

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



ACREDITADA RES. CEUB 1126/02

MONOGRAFÍA

**“LA IMPOTENCIA SEXUAL PARA PROCREAR HIJOS
DENTRO EL MATRIMONIO CAUSAL DE DIVORCIO”**

(PARA OPTAR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO)

POSTULANTE : MARIO DANIEL MENDEZ MENDOZA

TUTOR : DR. RAÚL JIMÉNEZ SANJINÉS

La Paz- Bolivia
2008

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

CAPITULO 1

DESARROLLO DEL TEMA	4
---------------------------	---

LA IMPOTENCIA SEXUAL.....	4
---------------------------	---

ANTECEDENTES DOCTRINALES

2.1 El Estado.....	8
--------------------	---

2.2 Sociedad	9
--------------------	---

2.3 Familia.....	10
------------------	----

2.4 Matrimonio.....	11
---------------------	----

2.5 Persona.....	12
------------------	----

CAPITULO 2

INSTITUCIONES Y ELEMENTOS RELATIVOS AL DIVORCIO

2. Matrimonio	15
---------------------	----

2.1 Formalidades	19
------------------------	----

2.1.1 Manifestación

2.1.2 Publicación	20
-------------------------	----

2.2 Efectos del Matrimonio	20
----------------------------------	----

2.2.1 Efectos Personales.....	20
-------------------------------	----

2.2.2 Efectos Relativos a los Familiares	21
--	----

2.2.3 Efectos Patrimoniales	21
-----------------------------------	----

2.3 Divorcio	22
--------------------	----

2.3.1 Clases de Divorcio.....	23
2.3.1.1 Divorcio Absoluto.....	23
2.3.1.2 Divorcio Relativo	24
2.3.1.3 Divorcio de Mutuo Consentimiento.....	24
2.3.1.4 Divorcio Remedio	24
2.3.1.5 Divorcio Sanción.....	26
2.3.1.6 Divorcio Mixto	26
2.3.1.7 El Divorcio y la Acción desvinculatoria	26
2.3.2 La Acción del Divorcio.....	27
2.3.3 Las Causas del Divorcio	27
2.3.4 Efectos Jurídicos.....	29

CAPITULO 3

TRATAMIENTO TEÓRICO O DOCTRINAL DEL TEMA

3.1 El Divorcio desde el Punto de Vista de la Iglesia Católica.....	34
3.1.1 Argumentos De Orden Dogmático.....	34
3.1.2 Argumentos De Orden Moral y Social	35
3.2 El Divorcio desde el Punto de Vista Jurídico.....	35
3.3 El Divorcio desde un Plano Imparcial.....	36
3.4 Doctrina Respecto al Divorcio por Mutuo Consentimiento	37

CAPITULO 4

LAS CAUSAS DE DIVORCIO EN EL CÓDIGO DE FAMILIA BOLIVIANO

4.1 Antecedentes.....	39
-----------------------	----

4.2 La Legislación Vigente.....	42
---------------------------------	----

CAPITULO 5

PROCEDIMIENTO PARA EL TRAMITE DE DIVORCIO

5.1 Proceso de divorcio	49
5.1.1 Demanda, Admisión, Citación.....	49
5.1.2 Contestación, Reconvención, Oposición de Excepciones y Relación Procesal	51
5.1.3 De las Medidas Provisionales y Soluciones Alternativas	51
5.1.4 Período de Prueba, Clausura, Conclusiones, Dictamen	55
5.1.5 Clausura del Período Probatorio	55
5.1.6 Intento de Reconciliación	56
5.1.7 Dictamen en Conclusiones del Ministerio Público	57
5.1.8 Decreto de Autos y Sentencia	58
5.1.9 Sentencia.....	58
5.1.10 Los Recursos Ordinarios y Extraordinarios.....	60
5.2 Formas de Conclusión del Proceso de Divorcio	62
5.2.1 El Retiro de la Demanda	63
5.2.2 El Desistimiento.....	63
5.2.3 La Perención de Instancia	65
5.2.4 La Transacción	65

CAPITULO 6

LEGISLACIÓN COMPARADA

6.1 Legislación Argentina	66
---------------------------------	----

6.2 Legislación Española	68
6.3 Legislación Mexicana	71
6.5 Legislación Peruana	73
6.6 La Iglesia	75

CAPITULO 7

CAUSALES INVOCADAS EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO EN LA CIUDAD DE LA PAZ

7.1 Resultados de la Observación	78
7.2 Resultados de las Entrevistas.....	82
7.3 Resultados de las Encuestas.....	82
7.4 Metodología de la Investigación.....	87

CAPITULO 8

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones y Recomendaciones

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

HIPÓTESIS

BIBLIOGRAFÍA

DEDICATORIA

A mis abnegados padres por inculcarme el amor a los valores del bien, lo correcto y justicia.

A los estimados docentes, que con sus enseñanzas forman al profesional al servicio de la sociedad

A toda mi familia, quienes son la razón de mi perseverancia.

Daniel Mendez

INTRODUCCIÓN

El Código de Familia Boliviano, de manera general regula la organización jurídica de la familia y las relaciones de derecho que le son inherentes y no prejuzga sobre los deberes religiosos o morales de sus componentes.

Los artículos 130 y 131 del Código de Familia señalan las causales de divorcio que pueden ser incoadas por las partes en la demanda de divorcio. Según dispone el artículo 130 y 131 del mencionado Código, son generales (la separación de 2 años) y específicas (las establecidas por el art. 130 en sus diferentes incisos). Cuando la autoridad competente (el Juez de Partido de Familia) conoce alguna acción u omisión por parte del cónyuge en cuanto a la causal invocada, podrá rechazar u observar la demanda interpuesta por éste.

No obstante existir la norma positivo, surge la interrogante referida a la razón por la que las causales invocadas en las demandas de divorcio no son las que en realidad han intervenido para la disolución del Matrimonio .

En el presente trabajo dirigido se ha considerado la investigación metodológica en base a los reglamentos de la UMSA. Dentro la presente monografía, de manera que este trabajo constituya una contribución para la ciencia y a la vez una posible solución, para lo cual planteo el tema LA IMPOTENCIA SEXUAL PARA PROCREAR HIJOS DENTRO EL MATRIMONIO " CAUSAL DE DIVORCIO"

Tema de investigación basada en el Art. 88 y 89 del Código de Familia Boliviano, que de acuerdo a las previsiones normativas señala que la IMPOTENCIA PERMANENTE para la cópula carnal, cuando es anterior al Matrimonio puede aducirse como causa de ANULACIÓN DEL MATRIMONIO de uno u otro de los cónyuges. Esta figura legal es precisamente lo que nos ocupa, la anulación del matrimonio se deduce cuando uno de los cónyuges carece de los órganos de reproducción, siempre y cuando no haya conocido el defecto antes del enlace matrimonial. El Art. 89 del Citado Código de Familia Boliviano señala que la acción de anulación del matrimonio prescribe en dos años, termino que corre desde la celebración del matrimonio, es decir posterior a los dos años la impotencia permanente subsiste y no es causal de anulación del matrimonio justamente por la

figura legal de la prescripción empero que ocurre si uno de los cónyuges descubre la impotencia de su pareja conyugal, cual su situación legal respecto a sus derecho de la procreación no puede estar expuesto a esta prescripción simplemente porque paso dos años y esta condenado a vivir el resto de su vida a la posibilidad de una adopción, inseminación u otro mecanismo que no es lo mismo la de procrear hijos dentro el matrimonio .

Se ha tenido en cuenta que en la relación conyugal existen otras figuras que complementan el matrimonio como ser la asistencia reciproca conyugal, la adopción, el patrimonio conyugal, pero no precisamente estas figuras legales pueden cubrir el verdadero derecho del ser humano natural que es la de procrear y preservar su especie, cultura consanguínea etc. De ahí que deviene esta inquietud de plantear como alternativa una nueva causal de divorcio dentro el Art. 130 Inc. 6to. del Código de Familia Boliviano, esto implica que las causales de divorcio enunciadas en el referido Art. No siempre son las causales reales para un divorcio.

En el Capítulo I señalaremos y desarrollaremos el concepto de IMPOTENCIA coeundi y generando.

La prueba de la impotencia y su prescripción.

- En el Capítulo 2, señalaremos las instituciones y elementos relativos al divorcio, como es la familia y el divorcio, cuantas clases de divorcio existen y cual es el aplicado en nuestra legislación.
- En el Capítulo 3, estudiaremos el análisis Teórico Doctrinal, que se traduce en las posiciones que existen respecto al divorcio tanto civil como religioso y la Posición que nosotros asumiremos respecto a este; nos referiremos también al Divorcio por mutuo consentimiento, las legislaciones que la admitían y haremos un análisis legal y práctico de todas esas normas de derecho positivo, en cuanto a su aplicación y alcances, de manera general y específicamente en lo referido al Acuerdo de Partes.
- En el Capítulo 4, mencionaremos las causas de divorcio admitidas en el Código de Familia.

- En el Capítulo 5, esgrimiremos los procedimientos que se utilizan para realizar el trámite de divorcio, partiendo de la demanda, puesto que para cada demanda, sea esta por el art. 130 o 131; tienen una causal diferente.
- El Capítulo 6, lo destinaremos a la Legislación Comparada y tomaremos en cuenta los países que a continuación referimos: Argentina, España, México, Puerto Rico y Perú. La comparación del trámite de divorcio, efectuada de los aludidos países con el nuestro nos dará mayores luces que contribuyan a un mejor entendimiento del tema que nos ocupa.
- El Capítulo 7, está referido a las causales invocadas en los procesos de divorcio en la ciudad de La Paz, cabe señalar que luego de hacer un análisis de varios expedientes obtenidos en los Juzgados de la Corte Superior de Justicia y de varios cuadros estadísticos, demostraremos que en la práctica en el trámite de divorcio la causal que se arguye con mayor frecuencia
- El Capítulo 8 contendrá las CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES obtenidas como resultado del estudio y del trabajo dirigido realizados, que nos conducen a la demostración de la hipótesis planteada con este fin planteo el siguiente tema:

LA IMPOTENCIA SEXUAL PARA PROCREAR HIJOS DENTRO EL
MATRIMONIO CAUSAL DE DIVORCIO

2.1 EL ESTADO.-

El Estado es un fenómeno social porque aparece en cierto momento de la evolución histórica de la humanidad como fruto de la organización de las sociedades; es fenómeno jurídico porque es una institución que se funda en ciertos principios fundamentales que garantizan un orden; y es fenómeno político porque como institución jurídica busca la satisfacción de necesidades humanas, la realización de determinados fines y el cumplimiento de exigencias culturales.

"En concordancia con la doctrina expuesta, sin pretender una definición, nosotros instituímos el siguiente concepto general: El Estado es la misma sociedad política y jurídicamente organizada para regular la convivencia humana y lograr el bienestar de sus miembros, mediante el ejercicio del poder público para cumplir sus fines y funciones. De ahí, que, el Estado como superestructura política y jurídica, es reflejo de un sistema económico-social que se desarrolla históricamente en un momento determinado y en cuyo proceso evolutivo se manifiesta de distintas formas, desde un Estado absoluto hasta el Estado de Derecho, tal como se conoce .actualmente" (Fernández Ch., 1996:90-91).

En cuanto a los elementos constitutivos del Estado son tres: El Territorio, es el espacio físico donde el Estado ejerce sus actividades, su independencia y soberanía, manteniendo su existencia y perfeccionamiento. La Población, es el elemento humano que habita el territorio del Estado, constituido por el conjunto de personas naturales y que se encuentran sometidos jurídicamente a la acción y poder del Estado. Y el Poder, es la facultad de mando y coacción que tiene el Estado para imponer su autoridad y mantener un orden jurídico- político, para lograr el acatamiento de gobernantes y gobernados (Fernández Ch., 1996:90-91).

Según Adolfo Posada, el Estado "es una organización social constituida en un territorio propio, con fuerza para mantenerse en él e imponer dentro de él un poder supremo de ordenación y de imperio, poder ejercido por aquel elemento social

que en cada momento asume la mayor fuerza política"; y que para Capitant es "grupo de individuos establecidos sobre un territorio determinado y sujetos a la autoridad de un mismo gobierno".

El Estado reglamenta la conducta de los individuos a través de unas normas que determinan sus derechos y obligaciones y que constituyen la ley sustantiva o material, en sentido estricto.

Pero, para hacer respetar estas normas materiales, dicta otras normas complementarias con las que se da eficacia a la ley y se protege el derecho concreto del particular, las cuales son normas adjetivas o formales, también en sentido estricto.

Para nosotros el Estado, es la expresión de la sociedad políticamente organizada, asentada sobre un territorio y con autoridad o mando, su organización obedece a algún objetivo. En el concepto más general el Estado se manifiesta en la protección que hace a la familia por ser la célula de la sociedad y para esa protección estará organizado con la estructura, los medios y las facultades que han de ser necesarias para cumplir su finalidad.

2.2 SOCIEDAD.-

La sociedad dentro la definición que hace el Diccionario del Derecho Usual con su habitual sistemática, la concreta así: *cualquier agrupación o reunión de personas o fuerzas sociales. Conjunto de familias con un nexo común, así sea tan sólo el trato Relación entre pueblos o naciones. Agrupación natural o convencional de personas, con unidad distinta y superior a la de sus miembros individuales, que cumple, con la cooperación de sus integrantes, un fin general, de utilidad común.*

En lo sociológico, la sociedad se funda en la convivencia o en la relación y se afirma con la permanencia en el trato. La integra todo núcleo humano que coopera

en la consecución de un fin común, además de asegurar su propia conservación y mantenimiento. A la diversidad sexual de hombres y mujeres, la sociedad agrega casi siempre una base territorial. Se caracteriza por su actuación, mediante relaciones o en el curso de procesos; pero no en la inconexión, temporalidad o lo fortuito de otros grupos; como la multitud, los espectadores, los transeúntes.

2.3 FAMILIA.-

No podemos ocuparnos del matrimonio, sin antes referirnos a la familia, ya que este concepto por ser más amplio, involucra al primero.

La familia, es la célula primera y vital de la sociedad, no es exclusiva ni principalmente un fenómeno jurídico-legal. No es una creación del Derecho que sólo la regula.

Es obra de la naturaleza humana y se dirige a satisfacer necesidades y exigencias inherentes a la persona como ser individual y social, la primera sociedad a la que ingresa el ser humano es la familia, la misma que se constituye como un complejo de intrincadas implicancias, donde confluyen y se inter-relacionan factores étnico-culturales, morales y religiosos, económico-sociales, jurídicos, psicológicos y educativos.

En tal sentido, la familia como fenómeno natural, tiene su origen en la unión de los sexos y como institución jurídica, en el matrimonio, que es la unión recogida por ley, sin embargo, decir que el matrimonio es la unión de los sexos recogida por la ley es aludir a un hecho o a una forma, pero sin penetrar, como es forzoso para configurar el concepto, en la esencia del fenómeno matrimonial, a cuya comprensión es posible llegar a través de un estudio teleológico del mismo.

2.4 MATRIMONIO.

El Diccionario de la Academia de la lengua Española define el matrimonio como la unión de hombre y mujer concertada de por vida mediante determinados ritos o formalidades legales. Esto es en cuanto al matrimonio civil. En lo que se refiere al matrimonio canónico, el propio diccionario expresa que se trata de un sacramento propio de los legos, por el cual hombre y mujer se ligan perpetuamente con arreglo a las prescripciones de la Iglesia.

Los fines del matrimonio pueden ser considerados desde el punto de vista sociológico como del Derecho:

a) Socio lógicamente, la teoría Kantiana enfatiza como finalidad del matrimonio la satisfacción del instinto sexual. El apetito amoroso queda elevado así a la categoría de fundamento principal de la unión conyugal; y ésta resulta, en cuanto a su finalidad, colocada al nivel del concubinato, de la unión sexual esporádica y aún del libre comercio carnal, fenómenos todos que persiguen también la satisfacción del instinto sexual.

Para Montaigne y Schopenhauer, el fin del matrimonio se ubica en el bienestar de la prole, concepción cuya aparente generosidad no inutiliza el argumento de que la dignidad del ser humano se resiste a admitir que una persona se convierta, sin su voluntad o contra ella, en instrumento al servicio de otra.

Las teorías de Aristóteles y Tomás de Aquino, atribuyen al matrimonio un doble propósito: de un lado la procreación y subsiguiente educación de la prole, y de otro, el mutuo auxilio entre los cónyuges. Por último, el Codex Iuris Canonici de 1984 fija como fines del matrimonio el bien común de los cónyuges y la generación y educación de los hijos.

b) Paralelamente a la Sociología, el Derecho expresa ideas semejantes, y así, mientras un sector de la doctrina llama la atención hacia el fin sexual del matrimonio, otro recalca como finalidad del mismo la mutua ayuda de los casados a través de una plena comunidad de vida.

En efecto, para algunos tratadistas Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés dice "el matrimonio crea una asociación entre los dos esposos, con obligaciones recíprocas, pero su objeto esencial es la creación de la familia. En el fondo no es otra cosa que la unión sexual reconocida por la ley, puesto que la procreación de los hijos crea deberes a los padres".

Otros autores, en cambio Ennecerus, Ludwig. Tratado de Derecho Civil, definen el matrimonio como "la unión de un, hombre y una mujer, reconocida por la ley, investida de ciertas consecuencias jurídicas y dirigida al establecimiento de una plena comunidad de bienes".

En el fondo, no existe discrepancia entre ambos sectores de la doctrina jurídica, pues expresa o implícitamente todos los autores aluden a los dos grandes fines del matrimonio: uno específico, que es la procreación y educación de la prole; y otro individual, o sea el mutuo auxilio en una plena comunidad de vida. En tal sentido, se puede afirmar que mediante el matrimonio, el hombre y la mujer, asociados en una perdurable unidad de vida sancionada por la ley, se completan recíprocamente y cumpliendo los fines de la especie la perpetúan al traer hijos a la vida.

2.5 PERSONA.-

La persona al igual que la familia es un elemento fundamental en el Estado, pues debido a que las personas contraen matrimonio se forma la familia y la familia es el pilar fundamental de la sociedad, sociedad que a su vez conforma el Estado que

como dijimos anteriormente es la sociedad políticamente organizada, asentada sobre un territorio bajo mando o autoridad.

Es así que los derechos y obligaciones de las personas están debidamente protegidas por la Constitución Política del Estado que establece los principios, garantías y derechos reconocidos a todo ser humano; derechos que no pueden ser modificados por ninguna ley, porque la Constitución Política del Estado está por encima de todas leyes y no puede dejar de cumplirse.

La Constitución Política del Estado en su artículo 7 indica que toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, entre ellas podemos mencionar:

- A la vida, la salud y la seguridad;
- A trabajar y dedicarse al comercio, la industria o a cualquier actividad lícita, en condiciones que no perjudiquen al bien colectivo;
- A formular peticiones individual y colectivamente;
- A la propiedad, individual y colectivamente, siempre que cumpla una función social;
- A una remuneración justa por su trabajo que le asegure para sí y su familia una existencia digna del ser humano;
- A la seguridad social, en la forma determinada por esta Constitución y las leyes.

Posteriormente en su artículo 8 indica que toda persona tiene los siguientes deberes fundamentales y entre ellos podemos mencionar:

- De acatar y cumplir la Constitución y las leyes de la República;
- De trabajar, según su capacidad y posibilidades, en actividades socialmente útiles;
- De adquirir instrucción por lo menos primaria;
- De contribuir, en proporción a su capacidad económica, al sostenimiento de los servicios públicos;

- De asistir, alimentar y educar a sus hijos menores de edad, así como de proteger y socorrer a sus padres cuando se hallen en situación de enfermedad, miseria o desamparo;
- De prestar los servicios civiles y militares que la Nación requiera para su desarrollo, defensa y conservación;
- De cooperar con los órganos del Estado y la comunidad en el servicio y la seguridad sociales.
- De resguardar y proteger los bienes e intereses de la colectividad.

CAPITULO 2

INSTITUCIONES Y ELEMENTOS RELATIVOS AL DIVORCIO

2. MATRIMONIO.-

El matrimonio constituye la base jurídica de la familia que es uno de los actos más importantes en la vida social del hombre, sin embargo, aunque parezca extraño, resulta sumamente difícil dar un concepto genuino y universal de esta institución por su extraordinaria variedad en el espacio y en el tiempo. Su común denominador más intuitivo y simple es la unión sexual del hombre y la mujer legalizada por el derecho, sin embargo encontramos que en muchas legislaciones se reconoce la existencia de matrimonios sin esa unión sexual, ese es el caso por ejemplo, de los matrimonios rato.

En nuestra legislación la Constitución Política del Estado (artículo 133) dispone lo siguiente." *"Se reconoce el matrimonio de hecho en las uniones concubinarias con sólo el transcurso de dos años de vida en común, verificada por todos los medios de prueba o el nacimiento de un hijo, siempre que las partes tengan capacidad legal para contraer enlace. La Ley del Registro Civil perfeccionará estas uniones de hecho "*.

A continuación anotaremos algunas definiciones sobre el matrimonio: Los profesores Marcel Planiol y Jorge Ripert, en su "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés" nos dan la siguiente definición:

"El matrimonio es el acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no pueden romper por su voluntad". (Planiol y Ripert, 1946:59).

Joaquín Escriche, en su "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", define el matrimonio y dice que es: "*¿a sociedad legítima del hombre y de la mujer, que se unen con vínculo indisoluble, para perpetuar su especie, ayudar a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte*". (Joaquín Escriche, 1860:1204).

Julien Bonnecase en su libro "La Filosofía del Código Napoleón aplicada al Derecho de Familia", luego de una extensa crítica, termina diciendo: "*El matrimonio es una institución formada por un conjunto de reglas de derecho, esencialmente imperativas cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y por lo mismo a la familia, una organización social y moral, que a la vez corresponde a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que en todos los dominios proporciona la noción de derecho*". (Julien Bonnecase, 1945:219).

Para Colín y Capitán, "*El matrimonio, es el contrato civil por el cual el hombre y la mujer se unen con objeto de vivir en común y prestarse mutuamente asistencia y ayuda bajo la dirección del marido, como jefe de hogar*". (Julien Bonnecase, Pg. 189).

Finalmente citamos la definición del Profesor argentino Humberto Agliano, quien en conformidad con las ideas del doctor Lafaille dice: "*Es una institución jurídica y social que basada en el consentimiento tiene por objeto la procreación y la satisfacción de necesidades morales y materiales del individuo*". (Humberto Agitano, Pg. 227).

Del examen de las anteriores definiciones salta a la vista una contradicción respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio. En efecto, mientras para unos es un contrato civil, para otros, muy especialmente para Bonnecase, el matrimonio antes que un contrato es una institución jurídica.

El autor citado refuta el criterio del matrimonio-contrato con el argumento de que esta concepción es "antisocial, antinatural y antihistórico", fruto del individualismo que estaba saturado del dogma de la autonomía de la voluntad, manifestando que el destino natural del matrimonio no es crear entre dos seres obligaciones personales, que mutuamente se sirvan de causa, ni "engendrar una situación contractual, cuyo mantenimiento estuviese subordinado al cumplimiento de las obligaciones recíprocas de los contratantes; sino crear una nueva familia".

De nuestra parte, corroborando este criterio, debemos manifestar que el matrimonio al no reunir las condiciones necesarias de un contrato civil, sólo importa un acto jurídico, por el cual dos personas de sexo diferente se someten libre y voluntariamente a las normas impuestas de antemano por la institución jurídica.

En la celebración del matrimonio, la manifestación de la voluntad de las partes, se concreta exclusivamente a responder con la palabra sacramental "SI", sin que puedan referir en ningún caso; a establecer condiciones para la vida matrimonial; por ejemplo, acordar plazo, no tener hijos, o fijar el número de estos.

Nuestro Código de Familia, no da una definición de matrimonio, es así que establece reglas de capacidad psicobiológicas y legales para los pretendientes. Esas reglas de capacidad están denominadas como requisito para contraer matrimonio previstos en el Capítulo II del Título I, Libro I de nuestra legislación familiar (Art. 44-54).

Nuestra legislación hasta el año 1911, se limitó a reglamentar los efectos jurídicos del matrimonio, partiendo del reconocimiento del matrimonio canónico, conforme lo declara expresamente el Art. 99 del Código Civil.

Es a partir del 11 de abril de 1912, que en virtud de la Ley de 11 de octubre de 1911, el matrimonio se seculariza, rigiéndose exclusivamente por las leyes civiles.

Seguramente con el deseo de facilitar el matrimonio entre indígenas, que no siempre han acudido voluntariamente a la observancia de una ley que altere sus costumbres, por Decreto Supremo de 31 de agosto de 1920, se permitió el matrimonio religioso para la clase indígena.

"Inconstitucional como era este decreto supremo, trajo graves inconvenientes y daños para la clase a la que quiso favorecer. En efecto, en más de un caso, los tribunales de justicia, declararon inexistentes los matrimonios religiosos de los indígenas, sin que antes hayan contraído el civil".¹

El Decreto Supremo de 2 de marzo de 1937, elevado a la categoría de Ley en 8 de diciembre de 1941, vino a normalizar esta situación, declarando válidos estos matrimonios, restableciendo para lo posterior el imperio de la ley de 11 de octubre de 1911.

Finalmente por Ley de 29 de diciembre de 1956, se reconocen el bautizo y el matrimonio religioso celebrados por los misioneros de los Vicariatos Apostólicos del Beni, Reyes, Pando, Cuevo, Chiquitos, Ñuflo Chávez, a condición de que éstos remitan a los treinta días las actas y partidas de bautizo y matrimonio a la oficina del Registro Civil más próximo, fuera de los documentos establecidos por el art. 80 del Decreto Supremo de 3 de julio de 1943.

El matrimonio se caracteriza por su acto jurídico consensual, voluntario y solemne, para su constitución y validez, es preciso que se cumplan previamente con los requisitos y las formalidades predeterminadas en la ley, bajo sanción de nulidad para el caso de omitirse alguna de las condiciones de legalidad.

Sin perder de vista que a diferencia de otros, el acto matrimonial es uno de los más importantes en la vida de las personas, porque tiene una trascendencia eminentemente Social que da origen a la creación de una nueva familia,

¹ José Antonio Zegada, pág. 16

generando una serie de derechos, deberes y obligaciones y lo que es más, tiene la virtud de cambiar el estado civil de los contrayentes.

2.1 Formalidades.-

Las formalidades previas, sobresalen las siguientes: El acto de manifestación y la publicación.

2.1.1 Manifestación.-

La manifestación es el acto de exteriorización de la voluntad de constituir matrimonio que realizan los contrayentes en forma personal o mediante apoderado especial, ante la autoridad del Oficial del Registro Civil del domicilio de cualquiera de ellos. Al respecto, según determina el art. 55 del Código de Familia, los contrayentes deben expresar:

- a) Su nombre y apellidos y demás referencias personales, acreditando estos extremos con documentos de identidad y otros; el estado civil y demás referencias familiares.
- b) Su voluntad de unirse en matrimonio, y
- c) La ausencia de impedimentos o prohibición para el matrimonio, la dispensa y permiso en caso de que los contrayentes sean menores de edad. Art. 56 Código de Familia (a falta de los documentos requeridos, para los campesinos la ley acepta prueba supletoria de testigos).

Exteriorizada la voluntad de los novios de contraer matrimonio, el oficial del Registro Civil labrará el acta circunstanciada de la manifestación, que será firmado por los contrayentes, dos testigos previamente deberán prestar una declaración jurada en la que asientan conocer a los contrayentes y que les consta que no tienen impedimento ni prohibición para contraer matrimonio, artículos 56, 57 y 58 del Código de Familia.

2.1.2 Publicación.-

Labrada y firmada el acta de manifestación, el Oficial de Registro Civil fijará edictos con los datos anteriores, en la puerta de la oficina a su cargo, durante cinco días consecutivos dentro del plazo de quince días que señala el artículo 59, dando a publicidad la realización del acto matrimonial, especificando los nombres de los *contrayentes* y *la fecha de su celebración*, artículo 60 del Código de Familia.

El objeto de la publicación de los edictos reconoce especial importancia jurídica, pues tiene la finalidad de dar a publicidad la unión matrimonial que se pretende construir y anunciar a la ciudadanía la realización del acto nupcial, dándoles la oportunidad de presentar denuncia u oposición para en el caso de que se trate de violar la ley por cualquiera de los contrayentes, simulando o adulterando su verdadero estado civil o evadir algún impedimento legal.²

2.2 Efectos del matrimonio.-

El Título III, Libro Primero, Capítulos I al III, del Código de Familia, señala los efectos ha producirse una vez que se ha contraído matrimonio, dichos efectos mencionamos a continuación:

2.2.1 Efectos personales.-

Son aquellos que se refieren a los derechos inherentes a la persona de los cónyuges y, el papel que cada uno desempeña en la sociedad conyugal.

Los efectos personales a su vez se subdividen en: a) Lo relativo a los cónyuges, b) los hijos y, c) los familiares.

² Félix C. Paz Espinoza. "El Matrimonio - Divorcio - Asistencia Familiar - Procedimiento", págs. 49-51.

Los efectos relativos a los cónyuges son aquellos deberes que se caracterizan por ser recíprocos entre éstos, tales como: La igualdad conyugal, los deberes y, las necesidades comunes.

2.2.2 Efectos relativos a los familiares.-

El matrimonio tiene la virtud de crear el vínculo en las relaciones familiares una forma parecida de parentesco denominado "afinidad" entre los parientes de los esposos, cuñados entre los hermanos de éstos. Esta forma de relación familiar tiene también el efecto de crear derechos y deberes en forma similar al parentesco de consanguinidad, así por ejemplo el yerno y la nuera tienen el deber de respeto y consideración a los suegros y éstos deferencia como si se trataran de sus hijos, toda vez que comparten intereses comunes aunque es susceptible de cesación o extinción si se disuelve el matrimonio.

Otro de los efectos sobresalientes, consiste en el deber de asistencia familiar que se deben recíprocamente a medida que se presenten las situaciones particulares, es decir los suegros a favor de las nueras, los yernos en beneficio de los suegros, y así sucesivamente, según las circunstancias que previenen los artículos 15 caso 5to. y 6to. Y 17 del Código de Familia, aunque en la práctica esas situaciones nunca se registraron en la jurisprudencia nacional.

2.2.3 Efectos patrimoniales.-

El matrimonio es considerado también como una sociedad conyugal, tiene el efecto de producir el nacimiento de un patrimonio económico a partir del momento mismo de su constitución y subsiste durante toda la vida de la unión; la sociedad económica conyugal es conocida como el régimen patrimonial del orden -o de interés- patrimonial que el matrimonio establece entre los esposos, y entre éstos y los terceros; se halla regulada por la ley, su beneficio o adquisición

corresponde a los esposos en partes igualitarias tanto sobre los activos y los pasivos, denominándose genéricamente como bienes gananciales.³

2.3. DIVORCIO.-

El término divorcio deriva de la voz latina "divorcium", que significa separar. De manera, que el divorcio supone la disolución del vínculo matrimonial y habilita a los cónyuges divorciados para volver a casarse.

En la doctrina del Derecho de Familia, se habla de aquellas causas o motivos que pueden dar lugar a un divorcio, considerándose las situaciones en las cuales el matrimonio, independientemente de la culpabilidad o inculpabilidad de uno o ambos cónyuges, ya no puede cumplir con la función que la sociedad y el Estado le atribuyen.

Es el caso de que en el matrimonio no se ha podido llevar a cabo los fines para los que fue concebida y entonces, existe una razón objetiva para el matrimonio; se habla entonces del divorcio remedio que tiende precisamente a poner fin a esas uniones matrimoniales que no pueden continuar y que pone de manifiesto la quiebra matrimonial.

Las definiciones de lo que es el divorcio desde el punto de vista legal, son más o menos coincidentes entre ellas así tenemos que para Gabriel García Cantero el divorcio *"consiste en la ruptura de un vínculo matrimonial válidamente celebrado originada por causas diversas de la muerte de uno cualquiera de los cónyuges, recuperando éstos la facultad de contraer nuevo matrimonio"*.

Gerardo Trejos indica que: *"el divorcio consiste en la disolución en vida de los cónyuges, de un matrimonio válidamente contraído"*.

³ Félix C. Paz Espinoza "El Matrimonio - El Divorcio - Asistencia Familiar - Procedimiento", págs. 64-70-71.

Brenes Córdova citado por Trejos dice: "se llama divorcio a la disolución del matrimonio, por sentencia judicial, en virtud de ciertas causales ocurridas con posterioridad a la celebración del mismo".

En cuanto a doctrina se han vertido diferentes opiniones sobre el divorcio, entre las que referimos las siguientes:

Colint y Capitant, señala que: el divorcio es la disolución del matrimonio, viviendo los dos esposos, a consecuencia de una decisión judicial dictada a demanda de uno de ellos o de uno u otro, por las causales establecidas por la ley.

Planiol, manifiesta que "*El divorcio es la disolución, en vida de los esposos, de un matrimonio válido*"⁴.

2.3.1 Clases de divorcio.-

Según la doctrina contemporánea, se conocen las siguientes clases de divorcios vinculares:

2.3.1.1 Divorcio absoluto.-

Es cuando los cónyuges amparados de una de las causales expresamente señaladas en la ley obtienen de la autoridad jurisdiccional (Juez de Partido de Familia) la disolución del vínculo jurídico que las une, mediante una sentencia debidamente ejecutoriada que ha adquirido la calidad de autoridad de cosa juzgada; pronunciada dentro de un proceso de divorcio; cuyo efecto jurídico consiste en poner fin a la vida en común entre los cónyuges y la sociedad patrimonial que fue constituida.

⁴ Félix C. Paz Espinoza "El Matrimonio - El Divorcio - Asistencia Familiar -Procedimiento", pág. 83.

2.3.1.2 Divorcio relativo.-

Es el acto por el cual los cónyuges obtienen de la autoridad jurisdiccional, mediante una sentencia expresa, la separación de cuerpos determinando la suspensión temporal de sus relaciones personales o maritales, afectivas y patrimoniales, viviendo cada uno en domicilios y realizando sus actividades independientemente, pero reatados jurídicamente como marido y mujer, con los deberes de fidelidad y obligaciones familiares naturales de asistencia, es decir, sin poner fin al vínculo jurídico matrimonial constituido legalmente.

2.3.1.3 Divorcio de mutuo consentimiento.-

Es el acto por el cual los cónyuges obtienen de la autoridad jurisdiccional competente, una sentencia que pone fin al vínculo jurídico matrimonial, basada en la voluntad autónoma recíproca o de mutuo consentimiento de los cónyuges, sin interesar mayormente las causas que hubiesen influido en la adopción de tal decisión. Nuestra legislación familiar no admite esta forma de desvinculación jurídica.

2.3.1.4 Divorcio remedio.-

El divorcio es una solución legal cuándo el matrimonio se halla sumido en un conflicto conyugal profundo e inevitable que hace insostenible o intolerable la vida en común.

En este caso, el divorcio no necesariamente se basa en hechos ilícitos que la ley sanciona con el divorcio, sino en presupuestos distintos y diversos que gira en tomo de la idea de que en el conflicto conyugal, se presume siempre "la quiebra o el fracaso irremediable" del matrimonio; entre sus eventualidades puede existir o no el adulterio, las injurias, el abandono u otros hechos, pero el conflicto

presupone siempre una crisis profunda en la unión matrimonial, que necesariamente precipita la desunión conyugal.

Es entonces cuando podemos hablar de un divorcio remedio que tiene la función de poner fin a esos conflictos permitiendo la ruptura del vínculo jurídico que los reata para llevar la paz y el sosiego a los esposos, otorgando a cada uno la oportunidad de reconstruir libremente sus vidas.

2.3.1.5 Divorcio sanción.-

El divorcio como sanción se concibe en la idea de que todo conflicto conyugal tendente a la ruptura del vínculo jurídico matrimonial, presupone la comisión de hechos ilegítimos o de actos culpables por parte de uno o de ambos cónyuges, es decir, la infracción de los deberes y obligaciones recíprocas a las que por virtud del matrimonio se hallan sujetos, tales como el adulterio, la tentativa contra la vida del otro, el abandono malicioso del hogar, los maltratos, las sevicias o injurias graves y otros, que se atribuye a uno de los cónyuges como causante de los agravios o resultan como autores ambos esposos, cuya actitud hace incompatible la prosecución de la vida en común.

En la eventualidad de la concurrencia de esos hechos anormales, la ley confiere al cónyuge que es inocente un interés legítimo para demandar de divorcio al otro que es culpable, y naturalmente resultar beneficiado con la asistencia familiar y, aún ser resarcido por el daño material y moral que la actitud desleal le hubiere ocasionado con la disolución del matrimonio, artículos 143, 144 del Código de Familia, pero si ambos resultan culpables, en tal caso, no habrá resarcimiento ni asistencia familiar por imperio artículo 143, parágrafo 3 del mismo Código⁵.

⁵ Félix C. Paz Espinoza "El Matrimonio - El Divorcio - Asistencia Familiar - Procedimiento", págs. 89-91.

2.3.2. La acción del divorcio

En el ámbito del derecho procesal la acción está concebida como "La facultad o poder jurídico que todo sujeto de derecho tiene para acudir ante el órgano jurisdiccional pidiendo el reconocimiento de un derecho o de una pretensión jurídica", adaptado el concepto de Derecho de Familia, podemos decir que: "La acción del divorcio es la facultad o el poder jurídico que tiene cualesquiera de los cónyuges de acudir ante el órgano jurisdiccional competente para demandar la disolución de su vínculo matrimonial, fundada en alguna de las causales prescritas en la ley".

En ese contexto, cualesquiera de los cónyuges puede interponer la demanda ante el Juez de Partido de Familia en la vía ordinaria de hecho, reuniendo los requisitos formales y procesales necesarios establecidos en los artículos 73, 181, 373, 387 del Código de Familia y 327 del Código de Procedimiento Civil.

La acción del divorcio reconoce caracteres muy propios.

✓ **Es personalísima.-**

Así como el matrimonio es un acto jurídico eminentemente personal, por lo mismo, su disolución también sólo compete a los cónyuges.

✓ **La acción debe fundarse en una ó varias causales señaladas en la ley.-**

El art. 130 del Código de Familia atribuye el número de 5 al respecto, el demandante tiene la opción de invocar cualesquiera de ellas según se adecuó a los hechos en la que pretenda amparar su derecho. El mismo Código prevé la separación conyugal de hecho por más de dos años consecutivos estipulada en el artículo 131.

✓ **No admite demandas basadas en propia culpa.-**

El Código, prohíbe fundar la causal de divorcio en la propia falta o culpa del cónyuge demandante, bajo el concepto clásico de que "a nadie le es lícito obtener provecho de su propia falta" artículo 134 del Código de Familia.

La acción sólo corresponde al cónyuge inocente que es víctima de cualesquiera de los hechos que tipifica el artículo 130 del Código citado, por ser un medio de defensa que la ley pone a su disposición a efecto de que pueda estar a cubierto de nuevos agravios por parte del otro, de ahí que por ejemplo el esposo que ha hecho víctima de malos tratos e injurias graves a su cónyuge no está facultado moralmente para incoar demanda de divorcio vincular, la acción vincular, la acción competente únicamente al esposo que es víctima de los malos tratos.

✓ **No admite renuncia o limitación a la facultad de pedir el divorcio.-**

La legislación expresa que es nula toda renuncia o limitación que hagan los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio.

El derecho de pedir el divorcio es de orden público en ejercicio de la libertad individual fundada en la igualdad jurídica de los cónyuges, de donde ninguno puede limitar al otro la facultad de demandar la desvinculación matrimonial cuando considera que la vida en común se hace insoportable, insostenible, ni poder establecer esa condición a momento de constituir el matrimonio, o durante la vida conyugal, bajo sanción de nulidad de pleno derecho.

2.3.3 Las causas del divorcio.-

Las causas del divorcio vincular son los motivos o las razones elementales que dan lugar a la disolución del matrimonio, también el fundamento en la que se basa la acción desvinculatoria; la mayor parte de las legislaciones contemporáneas incluyen en sus disposiciones determinadas causales para la procedencia del divorcio, algunas fundadas en hechos que representan eminente gravedad para el cónyuge que es víctima y otras en actitudes de menor gravedad, y aún basadas

en la libre autonomía de la voluntad como el mutuo consentimiento o acuerdo, dependiendo la comente de la doctrina en la que están inspiradas.

Es así que en algunos países como los situados al Norte de América, Centroamérica (México) y en algunos sudamericanos como el Uruguay, han establecido causales simples para favorecer el divorcio, otras como la que rige en nuestro país, las causales son más rígidas y específicas, basada en el principio de que el Estado protege a la familia, procurando prolongar su unidad y su estabilidad a través de la permanencia del matrimonio en aras de evitar su disolución por vía del divorcio.

Existieron otros países que se resistieron tenazmente al divorcio hasta la última década del Siglo anterior como sucedió con Chile que recién en octubre del año de 1998 consideró seriamente la ley del divorcio, en ese país sólo impera la separación de cuerpos y desarrollando ampliamente la teoría de la nulidad matrimonial.

Recientemente se presentó una propuesta para aprobar la ley de divorcio pero la iglesia la rechazó.

Nuestra legislación establece causales específicas en las que se debe fundar la acción de divorcio, y se refiere a aquellas que representan caracteres de gravedad que toman difícil e insostenible la vida en común, ellas están referidas a determinadas conductas que afectan los valores morales en la que sustentan las relaciones interpersonales de los esposos, comprometiendo profundamente la esencia misma del matrimonio, así como el interés de los hijos y el de la sociedad en general.

Esas causales están catalogadas en el artículo 130 del Código de Familia, de acuerdo al siguiente orden:

- 1) Por adulterio o relación homosexual de cualquiera de los cónyuges.

- 2) Por tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o por ser autor, cómplice o instigador de delito contra su honra o sus bienes.
- 3) Por corromper uno de los cónyuges al otro o a los hijos, o por connivencia en su corrupción o prostitución.
- 4) Por sevicia, injurias graves o malos tratos de palabra o de obra que hagan intolerable la vida en común.
- 5) 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 del otro. Cuando el esposo culpable vuelve al hogar sólo para no dejar vencer aquel término, se lo tendrá por cumplido si se produce un nuevo abandono por dos meses⁶.

Otra causal que está admitida en nuestro Código de Familia es la que se encuentra en el artículo 131 (Separación de hecho). Puede demandar el divorcio, cualquiera de los cónyuges, por la separación de hecho libremente consentida y continuada por más de dos años, independientemente de la causa que la hubiera motivado.

2.3.4 Efectos jurídicos.-

Los efectos genéricos que produce la acción del divorcio están configurados en 3 órdenes perfectamente delimitados por la legislación familiar, entre las que sobresalen: a) los personales, b) los patrimoniales y, c) los que se refieren a los hijos o familiares.

a) Efectos personales

La sentencia de divorcio disuelve el vínculo jurídico conyugal desde el día en que pasa en autoridad de cosa juzgada y cada uno recupera la libertad de estado, asumiendo la calidad de divorciados y no solteros porque ya no lo son.

⁶ Félix C. Paz Espinoza "El Matrimonio - El Divorcio - Asistencia Familiar - Procedimiento", págs. 103-110.

b) Efectos patrimoniales.-

El divorcio determina la cesación o terminación de la comunidad económica ganancial que se computa a partir del día en que se decretó la separación provisional de los esposos, como efecto de ella, los ex-cónyuges se dividen los activos y pasivos que lograron adquirir durante la vida matrimonial, es decir, el patrimonio económico creado desde el momento de su constitución.

Producida la ruptura del vínculo matrimonial, los ex-esposos, resultan ajenos a los derechos personales que individualmente poseen, y por lo mismo, desaparece el derecho de heredarse recíprocamente (artículo 1061 del Código Civil).

Cada cónyuge retira los bienes propios o parafernales con el que concurrieron al matrimonio, para administrarlos independientemente.

Sobre la forma de división y partición de los bienes gananciales, la ley es totalmente permisible en este aspecto, porque faculta a los cónyuges realizar todas las acciones jurídicas necesarias tendentes a la distribución equitativa de los bienes patrimoniales adquiridos durante la vigencia matrimonial, mediante la celebración de acuerdos conciliatorios, transacciones o convenciones que pudieran arribar a momento de iniciarse el proceso, durante su desarrollo y aún en ejecución de sentencia, en forma totalmente potestativa según representante el mejor interés personal, pudiendo al respecto acudir a todas las operaciones numéricas necesarias de acuerdo a la libre determinación de las partes (arts. 519, 945 del Código Civil).

c) Efectos sobre los hijos.-

El artículo 145 del Código de Familia norma sobre la cuestión de la prole en los casos concretos de divorcio, señalando que *el juez define en la sentencia la situación de los hijos, teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de estos. Las convenciones que celebren o las proposiciones que hagan*

los padres, pueden aceptarse, siempre que consulten dicho cuidado e interés y tengan bajo su patria potestad a todos los hijos.

Luego agrega que todos los hijos menores de edad quedarán bajo el poder del padre o de la madre que ofrezca mayores garantías para el cuidado, interés moral y material de éstos, debiendo el otro cónyuge contribuir a la manutención de los mismos de acuerdo a sus posibilidades y en la forma que el juez señale. Por razones de moralidad, salud o educación puede confiarse la guarda a los abuelos paternos o maternos o entre hermanos de los cónyuges prescindiéndose de los padres. En caso necesario la guarda puede ser confiada a terceras personas de conocida idoneidad.

Quien sabe, esta es una de las cuestiones familiares más delicadas y complicadas que tienen que adoptar los órganos jurisdiccionales que están a cargo del conocimiento de un proceso de divorcio, donde tienen que decidir necesariamente sobre la situación de los hijos, que conforme a lo legislado, pueden producir efectos diferentes y mucho más importantes que los otros aspectos examinados hasta aquí, entre los que podemos extractar los siguientes:

*** El ejercicio de la patria potestad o la autoridad.-**

A la conclusión del proceso de divorcio, es el juez quien determina en definitiva la situación del ejercicio de la autoridad sobre los hijos en estado de minoridad, tomando en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de éstos.

El progenitor que accede al ejercicio de la autoridad o la patria potestad, asume la representación legal de los hijos, así como la responsabilidad en la administración de sus bienes patrimoniales. (Art. 278 Código de Familia).

*** El derecho de visita y supervigilancia.-**

El padre o la madre que no ha obtenido la guarda tiene derecho de visita en las condiciones que fija el juez y el de supervigilar la educación y el mantenimiento de los hijos, a no ser que a ello se oponga el interés de dichos hijos, artículos 146 y 257 del Código de Familia.

*** La tutela.-**

Cuando ninguno de los padres se encuentra en la posibilidad efectiva de ejercer la patria potestad, la guarda y custodia de los hijos puede ser confiada a los parientes consanguíneos más inmediatos, y aún a otras personas ajenas a esa relación parental, bajo el régimen legal de la TUTELA (art. 145 parágrafo IV del Código de Familia).

*** La asistencia familiar.-**

Tal como dispone el artículo 147 del Código de Familia: "El padre o la madre están obligados a contribuir al mantenimiento y educación de los hijos en proporción a sus posibilidades y a las necesidades de estos; al final expresa que la "sentencia determinará la contribución que corresponde a cada uno". Lo normado por el artículo 147, resulta que se adecua perfectamente con lo establecido por el párrafo primero del artículo 194 de la Constitución Política del Estado que prescribe lo siguiente: "El matrimonio descansa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges"⁷.

Asimismo el artículo 14, nos señala que *la asistencia familiar comprende todo lo indispensable para el sustento, la habitación, el vestido y la atención médica. Si el beneficiario es menor de edad, esta asistencia también comprende los gastos de educación y los necesarios para que adquiera una profesión u oficio.*

⁷ Código de Familia.

Los artículos 21 y 22 nos indican que *la asistencia familiar se fija en proporción a la necesidad de quien la pide y a los recursos del que debe darla y que la asistencia familiar se cumple en forma de pensión o de asignación pagadera por mensualidades vencidas y corre desde el día de la citación con la demanda.*

Y por último el artículo 389 dispone que *e/Juez determinará la situación circunstancial de los hijos, ateniéndose a lo dispuesto por el arf. 145. Igualmente fijará la pensión de asistencia que el marido pasará a los hijos que no se queden bajo su guarda y a la mujer mientras dure el litigio en proceso familiar*⁸.

⁸ Félix C Paz Espinoza "El Matrimonio - El Divorcio - Asistencia Familiar - Procedimiento", págs 138-145.

CAPITULO 3

TRATAMIENTO TEÓRICO O DOCTRINAL DEL TEMA

El presente capítulo, expone las diferentes posiciones de la doctrina jurídica respecto al divorcio por mutuo acuerdo o mutuo consentimiento, y respecto a las posiciones que existen a favor y en contra del divorcio.

3.1 EL DIVORCIO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA IGLESIA CATÓLICA

La Iglesia Católica ha tenido un rol protagonista en todos los países donde se ha implantado la Institución del Divorcio.,' ya que siempre ha mostrado un obstáculo frontal al mismo, bajo la concepción de la "indisolubilidad del matrimonio", elevado a la dignidad del Sacramento. Justamente, la iglesia sostiene tres postulados con relación al matrimonio:

- ✓ Su unidad.
- ✓ Su insolubilidad.
- ✓ Su elevación a la dignidad de Sacramento por Dios.

En consecuencia, cuando la Iglesia Católica defiende la Insolubilidad del Matrimonio, rechaza el divorcio defendiendo la institución de Dios. La iglesia fundamenta sus principios con argumentos de orden dogmático y argumentos de orden social y moral.

3.1.1 Argumentos de Orden Dogmático.

Estos se apoyan en la Biblia, en el Evangelio de San Mateo, cuando los Fariseos le preguntan a Jesucristo "si es lícito repudiar a la mujer por cualquier causa", él les responde que el creador hizo al varón y a la mujer para que se "unan en una sola carne", por tanto "lo que Dios unió no lo separe el hombre". La iglesia afirma

que Dios hombre instituyó el matrimonio, no como un contrato sino como una unión entre el hombre y la mujer fundidos en un solo ser, para significar la gracia santificante (Tesis Antidivorcista).

3.1.2 Argumentos de Orden Moral y Social.

Bajo estos argumentos se sostiene que la Iglesia Católica defiende y dignifica a la mujer, quien debe amar desde un plano superior, dejando de ser instrumento u objeto de placer sexual del hombre. El divorcio destruye la sociedad misma y al Estado. Solo el matrimonio indisoluble es base y pirámide de una vida feliz entre padres e hijos, forjados en un medio moral y elevado respeto.

Por su parte los Divorcistas sostienen que cuando el amor se ha convertido en odio y el hogar es un centro donde campea el escándalo y la inmoralidad, cuando el matrimonio ha perdido su objeto y elevada finalidad, cuando la vida en común entre cónyuges se vuelve insostenible, debe admitirse el divorcio. En suma los divorcistas asocian moral y derecho y sostienen que cuando las relaciones entre esposos se hallan agotadas y se ha dado el odio y la repugnancia mutua, debe darse el divorcio como Institución que legalice ese hecho real de la vida que tienen efectos nocivos para los hijos. Así Planiol decía: "El divorcio es un mal necesario, porque viene a ser el remedio de un mal mayor".⁹

3.2 EL DIVORCIO DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO.-

Los juristas y el legislador justifican el divorcio con diferentes fundamentos:

- ◀ Si bien el matrimonio se funda en la perpetuidad, ello no significa necesariamente indisolubilidad. Estando formado en base a la voluntad de las partes es disoluble y si las causas de los males conyugales están en el

⁹ ALARCÓN Pozo, Ricardo "Apuntes de Derecho de Familia (policopiado)

matrimonio, es necesario su disolución. El divorcio es el remedio al mal del matrimonio.

- ◀ El divorcio permite el cumplimiento de las necesidades biológicas de unión sexual, a diferencia de la separación de cuerpos que las impide.

- ◀ Los hijos deben tener en el hogar su perfecta y eficiente formación bajo la sabia dirección y ejemplo de sus padres. Pero cuando los hijos son víctimas de las desavenencias conyugales, es preciso evitarles consecuencias negativas mediante el divorcio de sus padres, que si bien les causa perjuicios es a cambio de evitarles mayores daños.

3.3 EL DIVORCIO DESDE UN PLANO IMPARCIAL.-

Existen contradicciones doctrinales relativas al divorcio, sustentadas por dos grupos: Los divorcistas y antidivorcistas. Su estudio es un problema socio-jurídico delicado y complejo.

Los antidivorcistas fundamentan la indisolubilidad del matrimonio en las palabras de Jesucristo: "Por tanto lo que Dios unió, no lo separe el hombre". Omitiendo o tergiversando la última parte de la respuesta a los fariseos: "Y yo digo quien repudia a su mujer, salvo caso de adulterio, y se casa con otra, adultera". Por ello vemos que el mismo Jesucristo instituyó el divorcio por causa de adulterio.

Otra prueba se lee en el Deuteronomio del antiguo testamento, cuando permite repudiar a la mujer, concluyendo: "Una vez que de la casa de él salió, podrá ella ser mujer de otro hombre". Es otra clara prueba de la existencia del divorcio con ruptura del vínculo matrimonial.

Los argumentos dogmáticos de la Iglesia en defensa de la indisolubilidad del matrimonio y el repudio del divorcio carecen de fundamento, más al contrario justifican la existencia del divorcio desde la antigüedad.

Finalmente señalemos que la legislación eclesiástica estableció dos clases de separación conyugal: La separación de cuerpos y el divorcio, de acuerdo a la fe religiosa de los esposos. Pero de cualquier manera, al admitir el divorcio por cualquier causa, la Iglesia echa por tierra sus mismos postulados referentes a la indisolubilidad del matrimonio, desvirtuando su campaña contra el matrimonio.

Pues bien siendo el divorcio la medicina al mal del matrimonio, las desventajas son menores o únicas como la falta de afecto y cuidados de uno de los padres y la consiguiente formación incompleta de los hijos.¹⁰

3.4 DOCTRINA RESPECTO AL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

En cuanto al divorcio por mutuo consentimiento, los Hermanos Mazeaud en su libro de Derecho Civil señalan que en la antigüedad las legislaciones consagraban, en su mayoría, una fortísima potestad marital. Esta tenía por corolario el poder conferido al marido para repudiar a su mujer, facultad soberana, al menos en el origen y, por supuesto, unilateral, la cual era conocida como divorcio-repudio. Se encuentra, por ejemplo, en el derecho hebreo, en el derecho islámico, en las antiguas costumbres germánicas.

Se le encuentra también en el primitivo derecho romano. Pero, desde el instante en que las grandes conquistas introdujeron en Roma las riquezas y las disolutas costumbres del Oriente, los esposos se divorciaban por **mutuo consentimiento**, esta forma de divorcio fue establecido por JUSTINIANO II. El divorcio se convirtió entonces en el desenlace normal del matrimonio; eso fue la ruina de la familia.

¹⁰ JIMÉNEZ Sanjines, Raúl "Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor".

En el antiguo derecho, la indisolubilidad del matrimonio no aparece en el antiguo derecho francés sino después de muchos siglos en los que se esforzó la Iglesia por hacer que triunfara esa doctrina nueva, incluso revolucionaria.

SAN AGUSTÍN y los Concilios habían afirmado la regla, fundada sobre el carácter sagrado del matrimonio, que es un sacramento al propio tiempo que **un acuerdo de voluntades**.

En el siglo XVIII: JUAN JACOBO ROUSSEAU y VOLTAIRE afirmaron su necesidad (cfr. Supra, n. 695).

En el Derecho revolucionario, los adversarios de la Iglesia triunfaron con la Revolución Francesa. El matrimonio, secularizado, sale del derecho canónico, la ley del 20 de diciembre de 1792 instituye el divorcio, consecuencia de la libertad: los cónyuges han sido libres para unirse; deben ser libres para separarse. Por tanto se admite el divorcio no sólo por causas determinadas, sino por **mutuo consentimiento**, porque los contratantes pueden destruir siempre por su acuerdo el contrato que su acuerdo hubiere formado.

Se admite incluso el divorcio por simple incompatibilidad de caracteres, lo cual es un divorcio por la voluntad unilateral de uno de los esposos, dispuesto siempre a crear por su actitud la incompatibilidad que justifique la ruptura. Se llega hasta permitir, por un decreto del 4 y 9 de floreal del año II, que el encargado del registro civil pronuncie el divorcio ante un simple testimonio de vida separada durante seis meses.

CAPITULO 4

LAS CAUSAS DE DIVORCIO EN EL CÓDIGO DE FAMILIA BOLIVIANO

En la mayoría de las legislaciones, los primeros antecedentes de la legislación civil - probablemente por la influencia de la religión católica- no incluyó provisiones respecto al divorcio, aunque si respecto a la nulidad y anulabilidad de los matrimonios civiles.

En Bolivia, el divorcio fue instituido mediante la Ley del 15 de abril del año 1932, durante la presidencia del Dr. Daniel Salamanca y hasta entonces, rigió únicamente la separación de cuerpos prevista en el Código Civil Santa Cruz de 1831.

4.1 ANTECEDENTES.-

Se reconoce ampliamente, la codificación de los países independizados de la corona española, promulgaron códigos civiles muy avanzados para su época, debido principalmente a la influencia de la codificación francesa y española. Estas a su vez se encontraban bajo la influencia de la nueva codificación a que dio lugar la Revolución Francesa. Las nuevas codificaciones citadas recogieron la comente doctrinal y filosófica liberal que se impuso también en los países llamados "Bolivarianos", a través de comisiones de codificadores de esa influencia.

Así, en Bolivia, hasta agosto de 1825 continuaban rigiendo las leyes españolas como en la colonia, hasta que el Mariscal Andrés de Santa Cruz puso en vigencia el Código Civil que estuvo basado en el Código Civil francés de 1804.

El Código Civil Santa Cruz en cuanto al matrimonio estuvo influenciado por el derecho canónico tanto que en su artículo 99 era elevado a la dignidad de

sacramento. En cuanto al divorcio en los capítulos I, II, III, IV del libro 7 artículo 144 al 159 instituye el divorcio relativo o el divorcio separación (manteniendo subsistente el vínculo jurídico conyugal ya sea por adulterio, malos tratos, sevicia o injurias graves), siendo los únicos competentes para fallar sobre el divorcio los tribunales eclesiásticos; pero los alimentos se tramitaban por medio de los jueces civiles.

Consignando la separación de cuerpos, bajo el erróneo nombre de divorcio por el cual los esposos se dividían los bienes y se separaban de habitación sin derecho a contraer nuevo matrimonio, estando condenados a vivir en un forzoso celibato.

El año 1932, bajo responsabilidad de Manuel María Urcullo, Casimiro Olañeta, Manuel José de Antequera y José María de la Lloza, se redactó el primer Código Civil boliviano. Este cuerpo de leyes, que como se dijo era de tendencia liberal y muy moderno para su época, incluye entre sus disposiciones las relativas al divorcio.

En sus artículos 144 a 159, el Código Civil citado, regula las causas y efectos del divorcio, específicamente, los artículos 144 y 145 establecen las causas de divorcio admitidas por la ley, señalando específicamente:

"Art. 144. El marido puede pedir divorcio por adulterio de su mujer. La mujer también podrá pedir el divorcio por adulterio de su marido.

Art. 145. Los esposos podrán demandar recíprocamente el divorcio por exceso, sevicia o injurias graves, inferidas por el uno al otro."

Como se verá, las causales de divorcio admitidas por el ordenamiento legal nacional, eran básicamente dos: a) el adulterio, y b) los excesos, sevicias, o injurias graves inferidas por alguno de los cónyuges.

En lo relativo a la disolubilidad del matrimonio sostenida por el Código Civil de 1831 quedó derogada con la sanción de la Ley de 15 de abril de 1932. Esta ley que incorpora en sus disposiciones algunas de las tendencias de la legislación de otros países en esa época, dispone en su artículo 2º que:

“El divorcio puede demandarse por las siguientes causas”

- Por adulterio de cualquiera de los cónyuges;
- Por tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, una vez pronunciada la sentencia condenatoria ejecutoriada;
- Por el hecho de prostituir el marido a la mujer o uno de éstos a los hijos;
- Por el abandono voluntario que haga del hogar uno de los cónyuges por más de un año y siempre que no haya obedecido a la intimación judicial para que se restituya, que debe hacérsela personalmente si se conoce su domicilio o por edictos en caso de ignorarse su paradero.

Cuando el esposo culpable vuelva al hogar matrimonial sólo para no dejar vencer este término, se computará cumplido él, si se produce un nuevo abandono por seis meses;

- Por la embriaguez habitual; la locura y enfermedades contagiosas crónicas e incurables;
- Por sevicias e injurias graves de un cónyuge respecto del otro y por los malos tratamientos, aunque no sean de gravedad, pero bastantes para hacer intolerable la vida en común. Estas causales serán apreciadas por el Juez, teniendo en cuenta la educación y condición del esposo agraviado;
- Por mutuo consentimiento. Pero en este caso el divorcio no se podrá pedir sino después de dos años de matrimonio;

Como se puede observar, la Ley de 1932 amplió las causales de divorcio de seis a ocho. Entre las inclusiones novedosas se encuentra la formulación explícita de aquello que la legislación francesa llamaba "exceso" y estaba recogido en el Código Civil de 1831.

Es así que la ley analizada, desdobra la causal de exceso en: atentado contra la vida del cónyuge, prostitución del cónyuge o los hijos, abandono del hogar y embriaguez habitual. Incorpora también dos causales nuevas: el mutuo consentimiento y la separación de hecho por más de cinco años.

Las disposiciones anteriores sobre las causales de divorcio, se mantuvieron vigentes por cuarenta años hasta la promulgación del Código de Familia de 23 de Agosto de 1972 que aun se mantiene vigente.

1.2 LA LEGISLACIÓN VIGENTE.-

En materia de divorcio, rigen actualmente las disposiciones del Código de Familia promulgado y puesto en vigencia el año 1972. En lo relativo al divorcio, las disposiciones que lo norman, están contenidas en los artículos 130 a 150. Específicamente en relación a las causas admitidas para que se produzca el divorcio, éstas están contenidas en los artículos 130 y 131, que textualmente dicen:

ARTÍCULO 130.- (Enumeración). El divorcio puede demandarse por las causas siguientes:

- 1° Por adulterio o relación homosexual de cualquiera de los cónyuges.
- 2° Por tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o por ser autor, cómplice o instigador de delito contra su honra o sus bienes.
- 3° Por corromper uno de los cónyuges al otro o a los hijos, o por connivencia en su corrupción o prostitución.

4° Por sevicia, 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.

5° 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 del otro. Cuando el esposo culpable vuelve al hogar sólo 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 resulte profundamente comprometidas la esencia misma del matrimonio, así como el interés de los hijos, si los hay y el de la sociedad.

ARTÍCULO 131.- (Separación de hecho). Puede también demandarse el divorcio, cualquiera de los cónyuges, por la separación de hecho libremente consentida y continuada por más de dos años, independientemente de la causa que la hubiera motivado. La prueba se limitará a demostrar la duración y continuidad de la separación. (El texto anterior corresponde al texto vigente según Ley 996 de 4 de abril 1988).

Sobre las causales de divorcio previstas en la legislación nacional vigente, el profesor Carlos Morales Guillen señala: "El adulterio es la violación de la obligación esencial del matrimonio, que el artículo 97 señala como deber común de los cónyuges. Supone siempre el elemento material consistente en las relaciones sexuales con persona distinta al cónyuge y el elemento intencional: la libre voluntad de realizarlas (Planiol, Ripert y Rouast). Hasta la ley de 1932, era además de causal de divorcio (art. 144 del c. c. abrg.), delito penado por la ley (arts. 564 y 565, c. p. abrg.),. Como hecho que es, su prueba es susceptible de ser establecida por todos los medios (art. 391): la jurisprudencia inserta infra, ilustra suficientemente sobre la interpretación que se debe dar a la prueba testifical que, en el caso es la más común; ha de tenerse en cuenta que no es preciso que la

prueba se refiera precisamente a haber presenciado la consumación de la relación sexual. La confesión, puede admitirse solamente como indicio y en tanto en cuando no sea colusoria (art. 393). La correspondencia privada y confidencial, si es obtenida y presentada en el proceso, con la violación de lo dispuesto por los artículos 20 de la Constitución Política y 19 y 20 del Código Civil, no surte efecto ninguno como prueba, así como las grabaciones clandestinas de conversaciones privadas.¹¹

El crimen o la tentativa de crimen contra la vida del consorte, contra su honra o sus bienes, resulta causal suficiente (y perentoria, podría decirse dentro de las diferenciaciones mencionadas supra), por las mismas razones y fundamentos que en derecho común (art. 1009 del Código Civil, caso 1º) se excluye de la sucesión por indignidad al cónyuge responsable. Más que en adulterio, se da una evidencia flagrante de violación deliberada de la fidelidad, deber esencial inherente a la unión conyugal (art. 97 Código de Familia). Sea que se trate de autoría o de complicidad se prueba, necesariamente, con la sentencia penal condenatoria ejecutoriada. Ha de considerarse que sí de la perpetración del hecho, resulta la muerte del cónyuge, no hay lugar a divorcio, porque la muerte ha disuelto el vínculo (art. 129, primera parte). Resultan otras consecuencias: la sanción penal correspondiente al homicidio (que se calificará según las circunstancias particulares del caso, arts. 251 y s., c. p.), la exclusión de la sucesión por indignidad (art. 1009, caso 1º, c. c.), además del impedimento dirimente (art. 50) para el responsable, si tuviera cómplice y tratara de matrimoniarse con éste.

La corrupción o prostitución del cónyuge o de los hijos, sin alcanzar los caracteres del delito contra la moral sexual, consisten por lo regular en el ámbito de aplicación de la norma en estudio, en malos ejemplos tolerancias indebidas, direcciones viciosas, órdenes o consejos corruptores, que implican una manifiesta violación de los deberes conyugales y también de las obligaciones inherentes al

¹¹ MORALES Guillen Carlos, “Código de Familia Concordado y Anotado” Editorial Gisbert, Segunda Edición, La Paz – Bolivia, 1990.

ejercicio de la patria potestad, cuyo ejercicio se pierde por tal causa (art. 277, caso 2º). Si esa conducta toma formas de delito, tales como la corrupción de menores o de mayores o la rufianería, entonces no sólo que importa una causal de divorcio, sino que apareja las sanciones previstas por los arts. 318 y 322 del c. p. Puede considerarse también este caso causal perentoria, dentro de la diferenciación enunciada supra, porque aquí, también, hay una culpa de la que el otro cónyuge tiene derecho a quejarse.

El intento de prostituir al otro cónyuge, se considera como acción villana y repugnante, una injuria de las más graves por su acción inmoral dirigida a comerciar con el propio decoro y la virtud del otro cónyuge y, por eso, causa evidente para justificar el divorcio. Si de los hijos se trata, su razón de ser se comprende con sólo tener en cuenta el grado de rebajamiento y decadencia moral que la connivencia presupone (Scaevola).

Las sevicias, injurias graves y malos tratos, son tres causas facultativas, según la diferenciación varias veces aludida supra, porque mientras en el adulterio, v.gr., si resulta probado el juez no puede hacer uso de la facultad que le confiere el art. 396, en estas causales, que por lo general son las que más se alegan en la mayoría de los divorcios, el juez tiene mayor libertad de apreciación, para decidir si los hechos deben o no producir desvinculación.

Los malos tratos (excesos en la ley francesa) no designa cosa alguna específicamente distinta de las sevicias según Planiol, Ripert y Rouast. Según los hermanos Mazeaud, los excesos (malos tratos) deben consistir en actos capaces de poner en peligro la vida del cónyuge, mientras las sevicias son las vías de hecho sobre la persona del cónyuge, pero que no ponen en peligro su vida.

La jurisprudencia nacional, ha dado al parecer con adecuada justeza, la noción de ambas causales así:

La sevicia, consiste en los actos vejatorios producidos con crueldad, factor este último que es su característica, no entrado en juego la intención de ofender, sino el propósito de hacer sufrir. En cambio, los malos tratos -que a veces se confunde con las sevicias- son los actos con que uno de los cónyuges niega al otro, en las relaciones familiares, la situación que le corresponde y la igualdad de respeto y consideración a que tiene derecho, menoscabando su dignidad y ocasionándole humillaciones con frecuencia, que hace intolerable mayor tolerancia.

Las injurias graves, dentro de cuyo amplio concepto se comprenden los malos tratamientos de palabra revisten un aspecto peligroso cuando son repetidas, es casi siempre la manifestación del odio o de la malquerencia. Su gravedad y frecuencia –dice Scaevola- señala más reconcentrado encono y más profundo rencor: así por ejemplo, según la jurisprudencia francesa (que cita éste autor) un marido injuria gravemente a su mujer, dando causa a divorcio, cuando le imputa (repetidamente) una enfermedad vergonzosa.

La injuria leve, obra en la generalidad de los casos de un momento de pasión o arrebató, acaso en alguna insignificante rencilla conyugal, no tiene la gravedad que la ley exige para producir un efecto tan trascendental como el divorcio.

Una ley francesa de 1941 (cit. de Mazeaud), con el fin de restringir el abuso de éstas causales, exige para calificar su gravedad, que el hecho alegado constituya la violación de los deberes y obligaciones matrimoniales, que la violación sea reiterada y que haga intolerable el mantenimiento del vínculo.

Corresponde a los jueces apreciar la gravedad de las causales en estudio, según las circunstancias de cada caso, particularmente por el hecho de que son causales de carácter eminentemente personal, según advierten Planiol, Ripert y Rouast, en el sentido de que el cónyuge demandante no puede invocar sino los actos o hechos que personalmente le conciernan y que emanen del cónyuge demandado.

El maltrato infringido aun tercero (ascendiente o descendiente) o que provenga de algún pariente del cónyuge, no constituyen ninguna causal alegable para demandar divorcio. Además debe considerarse la intencionalidad del acto, que implica que el cónyuge culpable es consciente de la lesión moral y material que infringe a su consorte.

El abandono del hogar, es otra causal facultativa, particularmente por la recomendación que contiene la última parte del inciso 5, para que los jueces la admitan solo cuando resultan profundamente comprometidas la esencia misma del matrimonio, así como el interés de los hijos, si los hay.

Constituye un evidente abandono de los deberes conyugales, sobretodo cuando producida la intimación judicial, se insiste en él."

Si "La separación de hecho como sugiere su propia denominación, importa una simple situación de hecho, creada y determinada por la sola y exclusiva voluntad de los cónyuges, que resuelven poner término a la vida en común y vivir separados. Debe ser libremente consentida y continuada durante el tiempo que marca la ley.

La separación adquiere apariencia de regularidad, esto es, acaba su apariencia extralegal, mediante la desvinculación legal, cuando transcurridos más de dos años, se intenta la acción para obtener la resolución judicial correspondiente, sin que importe al caso establecer ninguna causal, sino sólo acreditar la duración y la continuidad de la separación, que según la Ley de 15 de abril de 1932, (inc. h) del art. 2º) debía ser de más de cinco años. La reducción del plazo, parece ajustarse mejor a las exigencias de la realidad.¹²

¹² MORALES Guillen, Carlos, "Código de Familia Concordado y Anotado", Editorial [Gisbert](#), Segunda Edición, La Paz - [Bolivia](#), 1990

Así, por el texto de las disposiciones legales vigente, la legislación boliviana, sólo admite seis causas de divorcio. Como se ha visto en la doctrina analizada en el Capítulo anterior de esta investigación, las legislaciones de otros países admiten otras causales de divorcio, que constituyen ausencias que deben completarse en la legislación nacional.

Ese es el caso de las causales derivadas de la expresión de la simple voluntad de los cónyuges, sin necesidad de que transcurra plazo alguno como establece el art. 131 del Código de Familia vigente.

CAPITULO 5

PROCEDIMIENTO PARA EL TRÁMITE DE DIVORCIO

5.1 PROCESO DE DIVORCIO.-

En trámite en los procesos de divorcio en nuestra legislación explicamos a continuación los pasos a seguir para iniciar éste trámite:

5.1.1 Demanda, admisión, citación.-

De acuerdo con lo que establece el artículo 387 del Código de Familia, el divorcio es un proceso ordinario que es sustanciado ante el Juez de Partido de Familia del lugar del último domicilio del matrimonio o del lugar de la última residencia del demandado, a elección del demandante, en la forma prescrita por el Código de Procedimiento Civil en su artículo 10, inciso 29); en el caso de los matrimonios celebrados en el extranjero, el divorcio se planteará en el lugar del domicilio del demandante si el demandado no se encuentra en Bolivia (artículos 132 y 387, par. II Código de Familia).

La demanda deberá estar estructurada cumpliendo los requisitos que señala el artículo 327 del Código de Procedimiento Civil, adjuntándose la prueba preconstituida que acredite la existencia del vínculo jurídico matrimonial y el nexo biológico de los hijos producto de la unión conyugal (certificados de matrimonio y de nacimiento); la demanda debe estar fundada en una de las causales que señala el artículo 130 o el 131 del Código de Familia.

El juez al admitir la demanda conforme a derecho, dispondrá ponerse en conocimiento del esposo demandado para que la responda dentro del plazo de 15 días que establece el art. 345 del Código de Procedimiento Civil, al mismo tiempo, decretará la separación personal de los esposos, hecho que importa la cesación

de la obligación de cohabitar en el domicilio conyugal, y otorgará en su caso las garantías y seguridades que sean necesarias, cual faculta el artículo 388 del Código de Familia; en caso de haber hijos en minoridad, determinará la citación al Ministerio Público a efectos de cumplir con lo previsto por el artículo 10 de la Ley Niño, Niña y Adolescente, en algunos casos excepcionales, puede requerir jurisdiccionalmente la intervención de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia a cargo de la H. Alcaldía Municipal o la Dirección de Gestión Social dependiente de la Prefectura del Departamento, para la elaboración del informe técnico biopsicosocial.

El siguiente paso procesal consistirá en la citación del demandado que se lo podrá realizar en la forma que regulan los artículos 120, 121, 123, 124, 125 del Código de Procedimiento Civil, conforme a las modalidades que se catalogan:

- a) En forma personal,
- b) Mediante cédula dejada en el lugar de su domicilio si no fue posible realizarlo en forma personal,
- c) Mediante comisión o despacho instruido (orden instruida o exhorto suplicatorio),
si el demandado no reside en el lugar donde se le demanda,
- d) Mediante edictos publicados en la prensa escrita de circulación nacional o las otras formas que señala la Ley cuando se ignora el paradero y domicilio del demandado. Si el esposo que es citado por cualesquiera de las modalidades referidas no responde dentro del plazo que establece el art. 345 del Código de Procedimiento Civil, de oficio o a solicitud del demandante será declarado rebelde, notificándosele con esa resolución por cédula en su domicilio, con las posteriores actuaciones procesales se le notificarán en la secretaría del juzgado (art. 68 Código Procedimiento Civil), esto en las tres primeras modalidades; en cambio, bajo la modalidad de la citación por edictos, el plazo para responder es de 30 días a partir de la primera publicación en un medio escrito de mayor circulación nacional, en

la eventualidad de que el demandado no responda a la demanda, se le designará un defensor de oficio para que lo represente en el proceso, quien al aceptar la función deberá apersonarse al juzgado y responderá la demanda.

5.1.2 Contestación, reconvención, oposición de excepciones y relación procesal.-

El demandado, luego de su citación, está facultado para contestar a la demanda personalmente o mediante representante legal munido de un poder especial, en forma negativa o afirmativa en el plazo fatal de 15 días y oponer al mismo tiempo las excepciones de reconciliación o de prescripción de la acción.

Sin embargo, al responder a la demanda, puede hacer uso del derecho potestativo de plantear por su parte una contra demanda llamada "reconvención o mutua petición" basada en las causales invocadas por el demandante u otras en las que pretenda amparar sus derechos, la que deberá ser contestada por el demandante en el plazo de otros 15 días como señala el artículo 348 del Código de Procedimiento Civil, previa su citación personal, ya que la reconvención significa una nueva demanda y deben observarse las mismas formalidades que en la demanda principal; respondida la demanda y la reconvención, en su caso, o declarado rebelde el demandado, el juez establecerá la relación procesal que no podrá ser modificada posteriormente, esto mediante un auto interlocutorio (art. 353 Código de Procedimiento Civil).

5.1.3 De las medidas provisionales y soluciones alternativas.-

A diferencia de lo que sucede con los procesos ordinarios comunes, el siguiente paso procesal consistirá en la realización de las medidas provisionales a los efectos de cumplir con lo previsto por el artículo 389 del Código de Familia, a ese

respecto, en la praxis pueden presentarse varias alternativas de solución que otorga la ley a las partes en contienda:

a) Que los esposos en litigio puedan arribar a capitulaciones matrimoniales o acuerdos transaccionales resolviendo las medidas provisionales determinando la guarda y custodia de los hijos, la asistencia familiar que se debe fijar a éstos y a la cónyuge, el ejercicio del derecho de visitas y la cuestión de los bienes patrimoniales gananciales mediante su división convencional, basada en la autonomía de la voluntad y la permisión que otorga la ley, siempre y cuando no afecten los derechos de los menores y consulten el mejor cuidado e interés moral y material de éstos, arts. 196 Constitución Política del Estado, art. 945 del Código Civil y art.145, par. 2 del Código de Familia. En la eventualidad, presentado el documento con la demanda de divorcio por el demandante o ha tiempo de responder por el demandado, el juez se limitará a aceptarlos y aprobarlos en toda forma de derecho previo el dictamen del Ministerio Público, que en estos casos interviene siempre en representación del Estado, la sociedad y la minoridad, para su fiel y estricto cumplimiento por las partes para ser homologados en sentencia.

b) Una segunda alternativa es que el demandante al incoar la demanda, puede proponer formas de solución para arribar a convenciones entre las partes respecto a la guarda y custodia de los hijos, la asistencia familiar a éstos y a la cónyuge, y la situación de los bienes gananciales; si la parte demandada responde aceptando la proposición y la convención arribada cumple con los requisitos señalados por la Ley, será aceptada por la autoridad jurisdiccional previo el dictamen Fiscal para su homologación en sentencia.

c) Puede darse el caso de la existencia de hijos y de bienes gananciales o sólo haber estos últimos, la esposa puede renunciar válidamente al derecho de asistencia familiar que de acuerdo con lo que previene el art. 389, par. I le correspondía; respecto a la cuestión de los bienes gananciales, la Ley es amplia en este aspecto ya que se somete a la libre decisión de las partes su distribución,

renuncia, cesión u otra forma de solución práctica basada en la autonomía de la voluntad, al igual que en los casos anteriores, el juez se limitará a aceptar y aprobar el contenido del documento para su homologación en sentencia.

Resueltas las medidas provisionales en las formas alternativas anteriores, el siguiente paso procesal consistirá en proceder a la calificación del proceso como ordinario de hecho, determinar la apertura del plazo de prueba y la fijación de los puntos de hecho a probar (arts. 354, 370 y 371 Código de Procedimiento Civil). En los procesos de divorcio y otros referidos a materia familiar en general, no se aplica el sistema de los procesos de puro derecho.

d) Para la probabilidad de no producirse cualesquiera de las soluciones alternativas expuestas, conforme a lo establecido por el art. 389 del Código de Familia, el juez señalará día y hora de audiencia pública para adoptar y resolver las medidas provisionales, a la que concurrirán las partes asistidas de sus patrocinantes y el Fiscal de Familia, en representación del estado, la sociedad y la minoridad, pudiendo hacerlo también la representación de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia o de Gestión Social, un pedagogo o personas expertas si así lo requiere la autoridad jurisdiccional.

La audiencia se desarrollará bajo la dirección del juez que conoce del caso, en la que se resolverá circunstancialmente la situación de los hijos y fijará la asistencia familiar que el padre pasará a los hijos que no queden bajo su guarda y a la esposa mientras dure el litigio, para lo que se tendrá presente lo previsto en los arts. 145, 146 y 147 del Código familiar (la esposa está facultada para renunciar al derecho de asistencia familiar si cuenta con suficientes medios económicos o no la necesita, aspecto que puede ser apreciado por el juez para liberar al marido de pasar pensiones para su cónyuge basado en el principio de la igualdad jurídica matrimonial), en esta circunstancia, puede suceder también lo adverso, es decir, que sea el padre quien asuma la responsabilidad en la guarda y custodia de los hijos, en tal caso, será la madre la obligada de suministrar la asistencia familiar.

En el mismo acto, se determinará la separación de los bienes muebles del matrimonio, mediante inventario que practicará el Oficial de Diligencias del juzgado, así como de los bienes propios, en la forma que regula el artículo 390 del Código de Familia.

En la parte final de la resolución, o por separado, se calificará el proceso como ordinario de hecho y se lo sujetará al plazo probatorio que oscila entre 30 a 50 días comunes y perentorios para las partes, fijándose al mismo tiempo los hechos contradictorios que deben ser probados por las partes (puntos de hecho a probar).

Esta fase del proceso, tiene una importancia trascendental con relación a la situación de los hijos, porque es el órgano jurisdiccional el que determina su guarda y custodia provisional y constituye una de las decisiones más delicadas y complicadas, no obstante que la legislación familiar aconseja que los hijos en minoridad deben "quedar todos juntos bajo la autoridad materna o paterna que ofrezca mayores garantías para el cuidado, interés moral y material" (art. 145, par. 3), en la práctica adoptar esa decisión resulta difícil dada la oposición que a su turno formulan las partes, quienes piden para sí una decisión judicial favorable sobre la guarda y custodia de su prole, es ahí donde se manifiesta la experiencia del juzgador para determinar una medida más favorable a los intereses de los menores y procurar crear un ambiente de entendimiento racional entre los progenitores, con el objetivo de obtener un entorno familiar apacible y armónico para el mejor cumplimiento de los derechos y deberes que les asisten.

Para adoptar la decisión sobre la guarda y custodia de los hijos, el juzgador debe extremar todos los recursos imaginarios y útiles, en la finalidad de cumplir con los preceptos legales, para ese objetivo, en casos extremadamente intrincados, puede recurrirse al contacto directo con los menores; este medio práctico, ha facilitado la solución más efectiva y real de la problemática familiar y en especial de los hijos, que en variadas ocasiones se ha debido precisamente a la realización de

entrevistas privadas sostenidas con los menores para indagar la verdadera situación personal de los progenitores y la de los hijos, teniendo en cuenta para esa finalidad la edad y el estado psicológico de los entrevistados. En el ámbito judicial, la entrevista privada a los hijos, podría permitir al juzgador complementar los elementos de juicio que cursan en el proceso para resolver con mayor solvencia y convicción las medidas provisionales y cumplir cabalmente con lo previsto en los arts. 145 y 389 del Código de Familia, mejor si para esta tarea se complementa con el concurso profesional de un psicólogo(a) o trabajadora social.

5.1.4 Período de prueba, clausura, conclusiones, dictamen.-

El plazo probatorio empieza a correr a partir del día siguiente hábil de la última notificación a las partes con la resolución de su apertura, art. 140 Código de Procedimiento Civil; a partir de entonces, las partes tienen el plazo fatal de cinco días para ofrecer sus elementos de prueba, y tres días para objetarlas y oponer tachas a los testigos (arts. 379 y 382 Código de Procedimiento Civil), el resto de los días siguientes están destinados a hacer producir las pruebas ofrecidas.

Los medios probatorios de los que pueden valerse las partes para demostrar los extremos de sus pretensiones jurídicas, son aquellas que cataloga el Código de Procedimiento Civil en el Libro Segundo, Título II, Capítulo VI, Secciones II al VII, referidos a la prueba documental, la confesión provocada, la inspección judicial, el peritaje, la testificación y las presunciones. Por determinación del art. 391 del Código de Familia, la confesión y el juramento valdrán como simples indicios que requieren de la confirmación con otros medios de convicción; de otro lado, en la segunda parte de este artículo, el Código prohíbe terminantemente que los hijos sean llamados para prestar declaraciones, ni siquiera con carácter informativo en los procesos de divorcio, disposición con la que algunos autores muestran su conformidad en atención a razones de moralidad social y por la salud psicológica y mental de los hijos.

El Código de Familia permite a las partes recurrir a todo tipo de elementos probatorios a efectos de cumplir con la carga de la prueba que establecen los artículos 1283 del Código Civil y 375 de su procedimiento, con las limitaciones anotadas para la confesión y el juramento de posiciones; sin embargo, en la praxis judicial los medios más eficaces y comunes constituye la prueba testimonial, documental, la confesión provocada y la inspección judicial. El control de la prueba está a cargo del Ministerio Público al tenor de lo que previene el artículo 392 del Código Familiar, que lo hace en representación del Estado y la sociedad para prevenir fraudes y colusiones en la producción de pruebas; el Ministerio Público, juega aquí un papel trascendental, porque no sólo fiscaliza la actividad procesal sino también la actitud personal de las partes, en protección de la familia y el orden público, así determina el artículo 367 del mismo código: "*El Ministerio Público intervendrá como representante de la sociedad y el Estado en todos los procesos y actuaciones familiares, bajo sanción de nulidad en caso contrario*".

5.1.5 Clausura del período probatorio.-

A la conclusión del plazo probatorio al que fue sometido el proceso, el juez, de oficio o a petición de partes, declarara su clausura, facultando a los contendientes hacer uso del cuaderno de autos para formular sus alegatos en conclusiones en su orden, por el plazo de ocho días para cada uno, a ese efecto, las partes pueden sacar el expediente del juzgado y devolverlo en el plazo improrrogable de los ocho días, acompañando el memorial conteniendo los alegatos.

5.1.6 Intento de reconciliación.-

El juez, durante el trámite de la causa y antes de la sentencia, puede intentar, si lo estima conveniente, la reconciliación de los cónyuges, procediendo en forma similar a los casos de desacuerdo (Art. 395 del Código de Familia).

Esta es una facultad jurisdiccional especial atribuida al juzgador para cumplir con los postulados emanados de la ley para procurar mantener la unidad familiar, brindar orientación jurídica y protección legal a sus miembros, a ese efecto, puede convocar a los esposos a conciliación a tiempo de iniciarse el proceso, durante su desarrollo y antes de dictar sentencia.

5.1.7 Dictamen en conclusiones del Ministerio Público.-

Presentados los alegatos en conclusiones por las partes o vencidos los plazos que establece el art. 394 del Código de Procedimiento Civil, el juez ordenará la remisión del cuaderno de autos a conocimiento del Ministerio Público para que ésta Institución cumpliendo el rol fiscalizador encargado por el Estado, previo el análisis jurídico de los antecedentes del proceso, para establecer si se han observado correctamente con las normas sustantivas y adjetivas en la tramitación del proceso, así como la evaluación de los elementos de prueba aportados por las partes, emita el dictamen de fondo en conclusiones ; el dictamen fiscal puede ser absuelto en las siguientes formas:

- Opinando por que se declare probada la demanda, cuando la parte demandante hubiere cumplido a cabalidad con la carga de la prueba que establecen los artículos 1286 del Código Civil y 375 de su Procedimiento, conforme a la causal invocada en la demanda.
- Por que se declare improbada la demanda si la parte demandante no ha cumplido en forma efectiva con la referida carga de la prueba.

Si la demanda es doble, opinar porque se declare probada la demanda principal e improbada la demanda reconvenicional, o la inversa, por improbada la demanda principal y probada la reconvenicional, dependiendo la actitud procesal de las partes. Si tanto el demandante y la demandada o reconvenicionista hubiesen logrado probar efectivamente los extremos de sus pretensiones jurídicas, en tal

caso, opinará porque se declaren probadas tanto la demanda principal como la reconvenzional y disuelto el vínculo jurídico matrimonial que une a las partes.

Pero si ninguna de las partes hubiese logrado demostrar eficientemente las causales aducidas en sus demandas, solicitará se declaren por improbadas ambas acciones, pero que por la apreciación subjetiva de los antecedentes del proceso es notoria que la vida matrimonial es insostenible entre los cónyuges, podrá dictaminar por la separación judicial de los esposos.

5.1.8 Decreto de Autos para Sentencia.-

Absuelto el dictamen Fiscal el juez decretará, "autos para sentencia", dentro de las cuarenta y ocho horas subsiguientes (art. 395 Código Procedimiento Civil); con ese proveído, quedará cerrada toda discusión y no podrán presentarse escritos ni producirse pruebas, excepto si el juez usare de la facultad conferida por el art. 378 del Código de Procedimiento Civil. En este caso, el plazo para dictar la sentencia quedará suspendido por los días que requiera la producción de la prueba (art. 396 Código de Procedimiento Civil).

5.1.9 Sentencia.-

La sentencia es la resolución de primera instancia que pone fin a la contienda jurídica, e incumbe al juez de grado dirimir el litigio sometido a su conocimiento y competencia, como resultado final de la apreciación y valoración de los elementos de prueba aportados por las partes en su conjunto y en el fundamento de las leyes pertinentes.

En el ámbito del Derecho de Familia, cuando la acción se la ha fundado en las causales del artículo 130 del Código de Familia, el juez admitirá el divorcio cuando por la gravedad de la causa o causas aducidas, emergentes de la prueba expresamente apreciada y valorada en la sentencia, resulten profundamente

comprometidos la esencia misma del matrimonio, así como el interés de los hijos, caso de haberlos, y el de la sociedad, bajo sanción de nulidad que se declarará de oficio (art. 397 Código de Familia); lo que no sucede con la causal del art. 131, del Código de Familia en la que simplemente se debe probar la separación libre, consentida y continuada por más de dos años.

Esta sentencia se caracteriza por ser constitutiva, porque se limita a declarar el derecho y constituir una nueva situación jurídica-- personal entre los ex-esposos a la calidad de divorciados, habilitándolos para contraer nuevas nupcias; con relación a los bienes que corresponden a la comunidad ganancial, pasan a formar parte del patrimonio personal e individual de cada uno de los contendientes, luego de la división y partición igualitaria.

Concluida la instancia del proceso, es decir, clausurado el período destinado a la producción de las pruebas, presentados los alegatos y evacuado el Dictamen Fiscal, el proceso será sometido a la decisión final para lo que se decretará "Autos", a partir de entonces el juez tiene el plazo de 40 días para pronunciar la sentencia de grado (art. 204 Código de Procedimiento Civil), que podrá ser en una de las formas siguientes:

- 1) Declarando probada la demanda principal o la reconvencción o de ambas, en ese caso quedará disuelto el vínculo jurídico matrimonial que une a los esposos.
- 2) Declarando improbada la demanda principal y la reconvenccional, en tal caso quedará subsistente el vínculo matrimonial con todos los efectos señalados por el artículo 96 y siguientes del Código de Familia.

Reponiendo o anulando obrados hasta el vicio más antiguo, cuando en la tramitación del proceso se han infringido normas procesales que resultan insubsanables en su cumplimiento por las partes (art. 90 Código de Procedimiento Civil).

El artículo 396 del Código familiar concede al juez la facultad de declarar simplemente la SEPARACIÓN, cuando las causales probadas no sean lo suficientemente graves para la desvinculación o cuando exista posibilidad de que los cónyuges puedan reconciliarse, y en este último caso manifiesten expresamente su acuerdo para la separación.

Esta última parte parece no muy congruente, porque si los esposos han incoado una demanda de divorcio, sus razones están contenidas en las causales que señala el art. 130 del Código de Familia, sólo a criterio del juez pudiera no resultar lo suficientemente graves, salvo que de alguna actuación procesal se haya deducido la idea de que los esposos tienen la posibilidad de reconciliarse (en las confesiones provocadas, alegatos, audiencias de conciliación y otros actos).

5.1.10 Los recursos ordinarios y extraordinarios.-

Luego de notificadas las partes con la sentencia y las partes tienen la facultad de pedir explicación y enmienda dentro del plazo fatal de las veinticuatro horas (art. 196, inciso 2) Código de Procedimiento Civil), durante ese tiempo, los plazos quedaran suspendidos y se computarán a partir de 'la notificación con el auto de explicación o complementación.

Complementada o no la sentencia con la que fueron notificadas las partes y ésta les causa algún agravio, ellas tienen la facultad de interponer el recurso ordinario de apelación para que el Tribunal superior lo, repare o modifique, dentro del plazo fatal de 10 días (art. 220 Código de Procedimiento Civil), plazo que se computa de momento a momento. Para la procedencia del recurso es preciso que se cumpla con los requisitos de forma y de fondo que establece el art. 227 del citado Código, es decir, que se fundamente el agravio sufrido ante el mismo juez que dictó la sentencia; del recurso se correrá en traslado a la parte adversa para que la responda en el mismo plazo, quien podrá también apelar de su parte o adherirse al recurso, en tal caso se correrá nuevo traslado al apelante, con la respuesta de

éste se dictará el auto de concesión para ante el superior en grado, o sea, la Corte Superior de Distrito.

El Tribunal de alzada, previo el apersonamiento de las partes y el dictamen del Ministerio Público, emitirá la resolución de una segunda instancia llamada auto de vista, en el plazo de 30 días (art. 204, del Código de Procedimiento Civil); salvo el ejercicio de la facultad potestativa señalada por el art. 233 del Código de Procedimiento Civil (sujetar o abrir plazo de prueba de 20 días).

La resolución de segunda instancia podrá ser de las siguientes formas: Confirmatorio total, con costas en ambas instancias; Confirmatorio parcial, sin costas; revocatorio total o parcial, sin costas y; anulatorio o repositorio, con responsabilidad al inferior (art. 237 Código de Procedimiento Civil); si ambas partes fueren partes apelantes, no habrá condenación de costas.

En esta fase, es aplicable la facultad de pedir la explicación y enmienda en forma similar a lo que sucede en la primera instancia.

Notificadas que fuesen las partes con el auto de vista, ellas están facultadas para interponer el recurso extraordinario de casación o de nulidad dentro del plazo fatal de ocho días, cumpliendo con los requisitos intrínsecos que determinan los artículos 250, 253, 254, 255 del Código de Procedimiento Civil. La resolución que emite la Corte Suprema de Justicia llamada auto supremo, es definitiva y pone fin a las fases del proceso.

Ejecutoriada la sentencia sino se la ha recurrido con los recursos anteriores, o concluido el trámite con la casación, corresponde practicarse la cancelación de la partida matrimonial en la Dirección Departamental del Registro Civil mediante nota margina conforme lo ordena el artículo 398 del Código de Familia, para lo que se expedirá por el juzgado los testimonios correspondientes.

Respecto a la cuestión de los bienes inmuebles, muebles sujetos a registro, acciones o derechos, producto de la sociedad económica conyugal, en aplicación de los Art. 195 del Código Procesal y 390 del Código de Familia, procederá la tramitación de su división y partición, probada como fuere su ganancialidad dentro de un proceso sumario con el plazo probatorio de 20 días que se sujetará la causa.

En esta instancia, corresponde al juez calificar mediante una resolución especial o auto interlocutorio de carácter definitivo la ganancialidad de los bienes patrimoniales adquiridos por los esposos durante la vida matrimonial, excluyendo en su caso los considerados propios o parafernales con el que concurrieron al matrimonio, si cuales quiera de las partes demuestran su existencia mediante pruebas idóneas.

Si los bienes admiten cómoda división, se los partirán a razón del 50% para cada una de las partes, sino admiten tal posibilidad, entonces se las llevarán a subasta pública para partir el producto de la venta judicial a la mitad de cada uno.

En todo caso, resulta recomendable a las partes resolver las cuestiones patrimoniales en forma voluntaria mediante un acuerdo transaccional o, en la audiencia de conciliación que por recomendación resultante de una acuerdo de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia las partes pueden ser convocadas por el juez; con este procedimiento, se abrevia eficazmente los trámites engorrosos y dispendiosos que significa un proceso sumario, y lo que es más, la tarea difícil y casi nunca aceptada por las partes como resulta la decisión del juez, la que seguramente sería objeto de la interposición de nuevos recursos y mayor dilatación del proceso.

5.2 FORMAS DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO DE DIVORCIO.-

El proceso de divorcio tiene la posibilidad de concluir de dos maneras:

- a) En forma ordinaria;
- b) En forma extraordinaria.

El proceso de divorcio vincular concluye en forma ordinaria con la sentencia que emite el órgano jurisdiccional competente, determinando la ruptura del vínculo jurídico matrimonial.

En la forma extraordinaria, con el retiro de la demanda, el desistimiento de la acción, la perención de la instancia y la transacción (Libro Primero, Título VI, Capítulos I al III del Código de Procedimiento Civil).

5.2.1 El retiro de la demanda.-

Es un acto de retractación o revocación de la intención de proseguir con el desarrollo del proceso, el art. 303 del Código Procesal Civil faculta al demandante retirarla antes de contestada la demanda para considerársela como no presentada, aún encontrándose admitida por el juez.

5.2.2 El desistimiento.-

Se lo cataloga como el acto de abandonar la instancia, la acción o cualquier trámite del procedimiento, también la dejación o el apartamiento de la acción, de la demanda, de los recursos ordinarios o extraordinarios. En materia familiar, el desistimiento puede tener su origen en la reconciliación de los esposos, cuando olvidando los agravios y las ofensas inferidas retomaron a la vida en común, antes de la sentencia; en los demás casos, simple apartamiento de los recursos para poner fin al proceso.

5.2.3 La perención de instancia.-

Es la extinción del proceso por la inactividad, dejación o abandono en su tramitación por las partes por el espacio mayor de seis meses, pudiendo ser declarada la perención por el juez que conoce del proceso de oficio o a petición de parte, el plazo se computa desde la última actuación (art. 309 Código de Procedimiento Civil).

Según nos explica el Dr. José Decker Morales, requiere la concurrencia de tres condiciones: La instancia, la inactividad procesal y, el abandono por el tiempo señalado por la Ley.

La instancia tiene su inicio desde la interposición de la demanda hasta el llamamiento de autos para sentencia, en este período se realizan diversos actos tendentes a dar movimiento al proceso para que concluya con la sentencia en los plazos legales.

En cambio **la inactividad procesal** se refiere a la paralización por el abandono, es decir, rehuir el deber procesal que tienen las partes para impulsar el procedimiento; finalmente, el tiempo del **abandono** o la inactividad que es de seis meses.

De acuerdo con la doctrina procesal moderna, la perención o la caducidad de la instancia, tiene por finalidad el interés público para que los procesos no se paraliquen indefinidamente, y opera de pleno derecho, razón por la que su declaración es de oficio y procede tanto sobre las demandas i simples como dobles, o sea, sobre la pretensión jurídica unilateral como las de mutua petición o reconventionales.

5.2.4 La transacción.-

Viene a ser el acuerdo o convención arribada por las partes para poner fin al litigio, haciéndose mutuas concesiones, de acuerdo a las condiciones y requisitos establecidos por la ley y homologada por el juez (arts. 314, 315 C.P.C.).

En material de familia, la transacción es excepcional y no pone fin al litigio, porque los cónyuges no pueden transar el divorcio para poner fin al vínculo jurídico que los une, en estos casos, la transacción simplemente opera sobre la cuestión patrimonial alcanzando la calidad de cosa juzgada. Con relación a los acuerdos respecto a la guarda y custodia de la prole y la asistencia familiar, sus efectos son temporales porque admiten su revisión en cualquier tiempo de acuerdo con la situación de los hijos.¹³

Según el artículo 136 del Código de Familia *la reconciliación excluye la acción de divorcio y puede oponerse en cualquier estado de la causa. El Juez o tribunal la tramitará como incidente y, si resultare probada, declarará en auto motivado la terminación del juicio.*

Asimismo el artículo 139 del mencionado Código señala que *la muerte de uno de los esposos extingue la acción de divorcio.*

Finalmente el artículo 140 dispone que *la acción de divorcio se extingue si el esposo ofendido no la ejerce hasta los seis meses de conocida la causa en que se funda y, en caso de ignorancia hasta los dos años de que se produjo. Este precepto no se aplica al caso previsto por el artículo¹⁴ del Código de Familia.*

¹³ Félix C. Paz Espinoza "El Matrimonio –El Divorcio- Asistencia Familiar –procedimiento", Págs. 147-165.

¹⁴ Código de Familia

CAPITULO 6

LEGISLACIÓN COMPARADA

En todos los Estados Modernos, cualquiera sea su régimen, el que por disposiciones de rango constitucional, el Estado debe velar por la familia y otorgarle protección.

Por esa razón es que se han incorporado marcos normativos en materia familiar y el procedimiento para el divorcio dentro del campo denominado "Derecho de Familia".

Se han tomado en cuenta cinco países, cuyas legislaciones son un muestrario que nos permite ver las características de cada uno de los sistemas normativos en esta materia. Las normas de cada uno de los países elegidos presentan alguna peculiaridad que nos permitirá comparar con la normatividad boliviana.

Países como Argentina, España, México, Puerto Rico y Perú, presentan similitud en cuanto a algunas causales de divorcio, aunque el procedimiento y los plazos distan de ser los mismos.

6.1 LEGISLACIÓN ARGENTINA.-

El Código Civil de Argentina en su Artículo 213 señala que el vínculo matrimonial se disuelve:

Por sentencia de divorcio vincular.

Artículo 214.- Son causas de divorcio vincular:

La separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años, con los alcances y en la forma prevista en el artículo 204.

Artículo 204.- Podrá decretarse la separación personal, a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando éstos hubieren interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años. Si alguno de ellos alega y prueba no haber dado causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente".

En 1968 la Ley 17.711 agregó a la 2393 una norma que con el número 67 bis complementó las causas culpables previstas por el artículo 67 de la misma con la admisión de una presentación conjunta de ambos cónyuges solicitando el divorcio y la regulación de un proceso de características no contenciosas para tramitar ésta presentación.

La norma difiere de la que, en el proyecto original, incorporaba el divorcio (no vincular) por mutuo consentimiento de los cónyuges, al establecer que:

Transcurridos dos años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta, podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su separación personal. El Juez llamará a una audiencia para oír a las partes y procurará conciliarlas. Las manifestaciones vertidas en ella por las partes, tendrán carácter reservado y no constarán en el acta. Si los cónyuges no comparecieran personalmente, el pedido no tendrá efecto alguno.

Fracasada la conciliación se convocará a otra audiencia dentro de un plazo no menor de los dos meses ni mayor de tres. Si también ésta resultare estéril, porque no se logra el avenimiento, el Juez decretará su separación personal cuando, según su ciencia y conciencia, los motivos aducidos por las partes sean

suficientemente graves. La sentencia se limitará a expresar que dichos motivos hacen moralmente imposible la vida en común, evitando indicar cuales son los hechos aducidos. Esta decisión tendrá los mismos efectos del divorcio por culpa de ambos, pero sea en el escrito inicial o en las audiencias posteriores, los cónyuges podrán dejar a salvo el derecho de uno de ellos a recibir alimentos.

Si no hubiere acuerdo sobre la liquidación de la sociedad conyugal, ésta tramitará por vía sumaria.

"La decisión judicial determinará, a instancia de partes cual de los cónyuges quedará al cuidado de los hijos, para lo cual tendrá en cuenta lo que ellos acuerden, si el interés superior de los menores no aconsejare otra solución. En cualquier caso, podrá modificarse ulteriormente lo resuelto, según lo aconseje las circunstancias".

6.2 LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.-

Hasta 1990 las causas principales de divorcio solían ser los malos tratos, la ludopatía, el alcoholismo y la infidelidad. Sin embargo, en la década de los 90, la responsable de muchos divorcios es la infelicidad porque las personas buscan una vida mejor.

Las causas de divorcio parten de un denominador común: El cese efectivo de la convivencia y un plazo de término de tiempo para ese cese efectivo de la convivencia.

Según el Artículo 86.1 del C.c. español: Es necesaria la interposición de una demanda de separación de mutuo acuerdo, es decir, que exista una previa separación consensual que exige, como mínimo, un año de matrimonio previo. Es necesario que se haya producido el cese efectivo de la convivencia conyugal durante un año desde la interposición de la demanda. Si se dan estos requisitos

cualquiera de los cónyuges, o los dos están legitimados para interponer la demanda de divorcio. Si lo hacen los dos, a la demanda de divorcio hay que acompañar la propuesta de convenio regulador.

En el divorcio consensual, los cónyuges pueden conseguir el divorcio cuando quieran y como quieran. El período mínimo es de dos años desde la celebración del matrimonio.

Artículo 86.2.- Necesidad de interponer una demanda de separación, pero la separación es causal (art. 86.2 C.c.).

Para pedir el divorcio por esta causa son necesarios los siguientes presupuestos:

- Que se haya interpuesto una demanda de separación basada entre las causas del art. 82 C.c. no se exige un año de matrimonio mínimo.
- Que haya transcurrido un año de cese efectivo de la convivencia conyugal desde la interposición de la demanda de separación.
- Se exige que haya recaído una resolución firme estimatoria de separación o que la separación no se haya resuelto en primera instancia en el transcurso de ese año de cese efectivo de la convivencia. Si es desestimatoria la resolución, la demanda de separación no se puede alegar. No hay posibilidad de un recurso posterior sino que tiene que ser una resolución firme de separación.

Está legitimado primero el cónyuge que interpuso la demanda de separación (demandante) y el demandado en la separación, pero sólo en aquellos supuestos en los que hubiera formulado la reconvencción (art. 406, 770.2 LEC).

Artículo 86.3 a) dos años de cese efectivo de la convivencia conyugal desde que se consienta por ambos cónyuges la separación de hecho. Es necesario una separación de hecho, libremente consentida y dos años de cese efectivo de la convivencia desde la separación de hecho.

Están legitimados para pedir el divorcio por esta causa cualquiera de los cónyuges. En caso de que lo pidan los dos es necesario presentar la propuesta de convenio regulador.

- Dos años desde la firmeza de la resolución judicial. Se exige una resolución firme de separación conyugal. Dos años desde la sentencia de separación, no desde la interposición de la demanda. En éste caso están legitimados ambos cónyuges, el culpable de la separación o el inocente.
- Desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges. Se exige que haya una declaración de ausencia legal de uno de los cónyuges (art. 183, ss. Ce.), que transcurran al menos dos años desde la declaración legal de ausencia. Están legitimados los dos cónyuges, se presume que el supuesto es para el cónyuge que se queda.

Art. 86.3. b) cese efectivo de la convivencia conyugal durante dos años cuando quien pide el divorcio acredite que al iniciarse la separación de hecho el otro estaba incurso en causa de separación legal. Se exige que haya producido una separación de hecho. Acreditar que uno de los cónyuges estaba incurso en una causa de separación legal, dos años de cese efectivo de la convivencia.

Parece que es una separación de hecho impuesta por uno de los cónyuges (unilateral) está legitimado el cónyuge que ha sufrido la causa de separación legal.

Art. 86.4 Exige 5 años de cese efectivo de la convivencia. Hay una separación de hecho durante cinco años, ambos cónyuges están legitimados para pedir el divorcio, de forma individual o conjunta en cuyo caso es necesaria la propuesta de convenio regulador.

Art. 86.5 Condena de un cónyuge en sentencia firme por atacar contra la vida del otro, sus ascendientes o descendientes. Se exige que un cónyuge haya atentado

contra la vida del otro (delito de atentado contra la vida), que haya una sentencia firme de condena.

En la mayoría de los casos, los hombres divorciarse porque ya han organizado su vida con otra, mientras que son muy pocas las mujeres que tienen otro compañero cuando toman decisión.

Parece ser que los divorciados, y sobre todo las divorciadas, no quieren cometer el mismo error dos veces. A juzgar por las estadísticas, solamente un 27% de las mujeres divorciadas y un 38% de los varones vuelven a casarse.

6.3 LEGISLACIÓN MEXICANA.-

Son causas de divorcio:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- II. El hecho de que la **mujer** dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- III. La propuesta del marido para prostituir a su **mujer**, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones camales con su **mujer**;
- IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia camal;
- V. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la **mujer** con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;
- VI. Padecer sífilis, tuberculosis, o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;

- VII. Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente;
- VIII. La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;
- IX. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;
- X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga esta que preceda la declaración de ausencia;
- XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;
- XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el Artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del Artículo 168;
- XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión
- XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;
- XV. Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;
- XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratase de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;
- XVII. El mutuo consentimiento;
- XVIII. La separación de los cónyuges por más Los cónyuges por más de 2 años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos;

- XIX. Las conductas de **violencia familiar** cometidas por uno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos. Para los efectos de este artículo se entiende por **violencia familiar** lo dispuesto por el artículo 323 de este Código.
- XX. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de **violencia familiar** hacia el otro cónyuge o los hijos, por el cónyuge obligado a ello.

En el caso de divorcio por mutuo consentimiento, la **mujer** tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El mismo derecho señalado en el párrafo anterior, tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.

6.4 LEGISLACIÓN PERUANA.-

El Código Civil de Perú como el de algunos otros países, establece como causales de divorcio:

- a) El adulterio, o sea, relaciones extramatrimoniales;
- b) El abandono malintencionado de hogar o de las responsabilidades domésticas o expulsión del/de la cónyuge;
- c) La desaparición injustificada por más de 3 años;

- d) El trastorno psicológico de gravedad o incurable que impida la vida matrimonial.
- e) Demás razones que imposibiliten la continuidad de la vida conyugal, como ser la violencia y la conducta deshonrosa, incompatibilidad sexual, etc.

Se recuerda que el Código Civil peruano establece que: "la separación convencional se puede solicitar después de transcurridos dos años de la celebración de matrimonio (art. 333, punto 11)", y en el artículo 354 señala que "transcurridos 6 meses desde notificada la sentencia de separación convencional, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto/ el vínculo de matrimonio. Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica".

De todos modos, los abogados peruanos suelen recomendar que el divorcio en Perú se gestione por separación convencional que es la más razonable y menos traumática, pues si es por causal específica es prácticamente imposible, dado que los jueces exigen no sólo pruebas fehacientes sino reiteradas para demostrar una causal (Ej.: el adulterio, se puede probar únicamente cuando el adúltero ha tenido un hijo extramatrimonial).

Recientemente el Congreso de la República, ha dado la Ley siguiente:

Ley que incorpora la Separación de Hecho como Causa de Separación de Cuerpos

"Artículo Primero.- Modifica el artículo 333 del Código Civil.

Modifícase el artículo 333° del Código Civil, con el siguiente texto:

Artículo 333.- Son causas de separación de cuerpos:

1. El adulterio.
2. La violencia, física o psicológica, que el Juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía.
8. La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio.
9. La homosexualidad sobreviviente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. La separación de hecho de los cónyuges durante un período mayor a tres años interrumpidos. En este caso, no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335.
12. Separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

6.5 LA IGLESIA.-

Católica creemos pertinente mencionar que si bien la iglesia no está de acuerdo con el divorcio, no obstante prevé en el Código Canónico las causas para declarar la nulidad del matrimonio las cuales detallamos a continuación:

En su Código Canónico Parte III (de algunos procesos especiales). Título I (De los procesos matrimoniales). Capítulo I (De las causas para declarar la nulidad del matrimonio) indica lo siguiente:

Art. 1.- Del fuero competente

C 1671 Las causas matrimoniales de los bautizados corresponden al juez eclesiástico por derecho propio.

C1672 Las causas sobre los efectos meramente civiles del matrimonio pertenecen al juez civil, a no ser que el derecho particular establezca que tales causas puedan ser tratadas y decididas por el juez eclesiástico cuando se planteen de manera incidental y accesoria.

C1673 Para las causas de nulidad de matrimonio no reservadas a la Sede Apostólica, son competentes:

- 1° el tributo del lugar en que se celebró el matrimonio;
- 2° el tributo del lugar en que el demandado tiene su domicilio o cuasidomicilio,
- 3°. el tribunal del lugar en que tiene su domicilio la parte actora, con tal de que ambas partes residan en el territorio de una misma Conferencia Episcopal y dé su consentimiento el Vicario judicial del domicilio de la parte demandada, habiendo oído a ésta;
- 4°. el tribunal del lugar en que de hecho se han de recoger la mayor parte de las pruebas, con tal de que lo consienta el Vicario judicial del domicilio de la parte demandada, previa consulta a ésta por si tiene alguna objeción.

Art. 5.- De la sentencia y de la apelación

C1681 Cuando en la instrucción de la causa surge una duda muy probable de que no se ha producido la consumación del matrimonio, puede el tribunal, suspendiendo la causa de nulidad con el consentimiento de las partes, realizar la instrucción del proceso para la dispensa del matrimonio rato, y luego transmitir las actas a la Sede Apostólica junto con la petición de dispensa hecha por ambos cónyuges o por uno de ellos, y con el voto del tribunal y del Obispo.

C1682 P1 La sentencia que declara por vez primera la nulidad de un matrimonio, junto con las apelaciones, si las hay, y demás actas del proceso, debe transmitirse de oficio al tribunal de apelación dentro del plazo de veinte días a partir de la publicación de la sentencia.

P2 Si la sentencia en favor de la nulidad se ha dictado en primera instancia, el tribunal de apelación, vistas las observaciones del defensor del vínculo y, si las hay, también las de las partes, debe, mediante decreto, o confirmar la decisión sin demora o admitir la causa para que sea examinada con trámite ordinario en la nueva instancia.

C1683 Si en el grado de apelación se aduce un nuevo capítulo por el que se pide la declaración de nulidad de un matrimonio, el tribunal de apelación puede admitirlo y juzgar acerca de él como en primera instancia.

CAPITULO 7

CAUSALES INVOCADAS EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO EN LA

CIUDAD DE LA PAZ

Según datos recabados en la Corte Superior de Justicia presentamos los resultados obtenidos en base a las técnicas e instrumentos de investigación aplicados.

7.1 RESULTADOS DE LA OBSERVACIÓN.-

Los resultados de la observación referidos a la legislación boliviana vigente en materia de las causales de divorcio admitidas en la ciudad de La Paz, es como sigue a continuación.

Durante el año 2000, se presentó en el Juzgado Primero de Partido de Familia 220 demandas de divorcio aproximadamente.

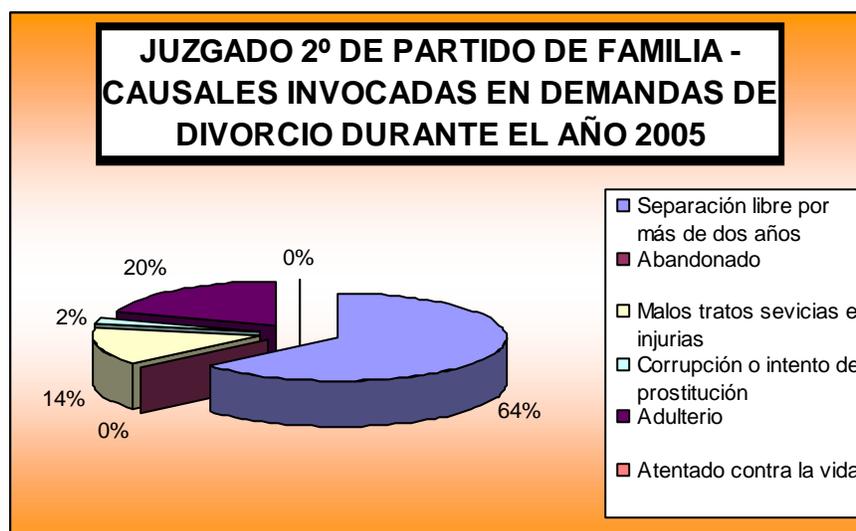
- Las causas resueltas fueron aproximadamente 105.
- Las causas desarchivadas de gestiones anteriores al 2000, fueron 226 causas.
- Quedando pendiente de la gestión 2000, 150 causas que no fueron resueltas durante esa gestión y que serán atendidas en la gestión 2001.

En cuanto a la observación realizada en el Juzgado Segundo de Partido de Familia correspondiente a la ciudad de La Paz, relativa a las Demandas de Divorcio admitidas por ese Juzgado durante el año 1999 y 2000, se han obtenido los resultados siguientes:

- Durante el año 1999, se presentó en ese Juzgado, un total de 237 demandas de divorcio.
- La gran mayoría de las demandas planteadas (63,29 %), invocó la causal de separación libremente consentida y continuada por más de dos años, establecida en el artículo 131 del Código de Familia.
- A continuación, el 20,25 % de los litigantes planteó demanda de divorcio invocando la causal de malos tratos, sevicias e injurias, prevista en el inciso 4) del artículo 130 del Código de Familia.
- Siguiendo la frecuencia de causales invocadas, se presentó demandas equivalentes al 13,51 % del total, invocando la causal de adulterio, prevista en el inciso 1) del art. 130 del Código de Familia.
- Un 2,11 % de los demandantes adujeron corrupción o intento de prostitución de parte del excónyuge en perjuicio de los demandantes. Esta causal está prevista en el inciso 3) del artículo 130 del Código de Familia.
- El saldo de demandas interpuestas, equivalente al 0,82 % corresponde en partes iguales a demandantes que invocaron los incisos 2) y 5) del artículo 130 del Código de Familia, es decir, atentado del excónyuge contra la vida del demandante y abandono malicioso del hogar, respectivamente.

El Gráfico No. 1 (ver página siguiente) expone los resultados señalados:

Gráfico No. 1



- Durante el año 2007, se presentó en el citado Juzgado, un total de 201 demandas de divorcio.
- Sin embargo los procesos que se encontraban en trámite eran 447, por quedar pendientes procesos de la gestión anterior.
- De los cuales las causas resueltas fueron 336.
- Y las conciliaciones efectuadas 13.

Durante el año 2006, se presentó en el Juzgado Sexto de Partido de Familia 207 demandas de divorcio.

- Las causas resueltas fueron aproximadamente 153.
- Las causas desarchivadas de gestiones anteriores a la gestión 2007 fueron 40 causas.
- Quedando pendiente de la gestión 2007, 54 causas que no fueron resueltas y que por consiguiente serían atendidas en la gestión 2008.

En cuanto a la observación realizada en el Juzgado Séptimo de Partido de Familia correspondiente a la ciudad de La Paz, relativa a las Demandas de Divorcio admitidas por ese Juzgado durante los años 2005-2008, se han obtenido los resultados siguientes:

- Durante el año 2005 desde el 10 de mayo hasta el 30 de diciembre, se presentó en ese Juzgado, un total de 205 demandas de divorcio.
- Durante el año 2006 desde el 18 de enero hasta el 29 de diciembre, se presentó 298 demandas de divorcio.
- Durante el año 2007 desde el 7 de enero hasta el 29 de diciembre, se presentó 282 demandas de divorcio.

Por otra parte, conforme se explicó antes, se efectuó la revisión al azar de 8 sentencias de divorcio, habiéndose verificado los resultados que se muestran en el Cuadro No. 1, siguiente:

Cuadro 1**Demandas de Divorcio**

Sentencia	Demanda	Sentencia
4/98	Separación de hecho libremente consentida y continuada por 2 años Art.131	Separación de hecho libremente consentida y continuada por 2 años Art. 131
177/98	Separación de hecho libremente consentida y continuada por 2 años Art.131	Separación de hecho libremente consentida y continuada por 2 años Art. 131
78/00	Separación de hecho libremente consentida y continuada por 2 años Art.131	Separación de hecho libremente consentida y continuada por 2 años Art. 131
51/00	Separación de hecho libremente consentida y continuada por 2 años Art.131	Separación de hecho libremente consentida y continuada por 2 años Art. 131
50/00	Separación de hecho libremente consentida y continuada por 2 años Art.131	Separación de hecho libremente consentida y continuada por 2 años Art. 131
33/00	Separación de hecho libremente consentida y continuada por 2 años Art.131	Separación de hecho libremente consentida y continuada por 2 años Art. 131
32/00	Separación de hecho libremente consentida y continuada por 2 años Art.131	Separación de hecho libremente consentida y continuada por 2 años Art. 131

31/00	Separación de hecho libremente consentida y continuada por 2 años Art.131	Separación de hecho libremente consentida y continuada por 2 años Art. 131
20/00	Separación de hecho libremente consentida y continuada por 2 años Art.131	Separación de hecho libremente consentida y continuada por 2 años Art. 131
34/00	sevicias, injurias, malos tratos de palabra o de obra Art.130;inc.4)	sevicias, injurias, malos tratos de palabra o de obra Art. 130; inc. 4)
35/00	Separación de hecho libremente consentida y continuada por 2 años Art.131	Separación de hecho libremente consentida y continuada por 2 años Art. 131

De manera coincidente con lo observado respecto a las nuevas demandas que se interponen en el Juzgado objeto de nuestro análisis, de las sentencias que se dictaron declarando probadas las demandas, 75% corresponden a demandas interpuestas invocando Separación libre y consentida por más de dos años, en tanto que el restante 25% corresponde a demandas planteadas y declaradas probadas por malos tratos inflingidos por uno de los cónyuges.

7.3. RESULTADOS DE LA ENCUESTA

En primer lugar, cabe mencionar que las encuestas fueron aplicadas a una muestra de treinta (35) personas que voluntariamente las respondieron.

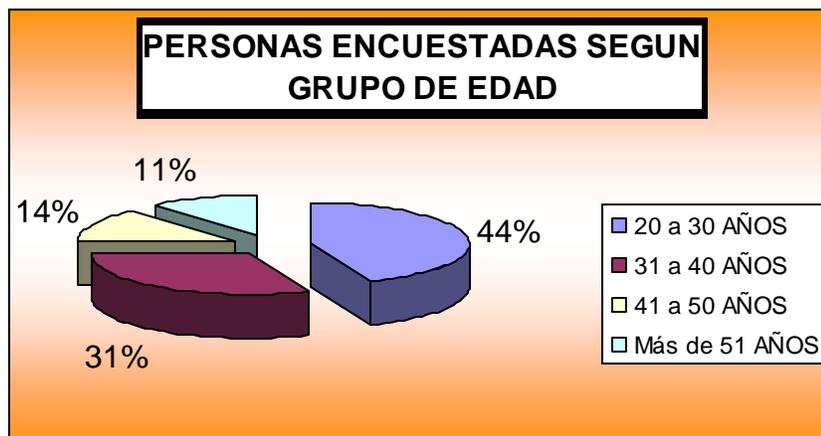
El Gráfico N° 2 (ver página siguiente), muestra que las encuestas estuvieron compuestas por personas de ambos sexos.

Gráfico No. 2



El gráfico citado, muestra que la encuesta fue aplicada a personas de ambos sexos, en proporciones prácticamente semejantes.

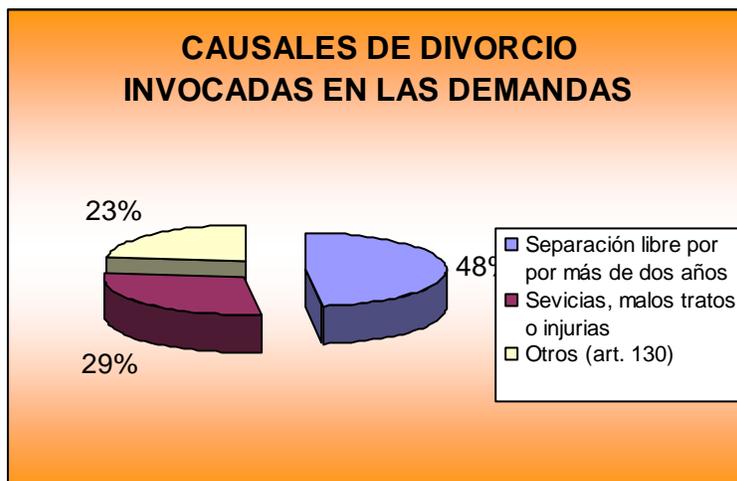
Gráfico No. 3



Como se muestra en los datos del gráfico No. 3, la encuesta fue aplicada en personas que se encuentran en los cuatro grupos de edad comprendidos entre los 20 y más de 51 años, en proporciones más o menos relativas. Cabe mencionar, que entre los encuestados no se encuentra ninguna persona de menor a 20 años de edad, aunque en realidad si se presentan algunos casos de divorcios de personas comprendidas en ese grupo de edad.

La pregunta No. 5 de la encuesta, indaga sobre la causal o causales invocadas en la demanda de divorcio planteada por los encuestados. El gráfico No. 4 siguiente, expone las respuestas obtenidas:

Gráfico No. 4

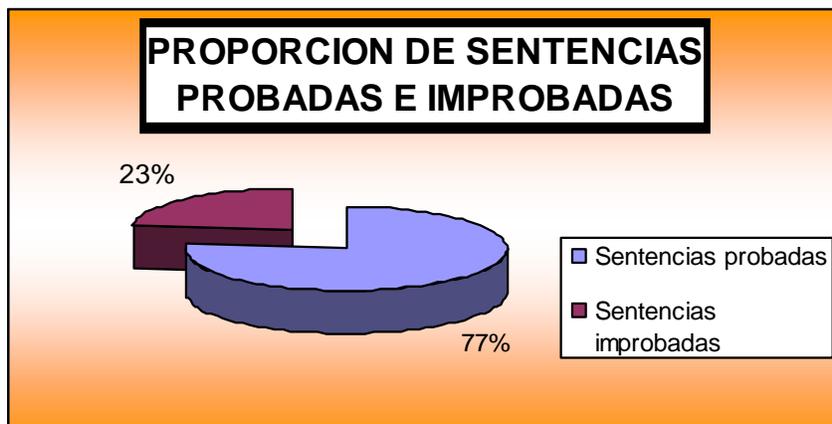


El Gráfico citado, muestra que la causal invocada con mayor frecuencia, es la de separación libremente consentida por más de dos años (48 % del total). Sigue en importancia en proporción más o menos igual (alrededor del 29 %) los malos tratos y sevicias, y finalmente en otras causales señaladas en el artículo No 130 (23%).

Comparados estos datos con los de la observación de causas en el Juzgado Segundo de Partido en Materia Familiar, se verifica que en ambos casos, la causa invocada de manera predominante es la de separación libremente consentida por más de dos años.

Como pregunta de control de la anterior, la pregunta No. 6 de la encuesta indagaba el resultado de la sentencia, en el sentido de establecer si la causal invocada fue declarada probada en sentencia. Los resultados del Gráfico No. 5, confirman que es posible asegurar que la causal predominante invocada en demandas de divorcio que se plantean en la ciudad de La Paz, es la separación libremente consentida y continuada por más de dos años.

Gráfico No. 5



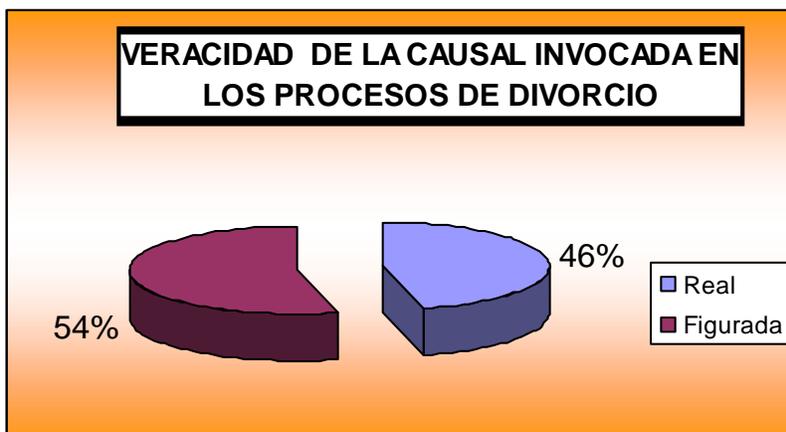
A tiempo de formular la encuesta, se tenía referencia por la orientación recibida de los profesionales consultados, que algunas demandas de divorcio son declaradas improbadas en sentencia, debido principalmente a la dificultad de probarlos.

Esas mismas personas nos indicaron que la causal de separación libremente consentida por más de dos años, es la causal invocada más simple de probar y que con menos frecuencia resulta improbada en sentencia.

La siguiente pregunta del formulario de encuesta (Pregunta No. 7), fue formulada para establecer si la causal invocada en la demanda de divorcio planteada por las personas encuestadas, fue en realidad provocó el rompimiento de su relación matrimonial.

Los resultados de las respuestas a esta pregunta, se encuentran en el Gráfico No. 6 siguiente:

Gráfico No. 6

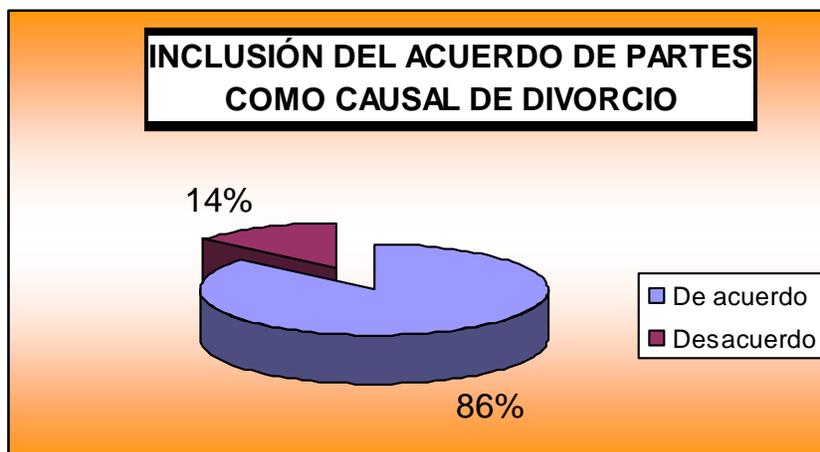


Los datos analizados muestran claramente que la mayoría de las personas encuestadas (54%), no demandó divorcio aduciendo la causa real por la que inició el proceso.

La siguiente pregunta del formulario de encuesta (pregunta No. 12), fue formulada para establecer si consideran pertinente incluir en nuestra legislación, una causal de divorcio en la cual no tengan que esperar dos años para iniciar la demanda de divorcio.

Los resultados de las respuestas a esta pregunta, se encuentran en el Gráfico No. 7

Gráfico No. 7



Los datos anteriores muestran muy claramente, que una gran mayoría estaría de acuerdo en que se hiciera la inclusión de una nueva causal dentro de nuestro Código de Familia.

7.4 METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

El propósito de la presente investigación es demostrar que las limitaciones de la legislación impiden que en los procesos de divorcio que se tramitan en la ciudad de La Paz (y probablemente en Bolivia en general), se de mayor celeridad debido a que los plazos que establece el Código de Familia son muy largos, motivo por el cual los actores invocan la causal de separación de dos años con el fin de apresurar el trámite, por ello es necesaria una modificación de la norma positiva vigente, que ha sido encarada como un estudio explicativo, en los términos definidos por Roberto Hernández Zampieri, Carlos Fernández Collado y Pilar Baptista Lucio.¹⁷

Los citados autores, definen este tipo de estudio como aquellos que "...están dirigidos a responder a las causas de los eventos físicos o sociales..., su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se da éste, o por qué dos o más variables están relacionadas". Esta definición se ajusta al presente tipo de estudio, y en consecuencia, se han utilizado las técnicas e instrumentos propios para esta clase de investigación.

Por otra parte, el método utilizado es deductivo pues de la descripción general de la realidad y de las características del fenómeno, se infieren conclusiones específicas sobre el hecho social analizado en el centro de la ciudad de La Paz.

Para el desarrollo de la investigación en su parte empírica, se ha aplicado los instrumentos de observación, entrevista y encuesta.

7.4.3 Encuesta.-

También se han aplicado encuestas, dirigidas a personas que han sido litigantes en procesos de divorcio. Se ha aplicado la encuesta a una muestra de treinta personas, de un universo indeterminado.

Para la elección de los individuos encuestados a quienes se aplicó la encuesta, se ha seguido los siguientes criterios:

- Personas divorciadas, y que hubieran obtenido sentencia durante los dos últimos años.
- Personas con residencia en la ciudad de La Paz, en puntos totalmente distintos

La encuesta ha sido aplicada con los objetivos siguientes:

- Establecer las causales más frecuentemente invocadas en las demandas de divorcio. Esta información debe ser coincidente con la obtenida de la observación del registro de demandas nuevas. (Pregunta 5).
- Establecer si se debiera incluir otra causal adicional y establecer si debiera ser posible disolver el vínculo matrimonial con la sola voluntad de cónyuges.(Preguntas 9 y 10).
- Establecer si es pertinente incluir en nuestra legislación una causal de divorcio, sin que se tenga que esperar los dos años para poder iniciar la demanda de divorcio y de ser incluida, si invocarían dicha causal en las demandas de divorcio. (Preguntas 12 y 13).

Una muestra del formulario de la encuesta aplicada se encuentra en el Anexo 1 "Instrumentos Aplicados".

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

De acuerdo a las disposiciones del Art. 89 del Código de Familia Boliviano, sobre la impotencia permanente para la copula carnal anterior al matrimonio puede aducirse como causa de anulación del matrimonio y no así como una causal de divorcio , la diferencia entre estas dos figuras jurídicas radican esencialmente en que la primera prescribe el derecho de accionar la demanda en el termino de dos años termino que corre a partir de la fecha del matrimonio, sin embargo la segunda figura jurídica es la que se propone es posterior a los dos años del matrimonio se proceda al tramite de divorcio por la incorporación de una nueva figura legal que seria **LA IMPOTENCIA SEXUAL PARA PROCREAR HIJOS DENTRO EL MATRIMONIO CAUSAL DE DIVORCIO** nueva causal de divorcio que de acuerdo a las previsiones del Art. 130 Inc. 6 to. Del Código de Familia tendría el mismo procedimiento que las otras causales de divorcio.

El objetivo general es no coartar este derecho humano que la de procrearse en la vida conyugal y el fin especifico es la de evitar y prevenir los malos tratos de hecho y de palabra por la ausencia de esta causal propuesta. Y finalmente desde el punto de vista del ius naturalista es la preservación de la especie humana a través de la procreación de la especie.

HIPÓTESIS

La posible solución ante un conflicto conyugal por la ausencia de hijos dentro el matrimonio esta relacionado fundamentalmente con la impotencia sexual de procreación, que pueden ser por distintas razones, pero que sin embargo el derecho de cualquiera de los conyugues no puede limitarse únicamente a la filiación o adopción legal o la inseminación artificial. Lo que propongo es que este derecho natural de la procreación natural no se limite y mediante ley de la república se proceda a la modificación del Art. 130 del Código de Familia, implementando una nueva causal de divorcio que seria la **IMPOTENCIA**

SEXUAL PARA PROCREAR HIJOS DENTRO EL MATRIMONIO CAUSAL DE DIVORCIO.

Y el procedimiento para este trámite de divorcio sena el mismo trámite ordinario de hecho que se sustancian en los estrados judiciales.

CAPITULO 8

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Se puede concluir en lo siguiente:

El logro de los fines del Estado se efectúa por las diferentes instituciones que protegen a la Familia mediante leyes y con la intervención del mismo Estado que en la legislación boliviana vigente, se halla establecida en nuestra Constitución Política del Estado artículo 193.

Casarse para nuestra ley y la sociedad resulta demasiado fácil, si no fuera la Iglesia que da cursillos prematrimoniales, no habría un lugar donde se imparta cierta reflexión y conocimientos básicos sobre sus futuras responsabilidades a los novios, tampoco existe oficina de apoyo o de orientación para prevenir rupturas prematuras. Aquí, en lugar de actuar sobre las causas, se actúa más bien sobre los efectos, ya que tratándose del divorcio la ley es muy exigente; aquí ya no basta la voluntad de los esposos, como el matrimonio en el que los contrayentes manifiestan su voluntad que es decisiva y determinante y firman el acta. En cambio para el divorcio ya no se toma en cuenta casi la voluntad de los esposos pues son terceras personas: Testigos, Juez, etc. cuyas voluntades determinan si hay divorcio o no, a parte de que sólo firma el divorcio el juez, y el trámite resulta moroso, muy costoso y pesado el procedimiento.

Consideramos que no basta atacar los efectos, si la pareja llega a la instancia del divorcio es que su vida en común ha fracasado. Entonces de lo que se trata es actuar más bien de manera preventiva y no correctiva, mediante la adecuada educación y formación de los futuros contrayentes, el apoyo jurídico, psicológico y de otra clase a la pareja cuando empieza a entrenarse con los conflictos, finalmente lo más sano sería elevar las condiciones de vida de la familia pues la

crisis económica es una de las grandes causas para el desastre de los hogares. No podemos pasar por alto también el machismo, que hace que el esposo siga usando los privilegios de soltería, como ser: Los viernes de soltero, los amigos, las aventuras extramatrimoniales como algo natural a lo que se suma la inmadurez de las personas y otros factores existentes.

Creemos que el Estado ha tratado de buena fe proteger al matrimonio y a la familia a través de la dureza de las normas sobre el divorcio, incluso en otros países como ser Chile no se admite el divorcio, pero es de otra manera que se debe enfrentar el agudo problema del divorcio, ya no importa la búsqueda de responsables del conflicto sino colaborar en el establecimiento de un nuevo equilibrio y actuar sobre los efectos de una ruptura que de hecho ya es irreparable. Es así que en nuestra legislación, cuando la familia ya no cumple con su finalidad, la ley prevé que se pueda disolver mediante la Institución del Divorcio, la cual se halla sometida a los procedimientos establecidos por el Código de Familia el cual establece las causas por las que se puede disolver el vínculo conyugal. Esta legislación establece que las causas para iniciar el trámite de divorcio están establecidas en los artículos 130 en sus 5 incisos y por el 131 por separación de más de dos años.

BIBLIOGRAFÍA

1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO: "**Gaceta Oficial de Bolivia**", Edición Oficial, La Paz-Bolivia, 1995.
2. HERNÁNDEZ Sampieri Roberto, FERNANDEZ Collado Carlos y BAPTISTA Lucio Pilar, "**Metodología de la Investigación**", Editorial Me Graw Hill, Segunda Edición, México, 1998.
3. JIMÉNEZ Sanjines, Raúl, "**Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor**", Tomo I, Editora Presencia S.R.L., La Paz - Bolivia, 2002.
4. LABORES JUDICIALES, Sucre-Bolivia, 1998.
5. MAZEAUD, "**Derecho Civil**", Parte I, Volumen IV, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1959.
6. CABANELLAS, Guillermo, "**Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**", Tomo III, Página 291, Editorial Heliasta, Buenos Aires - Argentina, 1986.
7. GOLDSTEIN, Mateo, "**Enciclopedia Jurídica OMEBA**", Tomo IX, Páginas 25 a 138, Editorial Driskill, Buenos Aires - Argentina, 1991.
8. IÑIGUEZ de Salinas Elizabeth y LINARES Pérez Anselma, "**Guía Jurídica para la Mujer y la Familia**", Editores Subsecretaría de Asuntos de Género, Segunda Edición, La Paz - Bolivia, 1997.
9. MORALES Guillen, Carlos, "**Código de Familia Concordado y Anotado**", Editorial Gisbert, Segunda Edición, La Paz - Bolivia, 1990.

10. MORALES, Carlos: **"Código Civil"**, Editorial LOS AMIGOS DEL LIBRO, La Paz-Bolivia, 1977.
11. PARAVICINI y Asociados, **"Sistema Legislativo - Colección de discos compactos con las disposiciones legales vigentes"**. La Paz, 1998.
12. OBLITAS Fernández Edgar y GONZÁLEZ Rendón José, **"Diccionario de Jurisprudencia Civil - Familiar - Comercia?"**, Tomo I A-I, Editorial Judicial, Sucre - Bolivia, 1991.
13. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: **"Diccionario de la Lengua Española"**, Editorial Espasa-Calpe S.A., Madrid-España, 1984.
14. PAZ Espinoza, Félix C., **"El Matrimonio. Divorcio. Asistencia Familiar. Procedimiento"**, Editorial Gráfica Gonzáles, Primera Edición, La Paz - Bolivia, 2001.
15. SOMARRIVA Undurraga, Manuel, **"Derecho de Familia"**, Editorial Nascimento, Segunda Edición, Santiago de Chile, 1963.
16. SAMOS Oroza, Ramiro, **"Apuntes de Derecho de Familia"**, Tomo I, Editorial Judicial, Sucre-Bolivia, 1995.
17. STILERMAN, Marta N., **"Divorcio por Presentación Conjunta"**, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1996.