdaderos chantajes que limitan la libertad de decisión de uno u otro de los cónyuges.

Es prudente señalar que en algunas ocasiones tanto esposo como esposa no alcanzan a comprender plenamente el significado y alcance pleno de lo que se ha definido mediante el acuerdo, por ello se debe evidenciar que la voluntad se expresó libre, sin vicios y que ambos cónyuges conocen el alcance de lo pactado, esta es una de las principales responsabilidades del Juez, quien debe consultar hasta donde sea posible, el proceso de la formación y el

grado de libertad del consentimiento expresado por cada uno de los cónyuges.

Mencionar además que el Juez no tiene facultad para proponer modificaciones al convenio ni para suplir las deficiencias de alguno de los cónyuges, sería conveniente sin embargo la sugerencia dado el caso de que involuntariamente se estuvieren vulnerando o restringiendo ciertos derechos.

Por otra parte conviene determinar el significado y el alcance de la homologación judicial del convenio que surgió del mutuo acuerdo de los cónyuges, para algunos autores el consentimiento, tiene una eficacia determinante y reviste los caracteres de un elemento esencial y autónomo, mientras que la homologación en cuanto requisito indispensable para la eficacia del convenio, desempeña un cometido de una **conditio juris** del convenio, de una confirmación constitutiva, no pudiendo la autoridad rechazarla una vez que exista aprobación implícita por la manifestación de conformidad de las partes.

Según otra opinión doctrinal, tanto el consentimiento exteriorizado en el convenio como la homologación constituyen elementos igualmente necesarios dirigidos a la instauración del estado pretendido y por lo tanto no se puede reconocer valor de fuente exclusiva a uno u otro, puesto que el acuerdo es el elemento generador y la homologación aquel acto que lo perfecciona.

5.2. DESVINCULACIÓN MATRIMONIAL CONSENTIDA

Como se ha evidenciado, las actuales causales de divorcio, vigentes en nuestro Código de Familia, han quedado insuficientes respecto de los cambios, transformación y evolución experimentados por nuestra sociedad, insuficiencia que no solamente deriva en cuanto al burocrático trámite que representa el proceso ordinario familiar, sino también en lo que respecta a la aplicación objetiva de la norma.

Se ha comprendido ya, que el desquicio del matrimonio fuera de representar un problema psicológico y social, es también un problema jurídico, por ende es prudente reiterar que en la actualidad nada gana el órgano jurisdiccional o la sociedad, exigiendo alegación pública de hechos contradictorios, en los que necesariamente se debatan hechos que atañen muchas veces a la intimidad de las personas, y por ende a la dignidad y honra de las mismas, debate que más que mitigar, ahonda el conflicto conyugal.

Si bien el proceso ordinario tiene una finalidad exclusiva, conviene manifestar que, en materia familiar el proceso contradictorio no salvaguarda la institución del matrimonio, mucho menos de la familia, por lo que sería hasta irracional pensar que las actuales causales contempladas en nuestro Código de Familia, puedan resolver o encausar la acción en el sentido de protección a derechos y garantías elementales, solamente por imponer un proceso judicial más estricto y formal.

Señalar también, que la lógica abigarrada adoptada por las

autoridades judiciales, de aplicación de la letra muerta de la ley, no solamente mutila al procedimiento en cuanto a su fin primario, sino que además genera dilaciones innecesarias que por ende también causan erogaciones económicas mayores, perjuicios todos, que emergen muchas veces de la no consideración por parte de quienes conocen los procesos de divorcio, de la intencionalidad manifestada por las partes de extinguir el vínculo jurídico matrimonial, intencionalidad que muchas veces se restringe, por el solo hecho de no corresponder la prueba testifical, con las expectativas probatorias del juzgador, siendo el efecto inmediato la emisión de la respectiva resolución que declara IMPROBADA LA DEMANDA.

En virtud a todo lo anteriormente expuesto, es oportuno proponer la incorporación de una nueva causal dentro del Código de Familia boliviano, denominada la misma como **DESVINCULACIÓN MATRIMONIAL CONSENTIDA**, la que tuviere como simple fundamento probatorio la manifestación plena de los cónyuges, para extinguir el vínculo, evitando así la titánica proeza que representa hoy enfrentar el proceso de divorcio. Para cuyo fin se sugiere el establecimiento de un procedimiento especial, que omita los pasos procedimentales habituales, y solamente se remita al análisis valorativo que pudiere realizar el juez, respecto de la manifestación de voluntad y consiguiente intencionalidad de los cónyuges, el estudio y consideración de la viabilidad en cuanto a validez del posible acuerdo que suscribieren de forma previa las partes, y en virtud a esos extremos, emitir una sentencia pronta y oportuna.

Contribuyéndose de ésta manera no solamente a una aplicación objetiva de la norma, sino también al descongestionamiento procesal y retardación de justicia.

5.2.1. CONDICIONES SUSTANCIALES PARA LA PROCEDENCIA DE LA DESVINCULACIÓN MATRIMONIAL CONSENTIDA.

Fundamentalmente consideraremos a las siguientes:

a) Que al día de formalizada la pretensión en cuanto a la eficacia de la acción de divorcio, fundada en la causal de desvinculación matrimonial consentida, haya transcurrido un plazo prudente desde la celebración del matrimonio ha efecto de evitar que sin la madurez y reflexión necesaria, cualquier matrimonio pueda solicitar la extinción del vínculo jurídico .

b) Que ambos cónyuges manifiesten de manera voluntaria y uniforme su intención de extinción del vínculo jurídico matrimonial, tomándose por el juzgador como elemento de prueba plena la simple manifestación de la voluntad, sin necesidad de recurrirse a la necesidad de prueba complementaria.

Para cuyo fin deberá considerarse el tenor de la demanda y la respuesta afirmativa de la misma.

c) Que el juez cumplidas las formalidades debidas, y en lo posible mediante constatación directa mediante la celebración de audiencia, pueda constatar la

veracidad y efectividad de la manifestación de voluntades.

d) Que exista acuerdo previo suscrito entre las partes, el que deberá ser presentado como requisito indispensable, al momento de formalización de la acción, el cual tendrá como objetivo fundamental la extinción de cualquier tipo de controversia mediante las concesiones recíprocas que los cónyuges se pudieren otorgar, siempre guardando el orden debido, en cuanto a la no transgresión o vulneración de precepto legal alguno, para que el mismo pueda ser aprobado y homologado por la autoridad jurisdiccional.

6. CONCLUSIONES.

Efectivo que fuere el desarrollo del tema de investigación propuesto, **comprobada la hipótesis planteada**, en virtud al análisis de los objetivos para tal fin definidos, podemos establecer las siguientes conclusiones:

- Entendido el divorcio como el procedimiento legal, recurrente a efecto de la disolución del vínculo legal matrimonial, considerado por ende de vigencia necesaria, requiere el mismo, de mecanismos que viabilicen su prosecución no solamente en el entendido de efectividad y celeridad procesal, sino también en lo que respecta a la tutela efectiva del derecho que se pretende resguardar.
- Actualmente no podría considerarse la tutela jurídica familiar como efectiva, pues la simpleza interpretativa judicial, ocasiona muchas veces que los particulares al no existir una causal subsumible a su simple intención, opten en muchos casos por la separación de hecho, extremo que origina el aumento de relaciones concubinarias, uniones que pierden la

posibilidad del reconocimiento legal y moral que otorga el matrimonio. **(VEASE ANEXO E)**

- No está demás mencionar, que el proceso ordinario ha adquirido una mecánica funcional caduca consideramos, respecto de ciertos procedimientos, puesto que nada gana el órgano jurisdiccional por ejemplo, con la apertura de términos probatorios en el máximo señalado, con el solo fin de recepcionar testificales, que respecto de las pruebas documentales, no guardan la importancia debida. **(VEASE ANEXO D)**

- Consideramos también, que en las actuales condiciones, las resoluciones que declaran improbadas las acciones de divorcio por considerar insuficiente la prueba, en nada cumplen un fin precautorio, puesto que si la intención es la ruptura del vínculo, quienes así lo deseen de una u otra forma se separarán, perdiendo el órgano jurisdiccional la posibilidad de resguardar derechos de posibles terceros como son los menores.

(VEASE ANEXO C)

- Ante las contingencias enunciadas, corresponde manifestar que la innovación normativa propuesta, ofrece grandes ventajas no solamente en cuanto a la consideración de aspectos temporarios o económicos, sino que también dignifica el duro trance que hoy representa el proceso de divorcio, posibilitando al litigante la consideración de su voluntad a efecto de hacer valedera su pretensión. **(VEASE ANEXO B)**

- No está por demás mencionar, que la viabilidad de la propuesta investigativa puesta a consideración,

apertura la posibilidad en cuanto a la mejora del tratamiento procedimental que corresponde al divorcio, siendo por ende, posible adoptar medidas tendientes al análisis de los demás institutos propios del Derecho de Familia, a efecto de poder otorgar al mismo la actualización normativa y procedimental requerida.

(VEASE ANEXO A)

7. RECOMENDACIONES.

Propuesta que fuere la incorporación de la causal de **DESVINCULACIÓN MATRIMONIAL CONSENTIDA** en el Código de Familia boliviano vigente, como recomendaciones para una efectiva utilización procedimental de la misma se sugieren las siguientes:

a) Establecer se manera clara y expresa en el Código de Familia, la especificación en cuanto a la definición de procedimiento especial en cuanto al uso y aplicación de la causal sugerida a efecto de evitar contradicciones respecto de la calificación establecida por el Art.-387 del Código de Familia respecto del proceso de divorcio.

b) Teniendo la causal de desvinculación matrimonial consentida, implícita la característica del consentimiento respecto del fin pretendido, y siendo éste el elemento generador del procedimiento, debe considerarse al mismo como elemento probatorio pleno y suficiente respecto de la efectividad de la pretensión.

c) Propiciar en base a las nuevas corrientes doctrinales del Derecho de Familia una aplicación normativa acorde a los cambios y necesidades experimentados por nuestra sociedad y sobre todo tomando en cuenta las características de cada caso particular, propiciando para ello, la constante evaluación del desempeño de la labor jurisdiccional.

d) Conviene mencionar que si bien el desarrollo del presente trabajo de investigación cuenta con el sustento teórico-doctrinal necesario, así como con el referente del desarrollo de la actividad judicial manifestado a través de distintas resoluciones, no ha podido establecerse de forma expresa la relación estadística correspondiente a las causas de divorcio en virtud a no existir estudio analítico respectivo, por lo que se sugiere, fuera de la evaluación y control jurisdiccional correspondiente, el establecimiento estadístico con relación a aspectos relacionados al proceso de divorcio.

e) En mérito a los extremos anteriormente expuestos, y contando con instrumentos e institutos que permitan el establecimiento de fortalezas y debilidades respecto de la actividad jurisdiccional familiar, podremos establecer mecanismos que reivindiquen el fin inmediato pretendido a través del proceso judicial, como es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva.

**8. PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY,
PARA LA INCORPORACIÓN DE LA CAUSAL,
DE DESVINCULACIÓN MATRIMONIAL
CONSENTIDA, EN EL CÓDIGO DE FAMILIA.**

Anteproyecto de incorporación normativa en el Código de Familia.

CONSIDERANDO:

Que, mediante Ley 996 (Código de Familia) se regulan los aspectos concernientes a la familia, siendo uno de ellos el relacionado al divorcio.

Que si bien, se han definido, regulado y establecido los procedimientos respectivos a efecto de la acción de divorcio, al momento de consignarse las respectivas causales, se ha vulnerado el principio elemental de autonomía de la voluntad, puesto que se considera a la misma como requisito esencial de formación del vínculo legal matrimonial, no existiendo consideración similar respecto de su extinción.

Que, al presente existe la necesidad de definir y establecer mecanismos y procedimientos que viabilicen la

acción de divorcio, en aquellos casos en los cuales exista uniformidad de las partes en cuanto a la pretensión de extinción del vínculo legal matrimonial.

Que la medida señalada, tiene por fin otorgar por parte del Estado tutela jurídica eficaz y oportuna, que permita la descongestión procesal, evitándose además la proliferación de uniones concubinarias o de hecho.

POR TANTO:

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL

DECRETA:

Art. ÚNICO.- Complémentese el Código de Familia de la siguiente manera:

Art.130bis.- (DESVINCULACIÓN MATRIMONIAL CONSENTIDA)

Transcurrido un tiempo prudente, computable a efectos legales desde la celebración del matrimonio, los cónyuges, podrán demandar la extinción del vínculo legal matrimonial sin la necesidad de la alegación de motivos graves o contradictorios, bastando para ello la simple manifestación de voluntad, debiendo acompañarse de forma indispensable, con el escrito de demanda, escritura pública que dirima las habituales controversias generadas por la litis.

Art.387bis. (VIA EXTRAORDINARIA)

El proceso de divorcio tramitado bajo el fundamento señalado en la causal contenida en el Art.-130bis, del Código de Familia, no existiendo alegación de hechos contradictorios por probar, será considerado como especial a efecto de su tratamiento procedimental.

Art.399bis. (PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO)

Admitida que fuere la demanda, por la causal contemplada en el Art.-130 bis., del presente código, se correrá traslado a la parte demandada, la que indefectiblemente deberá ser notificada en estrados judiciales, teniendo un plazo a partir de su notificación de cinco días para ratificar el tenor de la demanda así como el contenido del documento suscrito con el cónyuge.

Corrido el traslado, efectiva y afirmativa que fuere la respuesta, el Juez, en un plazo no mayor a 20 días, señalará audiencia de exposición y confirmación, en la cual las partes deberán ratificar de forma directa la intencionalidad de extinción del vínculo legal matrimonial, manifestando además no existir vicio alguno del consentimiento respecto del tenor contenido en el acuerdo suscrito.

Cumplidos los requisitos mencionados, aprobado el acuerdo suscrito entre partes, no existiendo controversia alguna, el Juez sin más trámite dispondrá autos para sentencia.

BIBLIOGRAFÍA.

BORDA A., GUILLERMO

"Manual de Derecho de Familia"
Editorial Perrot
Undécima Edición
Buenos Aires, Argentina 1993

BOSSERT GUSTAVO & ZANNONI EDUARDO

"Manual de Derecho de Familia"
Editorial Astrea
Primera Edición
Buenos Aires, Argentina 1988

CABANELLAS TORREZ GUILLERMO

"Diccionario Jurídico Elemental"
Editorial Heliasta
Vigésima Primera Edición
Buenos Aires, Argentina 1989

CHAVEZ ASCENCIO, MANUEL

"Matrimonio, compromiso jurídico de la vida conyugal"
Editorial Limusa
Mexico D.F. 1990

CHAVEZ ASECIO, MANUEL

"Convenios conyugales y familiares"
Editorial Porrúa
Segunda edición
Mexico D.F. 1993

ESCRIBANO, CARLOS

"Divorcio Consensual"
Editorial Abeledo Perrot
Primera Edición

Buenos Aires, Argentina 1970

MESSINEO, FRANCESCO

"Manual de Derecho Civil y Comercial"

Ediciones Jurídicas Europa-América

Buenos Aires, Argentina 1971

MAZZEAUD, JEAN & HENRY LEON

"Lecciones de Derecho Civil, La Familia"

Ediciones Jurídicas Europa-América

Buenos Aires, Argentina 1959

PAZ ESPINOZA, FELIX

"Matrimonio, divorcio y asistencia familiar"

Servicios Gráficos Illimani

La Paz, Bolivia 2003

SUÑE LLINAS, EMILIO

"Teoría estructuralista del derecho"

Servicio de Publicaciones Universidad Complutense

Madrid, España 2005

ROSSEL SAAVEDRA, ENRIQUE

"Manual de Derecho de Familia"

Editorial Jurídica de Chile

Quinta edición

Santiago de Chile 1986

WITTHAUS, RODOLFO ERNESTO

"Divorcio Por Presentación Conjunta"

Editorial Astrea

Primera edición 15 de septiembre de 1988

Buenos Aires, Argentina

VARGAS FLORES, ARTURO

"Guía teórico práctico para la elaboración del perfil de tesis"

ZAGO, JORGE ALBERTO

"El consentimiento en los contratos"
Editorial Universidad de Buenos Aires
Buenos Aires, Argentina 1981

CÓDIGO DE FAMILIA

"Ley Nro. 996 de 1988"
Editorial U.P.S.

CÓDIGO CIVIL BOLIVIANO

"Decreto Ley Nro.12760 de 6 de agosto de 1975"
Editorial U.P.S.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL BOLIVIANO

"Decreto Ley Nro.12760 de 6 de agosto de 1975"
Editorial U.P.S.

ANEXOS .

- ANEXO A (REFERENCIAS ESTADISTICAS)
- ANEXO B (RESULTADOS DE ENCUESTA DIRIGIDA)
- ANEXO C (SENTENCIA JUDICIAL)
- ANEXO D (AUTO DE VISTA)
- ANEXO E (PIEZAS PROCESALES ACCIÓN DE DIVORCIO)

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRES
FACULTAD DE DERECHO Y CS. POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

PROYECTO DE TESIS DE GRADO

ENCUESTA DE PERCEPCIÓN SOBRE EL PROCESO DE DIVORCIO

Nombre y Apellidos.....
 Grado de instrucción.....Sexo.....Edad....
 Profesión u ocupación.....

<p>1. ¿Cuál su estado civil actual?</p> <p><input type="radio"/> Soltero <input type="radio"/> Casado <input type="radio"/> Divorciado</p> <p style="text-align: center;">Si No</p> <p>2. ¿Cuál su opinión del divorcio como trámite legal, en la actualidad?</p> <p><input type="radio"/> Trámite rápido y efectivo <input type="radio"/> Trámite largo y burocrático <input type="radio"/> Trámite innecesario y costoso</p> <p>3. ¿Cuál su opinión en cuanto al efecto y consecuencias que produce el divorcio?</p> <p><input type="radio"/> Restablece el orden <input type="radio"/> Deteriora las relaciones <input type="radio"/> Afecta a la dignidad de las personas</p> <p>4. ¿Ante la penosa eventualidad de requerir del proceso judicial de divorcio qué posición consideraría Ud., apropiada en su calidad de demandante o demandado?</p> <p><input type="radio"/> De enfrentamiento <input type="radio"/> Conciliatoria</p>	<p>5. ¿Consideraría Ud., suficiente a la simple voluntad ha efecto de demostrar su intención de divorciarse?</p> <p><input type="radio"/> <input type="radio"/></p> <p>6. ¿Qué medios consideraría Ud., para viabilizar y agilizar los procesos de divorcio?</p> <p><input type="radio"/> Juicios orales <input type="radio"/> Modificación de la norma <input type="radio"/> Procesos de mutuo acuerdo</p> <p>7. ¿Cómo califica Ud., la posibilidad de creación del proceso de divorcio, por acuerdo entre partes?</p> <p><input type="radio"/> Necesaria <input type="radio"/> Innecesaria</p> <p>8. ¿Qué cualidad, consideraría Ud., como vital ante la posibilidad de aplicación del proceso de divorcio, por acuerdo entre partes?</p> <p><input type="radio"/> Menor tiempo <input type="radio"/> Menor costo</p>
---	--