

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

BIBLIOTECA



PROCESO DE DIGITALIZACIÓN DEL FONDO BIBLIOGRÁFICO DE LA BIBLIOTECA DE DERECHO

GESTION 2017

Nota importante para el usuario:

“Todo tipo de reproducción del presente documento siempre hacer mención de la fuente del autor y del repositorio digital para evitar cuestiones legales sobre el delito de plagio y/o piratería”.

La dirección de la Biblioteca



**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y SEMINARIOS**



ACREDITADA POR RESOLUCIÓN CEUB 1126/2002

TESIS DE GRADO

(Para optar al grado académico de Licenciatura en Derecho)

“Regular la distribución de la comunidad de gananciales con respecto a la separación de hecho en el código de familia”

POSTULANTE : Univ. Harold Antonio Guzman Valda

TUTOR : Dr. Félix Cirilo Paz Espinoza

**La Paz – Bolivia
2011**

ÍNDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

RESUMEN ABSTRACT

CAPITULO I

MARCO HISTÓRICO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL MATRIMONIO UNIÓN LIBRE DE HECHO, DIVORCIO Y SEPARACIÓN DE HECHO

| | |
|--|-----------|
| 1. ANTECEDENTES SOBRE EL MATRIMONIO..... | 1 |
| 1.1. PRINCIPALES FINES DEL MATRIMONIO..... | 4 |
| 1.1.1 PROCREACIÓN. | 4 |
| 1.1.2. SOCORRO MUTUO..... | 4 |
| 1.2. PRINCIPALES CARACTERES DEL MATRIMONIO..... | 5 |
| 1.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO..... | 5 |
| 1.3.1. MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN..... | 6 |
| 1.3.2. MATRIMONIO COMO CONTRATO..... | 7 |
| 1.4. CLASES DE MATRIMONIO..... | 7 |
| 1.4.1. MATRIMONIO CANÓNICO..... | 8 |
| 1.4.2. MATRIMONIO CIVIL..... | 9 |
| 1.5. PROTECCIÓN LEGAL DEL MATRIMONIO..... | 9 |
| 1.5.1. REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO..... | 10 |
| 1.5.1.1. CONDICIONES DE FONDO..... | 10 |
| 1.5.1.2. CONDICIONES DE FORMA..... | 13 |
| 1.6. EFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO..... | 16 |

| | |
|---|----|
| 1.6.1 EMANCIPACIÓN..... | 17 |
| 1.6.2 IGUALDAD CONYUGAL..... | 17 |
| 1.6.3 DEBERES COMUNES..... | 18 |
| 1.6.4 LA FIDELIDAD..... | 18 |
| 1.6.5 ASISTENCIA Y AUXILIO MUTUO..... | 18 |
| 1.6.6 COHABITACIÓN..... | 19 |
| 1.6.7 NECESIDADES COMUNES..... | 19 |
| 1.6.8 EJERCICIO DE UNA PROFESIÓN U OFICIO..... | 20 |
| 1.7 EFECTOS PATRIMONIALES..... | 20 |
| 1.8 ANTECEDENTES HISTÓRICOS SOBRE EL DIVORCIO..... | 21 |
| 1.9 CAUSAS MÁS COMUNES DEL DIVORCIO..... | 23 |
| 1.10 CLASES DE DIVORCIO..... | 23 |
| 1.10.1. DIVORCIO ABSOLUTO..... | 23 |
| 1.10.2. DIVORCIO RELATIVO..... | 24 |
| 1.10.3 DIVORCIO CONSENSUAL..... | 24 |
| 1.10.4 DIVORCIO REMEDIO..... | 24 |
| 1.10.5 DIVORCIO SANCIÓN..... | 25 |
| 1.10.6 DIVORCIO MIXTO..... | 25 |
| 1.11. DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO..... | 25 |
| 1.11.1 TESIS DIVORCISTA..... | 26 |
| 1.11.2 TESIS ANTIDIVORCISTA..... | 27 |
| 1.12 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA UNIÓN LIBRE O DE HECHO..... | 32 |
| 1.13 CONCEPTO DE UNIÓN LIBRE O DE HECHO..... | 33 |
| 1.14 REQUISITOS PARA QUE EXISTA UNA UNIÓN LIBRE..... | 34 |
| 1.15 UNIÓN LIBRE O DE HECHO EN LA BIBLIA Y EN OTRAS LEGISLACIONES..... | 35 |
| 1.15.1 UNIÓN LIBRE O DE HECHO EN LA BIBLIA..... | 35 |

| | |
|--|----|
| 1.15.2. UNIÓN LIBRE O DE HECHO EN ESPAÑA..... | 35 |
| 1.15.3. UNIÓN LIBRE O DE HECHO EN ECUADOR..... | 36 |
| 1.15.4. UNIÓN LIBRE O DE HECHO EN COLOMBIA..... | 36 |
| 1.16 ANTECEDENTES DE LA SEPARACIÓN DE HECHO..... | 37 |
| 1.17 CONCEPTO DE SEPARACIÓN..... | 38 |

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

ANTECEDENTES SOBRE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y COMUNIDAD DE GANANCIALES

| | |
|---|----|
| 2.1. CLASES DE BIENES SOCIEDAD CONYUGAL EN LA DOCTRINA..... | 41 |
| 2.1.1 BIENES SOCIALES..... | 41 |
| 2.1.2. BIENES DE CADA CÓNYUGE..... | 42 |
| 2.1.3. PATRIMONIO RESERVADO..... | 43 |
| 2.2. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES..... | 44 |
| 2.3. COMUNIDAD DE GANANCIALES..... | 44 |
| 2.3.1 POR CONVENIO..... | 45 |
| 2.3.2 POR PRINCIPIO LEGAL O DE LA LEY..... | 45 |
| 2.4 REGÍMENES PATRIMONIALES..... | 46 |
| 2.4.1 RÉGIMEN CON COMUNIDAD DE BIENES..... | 46 |
| 2.4.1.1 BIENES PROPIOS..... | 46 |
| 2.4.1.2 BIENES COMUNES. | 47 |
| 2.4.2 RÉGIMEN SIN COMUNIDAD..... | 47 |
| 2.4.3 RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES. | 48 |
| 2.4.4 RÉGIMEN DOTAL. | 48 |

| | |
|--|----|
| 2.5. NACIMIENTO DE LA COMUNIDAD DE GANANCIALES..... | 49 |
| 2.6. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA COMUNIDAD DE GANANCIALES... | 51 |
| 2.7. FINALIZACIÓN DE LA COMUNIDAD DE GANANCIALES..... | 51 |
| 2.7.1 LA MUERTE..... | 52 |
| 2.7.2 DIVORCIO..... | 52 |
| 2.7.2 ANULACIÓN DEL MATRIMONIO..... | 52 |
| 2.7.3 SEPARACIÓN JUDICIAL DE LOS ESPOSOS..... | 52 |
| 2.7.4 SEPARACIÓN JUDICIAL DE BIENES..... | 53 |
| 2.8. ALGUNAS INTERROGANTES SOBRE LA COMUNIDAD DE GANANCIALES..... | 55 |

CAPITULO III

MARCO JURÍDICO

LEGISLACIÓN NACIONAL Y EXTRANJERA SOBRE EL TEMA

| | |
|---|----|
| 3.1. LEGISLACIÓN NACIONAL..... | 57 |
| 3.1.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO..... | 57 |
| 3.1.2. CÓDIGO DE FAMILIA..... | 58 |
| 3.2. LEGISLACIÓN COMPARADA..... | 65 |
| 3.2.1. CÓDIGO PROCESAL Y CIVIL DE LA NACIÓN ARGENTINA..... | 66 |
| 3.2.2. LEY DE COMUNIDAD DE GANANCIALES DE LA REPÚBLICA DE CHILE..... | 67 |
| 3.2.3. CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA..... | 69 |
| 3.2.4. EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA..... | 75 |

CAPITULO IV

| | |
|--|------------|
| MARCO PRÁCTICO TABULACIÓN DE DATOS Y RESULTADOS | |
| DEMOSTRACIÓN DE LA HIPÓTESIS | |
| 4.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN..... | 83 |
| 4.1.1 EXPLICATIVO DESCRIPTIVO..... | 84 |
| 4.2 ENCUESTAS..... | 85 |
| 4.3 FUNDAMENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN..... | 93 |
| CONCLUSIONES..... | 99 |
| RECOMENDACIONES..... | 101 |
| JUSTIFICACIÓN DEL ANTEPROYECTO DE LEY..... | 102 |
| ANTEPROYECTO DE LEY..... | 105 |
| | |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 107 |

CAPITULO I

MARCO HISTÓRICO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL MATRIMONIO, UNIÓN LIBRE DE HECHO, DIVORCIO Y SEPARACIÓN DE HECHO

1.- ANTECEDENTES SOBRE EL MATRIMONIO.

La etimología de la palabra matrimonio viene del latín MATRIS MUNIUM. "Que significa oficio obligación de madre", porque a la mujer le tocaba la parte mas pesada del matrimonio. Se denomina también CONIUGIUM, porque es yugo o carga común; CONSORTIUM, porque ambos esposos corren igual suerte y CONNUBIUM Y UISTAE NUPTIAE, por el velo con el que se cubría la mujer al entregarla al marido".¹

Se emplean también otros términos:

Desposorio, del latín desposaré que significa promesa, esto es promesa de contraer matrimonio y en especial, casamiento por palabra del presente. Boda, voz derivada también del latín vota o votum que viene del juramento solemne pronunciado por los novios antes de casarse.

El matrimonio es una unión comunitaria entre un hombre y una mujer, supone una vida en común llevar junto las cargas, los infortunios y las desazones del diario existir; y supone también compartir las alegrías, éxitos y triunfos. El matrimonio es una comunidad, porque a ambos esposos les compete por igual el manejo y la dirección de los graves y delicados asuntos de la familia; a ambos les corresponde en el plano

¹ (Dermizaky Pablo, "Derecho de Familia; La Paz – Bolivia, 1991, p. 517.

material contribuir al sostenimiento de ese matrimonio, y de la familia según sus posibilidades, igualmente a los cónyuges, padres, les toca criar y educar a la prole para que esta pueda ser en el futuro gente de provecho; significa dotar a la sociedad de ciudadanos útiles en beneficio de la nación en su conjunto.

La muy grave y pesada carga que esto supone no será posible llevarla a la práctica para beneficio de los propios cónyuges, de sus hijos y de la sociedad en su conjunto, si acaso no existiera una plena e íntima comunidad de vida, una unión espiritual; pero además una unión comunitaria en cuanto a aspectos materiales se refiere.

Se dispone que la ley sólo reconozca el matrimonio civil. Después de celebrado el matrimonio civil podrá celebrarse el matrimonio canónico o religioso, pero no surtirá efectos legales sin la existencia del matrimonio civil, el matrimonio religioso solo se efectuará en vista del certificado que acredite haberse realizado el civil.

Según el ordenamiento jurídico vigente, como es el Código de Familia en su artículo 46 menciona que para contraer matrimonio válido las personas deben ser precisamente solteras, viudas o divorciadas, de lo contrario existe el impedimento de ligamen, para que este matrimonio sea válido; debe haber libertad de Estado.

Todo cuanto se refiere al matrimonio se halla específicamente dicho por ley: es la ley que señala los requisitos para contraer matrimonio válido, las formalidades relativas a su celebración, los efectos personales como patrimoniales, las causa de invalidez, las causas de disolución del matrimonio y las consecuencias de las mismas. Nada queda librado a la voluntad de las partes como no sea querer contraer matrimonio o dejar de hacerlo. *(Dermisaki, 1991: 35).*

Finalmente es de destacar que el matrimonio es una institución de orden público, por que las normas legales referidas a los mismos, no pueden ser dejadas de lado por convenios particulares, bajo pena de nulidad; así lo establece el Código de Familia Boliviano en su artículo 5 ad litteram; "la familia es trascendente e importante para el Estado, por ello sus normas no pueden renunciarse por la voluntad de los particulares, bajo pena de nulidad".

Cuando dos personas se casan o dejan de hacerlo tienen sus razones muy propias, personales e íntimas; la decisión de casarse o dejar de hacerlo es algo que se halla íntimamente ligado con los derechos inherentes a la personalidad humana, con la intimidad de cada sujeto.

El término matrimonio implica dos acepciones:

Como acto jurídico, el matrimonio es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado, ante un funcionario que el Estado designa para realizarlo.

Como estado matrimonial, el matrimonio es una situación general y permanente que se deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial género de vida.

1.1. PRINCIPALES FINES DEL MATRIMONIO

Entre los principales fines del matrimonio tenemos dos:

1.1.1 Procreación. La procreación que es la satisfacción de uno de los instintos más poderosos del ser humano. Es por eso que nuestro Código de Familia en

el art. 44 prohíbe el matrimonio entre impúberes y también, que el matrimonio de los impotentes pueda anularse según el artículo 88; sin embargo, de ninguna manera, la procreación es el único fin de la unión matrimonial.

La procreación va referida a la educación y crianza de los hijos, artículo 96 del Código de Familia, para lo cual la ley le confiere a los padres un conjunto de poderes deberes, que se hallan establecidos en el artículo 258 del Código de Familia, esta misión sin embargo solo es posible realizar cuando existe un verdadero socorro mutuo, en un plano de igualdad de derechos y deberes en el manejo de los asuntos de la familia.

1.1.2. Socorro Mutuo. Pues hay, habrán y existen matrimonios en los que no habrá procreación, ni adopción ni arrogación de hijos, si no simplemente el propósito de dos personas que se han unido para compartir sus vidas, para llevar juntos el peso de las penas y disfrutar juntos la satisfacción de las alegrías y esta es la otra razón del matrimonio: el socorro mutuo, que no es simplemente un deber moral, sino también legal según lo expresa el artículo 97 del Código de Familia, en concordancia con el 98 del mismo cuerpo legal”.

1.2. PRINCIPALES CARACTERES DEL MATRIMONIO

Baqueiro y Buenrostro, autores mexicanos dan una síntesis al respecto tomando en cuenta a varios autores y mencionan:

“Es un acto solemne, complejo por la intervención del Estado, requiere de la concurrencia de la voluntad de las partes y de la voluntad del Estado. Es un acto que para su constitución requiere de la declaración del juez del registro civil”.

En él la voluntad de las partes no puede modificar los efectos previamente establecidos por el derecho, ya que solo se limita a aceptar el estado de casado con todas sus implicancias queridas o no. Sus efectos se extienden más allá de las partes y afectan a sus respectivas familias y a sus futuros descendientes. Su disolución requiere de sentencia judicial o administrativa; no basta con la sola voluntad de los interesados”.

Además como caracteres se pueden mencionar: 1) La unidad, 2) La monogamia, 3) La permanencia o estabilidad, 4) La juricidad o legalidad.

1.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO

Se ha sostenido que el matrimonio es una institución y contrariamente, que es un contrato. No debe olvidarse que fue precisamente el carácter contractual el estandarte de los revolucionarios franceses para tornar disolubles las nupcias y que en cambio, la iglesia siempre consideró al matrimonio como una institución y un sacramento, que para todos aquellos que profesan esta religión se trata de un acontecimiento importante, puesto que hacen una promesa ante Dios para unir sus vidas en sagrado matrimonio.

1.3.1. MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN.

Es cierto que el matrimonio, al dejar de ser estimado como una solemnidad religiosa o sacramental, se ha concebido a partir del Derecho Francés del renacimiento, como contrato, y que ése carácter se acentuó después de la Revolución Francesa, hasta ocupar lugar preferente en la técnica legislativa; sin embargo la doctrina ha reaccionado después y a visto una verdadera

institución social y jurídica en el matrimonio, concepto que se refleja aun en las legislaciones que lo regulan, definiéndolo como simple contrato, lo constituyen por ello como una verdadera institución.

Así se demuestra por la solemnidad de la celebración, y por esta misma palabra insustituible en el matrimonio, es que se revela su naturaleza de solemne; es verdad que también se utiliza para los contratos, pero de éstos se dice o puede decirse, con más o menos exactitud técnica que se otorgan, que convienen o que se estipulan y sin embargo, nadie ha dicho jamás que se otorgó, se estipuló o se convino un matrimonio se dice siempre que se celebró y esta es su fórmula jurídica.

Además la celebración ha de ser solemne, y en casi todas las legislaciones públicas, no cabe tampoco desconocer que existen contratos solemnes, pero dentro de los sistemas de libertad contractual modernos, son pocos los que requieren la solemnidad para su perfección y casi siempre, en atención para la importancia de las relaciones jurídicas que se crean, se exige la forma solemne como facilidad y seguridad de prueba; más en contemplación a dichas relaciones respecto de terceros que a las que median entre los mismos contratantes, en cambio, en el matrimonio, la solemnidad es esencial hasta el punto de que si falta la intervención del Estado, mediante el funcionario público previamente designado por la ley, no existe matrimonio.

1.3.2. MATRIMONIO COMO CONTRATO.

Es aquel contrato que se realiza por acuerdo de voluntades, que reviste en su celebración formalidades de ley expresa y que generalmente se lo realiza con

un fin de lucro, existiendo una fisonomía contractual, que para muchos se ha considerado predominante y rectora de toda existencia conyugal, razón por la cual han querido equipararla a un simple negocio jurídico. El hecho de que se pretenda equiparar al matrimonio con un contrato hace que se le arrebatase a este el carácter sublime, espiritual y duradero que debe observarse en la relación entre un hombre y una mujer.

Al celebrarse el matrimonio, nace una nueva persona jurídica distinta del marido y la mujer, que tiene un enorme relieve social, constituye normalmente la familia y sale de los límites del Derecho Privado, para entrar en los del Derecho Público.

1.4. CLASES DE MATRIMONIO.

Existen dos clases de matrimonio que son los siguientes:

1.4.1. MATRIMONIO CANÓNICO.

Esta institución, que carece de definición en el Código de Derecho Canónico, es definida por L.A. Gardella como "un contrato legítimo entre varón y mujer, cuyo objeto es el derecho perpetuo y exclusivo sobre los cuerpos, que ambos contrayentes se otorgan recíprocamente en orden a la procreación; contrato que tratándose de cristianos, constituye a la vez un sacramento". (*Gardella, L.A. 1978: 68*).

Esta definición, podría ser objetada en el sentido de que pareciera que canónicamente, la única finalidad del matrimonio es la procreación; existen

otras finalidades, como son la asistencia mutua y aun la satisfacción sexual, inclusive desde el punto de vista de la Iglesia; porque de otro modo habría de admitirse canónicamente la posibilidad de disolución del vínculo cuando se hubiese comprobado, en uno de los cónyuges o ambos, la impotencia generadora, como ocurre con cierta frecuencia. Por ejemplo, cuando la mujer tiene que ser sometida por razones terapéuticas a una extirpación. Debe entenderse que el matrimonio canónico es el celebrado ante la Iglesia Católica con arreglo a los ritos y ceremonias por ella establecidos, inclusive tratándose de matrimonios de mixta religión.

Nuestra legislación en lo que respecta a materia familiar determina expresamente en los arts. 42 y 43 lo referente al matrimonio religioso, mencionando que es independiente del civil, celebrándose libremente de acuerdo a la creencia de las partes, siendo simplemente el matrimonio civil el que produce efectos jurídicos.

1.4.2. MATRIMONIO CIVIL.

Es el que se contrae según la Ley Civil, sin intervención de la Iglesia. En realidad, con respecto a muchas legislaciones, el matrimonio civil es el único que tiene validez para el Estado y por tanto el único que produce efectos jurídicos, por lo cual no pasaría de ser un simple concubinato, en relación a los cónyuges, sino también para con los hijos; sin embargo hay legislaciones que reconocen al matrimonio canónico efectos jurídicos civiles como el de España,

en él que un requisito indispensable es la presencia de un funcionario que en el mismo acto, levante acta del matrimonio, para su inscripción en el registro civil.²

Nuestro Código de Familia, determina los requisitos, condiciones y los efectos que deben observarse antes y durante el matrimonio.

1.5. PROTECCIÓN LEGAL DEL MATRIMONIO.

La Constitución Política del Estado en su art. 62 Derecho de las Familias señala: “El Estado reconoce y protege a las familias como el núcleo fundamental de la sociedad y garantiza las condiciones sociales y económicas necesarias para su desarrollo integral. Todos sus integrantes tienen igualdad de derechos obligaciones y oportunidades”.³

En el Código de Familia de Bolivia, establece el régimen jurídico de la familia en sus diversas modalidades y actos jurídicos donde se tienen los siguientes:

1.5.1. REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.

El capítulo II, del título I, libro I, del Código de Familia señala en sus artículos 44 al 54, los requisitos que han de observarse para contraer matrimonio.

El matrimonio para que tenga existencia y validez en derecho o surta efectos jurídicos, exige la concurrencia de ciertos requisitos de fondo y de forma.

² BORDA GUILLERMO, Tratado de Derecho Civil y Familia, T. I, 8va. Edición, Argentina, Ed. Perrot, 1989.

³ Constitución Política del Estado, Gaceta Oficial de Bolivia, La Paz – Bolivia; 2009, pág. 28

1.5.1.1. CONDICIONES DE FONDO O REQUISITOS.

Se refiere a los contrayentes como persona y son diferencia de sexo, edad, salud mental, consentimiento de los padres, en caso de ser necesario, que no exista vínculo matrimonial, es decir libertad de estado, que los contrayentes no estén comprendidos en el grado de parentesco de consanguinidad, afinidad y adopción, prescrito por ley, inexistencia de crimen, plazo para nuevo matrimonio, etc.

Diferencia de sexos. En el artículo 78 del Código de Familia Boliviano se menciona que es nulo el matrimonio contraído por personas del mismo sexo, porque uno de los fines del matrimonio es la procreación, que solo puede darse entre un hombre y una mujer. Otras legislaciones aceptan el matrimonio entre personas del mismo sexo. Como la danesa y la sueca.

Edad. El Código de Familia en su artículo 44 fija las edades, de dieciséis para los varones y catorce para las mujeres, siguiendo en este aspecto lo mencionado por el Código de Derecho Canónico de 1917, por la diversidad étnica y geográfica.

La Ley señala que las edades mencionadas para contraer matrimonio, tomando en cuenta que se considera que a partir de esa edad, con carácter general y atentas las excepciones que pueda haber, el varón se halla biológicamente habilitado para engendrar y la mujer para concebir.

Aptitud genésica. Genésica deriva del griego “genesis” que significa genes, es decir se espera que los contrayentes tengan la aptitud de procrear descendencia, o la ausencia de impotencia sexual.

Salud mental. El artículo 45 de nuestro Código de Familia declara que no puede contraer matrimonio el declarado interdicto por causa de enfermedad mental, se trata en estos casos en los que haya una sentencia judicial en autoridad de cosa juzgada que declare la interdicción.

Libertad de estado. Según el Código de Familia en su artículo 46 dice: no puede contraer nuevo matrimonio quien este ligado a uno anterior o no se haya disuelto, y esta situación sólo ocurre por la muerte, o declaración de fallecimiento presunto de uno de los cónyuges o por sentencia ejecutoriada de divorcio en los casos expresamente determinados.

Consanguinidad. Dentro del artículo 47 del Código de Familia, se habla de los vínculos de consanguinidad en línea directa, que prohíben el matrimonio entre ascendientes y descendientes al infinito, sin distinción de grado y en línea colateral entre hermanos como menciona el artículo 47 del Código de Familia.

Esta prohibición tiene dos razones, la primera eugenésicas teniendo en cuenta que la progenie de un matrimonio contraído entre personas que se hallan vinculadas entre si por lazos de parentesco tan estrecho, puede resultar seriamente dañada, afectada en la salud, y la segunda tiene motivos de orden estrictamente moral.

Afinidad. El artículo 48 del Código de Familia prohíbe el matrimonio entre afines. El motivo de esta limitante es de orden moral, que prohíbe entre afines en línea directa en todos los grados.

Adopción. Otro de los requisitos para contraer matrimonio según el artículo 49 es que no debe existir el vínculo de parentesco civil, que se establece entre el adoptante, el adoptado y los descendientes que le sobrevengan a este último, también está prohibido el matrimonio entre los hijos adoptivos de una misma persona y entre el adoptante y los hijos que pudiera tener el adoptante.

Sin embargo el juez puede conceder dispensa en el caso del adoptante y los hijos del adoptado y entre el adoptado y el ex cónyuge del adoptante o viceversa.

Inexistencia del crimen. De acuerdo con lo que establece el Código de Familia en su artículo 50 “no pueden casarse dos personas cuando una ha sido condenada por homicidio consumado contra el cónyuge de la otra. Mientras la causa se halle pendiente, se suspende la celebración del matrimonio”.

Nótese que la ley habla de una condena por homicidio consumado, esto es como consecuencia de un proceso penal, en el que existe sentencia ejecutoriada.

Terminación de la tutela. El tutor y sus parientes en línea colateral y directa hasta el cuarto grado no pueden contraer nupcias con el sujeto a tutela mientras

dure el cargo, y hasta que las cuentas sean claras, tal como expresa el Art. 51 del Código de Familia.

Plazo para nuevo matrimonio de la mujer. La mujer no puede contraer nupcias hasta 300 días después de la disolución del matrimonio, por razones de que no exista una confusión en la paternidad de un probable nacimiento de progenie, de acuerdo al Art. 52 del Código de Familia.

Asentimiento para el menor. De acuerdo al Art. 53, cuando la persona que quiera contraer nupcias sea menor de edad debe tener el consentimiento de sus padres o a falta de estos el tutor, en caso de que los padres no quieran dar el asentimiento el menor puede pedir la autorización mediante orden judicial, el juez decidirá la suerte de tal petición luego de escuchar a las partes y al fiscal.

1.5.1.2. CONDICIONES DE FORMA O FORMALIDADES.

Se refiere a la solemnidad o formalidades prescritas por el Código de Familia en los artículos 55 hacia adelante, entre estas formalidades está la concurrencia del oficial del Registro Civil, la manifestación que deben hacer los pretendientes, la presencia de los testigos, los edictos, los términos que establecen la ley, la aceptación de los contrayentes, si se omite una de éstas condiciones, estaría viciado de nulidad.

Manifestación del matrimonio. Esta manifestación según el artículo 55 del Código de Familia. Se debe a que los futuros contrayentes, deben presentarse personalmente o por medio de su apoderado ante el oficial del registro civil y deben expresar:

- Su nombre y apellido.
- Lugar y fecha de nacimiento.
- Su estado civil si hubo, matrimonio anterior y si hay disolución o invalidez; debe dar el nombre del otro cónyuge, la causa y la fecha en que se produjo.
- Profesión u oficio.
- Nombre y apellido de los padres salvo que no fueran conocidos.
- Su voluntad de casarse.
- Ausencia de impedimento o prohibición para casarse.

Documentación. A la manifestación descrita en el título anterior tenemos que acompañar la documentación siguiente de acuerdo al artículo 56 del Código de Familia vigente:

1. Cédula de identidad.
2. Certificado de nacimiento.
3. Constancia del asentimiento en caso de necesario.
4. Dispensa judicial del impedimento.
5. La sentencia de invalidez del matrimonio anterior o de divorcio.
6. Certificado consular, si es extranjero uno o los dos pretendientes.

Los indigentes y campesinos son excusados de presentar alguno de estos requisitos presentando testigos.

Se debe acreditar la identidad de los contrayentes, por que de lo contrario puede ser causa de invalidez, bajo la alegación de error en la persona. La cédula de identidad resume los signos distintivos de la persona: nombre, nacionalidad, domicilio, estado civil.

El certificado de nacimiento, sirve para determinar a ciencia cierta la edad del pretendiente, además de que acredita la existencia legal de la persona.

El asentimiento puede ser mediante constancia escrita, para ser incluida en el legajo matrimonial, o bien en forma personal, firmando en el acta. Debe mencionarse la forma en que se ha prestado el asentimiento.

La dispensa es el testimonio respectivo de la resolución que se obtiene del juez mediante el trámite ante el juez instructor familiar, quién concede o niega después de la opinión del Ministerio Público y se da en los siguientes casos:

Matrimonio del tutor con la sujeta a tutela.

Matrimonio entre parientes afines.

Matrimonio entre hijos adoptivos.

Matrimonio antes de cumplir el plazo de viudedad.

La disolución del vínculo conyugal anterior, se justifica con el certificado de defunción del cónyuge muerto, o con el testimonio de la sentencia en caso de divorcio o invalidez de matrimonio.

Publicación. Luego de firmada la manifestación, el Oficial de Registro civil publicara edictos con los datos ya mencionados, estos se pondrán en la puerta

de su oficina por el lapso de cinco días consecutivos, como reza el Art. 59 del Código de Familia.

Se puede hacer una excepción con este requerimiento si es que existe por ejemplo un peligro de muerte de uno de los contrayentes.

La publicación tiene una especial importancia, esto debido a que la publicación de los nombres y datos de los contrayentes, da a la población en su conjunto la oportunidad de poder oponerse al matrimonio a celebrarse, teniendo en cuenta las causales legales para la no celebración del mismo.

1.6. EFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO.

Desde el momento en que el oficial de registro civil declara a un hombre y una mujer unidos en matrimonio, que existe una relación jurídica entre ambos.

CALOREGO GANGI citado por Samos Oroza dice: “El vínculo conyugal es un vínculo particular, que crea entre dos cónyuges una íntima comunidad de vida, ya en el sentido físico, afectivo y espiritual. El estado de casado implica una serie de limitaciones en el régimen autónomo del individuo y deberes ineludibles que le compilen a ajustar su conducta a un sistema que tiende a reconcentrar su atención en las necesidades e intereses morales y materiales del hogar y en el auxilio y consideraciones que la convivencia conyugal demanda”.⁴.

⁴ SAMOS, OROZA RAMIRO, Derecho de Familia, Tomo I, Sucre, Ed. Judicial, 1992.

El matrimonio crea efectos personales en los contrayentes, podemos citar:

1.6.1 EMANCIPACIÓN. Efecto importante del matrimonio según el artículo 360 del Código de Familia es el que se refiere a la emancipación de pleno derecho cuando el que lo contrae es menor de edad, no constituyendo la disolución o anulación del matrimonio situación que lo haga volver a su anterior situación de incapacidad.

1.6.2 IGUALDAD CONYUGAL. El artículo 96 del Código de Familia dice lo siguiente.

“Los esposos tienen el interés de la comunidad familiar y de acuerdo a la condición personal de cada uno, derechos y deberes iguales en la dirección y manejo de los asuntos del matrimonio, así como en la crianza y educación de los hijos”.

Esta igualdad se da para todos los asuntos del matrimonio y se hace especial énfasis en la crianza y educación de los hijos, pero si falta uno de los cónyuges por ausencia, pérdida o suspensión de la paternidad, incapacidad u otro impedimento, cualquiera de los dos asume la responsabilidad.

1.6.3 DEBERES COMUNES. Según Samos Oroza los deberes jurídicos conyugales no tienen un contenido económico y que los deberes en esta materia no son coercibles o son difícilmente exigibles.

1.6.4 LA FIDELIDAD. El artículo 97 del Código de Familia menciona la fidelidad, deber mutuo de los esposos, es una consecuencia de la naturaleza del matrimonio, considerado como unión monogámica, de índole moral es una expresión de la constancia del amor que unió a la pareja, esta fidelidad no es solo de índole sexual, tiene un contenido moral reservándole al cónyuge el puesto que se le suele reservar como de compañero de vida.

1.6.5 ASISTENCIA Y AUXILIO MUTUO. Dentro del artículo 96 del Código de Familia se encuentra la asistencia y el auxilio mutuo, implica una plena e íntima comunidad de vida material y espiritual entre los esposos, actuando de manera solidaria, compartiendo los éxitos y triunfos y compartiendo también, las desventuras desdichas e infelicidad y es en esta solidaridad y compartir, que la alegría se hace mas grande y la infelicidad mas pequeña.

Son solidarios compartiendo un común destino, para bien de la pareja, de los hijos.

Asistencia, tiene un sentido económico, ya que el artículo 98 del Código de Familia es claro al mencionar que los esposos deben contribuir según sus posibilidades a satisfacer las necesidades comunes.

Auxilio, se refiere a la cooperación y solidaridad de orden moral y espiritual.

1.6.6 COHABITACIÓN. Otro de los deberes comunes es la cohabitación, resultado de la unión matrimonial, el domicilio debe ser elegido por los esposos de común acuerdo, claramente lo menciona el Código de Familia en su artículo

97 que dice: están obligados a convivir en el domicilio conyugal elegido por ambos.

1.6.7 NECESIDADES COMUNES. El artículo 98 del Código de Familia dice al respecto:

Cada uno de los cónyuges contribuye a satisfacción de las necesidades comunes en la medida de sus posibilidades económicas. En caso de desocupación o impedimento para trabajar de uno de ellos el otro debe satisfacer las necesidades comunes; la mujer cumple en el hogar una función social y económicamente útil, que se halla bajo la protección de ordenamiento jurídico.

El matrimonio como es evidente atiende a una serie de requerimientos de orden material para la subsistencia de la pareja y de los hijos; que van destinados desde su alimentación, vestuario, educación, siendo deber de los padres el poder proporcionarles una profesión u oficio que los habilite como ciudadanos útiles.

En caso de desocupación o impedimento de trabajar por cualquiera de los cónyuges, uno de ellos debe satisfacer las necesidades económicas del hogar, especialmente en casos de desocupación o impedimentos que los imposibilita física o psíquicamente; en forma momentánea o permanente.

1.6.8 EJERCICIO DE UNA PROFESIÓN U OFICIO. El Código de Familia en su artículo 99 menciona:

“Cada cónyuge puede ejercer libremente la profesión u oficio que elija o haya elegido antes del matrimonio, salvo que uno de ellos obtenga, en interés de la comunidad familiar, una prohibición expresa respecto al otro”.

En particular el marido puede obtener que se restrinja o no se permita a la mujer el ejercicio de cierta profesión u oficio, por razones de moralidad o cuando resulte gravemente perjudicada la función que le señala el artículo anterior.

Se debe notar que el esposo legalmente puede oponerse que su mujer pueda ejercer cierta profesión u oficio por razones de moralidad, o cuando la actividad de la mujer perjudica el interés de la familia.

1.7 EFECTOS PATRIMONIALES.

El matrimonio tiene la facultad de producir el nacimiento de un patrimonio económico en común con la pareja, crea un “régimen patrimonial del matrimonio”, una unión patrimonial entre el esposo y la esposa, creando un patrimonio común fuera de los bienes propios que cada uno posee, estos bienes comunes destinados al apoyo del matrimonio y que el mismo se haga de manera igualitaria, se crea lo que nosotros conocemos como la comunidad de gananciales.

1.8. ANTECEDENTES HISTÓRICOS SOBRE EL DIVORCIO

La institución del divorcio es casi tan antigua como la del matrimonio, si bien muchas culturas no lo admitían por cuestiones religiosas, sociales o económicas.

La mayoría de las civilizaciones que regulaban la institución del matrimonio nunca la consideraron indisoluble, y su ruptura generalmente era solicitada por los hombres. Aunque en algunas de ellas, el nacimiento de un hijo le otorgaba al vínculo el carácter de indisoluble.

En muchas sociedades antiguas también era motivo de muerte, como en la antigua Babilonia, donde el divorcio podía ser pedido por cualquiera de los cónyuges, pero el adulterio de las mujeres era penado con la muerte.

Los celtas practicaban la endogamia (matrimonio de personas de ascendencia común o naturales de una pequeña localidad o comarca), excepto los nobles que solían tener más de una esposa. Era habitual la práctica de contraer matrimonio por un período establecido de tiempo, tras el cual los contrayentes eran libres, pero también era habitual el divorcio.

En América, los Aztecas sólo podían tener una esposa y se la denominaba *Cihuatlantli*, y sólo podía tener un número determinado de concubinas, sólo la cantidad que pudiera mantener. En este contexto, no desconocían el divorcio, pero la muerte de un cónyuge los habilitaba para contraer nuevamente matrimonio.

Los hombres hebreos, en cambio, los varones podían repudiar a sus esposas sin necesidad de argumentar la causa de tal actitud, bastaba con informar al Sanedrín. También existía el divorcio por mutuo disenso, pero las razones de las mujeres eran sometidas a un análisis más riguroso que las del hombre.

También en la antigua Grecia existía el divorcio por mutuo disenso y la repudiación, pero el hombre debía restituir la dote a la familia de la mujer en caso de separación.

En la Roma temprana el divorcio era algo poco común, hasta la época de los emperadores, en donde se acuñó la máxima "matrimonia debent esse libera" (los matrimonios deben ser libres) en donde el esposo o la esposa podían renunciar a él si así lo querían.

En los inicios del cristianismo, el divorcio era admitido, pero con el tiempo la iglesia lo fue prohibiendo. A partir del siglo X, eran los tribunales eclesiásticos quienes tramitaban los divorcios, no sin grandes disputas de distintos sectores de la iglesia cristiana. A partir del Concilio de Trento, en 1563, se impuso la teoría del carácter indisoluble del vínculo, aunque se admitió la separación de cuerpos.

Sin embargo, la Reforma de Lutero, admitió el divorcio aunque únicamente en casos muy graves. Esta reforma, incluso provocó que Inglaterra abrazara la misma debido a que su rey, Enrique VIII deseaba divorciarse de su esposa, Catalina, y la Iglesia de Roma no se lo permitía.

En 1796 Francia, incorporó la ruptura del vínculo matrimonial en la ley promulgada el 20 de noviembre, que sirvió de antecedente a muchas de las legislaciones vigentes.

El divorcio ha causado grandes polémicas en los países mayoritariamente católicos, pues la Iglesia Católica no consideraba posible el divorcio de las personas hasta los 80's.

1.9 CAUSAS MÁS COMUNES DEL DIVORCIO

Generalmente, los motivos más comunes de divorcio son: el adulterio, la violencia intrafamiliar, infidelidades reiteradas, falta de afectividad sexual, orientación sexual distinta a la manifestada al momento de casarse, alcoholismo de uno de los cónyuges, inestabilidad emocional, apatía mutua o por motivos económicos, falta de acuerdo en los roles dentro del matrimonio, pérdida del respeto mutuo.

Según la legislación de cada país, es causa de divorcio el mutuo disenso; la bigamia, la enfermedad física o mental, que ponga en riesgo la vida del otro cónyuge; la violación de los deberes inherentes al matrimonio; abandono malicioso; etc.

1.10 CLASES DE DIVORCIO.

Existen diversas clases de divorcio, entre ellas se encuentran:

1.10.1. DIVORCIO ABSOLUTO.

El absoluto es el divorcio que se obtiene mediante la vía jurisdiccional, por una de las causas expresamente señaladas por la ley, esta acción se presenta ante el Juez de Partido de Familia, llegando a una sentencia de divorcio debidamente ejecutoriada que ha adquirido la calidad de cosa juzgada.

1.10.2. DIVORCIO RELATIVO.

El divorcio relativo es aquel en la que los cónyuges consiguen de una autoridad jurisdiccional la separación de cuerpos sin llegar al divorcio absoluto, quedando separados los cuerpos, las relaciones maritales, afectivas y patrimoniales.

1.10.3 DIVORCIO CONSENSUAL O DE MUTUO CONSENTIMIENTO.

La concepción del divorcio consensual se caracteriza por asimilar el matrimonio a los contratos, admitiendo su rescisión por mutuo consentimiento. Se ha dado históricamente y se da actualmente.

1.10.4 DIVORCIO REMEDIO

En la concepción del divorcio remedio el divorcio procede en todos los casos en que la vida conyugal en común sea imposible o sin objeto, por causas objetivas o subjetivas, inclusive con prescindencia de la imputabilidad de las circunstancias determinantes de la situación. La ley considera el divorcio como una medicina contra un matrimonio enfermo.

O sea, que las causas del divorcio pueden ser hechos o situaciones meramente objetivos, sin culpa de ninguno de los esposos, por ejemplo, la demencia, la enfermedad incurable, la esterilidad, la incompatibilidad de caracteres.

1.10.5 DIVORCIO SANCIÓN

En la concepción del divorcio sanción sólo se justifica la ruptura del vínculo o la separación conyugal por faltas imputables a los cónyuges en la observancia de los deberes matrimoniales. El divorcio es una sanción por el incumplimiento de las obligaciones que impone el matrimonio.

Solamente cuando se compruebe una determinada acción culpable de uno o ambos cónyuges, el juez decretará el divorcio por culpa exclusiva de uno de ellos o por culpa concurrente.

1.10.6 DIVORCIO MIXTO

Es aquel en que se combinan el divorcio remedio y el divorcio sanción, para la disolución del matrimonio.

1.11. DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.

Desde tiempos remotos en Roma por ejemplo, el matrimonio se disolvía por muerte de uno de los cónyuges, por pérdida de la capacidad matrimonial, por sobrevenir un impedimento y por una causa específica. A la muerte, que era el medio cultural de extinguir el matrimonio, se equiparaba la ausencia. Si uno de

los esposos vivía largo tiempo sin tener noticias del otro y en circunstancias que hicieran presumir su muerte, se consideraba disuelto el matrimonio, porque siendo una relación de mero hecho, cesaba la intención matrimonial, fundamento de la comunidad de vida que el matrimonio implicaba.

“Se extinguían, asimismo, las nupcias por sobrevenir un impedimento, como en el caso del incestus superveniens, que se producía si el suegro adoptaba al yerno, de modo que éste se convertía en hermano de su esposa. Se podía evitar sobreviniese el incesto, emancipando previamente el pater a su hija”.

Existen 2 tesis a favor y en contra del divorcio.

1.11.1 TESIS DIVORCISTA

Lo primero que conviene destacar en orden a la posibilidad de la disolución del matrimonio mediante sentencia de divorcio y consiguientemente un nuevo matrimonio para los divorciados, es que esta no es la situación ideal para las propias personas que se divorcia, ni para los hijos, ni para la sociedad por entero.

Estamos ante situaciones que son excepcionales en su número, así el porcentaje según las estadísticas que se refieren a divorcios demuestran que ellos van en constante incremento.

El divorcio es a mi juicio, una medida de excepción que se impone única y exclusivamente en aquellos casos en los que la convivencia entre dos personas - hombre y mujer - resulta verdaderamente imposible, intolerable y de mutuo

sufrimiento, por diversidad de razones, incluida por supuesto, la de la falibilidad humana a tiempo de elegir pareja.

El ideal es sin duda un matrimonio bien avenido, un pleno consorcio divino y humano que dura para toda la vida de los propios cónyuges y que alcanza a los hijos en esa felicidad de una comunidad familiar en la que se comparten las dichas y se sobrellevan con ayuda, con amor, con abnegación las tristezas y las amarguras. Por lo tanto, el divorcio ha de tratarse como una medida de excepción, como un mal necesario.

Existen situaciones en las cuales hasta los más cercanos partidarios de la indisolubilidad conyugal no tienen más remedio que echar marcha atrás porque se ve, siente el dolor, la infelicidad, la subyugación más absoluta de ese matrimonio que lo despersonaliza y lo hace poco más o menos que un ser inferior es en estos casos una liberación plenamente humana.

1.11.2 TESIS ANTIDIVORCISTA

La Iglesia Católica como se dijo antes ha mantenido una posición invariable respecto al tema del divorcio: No a la disolución matrimonial, porque lo que Dios ha unido no puede separarlo el hombre.

La Constitución Pastoral *Gaudium et Spes* dice: “Por su índole natural, la misma institución del matrimonio y el amor conyugal están ordenados a la procreación y a la educación de la prole, con las que ciñe como con su corona propia”.

Así que el marido y la mujer, que por el pacto conyugal ya no son dos; sino una sola carne (Mateo 19,6), se ayudan y se sostienen mutuamente, adquieren conciencia de unidad y logran más plenamente por la íntima unión de sus personas y actividades.

Esta íntima unión, "...como mutua entrega de dos personas, lo mismo que el bien de los hijos, exigen plena felicidad conyugal y urgen su indisoluble unidad".

El vigente Código del Derecho Canónico señala también la indisolubilidad del matrimonio en su canon 1056 cuando dice: "Las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano alcanza una particular firmeza por razón del sacramento.

Los profesores de la facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca al comentar este canon indican que el matrimonio tiene dos propiedades, la primera la unidad, que consiste en que no haber unión matrimonial sino es de un solo varón con una sola mujer y la segunda propiedad es la indisolubilidad y a este respecto señalan: "Consiste en aquella propiedad esencial del matrimonio en virtud de la cual el vínculo conyugal válidamente constituido no puede disolverse ni extinguirse por la propia voluntad de los contrayentes. Se suele distinguir entre indisolubilidad intrínseca y extrínseca y es una exigencia del derecho natural reclaman que esta sea perpetua y estable. Unido a todo lo anterior, están los tres bienes del matrimonio de los que habló San Agustín - el bien de la prole, el bien de la fidelidad y el bien del Sacramento - y que tienen importantes consecuencias jurídicas". (*Ramiro Samos O., 1995: 221*).

En nuestra sociedad la cuestión del divorcio no se plantea sólo bajo el prisma del derecho natural. Encontramos aquí uno de los puntos de interferencia del derecho natural con el derecho positivo divino en que el derecho natural resulta artificial, en la práctica, caso de considerarlo aisladamente.

La iglesia siempre ha tenido una forma de pensamiento contrario a todo lo que destruya el aspecto familiar en este sentido no esta de acuerdo con el divorcio, pues este base esencial de la sociedad y el Estado recibiendo incluso la protección de este último, teniendo en cuenta que quien rompe este vínculo matrimonial, rompe la promesa hecha a Dios de unirse en cuerpo y alma para toda la vida y que solo la muerte podrá separar esta unión, sin embargo la Iglesia Católica tiene un sentido más altruista al decir que para mantener el vínculo familiar no importan los problemas de la pareja pues estos se pueden solucionar a futuro, pues siempre va ha existir en la pareja diferencias que con la gracia de Dios se terminaran, pero en la actualidad nos damos cuenta que la Iglesia Católica ha perdido su influencia sobre los creyentes, a consecuencia del cisma Oriental, del Protestantismo, del Racionalismo, que admiten el divorcio.

La Iglesia Católica como se dijo antes ha mantenido una posición invariable respecto al tema del divorcio: No a la disolución matrimonial, porque lo que Dios ha unido no puede separarlo el hombre.

Es íntima unión, como mutua entrega de dos personas, lo mismo que el bien de los hijos, exigen plena felicidad conyugal y urge su indisoluble unidad.

El vigente Código del Derecho Canónico señala también la indisolubilidad del matrimonio en su canon 1056 cuando dice: “Las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano alcanza una particular firmeza por razón del sacramento”. Los profesores de la facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca al comentar este canon indican que el matrimonio tiene dos propiedades, la primera; la unidad, que consiste en que no puede haber unión matrimonial sino es de un solo varón con una sola mujer y la segunda propiedad; es la indisolubilidad y a este respecto señalan: “Consiste en aquella propiedad esencial del matrimonio en virtud de la cual el vínculo conyugal válidamente constituido no puede disolverse ni extinguirse por la propia voluntad de los contrayentes. Se suele distinguir entre indisolubilidad intrínseca y es una exigencia del derecho natural secundario en cuanto que las exigencias de la institución matrimonial reclaman que ésta sea perpetua y estable. Unido a todo lo anterior, están los tres bienes del matrimonio de los que habló San Agustín – el bien de la prole, el bien de la fidelidad y el bien del Sacramento – y que tienen importantes consecuencias jurídicas”.

El divorcio es un tema tan histórico que tiene sus raíces en la romana milenaria, siendo utilizada diferentes figuras jurídicas en distintas ciudades y tiempos en las que el ser humano ha ido desarrollando el sentido de organización social y sobre todo familiar, siendo evidente que uno de los aspectos fundamentales dentro de la familia es que en un momento dado este se convierte en divorcio sanción o divorcio remedio, siendo evidente que muchas veces es mejor llegar a un buen acuerdo que estar toda una vida en controversias que dañan aun mas la relación familiar, constituyéndose los hijos en involuntarios testigos de las desinteligencias serias en general de sus padres entonces analicemos que

la figura jurídica del divorcio en algún momento se instituye para dar fin y solución a los problemas existentes entre las parejas, que tienen que llegar a dar una solución a sus conflictos familiares recurriendo a los juzgados de Partido de Familia para viabilizar su trámite, aduciendo en sus demandas las causales tipificadas en el art. 130 del Código de familia ; es así que el divorcio; figura jurídica que tiene su aceptación y rechazo en las tesis divorcistas y antidivorcistas pues la primera esta a favor de la misma y la otra esta en contra del divorcio bajo la premisa “ que lo que Dios a unido los hombres no pueden separarlo”; pues la iglesia católica no admite el divorcio vincular sólo la separación de cuerpos, entonces acá la ideología de la Iglesia esta definida.

Pero una cosa es lo religioso y otra es la civil pues existe una dicotomía en ambas, sin embargo ambas están de acuerdo en formalizar el matrimonio en cada una de sus ponencias, sin embargo debe existir una mayor conciencia de parte de los que desean formalizar el matrimonio teniendo en cuenta que no solo es su voluntad la que prima o el deseo de convivir con alguien sino es la responsabilidad que tienen ante la sociedad toda.

Es así que teniendo en cuenta la legalidad del divorcio así como este produce efectos personales, también produce efectos en la comunidad de gananciales que se produce al momento que se celebren el matrimonio.

Pero debemos tomar en cuenta que estos efectos producidos se dan en razón a un divorcio mismo que es producto de una sentencia ejecutoriada que es la que da la calidad de divorcio al acto mismo llevado a cabo por alguna de las partes o por ambas, teniendo la claridad de la aseveración hecha es que ahora entraremos a puntuar de manera mas explicita el tema que nos atinge, al referirnos al vacío jurídico respecto a la separación de los bienes en la

separación de hecho, es así que se llega a la pregunta ¿que sucede con los bienes de la pareja si la división de los mismos se produce tan solo con una previa sentencia de divorcio para dar legalidad a una posible división y partición de los mismos?, teniendo siempre en cuenta que para una mejor comprensión, debemos dar una mejor explicación al lector del presente trabajo, es así que para ello, debemos referirnos primero a la unión de hecho.

1.12 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA UNIÓN LIBRE O DE HECHO.

En los tiempos de la antigua Roma, *concubinus* era el término que se le daba a un joven varón que era escogido por su amo como amante. A los concubini (plural de concubinus) se les refería frecuentemente de manera irónica en la literatura contemporánea de la época.

La concubina entre los romanos casi no se diferenciaba de la mujer legítima sino en el nombre y en la dignidad, de modo que por eso se llamaba mujer menos legítima y así como por el derecho romano no era lícito tener a un tiempo muchas mujeres, tampoco se permitía tener juntamente muchas concubinas.

Un celibentario podía tomar por concubina a cualquiera de las mujeres que se consideraban de inferior condición y que según las leyes civiles no podían aspirar al honor del matrimonio: tales eran que ganaban su vida mediante su trabajo, las de baja reetracción, las esclavas, las condenadas en juicio público, y otras semejantes. Muchas veces sucedía que un padre de familia que había merecido bien de la patria dándole hijos nacidos de legítimo matrimonio, prefería asociarse una concubina más bien que casarse segunda vez, por no

exponerlos a los caprichos de una madrastra y quitarles la esperanza de llevarse ellos solos toda la sucesión. Así es que el emperador Vespasiano, después de la muerte de su mujer, restituyó á su primer estado a Genis, libertad de Antonia y la tomó por su concubina, teniéndole todos los miramientos debidos a una mujer legítima. Este ejemplo fue imitado por los emperadores Antonio Pio, y Marco Aurelio, llamado *el Filósofo* de los cuales el último, habiendo perdido á su mujer, eligió por concubina a la hija del intendente de su casa.

Pero aunque este modo de vivir no se consideraba ilícito ni contrario a las costumbres, sino solo como una unión desproporcionada. Sin embargo, las concubinas estaban privadas de la dignidad y ventajas que gozaban las mujeres enlazadas con los vínculos del matrimonio y sus hijos no eran ante la ley sino hijos de la naturaleza, llamados naturales, sin poder heredar más que la sexta parte de los bienes del padre.

En Roma se le daba el nombre de concubinatus.

En la América antigua teníamos el llamado, tantanacu, que era una unión libre que se daba entre un hombre y una mujer, esta unión duraba tan solo un año, pasado este tiempo, el matrimonio debía celebrarse.

1.13. CONCEPTO DE UNIÓN LIBRE O DE HECHO

Una **pareja de hecho** es la unión de dos personas, con independencia de su orientación sexual,- en algunos países, no así en el nuestro- a fin de convivir de forma estable, en una relación de afectividad análoga a la conyugal.

Dada la vinculación afectiva y de convivencia entre los componentes de las parejas de hecho, que en ocasiones conlleva una dependencia económica análoga a la de un matrimonio, algunos ordenamientos jurídicos se han visto en la necesidad de regularlas para evitar el desamparo de alguno de los componentes de la pareja en ciertas situaciones como muerte del otro, enfermedad, etc.

1.14 REQUISITOS PARA QUE EXISTA UNA UNIÓN LIBRE

Primero, se necesita que este vínculo nazca entre personas aptas para contraer nupcias, un ejemplo de que no es una unión de hecho, es el que una persona que todavía no está divorciada o que no han concluido sus trámites de divorcio comience a vivir con una persona que sí este en aptitud de contraer nupcias. Tampoco sería aunque ya están reguladas las sociedades de convivencia el que dos personas del mismo sexo vivan juntas.

Segundo, se necesita tener un domicilio común, lo que se conoce en el derecho como domicilio conyugal. En ocasiones en los litigios esto es una cuestión muy combatida ya que en ocasiones una de las personas también cuenta con otro domicilio, o peor tiene un trabajo en el que viaja constantemente.

Debemos recordar que en la legislación boliviana no existe el “matrimonio de hecho” per se, es decir que no se da esta figura como tal, que es la conocida como la que se da luego de dos años de convivencia.

1.15 UNIÓN LIBRE O DE HECHO EN LA BIBLIA Y EN OTRAS LEGISLACIONES

1.15.1 UNIÓN LIBRE O DE HECHO EN LA BIBLIA

En la Biblia (Genesis 16 y 21), Abraham toma a la esclava Agar como concubina. Puesto que Sara no había concebido hasta ese punto, ella le ofrece su esclava Agar a Abraham para que le dé un heredero. Ella dio a luz a Ismael. Después de que por un milagro Sara —que se hizo fértil a una edad avanzada— concibiera y diera a luz a Isaac, le demandó a Abraham que echara a Ismael, y a Agar su madre, fuera de la casa y hacia el desierto. A Abraham se le hizo muy difícil hacer esto y sólo lo hizo cuando Dios apoyó lo que Sara pedía.

"El rey Salomón amó, además de a la hija de Faraón, a muchas mujeres extranjeras, Moabitas, Amonitas, Edomitas, Sidonias e Hititas, mujeres de las naciones acerca de las cuales el Señor había advertido a los israelitas: "No deben cohabitar con ellas, ni ellas con vosotros, porque ellas ciertamente volverán vuestros corazones hacia sus dioses." Salomón se unió a ellas en amor. Tuvo 700 esposas oficiales y 300 concubinas..."

1.15.2. UNIÓN LIBRE O DE HECHO EN ESPAÑA

En España hubo una época en que las leyes toleraron a los eclesiásticos las barraganas o concubinas y no les permitían mujeres legítimas tal vez porque se creía que éstas los distraerían de sus funciones más que las mancebas, con las cuales no estaban ligados de un modo indisoluble, pues las podían dejar cuando quisiesen o lo exigiese el bien de la iglesia.

1.15.3. UNIÓN LIBRE O DE HECHO EN ECUADOR

En Ecuador la normativa civil, permite separarse en la unión de hecho incluso ante un Notario Público, en el caso en que dentro del matrimonio no existan bienes de ninguna naturaleza, ni tampoco hijos, la unión se da luego de cinco años de convivencia.

1.15.4. UNIÓN LIBRE O DE HECHO EN COLOMBIA

En Colombia, las uniones de hecho (Unión Libre) gozan de los mismos derechos que los matrimonios religiosos y se dan al año de convivencia.

Históricamente, la unión libre o de hecho era frecuentemente voluntario (por un arreglo con la mujer y/o con su familia), puesto que proveía de una cierta seguridad económica para la mujer involucrada. El concubinato involuntario o servil involucra algunas veces la esclavitud sexual de un miembro de la relación, usualmente la mujer, siendo una esclava de placer para el hombre.

En donde tiene un estado legal, como en la antigua Roma y en la antigua China, la unión libre es similar, aunque inferior, al matrimonio. En oposición a esas leyes, las leyes tradicionales del Occidente no le dan un estado legal a las concubinas, hasta que no cumpliesen los requisitos legales, sino que más bien sólo admiten matrimonios monógamos. Cualquier otra relación no disfruta de protección legal; la mujer es esencialmente una amante.

1.16. ANTECEDENTES DE LA SEPARACIÓN DE HECHO.

La separación de hecho es una situación en la que dos personas que han contraído matrimonio se encuentran, de hecho, viviendo de forma separada e independiente, sin que el matrimonio haya sido disuelto ni se encuentren en situación de separación matrimonial.⁵

La separación de hecho se distingue de la separación matrimonial (también llamada separación de Derecho) por no causar los mismos efectos que una separación de Derecho.

Las personas no han realizado los trámites necesarios para la separación matrimonial, por lo que jurídicamente siguen en vigor todos los efectos del matrimonio, incluyendo el régimen económico, mientras que en la separación matrimonial dejan de estar vigentes muchos de los derechos y obligaciones existentes para una pareja casada.

⁵ Fleitas Ortiz de Rozas, Abel y Roveda, Eduardo G., “Manual de Derecho de Familia”, Ed.Lexis Nexis, Pág.311.

Por otra parte, la separación de hecho puede tener efectos jurídicos. Entre otras cosas, la separación de hecho puede ser causa de divorcio o incumplimiento de los deberes conyugales.

Es muy habitual que la separación de hecho sea un paso previo a la separación matrimonial o de divorcio, y que ésta se encuentre todavía en periodo de trámite.

1.17. CONCEPTO DE SEPARACIÓN DE HECHO.

En la separación de hecho la suspensión de la vida en común opera sin observar las formalidades legalmente establecidas, lo que sin duda tiene una gran trascendencia jurídica, con las denominaciones de "separación extrajudicial", "amistosa", "convencional", y "de hecho", se alude a situaciones anormales del estado matrimonial ajenas a la actuación judicial, que no obstante pretenden tener eficacia frente a los cónyuges y terceros.⁶

Concretándonos a la denominada separación convencional, se trata de acuerdos suscritos por los cónyuges, siempre con carácter privado, en los que ambos, ante desavenencias en su vida matrimonial, regulan tanto su situación personal y patrimonial como la de sus hijos, ya sean menores o mayores de edad, sin intervención alguna de la jurisdicción civil o eclesiástica.

En cuanto a su forma, los pactos de separación de hecho matrimonial, son predominantemente escritos, privados o públicos, pero además, en ese afán de privacidad, llegan a ser en no pocas ocasiones, de carácter verbal.

⁶ http://es.wikipedia.org/wiki/Separaci%C3%B3n_de_hecho

La separación de hecho ha sido definida por Lagormasino como : “La situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que causa justificada alguna imponga tal separación, sea por voluntad de uno o ambos cónyuges”.⁷

De esta noción conceptual, se desprenden los elementos que la conforman: es una situación que supone una interrupción del deber de cohabitar, la pareja debe tener un mismo lugar conyugal, salvo en casos especiales, esto tiene concordancia con el Art. 26 del Código Civil “El domicilio de los cónyuges se encuentra en el lugar del domicilio matrimonial”. De modo, que el cese de cohabitación debe ser permanente y se debe presentar sin solución de continuidad.

Se puede hablar de dos tipos de separación de hecho: de común acuerdo, cuando los cónyuges acuerdan y deciden ambos separarse o por voluntad unilateral, en donde uno de los cónyuges, voluntariamente y sin anuencia del otro, se sustrae a los deberes conyugales. La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia entiende, que resulta suficiente que por los menos uno de ellos, deba mantener la decisión de no convivir. Este elemento subjetivo se suma, entonces, al hecho objetivo de la separación para conformar los dos elementos indispensables que requiere la separación de hecho sin voluntad de unirse para posibilitar el divorcio vincular.

⁷ Azpiri, Jorge O.; “Juicio de divorcio vincular y separación personal”; Ed. Hammurabi, Buenos Aires – Argentina, 1998, p.132.

La separación de hecho puede ser probada por cualquier medio de prueba, incluyendo instrumentos públicos, documentos privados, testigos y demás elementos probatorios legalmente admisibles. Si tal demostración fuere imposible, el hecho mismo de la separación podrá ser tomado como base para presumir la falta de voluntad de unirse, y en tal caso, los efectos que la ley prevé se producirán respecto de ambos cónyuges.

Esta actitud, que no es ciertamente excepcional, ha ido incorporando la situación de separados de hecho, como si se tratara de un estado intermedio entre plena vigencia del matrimonio y el divorcio legal. La separación de hecho no es otra cosa que lo que indica su nombre: un hecho, capaz de producir las consecuencias que concretamente se le acuerden; por lo cual su mayor difusión en las costumbres no deben ser interpretada como un motivo válido para hacer de ella un estado de familia distinto al matrimonio.⁸

Al ser este acuerdo muchas veces verbal no tiene una adecuada forma de legislación, es por ello que se producen los problemas posteriores, ya que al no haber intervenido la ley en dicha separación de bienes, con el paso del tiempo se producen problemas legales y dicha separación saca a relucir su cara de ilegalidad, y es sabido que el derecho y las leyes se usan para la prevención como aspecto principal, es así que se debe legislar este vacío jurídico.

⁸ Mazzinghi, Jorge A., “Derecho de Familia Tomo 3 Separación personal y divorcio”, Ed. Abaco, Buenos Aires – Argentina, 2001, Pág-423.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

ANTECEDENTES SOBRE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y COMUNIDAD DE GANANCIALES

Dentro del aspecto teórico doctrinario se advierte la confusión doctrinal entre lo personal y lo que es común a ambos (relativo a los bienes) en la sociedad conyugal aspecto que se ejemplariza con la definición dada por Escriche: “La sociedad conyugal es aquella que por disposición de la ley, existe entre el marido y la mujer desde el momento de la celebración del matrimonio hasta su disolución, en virtud de la cual se hacen comunes de ambos conyugues los bienes gananciales, de modo que después se parten por mitad entre ellos o sus herederos, aunque el otro hubiese traído mas capital que el otro en caso de separación”.⁹

2.1. CLASES DE BIENES EN LA SOCIEDAD CONYUGAL EN LA DOCTRINA.

2.1.1 BIENES SOCIALES

Son aquellos bienes adquiridos durante el matrimonio a título oneroso.

Ambos cónyuges son dueños en un 50% cada uno/a. El marido es el administrador exclusivo de la sociedad conyugal, no obstante tiene algunas

⁹ Cabanellas Guillermo; Diccionario Juridico; Ed. Helista, Buenos Aires- Argentina, 1998, p. 477.

limitaciones para administrar. Estas son:

- Requiere la autorización de la mujer (por escritura pública), para la venta, promesa de venta o hipoteca de los bienes raíces (casas, sitios), sin embargo, para la venta de los bienes muebles (aquellos que se pueden trasladar de un lugar a otro como auto, refrigerador o cama) no se requiere la firma de ella.

Cabe tener presente que los cónyuges no se pueden demandar entre sí por el hurto de los bienes muebles de la sociedad conyugal. Por ello, en el caso que el marido saque o venda estos bienes no será sancionado por delito alguno, sin embargo, la mujer puede solicitar la indemnización de los perjuicios (daños) causados a ella.

Es muy importante saber que tanto los bienes raíces como los bienes muebles pueden ser protegidos través de la constitución de bienes familiares.

- Requiere la autorización de la mujer, para servir de aval (avalista), es decir, para asegurar deudas ajenas con bienes de la sociedad.

2.1.2. BIENES PROPIOS DE CADA CÓNYUGE

Son aquellos adquiridos antes del matrimonio a título gratuito (por herencia o donación) u oneroso, y/o los adquiridos durante el matrimonio a título gratuito.

El/la cónyuge es dueño/a en un 100% de los bienes que están a su nombre. El marido administra los bienes propios de él y los de la mujer. Esto implica que si

la mujer quiere disponer de alguna herencia o donación que haya recibido o de algún bien que tenía antes del matrimonio, requiere de la autorización del marido

Esto constituye una situación discriminatoria hacia la mujer.

Algunas maneras de solucionar esta situación discriminatoria eran:

- Que la persona que va a dejar bienes en herencia a la mujer, haga un testamento en que señale que estos bienes quedan excluidos de la administración del marido.
- En el caso de los bienes adquiridos antes del matrimonio, los cónyuges antes de casarse pueden celebrar acuerdos previos al matrimonio en el Registro Civil, por los cuales quedan excluidos de la sociedad ciertos bienes y por lo tanto, respecto de ellos la mujer es dueña y administradora exclusiva.

2.1.3. PATRIMONIO RESERVADO

Está compuesto por la remuneración de la mujer y todo lo que adquiera con su remuneración. Para tener derecho a él, es necesario que la mujer esté casada en sociedad conyugal, trabaje remuneradamente y en forma independiente (separada) del marido.

Para comprobar que son bienes del patrimonio reservado, al momento de comprar los bienes raíces (casas, sitios), se debe agregar una cláusula a la

escritura pública de compraventa señalando la actividad o empleo de la mujer o bien en virtud del patrimonio reservado.

En el caso de los bienes muebles (TV, refrigerador, etc.), es conveniente pedir factura a nombre de la mujer.

Respecto de estos bienes, la mujer es dueña en un 100% y los administra libremente.

2.2. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Bajo el nombre de disolución de la sociedad de gananciales, se hace referencia a la pérdida de vigencia de dicho régimen económico-matrimonial, el mismo que se da por voluntad de los propios cónyuges que deciden sustituir el régimen económico, o por las circunstancias sobrevenidas en relación con el matrimonio que comportan irremisiblemente y de forma automática la disolución de la sociedad de gananciales, o por concurrir a cualquiera de las causas previstas legalmente como motivo suficiente para que cualquiera de ambos cónyuges puedan solicitarla.

Habiéndose demostrado claramente que la sociedad de gananciales era una clara discriminación hacia la mujer es que se creó en los diversos países y en sus legislaciones la comunidad de gananciales.

2.3. COMUNIDAD DE GANANCIALES

El matrimonio siendo una institución familiar, genera el efecto de producir el comienzo de un patrimonio económico conjunto, desde el mismo momento de la

constitución del matrimonio, esta se da desde el momento de la unión y se mantiene hasta el final de la misma, este interés patrimonial se da entre los esposos y de estos ante los terceros, este se da entre los esposos por partes igualitarias.

Hasta hoy, las parejas que no eligen explícitamente su régimen matrimonial entre separación de bienes, sociedad conyugal o participación en los gananciales, quedan automáticamente inscritos bajo la sociedad conyugal.

En el ámbito de la doctrina se tienen diferentes modos de la constitución patrimonial entre las cuales tenemos:

2.3.1 POR CONVENIO.

Este se da previo a la celebración del matrimonio, también llamado sistema contractual, se establece un régimen matrimonial denominado: contrato prematrimonial o capitulación matrimonial, en dicho contrato se establece claramente cuales son los bienes con los que cada uno de los contrayentes ingresa al matrimonio, para q dichos bienes se encuentren separados individualmente durante toda la vida conyugal, se podría considerar una forma de proteger los bienes personales, en caso de darse una disolución temprana del matrimonio, en nuestra legislación, se da en el artículo 70 del Código de Familia.

2.3.2 POR PRINCIPIO LEGAL O DE LA LEY.

Este es también conocido como el predeterminado este se da cuando los futuros conyugues no realizan ninguna capitulación o descripción de los bienes a partir del contrato prematrimonial, es así que los bienes de ambos se constituyen automáticamente en vienes comunes del matrimonio, y se rigen de acuerdo a las regulaciones pre-establecidas por la ley.

2.4 REGÍMENES PATRIMONIALES.

La doctrina actual nos refiere la existencia de varios regímenes patrimoniales del matrimonio, entre los cuales podemos mencionar: 1) El régimen con comunidad de bienes, 2) El régimen sin comunidad, 3) El de separación de bienes y, 4) El régimen dotal¹⁰.

2.4.1 RÉGIMEN CON COMUNIDAD DE BIENES

Es el que adopta nuestro régimen jurídico familiar y es el mas común, esta basado en la unión y la solidaridad entre los esposos, ya que la comunidad ganancial establecida es perteneciente a ambos esposos, dando un equilibrio al uso de estos y a las obligaciones que se puedan contraer, es decir una proporción igualitaria entre los derecho y los deberes.

Este régimen presenta variantes, pues permite la existencia en su clasificación en bienes propios y bienes comunes.

¹⁰ Paz Espinoza, Felix; Derecho de Familia y sus Instituciones, Ed. El Original San José, La Paz – Bolivia, 2010, Tomo único, Pág. 129

2.4.1.1 BIENES PROPIOS.

Son los que pertenecen de forma particular a cada uno de los conyugues antes del matrimonio o durante su vigencia, art 103 al 110 del Código de Familia, teniendo el titular la disposición y administración, con las excepciones que se especifica en esta con relación a esta ultima facultad potestativa.

Es decir son los bienes que se tiene antes del matrimonio y aquellos que se obtienen durante este, pero por una situación ajena a la unión matrimonial, así pues, se dividen los bienes del esposo y de la esposa, los bienes propios se encuentran catalogados en el Código de Familia en los Arts. 104, 106 y 107, y la disposición de estos bienes se encuentran codificados en el Art. 109 del mencionado Código.

2.4.1.2 BIENES COMUNES.

Son los bienes que pertenecen a ambos cónyuges, los que fueron adquiridos por ellos durante la vigencia del matrimonio así como sus frutos, así como aquellos previstos en los Arts. 111, 112 del Código de Familia.

Estos bienes son administrados por ambos y en caso de darse alguna disposición de los bienes por parte de alguno de los cónyuges, dicha disposición debe darse con el consentimiento de ambos, en caso de que una de las partes hiciera caso omiso de esta disposición dicho uso de los bienes esta viciado de nulidad, a demanda del esposo afectado.

2.4.2 RÉGIMEN SIN COMUNIDAD.

Es aquel en el que cada uno de los esposos mantiene sus bienes patrimoniales, y es el quien se hace cargo de los derechos y deberes inherentes a dichos bienes.

2.4.3 RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.

Es el sistema que permite a cada cónyuge conservar sus bienes llevados la matrimonio y adquiridos dentro de el, el sostenimiento del hogar se hace de manera conjunta, es el sistema mas usado en los estados de Norte América y en muchos latinos.

2.4.4 RÉGIMEN DOTAL.

Se refiere a la dote y proviene del mismo termino dote, y son los bienes que la mujer lleva la matrimonio o los q durante él los adquiere por herencia, este régimen reconoce su origen en el derecho romano y tuvo su vigencia en el matrimonio sine manu¹¹.

Esta compuesta por los bienes dotales y parafernales, es decir es un sistema mixto ya que incorpora el régimen sin comunidad y el de separación de bienes, ya que los bienes dotales son aquellos que lleva la esposa al matrimonio para el uso del marido, su uso, administración y disfrute y los parafernales son propios de la mujer ella misma se encarga de su uso y disfrute, en caso de que se de la

¹¹ Paz Espinoza, Felix; Derecho de Familia y sus Instituciones, Ed. El Original San José, La Paz – Bolivia, 2010, Tomo único, Pág. 132

disolución del matrimonio, los bienes dotales deben ser restituidos a la mujer, la dote es inalienable, imprescriptible e inembargable, pero puede ser enajenado y el esposo que los enajene debe restituir su valor.

2.5. NACIMIENTO DE LA COMUNIDAD DE GANANCIALES

Se ha establecido que la comunidad de gananciales nace precisamente el día de la celebración del matrimonio, siendo nula toda estipulación en contrario. Ello obedecía al principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, “La sociedad de gananciales empezará en el momento de la celebración del matrimonio o, posteriormente, al tiempo de pactarse en capitulaciones”. Por tanto, en Derecho, la sociedad de gananciales comenzará a regir al celebrarse el matrimonio.

En el caso de nuestra legislación la comunidad de gananciales se regula por ley y no puede renunciarse ni modificarse por convenios particulares, bajo la pena de nulidad, entendemos que su vigencia y cesación, también debe regularse por la ley.

Sin embargo de ello, la aplicación mecánica de la norma legal, la más de las veces nos lleva a conclusiones equivocadas que tergiversan el verdadero sentido del derecho, es así que en el problema planteado se da la errónea distribución de la comunidad de gananciales en el de la separación de hecho que es el caso que nos atinge .

Es así que se determina la necesidad de insertar en el Código de Familia una norma legal que aclare lo concerniente a la comunidad de gananciales con respecto a la separación de hecho, durante el tiempo que dura la separación antes de ser solicitado el divorcio y así la conclusión de la comunidad de gananciales con una sentencia ejecutoriada.

Siendo además que el tratar de sacar ventaja de un vacío jurídico, es un acto ilícito, inmoral, contrario a la buena fe, a las buenas costumbres y a los fines sociales y económicos, que persigue nuestra legislación.¹²

Entonces, la comunidad de bienes entre casados es el resultado de la sociedad conyugal pactada, legal o consuetudinaria, en virtud de la cual se hacen comunes todos los bienes que el marido y la mujer aportan al matrimonio al tiempo de contraerlo y los adquiridos después con igual carácter. Esta comunidad de bienes comienza desde la celebración del matrimonio.

La comunidad de bienes entre conjugues finaliza por la separación judicial de los mismos, por declararse nulo el matrimonio y por la muerte de uno o de ambos esposos.

La sociedad de gananciales, régimen económico legal del matrimonio en muchos países, no pasa de ser una comunidad de bienes relativa, que deja al

¹² Cabanellas, Guillermo; "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Ed. Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, Tomo II, Pag.246.

margen de tal condominio los aportados como propios por los contrayentes y muchos otros adquiridos por título lucrativo durante el matrimonio.

El concepto legal de sociedad de gananciales nos menciona que “Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que le serán atribuidos por mitad al disolverse aquella”. Ahora bien, en este precepto no se contiene una definición propiamente dicha de tal sociedad, sino la consecuencia fundamental del establecimiento de dicho régimen. Por ello, podemos definir de modo más concreto y preciso la sociedad de gananciales como “aquella situación que la voluntad privada o la ley en su defecto declara establecida entre marido y mujer, en virtud de la cual éstos ponen en común y hacen suyos por mitad, al disolverse el régimen, los beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos durante el mismo”.

2.6. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA COMUNIDAD DE GANANCIALES

La comunidad matrimonial de bienes, desconocida en el Derecho romano, surge en el Derecho germánico. En España aparece por primera vez en la Ley de Recesvinto, aunque según COSTA, deriva de costumbres celtibéricas. De ahí pasa al Fuero Viejo y al Fuero Real. Las Partidas, por su inspiración romanística, intentan reducir su alcance e introducen el sistema dotal. Son las Leyes de Estilo las que crean la actual presunción de ganancialidad. El Código Civil lo reguló con la novedad importante, tomada de las legislaciones forales, de permitir la libertad de pacto antes del matrimonio para fijar el régimen económico matrimonial, estableciendo el sistema de gananciales como régimen supletorio de primer grado.

2.7 FINALIZACIÓN DE LA COMUNIDAD DE GANANCIALES.

La comunidad de bienes gananciales finaliza cuando el matrimonio concluye. Las causas de disolución del patrimonio conyugal son similares a las previstas para la terminación del vínculo matrimonial el Art, 123 del Código de Familia prevé las causas que motivan la terminación de la comunidad ganancial¹³, entre ellas tenemos:

2.7.1 LA MUERTE. El fallecimiento real presunto de alguno de los cónyuges, así se da fin a la comunidad de gananciales ya que se pone fin al matrimonio en pleno derecho.

2.7.2 DIVORCIO. Se trata de la sentencia ejecutoriada de la demandas de divorcio, es decir el divorcio vincular, hecho que produce de manera automática la terminación de la comunidad de gananciales.

2.7.3 ANULACIÓN DEL MATRIMONIO. Implica la extinción de la comunidad de bienes gananciales por efecto propio del instituto jurídico, esto regido a la buena fé de los contrayentes a la hora de celebrar el matrimonio o la buena fé de uno de ellos, como se estipula en Art. 92 del Código de Familia.

¹³ Paz Espinoza, Félix; Derecho de Familia y sus Instituciones, Ed. El Original San José, La Paz – Bolivia, 2010, Tomo único, Pág. 134

2.7.4 SEPARACIÓN JUDICIAL DE LOS ESPOSOS. Por dicha separación se interrumpe la comunidad de vida de los cónyuges, siempre aclarando que para ello debe existir una sentencia judicial ejecutoriada que así lo disponga, es un divorcio a medias, pero surte efectos en la comunidad de gananciales la misma que concluye.

2.7.5 SEPARACIÓN JUDICIAL DE BIENES. La separación judicial de bienes también produce la terminación de la comunidad de gananciales, las causales para esta petición se encuentran establecidas en el Art. 124 del Código de Familia, las cuales son la interdicción de uno de los esposos, la falta prolongada de uno de ellos, o el peligro de los intereses por malos manejos realizados por la pareja.

Luego de esta separación de bienes cada uno de los cónyuges tiene la libre potestad de manejar sus bienes propios, de administrarlos.

Esta separación de bienes también tiene cesación, mediante vía judicial, es así que se restituye la comunidad de gananciales tomando como tal los bienes adquiridos desde el restablecimiento de dicha comunidad, siendo los bienes producto de la previa separación reconocidos como bienes propios, lo mismo que los adquiridos durante la separación de bienes.

Como se podrá observar dentro de las causales de la culminación de la comunidad de gananciales no se menciona a lo que ocurre en caso de una

separación de hecho, existe ese vacío jurídico, el mismo que lleva a un aprovechamiento de una de las partes al querer ser participe de los bienes adquiridos por su cónyuge durante dicha separación, siendo que la separación de hecho no produce los mismos efectos que una sentencia de divorcio, pudiendo incluso darse una espera de muchos años para interponer la demanda de divorcio y así ser beneficiado con los bienes que su pareja pudo materializar durante la separación, si se sirve aclarar, dentro del ordenamiento jurídico, se expresa claramente que para darse una ruptura de la comunidad de gananciales es necesaria una sentencia de un órgano judicial correspondiente, sin dicha sentencia la comunidad de gananciales sigue su curso.

Es también necesario hacer notar que incluso durante la separación de hecho que se da en el plazo de dos años que es la una de las causales de divorcio, de igual manera se tiene un innegable periodo de incertidumbre entre las partes, ya que no se encuentra establecido que es lo que sucede con los bienes ya adquiridos por la pareja, como con los bienes que se van a adquirir ya en este caso de manera personal por uno de los cónyuges, llegando incluso a tener un temor bien infundado de la creación de un patrimonio que luego será susceptible a una partición del mismo, hecho que es de sobre manera considerado injusto por la persona hacedora de tal patrimonio.

Es necesario dar una solución a tal vacío jurídico que lo único que hace es dar la oportunidad a las personas sin escrúpulos a tomar acciones contrarias a la moral que una de las bases sobre las que se funda el derecho, sino a beneplácito de no tener una pena establecida, ni mucho menos reglas claras hechos que llevan a actuar así a estos individuos.

Es así que se planteara en el transcurso de este trabajo una solución para dicho vacío jurídico, que ya ha sido causa de conflictos dentro de una jurisdicción del territorio nacional.

2.8. ALGUNAS INTERROGANTES SOBRE LA COMUNIDAD DE GANANCIALES

¿En qué consiste la constitución de la comunidad de gananciales?

Nuestra legislación determina que los bienes de la sociedad conyugal se constituyen como la “comunidad de gananciales”. Esta comunidad hace comunes para el marido y la mujer, por partes iguales, e indistintamente, todos los bienes obtenidos o adquiridos por cualquiera de ellos durante la vigencia del matrimonio. La comunidad de gananciales empezará en el momento de la celebración del matrimonio. Art. 101 del Código de Familia.

¿Se pueden dividir los bienes que constituyen la comunidad ganancial?

Sí, en caso de disolverse el vínculo matrimonial nuestra legislación establece que se hacen partibles por igual todas las ganancias o beneficios obtenidos durante el matrimonio.

¿Puede uno de los cónyuges disponer libremente de los bienes comunes?

No. La disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, en este sentido el Código de Familia determina que para enajenar, hipotecar, gravar o empeñar cualquier de los bienes constituidos en matrimonio es indispensable el consentimiento expreso de ambos cónyuges.

¿Cuando termina o se extingue la comunidad de gananciales?

- 1º Por la muerte de uno de los cónyuges.
- 2º Por la anulación del matrimonio.
- 3º Por el divorcio y la separación de los esposos.
- 4º Por la separación judicial de bienes, en los casos en que procede.

Como podemos observar, existe una constitución y una disolución de la comunidad de gananciales, pero esta disolución tiene ciertos requisitos para ser efectiva ante la ley, para tener su carácter de legal o estar aferrada a derecho tiene requisitos, que deben cumplirse, aquí es donde se especifica que las relaciones familiares al tener su carácter de públicos sus efectos son irrenunciables por simple voluntad de las partes.



CAPITULO III

MARCO JURÍDICO

LEGISLACIÓN NACIONAL Y EXTRANJERA SOBRE EL TEMA

3.1. LEGISLACIÓN NACIONAL

3.1.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

El ordenamiento Constitucional hace referencia en su Sección IV lo referente a los Derechos de las Familias, en los artículos pertinentes siendo los siguientes:

Artículo 62. El Estado reconoce y protege a las familias como el núcleo fundamental de la sociedad, y garantizará las condiciones sociales y económicas necesarias para su desarrollo integral. Todos sus integrantes tienen igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades.

Artículo 63. I. El matrimonio entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.

II. Las uniones libres o de hecho que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad, y sean mantenidas entre una mujer y un hombre sin impedimento legal, producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes como en lo que respecta a las hijas e hijos adoptados o nacidos de aquéllas.

Artículo 64. I. Los cónyuges o convivientes tienen el deber de atender, en igualdad de condiciones y mediante el esfuerzo común, el mantenimiento y

responsabilidad del hogar, la educación y formación integral de las hijas e hijos mientras sean menores o tengan alguna discapacidad.

II. El Estado protegerá y asistirá a quienes sean responsables de las familias en el ejercicio de sus obligaciones.

Artículo 65. En virtud del interés superior de las niñas, niños y adolescentes y de su derecho a la identidad, la presunción de filiación se hará valer por la indicación de la madre o el padre. Esta presunción será válida salvo prueba en contrario a cargo de quien niegue la filiación. En caso de que la prueba niegue la presunción, los gastos incurridos corresponderán a quien haya indicado la filiación.

Artículo 66. Se garantiza a las mujeres y a los hombres el ejercicio de sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos.

3.1.2. CÓDIGO DE FAMILIA

Se encuentra normada la comunidad de gananciales en el capítulo III dentro las disposiciones generales.

Art. 1.- (CÓDIGO BOLIVIANO DE FAMILIA). Las relaciones familiares se establecen y regulan por el presente Código Boliviano de Familia.

Art. 5.- (ORDEN PÚBLICO). Las normas de derecho de familia son de orden público y no pueden renunciarse por voluntad de los particulares, bajo la pena de nulidad, salvo en los casos expresamente permitidos por ley.

Art. 70.- (DECLARACIÓN DE BIENES). Los contrayentes pueden declarar por si o a pedido del Oficial de Registro los bienes que les pertenecen, indicándolos o presentando una lista de los mismos, con los comprobantes que fueran necesarios. La declaración se incluirá en el legajo matrimonial y no se lo incluirá en el acta de celebración si no desean los contrayentes.

Art. 101.- (CONSTITUCIÓN DE LA COMUNIDAD DE GANANCIALES). El matrimonio constituye entre los cónyuges, desde el momento de su celebración, una comunidad de gananciales que hace partibles por igual, a tiempo de disolverse, las ganancias o beneficios obtenidos durante su vigencia, salvo separación judicial de bienes en los casos expresamente permitidos. La comunidad se constituye aunque uno de los cónyuges tenga más bienes que el otro o sólo tenga bienes uno de ellos y el otro no.

Art. 102.- (REGULACIÓN DE LA COMUNIDAD Y PROHIBICIÓN DE SU RENUNCIA O MODIFICACIÓN). La comunidad de gananciales se regula por la ley, no pudiendo renunciarse ni modificarse por convenios particulares, bajo

Art 103.- (BIENES PROPIOS POR MODO DIRECTO). Son bienes propios de los esposos:

- 1º Los que cada uno tiene a tiempo del matrimonio.
- 2º Los que le vienen a cualquiera de ellos durante el matrimonio, por herencia, legado a donación.

Art. (BIENES CON CAUSA DE ADQUISICIÓN ANTERIOR AL CASAMIENTO). También se consideran bienes propios de los esposos, los que cualquiera de ellos adquiere durante el

matrimonio, aunque sea por título oneroso, cuando la causa de adquisición es anterior al casamiento. Son de esta categoría:

- 1º Los adquiridos por efecto de una condición suspensiva o resolutoria cumplida durante el matrimonio, si el título es de fecha anterior a este.
- 2º Los enajenados antes del matrimonio y recobrados durante él por una acción de nulidad u otra causa que deja sin efecto la enajenación.
- 3º Los adquiridos por título anulable antes del matrimonio y confirmado durante este.
- 4º Los adquiridos por usucapión durante el matrimonio cuando la posesión comenzó con anterioridad a él.
- 5º Las donaciones remuneratorias hechas durante el matrimonio por servicios anteriores al mismo.

Art. 105 (BIENES DONADOS O DEJADOS EN TESTAMENTO A LOS ESPOSOS). Los bienes donados o dejados en testamento conjuntamente a los esposos pertenecen por mitad a cada uno de éstos, salvo que el donante o testador establezca otra proporción.

Si las donaciones son onerosas, se deduce de la parte de cada cónyuge el importe de las cargas que hayan sido abonadas por la comunidad.

Art. 106. (BIENES PROPIOS POR SUBROGACIÓN). Los bienes y derechos que substituyen a un bien o derecho propio son también propios, como los siguientes:

- 1º Los adquiridos con dinero propio o por permuta con otro bien propio.
- 2º El crédito por el precio de venta o por el saldo de una permuta o

de la partición de un bien propio que se aplica a la satisfacción de las necesidades comunes.

- 3º** Los resarcimientos e indemnizaciones por daños o pérdida de un bien propio.

En el caso 1º debe hacerse constar y acreditarse la procedencia exclusiva del dinero o del bien empleados en la adquisición o permuta.

Art 107.- (BIENES PROPIOS PERSONALES). Son bienes propios de carácter personal:

- 1º** Las pensiones de asistencia, las rentas de invalidez o vejez y similares.

- 2º** Los beneficios del seguro personal contratado por uno de los esposos en provecho suyo o del otro, deducidas las primas pagadas durante el matrimonio.

- 3º** Los resarcimientos por daños personales de uno de los cónyuges.

- 4º** Los derechos de propiedad literaria, artística y científica así como los manuscritos, proyectos, dibujos o modelos arquitectónicos, artísticos o industriales.

- 5º** Los recuerdos de familia y efectos personales como los retratos,

correspondencia, condecoraciones, diplomas, armas, vestidos y adornos, y los instrumentos necesarios y libros precisos para el ejercicio de un oficio o profesión, salvo la compensación que deba hacerse en este último caso a la comunidad.

Art. 108 (BIENES PROPIOS POR ACRECIMIENTO). Se consideran también propios:

- 1º Los títulos o valores de regalías por revalorización de capitales o inversión de reservas que corresponden a títulos o valores mobiliarios propios y se dan sin desembolsos.
- 2º Los títulos o valores adquiridos en virtud de un derecho de suscripción correspondiente a un título o valor propio, salvo compensación a la comunidad si se pagaren con fondos comunes.
- 3º La supervalía e incrementos semejantes que experimentan los bienes propios, sin provenir de mejoras.

Art 109.- (ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES PROPIOS). Cada uno de los esposos tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios; pero no puede disponer de ellos entre vivos, a título gratuito, salvo casos de anticipo de legítima, ni renunciar herencia o legados, sin el asentimiento del otro.

Art. 110.- (ADMINISTRACIÓN POR PODER O EN CASO DE IMPEDIMENTO ACTOS DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN EN LOS BIENES DEL OTRO CÓNYUGE) Uno de los cónyuges puede recibir poder para administrar los bienes del otro o asumir la administración de los mismos en caso de impedimento de éste, debiendo rendir cuentas como todo mandatario o administrador.

Los simples actos de administración de uno de los cónyuges en los bienes del otro, con la tolerancia de este, son válidos y obligan en su caso a la rendición de cuentas.

DE LA TERMINACIÓN DE LA COMUNIDAD

Art. 123 (CAUSAS) Termina la comunidad de gananciales:

- 1º Por la muerte de uno de los cónyuges.
- 2º Por la anulación del matrimonio.
- 3º Por el divorcio y la separación de los esposos.
- 4º Por la separación judicial de bienes, en los casos en que procede.

Art. 124 (CASOS EN LOS QUE PROCEDE LA SEPARACIÓN JUDICIAL DE BIENES) Uno de los cónyuges puede pedir la separación judicial de bienes cuando se declara la interdicción o la ausencia del otro y cuando

peligran sus intereses por los malos manejos o la responsabilidad civil en que pudiera incurrir este último.

La separación extrajudicial es nula.

Art 125.- (INTERÉS EN LA FAMILIA). El juez pronunciará la separación en los casos anteriormente expresados, cuando se halle conforme con el interés de la familia y no sea en perjuicio de terceros.

Art. 126.- (EFECTO DE LA SEPARACIÓN) En virtud de la separación, cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de sus bienes, incluidos los que le han sido asignados como participación en los comunes, sin comunicar en lo sucesivo las ganancias al otro, pero debe contribuir a los gastos comunes en la medida de sus recursos.

Los acreedores sólo pueden ejecutar los bienes del cónyuge deudor.

Art. 127 (CESACIÓN DE LA SEPARACIÓN). La separación de bienes cesa por decisión judicial dictada a demanda de los cónyuges.

En ese caso, se restablece la comunidad de gananciales, pero cada cónyuge conserva la propiedad o la titularía de los bienes o derechos que le fueron asignados a tiempo de la separación y de los adquiridos durante ésta.

Art. 128.- (REMISIÓN). La separación de bienes y liquidación de la comunidad, se hará en la forma prescrita por la sección IV, capítulo VII, título II, libro IV del presente Código.

Art. 142.- (BIENES). Sin embargo, la sentencia retrotrae sus efectos en cuanto a los bienes al día en la que se decreto la separación provisional de los mismos.

Art. 390.- (BIENES DEL MATRIMONIO). Igualmente el juez mandará la separación de los bienes del matrimonio, mediante inventario. Los bienes propios se entregarán sin dilación al cónyuge a quien pertenecen, pudiendo disponerse su incautación en caso de resistencia a la entrega. Los bienes muebles gananciales se distribuirán inmediatamente. Los bienes inmuebles gananciales y los establecimientos industriales o comerciales de igual calidad, continuarán bajo la gestión conjunta de los cónyuges o individualmente de uno de ellos, con fianza suficiente en este último caso, pudiendo en su defecto confiarse dicha gestión a un tercero designado por el juez también bajo de fianza. Se salvan las convenciones entre cónyuges.

Estas cuestiones pueden tramitarse separadamente, con cargo de acumulación al cuerpo principal hasta antes de sentencia.

3.2. LEGISLACIÓN COMPARADA

3.2.1. CÓDIGO PROCESAL Y CIVIL DE LA NACIÓN ARGENTINA

La legislación Argentina hace referencia a lo que son los derechos y deberes entre los cónyuges, donde el propio art. 154 establece que el marido y mujer tienen los mismos derechos y deberes.

El Artículo 6º de la Ley 1/92 especifica más esta disposición, al establecer que el marido y la mujer tienen en el hogar deberes, derechos y responsabilidades iguales, independientemente de su aporte económico al sostenimiento del hogar común.

En cuanto al régimen patrimonial del matrimonio, la ley reconoce tres tipos de regímenes: comunidad de gananciales bajo administración conjunta, participación diferida y separación de bienes.

A falta de capitulaciones matrimoniales, el régimen patrimonial es el de la comunidad de gananciales bajo administración conjunta (Arts. 22 y 23 de la Ley 1/92).

En el régimen de comunidad de gananciales el más corriente la administración de los bienes corresponde a ambos cónyuges conjunta o indistintamente (Art. 40 de la Ley 1/92).

Cualquiera sea el régimen patrimonial que se adopte, y por expresa disposición legal, cada cónyuge tiene el deber y el derecho de participar en el gobierno del hogar. Ambos deben decidir en común, asimismo, las cuestiones referentes a la economía familiar.

La donación de bienes gananciales requiere del consentimiento de ambos cónyuges, salvo los pequeños presentes de uso. Antes de la reforma el marido era el administrador de los bienes de la comunidad y de los propios de la mujer (Art. 195 del Código Civil, actualmente derogado).

En lo que hace al bien de familia o patrimonial se constituye sobre un inmueble y sobre los muebles indispensables del hogar. Es inembargable (Art. 2073).

En lo que hace a la Unión de hecho, se considera como tal el vínculo público y estable entre dos personas con capacidad para contraer matrimonio. (Art. 217).

Si la unión dura más de cuatro años se crea entre los concubinos una comunidad de gananciales. Si dura más de diez años, los concubinos pueden inscribir su unión ante el Encargado del Registro del Estado Civil o el Juez de Paz, la que quedará equiparada a un matrimonio legal para todos los efectos, considerándose que los hijos nacidos de la unión son matrimoniales.

3.2.2. LEY DE COMUNIDAD DE GANANCIALES DE LA REPÚBLICA DE CHILE

Busca cambiar este escenario al establecer un nuevo régimen legal para el país denominado comunidad de gananciales. Éste otorga igual condición jurídica a ambos cónyuges. Ambos van a administrar y ser propietarios de sus bienes, pero con altos resguardos durante el matrimonio, básicamente con la idea fuerte de poder contar con un patrimonio familiar. Las limitaciones son igualitarias para ambos cónyuges. Cada integrante de la pareja administra sus propios bienes y existen algunos, como bienes raíces, que deben ser administrados en común. En caso de divorcio, los bienes se dividen en partes iguales y se reparten sus bienes.

En rigor, el nuevo régimen matrimonial está concebido sobre la base de la igualdad entre el marido y la mujer en la administración de sus bienes y en la distribución de las responsabilidades familiares, hecho que elimina una serie de aspectos derivados de la sociedad conyugal que resultan discriminatorios para la mujer, y que infringen la Constitución Política y diversos tratados internacionales vigentes en nuestro país en materia de igualdad.

Para el efecto el Congreso de la república de Chile pretende cambiar esta situación y crear un nuevo régimen, el de comunidad de gananciales. La razón: la sociedad conyugal señala que es el marido quien tiene la facultad de administrar tanto los bienes de la mujer, los compartidos y los propios. Incluso los adquiridos por la mujer antes de contraer el vínculo (excepto los bienes inmuebles). Es decir, tiene el control total, incluso de lo que su esposa ha comprado con su dinero.

Aunque el sistema de sociedad conyugal ha tenido modificaciones destinadas a equilibrar los poderes dentro del matrimonio, el que el hombre tenga la decisión final ha sido un tema cuestionado no sólo dentro del país, sino también por organismos internacionales.

Incluso, la existencia de esta ley puso el año pasado a Chile en la lista de 36 países que discrimina a las mujeres en su legislación nacional, según un informe elaborado por Amnistía Internacional por no reconoce los derechos de las mujeres ni su capacidad jurídica para poder administrar sus propios bienes.

Paula Aravena, señala que aunque la sociedad conyugal tiene garantías igual juega en contra de la mujer, porque no puedes adquirir un crédito sin los antecedentes comerciales de tu marido, o si éste tiene una casa no puedes optar a un subsidio para la tuya.¹⁴

En rigor, el nuevo régimen matrimonial está concebido sobre la base de la igualdad entre el marido y la mujer en la administración de sus bienes y en la distribución de las responsabilidades familiares, hecho que elimina una serie de aspectos derivados de la sociedad conyugal que resultan discriminatorios para la mujer, y que infringen la Constitución Política y diversos tratados internacionales vigentes en nuestro país en materia de igualdad.

3.2.3. CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA.

¹⁴ Paula Aravena, abogada de la Fundación de Asistencia Legal de la Familia, República de Chile, 2004.

En cuanto a las relaciones personales, es necesario hacer referencia a los derechos y deberes de los esposos, mencionados anteriormente.

Estos están consagrados en el Código Civil Venezolano (CCV), el cual en su artículo 137 establece que:

Con el matrimonio el marido y la mujer adquieren los mismos derechos y asumen los mismos deberes. Del matrimonio deriva la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse.

La mujer casada podrá usar el apellido del marido. Este derecho subsiste aún después de la disolución del matrimonio por causa de muerte, mientras no contraiga nuevas nupcias.

La negativa de la mujer casada a usar el apellido del marido no se considerará, en ningún caso, como falta a los deberes que la ley impone por efecto del matrimonio.

De igual modo, en el primer aparte del artículo 139 se contempla que:

El marido y la mujer están obligados a contribuir en la medida de los recursos de cada uno, al cuidado y mantenimiento del hogar común, y a las cargas y demás gastos matrimoniales.

Gracias a tales disposiciones es posible concluir que el legislador venezolano incluye el Principio de la Igualdad del Hombre y la Mujer dentro de esta normativa, ya que ambos asumen idénticos deberes, los cuales

constituyen derechos de los que goza el otro. Esos deberes serán de carácter legal (se encuentran consagrados en la ley), ético (se confían al afecto y a la conciencia del marido y de la mujer), recíproco (cada uno de los esposos los tiene para con el otro, y de orden público no son relajables por el deseo de los conyugues).

Es importante destacar que la fijación del domicilio conyugal debe ser designada con arreglo al mutuo acuerdo de los esposos, tal como reza en el artículo 140 del CCV.

Finalmente, en lo que respecta a los efectos patrimoniales, se encuentra el régimen de bienes en el matrimonio, conformado por el grupo de normas que enmarca los aspectos económicos que brotan de los cónyuges entre sí o entre éstos con terceros. Dichas normas pueden ser acogidas por el consenso de voluntades de ambos sujetos, o en caso contrario, son determinadas por la propia ley, la cual es igual a la nuestra.

Esta situación se origina por causa del mismo matrimonio en sí; pues aunque su propósito original sea no pecuniario, en la convivencia permanente de dos personas se suscitan una serie de gastos impostergables que requieren ser subsanados. Y si bien se ha dicho anteriormente que los deberes de hombre y mujer en el matrimonio son iguales, en consecuencia ambos deberán soportar los gastos de manera compartida, pues recae en ellos el soporte económico del hogar; incluyendo en él sus atenciones personales así como las atenciones con personas frente a las cuales están obligados (hijos, familiares enfermos, acreedores, etcétera).

Estos pactos se caracterizan por ser bilaterales (pues son efectuados por ambos contrayentes); además son accesorios al matrimonio (ya que no podrán celebrarse de manera independiente a él, si el matrimonio no llega a realizarse o en caso de declararse nulo, las capitulaciones no surten efecto alguno); son solemnes (para su debida ejecución es necesario cumplir con las formalidades de ley); son personalísimos (así como lo es el matrimonio, pues son llevadas a cabo exclusivamente por la pareja); son inapelablemente anteriores al matrimonio (si no son pactadas previamente, ya no podrán serlo, siendo sometida dicha unión al régimen supletorio); y por último son inmutables (no pueden modificarse después de la celebración del matrimonio). Por otra parte se encuentra el régimen legal supletorio: la Comunidad Limitada de Gananciales. Ésta entra en escena cuando los futuros cónyuges no ejercen el derecho que les otorga la ley para elegir su régimen patrimonial matrimonial, supliendo el vacío que podría causar esa falta de escogencia. Está consagrado en el artículo 148 del CCV que establece:

Entre marido y mujer, si no hubiere convención en contrario, son comunes, de por mitad, las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio.

Así, la Comunidad Limitada de Gananciales puede definirse como un género de comunidad limitada, constituido por la propiedad compartida de un conjunto de bienes, que se consideran comunes a ambos cónyuges; siendo tales bienes las ganancias o beneficios obtenidos por cualquiera de ellos durante el matrimonio; manteniendo esa propiedad al margen de la existencia (absolutamente legal y por demás obvia) de bienes propios de cada esposo.

Por ser especial y genérica, posee cualidades que la diferencian de la comunidad corriente de bienes. Entre éstas puede mencionarse el hecho de que sólo puede existir entre cónyuges, quedando prohibida la sociedad de ganancias a título universal surgida entre personas que no gocen de este parentesco (según el artículo 1650 del CCV). Las cuotas de copropiedad se mantienen inalterables, correspondiente a la mitad de las ganancias (artículo 148 del CCV). No puede ser establecida previamente a la celebración del matrimonio (artículo 149 del CCV). Su sistematización corresponde al texto legal, y nunca a la voluntad de las partes. Y por último, no persigue fines lucrativos, sino que busca el debido cumplimiento de las obligaciones que trae consigo el matrimonio.

Luego, dentro de ésta comunidad de gananciales se hallan dos conjuntos bienes: aquéllos propios de cada cónyuge, y aquéllos que pasan a ser compartidos por ambos. Éstos últimos se constituyen por las ganancias obtenidas por su trabajo, así como también los rendimientos (frutos, rentas e intereses) que generan los bienes comunes y propios. De igual manera, constituyen gananciales los bienes adquiridos con otros gananciales. Artículo 158. El derecho de usufructo o de pensión, forma parte de los bienes propios del cónyuge a quien pertenece; pero las pensiones y frutos correspondientes a los primeros veinte años del matrimonio, corresponden a la comunidad en los cuatro quintos. De los veinte años en adelante todos los frutos y pensiones corresponden a la comunidad.

Artículo 161. Los bienes donados o prometidos a uno de los cónyuges, por

razón del matrimonio, aún antes de su celebración, son de la comunidad, a menos que el donante manifieste lo contrario.

Artículo 163. El aumento de valor por mejoras hechas en los bienes propios de los cónyuges, con dinero de la comunidad, o por la industria de los cónyuges, pertenece a la comunidad.

Los bienes propios de cada uno de los esposos, es decir, los que no forman parte de los gananciales, están expresados en el CCV como sigue: Artículo 151. Son bienes propios de los cónyuges los que pertenecen al marido y a la mujer al tiempo de contraer matrimonio, y los que durante éste adquieran por donación, herencia, legado o por cualquier título lucrativo. Son también propios los bienes derivados de las accesiones naturales y la plusvalía de dichos bienes, tesoros y bienes muebles abandonados que hallare alguno de los cónyuges, así como los vestidos, joyas y otros enseres u objetos de uso personal o exclusivo de la mujer o del marido.

Artículo 152. Se hacen propios del respectivo cónyuge los bienes adquiridos durante el matrimonio:

Por permuta con otros bienes propios del cónyuge.

Por derecho de retracto ejercido sobre los bienes propios por el respectivo cónyuge y con dinero de su patrimonio.

Por dación en pago hecha al respectivo cónyuge por obligaciones provenientes de bienes propios.

Los que adquiera durante el matrimonio a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido al casamiento.

La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas por la comunidad.

Por compra hecha con dinero proveniente de la enajenación de otros bienes propios del cónyuge adquirente.

Por compra hecha con dinero propio del cónyuge adquirente, siempre que haga constar la procedencia del dinero y que la adquisición la hace para sí.

En caso de fraude, quedan a salvo las acciones de los perjudicados para hacer declarar judicialmente a quien corresponde la propiedad adquirida.

Es fundamental mencionar el supuesto de los Derechos de Autor, debido a que éstos permanecen como bienes propios del cónyuge que mediante su actividad intelectual los produjo, aún cuando hayan sido adquiridos durante el matrimonio.

El mantenimiento económico de hogar únicamente no gira en torno a las propiedades y transacciones de los esposos; ambos también deberán correr (de por mitad) con las denominadas cargas comunes, constituidas por las responsabilidades o deudas adquiridas por cualquiera de los cónyuges o ambos, pero que por su origen no deben ser soportadas individualmente, sino en comunidad, según lo indican los artículos 165 y 166 del CCV.

3.2.4. EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

La ley 17.711 incorporó al art. 1306 el tercer párrafo que dice: “Producida la separación de hecho de los cónyuges, el que fuere culpable de ella no tiene derecho a participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación de hecho aumentaron el patrimonio del no culpable”.

Esta norma toma dos elementos para privar de derecho al culpable: uno objetivo el cese de la convivencia y el esfuerzo común y otro subjetivo, la imputabilidad de la desintegración del hogar.

La norma citada no significa una disolución de la sociedad conyugal, sino un cese parcial de ciertos efectos con relación a uno de los cónyuges pero subsistiendo a favor del otro.

Este párrafo final, incluido por la Ley 17.711, hace mención a la culpa, en un sistema donde no habían sido aceptadas las causales objetivas (pues el art. 67 bis hacía alusión a la culpa de ambos).

Es una situación cuyos efectos se van a producir al momento de la liquidación de la comunidad, por lo cual, mientras se prolongue la separación de hecho, en principio, no tendrá efecto jurídico en la gestión de los bienes ni en la responsabilidad frente a terceros.

A pesar de su aparente claridad, la referencia del derecho del “culpable” sobre los bienes gananciales que aumentaron el patrimonio del “no culpable” ha acarreado múltiples problemas de interpretación.¹⁵

¹⁵ Chechile, Ana M., Ob.Cit., J.A.1997-II-759.

La ley 23.515, coloca al art. 1306 in fine, en un estado de inadecuación, que obliga a una nueva interpretación. Esta reforma, erigió a la separación de hecho en causal autónoma que habilita a pedir la separación personal si hubieran transcurrido dos años de la misma (art. 204 CC.), o el divorcio vincular cuando esta situación fáctica haya cumplido por lo menos tres años (art. 214 inc. 2). Si bien esta causal se encuentra entre las denominadas “objetivas”, pues no hay en ellas indagación de culpas sino solamente la constatación de un hecho fáctico, la ley ha permitido subjetivizarla. Es decir uno de los consortes puede alegar y probar no haber dado causa a la separación, en cuyo caso conservará los derechos que la ley otorga al cónyuge inocente, entre los cuales se encuentra la posibilidad de participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del culpable.¹⁶

Algunas de las modificaciones realizadas por la ley 23.515, tienen una amplitud que excede el propio sistema matrimonial para proyectarse sobre el régimen de bienes. En especial, a las causales objetivas del divorcio y en especial su vinculación con la separación de hecho prevista en los arts. 204 y 214 inc.2 del C. Civ.

Se optó por una causal mixta, que permite por la mera separación de hecho y el transcurso del tiempo decretar el divorcio; pero a su vez cualquiera de los esposos tiene la posibilidad de dejar a salvo su inocencia, si la alega y prueba.

Si el proceso, se encausa dentro del tipo puramente objetivo que regula la primera parte del art. 204 y 214 inc.2, porque ni actor ni demandado pretenden

¹⁶ Ibidem, Chechile, Ana M., Ob.Cit., J.A.1997-II-759.

dejar a salvo su inocencia, el juez dictará sentencia prescindiendo de la declaración de culpabilidad (art. 235). No cabe, reputarlos culpable, mas tampoco inocentes, se entiende que ambos son responsables de la ruptura matrimonial. En este punto, las opiniones se dividen con relación si ambos participan o no en los bienes adquiridos por el otro, durante dicho período.

Una línea minoritaria de doctrina y jurisprudencia, entendió que la participación de ambos cónyuges en los bienes gananciales adquiridos durante la separación se mantiene hasta la disolución de la sociedad conyugal.¹⁷

La postura contraria, sostiene que ninguno de los cónyuges participa de los bienes adquiridos por el otro durante la separación de hecho, con fundamento en la ganancialidad, que es la comunidad de vida y de esfuerzo, y una interpretación coherente con la aplicada en materia sucesoria, por el art.3575 C.Civ.

En tal sentido, es oportuno recordar el origen de la ganancialidad. Sostenía Guaglianone que su fundamento “se encuentra en la colaboración que recíprocamente se prestan los cónyuges. Los bienes son gananciales porque los esposos viven juntos, porque forman una unidad de espíritu y de trabajo y porque ambos colaboran, aunque de distinto modo y con distinto esfuerzo, en la formación del patrimonio conyugal...”. Por lo tanto, la voluntad de los cónyuges de separarse de hecho necesariamente hace cesar el fundamento que dio origen a la ganancialidad que se basa en la colaboración recíproca.¹⁸

¹⁷ Fleitas Ortiz de Rozas, Abel y Roveda, Eduardo G., Ob.Cit., Pág.311

¹⁸ Guaglianone, Aquiles, “Régimen patrimonial del matrimonio”, T.I, pág.41.

Si bien, la ley 17.711 al introducir el 3º párrafo al art. 1306, fue con la intención de evitar un beneficio indebido por el esposo abandonante, que al producirse la liquidación de la sociedad conyugal se presentaba para obtener la mitad de los bienes gananciales, incluidos los adquiridos por el otro esposo durante el período de la separación de hecho, produce también una situación de iniquidad, para el culpable, pues no solo debe compartir los gananciales existentes al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal por sentencia, sino también los que adquirió con posterioridad a la separación de hecho, o sea se lo castiga doblemente en lo patrimonial.

De manera, que el inocente de la separación de hecho puede obtener un beneficio indebido, atento a que por este párrafo da lugar a especulaciones como la de no iniciar las acciones de separación personal o de divorcio vincular, con el fin de beneficiarse con los bienes que fuera adquiriendo el culpable de la separación. Para que pueda participar de los gananciales que adquiera el culpable luego de la separación, el inocente debe haber mantenido su conducta correcta hasta el momento de la disolución de la sociedad conyugal.¹⁹

Escribano sostuvo, que la culpa en el divorcio y la culpa en la separación son dos culpas diferentes que pueden coincidir o no. De modo que podría un cónyuge ser inocente del divorcio pero culpable de la separación de hecho o inversamente ser culpable del divorcio e inocente de la separación de hecho, o

¹⁹ Escribano, Carlos, "La culpa en el divorcio y la culpa en la separación de hecho".L.L.1988-D-1066.

bien que exista culpa de un mismo cónyuge tanto en la separación como en el divorcio.²⁰

En el régimen económico matrimonial Código Civil en la legislación de España se distinguen los artículos 1315 a 1444 del Código Civil español, está contemplado todo lo referente al Régimen Económico Matrimonial, a su disolución y a su liquidación.



²⁰ Ibidem; Escribano, Carlos, 1988, p 1066.

CAPITULO IV

MARCO PRÁCTICO, TABULACIÓN DE DATOS Y RESULTADOS, DEMOSTRACIÓN DE LA HIPÓTESIS

En el presente estudio se utilizan como método general: el método analítico con respecto al método analítico debemos señalar primeramente que la palabra análisis viene del vocablo griego análisis y significa: disolución de un conjunto en sus partes. Por otra parte Newton expresa lo mismo: mediante el camino del análisis podemos proceder de los compuestos a los ingredientes y de los movimientos a las fuerzas que los producen; y en general, de los efectos a sus causas o de las causas particulares, de manera que el razonamiento termina en las mas generales.

Finalmente y para tratar de comprender en que consiste el método analítico es importante señalar lo que menciona Marx Herman, quien considera que analizar significa desintegrar, descomponer un todo en sus partes para estudiar en forma intensiva cada uno de sus elementos, así como las relaciones entre si y con el todo. La importancia del análisis reside en que para comprender la esencia de un todo hay que conocer la naturaleza de sus partes.

En el presente trabajo utilizamos el método analítico, ya que para comprobar la hipótesis debemos analizar el problema planteado descomponiendo en partes cada uno de los elementos que intervienen para poder tener una mejor claridad del objeto de estudio para llegar al fin perseguido.

Método deductivo. En cuanto a la palabra deducción, cabe decir, que la etimología de dicha palabra procede del latín deductio, que significa acción o efecto de deducir. Esta a su vez deriva del latín deducere: verbo transitivo que denota sacar consecuencias de un principio, proposición o supuesto.

Por su parte Abbagnano, cuando trata el concepto relativo a la deducción nos expresa lo siguiente: “La relación por la cual una conclusión resulta de una o mas premisas. La interpretación tradicional de la deducción como derivación de lo particular de lo universal o como un razonamiento que va de lo universal a lo particular”.

En el presente trabajo de investigación se uso el método deductivo con el objeto de partir de aspectos generales de la investigación para llegar a situaciones particulares.

El tipo de estudio es no experimental, descriptivo. Los estudios descriptivos en opinión del autor Hernández Sampieri: “miden de manera independiente los conceptos. Es importante notar que la descripción del estudio puede ser más o menos general o detallada en la población”.²¹

El presente estudio realiza, a partir de una descripción estadística y documental, un análisis de las actitudes en los conocimientos de los encuestados.

²¹ HERNANDEZ, SAMPIERI; METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN; Ed. Mc Graw Hill; México; 2000;pág. 31.

Tiene variables cuantitativas y cualitativas, porque en el cuestionario aplicado existen respuestas abiertas a algunas cuestionantes, además interviene el criterio del investigador en la interpretación de los resultados obtenidos, cruzando la información analizada. Es cuantitativo porque, a raíz de las respuestas de selección múltiples cerradas tabula la frecuencia de respuestas en el instrumento de captura de información.

Se recomienda según manifiesta Norberto Valcarcel; hacer un ejercicio de abstracción y concreción de las indagaciones empíricas tratando de llenar una tabla que posibilite no continuar transitando por la investigación sin que estas relaciones entre variables, dimensiones, indicadores e instrumentos sean sólidas.²²

El presente estudio se enmarca dentro de una investigación de carácter descriptivo explicativo..²³

La investigación no experimental es cualquier investigación en la que resulta imposible manipular variables o asignar aleatoriamente a los sujetos a las condiciones. De hecho, no hay condiciones o estímulos a los cuales se expongan los sujetos del estudio; los sujetos son observados en su ambiente natural, en su realidad.

²² VALCARCEL; Norberto; “Metodología y Pedagogía”; Edit. E.J. Varona; La Habana -. Cuba; 1999.

²³ Ob. Cit. HERNANDEZ, SAMPIERI; 2000;pág. 51.

4.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

4.1.1 EXPLICATIVO DESCRIPTIVO. El presente trabajo se iniciara con el tipo Descriptivo-Explicativo permitiendo describir las variables de análisis, desarrollando cada una de las partes específicas del problema, para luego explicar sus relaciones y llegar a conclusiones concretas.

Para el efecto se debe analizar el Código de Familia.

Para el análisis del presente trabajo se realizo la información a través de las técnicas de la encuesta con 6 preguntas semi abiertas y cerradas y la investigación documental.

La técnica de la encuesta permite recoger información sobre los indicadores del problema. La encuesta consiste en la recolección de datos de la población objeto de estudio a través del cuestionario.

El diseño de una encuesta proponer preguntas con distintas opciones para respuestas, dándoles la posibilidad de seleccionar la respuestas de su preferencia, para captar conocimiento y/o actitudes de los encuestados.

El universo del presente estudio esta conformado por profesionales entendidos en la materia entre jueces, notarios y abogados.

El tipo de muestra no probabilística, lo que corresponde a una muestra intencional. Esta conformada por 35 profesionales del derecho y 15 personas litigantes.²⁴

Conociendo que las variables de estudio son cualitativas y cuantitativas, el tamaño de la muestra a extraerse, asume un nivel de confianza del 95% y acepta un error de muestra del 5%.

La muestra es la esencia de un sub-grupo de la población; es un sub-conjunto de elementos que pertenecen a ese conjunto definido en sus características en la presente investigación se determina como sujetos de investigación:

En principio son los Jueces de Partido de Familia.

Por otro lado lo secretarios de los Juzgados de Partido de Familia.

Los abogados en materia familiar.

Personas Litigantes.

En la presente investigación se utilizara las siguientes técnicas:

4.2 ENCUESTAS.

Para realizar las encuestas previamente se utilizó un cuestionario, donde se les pregunta a todas las personas sobre los aspectos que se tienen en la distribución de la comunidad de gananciales. Donde las preguntas deben girar alrededor de la Hipótesis.

²⁴ HERNANDEZ, SAMPIERI; METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACION; Ed. Mc Graw Hill; México; 2000. Pág. 30.

Esta dirigido a sujetos de información y de investigación, para que de esta forma conseguir su opinión con referencia al presente tema en cuanto a las ventajas y desventajas con respecto al tema.

El cuestionario consta de 5 preguntas;

El cuestionario contiene preguntas cerradas, también denominadas limitadas “Aquellas donde el interrogatorio constituye la respuesta teniendo limite para su respuesta sobre el tema. (HERNANDEZ Y SAMPIERI; 2000; pág. 56).

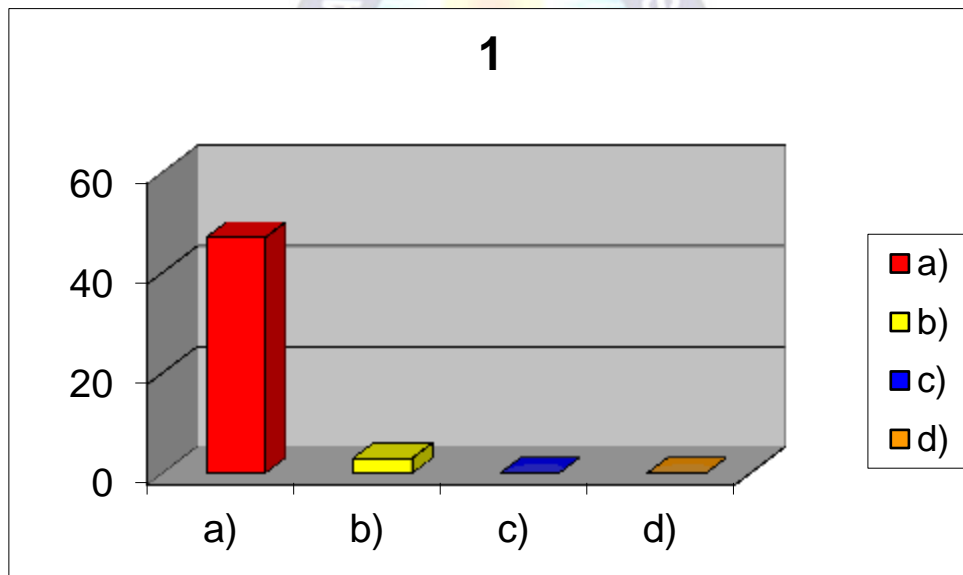
Se optó por la encuesta estructurada por las ventajas que presenta pues es una técnica mas practica, dirigida aún número de personas más reducido, se tiene la oportunidad de direccionar las preguntas.

importancia y su veracidad en cuanto a la fuente que la emitió, para que el trabajo este basado en información cierta y fidedigna.

Para la clasificación, registro tabulación y codificación de la información que se obtenga durante la investigación particularmente en la aplicación de las técnicas de encuestas y entrevistas se efectuaron análisis multivariados.

PREGUNTA No. 1

CONOCE USTED LA NORMATIVA DEL CÓDIGO DE FAMILIA

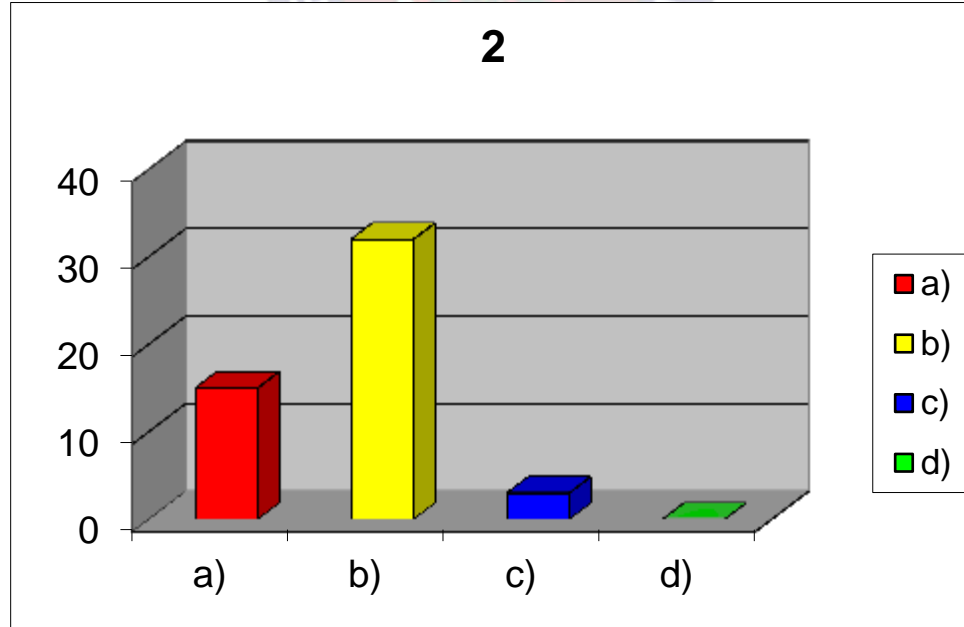


De los 50 encuestados un 94% respondió que SI conoce el Código de Familia, esto significa que la muestra obtenida de la población conoce de la norma frente a un 6% que no sabe, el conocimiento de la normativa de familia hace que la encuesta tenga una mejor valoración y el grado de error sea mínimo.

PREGUNTA NO. 2

INDIQUE SI SE ENCUENTRA NORMADO EN EL CÓDIGO DE FAMILIA LO REFERENTE A LA COMUNIDAD DE GANANCIALES CON RESPECTO A LA SEPARACIÓN DE HECHO.

| 2 Indique si se encuentra normado en Cod. Flia. la Com. de Gananciales. | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|---|------------|------------|
| a) SI | 0.3 | 30% |
| b) NO | 1.28 | 64% |
| c) NO SABE | 0.18 | 6% |
| d) NO RESPONDE | 0 | 0 |

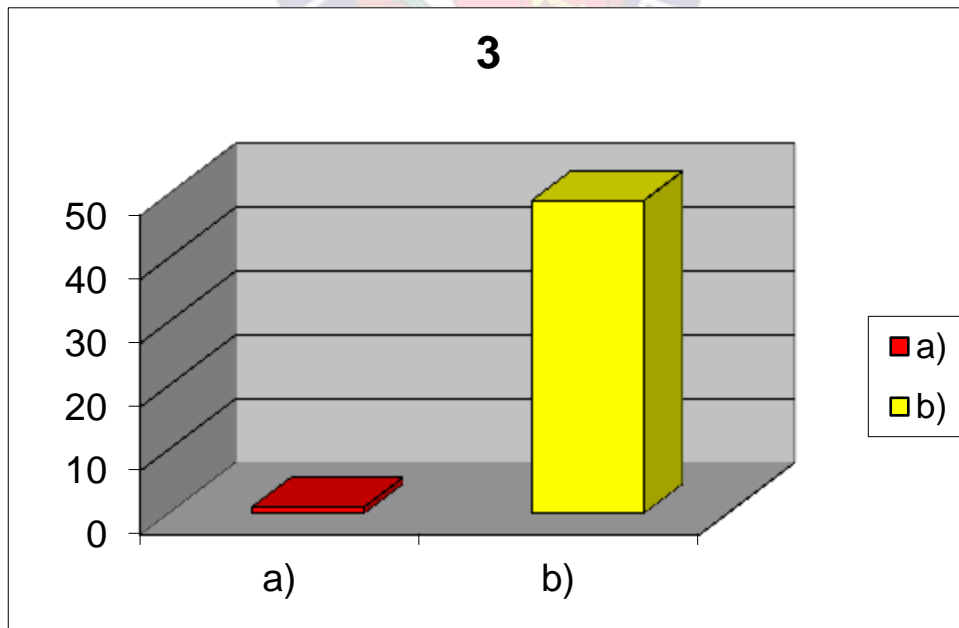


De los 50 encuestados un 30% menciona que SI tiene conocimiento que el código de Familia REGULA la comunidad de gananciales en separación de hecho, frente un 64% que menciona que NO regula, esto significa que se hace necesario normar lo referente a este Instituto Jurídico, con la finalidad de dar certeza y certidumbre a las partes y que no se encuentra al libre arbitrio del juzgador o de los sujetos procesales.

PREGUNTA NO. 3

SEÑALE SI LOS BIENES ADQUIRIDOS POR LA PAREJA QUE DEMANDA LA SEPARACIÓN DE HECHO LUEGO DE MAS DE DOS AÑOS DEBEN SER GANANCIALES O PATRIMONIALES.

| 3 Señale si los bienes adquiridos por la pareja en la separación deben ser gananciales o patrimoniales | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|--|------------|------------|
| a) GANANCIALES | 0.02 | 2% |
| b) PATRIMONIALES | 1.96 | 98% |

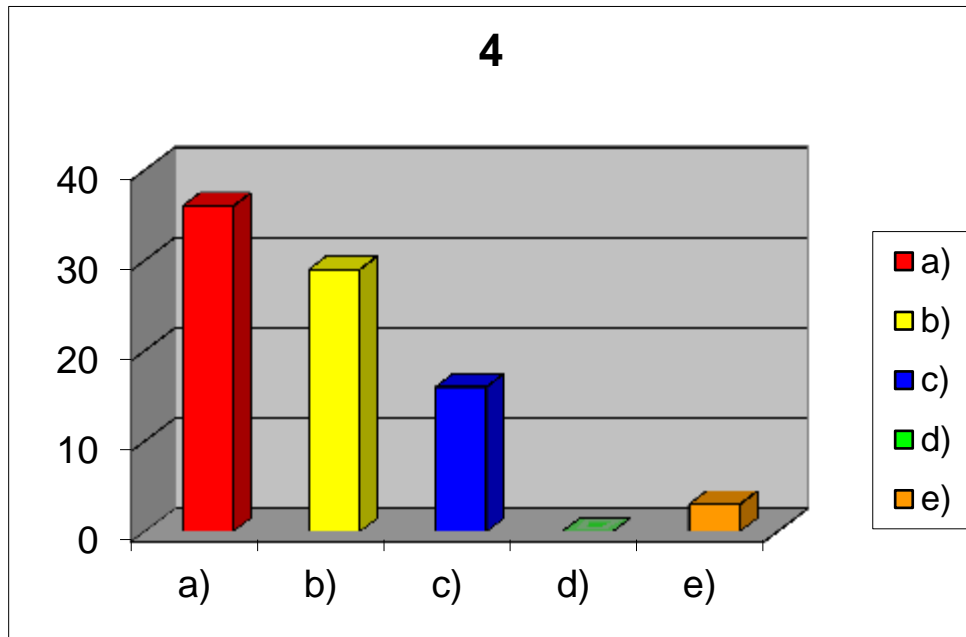


De los 50 encuestados un 2% responde que deben ser GANANCIALES, frente a un 98% que deben ser PATRIMONIALES, esto significa que los bienes adquiridos por cada uno de ellos durante la separación, no sean divisibles al momento de la separación sino que quedan para sí.

PREGUNTA NO. 4

CREE UD. QUE AL NO ESTAR REGULADA LA COMUNIDAD DE GANANCIALES DE FORMA EXPRESA EN EL CÓDIGO DE FAMILIA SE INGRESARÍA A UNA INSEGURIDAD JURÍDICA, PRODUCIENDO EL LIBRE ARBITRIO DEL JUZGADOR Y DE LAS PARTES

| 4. Ud. cree que al no estar regulada la comunidad de gananciales | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|--|------------|------------|
| a) INSEGURIDAD JURÍDICA | 0.72 | 72% |
| b) LIBRE ARBITRIO | 1.16 | 58% |
| c) DE LAS PARTES | 0.96 | 32% |
| d) NO SABE | 0 | |
| e) NO RESPONDE | 0.3 | 6% |

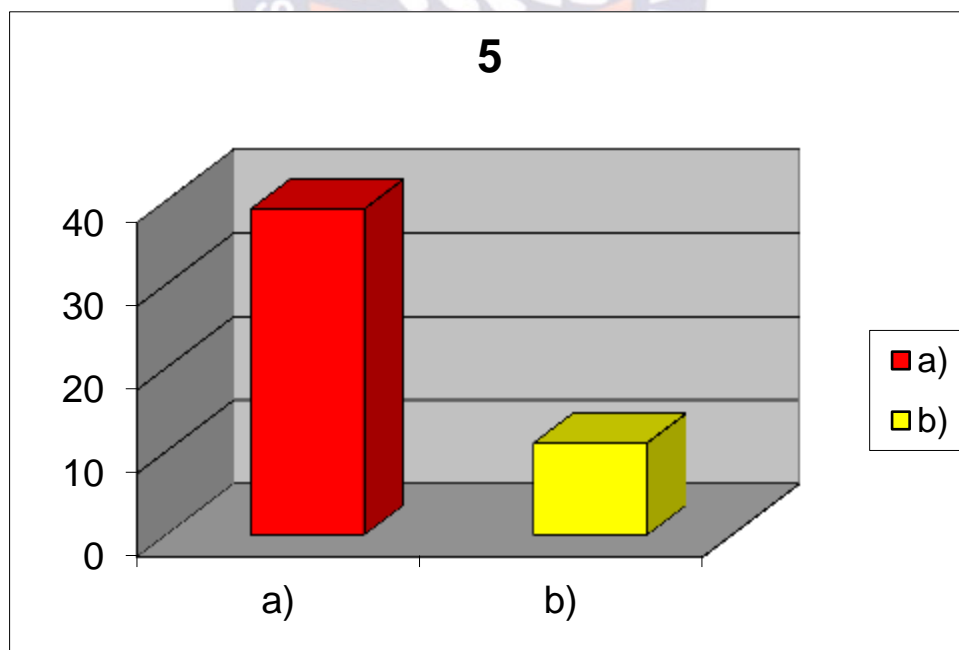


De los 50 encuestados un 72% manifestó que se ingresa en inseguridad jurídica, frente a un 32% libre arbitro de partes un 6% no responde, esto significa que al no encontrarse regulado en la normativa de familia la comunidad de gananciales en la separación de hecho esta a la libre interpretación del juez de las partes.

PREGUNTA NO. 5

CREE UD. QUE EXISTE VACIOS LEGALES EN LA DISTRIBUCIÓN DE LA COMUNIDAD DE GANANCIALES EN LA SEPARACIÓN DE HECHO?

| 5. Ud. cree que existe vacios legales en la distribución de gananciales en separación de hecho | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|--|------------|------------|
| a) SI | 0.78 | 78% |
| b) NO | 0.44 | 22% |
| c) NO SABE | | |
| d) NO RESPONDE | | |



De los 50 encuestados un 78% manifestó que si se tiene un vacío jurídico en lo relacionado a la distribución de bienes en el lapso que la separación del matrimonio se da.

4.3 FUNDAMENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

Primero en esta etapa se hace preciso indicar cual es el grado al que se quiere llegar dentro del presente trabajo, antes vamos a indicar mediante un planteamiento de caso ficticio, q a mi manera de pensar es la mejor forma de dar una explicación concreta de a donde se quiere llegar.

Es sabido que dentro nuestra legislación para la disolución de la comunidad de gananciales, mas específicamente en el Art. 123 del Código de Familia, existen causales las mismas que enumeramos a continuación:

- a) La muerte de uno de los conyugues.
- b) Por la anulación del matrimonio.
- c) Por el divorcio y la separación de los esposos.
- d) Por la separación judicial de bienes, en los casos en que procede.

Es así que tomando en cuenta estas causales es fácil notar que dentro de las mismas las causales son dadas en todos los casos mediante una **sentencia ejecutoriada** que es el principio del fin de la comunidad de gananciales.

Es aquí donde se entra a pleno en el tema llevado, en el caso de una separación de hecho, que es aquella donde los esposos se separan por consentimiento mutuo o por simple decisión unilateral de uno de ellos, situación que luego de dos años continuos e ininterrumpidos se demuestra la ausencia de voluntad para retornar a la vida en común.

Teniendo una separación de hecho estas características es la piedra fundamental para interponer la demanda de divorcio, sustentada en la causal prevista por el Art. 131 del Código de Familia.

Pero entonces, ¿Que es lo que sucede con la comunidad de gananciales durante esos dos años de separación?, y mas aún en caso de no interponerse demanda de divorcio, ¿Los bienes de cada uno de los cónyuges continúan siendo bienes gananciales a partir del Art. 101 del Código de Familia?, que prevé que las ganancias o beneficios resultantes serán partibles por igual, a tiempo de disolverse, salvo separación judicial de bienes en casos expresamente permitidos.

Es decir para que haya una división y partición de los bienes de los cónyuges es absolutamente necesaria una sentencia ejecutoriada, ya sea por divorcio, separación de bienes, etc.

Es sabido que en el marco de nuestra sociedad, una vez dada la separación de hecho, en que por convenio mutuo o por parte de uno de ellos se da dicha separación, inclusive la misma se da de manera verbal sin que haya que mediar ante un autoridad jurisdiccional, realizando una división que a los interesados les parece justa con respecto a los bienes que posee el matrimonio, la misma para cada una de las partes es totalmente aceptable y accesible, ya que de no existir un acuerdo se procedería a demandar una separación de bienes o a la demanda de divorcio por cualquiera de las causales ya establecidas, es decir q no es necesaria una sentencia ejecutoriada para llegar a un acuerdo satisfactorio.

Es aquí donde entra el vacío jurídico, para ello la ejemplificación que se da a continuación:

Que sucede si luego de la separación acordada por los cónyuges, se da un tiempo mayor al de dos años y no se ha entablado ninguna demanda de divorcio, y en el transcurso de ese tiempo, e incluso sumando unos abundantes años mas, una de las partes ha creado un propio capital llegando incluso a poseer bienes materiales de consideración económica y fuerte valuación; los mismos por simple derecho al no existir una sentencia ejecutoriada, que de por terminada la comunidad de gananciales, siguen siendo partibles por partes iguales entre los cónyuges.

A partir de esto una de las partes luego de este tiempo previa alegación con fundamentos de hecho y de derecho demanda la división y partición de los bienes de ambos, solicitando a su vez un inventario de los bienes que forman parte de la comunidad de gananciales de la pareja, pidiendo la disolución y liquidación de la respectiva sociedad producto del matrimonio entre ambos.

En este punto la demanda establecida es admitida al poseer todos los vistos de ser una demanda planteada correctamente y enmarcada en la ley.

¿Es a menester de la autoridad solicitada, de por probada la demanda en este caso?, es aquí donde surge la respuesta del demandado dando a conocer a la Autoridad que los bienes adquiridos en los últimos 15 años fueron adquiridos luego de una separación de hecho, que si bien no se ha llevado la demanda de divorcio o separación de bienes, los mismos q posee fueron incrementados a

raíz de un trabajo propio e individual, sin mediar en este crecimiento económico la participación de su cónyuge.

¿Sigue la interrogante estos bienes adquiridos recientemente son bienes gananciales o bienes propios?.

La separación de hecho en este sentido reconoce escasos efectos jurídicos, mas aun si no existe una sentencia, pero si las bases para el divorcio por la causal de separación están siendo estrictamente cumplidas, las cuales no son tan solo el alejamiento físico (corpus), sino también la intencionalidad dirigida a la suspensión del matrimonio (animus).

El motivo expuesto debe ser desestimado por las razones que a continuación se exponen, es la separación de hecho la que determina, por exclusión de la convivencia conyugal, que los cónyuges pierdan sus derechos a reclamarse como gananciales bienes adquiridos por éstos después del cese efectivo de la convivencia, siempre que ello obedezca a una separación fáctica (no a una interrupción de la convivencia) seria, prolongada y demostrada por los actos subsiguientes de formalización judicial de la separación y siempre que los referidos bienes se hayan adquirido con caudales propios o generados con su trabajo o industria a partir del cese de aquella convivencia.

Entenderlo de otro modo significaría, en efecto, un acto contrario a la buena fe, con manifiesto abuso de derecho, al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos. Lo anterior, por otra parte, no obsta a considerar persistente la naturaleza ganancial de los bienes que tuvieron la condición de gananciales

antes del inicio de la separación de hecho, cuando la sociedad estaba fundada en la convivencia.

La orientación arriba reflejada no puede ser mitigada, tal y como pretende la parte recurrente, en función de la duración del periodo de separación de hecho previo a la adquisición de los bienes en cuestión, siendo el único dato determinante, la efectiva e inequívoca voluntad de romper la convivencia conyugal, extremo éste sobradamente acreditado. Recuérdese al respecto que la separación de hecho operada fue radical, dándose no solo la separación de cuerpos sino la voluntad claramente expresada de ambas partes a no volver a la vida conyugal, sin que, se volviese a reanudar la convivencia.

El abandono del hogar, supuso "de facto" la disolución de la sociedad de gananciales.

Es así que se trata de mitigar este caso, en el que no existe desde el momento del abandono ninguna convivencia entre los cónyuges que pudiese dar lugar a adquisiciones gananciales. El abandono de familia no conlleva, aparte de las sanciones legales, la ilógica de que siga existiendo la sociedad de gananciales.

Por lo expuesto se tiene claramente establecido que existe un profundo vacío jurídico en este tema, lo cual conlleva la presente propuesta y se espera el posterior uso debido y legal de la misma dentro del Código de Familia, que es como todos los demás preceptos legales hecha y dirigida a la protección de los derecho y asignación de deberes a las personas, sin que este pueda llevar a un aprovechamiento de un vacío jurídico existente, sobrepasando la buena fe de la

sociedad y de los órganos judiciales correspondientes llevados a impartir justicia.



CONCLUSIONES

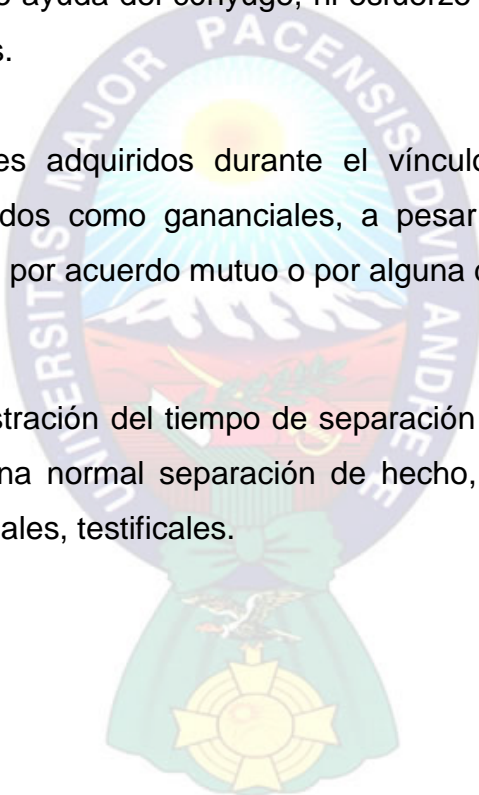
El Código de Familia, tiene por objeto regular las relaciones familiares, teniendo la intervención de jueces y autoridades para resolver los asuntos que se encuentran sometidos a su conocimiento, poniendo en prevalencia el interés que corresponde a la familia, siendo el trato jurídico que merece cada individuo dado de manera igualitaria.

Existe ahora la necesidad de regular algunos aspectos inherentes aun vacío jurídico en relación a la separación de hecho y la distribución de la comunidad de gananciales.

Se establece la necesidad de mantener, ampliar y complementar con el desarrollo de la tesis el siguiente vacío:

- Mantener las causales de separación y divorcio, dentro del Código de Familia, así como la equitativa distribución de la comunidad de gananciales en caso de disolución de la sociedad conyugal.
- En caso de la separación de hecho, se debe incorporar a la legislación nacional una adecuada distribución de la comunidad de gananciales, es decir los bienes adquiridos por la pareja, durante la separación de dos años, antes del periodo de trámite de divorcio, deben ser considerados como propios.

- En caso de pasar mas de dos años de separación que son los requeridos para la tramitación de divorcio y este tramite no se ha llevado efectivo, durante los años siguientes a estos, los bienes adquirido por cada uno de los componentes del vinculo matrimonial, deben ser considerados bienes propios y no ser incluidos al momento de la distribución de bienes, por ser estos adquiridos por el trabajo personal del individuo, sin que medie ayuda del cónyuge, ni esfuerzo alguno para la adquisición de los bienes.
- Los bienes adquiridos durante el vínculo matrimonial siguen siendo considerados como gananciales, a pesar de la separación de hecho efectuada por acuerdo mutuo o por alguna de las partes.
- La demostración del tiempo de separación se hará de la misma manera que en una normal separación de hecho, es decir ofreciendo pruebas documentales, testificales.



RECOMENDACIONES

- Se debe dar un análisis exhaustivo al presente trabajo para dar mediante este la incorporación al Código de Familia de la propuesta existente, la misma mediante el Poder Legislativo del estado Plurinacional.
- Llenar el vacío jurídico que fue demostrado en este trabajo, mediante la inclusión de las propuestas hechas, que no son otra cosa que un aporte al Derecho, fruto de una muy buena educación recibida en esta alta casa de estudios.
- En caso de tener alguna propuesta complementaria, la misma debe ser efectuada dando una demostración de hipótesis y demás actos que son requeridos para un estudio efectivo y aprobación de la propuesta planteada.
- La oportuna incorporación de la presente propuesta en la legislación nacional, llenara un vacío jurídico que produce hechos contrarios a las buenas costumbres y buena fe de la sociedad, y aun más, de la familia que es la base de la sociedad.

JUSTIFICACIÓN DEL ANTEPROYECTO DE LEY

La familia es el núcleo de la sociedad, la misma que recibe la protección del Estado, como se prevé en el Art. 4 del Código de Familia.

Es cierto que el mantenimiento de la familia se da por partes iguales, la misma que se da durante todo el transcurso del mismo, esto dado por la igualdad jurídica de los conyugues, y por la necesidad de aporte de ambos en la relación de hogar y manutención del mismo.

Así también es sabido que en caso de la disolución del vínculo matrimonial, los bienes obtenidos por la pareja son repartidos entre ambos de manera igualitaria y equitativa, así como las ganancias y beneficios obtenidos durante su vigencia.

Pero se debe tomar muy en cuenta para la justificación del presente trabajo, que la disolución del matrimonio, motivo para tal disolución y repartición equitativa se da mediante una sentencia judicial únicamente, por las causales establecidas en el Art. 130 del Código de Familia.

Es así que entra la interrogante, sabemos que tanto por idiosincrasia como por una especie de acuerdo que hace la pareja que procede a la separación se puede dar una simple separación de los mismos, y una separación que para ellos parece justa de los bienes de ambos, sin que exista una sentencia o presencia alguna del órgano judicial.

Entonces, ¿como, si no existe una sentencia de divorcio de la pareja, se esta seguro que uno de los conyugues no va a solicitar la mitad de lo que el otro construya durante la separación?.

Este es un vacío jurídico, que se debe resolver, ya que si seguimos la ley en su concepción la distribución de los bienes solo se la hace mediante dicha sentencia para asegurar una equidad.

Existen parejas separadas durante muchos años, las mismas que llegaron a formar un patrimonio cada uno por su lado, es sabido que no a todos les va por igual al crear una vida separada, es en ese sentido que se da una injusticia, al darse la oportunidad a uno de los miembros de poder realizar la solicitud (totalmente legal), de la mitad de los bienes que pudo generar su pareja, en menester de que los mismos fueron hechos durante el vínculo matrimonial, actuando de mala fe, y en contra de las buenas costumbres y en contra incluso de la misma persona que fue su pareja, siendo que el Estado tiene a bien proteger lo que es justo y correcto.

Este vacío jurídico ha creado muchos problemas dentro de la jurisdicción nacional, es así que en el presente trabajo se plantea una solución a dicho problema, realizando **LA DISTRIBUCIÓN DE LA COMUNIDAD DE GANANCIALES EN LA SEPARACIÓN DE HECHO**, la misma que ha concepto del presentante del trabajo, deben ser bienes propios y no así bienes comunes, ya que los mismos fueron creados durante la separación, sin que medie ayuda alguna del conyugue.

Es así que se debe crear la normativa correspondiente a dicha regularización la misma que será propuesta a continuación.



ANTEPROYECTO DE LA LEY DE REFORMA AL CÓDIGO DE FAMILIA

CAPITULO ÚNICO

ARTICULO 1.- (OBJETO DE LA PRESENTE LEY) La presente ley tiene por objeto la regularización de la distribución de la comunidad de gananciales durante la separación de hecho en el Código de Familia, Ley N° 996, del 4 de abril de 1988.

ARTICULO 2.- (Regularización de la distribución de bienes en la separación e hecho)

- I Los bienes obtenidos por cualquiera de los conyugues durante la separación de hecho, y las ganancias y beneficios obtenidos son bienes propios, por lo tanto los mismos no son susceptibles de división ni partición entre los conyugues.
- II Esta separación de bienes procede, desde momento de darse la separación de hecho, sin perjuicio de que luego alguno de los conyugues presentare de manera posterior la demanda de divorcio o separación.

ARTICULO 3.- (De la prueba)

- I La demostración de la obtención de los bienes luego de la separación se dará de acuerdo a procedimiento ya establecido por el Art. 383 del presente cuerpo.

- II Las pruebas sobre la obtención de los bienes luego de la separación de hecho se darán de acuerdo a las mismas disposiciones del Capítulo II, sección III del presente cuerpo legal.



BIBLIOGRAFÍA

1. AZPIRI, JORGE O. “Juicio de divorcio vincular y separación personal. Edit. Hammurabi. Buenos Aires – Argentina. 1998
2. BELLUCIO, AUGUSTO CESAR. “Manual de derecho de Familia”. 3ra. Edición actualizada. Reimpresión. Edit. Depalma. Buenos Aires – Argentina. 1991.
3. BORDA, GUILLERMO. “Tratado de derecho civil y de Familia”. Edit, Perrot. Argentina. 1989
4. CÓDIGO CIVIL. La Paz Gaceta Oficial de Bolivia – Bolivia. 2010
5. CÓDIGO DE FAMILIA. La Paz Gaceta Oficial de Bolivia – Bolivia. 2010
6. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO. Gaceta Oficial de Bolivia. La Paz – Bolivia. 2010
7. CANABELLAS, GUILLERMO. “Diccionario Jurídico”. Editorial Elista. Buenos Aires – Argentina. 1998.
8. DERMIZAKY, PABLO. “Derecho de Familia”. Edit. Fonseca. La Paz – Bolivia. 1991
9. ESCRIBANO, CARLOS. “La culpa en el divorcio y la culpa en el divorcio de hecho”. Editorial san Pablo. Madrid – España. 1999

10. FLEITAS ORTIZ DE ROSAS, ABEL Y ROBEDA, EDUARDO, G. "Manual de derecho de familia". Editorial Lexis Nexis. 2001.
11. GUAGLIANONE, AQUILES. "Régimen Patrimonial del Matrimonio". Edit. Guadalupe. Buenos Aires – Argentina. 2000.
12. HERNANDEZ, SAMPIERI. "Metodología de la Investigación". Edit. Mc, Graw Hill. México. 2000.
13. JIMENEZ SANJINES, RAUL. "Lecciones de Derecho de Familia y del Menor". Edit. Presencia. La Paz – Bolivia. 2002.
14. MAZZINGHI, JORGE. "Derecho de Familia, separación personal y divorcio". Edit. Abaco. Buenos Aires – Argentina. 2001.
15. PAULA, ARAVENA. "Abogada de la Fundación de asistencia legal a la Familia". República de Chile. 2008
16. PAZ ESPINOZA, FELIX. "Derecho de Familia y sus Instituciones". Edit. Gráfica Gonzales. La Paz – Bolivia. 2000.
17. SAMOS OROSA, RAMIRO. "Derecho de Familia". Editorial Judicial, Sucre – Bolivia. 2000.
18. VARACARGEL, NORBERTO. "Metodología y Pedagogía". Edit. El Varone. La Habana – Cuba. 2000.