

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



TESIS DE GRADO

(TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO)

**LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EN NUESTRO
ORDENAMIENTO JURÍDICO LOS CONTRATOS
PREMATRIMONIALES SOBRE BIENES
PATRIMONIALES**

POSTULANTE : CAROLA GUZMAN CALDERON

TUTOR : DR. FELIX PAZ ESPINOZA

La Paz – Bolivia
2012



Dedicatoria

La presente investigación esta dedicada a todas aquellas parejas que se verán beneficiadas al resolver de manera más sencilla sus problemas conyugue patrimoniales.

Agradecimientos

Un especial agradecimiento a mi tutor, quien con su guía pude terminar esta investigación.

Asimismo, por el incentivo, confianza y conocimiento que mis mentores depositaron en mi durante toda mi etapa académica, va mis agradecimientos.

Y no olvido la ayuda y el empuje moral y emocional que recibí de mis papis quienes me apoyaron durante todo este tiempo, y es por eso también que les agradezco con todo mi amor a ellos.

RESUMEN ABSTRACT

La evolución de la familia se ha hecho evidente a lo largo de la historia, creando nuevos institutos jurídicos que necesariamente han merecido una determinada regulación, si bien en nuestra sociedad se han ido suscitando cambios que a simple vista no se hace evidente, si miramos con mayor detenimiento estos cambios se han convertido en cotidianos.

El uso de conceptos, para mejorar estudio sobre los tipos de familias que existen nos ha aminorado el trabajo de explicar de forma superficial las formas en que actualmente se presentan las uniones conyugales. Siendo que con las nuevas formas de uniones conyugales asimismo diversos tipos de aspectos patrimoniales han surgido y es aquí donde los contratos prematrimoniales han ido tomando gran importancia pues estos de alguna forma prevén las posibles disputas que existirían en un posible divorcio. Centrándose únicamente el divorcio en la separación de cuerpos y la tenencia de los hijos si los hubiera. Si bien un contrato prematrimonial esta ligado estrictamente a la autonomía de la voluntad, este no podría regular aspectos que no sean estrictamente de orden patrimonial, dejando de lado completamente ya sea la tenencia de los hijos o hasta la asistencia familiar.

La idea de insertar este tipo de contratos no implica que se vaya a pretender de antemano un futuro divorcio mas al contrario con este tipo de contratos las parejas llevarían con mayor seguridad su matrimonio al afrontar de manera real a donde quieren llegar económicamente, lejos de causar algún tipo de desconfianza la futura unión conyugal muestra de manera real cuales son sus verdaderos intereses ya sea económicos o sentimentales. Pues con los índices de acciones de divorcio que se presentaron ante Juzgados, nos hace suponer que la carga procesal se ha ido aumentando constantemente, siendo que la mayor cantidad de procesos que se tramita ante juzgados son precisamente acciones de divorcio. Es así que vienen a ser los contratos prematrimoniales una posible solución a este problema de carga procesal.

**LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EN NUESTRO ORDENAMIENTO
JURIDICO LOS CONTRATOS PREMATRIMONIALES SOBRE BIENES
MATRIMONIALES**

INDICE

Portada	
Dedicatoria	I
Agradecimientos	II
Resumen	III
Índice	1

DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

1. Enunciado del tema de tesis... ..	6
2. Identificación del problema.....	6
3. Problematización.....	7
4. Delimitación del tema de tesis.	8
4.1. Delimitación Temática.....	8
4.2. Delimitación Espacial.....	8
4.3. Delimitación Temporal.....	8
5. Fundamentación e importancia de la tesis.....	8
6. Objetivos a los que se ha arribado en la investigación	10
6.1. Objetivos Generales	10
6.2. Objetivos Específicos.....	11
7. Marco Teórico que sustenta la Hipótesis.....	11
8. Hipótesis de trabajo de la investigación.....	12
8.1. Variables de la Investigación.....	12
8.1.1. Variable Independiente.....	12
8.1.2. Variable Dependiente.....	12

9. Métodos que fueron utilizados en la investigación.....	12
10. Técnicas que fueron utilizadas en la investigación.....	13

DESARROLLO DEL DISEÑO DE PRUEBA DE LA TESIS

Introducción	15
--------------------	----

CAPÍTULO I: EL DESARROLLO DE LA FAMILIA COMO INSTITUTO CREADOR DE NUEVAS FIGURAS JURIDICAS.....

1. 1. Diversas etapas de la formación humana.....	17
1.1.1. La comunidad primitiva.....	17
1.1.2. La horda.....	17
1.1.3. El clan.....	17
1.1.4. La familia consanguínea.....	18
1.1.5. Familia Punalúa.....	18
1.1.6. Familia Sindiasmica.....	18
1.1.7. La familia monogámica.....	19
1.1.8. La familia poligámica.....	19
1.1.9. El matriarcado.....	21
1.1.10. La familia patriarcal.....	21
1.2. Sistemas Familiares.....	23
1.2.1. La Familia Cristiana Europea	23
1.2.2. La familia islámica de Asia occidental.....	24
1.2.3. La familia de Asia del sur.....	25
1.2.4. La familia confuciana de Asia Oriental	26
1.2.5. El conjunto familiar del África subsahariana	26
1.2.6. La familia del sudeste asiático	28
1.2.7. El modelo familiar criollo	28
1.3. Mirando hacia el futuro.....	30
1.4. La familia moderna.....	32
1.4.1. Tipos de familia.....	35

1.5. El matrimonio.....	37
1.6. Antecedentes históricos del matrimonio.....	37
1.6.1. Naturaleza jurídica del matrimonio.....	40
1.7. Matrimonios tardíos.....	41
1.8. Uniones conyugales libres	41
1.9. Divorcios.....	43
1.10. Separaciones.....	44
1.11. Familias reconstituidas.....	46
1.11.1. Tipos de familias reconstituidas	48
1.11.1.1. Con madrastra.....	48
1.11.1.2. Con padrastro.....	49
1.11.1.3. Con padrastro y madrastra.....	49
1.11.1.4. Con hijos comunes.....	49
1.11.1.5. Intromisión de cónyuges anteriores.....	51
1.11.1.6. Amenazas de no continuar la relación marital.....	51
1.11.1.7. Discusiones económicas.....	51
CAPÍTULO II: LOS CONVENIOS EN EL DERECHO DE FAMILIA.....	52
2.1 El contrato en la historia y los orígenes de los contratos prematrimoniales.....	55
2.2. Definición y características de los contratos prematrimoniales.....	60
2.2.1. Las Capitulaciones Matrimoniales.....	61
2.2.1.1. Naturaleza jurídica de las capitulaciones matrimoniales.....	61
2.2.2. Los Contratos Prematrimoniales.....	62
2.2.3. Diferencias entre los contratos prematrimoniales y las capitulaciones matrimoniales.....	63
2.3. Límites para la celebración de los contratos prematrimoniales.....	66
2.4. Diversos tipos de contratos prematrimoniales.....	68
2.4.1. La Sociedad de gananciales.....	71
2.4.2. Régimen de participación en las ganancias.....	72
2.4.3. Régimen de separación de bienes.....	73

2.4.4. Los contratos prematrimoniales y la herencia.....	76
2.4.5. Los contratos prematrimoniales vs. Acreedores.....	81
2.5. Causales para la celebración de los contratos prematrimoniales.....	85
2.6. Utilidad de los contratos prematrimoniales.....	86

CAPÍTULO III: LOS CONTRATOS PREMATRIMONIALES EN EL MUNDO.....87

3.1. Los contratos prematrimoniales y el nuevo contexto Mundial.....	87
3.1.1 Ley Uniforme de acuerdo prematrimonial	91
3.2. Ventajas e Inconvenientes de los contratos prematrimoniales.....	101
3.3. Legislación comparada.....	102
3.4. El matrimonio en nuestra legislación y los actos jurídicos dentro del matrimonio.....	103
3.4.1. Clases de matrimonio.....	103

CAPÍTULO IV: RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO.....108

4.1. ENTREVISTAS.....	108
4.1.1.- Síntesis de las Entrevistas.....	117
4.2. Encuestas.....	118
4.2.1. Análisis Global.....	118
4.2.2. Análisis por elemento evaluado.....	120
4.3.1. Datos estadísticos.....	134

CONCLUSIONES.....141

ANTEPROYECTO.....145

BIBLIOGRAFÍA.....153

ANEXOS

ABREVIATURAS

N.C.P.E: Nueva Constitución Política del Estado

C.F: Código De Familia

UPAA: Uniform Premarital Agreement Act (Ley Uniforme de acuerdo prematrimonial)

DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

1. Enunciado del tema de tesis

La necesidad de implementar en nuestro ordenamiento jurídico los contratos prematrimoniales sobre bienes patrimoniales.

2.- Identificación del problema

Tras varios años de procesos de evolución en el desarrollo del Derecho y sus instituciones a la par de la sociedad; se ha llegado a determinar que es la familia el núcleo de toda sociedad, la misma que es generadora de nuevos institutos jurídicos.

Desde este punto de vista, es decir, después de varios años de evolución de la familia, tomando en cuenta solo al matrimonio o unión conyugal y sus problemas dentro del mismo a momento de su separación surge un nuevo concepto, conocido como “contrato pre – matrimonial o capitulación”.

Es este uno de los conceptos que mas polémica ha causado, no solo en el mundo jurídico, sino también al interior de la sociedad, pues existen detractores y seguidores del tema, unos piensan que los contratos pre – matrimoniales acabarían con los matrimonios y otros ven a estos contratos como una salida eficaz para las rupturas matrimoniales.

Las consecuencias, fundamentalmente económicas que una ruptura podría producir en uno o en ambos convivientes, conlleva a pensar que contraer nuevas nupcias implicaría un nuevo fracaso y nuevos dolores de cabeza. Teniendo presente que la finalidad última de éste tipo de contratos o convenios, es evitar la posterior controversia y litigios en el momento de la disolución del matrimonio o crisis de la pareja, bien para excluir o modificarr efectos y consecuencias legales, bien para determinar y concretar aspectos sobre los que posteriormente se exigirá acuerdo a los convivientes –ya dentro de la crisis familiar- o decisión judicial.

Después de la disolución del matrimonio; uno o ambos cónyuges decide reconstruir su vida, pero es en este momento en que se detiene (n) a pensar si es o no viable contraer nuevas nupcias y cuando finalmente decide (n) contraer nuevas nupcias se enfrentan al tema de bienes adquiridos antes de la nueva unión conyugal, por lo que nuevamente existe conflictos de intereses en la nueva unión conyugal.

Incluso, podemos tomar en cuenta a los matrimonios tardíos, es decir que después de varios años de convivencia la pareja decide casarse, pero cuando existe conflictos de intereses sobre los bienes adquiridos, deciden separarse, es en este supuesto; en que los contrayentes al haber iniciado su vida matrimonial con bienes, se ven envueltos en procesos de división de bienes por lo que podemos pensar que los contratos pre – matrimoniales o capitulaciones son una salida alternativa para solucionar los conflictos de intereses en la división de bienes dentro de la nueva unión conyugal; siendo estas, las razones por las que se hace evidente implementar en nuestro ordenamiento jurídico los contratos prematrimoniales sobre bienes patrimoniales.

3. Problematicación

- ¿Cuáles son los límites para celebrar los contratos prematrimoniales?
- ¿Por qué los contratos prematrimoniales serían una salida alternativa para la división de bienes adquiridos durante el matrimonio o las uniones conyugales?
- ¿Por qué las diferencias económicas entre cónyuges son un motivo para celebrar los contratos prematrimoniales?
- ¿Los divorcios o separaciones son causales para considerar la idea de celebrar un contrato prematrimonial cuando surgen problemas al dividir los bienes adquiridos dentro del matrimonio o las uniones conyugales?
- ¿De qué manera los contratos prematrimoniales ayudarían a facilitar la división de bienes en matrimonios, uniones conyugales, familias reconstituidas o matrimonios tardíos?

4. Delimitación del tema de tesis.

4.1. Delimitación Temática:

Este tema se circunscribe al área del Derecho de Familia ya que toca uno de los pilares fundamentales de la materia por tratarse principalmente del instituto de la familia, materia en la que se pretende incorporar los contratos prematrimoniales sobre bienes patrimoniales.

4.2. Delimitación Espacial:

Se tomará como muestra para la investigación a la ciudad de La Paz por ser una de las principales ciudades de Bolivia además de la notoria cantidad de matrimonios que se celebran.

4.3. Delimitación Temporal:

Por tratarse de un tema totalmente nuevo dentro de nuestra legislación e incluso en el Derecho de Familia se tomará en cuenta desde el año 2000 hasta el año 2005 ya que en estos años se ha registrado una notoria cantidad de matrimonios y divorcios.

5.-Fundamentación e importancia de la tesis

El matrimonio no es solo la declaración pública del compromiso emocional de la pareja, sino una relación económica y legal sólida. En la sociedad actual es cada vez más evidente la tendencia de las parejas a querer mantener independencia económica y autonomía en al menos una parte de su patrimonio. Es común que alguno de ellos tenga activos de considerable valor antes de formar una pareja estable.

Adicionalmente, las mujeres hoy juegan un papel importante en la generación de los recursos económicos de la familia, y poco a poco surgen familias en las cuales ya no hay roles masculinos ni femeninos, sino que cada uno de los integrantes de la pareja asume la función que sea necesaria en un momento determinado. Es indudable que la

mujer actual quiere independencia económica y manejar sus recursos con autonomía frente a su esposo o compañero.

Es frecuente además ver hombres y mujeres exitosos, que construyen y obtienen a edades tempranas patrimonios significativos.

Es así que, plantear la suscripción de un pacto de los futuros contrayentes en el que establezcan algunas de las consecuencias que se derivarían en caso de separación o divorcio es una idea que puede generar, en principio, cierto rechazo. La sola posibilidad de plantearse un régimen económico matrimonial de separación de bienes puede interpretarse en algunas parejas como un síntoma de falta de afecto o desconfianza hacia otra persona, desde el entendimiento de que el amor incondicional es en el que se basa su unión ha de estar por encima de estas cuestiones patrimoniales, mas aun lo supondría un pacto por el que se tratan de fijar las consecuencias que se producirán con la eventual crisis matrimonial. Parece que el periodo inmediatamente anterior a la celebración del matrimonio no es el momento mas adecuado para tratar estas cuestiones y si alguno de los miembros de la pareja osa sugerir un acuerdo de esta índole, inmediatamente despertaría en el otro un sentimiento de desconfianza respecto de las expectativas que puede tener depositado aquel en el matrimonio.

Pero, el pacto prenupcial permite una mejor previsión de futuro y la posibilidad de planificar la convivencia de manera acorde con lo pactado, evitando que se produzcan consecuencias negativas de forma inesperada para algunos de los esposos, porque todo habría sido previsto de antemano. El tratamiento de estas cuestiones antes de contraer nupcias permite aclarar lo que cada uno de los esposos pretende dar o recibir en el marco de la relación conyugal y enfocar la convivencia de un modo racional; antes de realizar una renuncia o sacrificio en el plano profesional, por ejemplo cada uno de los esposos sabrá si se vera compensado o no en el caos de una eventual ruptura. Y en definitiva, los pactos pre - matrimoniales permiten que cada pareja diseñe su relación conyugal de la manera que estime más adecuada de acuerdo a las circunstancias personales, ideológicas

y creencias a su libre voluntad, de tal manera que podría llegar a mitigar, quizá, las tensiones que se producen en la crisis matrimonial por cuestiones de índole económico. Este enfoque, por otra parte, encaja mejor con la idea antes enunciada del matrimonio en el que ambos cónyuges se encuentran en una situación de igualdad, no solo jurídica, sino real, y pueden adoptar sus propias decisiones, maduras e independientes, sobre el modo en que quieren afrontar su relación y en una sociedad cada vez más plural, estos pactos pueden ser el instrumento adecuado para acomodar cada matrimonio a las convicciones de los cónyuges. Al mismo tiempo, y como consecuencia de todo lo anterior, la admisibilidad de los pactos prenupciales podría traducirse en un fomento de la institución matrimonial frente a la unión de hecho.

Existen particularmente dos tipos de parejas en las que las consecuencias económicas de una eventual crisis matrimonial despiertan importantes recelos para optar por una unión matrimonial: a) aquellos casos en que un miembro de la pareja cuenta con un patrimonio importante que se quiere proteger frente a posibles reclamaciones de un cónyuge, y b) los supuestos en que alguno de los dos ha experimentado ya un fracaso matrimonial y ha tenido que pasar por la decisión judicial recaída en el proceso de divorcio. Si el pacto pre – matrimonial logra disipar las incertidumbres en relación con las consecuencias económicas del divorcio, habrá menos rechazo a la celebración del matrimonio.

Es así que la notoria conveniencia de incorporar en nuestro ordenamiento jurídico los contratos prematrimoniales radica en que estos acuerdos son adecuados para que los futuros cónyuges o convivientes afronten de manera realista su futura situación económica y puedan regularla conforme a sus intereses y valores.

6. Objetivos a los que se ha arribado en la investigación.

6.1. Objetivos Generales:

Demostrar la necesidad de implementar en nuestro ordenamiento jurídico los contratos prematrimoniales sobre bienes patrimoniales

6.2. Objetivos Específicos:

- * Describir de manera precisa, que se entiende por contratos prematrimoniales sobre bienes patrimoniales.
- * Delimitar el alcance de los contratos prematrimoniales
- * Establecer las causales por las cuales se hace necesario implementar en nuestro ordenamiento jurídico los contratos prematrimoniales sobre bienes patrimoniales
- * Proponer una Ley que incorpore en nuestro ordenamiento jurídico un régimen patrimonial del matrimonio que otorgue a los cónyuges la prerrogativa de optar libremente por los contratos prematrimoniales.

7. Marco Teórico que sustenta la Hipótesis

La idea de un contrato prematrimonial puede llegar a opacar la idea romántica del matrimonio, sin embargo los contratos prematrimoniales son una forma de afrontar de manera realista los aspectos patrimoniales del matrimonio, y siendo que de un tiempo a esta parte el creciente aumento de divorcios se ha incrementado de manera alarmante nos hace suponer que a través de este tipo de acuerdos previos, se reducen los costos financieros y emocionales de la ruptura conyugal, desde este punto de vista cuando la crisis matrimonial no ha podido zanjarse por medio de un convenio regulador, los cónyuges no tienen otra opción que iniciar el correspondiente proceso de divorcio en el que la reglamentación imperativa del juez regulará las consecuencias del cese de la convivencia. Una vez que se ha disuelto el régimen económico matrimonial se hace preciso liquidarlo y en este trámite los ex cónyuges pueden sufrir aun mas pues no bastó el largo proceso de divorcio sino que también en este proceso de liquidación se inicia una serie de descontentos.

8. Hipótesis de trabajo de la investigación

La incorporación de los contratos prematrimoniales ayudaría a que los largos y tediosos procesos de división de bienes adquiridos durante la unión conyugal sean procesos sumarios.

8.1. Variables de la Investigación

8.1.1. Independiente

Los contratos prematrimoniales.

8.1.2. Dependiente

Los largos y tediosos procesos de división de bienes adquiridos durante la unión conyugal.

9. Métodos que fueron utilizados en la investigación

Los Métodos son la vía o camino para conocer de manera sistemática la realidad, que pueden ser entendidos como un conjunto de operaciones y actividades que forman parte de un proceso para la obtención de conocimiento científico. Las técnicas son recursos y procedimientos de los que se sirven las ciencias y las artes.

9.1. Métodos

9.1.1. Generales

Analítico sintético, crítico reflexivo, que hacen en definitiva la configuración de la corriente positivista y dialéctica.

9.1.2 Específicos

Si entendemos que el propósito fundamental de la investigación es proyectar una norma que implemente los contratos prematrimoniales sobre bienes patrimoniales en nuestra legislación, comprendemos que nuestra tarea es esencialmente normativa, lo cual requiere encuadrarnos en una visión normativa

orientada a regular las conductas humanas para el logro de determinados fines, en este caso los contratos prematrimoniales, desde esta concepción, los métodos específicos que nos auxilian en el trabajo son:

* Método Comparativo; se establecerán comparaciones con estructuras legisladas acerca de estos contratos o capitulaciones para verificar las diferencias y similitudes con nuestra legislación, en función de éstas contrataciones se podrá plantear un régimen económico para el matrimonio.

* Método Práctico; concepción metodológica que establece la fecundidad y la verdad de la norma para una acción social de utilidad práctica. Consideramos que la dinámica del trabajo es precisamente proponer una Ley destinada a implementar el régimen matrimonial a efecto de que la pareja tenga la posibilidad de elegir libremente el régimen al cual quiera adherirse, así como la posibilidad de hacer de los procesos de división de bienes en los divorcios o separaciones sea mas corto.

* Método de la Ciencia de la Legislación ; como método fundamental de la creación del derecho cuyas fuentes son las relaciones familiares, institucionales, la jurisprudencia, el derecho positivo, la legislación, etc., permitirán observar en la elaboración de la norma la técnica jurídica que significa el adecuado manejo de los medios y presupuestos jurídicos en la elaboración de la norma.

10. Técnicas que fueron utilizadas en la investigación

Técnicas Bibliográficas; se recurrirá a la revisión documental de textos de orden doctrinal, la legislación relacionada al tema.

Investigación de Campo; realización de entrevistas en los diferentes estamentos sociales, como ser: Expertos en el área familiar, así como la misma sociedad civil que está ligada a la problemática. Además se realizará la aplicación de encuestas para lo cual se elaborarán los instrumentos de medición y diseño mediante la formulación de preguntas abiertas, cerradas, las cuales serán estandarizadas según la focalización del tema concreto y estrato social al cual se dirige.

Técnica del muestreo y las estadísticas; se tiene como universo de estudio a la ciudad de La Paz, del cual se disgregarán unidades concretas de estudio para definir muestras representativas en el momento del diseño práctico de la investigación.

Introducción

Quizás, este sea uno de los temas más difíciles de entender y explicar, pues muchas personas creen que los contratos pre – matrimoniales o capitulaciones se refieren únicamente a la separación de bienes y más aun cuando tienen la concepción, que es la mujer la más desprotegida; con este nuevo sistema dentro del matrimonio, cuando por el contrario ambos cónyuges son los que se benefician.

El romanticismo hace suponer que un matrimonio es para toda la vida, pero cuando falla la relación ambos cónyuges se ven obligados a separarse ocasionando una ruptura dentro de la sociedad conyugal, convirtiéndose en un dolor de cabeza para ambos cónyuges, entrando en conflicto los bienes adquiridos; mas aun, cuando ambos fueron los que contribuyeron a la sociedad conyugal; conllevando a un proceso largo y tedioso en estrados judiciales. Es así que las nuevas uniones se ven teñidas de temores y desconfianza ante una segunda posible ruptura, es aquí donde toma gran importancia los contratos pre - matrimoniales o capitulaciones pues coadyuvan a que esos procesos largos y tediosos sobre separación de bienes desaparezcan o simplemente sean más cortos.

Abarcar este tema implica, que muchos se sientan atemorizados por este nuevo concepto dentro del matrimonio, pues piensan que manejar un matrimonio dentro de los parámetros de un contrato implica reglas establecidas y que deben ser cumplidas caso contrario llevaría a un proceso judicial, cuando por el contrario este tipo de contratos crea seguridad en la pareja. Pues los contratos pre - matrimoniales lejos de ser un tormento se convierte en un alivio para los cónyuges, ya que los mismos generarían un ahorro importante en los trámites de divorcio y en las consecuencias psicológicas de la ruptura porque las condiciones están consensuadas de antemano. Además, la mayor debilidad de las mujeres en las negociaciones, es un aspecto que se tiene en cuenta que favorece el establecimiento de acuerdos previos al casamiento con lo cual se consensúan condiciones cuyo cumplimiento posterior es obligatorio.

CAPÍTULO I

EL DESARROLLO DE LA FAMILIA COMO INSTITUTO CREADOR DE NUEVAS FIGURAS JURIDICAS

La familia, pertenece a un grupo primario, natural y organizado, que constituye un eslabón intermedio entre el individuo y la sociedad; de la que derivan su existencia otros agregados sociales más amplios como el mismo Estado.

La teoría de la institución fue formulada por los tratadistas franceses Maurice Hauriou y Georges Renard, que aclarando la naturaleza jurídica de la familia, decían: si concebimos una institución como una colectividad organizada, donde el interés común es preferido frente al individual, entonces es justo aceptar que la familia es una institución: una institución típica. (1)

Por otro lado, las relaciones jurídicas familiares surgen de hechos y actos jurídicos y como punto de partida surge la interrogante sobre la posibilidad de la existencia de un acto jurídico familiar. Algunos autores han negado la posibilidad del acto jurídico en el Derecho de Familia (Cicu y Rugeiro). En relación al matrimonio se afirmó que no es contrato, sino un acto de poder estatal, esta postura en la actualidad ha sido superada. Actualmente la doctrina acepta la existencia del acto jurídico familiar. (2)

La historia demuestra que el concepto de familia ha cambiado a lo largo del tiempo. Pero de todas formas, se puede decir que si bien ha habido cambios importantes en la definición de la familia, el núcleo familiar aún sigue siendo la unidad social más común de un sistema social.

1.- PAZ ESPINOSA, FELIX C., *Derecho de Familia y sus instituciones*, 2º Edición, Editorial Grafica Gonzales, La Paz – Bolivia 2002

2.- CHÁVEZ ASENSIO, MANUEL F., *Convenios Conyugales y Familiares*. Edit. Porrúa, S.A., Av. República Argentina, 15, México, 1993

Casi todas las actividades humanas se desarrollan dentro de la esfera de lo social, es por eso que se dice que el núcleo familiar es tan indispensable para el desarrollo del hombre, es ahí donde se forja el carácter y la personalidad de cada individuo y no podemos dejar pasar desapercibido que del núcleo familiar en donde cada uno se ha desenvuelto es muy diferente.

1. 1. DIVERSAS ETAPAS DE LA FORMACIÓN HUMANA

Desde tiempos remotos el hombre ha tenido que agruparse para satisfacer sus necesidades vitales. El trabajo colectivo servía para repartir responsabilidades, de esa manera facilitaban sus tareas. Con esto tuvieron la necesidad de socializar entre ellos, pero no solo compartían dichas preocupaciones, se dieron cuenta de la valía de compartir espacios mutuos. (3)

De acuerdo con diversos autores es aquí cuando aparece una etapa de promiscuidad, en donde los miembros de los grupos se alternaban parejas sin criterio alguno. Estas formas perduraron durante mucho tiempo hasta que apareció la primera organización familiar, que fue la comunidad primitiva, la horda, el clan, la familia consanguínea, la familia púnala, la familia sindiasmica, la familia monogámica, la familia poligámica, el matriarcado y la familia patriarcal.

1.1.1. La comunidad primitiva: Esta nace con la aparición del hombre en la tierra y su desarrollo conforme a diferentes formas de organización social.

1.1.2. La horda: Es la forma más simple de la sociedad, son nómadas, no se distingue la paternidad, son un grupo muy reducido.

1.1.3. El clan: Conformado por un grupo o comunidad de personas con una audiencia común, en la que tienen gran importancia los lazos familiares y la

3 PAZ ESPINOSA, FELIX C., *Derecho de Familia y sus instituciones*, 2º Edición, Editorial Grafica Gonzales, La Paz – Bolivia 2002

obediencia de un jefe. Esta estructura cambió definitivamente las vidas de los habitantes de aquella época, pues se tuvieron que regir a ciertas condiciones de un líder.

1.1.4. La familia consanguínea: Se considera como la primera etapa de la familia, en ella los grupos conyugales se clasifican por generaciones: todos los abuelos y abuelas en los límites de la familia son maridos entre sí; lo mismo sucede con los hijos. En esta forma de familia, los ascendientes y los descendientes, los padres y los hijos son los únicos que después de lejanos y, finalmente de las personas más lejanas están excluidos de los deberes del matrimonio. A su vez, Díaz de Guijarro ha definido la familia como la institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación. El vínculo familiar ofrece importancia jurídica porque da nacimiento a una amplia serie de derechos y de obligaciones, especialmente referidos al matrimonio, a la relación paterno - filial, a los alimentos y a las sucesiones. (4)

1.1.5. Familia Punalúa: Es el primer progreso en la organización de la familia, consistía en excluir a los padres y a los hijos del comercio sexual recíproco, el segundo fue en la exclusión de los hermanos. Por razones económicas y prácticas la familia tuvo que dividirse, su extensión disminuyó y renunció a la unión sexual entre hijos de la misma madre.

1.1.6. Familia Sindiasmica: Este tipo de familia aparece entre el límite del salvajismo y la barbarie. Cuando las prohibiciones del matrimonio se hicieron más drásticas y complicadas, las uniones por grupo fueron sustituidas por la familia sindiasmica. En esta forma familiar, un hombre vive con una mujer, pero le esta permitida la poligamia, y la infidelidad aunque por razones económicas la poligamia se

4.- Savigni, dice que la familia era “una unificación conceptual de las relaciones de familia jurídicamente reguladas por el matrimonio, el poder paterno y el parentesco” ELIAS P., GUSTAVINO, *Derecho de Familia Patrimonial – Bien de Familia*, Segunda Edición actualizada Tomo I Rubinazol y Culzoni, S.C.C. Editores, 9 de Julio 3573 – Santa Fe – Republica Argentina

observa raramente, al mismo tiempo se exige la mas estricta fidelidad a las mujeres y su adulterio se castiga cruelmente; actualmente en algunos países de África se castiga a la mujer lapidándole (apedreándola) por adulterio. (5)

1.1.7. La familia monogámica: Nace de la familia sindiasmica, en el periodo de transición entre el estado medio y superior de la barbarie. Es uno de los síntomas del nacimiento de la civilización, se funda en el predominio del hombre, su fin es procrear hijos cuya paternidad sea indiscutida, eso era indispensable porque los hijos serían los herederos de las propiedades del padre. Este tipo de familias es más sólida que la familia sindiasmica, en los lazos conyugales, los cuales solo pueden ser rotos por el hombre. La monogamia facilita el cuidado de los hijos, puesto que ambos cónyuges comparten los mismos afectos y atenciones hacia ellos, sin las rivalidades existentes entre los hijos de uniones distintas. (6)

La familia monógama simplifica también las relaciones de consanguinidad y constituye una unidad social más firme y coherente que ninguna otra; y en ella la mujer goza de mayor protección y tiene una posición de jerarquía y dignidad.

Cierta ventaja de la familia monogámica es la sanción de un sistema religioso autoritario, no resulta difícil comprender por que tal tipo de unión matrimonial predominó en los pueblos de la antigua cultura occidental.

1.1.8. La familia poligámica: Es cuando existe una pluralidad de cónyuges. Existen tres formas teóricas de la poligamia: 1) matrimonio en grupo que es en el que varios hombres y varias mujeres se hallan en relaciones matrimoniales reciprocas. 2) poliandria que se refiere a que varios esposos comparten una sola esposa. 3) poliginia

5 PAZ ESPINOSA, FELIX C., *Derecho de Familia y sus instituciones*, 2º Edición, Editorial Grafica Gonzales, La Paz – Bolivia 2002

6 PAZ ESPINOSA, FELIX C., *Derecho de Familia y sus instituciones*, 2º Edición, Editorial Grafica Gonzales, La Paz – Bolivia 2002

que consiste en una pluralidad de esposas que no tienen que ser necesariamente hermanas, y adquiridas, por lo general en diversas épocas a lo largo de la vida. De estas tres formas teóricas las dos más importantes y de las cuales se ha discutido bastante son la poliandria y poliginia.(7)

En la poliandria se llegó a la conclusión que las personas vivían en las peores condiciones de vida, llegando a extremos tales de miseria que un solo hombre no podía mantener a una familia. Otra causa es que en los pueblos primitivos había escasez de mujeres, esto debido a la práctica del infanticidio de las niñas. La improductividad del medio y lo oneroso del trabajo para conseguir la subsistencia, hacían más débil a la mujer, y por ello solían darles muertes a los infantes recién nacidos, estableciéndose de ese modo un fuerte desnivel numérico entre los sexos.

La poliginia es más común que la poliandria y ha persistido hasta nuestros días en pueblos de avanzada cultura como el árabe y el turco. Esta forma de unión matrimonial tiene una causa económica entre los pueblos primitivos, sobre todo en los que se hallaban en la fase agrícola primaria, durante la cual la mujer realizaba duras tareas. En tales circunstancias cada nueva esposa significaba un factor más para la producción de riqueza y como tal la procuraba el hombre. Aunque parezca increíble la nueva esposa no era mal recibida por las demás mujeres del marido polígamo, porque en definitiva, venía a compartir las duras tareas comunes y aliviar en parte a las anteriores esposas.

Entre los pueblos bárbaros y en las primeras sociedades de la época histórica, la esclavitud de las mujeres de los vencidos en la guerra constituyó un incentivo para la poliginia.

7 PAZ ESPINOSA, FELIX C., *Derecho de Familia y sus instituciones*, 2º Edición, Editorial Grafica Gonzales, La Paz – Bolivia 2002

1.1.9. El matriarcado: Estaba compuesto por la madre y los hijos, formaba una unidad económica autosuficiente: la madre proporcionaba los alimentos vegetales y los hijos los de la caza o pesca, por lo que era muy grande la influencia femenina en la sociedad. Ella desempeñaba el principal papel en el terreno económico, regía la estructura social y ejercía el poder. (8)

En la Prehistoria y en algunas regiones todavía a principios de los tiempos históricos, estuvo vigente una sociedad matriarcal pacífica (virginal) en la que lo femenino jugaba el principal papel en el mundo social: las mujeres ejercían su autoridad sobre sus descendientes matrilineales reunidos en tribus independientes: ejercía el poder político, económico y religioso.

Vivían en plácidas comunidades sin guerras porque la autoridad era ejercida legítimamente por descendientes matrilineales de la Madre Ancestral / Diosa que había dado origen al pueblo. Y así se aceptaba la legitimidad de una Reina para ejercer el poder, sentarse en el trono (descendientes virginales de la Diosa Trono), impartir Justicia (con sus atributos la corona y el cetro), cuando había recibido el derecho por vía matrilineal y virginal.

Todavía a principios de los tiempos históricos existe evidencia de que las tribus (matrilineales) independientes, estaban bajo el gobierno de una Soberana legítima (matrilineal) y se asociaban con otras para tratar cuestiones públicas, políticas y religiosas en Confederaciones democráticas de ciudad-estado (dodecápolis).

1.1.10. La familia patriarcal: La transmisión patrilineal del parentesco determina el tipo de familia patriarcal, en la cual la autoridad suprema es el padre o el ascendiente varón de mayor edad. La familia patriarcal se halla establecida aun en

8 PAZ ESPINOSA, FELIX C., *Derecho de Familia y sus instituciones*, 2º Edición, Editorial Grafica Gonzales, La Paz – Bolivia 2002

muchos países de oriente, en la antigüedad la practicaban los palestinos, griegos y romanos.

En la Roma republicana la familia patriarcal era unidad religiosa legal y económica. Estaba rígidamente estructurada, en la cual el paterfamilias estaba vestido de atribuciones religiosas como sacerdote del culto de los antepasados; tenía todos los derechos legales, por ser la única persona reconocida por las leyes, era el único facultado para poseer los bienes familiares (9)

Se dice que el patriarcado surgió del matriarcado, los datos más cercanos a estas teorías son mitos existentes donde se habla de una lucha entre una sociedad matriarcal (con valores típicos de las sociedades agrícolas pacíficas), y la patriarcal (con valores típicos de las sociedades invasoras agresivas) que la destruye: lo que evidencia naturalmente su existencia.

Habiendo realizado una breve sistematización de la evolución del hombre como ser gregario, deteniéndonos en el punto que nos ocupa, es decir la “FAMILIA” diremos que, la familia delimita su libre disponibilidad mediante el establecimiento de fronteras entre miembros y no miembros.

El libre comercio y el combate permanente han reemplazado los derechos y obligaciones dentro de la familia. Como tal, la familia es una institución social, la más antigua y la más extendida de todas las demás instituciones; todas las instituciones pueden ser definidas como estructuras de normas donde se fija y mantiene un juego de roles sociales. En este sentido, las instituciones pueden verse también como un tipo de equilibrio social entre poder y beneficios. Una familia es una institución definida por normas para la constitución de la pareja y de filiación intergeneracional. La aplicación

9 PAZ ESPINOSA, FELIX C., *Derecho de Familia y sus instituciones*, 2º Edición, Editorial Grafica Gonzales, La Paz – Bolivia 2002

de un enfoque institucional a la familia implica prestar atención sistemática a los esquemas normativos los mismos que operan de hecho.

1.2. SISTEMAS FAMILIARES

El problema de convertir el sinnúmero de variaciones de la familia existentes en el mundo en un conjunto manejable, podemos resolverlo mediante la identificación de un número limitado de conjuntos, de “sistemas familiares principales”, en el sentido de aportar núcleos de normas familiares efectivas a la población de extensas regiones del mundo. Es así como se ha llegado a diferenciar cinco sistemas familiares contemporáneos principales, sin ningún orden de prioridad. (10)

1.2.1. La Familia Cristiana Europea

La familia cristiana europea fue exportada también a los asentamientos europeos de ultramar, pero su extensión no coincide exactamente con la amplia expansión de la cristiandad. Se puede distinguir históricamente, en primer lugar, por su monogamia y su insistencia en la libre elección del compañero marital. (11)

Entre sus variaciones internas, la más notable históricamente ha sido la demarcación de una línea divisoria entre oriente y occidente que va de Trieste a San Petersburgo, línea que, si se retrocede en la historia, puede reconocerse como la frontera de los primeros asentamientos germánicos medievales. Si simplificamos al máximo y pasamos por sobre excepciones importantes en la Europa latina, la línea separó una variante occidental, con una norma de cambio neolocal o de jefatura del hogar en el momento del matrimonio, matrimonios tardíos y una proporción bastante estable de 10% de mujeres que permanecían solteras, de una variante oriental, patrilocal, de matrimonios adolescentes y con prácticamente toda la población casada. La variante europea occidental era un sistema familiar cuyas prácticas matrimoniales habían sido

10 CEPAL (2004a) *Panorama Social de América Latina 2002-2003*, CEPAL, Santiago de Chile

11 CEPAL (2004a) *Panorama Social de América Latina 2002-2003*, CEPAL, Santiago de Chile

sensibles desde tiempos antiguos a los cambios sociales y económicos. Esta antigua división sobrevivió básicamente al período comunista en Europa oriental. En cuanto a matrimonio y porcentaje, los Estados Unidos se encuentran entre Europa oriental y Europa occidental, pero han sido parte del modelo occidental en cuanto a su capacidad de adaptación.

1.2.2. La familia islámica de Asia occidental

El Islam, más aún que la cristiandad, es una religión de carácter mundial que se extiende por varios continentes. Pero fuera de su cuna histórica, la institución de la familia islámica, como la cristiana, ha sido considerablemente modificada por otras culturas y ha recibido el impacto de otros procesos regionales dentro de los cambios del siglo XX.

A pesar de que el matrimonio islámico es un contrato y no un sacramento como sucede en el cristianismo, está regulado en gran medida por la ley sagrada, tal como las relaciones de familia, género y generacionales en general. Esta ley expresa no sólo el principio general de la superioridad masculina, sino que especifica además varias reglas específicas de protección masculina, como poligamia delimitada, divorcio por repudio del marido y pertenencia patrilineal de los hijos. Pero también afecta a la protección de las mujeres como individuos, los derechos de herencia de las hijas - la mitad de la correspondiente a los hijos varones -, y el reconocimiento de los derechos de propiedad femeninos, entre ellos los derechos de propiedad y la capacidad legal de las mujeres casadas.

La ley familiar islámica se divide en cinco escuelas, todas basadas en la edad clásica del Islam: la Shiia y las cuatro escuelas Sunni, de Hanafi - en varios sentidos la menos patriarcal, adoptada por el imperio otomano y predominante en los países que lo

sucedieron -, la Maliki del Magreb, la estricta escuela Hanbali de la península arábiga, y la Shafee, seguida por varios musulmanes de Asia del sur y sureste. (12)

1.2.3. La familia de Asia del sur

Las principales normas familiares se derivan del hinduismo y en muchos sentidos afectan también a las familias no hinduistas del subcontinente. Para el hinduismo, el matrimonio es una obligación sagrada que todos deben cumplir. Un matrimonio cabalmente correcto es aquel en que una familia patrilineal regala a otra una joven virgen, lo que históricamente se ha traducido en que las niñas son casadas mucho antes de la pubertad. El matrimonio es en principio indisoluble y, con excepción de algunos grupos brahmanes, monógamo. Los acuerdos matrimoniales se rigen por reglas de endogamia de casta y exogamia de linaje (13), y en el norte de India también de aldea. La casta heredada ha moldeado la interacción social también entre musulmanes y cristianos, y ha continuado siendo importante en la actualidad, aunque no sea absoluta.

El ideal histórico de familia, todavía vigente, es la familia patrilineal (14) extensa, que incluye a los hijos casados, con propiedad común. La principal división de

12 CEPAL (2004a) *Panorama Social de América Latina 2002-2003*, CEPAL, Santiago de Chile

13.- Ariza, Marina y Orlandina de Oliveira (2001), "Familias en transición y marcos conceptuales en redefinición", *Papeles de población*, año 7, N° 28, abril - junio. (1999). Sobre la **endogamia de casta** nos referimos al matrimonio, unión y/o reproducción entre individuos de ascendencia común, es decir, de una misma familia o linaje; ahora bien, con esta aclaración, la razón de ser de todo sistema endogámico es defender la homogeneidad de un grupo, de manera que éste se mantenga siempre igual y perfectamente diferenciable de todos los demás grupos. Por otro lado la **Exogámica** es aquel "matrimonio fuera del propio grupo", proviene del prefijo "exo" que significa "fuera". Desde este punto de vista, la **exogamia de linaje**, se refiere a que sólo se puede contraer matrimonio con una persona que no pertenezca al mismo linaje que uno.

14.- CEPAL (2004) *Panorama Social de América Latina 2002-2003*, CEPAL, Santiago de Chile, 28 a 29 de octubre de 2004. En una definición más informal podemos decir que una familia es una constelación de personas que luchan con sus emociones y buscan una identidad, una manera o modo de existir con una calidad específica de crecimiento. Es un sistema abierto con conductas y procesos de un ciclo vital único. Tratando de profundizar más en las características de las familias de un grupo étnico o cultural específico, vemos que con su peculiar organización dan a su sociedad una idiosincrasia y rasgos definitorios. Por ejemplo: Con respecto a la posesión de la tierra y a la persona que ejerce la autoridad puede ser que la familia sea: *patriarcado*, si es el padre quien ejerce el poder, o *matriarcado* en caso de que sea la madre la dominante. Cada vez que una pareja joven inicia una nueva familia, la organización de su sociedad impone sus **costumbres en la línea de descendencia** o el lugar donde vivirá y el apellido o nombre de la tribu a la que pertenece, así como la religión bajo la cual el niño se criará. Así la familia puede ser *patrilineal* o *matrilineal* según el lugar de residencia y familia que tendrá más influencia territorial.

la familia del sur de Asia, en particular en lo que respecta al patriarcado, está marcada por una línea regional que va de norte a sur y que se superpone a las divisiones religiosas y a las fronteras nacionales.

1.2.4. La familia confuciana de Asia Oriental

Cubre la vasta superficie históricamente marcada por la civilización sínica, Japón, Corea y Viet Nam, así como China, e incluye desde luego variaciones regionales y nacionales. El patriarcado confuciano clásico ha sido modificado en Japón, suavizado en Viet Nam y, hacia 1900, aplicado de manera ortodoxa en Corea. La relación entre padre e hijo varón es la primera de las “Cinco Relaciones” de la vida humana, y la devoción filial la virtud cardinal a la cual se subordinan todas las demás normas familiares y sociales. El culto a los antepasados es una obligación familiar fundamental.

El matrimonio es un contrato entre familias, disoluble por acuerdo mutuo o por el esposo. La bigamia fue ilegal en la China imperial, pero las concubinas ocupaban una posición formal dentro de la familia como esposas de segundo orden, y sus hijos eran legítimos. La familia patrilineal extendida era el ideal chino, mientras que en Japón la familia principal era la llamada familia troncal, en la cual se espera que los hijos varones más jóvenes la ramifiquen. Se trata de un sistema secular de valores, sin apoyo de ningún tipo de sacerdotes ni otra institución de especialistas morales, y por lo tanto receptivo en varios sentidos a las fuerzas de cambio modernas. Pero su énfasis en las relaciones intergeneracionales, su veneración por los ancianos, el valor que alcanzan las obligaciones familiares continúan vigentes. (15)

1.2.5. El conjunto familiar del África subsahariana

A causa de sus variadas fuentes normativas, la familia africana es más bien un conjunto de sistemas caracterizado por un modelo específico de matrimonio y descendencia, independiente del pluralismo religioso y de la gran diversidad étnica. Las

alianzas maritales en África son establecidas por la familia del novio, que paga con bienes o servicios a la familia de la novia, y la propiedad se hereda de una generación a la siguiente, como regla, sólo entre los miembros del mismo sexo. El sistema familiar africano incluye además un gran respeto por la edad, los ancianos y los ancestros, una gran importancia de los ritos de paso a la edad adulta, y el papel de los grupos de edad como base de los derechos y de la solidaridad. Se caracteriza, asimismo, por una sólida valoración de la fecundidad como objetivo clave de la vida humana, al parecer en un sentido más amplio y general que el que está presente en el énfasis confuciano clásico de no romper la línea ancestral. La poligamia como práctica masiva es también una característica exclusiva de la familia africana, relacionada con el papel clave de la mujer como mano de obra agrícola y como encargada de la crianza de los niños. Tanto el pago de bienes por la novia como la poligamia se han ajustado al proceso de urbanización, y en el Burundi católico africano hay en el presente más poligamia que en el Yemen musulmán de Asia occidental. La regla profundamente enquistada de supremacía masculina constituye una práctica general, que sin embargo puede adoptar diferentes formas y que adquiere cierta flexibilidad por la existencia de lazos conyugales a menudo débiles. (16)

Al menos desde el ángulo del interés por el patriarcado, resulta interesante distinguir en primer lugar dos variantes principales opuestas de la familia africana: el subsistema de la costa occidental, con notable autonomía socioeconómica intramarital de la mujer, y el del sureste, estrictamente patriarcal, que puede ser vinculado al del centro oeste musulmán de la faja de sabana, con una alta importancia del patriarcado.

Entre los dos mencionados debemos ubicar el área matrilineal de África central, además de los cinco grandes sistemas familiares mundiales, existen dos sistemas intersticiales importantes, generados por la interacción de dos o más sistemas familiares.

1.2.6. La familia del sudeste asiático

El modelo de familia del sudeste asiático, pluralista en lo religioso, se extiende desde Sri Lanka a Filipinas, incluyendo Myanmar, Tailandia, Malasia e Indonesia, y alcanzando incluso el sur de Viet Nam. Se puede dividir en variantes budistas, musulmanas, cristianas e incluso confucianas. La falta de preocupación budista por la familia - el budismo es la única gran religión indiferente en cuanto a regulación y ritual matrimonial - y las costumbres malayas han confluído aquí para flexibilizar la rigidez normativa de otras reglas familiares eurasiáticas, lo cual permite, entre otras cosas, lazos de parentesco bilateral y una amplia gama de posibilidades maritales en cuanto a selección de la pareja o, como entre los malayos musulmanes, en cuanto al divorcio.

Pero aun dentro de su flexibilidad relativa, se trata de un tipo de familia con un sentido patriarcal y una idea de la superioridad masculina considerables, aspecto ese último también reflejado en la tradición budista. (17)

1.2.7. El modelo familiar criollo

Los bífidos sistemas de familia criollos surgen de la historia socioeconómica americana, de un patriarcado europeo cristiano que controlaba plantaciones, minas y haciendas y utilizaba como mano de obra esclavos africanos o siervos indígenas. La sociedad criolla y su familia fueron producto del encuentro desigual y de una profunda interpenetración entre, por una parte, una clase dominante con relevancia social de colonizadores europeos y, por otra, una clase dominada no europea también socialmente relevante. Por “socialmente relevante” entendemos aquí que no estamos hablando de personas que se ubican en los márgenes del sistema social aludido, tales como administradores o soldados coloniales destacados temporalmente, personajes coloniales ocasionales que visitan, comercian o son perseguidos, o, por el contrario, expulsados en reservas u otros asentamientos periféricos, sino, nos referimos al grupo social predominante, es decir la clase colonizadora. Como “profunda interpenetración” entendemos los efectos recíprocos profundos entre estas dos o más clases, en particular

17 CEPAL (2004a) *Panorama Social de América Latina 2002-2003*, CEPAL, Santiago de Chile

en sus relaciones sociales más íntimas, en sus sistemas familiares y de género. Las sociedades criollas, en este sentido, dieron origen a sistemas familiares duales y a veces triangulares - blancos, no blancos y mestizos -, cada uno muy diferente de los otros, pero fundamentalmente moldeado por el otro o los otros sistemas. (18)

Junto con el patriarcado estricto, la cultura superior vigente ha generado un modelo familiar informal machista mezclado con matrilineal negro, blanco, mestizo e indígena (desarraigado). El modelo familiar criollo puede ser subdividido en una variante indocriolla y una afrocriolla, como ejemplos paradigmáticos tomando solo a Paraguay y Jamaica, respectivamente, diremos que a mediados del siglo XX, en el momento de estabilización matrimonial máxima en el continente americano, entre 40% y 45% de todos los nacimientos en Paraguay tenían lugar fuera del matrimonio, cifra que llegaba a cerca de 70% en Jamaica.

En este sentido, el carácter criollo ha sido muy importante en todo el continente, con esquemas afrocriollos desde el sur de los Estados Unidos, pasando por todo el Caribe, hasta el nordeste de Brasil, y con esquemas indocriollos asentados desde México, pasando por toda Centroamérica, y hacia el sur a lo largo de los Andes.

Las formaciones familiares indocriolla y afrocriolla tienen las siguientes características comunes: entre los europeos gobernantes, la sociedad criolla implicó un fortalecimiento, una rigidificación del patriarcado tradicional europeo, jurídicamente encerrado en normas napoleónicas de dominación masculina y obediencia de la mujer, y que sobrevivió aquí a su legitimidad en Europa. En el otro polo de la sociedad criolla se desarrolló el primer modelo masivo duradero de constitución de parejas informales, lo cual implicaba nacimientos extramaritales. Aunque muchas cosas han cambiado desde la configuración original del carácter criollo, aún persiste la dualidad entre códigos y normas familiares fuertemente conservadoras, en un extremo, y prácticas populares generalizadas de informalidad en el otro.

18 CEPAL (2004a) *Panorama Social de América Latina 2002-2003*, CEPAL, Santiago de Chile

Las familias están situadas, desde luego, en diferentes clases sociales o en diferentes niveles de las categorías sociales, y los miembros de las familias actúan en consecuencia en forma diferente. Sin embargo, este estudio se refiere fundamentalmente al núcleo institucional de los sistemas familiares y sólo en forma secundaria a las interfaces entre estos últimos. Dentro de cada sistema familiar, este núcleo no parece ser muy específico a cada clase, con las siguientes y nada insignificantes salvedades. (19)

Hablando en general, el sistema normativo de las familias propietarias es más estricto que el de las no propietarias. Pero, exceptuando períodos de cambios violentos, la línea divisoria principal entre las clases con respecto a la familia parece establecerse entre las clases bajas o marginalizadas, precarias y sin oficio, por una parte, y todas las clases restantes, desde las superiores hasta la clase trabajadora “respetable” o el campesinado establecido. Los ideales de poligamia o de familia numerosa son más anhelados en las clases más pobres, pero pueden ser las normas a las que aspiran.

1.3. Mirando hacia el futuro

Los profundos cambios ocurridos en las costumbres familiares, la modificación y sentido de las funciones desempeñadas por la comunidad familiar no han sido solamente negativos como suele sostenerse, la autoridad absoluta del padre que se ha atenuado, la disminución del tamaño de las familias, el hecho de que la selección de los cónyuges no sea ya un asunto de incumbencia paterna sino libre de preferencia personal, el cambio de hábitos sexuales, la capacitación de la mujer, el mejoramiento de la condición jurídica de los hijos extramatrimoniales, etc. contienen elementos positivos de la evolución que han de ser sopesados con los negativos en el balance general de las costumbres.²⁰

Es visible indudablemente que la familia no alcanza a desarrollarse con las características de tiempos anteriores, especialmente en las grandes urbes; cabe señalar

¹⁹ CEPAL (2004a) *Panorama Social de América Latina 2002-2003*, CEPAL, Santiago de Chile

²⁰ <http://es.hicow.com/matrimonio/acuerdo-prenupcial/georgia-1263848.html>

que en la sociedad actual han aparecido nuevos supuestos de familias. Poseen un especial interés los innumerables casos de familias reconstituidas en las que existen hijos no comunes, la vasta cantidad de celebraciones de matrimonios tardíos en donde existen patrimonios anteriores a la unión, supuestos en donde los cónyuges poseen una notoria diferencia. Todas estas nuevas situaciones, sumadas a la circunstancia de que en los tiempos que corren, el número de divorcios crece exponencialmente, exigen establecer un marco legal adecuado para la protección de la familia, la misma que se vería ampliamente protegida, es decir que cada uno de los miembros de la “nueva” familia cuente con la suficiente protección jurídica frente a situaciones en las que “el amor” acabe, desembocando en el inevitable efecto de pensar: ¿En qué condiciones se repartirían los bienes adquiridos en caso de divorcio?. (21)

En la mayoría de las legislaciones, la ley establece un régimen económico para el matrimonio, con carácter supletorio para el caso más común, de que los cónyuges no establezcan ningún acuerdo en este sentido. En este caso se aplica el sistema fijado por defecto, en nuestra legislación el Código de Familia establece como único régimen el de bienes gananciales. Ahora bien, si nos ponemos a pensar en la posibilidad de que a la llegada del “fin del amor”, es decir que la pareja decida terminar con la unión, concluyendo este con un inevitable divorcio o separación, el mismo desembocaría en un sin fin de peleas por el reparto de los bienes adquiridos, es a partir de este momento que nos ponemos a pensar seriamente si cabría la posibilidad de cambiar aquella situación de alguna forma.

Entonces, es conveniente pensar en incorporar nuevos regímenes patrimoniales dentro del matrimonio o las uniones conyugales, surgiendo así la idea de un contrato prematrimonial, que en Derecho de Familia, es un acuerdo celebrado antes o en el acto de contraer matrimonio y que tiene por objeto regular las relaciones patrimoniales entre los cónyuges; el mismo que indudablemente facilita la ruptura matrimonial, tanto desde

21 <http://www.cronicasdelnavegante.com/2007/05/contrato-prematrimonial.html>

el punto de vista del coste financiero como desde el punto vista emocional y denotan un grado de madurez en la pareja. 22

1.4. La familia moderna.

La historia demuestra que el concepto de familia ha cambiado a lo largo del tiempo. Pero de todas formas, se puede decir que si bien ha habido cambios importantes en la definición de la familia moderna, el núcleo familiar aún sigue siendo la unidad social más común de un sistema social.

Dentro de la historia de la familia, tanto en la era preindustrial como en la post-industrial, la familia continúa siendo la unidad o núcleo social básico de una sociedad.

El principal cambio que se ha constatado en la familia se basa en la emigración que ha habido desde las zonas rurales hacia las grandes ciudades o centros urbanos de la época industrial.

Además se constatan otros cambios importantes en la familia moderna:

- Las funciones de la familia han cambiado.
- La composición familiar ha variado.
- Los ciclos de vida y el rol de padres ha tenido variaciones.

Profundicemos un poco más en estos aspectos:

- En la familia moderna, el trabajo se realiza fuera del núcleo familiar
- Si bien aún la familia cumple con el rol de socialización, comparte este y otros roles con otros grupos sociales, instituciones y actores sociales.
- En la actualidad, también han habido cambios importantes en torno al rol de la mujer en la sociedad y su ingreso al mundo del trabajo, supuso cambios en la

22 CEPAL (2004a) *Panorama Social de América Latina 2002-2003*, CEPAL, Santiago de Chile

organización familiar. Los roles en la familia han cambiado y se han indiferenciado en la modernidad.

- Incluso la diversidad sexual se viene incorporando en el concepto de familia moderna viéndose de forma más frecuente y aceptada en las sociedades modernas, a matrimonios de homosexuales por ejemplo, conformando familias.
- Otro hecho significativo de la familia moderna tiene que ver con matrimonios conformados por segunda vez. Es decir, matrimonios de personas que se separan de sus antiguas parejas y vuelven a contraer matrimonio y a formar una nueva familia, conservando relaciones con su familia anterior o integrándola en la nueva familia.
- Se destaca también en la familia moderna que muchas parejas no contraen matrimonio pero conviven por mucho tiempo y tienen hijos.

En suma, hoy en día la familia moderna tiene varias lecturas, formas, tipos y por lejos, ya no es algo único pero además, la velocidad de la época actual hace que estas transformaciones sean más diversas y dinámicas. Pero, aún sigue cumpliendo un rol importante en cuanto a ser un núcleo fundamental de la sociedad. Es decir, la familia seguirá siendo un reflejo de la sociedad existente. 23

Conocer la estructura de la familia ayuda a tener una idea de los tipos de familia existentes, en el sentido de cómo se conforma una familia y cuáles son sus principales características. (24)

Desde una visión evolucionista se señala a la familia pasando por diferentes etapas en la historia humana, a través de las siguientes estructuras:

- el clan,
- familia extensa,
- familia nuclear.

23 CEPAL (2004a) *Panorama Social de América Latina 2002-2003*, CEPAL, Santiago de Chile

24 CEPAL (2004a) *Panorama Social de América Latina 2002-2003*, CEPAL, Santiago de Chile

Desde una mirada territorial o geográfica se señala que la estructura de la familia va a ser:

- En Europa hay predominio de la familia reducida en el noroeste.
 - En la Europa montañosa, rural y pastoril predomina la familia extensa
-
- Si tomamos la estructura familiar con una mirada de acontecimientos históricos, con la era de la industrialización sobrevino un predominio de la familia nuclear.
 - Otro hecho que determina tipos de estructuras familiares es cuando las condiciones históricas determinan un Estado con más organización que asegura paz entre los individuos que lo conforman. Esto tiene como resultado estructuras familiares en las que los individuos pueden independizarse de sus parientes y formar familias nucleares.
 - En cambio al haber inestabilidad política las familias tienden a agruparse en estructuras familiares de tipo extensa.

Hoy en días los tipos de estructura familiar son variados y se pueden encontrar además familias con estructura mono parental, es decir, uno de los progenitores y sus hijos. (25)

En el mundo y la cultura humana existen diferentes tipos de familia según la sociedad y cultura de la que se hable, así como de la época que se trate. Hoy en día, los tipos de familia son diversos debido a la proliferación de diversas formas de vida.

La familia clásica conformada por padres e hijos tiene sus variantes:

- Por ejemplo, en lo que se refiere a las familias de personas con orientaciones sexuales diferentes a la heterosexual.

25 CEPAL (2004a) *Panorama Social de América Latina 2002-2003*, CEPAL, Santiago de Chile

- También se puede tomar como familia a un grupo de personas que no tiene relaciones de parentesco sanguíneo pero que por relaciones afectivas conforman un grupo familiar.
- Además existen diferentes tipos de familia en relación a las características de las relaciones que se producen en ciertas familias, a diferencia de otras:
 - Se tiene por un lado familias en las que las relaciones tienen una mayor ligazón o unión y
 - otras en las que sus miembros son más independientes entre sí.
- Otro ejemplo es una familia en la que las relaciones jerárquicas son más evidentes o marcadas. Por ejemplo, el hombre o la mujer puede tener una mayor presencia de autoridad o ser “cabeza de familia”.
- Existen muchas familias que también son conformadas por las madres y sus hijos sin padres referentes y aunque en menor medida, puede haber también padres que son cabezas de familia sin una madre referente. Son las denominadas familias mono parentales.

1.4.1. Tipos de familia

Hoy en día en la sociedad nos podemos encontrar con distintos tipos de familia.

Para hacer una clasificación nos basaremos en la definición de que una familia es un conjunto de personas pariente o no que viven en una misma casa: (26)

- **Familia nuclear:** Está formada por padre, madre e hijo, es la típica familia clásica Otras características de la familia nuclear:

- El término “familia nuclear” es del año 1947, es un concepto nuevo más allá que la estructura social que abarca no es nueva.
- Este cambio que va desde las estructuras familiares extensas hacia las familias nucleares tiene que ver con la promoción, expansión y reproducción de los valores de la cultura occidental en todo el mundo, inclusive en Oriente.

26 http://es.wikipedia.org/w/index.php?title=R%C3%A9gimen_matrimonial&action=edit§ion=3

- Familia mono parental:** Sólo hay un padre o madre e hijos o hijas

- Familia mono parental extendida:** Hay un progenitor, hijos o hijas y personas de la familia.

- Familia mono parental compleja:** Hay un progenitor y a su cargo hijos o hijas y comparte vida con personas ajenas a la familia.

- Familia unipersonal:** Es una familia formada por un componente (soltero).

- Familia compleja:** Es una familia en la que en casa viven personas familiares y no familiares.

- Familia extendida:** Es una familia que comparte hogar con personas familiares.

- Familia bis:** Es una familia en la que se produce una ruptura en la pareja y cada miembro de ésta forma una familia nueva.

- Familia de Hecho:** Este tipo de familia tiene lugar cuando la pareja convive sin haber ningún enlace legal.

Los tipos de familia van a variar mucho y están en permanente proceso de cambio y transformación. Además, cada familia, va a tener su particularidad plasmada en su historia, sus relaciones, sus valores intergeneracionales, sus situaciones presentes y las características de sus miembros; además del contexto social y cultural en el cual vive.

(27)

27 http://es.wikipedia.org/w/index.php?title=R%C3%A9gimen_matrimonial&action=edit§ion=3

La familia no es un elemento estático sino que ha evolucionado en el tiempo en consonancia con las transformaciones de la sociedad. La familia es un grupo en permanente evolución relacionada con los factores políticos, sociales, económicos y culturales. Durante la historia y debido a hechos marcados la familia ha cambiado su estructura e incluso sus funciones. Así los avances científicos y médicos han supuesto una disminución de la natalidad y el aumento de la esperanza de vida adulta o la industrialización que sin duda ha cambiado la estructuración de la familia y sus funciones incorporando a la mujer al trabajo productivo dejando de lado el papel que se le otorgaba a la mujer.

1.5. El matrimonio

“El matrimonio es el contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre ellos una unión, que la ley sanciona y no pueden romper a voluntad.”(Planiol).

“El matrimonio es una institución natural, de orden publico, que en merito al consentimiento común en la celebración del acto nupcial, mediante ritos o normas legales de formalidad, se establece la unión de un hombre con una mujer para conservar la especie, compartiendo la felicidad y el sacrificio del hogar en adecuada formación de la familia, fundada en principios de moralidad, perpetuidad e indisolubilidad, salvo aquellas causas que pudieran afectar la armonía conyugal.”(CARECA OPORTO, Luís).

1.6. Antecedentes históricos del matrimonio

El matrimonio aparece en el estadio medio de la barbarie cuando la familia sindiásmica (“*Sindyazo*”, “*par*”, “*sindyasmos*”, *unir a dos. Familia fundada en el pareo de un varón y una mujer, bajo la forma de matrimonio, pero sin cohabitación exclusiva.*) empieza a tener ritos y formalidades para su conformación. (28)

- **Japón.** El pretendiente dejaba flores a la mujer, si ésta por la noche recogía las flores, aceptaba. La mujer asistía el matrimonio con la cabellera rapada, señal de perdida de una familia y la entrada en otra.
- **Grecia.** Se iniciaba con el rapto simulado, en la que la madre de la novia alumbraba el camino con una antorcha, hasta la casa del novio, donde los dejaba acostados.
- **Imperio inca.** El matrimonio era voluntario o forzoso. El matrimonio voluntario era concertado por los padres y los pretendientes, se simulaba una compra de la novia. La edad ideal era de los 18 a los 20 años para la mujer y de 24 a 26 en el hombre.

El matrimonio forzoso se aplicaba a los hombres solteros mayores de 26 años. Cada dos años la autoridad los convocaba y les escogía una mujer. El “sirwiñacu” era la convivencia a prueba por un año entre una mujer y un hombre para un matrimonio futuro. En Bolivia esta forma de prueba para el matrimonio es conocido también con el nombre “tantanacu”. (29)

- **Roma.** Formas de matrimonio:
 1. **Confarreatio.** Una de las tres formas, junto a la “coemptio” y a la “usus” admitidas en el Derecho Romano para la celebración del matrimonio. Era la más solemne de las tres y estaba reservada a los patricios. Tenía carácter religioso, mediante una ceremonia consistente en ofrecer a Júpiter la ofrenda de una pan especial (“farreus panis”), en la que se hallaban presentes los desposados, el gran pontífice, diez testigos y el “Dialis flamen” o flamen de Júpiter. El matrimonio contraído de esta forma llevaba implícita la entrada de la mujer en la familia civil del esposo, con abandono jurídico de la suya propia.

29 PAZ ESPINOSA, FELIX C., *Derecho de Familia y sus instituciones*, 2ª Edición, Editorial Grafica Gonzales, La Paz – Bolivia 2002

2. **Coemptió.** Una de las tres formas, junto a la “confarreatio” y a la “usus” admitidas en el Derecho Romano para la celebración del matrimonio. Compra ficticia de la mujer. No tenía carácter religioso y se realizaba ante el “libripens” (*En el Derecho Romano se llamaba así el funcionario que tenía a su cargo el empleo de la balanza que servía para pesar el metal que en determinados actos jurídicos, como la “mancipatio” (Venta ficticia (imaginaria venditio), realizada “per aes et libram”, entre el enajenante y el adquirente, ante cinco testigos y el “libripens”. Todos debían ser púberes y disfrutar del “comercium”.) y el “nexum”, entregaba una de las partes a la otra en concepto de pago. Tuvo gran importancia en la época primitiva con relación a los actos “per aes et libram”*) y ante, al menos, cinco testigos púberes y ciudadanos romanos. (30)
3. **Usus o Vsus.** Una de las tres formas, junto a la “confarreatio” y a la “coemptio” admitidas en el Derecho Romano para la celebración del matrimonio. Concubinato que duraba un año. Luego del cual se podía formalizar el matrimonio o en caso contrario por la “trinoctio” (la mujer deja de dormir por tres noches seguidas en la casa del marido) se podía disolver el “usus”.

El hecho de mantener a una mujer en la casa propia del marido por el transcurso de un año seguido, consagraba la “manus” y la consumación del matrimonio por el “usus”, fuera de toda ceremonia. (31)

El matrimonio en los primeros tiempos de Roma fue “cum manu”, es decir, la mujer estaba sometida al marido como si fuera una menor. Luego se convirtió “sine manu”, donde los esposos tienen condiciones iguales.

30 PAZ ESPINOSA, FELIX C., *Derecho de Familia y sus instituciones*, 2ª Edición, Editorial Grafica Gonzales, La Paz – Bolivia 2002

31 PAZ ESPINOSA, FELIX C., *Derecho de Familia y sus instituciones*, 2ª Edición, Editorial Grafica Gonzales, La Paz – Bolivia 2002

1.6.1. Naturaleza jurídica del matrimonio

La *Teoría Contractual Canónica* dice que es un contrato porque se basa en una unión libre y voluntaria, y consentida por los pretendientes, con el fin de establecer una relación de vida social marital y celebrada en sujeción a normas religiosas que lo sacramenta haciéndolo indisoluble hasta la muerte. (32)

La *Teoría Civil* dice que el matrimonio es un contrato especial donde prima los caracteres de índole personal, los cuales, inclusive, permiten disolverlo bajo sanción de autoridad.

La *Teoría Institucional* dice que el matrimonio es una institución creada por el Estado para proteger y garantizar las relaciones familiares a los que los pretendientes se adhieren a través de un acto jurídico (*Manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas*) complejo formalizado ante autoridad estatal en la que por libre manifestación de voluntad consienten en unirse, sin la posibilidad futura de disolver tal unión, a no ser que intervenga autoridad judicial. (33)

Desde este punto de vista, surge:

1. el matrimonio-*status* y
2. el matrimonio-*acto*.

El primero dice que el matrimonio es un estado que se debe proteger para garantizar las relaciones familiares derivadas de ese estado.

El segundo dice que el matrimonio es un acto del cual derivan obligaciones, deberes (por ejemplo la fidelidad) y derechos de carácter familiar.

32 PAZ ESPINOSA, FELIX C., *Derecho de Familia y sus instituciones*, 2º Edición, Editorial Grafica Gonzales, La Paz – Bolivia 2002

33 PAZ ESPINOSA, FELIX C., *Derecho de Familia y sus instituciones*, 2º Edición, Editorial Grafica Gonzales, La Paz – Bolivia 2002

1.7. Matrimonios tardíos

En una sociedad que se separa y divorcia, la familia nuclear genera una nueva diversidad de lazos asociados por ejemplo a las denominadas familias reconstituidas o incluso los matrimonios tardíos. Sin embargo la naturaleza de estos lazos cambia en la medida en que están sometidos a una mayor negociación que antes. Las relaciones de parentesco solían darse por sentadas sobre la base de la confianza; ahora la confianza ha de negociarse y concertarse, y el compromiso es un tema importante, estas nuevas relaciones se manifiesta en la diversidad creciente de formas de asociación entre la gente para compartir la vida y criar a los hijos. (34)

El fenómeno de los matrimonios tardíos, hoy en día se ven con más frecuencia pues las parejas conviven durante muchos años y luego de haber establecido una familia deciden casarse. Por otro lado cuanto más una cultura se aparta de las leyes básicas de matrimonio temprano, más dificultades tienen sus personas tanto mentalmente como emocionalmente, consideramos ahora el matrimonio de la forma que lo conocemos. Los muchachos y muchachas crecen y no llegan al matrimonio sino hasta los dieciocho, veinte, veinticinco, treinta años o incluso más tarde. En el camino ellos entran en varias relaciones, y cada vez se preguntan, "¿Es esta la correcta?" Ellos comparan una experiencia con la otra, y cada experiencia que tienen en esta línea los deja más inseguros de sí mismos. Cuando el casamiento ocurre finalmente, en vez de que la esposa vaya al hogar del esposo y de buscarlo completamente para su seguridad, ella va a él con reservas.

1.8. Uniones conyugales libres

Nuestro Código de Familia las define como, aquella "...unión conyugal libre o de hecho cuando un varón y una mujer, voluntariamente constituyen un hogar y hacen vida común en forma estable y singular..."(35), es decir con la concurrencia de

34 <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=273564>

35.- Ley No. 996, "Código de Familia", Edit. U.P.S., La Paz - Bolivia, Ley de 04 de abril de 1988.

determinados requisitos de voluntariedad, estabilidad, permanencia en el tiempo, apariencia pública de comunidad similar a la vida matrimonial, con derechos prácticamente similares al matrimonio legal, gozando de cobertura social y asistencia médica, subsidio. Estas uniones, cada día son más numerosas y constituyen una realidad social innegable.

Ahora bien en el supuesto en que estas uniones libres se disuelvan o extingan conlleva a consecuencias jurídicas graves, por ejemplo consecuencias que se refieren a los hijos de la pareja es decir, la Guarda y Custodia de los hijos, Pensiones de Alimentos, régimen de visitas y comunicaciones. Por otro lado las que se refieren a cuestiones económicas de los convivientes, liquidación del patrimonio generado en el tiempo convivido, asignación de la vivienda.

Para las cuestiones referentes a los hijos, en caso de desacuerdo, se aplican analógicamente las mismas normas que las de las Crisis Matrimoniales, por tratarse de relaciones Paterno-Filiales, y se dirimen ante los Juzgados de Familia.

No sucede lo mismo con las cuestiones meramente Patrimoniales que plantean dificultades para su división. En ambos casos es necesario probar previamente que existió dicha unión conyugal, ahora bien, en el mismo supuesto, es decir del rompimiento de la separación, con la sola idea de pretender dividir los bienes adquiridos durante la vida conyugal representa un dolor de cabeza aún más conflictivo que la misma separación, si bien la situación de los hijos se encuentra determinada con la decisión judicial, nos ponemos a pensar ¿qué sucede con el patrimonio adquirido durante la unión conyugal?, esta simple pregunta representa un gran conflicto entre los ex – convivientes. (36)

1.9. Divorcios

36 <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/9/22069/lcg2229-p3.pdf>

El acto formal del matrimonio es una relación jurídica constituida mediante un contrato especial conforme a las reglas de institución que implemente el Estado, con tendencias a que esta unión singular sea perdurable, perpetua y hasta indisoluble; empero esta relación marital puede verse afectada en su unidad cuando en la vida de los cónyuges suceden una serie de circunstancias, naturales o legales que afectan a su vigencia especialmente cuando ocurren hechos controversiales que de manera incuestionable influyen en su inestabilidad; razones por las que el matrimonio puede disolverse no por simple voluntad de los esposos, sino por causas preestablecidas por la Ley. (37)

En tales casos, la disolución del matrimonio importa la extinción de la relación jurídica y de su objeto que no es otra cosa que el cumplimiento de los derechos y deberes que generó el acto jurídico, es decir los efectos del matrimonio estado.

En la legislación Boliviana, actualmente contamos el Código de Familia, el mismo establece las causales específicas de divorcio refiriéndose a aquellas causas que representan caracteres de gravedad que tornan difícil e insostenible la vida en común, ellas están referidas a determinadas conductas que afectan los valores morales en las que se sustentan las relaciones interpersonales de los esposos, comprometiendo la esencia misma del matrimonio, así como el interés de los hijos, asimismo la Ley 1760 promulgada el 28 de febrero de 1997, denominada Ley de Abreviación Procesal Civil y Asistencia Familiar, en uno de sus capítulos regula el régimen de fijación de asistencia familiar. Por un lado, en la sentencia de divorcio o de separación legal de las partes, el tribunal puede ordenarle a una de las partes que durante un tiempo preestablecido le abone a la otra parte determinada cantidad de dinero, que el tribunal entienda justa y razonable, a fin de que dicha parte pueda seguir manteniendo el standard de vida desarrollado durante el matrimonio, ahora bien, el alto porcentaje de divorcios, que por

37 PAZ ESPINOSA, FELIX C., *Derecho de Familia y sus instituciones*, 2º Edición, Editorial Grafica Gonzales, La Paz – Bolivia 2002

otra parte terminan en forma conflictiva por el reparto de bienes, nos obliga a tomar alguna determinación

1.10. Separaciones

La Separación no disuelve el vínculo matrimonial; los cónyuges separados continúan legalmente casados, si bien les permite poner fin su vida en común, autorizándolos incluso a residir en distintos domicilios e iniciar vidas separadas e independientes. La sentencia de separación produce la suspensión de la vida común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. (38)

Con la separación cesan "algunos" deberes y presunciones legales, como el deber de guardarse fidelidad, el de vivir juntos y la presunción de paternidad respecto a los hijos concebidos por la esposa en el periodo en que la separación sea ya efectiva. Además, la separación, al suspender sólo ciertos deberes y presunciones matrimoniales, admite la reconciliación entre los cónyuges. Por el contrario, el divorcio, al extinguir el vínculo matrimonial, obligaría a los cónyuges a contraer nuevo matrimonio si deciden reconciliarse.

Hay que distinguir entre la separación de hecho y la judicial:

La separación de hecho es el cese efectivo de la convivencia matrimonial consentido libremente por ambos cónyuges o impuesto por uno de ellos, que abandona el hogar, sin asistir al Juzgado para legalizar la situación.

Hay que tener en cuenta que mientras no exista separación legal con sentencia judicial, se mantiene el régimen económico matrimonial. Por ello es habitual que a pesar de que cada uno de los cónyuges realice vidas separadas, si el régimen económico del matrimonio es el de gananciales, las actividades económicas que realice uno de ellos, y

38 PAZ ESPINOSA, FELIX C., *Derecho de Familia y sus instituciones*, 2ª Edición, Editorial Grafica Gonzales, La Paz – Bolivia 2002

en especial las deudas que pueda contraer, puedan afectar a los bienes gananciales, es decir, a aquel patrimonio generado durante el matrimonio y que pertenece a ambos cónyuges. (39)

Además, cuando se produce porque uno de los cónyuges abandona el domicilio conyugal, puede aparecer, en determinados supuestos y circunstancias graves, la comisión por dicho cónyuge de un delito de abandono de familia; previsto en el Art. 248 del Código Penal ("*El que sin justa causa no cumpliera con las obligaciones de sustento, habitación, vestido, educación y asistencia inherentes a la autoridad de los padres, tutela o condición de con cónyuge o conviviente o abandonar el domicilio familiar o se substrajere al cumplimiento de las indicadas obligaciones, será sancionado con reclusión de seis meses a dos años o multa de cien a cuatrocientos días*"). (40)

La Separación Judicial pretende legalizar la situación de la separación, mediante sentencia judicial. A partir de la separación judicial los cónyuges tendrá plena libertad para regir su persona y sus bienes, sin interferir en la vida y actividades del otro; cesando también la posibilidad de vincular el patrimonio de cada uno de los cónyuges en las actividades del otro. El procedimiento para tramitar la separación judicial puede realizarse de mutuo acuerdo o contencioso (sin acuerdo).

Ahora bien, en ambos casos, es decir en el caso del divorcio y la separación, debemos tomar en cuenta dos aspectos sumamente importantes: 1) La situación de los hijos frente a esta ruptura y 2) La situación de los bienes adquiridos dentro de la unión.

En el primer caso (la situación de los hijos) cuando llegamos a este punto, debemos plantearnos una serie de problemas que tendremos que solucionar de la forma más amistosa posible para evitar futuros problemas.

39 PAZ ESPINOSA, FELIX C., *Derecho de Familia y sus instituciones*, 2º Edición, Editorial Grafica Gonzales, La Paz – Bolivia 2002

40 Ley No. 1768, “*Código Penal*”, Edit. E Imprenta Ibañez, La Paz - Bolivia.

La custodia de los hijos suele ser uno de los principales problemas a solucionar, ya que podemos caer en conflicto de intereses con nuestra ex pareja por tener más o menos tiempo en el nuevo lecho familiar a nuestros hijos. En la mayoría de los casos, mientras los hijos son menores de edad, la custodia se le suele dar a las madres y pasan fines de semana o lo estimado en cada caso con los padres. Todo esto depende de lo que se dispongo en cada divorcio según estime el juez, ya que en muchos otros casos, se ha estimado que el padre de la criatura sea quien obtenga la custodia porque algunas madres tampoco están capacitadas para criar a un niño en buen ambiente, ya que eso debe ser lo principal para un niño.

Por otra parte, en el segundo problema, es decir el patrimonio adquirido dentro de la unión conyugal, con un simple ejemplo nos preguntamos ¿Quién sigue viviendo en la vivienda tras la ruptura o de qué forma se realizara el reparto? constituyendo esta la segunda gran razón de conflicto en una separación o divorcio; habitualmente el uso de la vivienda es para la persona que se quede con la custodia de los hijos hasta que sean mayores de edad o se independicen, eso siempre y cuando existan hijos, ahora bien, en el supuesto de que no existan hijos, el uso de la vivienda es para el económicamente más débil, aún cuando solo uno de los cónyuges haya aportado con el mayor porcentaje al adquirir el bien.

1.10. Familias reconstituidas

Respecto a su definición, creo que la mas apropiada es la de Emily y John Visser que establece como condición para que podamos hablar de una familia reconstituida, la existencia de al menos un hijo de una relación anterior. Esto descarta incluir dentro de las familias reconstituidas a las parejas sin hijos que se vuelven a casar. Los problemas son muy distintos si no hay hijos de matrimonios/relaciones anteriores. Así pues una

familia reconstituida es la formada por una pareja adulta en la que al menos uno de los cónyuges tiene un hijo de una relación anterior. (41)

Esta definición también descarta modelos familiares en los que pueda haber hijos de varias relaciones, si no hay también dos adultos (como podría suceder en algunos casos de familias monoparentales).

Se nos pueden ocurrir varios tipos de familia reconstituida:

- Familias provenientes de un divorcio, en la cual uno de los cónyuges tiene hijos previos.
- Familias provenientes de un divorcio, en la cual los dos cónyuges tienen hijos previos. Es el modelo más complejo.
- Divorciado /a que tiene hijos, y cuyo ex-esposo/a se ha vuelto a emparejar.
- La familia reconstituida más antigua, la de toda la vida, es la que proviene de la muerte de uno de los cónyuges. El padre o la madre viudo o viuda se vuelve a emparejar y aparece la figura del padrastro o madrastra que todos conocemos desde nuestra más tierna infancia, ya que protagonizan buen número de cuentos infantiles.

Este último tipo de familia reconstituida era antes más frecuente, debido al importante descenso de la mortalidad en la etapa media de la vida registrado durante la segunda mitad del siglo XX. Hace no muchos años, la posibilidad de que la familia se quedara sin el padre o la madre era alta, la "necesidad" de casarse de nuevos era mayor, y se hacía con más rapidez o con criterios diferentes a los actuales (p.ej. el matrimonio del viudo con la hermana de su difunta mujer era una pauta bastante frecuente). Es decir, que las familias reconstituidas, como decía antes, no son una novedad en el último grupo

41 http://www.isabelsalama.com/familias_reconstituidas.htm

citado; si lo son en los tres primeros, y es lo que está causando el incremento de la atención sobre el tema. (42)

Una de las características fundamentales de éste tipo de familias es que son familias en transición, es decir, familias que tienen que asumir un número importante de cambios en un corto período de tiempo, al menos más corto que lo que es habitual en las familias convencionales, y que por lo tanto no figuran en la expectativa vital de sus miembros.

Todos estamos en continuo proceso de cambio. El ciclo vital es un continuo pasar de etapas, que todos hemos internalizado: noviazgo, matrimonio, nacimiento del primer hijo, etc. Pero también tenemos unas expectativas respecto al tiempo que durará cada uno de ellos, y adaptamos nuestro ritmo vital a esa sucesión de etapas y a esa expectativa de plazos. En las familias reconstituidas las etapas del ciclo vital a menudo se trastocan, y los plazos no cumplen las expectativas previstas: generalmente los plazos se aceleran.

1.11.1. Tipos de familias reconstituidas

1.11.1.1. Con madrastra: Es la que el padre vive con sus hijos y se une a otra mujer. En este caso la imagen de la madrastra mala que no quiere a los pobres niños puede estar presente como realidad preconcebida, sobrevolar como un fantasma temido al inicio de esta relación, especialmente cuando los niños son huérfanos. Para combatir esa imagen, se puede caer en la necesidad compulsiva de que la madrastra ame desde el primer momento a sus hijastros, provocando un sentimiento de culpa por no poder sentir lo que siente y la incomprensión del marido y del resto de los familiares que le exigen, muchas veces sin decirlo, que sea como la madre de los niños a la vez que están todos convencidos de que nunca podrá serlo, ni lo desean. Si la madre biológica vive, el que no se quede con los niños puede deberse a algún problema, no siendo infrecuentes el

42 <http://adf.ly/546663/banner/http://www.surcultural.info/2009/07/la-complejidad-de-las-familias-reconstituidos/>

maltrato infantil, enfermedad mental o adicción. En este caso la competencia con la madrastra y el conflicto de lealtad en los hijos será la regla. (43)

1.11.1.2. Con padrastro: Es la más frecuente, ya sea por divorcio o por viudedad. La adaptación suele ser más fácil porque el hombre, si trabaja, está menos tiempo en el hogar y porque generalmente la madre atraviesa dos tipos de problemas, también típicos de las familias monoparentales; el económico y de disciplina. El padrastro puede aparecer como salvador de la familia, aunque los problemas de lealtad en los hijos y las rivalidades si el padre biológico también vive estarán presentes. (44)

1.11.1.3. Con padrastro y madrastra: Cada miembro de la pareja trae sus propios hijos a la familia, y quedan fuera dos padres biológicos. El choque de ideologías y estilos educativos y las diferencias entre hijos propios y ajenos son escollos habituales.

1.11.1.4. Con hijos comunes: En cualquiera de los otros tipos la nueva pareja tiene un hijo. El tener ese hijo puede estar motivado por el deseo de ser una familia nuclear normal o simplemente por querer tener un hijo juntos; si en la relación anterior fracasó, puede estar presente la fantasía de que ese hijo será diferente porque se quieren, lo mismo que será diferente la historia de su relación. Las diferencias entre hijos e hijastros pueden ser bastante dramáticas, aunque como dice Serrano (1986) puede actuar como aglutinante familiar si los hijastros son adolescentes. (45)

Comienza con la ruptura del primer matrimonio, ya sea por divorcio, separación o muerte, y requiere en primer lugar la elaboración del duelo de esa pérdida para lo cual hace falta un año o más, y la disolución completa de la relación con el ex-cónyuge, lo cual, puede llevar de 2 a 4 años. Es necesario aceptar la realidad de la ruptura, estabilizar el divorcio, resolver la ira y la culpa, desarrollar nuevos roles y responsabilidades y modificar la relación con el ex-esposo.

(43) <http://www.koanpsicologos.com/tipos-de-familias-reconstituidas/>

(44) <http://www.koanpsicologos.com/tipos-de-familias-reconstituidas/>

(45) <http://www.larepublica.com.uy/comunidad/95958-en-ausencia-del-padre>

La mayoría de las segundas nupcias no son tan románticas como las primeras y están marcadas por razones prácticas, como la crianza de los hijos, la soledad, las necesidades económicas, de afecto y sexuales; si están presididas por el impulso son frecuentes los fracasos, donde muchas nuevas parejas acaban en divorcio. El nuevo matrimonio o unión repercute también en la familia extensa, los abuelos pueden ganar o perder nietos, yernos y nueras, y ello obliga a una reorganización más amplia en la que se reelabora el pasado haciéndolo parte del presente e integrando las nuevas experiencias. (46)

Es importante, en la fase de creación de la nueva familia, que la pareja acuerde qué es lo que quieren para ellos y qué para los niños, y planifiquen un acercamiento progresivo. Es preferible que primero se desarrolle una relación positiva con los niños, dejando claro que se hacen cargo de las dificultades que este cambio entraña, y después centrarse en la nueva organización familiar. En el caso de familias reconstituidas con padrastro, los hijos menores de 11 años prefieren reconstruir la familia nuclear, deseando que el padrastro haga de padre, mientras que para los mayores de 11 años éste puede ser un amigo si se supera la rivalidad. El conflicto de lealtad hacia el padre ausente (aunque haya muerto) puede llevarles a boicotear la nueva pareja y debe abordarse elaborando el duelo; y si el padre vive, intentando una colaboración entre padres biológicos y padrastro para el cuidado de los hijos. Es conveniente que los hijos y el padre ausente conozcan previamente a la nueva pareja para ir llegando acuerdos. (47)

En cuanto a la nueva pareja, es de una importancia crucial fortalecer sus vínculos y no permitir que las ruidosas necesidades de los hijos ahoguen la intimidad de nuevo matrimonio. Por ellos es importante crear en torno a la pareja un límite que proteja su intimidad, y darle tiempo para elaborar su relación. Toda nueva pareja necesita pasar

46 <http://inspiredwomenmagazine.com/iwmonline/?p=503>

47 <http://www.sld.cu/saludvida/temas.php?idv=4412>

sola cierto tiempo dedicado al afecto. Para que una nueva pareja dé resultado, hay que hacer lo mismo que con cualquier otra actividad: dedicarle horas. Los problemas más frecuentes son: La intromisión de cónyuges anteriores, Amenazas de no continuar la relación marital, discusiones económicas.

1.11.1.5. Intromisión de cónyuges anteriores: Los hijos, la pensión y los suegros suelen ser puntos de unión entre los ex-cónyuges y, muchas veces, favorecen la continuidad de viejas rencillas y manejos. Los antiguos esposos no pueden ser ni amigos, ni pelearse con auténtica libertad, tienen que mantener una distancia cauta. (48)

1.11.1.6. Amenazas de no continuar la relación marital: Como uno o los dos ya han pasado por la experiencia de la separación, es una posibilidad más real y amenazadora ante cualquier discrepancia.

1.11.1.7. Discusiones económicas: Después de la primera experiencia, con todos los problemas económicos que acarrea, es frecuente que la pareja desee mantener las cuentas separadas por lo que pueda pasar; el tema de los subsidios del ex-cónyuge suele ser tema de conflicto, sobre todo cuando éste no paga lo que debe (que suele ser frecuente), y el nuevo cónyuge no desea hacerse cargo de las necesidades de unos hijos que no son suyos. Si la pensión es pagada, o uno de los cónyuges es viudo y cobra una pensión, puede ser un factor que les lleve a no casarse y a exponerse al rechazo de los familiares. (49)

48 <http://www.udel.edu/leipzig/270500/ela170601.htm>

49 <http://www.koanpsicologos.com/tipos-de-familias-reconstituidas/>

CAPÍTULO II

LOS CONVENIOS EN EL DERECHO DE FAMILIA

Habíamos señalado líneas arriba que las relaciones jurídicas familiares surgen de hechos y actos jurídicos; desde esta perspectiva en Derecho de Familia, tomando como ejemplo la *separación amistosa*, diremos que es un acto jurídico familiar pues el mismo tiene que ser declarado ante Juez competente, basado este acto en el hecho de la separación por más de dos años de la celebración del matrimonio.

Si nosotros revisamos la doctrina, veremos pues que un hecho es aquel conjunto de principios, reglas y normas que regulan la conducta del hombre con sus semejantes por acontecimientos de los cuales se puede crear, adquirir, modificar, extinguir o perder un derecho; trasladando este simple concepto a los hechos jurídicos familiares encontraremos dentro de estos que los efectos que surgen de los mismos son: crear (concepción, gestación y nacimiento), modificar (enfermedad o enajenación mental) o extinguir (la muerte) vínculos de la relación jurídica familiar, con sus deberes, obligaciones y derechos (50)

Ahora bien, un acto jurídico bilateral es aquel capaz de crear, reglamentar, transmitir, modificar o extinguir una relación jurídica de cualquier naturaleza entre las partes que concurren a su celebración, por lo que no necesariamente un acto se traduce en obligaciones de contenido patrimonial a diferencia de los negocios jurídicos; si tomamos en cuenta que los *actos jurídicos* (en un sentido lato) tienen como consecuencia una *obligación*, desde este punto de vista diremos que dentro de las obligaciones familiares, se encuentran los deberes jurídicos conyugales y familiares. Se observa también que las obligaciones y derechos familiares tienen ciertas peculiaridades, por ejemplo; el *deber jurídico*, dentro de este destacamos, por una parte que el mismo no es de contenido económico, mas bien se traduce en deberes conyugales o familiares

50 CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL F, “*Convenios Conyugales y Familiares*, Edit. Porrúa, S.A., Av. República Argentina, 15, México, 1993.

típicos del Derecho de Familia por ejemplo: la fidelidad, como un deber de gran valor en lo conyugal. Ahora bien, los deberes jurídicos en general reconocen como origen deberes morales, sociales y religiosos que, por considerarse de fundamental importancia para la convivencia social, el Derecho las asume y las integra en la norma jurídica pasando a ser deberes jurídicos, independientemente de continuar siendo deberes morales o religiosos. Esto significa que si bien el deber jurídico se satisface por estar en el Derecho positivo vigente, también se cumple por fundarse en otros valores que concuerdan frecuentemente en la relación jurídica familiar; entonces de lo anterior se desprende que en Derecho de Familia, un concepto ético sirve de base para las relaciones familiares. Por tanto las relaciones familiares se encuentran plenamente identificadas dentro del concepto de hechos y actos jurídicos. (51)

Es sabido que los actos jurídicos presentan elementos esenciales, cuya ausencia o imperfección determina la invalidez. Dichos elementos esenciales son: el sujeto, el objeto, causa y la forma. En el Derecho de Familia presentan algunas características peculiares que permiten fundamentar la especialidad de esta categoría de negocios jurídicos.

Dentro del elemento sujeto cabe incluir los requisitos referentes a la capacidad, y asimismo, en una concepción integral del acto, todos los recaudos necesarios para la existencia de una voluntad plena y sana, esto es el discernimiento, la intención y la libertad. Tanto la capacidad como los elementos de la voluntad asumen en los actos jurídicos familiares notas peculiares, a modo de ilustrar baste pensar, entre otros, en la edad requerida para contraer matrimonio que es inferior a la requerida para otros actos jurídicos; en cuanto a la configuración de la voluntad adviértase cómo la noción del error invalidatorio del matrimonio se restringe al que recae sobre la identidad del individuo físico o de la persona civil.

51 CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL F, “*Convenios Conyugales y Familiares*, Edit. Porrúa, S.A., Av. República Argentina, 15, México, 1993.

Dentro del elemento objeto de los actos jurídicos familiares se condensa el matiz institucional del Derecho de Familia, pues la voluntad privada no puede desviar, ni modificar los contenidos preestablecidos por la ley.

En los actos jurídicos familiares patrimoniales es aplicable la sanción de invalidez cuando se demuestra la ilicitud de la causa del acto y debe mantenerse la validez si la causa es lícita y conforme a la moral y buenas costumbres, así podemos observar que un acto jurídico patrimonial vinculado a la organización de lo familiar, siendo patrimonial puede entrar a analizarse la licitud o ilicitud de la causa, por ejemplo un acto convencional celebrado entre los cónyuges para burlar a los acreedores. 52

Todos los actos jurídicos familiares constitutivos de estado son actos jurídicos materiales y no abstractos, pues el fin del negocio jurídico integra el acto en cuestión. no puede decirse que el matrimonio, la adopción y los demás actos constitutivos de estado tengan una causa abstracta, es decir una causa no – evidente, ni una causa suplantada por las formalidades del acto. En resumen puede deducirse lo siguiente en cuanto a los actos jurídicos familiares: 1) en los de índole patrimonial es aceptable la investigación sobre la licitud o ilicitud de la causa u objeto; 2) en los actos constitutivos de estado no ya que los mismos no son abstractos, por el contrario son causados y materiales.

El último elemento esencial de los actos jurídicos familiares es la *forma* que ofrece también peculiaridades. Se acentúa el formalismo en esta materia por la trascendencia de tales actos para la sociedad. El sistema formal y la publicidad conciernen asimismo a los actos jurídicos familiares de índole patrimonial. (53)

52 ELIAS P., GUSTAVINO, “*Derecho de Familia Patrimonial – Bien de Familia*”, Segunda Edición actualizada Tomo I Rubinazol y Culzoni, S.C.C. Editores, 9 de Julio 3573 – Santa Fe – República Argentina

53 ELIAS P., GUSTAVINO, “*Derecho de Familia Patrimonial – Bien de Familia*”, Segunda Edición actualizada Tomo I Rubinazol y Culzoni, S.C.C. Editores, 9 de Julio 3573 – Santa Fe – República Argentina

2.1 El contrato en la historia y los orígenes de los contratos prematrimoniales.

De entre los antecedentes remotos, sobre los que hay mayor grado de coincidencia en la doctrina, pueden citarse los siguientes:

En el Derecho romano el contrato aparece como una forma de acuerdo (*conventio*). La convención es el consentimiento de dos a más personas que se avienen sobre una cosa que deben dar o prestar. La consensualidad era el prototipo dominante. La convención se divide en pacto (*pactum*) y contrato (*contractus*), siendo el pacto aquel que no tiene nombre ni causa y el contrato aquel que lo tiene. En este contexto se entiende por nombre la palabra que produce la acción (el pacto se refiere únicamente a relaciones que sólo engendran una excepción). La *causa* es alguna cosa presente de la cual se deriva la *obligación*. El pacto fue paulatinamente asimilándose al contrato al considerar las acciones el instrumento para exigir su cumplimiento. El contrato se aplica a todo acuerdo de voluntades dirigido a crear obligaciones civilmente exigibles y estaba siempre protegido por una acción que le atribuía plena *eficacia jurídica*. Los contratos se dividen en *verdaderos* y en *cuasicontratos*. Eran verdaderos los que se basaban en *consentimiento expreso* de las partes y eran cuasicontratos los basados en el *consentimiento presunto*. A su vez los contratos verdaderos se dividían en *nominados* e *innominados*. Eran nominados los que tenían nombre específico y particular confirmado por el derecho (ej. compraventa) e innominados los que aún teniendo causa no tenían nombre. Los contratos innominados eran cuatro: Doy para que des, doy para que hagas, hago para que des y hago para que hagas. Lo característico de los contratos innominados es que en ellos no intervenía el dinero contado. En el Derecho romano existían contratos *unilaterales* y *bilaterales*. Los contratos unilaterales obligaban solo a una de las partes (por ejemplo, el mutuo) y los bilaterales obligaban a ambas partes (como en el caso de la compraventa). (54)

54 JOSE MÉLICH - ORSINI, “*Doctrina General del Contrato*”, Colección Estudios Jurídicos N° 27. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985

En el Derecho Romano no había llegado a formularse la idea del contrato como una categoría abstracta y abierta, por el contrario solo los acuerdos acompañados de una forma típica admitida por el *ius civile* producían acción en juicio. El nudo pacto desde los tiempos más antiguos se identificaba con el elemento voluntario en que hoy pone énfasis la moderna doctrina del contrato y ello probablemente llevo a creer en que en él pudiera hallarse el origen del contrato.

Ahora bien en lo que respecta a la concepción del contrato como una categoría abierta y abstracta susceptible de llenarse con cualquier género de contenido, es decir que los contratos son variedades especiales del tipo general que en este caso es el negocio jurídico; nuestra doctrina de contrato está impregnada por las aludidas ideas filosóficas que concluyeron afirmando los llamados principios de la “autonomía de la voluntad” y del “con sensualismo en la formación de los contratos”. 55

Después de lo dicho es fácil comprender que el contrato en la historia fue concebido desde sus albores como un negocio jurídico, por lo que los romanos no conocieron sino figuras de contratos singulares no llegando a conocer jamás el contrato como tal.

La teoría del negocio jurídico, concebido este como un paradigma general y abstracto, destinado a hacer valer la autonomía de la voluntad privada para actuar los más diversos contenidos permitir enunciar un conjunto de reglas generales referentes a los presupuestos objetivos y subjetivos de los negocios, a su interpretación y a los vicios susceptibles de afectarlos y a las consecuencias de los mismos, han sido ampliamente desarrolladas en Alemania e Italia. (56)

55 JOSE MÉLICH - ORSINI, “*Doctrina General del Contrato*”, Colección Estudios Jurídicos N° 27. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985

56.- MELICH OSRINI, JOSE; “*Doctrina General del Contrato*”; Colección Estudios Jurídicos No. 27, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985

De lo anterior se desprende que la noción de contrato tiene íntima relación con el concepto de negocio jurídico que no es más que la declaración de voluntad (privada), o un conjunto de declaraciones (privadas), dirigidas a la producción de determinados efectos jurídicos, que el ordenamiento jurídico reconoce y garantiza en los límites de la correspondencia, o coherencia, entre ellos y la voluntad que persigue tales efectos, y en cuanto se trata de efectos no ilícitos.

Si nos acercamos a la doctrina americana, los antecedentes en los que ellos basan los actuales acuerdos prematrimoniales se remontan a los ketubah (57) del judaísmo y, la mayor parte de la doctrina, en los acuerdos que se producían en las familias con grandes posesiones del Derecho inglés del siglo XVI.

La situación jurídica de la mujer inglesa casada en el siglo XVI se encuadraba en la imposibilidad de tener su propio patrimonio personal dentro del matrimonio, lo cual chocaba con los intereses de las fortunas del país respecto de sus hijas y con la situación jurídica de la mujer fuera del matrimonio. Ante esta falta de respuesta jurídica a las

57.- <http://en.wikipedia.org/wiki/Ketubah>: La ketubah, escrita en arameo no en hebreo, tiene importantes concomitancias con lo que aquí se va a estudiar y que contemplamos como acuerdos prematrimoniales, si bien, la ketubah engloba también la forma del matrimonio en sí. Representa no sólo la forma sino igualmente el fondo. Por un lado, es la constatación formal del matrimonio en el que han de firmar los esposos, dos testigos y el rabino (en la ketubah conservadora ya que en la ortodoxa sólo firma el marido), y de ahí la importancia de la forma escrita, téngase en cuenta que Ketubah en arameo significa escritura y esa es una de las características de identidad que vamos a encontrar en la normativa de los Estados que regulan los acuerdos prematrimoniales para darle validez al mismo. Por otro, el ketubah conlleva una serie de obligaciones y derechos con claros lazos con el contenido de los actuales acuerdos prematrimoniales. Así, el ketubah entre su contenido mínimo manifiesta una serie de obligaciones maritales del marido respecto de la mujer como son la de sustento, vestimenta, fidelidad y gastos de sepultura y, a la vez, el marido en ese mismo acto abona a la mujer una cantidad (que dependía de la virginidad o no de la novia, 220 zuz o 100 respectivamente, y cuyos mínimos están fijados desde sus orígenes, los cuales aumenta el marido dependiendo de la importancia de su patrimonio) que iguale la dote que su padre aporta al matrimonio y que tiene una importante y relevante finalidad: servir a la mujer para el supuesto de que el marido fallezca antes que ella o se divorcie, haciendo de indemnización de daños y perjuicios por la disolución solicitada por él. Tal obligación, impuesta por los rabinos, surgió para limitar la excesiva libertad que el marido tiene a la hora de solicitar el divorcio y de esa forma no dejar desamparada a la mujer que quedaba al libre albedrío de su esposo. Es decir, fue el nacimiento de la auténtica compensación económica a la esposa, entre otras cosas, para evitar la indigencia de las divorciadas y viudas que, aun así, no consiguió evitar como ponen de manifiesto muchos textos bíblicos. Hay que tener en cuenta que el primer ketubah del que se tiene constancia es del siglo IV y fue realizado en Elefantina (Egipto).

realidades sociales, como suele ser habitual, se buscaron otras soluciones jurídicas para hacer frente a situaciones no queridas por los ciudadanos. En este caso, la respuesta para alterar la incapacidad patrimonial de la mujer casada fue doble: por un lado, se utilizó el derecho de contratos, especialmente mediante los contratos celebrados antes del matrimonio y, por otro, se recurrió a la figura del fideicomiso a través de un amigo de la mujer o, mejor dicho, de la familia de la mujer, que fue ampliamente estudiado por el tribunal de la Chancery. Se conocen dos casos en los que se otorgó efecto a los contratos celebrados antes del matrimonio, los cuales permitieron a la mujer casada tener un cierto poder de disposición: son el caso *Avenant versus Kitchin*, acaecido entre 1581 y 1582, y el de *Palmer versus Keynall*, si bien, las sentencias de la Chancery no fueron uniformes en este tema durante este período. (58)

Algo más proclives a este tipo de contratos, pero con muchas reticencias, fueron los tribunales del common law. Y ello porque legalmente los contratos celebrados entre los cónyuges carecían de validez alguna, si bien, esta prohibición nunca fue tan estricta como la norma dispuso, al menos ni a finales del siglo XVI ni en el XVII y se admitieron algunos contratos de esta índole pero siempre que sus efectos surgieran después del matrimonio. Se tiene constancia de que existieron litigios relativos a contratos prematrimoniales en los que el marido legaba a la mujer una cantidad de dinero si se casaba con él y le sobrevivía, por lo que no debía ser extraño que se diera este tipo de contratos entre las clases acomodadas a lo largo del siglo XVI.

Pero, ¿cómo llegan estas prácticas jurídicas a las colonias al otro lado del Atlántico? La doctrina norteamericana parece haber olvidado este extremo. Pero la existencia de contratos entre los futuros cónyuges se encuentra en los territorios norteamericanos incluso antes de que dejara de ser colonia de Inglaterra. Cronológicamente, el primero de ellos data de 1698 y es un contrato celebrado por dos futuros esposos, Luke Hayes y Mardlyn Freeman, llevado a cabo en Farmington, Connecticut, con varios elementos que describen un supuesto perfectamente actual respecto a los acuerdos prematrimoniales:

58 <http://www.codigo-civil.org/nulidad/lodel/docannexe.php?id=806>

Mardlyn Freeman es viuda y con un hijo del anterior matrimonio y, se supone que derivadas de éste primer matrimonio, propietaria de unas tierras de especial relevancia económica. El contrato, que no ocupa más de una pequeña cuartilla por una cara, gira en torno a las mencionadas tierras, circunscribiéndose a dos cláusulas: la primera, en la que Luke Hayes renuncia a cualquier derecho sobre las mismas con la excepción de las mejoras que se produzcan en las tierras después de celebrado el matrimonio (suena muy similar a los efectos de nuestro régimen de gananciales) y, la segunda, que dispone que las tierras serán de su hijo, James Street, a la muerte de su madre o cuando éste cumpla los 21 años. (59)

Los otros tres encontrados, ya todos del siglo XIX: 1823 Armitage y Reid, 1828 Bracket y Smith y 1866 Paig y Brigham, tienen un contenido similar, si bien, el primero de ellos se utilizó además para determinar lo que nosotros denominaríamos el usufructo vital a través de la adjudicación de unas tierras del marido si éste la premuere, reteniendo la esposa las propiedades que ella tuviera previamente al matrimonio, que no pasarán al marido si ésta fallece antes que él y yendo a parar directamente a los hijos e hijas del matrimonio en el caso de que los hubiera.

El documento de finales del siglo XVII, y los posteriores, muestran una práctica entre las familias anglosajonas pudientes en el nuevo país recién constituido, y es que, la existencia de acuerdos prematrimoniales no era tan infrecuente como parece. Menos aún en el siglo XIX, donde encontramos un buen número de sentencias que hacen referencia a los litigios surgidos en torno a ellos (60)

Baste destacar el citado caso de Kline v. Kline (12) resuelto por el Tribunal Supremo de Pennsylvania en 1868, en el que se determina que los sujetos de los antenuptial contracts, futuros esposos, no pueden ser considerados al mismo nivel que los

59 <http://www.codigo-civil.org/nulidad/lodel/docannexe.php?id=806>

60.- A este respecto véase la obra de W.C. TIFFANY, Handbook on the Law of persons and Domestic Relations, edición de 1909 a cargo de R.W. COOLEY, St. Paul, Minn., West publishing co., 1909. págs. 165 a 183.

compradores y vendedores de mercancías dada la relación confianza que se deposita en el otro, siendo el matrimonio “el depósito de la felicidad de la vida futura de la mujer”. Pero además de este poético lenguaje propio de la época en torno a la institución matrimonial, la importancia de esta sentencia radica en la interpretación dada por el Tribunal Supremo de Pennsylvania respecto de la naturaleza jurídica de los acuerdos antenuptiales, concepto, que tuvo gran influencia en resoluciones posteriores que llegarán hasta la regulación uniforme del siglo siguiente. Al igual que el concepto de confianza en torno al patrimonio de cada uno de los futuros cónyuges como elemento indispensable para la validez del acuerdo.

Ahora bien, la existencia y reconocida validez de los acuerdos prematrimoniales durante este momento histórico se extendía exclusivamente a los pactos cuyos efectos tenían básicamente contenido patrimonial y a aquellos que se producían constante el matrimonio y que surtían efectos una vez se disolvía el vínculo por premoriencia de uno de uno de los dos cónyuges, si bien nunca para los supuestos de separación o divorcio que fue una conquista ya del último tercio del siglo XX.

2.2. Definición y características de los contratos prematrimoniales.

Todo contrato, cualquiera que él sea, debe ser estudiado desde el punto de vista funcional (contenido y finalidad) y desde el punto de vista estructural (elementos y modo de formación). Al contemplarlo desde el primer punto de vista se nos hará evidente que el contrato tiene una función instrumental, sirve para realizar una finalidad de la vida económica. Al respecto, Messineo, establece que los contratos que disciplinan las relaciones patrimoniales familiares se refieren a las capitulaciones matrimoniales. 61

Es importante señalar que existen las capitulaciones matrimoniales y los contratos prematrimoniales.

61 MELICH OSRINI, JOSE; *“Doctrina General del Contrato”*; Colección Estudios Jurídicos No. 27, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985

2.2.1. Las Capitulaciones Matrimoniales.

Son conocidos en el Derecho de Familia, como aquellos contratos que celebran los novios, respecto al régimen económico del matrimonio, pues la palabra capitulación significa convención o contrato. Ahora bien, las capitulaciones matrimoniales deben otorgarse siempre con anterioridad a la celebración del matrimonio o en el mismo acto de su celebración; no se puede otorgar después. Estas capitulaciones matrimoniales tienen por finalidad el determinar el régimen económico de bienes dentro del matrimonio.

2.2.1.1. Naturaleza jurídica de las capitulaciones matrimoniales.

En cuanto a su naturaleza existe gran discusión pues por un lado se define como un contrato, pero por estar dentro del derecho de familia y especialmente por estar ligada a la institución del matrimonio se cuestiona su naturaleza contractual, así pues, según refiere el tratadista Puig Peña, que sobre el régimen converge una serie de intereses de la más amplia naturaleza, es aquí donde radica la importancia de las capitulaciones matrimoniales, pues en estas capitulaciones se debe tomar en cuenta los intereses de la familia, protegiéndola, y además los derechos de terceros que contratan con uno de los cónyuges, es decir son considerados contratos sui generis, con características especiales, destinados a la protección de la familia. Al celebrar este tipo de contratos si bien estas sujetos a la libre voluntad de los contrayentes, así también son inmodificables y es en este punto en que se apartan de del espíritu de los contratos. 62

Es conveniente indicar que el principio de autonomía de voluntad reconocido implícitamente en las capitulaciones matrimoniales no puede ser absoluto, lo que se pacte para el orden económico del matrimonio no puede ser indiferente para el Estado; es indispensable legislar al respecto limitar el libre arbitrio para la buena marcha de la unión conyugal. La imposibilidad de consensuar todo aquello que sea contrario a las leyes y a las buenas costumbres, es una de las limitaciones de este tipo de contratos, pues no pueden violar los fines y la naturaleza del matrimonio.

62 http://www.foroswebgratis.com/tema-contratos_prematrimoniales-85133-2893195.htm

Cabe destacar que las capitulaciones matrimoniales son negocios jurídicos dependientes, esto es, pueden existir sin el matrimonio, pero no pueden subsistir sin él.

Así, pueden celebrarse capitulaciones antes de contraer matrimonio y estas son perfectamente válidas, pero si el matrimonio no se efectúa, las capitulaciones resultan ineficaces.

Aunque son técnicamente contratos, el objeto de las capitulaciones prematrimoniales se encuentra fuertemente determinado por el grado de autonomía que cada ordenamiento reconoce a los esposos en los asuntos matrimoniales. Generalmente los contrayentes sólo pueden adherir a alguno de los regímenes matrimoniales típicos que regula el derecho de familia respectivo.

Las capitulaciones matrimoniales son un acuerdo de naturaleza contractual otorgado por los cónyuges, en virtud del cual podrán estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio. (63)

2.2.2. Los Contratos Prematrimoniales.

La palabra prenupcial es una de las más frecuentes utilizadas en el mundo matrimonial, el termino proviene de la palabra nupcial que significa relativo al matrimonio o a la celebración de la boda, encontramos el origen de los contratos prematrimoniales en el siglo XVI cuando la familia del novio le garantizaba a la esposa una pensión y al cónyuge le proporcionaba un tercio de las tierras y pertenencias si sobrevivían al matrimonio durante dos años. Durante el siglo XIX antes de la existencia del acto de propiedad de los bienes y antes del Acta del matrimonio suscrita en 1848, los acuerdos eran necesarios para las mujeres, todo lo que la mujer compraba y heredaba

63 <http://www.codigo-civil.org/nulidad/lodel/docannexe.php?id=806>

durante el matrimonio era transferido en propiedad al marido y si el cónyuge moría o la esposa se divorciaba ella perdía todo y se quedaba sin derecho a nada. 64

El origen de estos Contratos no lo podemos encontrar en nuestro Derecho, sino que su raíz, hay que buscarla en la Cultura Anglosajona. Hay que señalar, por tanto, que carecen de autonomía conceptual en nuestro derecho, en el que prima fundamentalmente, la autonomía de la voluntad. (65)

Un contrato prematrimonial es un contrato jurídicamente vinculante, suscrito por una Pareja, que expresa con claridad y precisión, qué es lo que pasará con sus ingresos y sus bienes, mientras dure el Matrimonio, y lo qué es más importante, qué ocurrirá con los mismos, en caso de disolución matrimonial por separación, divorcio o muerte.

Dicho de otra manera, un contrato prematrimonial es definido como “aquel realizado entre dos personas antes del matrimonio donde deciden principalmente como se distribuirá la propiedad de sus bienes si en algún momento llegara a divorciarse, al separarse legalmente, por anulación o muerte de uno de los cónyuges”.

2.2.3. Diferencias entre los contratos prematrimoniales y las capitulaciones matrimoniales.

Los contratos prematrimoniales por ser convenios o pactos que realizan los futuros esposos, realizados para establecer algunas disposiciones en caso de ruptura del vínculo matrimonial pueden llegar a confundirse con las capitulaciones matrimoniales, pues el contenido de los contratos prematrimoniales se refiere específicamente a cuestiones de índole patrimonial, sin embargo ambas instituciones son similares parcialmente existiendo leves diferencias entre ambas. (66)

64 <http://avenidalegal.com/2011/06/preguntas-sobre-la-ley-de-familia/>

65 <http://www.cronicasdelnavegante.com/2007/05/contrato-prematrimonial.html>

66 <http://html.rincondelvago.com/capitulaciones-matrimoniales.html>

Así, para determinar la naturaleza jurídica de las capitulaciones matrimoniales se discute si son contratos como tal o si son actos reglamentarios que regulan el régimen económico del matrimonio, en cambio en los contratos prematrimoniales no se discute su naturaleza pues, se regula por las disposiciones generales de las obligaciones y de los negocios jurídicos.

Las capitulaciones matrimoniales tienen un contenido típico y tradicional, que es el de establecer el régimen económico del matrimonio, su finalidad es establecer la estructura económica del matrimonio, pero los contratos prematrimoniales no tienen una finalidad específica en su contenido el cual queda abierto a la autonomía de la voluntad, si bien es cierto que generalmente este tipo de contratos regulan el carácter patrimonial dentro del matrimonio también pueden llegar a regular cuestiones de índole personal, pero ese no es el tema a tocar con esta investigación. Las capitulaciones matrimoniales deben otorgarse siempre antes del matrimonio, y en caso de ausencia de las mismas se está a lo establecido subsidiariamente por la ley determinando el régimen económico de la unión conyugal; los contratos prematrimoniales pueden o no celebrarse aunque veremos que algunas legislaciones exigen la celebración de un contrato prematrimonial a los que van a contraer matrimonio. ⁶⁷

Las capitulaciones matrimoniales deben otorgarse mediante escritura pública, o en acta levantada por el Notario, sin embargo en los contratos prematrimoniales no existe tal formalidad, pues puede ser celebrado como documento privado que a solo reconocimiento de firmas adquiere tal formalidad.

Ahora bien, de todo lo anterior podemos establecer los siguientes elementos que los conforman los contratos prematrimoniales, que son:

⁶⁷ <http://html.rincondelvago.com/capitulaciones-matrimoniales.html>

- **La capacidad.**

Puede otorgar los contratos prematrimoniales el mayor de edad. Los menores de edad no emancipados necesitarán el concurso y consentimiento de sus padres o tutores.

- **Elementos formales**

Dada la trascendencia de los contratos matrimoniales, la generalidad de las legislaciones exige para ellos la forma pública. Pero como dijimos líneas arriba estos también pueden ser celebrados mediante documento privado.

Es importante señalar que los acuerdos prematrimoniales en la legislación extranjera específicamente en Estados Unidos en cada estado tienen distintas leyes, pero la mayoría de legislaciones establecen que deben ser celebrados por escrito, por ambas partes, casi siempre para que cada parte vele sus propios intereses es necesario la asesoría de un abogado, además la firma de un Notario le dará mayor validez ante un proceso judicial, en algunos casos se requiere la presencia de dos testigos. (68)

- **Elementos reales**

Los derechos sobre las propiedades adquiridas antes y durante el matrimonio. Derechos de herencia, incluyendo disposiciones especiales para los hijos de los matrimonios anteriores o para el hijo nacido durante el matrimonio por celebrarse.

Asuntos de pensión alimenticia o adjudicaciones monetarias. La división de las propiedades mientras los cónyuges estén separados, incluyendo lo que sucederá con los mismos al momento del divorcio.

- **Modificación**

Ya se mencionó antes la posibilidad de que los contratos sean objeto de modificación, la modificación puede llevar consigo optar por un régimen económico del matrimonio diferente al vigente hasta dicho momento o bien limitarse a la modificación

68 <http://html.rincondelvago.com/capitulaciones-matrimoniales.html>

que supongan la alteración de aspectos concretos del contenido del régimen establecido con anterioridad. Ambas modificaciones son perfectamente posibles.

2.3. Límites para la celebración de los contratos prematrimoniales

Empecemos diciendo que, si bien de forma tímida, las primeras consultas en las que se tendía a prever futuras crisis de la relación de una nueva pareja conyugal, siguiendo con la tradición anglosajona perfectamente arraigada en otros países, se trataba de corregir las consecuencias fundamentalmente económicas que una ruptura podía producir en uno o en ambos convivientes, ya sea para evitar la posterior controversia y litigios en el momento de la disolución del matrimonio o crisis de la pareja, bien para excluir o modular efectos y consecuencias legales, bien para determinar y concretar aspectos sobre los que posteriormente se exigirá acuerdo a los convivientes. Hay que señalar en primer lugar, que prima el aspecto de libertad contractual. Es habitual que tan solo se pacte, sobre el régimen económico de la nueva pareja conyugal o sobre el posible uso de la vivienda familiar y las pensiones entre los miembros de la pareja, pero en ningún caso serán válidos los pactos sobre los hijos en común, ya que las cuestiones de orden público (guarda y custodia de menores, pensiones para ellos, etc.), no son de libre disposición entre los otorgantes. (69)

En cuanto a la renuncia de la pensión compensatoria, está muy cuestionada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, de manera que hay quienes se alinean en que por encima de todo se trata de pactos contractuales, con plena eficacia legal, es decir con todos los condicionantes que se presentan al respecto a la autonomía de la voluntad entre dos adultos, mientras que otros consideran que la renuncia a cualquier derecho que aún no ha nacido no puede ser válida, ya que los derechos a indemnización económica entre los convivientes solo se pueden reclamar en el momento en que produce la crisis, nunca antes. (70)

69 http://wikicity.blogspot.com/2010/10/acuerdos-prenupciales-insolitos_06.html

70 http://wikicity.blogspot.com/2010/10/acuerdos-prenupciales-insolitos_06.html

Los convivientes autorregulan su relación, y por tanto efectúan una normativa de los aspectos económicos que consideran relevantes a efectos de dejar constancia por escrito de los mismos. Establecen los acuerdos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, así estos contratos nunca deben ser contrarios a la moral, las leyes o al orden público, ni tampoco limiten libertades públicas o derechos constitucionales.

Por otro lado estos acuerdos, deben recoger las pretensiones de los futuros contrayentes, debiendo ser un fiel reflejo de sus objetivos, ser justo y entendido perfectamente por ambos, así como el asesoramiento de un abogado de Derecho de Familia, haciendo coincidir los intereses de uno y otro miembro de la pareja, es altamente recomendable. Podrá contener los Derechos y Obligaciones de los esposos para gestionar y controlar ciertos bienes, y las circunstancias que sobre ellos puedan acontecer, como Venta, Uso, Arrendamiento, Usufructo, Cesión, Hipoteca, otros gravámenes, etc. (71)

En definitiva, regula lo que sucederá a ciertas pertenencias, cuya propiedad puede pertenecer por separado a cada uno de los cónyuges o de forma conjunta, en supuestos de separación, divorcio, o fallecimiento de uno de ellos.

En el pasado, sólo parejas adineradas, se decidían a formalizar acuerdos de este tipo. También estamos acostumbrados a oír como estrellas de cine, de la música, etc, acostumbran a adoptar estos Contratos Prematrimoniales, sin embargo cada vez son más frecuentes la celebración de este tipo de acuerdos; claro está que no en nuestro país; especialmente entre aquellos que contraen segundas nupcias, y que desean preservar sus bienes para los hijos nacidos en su primer Matrimonio.

En la mayoría de los casos se realizan para asegurar que la propiedad de bienes pertenecientes a cada uno de los esposos antes del matrimonio, se mantiene separada y bajo su control.

71 <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201009-37281946753951.html>

Finalmente, a pesar de tener muchos elementos positivos, un acuerdo prematrimonial, no puede conseguir una regulación absoluta de todos los aspectos que engloba el matrimonio.

2.4. Diversos tipos de contratos prematrimoniales.

El patrimonio conyugal está separado entre dos tipos de bienes: los bienes propios que son aquellos con los que cada cónyuge llega al matrimonio, es decir todo lo que tenía antes de casarse y los bienes conyugales que son aquellos que se producen dentro del matrimonio, en estos se incluyen los sueldos y haberes de las dos partes. De esta forma el dinero que gana uno de los miembros de la pareja se dividirá en 50 y 50 en caso de que se divorcien al igual que todos los bienes conyugales.

Cuando uno de los miembros de la pareja no trabaja los haberes pasan a ser de ambos, lo que libera de sentirse mantenido por el otro. Aunque también se incluye que si uno de los dos adquiere una deuda y fallece, la otra parte se deberá hacer responsable de la misma. (72)

Asimismo, tras el casamiento dejan de ingresar bienes propios. Todo lo que ingrese durante el matrimonio es conyugal, aunque se exceptúan donaciones, legados ó herencias.

El artículo 101 del Código de Familia establece que:

“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”. 73

72 <http://www.bodaclick.com.do/report/acuerdos-prematrimoniales.html>

73 Ley No. 996, “Código de Familia”, Edit. U.P.S., La Paz - Bolivia, Ley de 04 de abril de 1988

Mientras que en el Art. 111 y 112 de la mencionada Ley, se precisa también que son gananciales *“Son bienes comunes: 1) Los adquiridos con el trabajo o industria de cualquiera de los cónyuges.*

2) Los frutos de los bienes comunes y de los propios de cada cónyuge.

3) Los productos de la suerte, como loterías, juegos, rifas o apuestas, siempre que no se trate de los que provienen de sorteo o redención de valores o títulos pertenecientes a uno solo de los esposos;

4) El tesoro descubierto, aunque lo sea en bienes propios de cualquiera de los esposos.

5) Los que se obtengan por concesión o adjudicación del Estado”.

“Son asimismo bienes comunes: 1) Los que adquieren durante el matrimonio a costa del fondo común, aunque la adquisición se haga a nombre de uno solo de los cónyuges.

2) Los aumentos de valor por mejoras útiles hechas en los bienes propios con fondos comunes o por industria del marido o de la mujer.

3) Los edificios construidos a costa del fondo Común sobre suelo propio de uno de los cónyuges, descontando el valor del suelo que le pertenece”. 74

La declaración de bienes propios representa una constancia de los bienes con los que cada uno ingresa al matrimonio, además facilita la separación de los mismos en caso de divorcio.

Acá no es muy usual, poca gente lo implementa. En referencia a lo que significa el trámite, para el común de la gente, la declaración de bienes propios antes de la boda no se realizan porque cuando uno decide contraer matrimonio no piensa en un conflicto matrimonial ó una separación ya que anhela la felicidad eterna”.

74 Ley No. 996, “Código de Familia”, Edit. U.P.S., La Paz - Bolivia, Ley de 04 de abril de 1988

De todos modos aunque no se realice la declaración hay determinados bienes que uno puede llegar a probar que conforman los bienes propios, como son los muebles ó inmuebles registrados antes de contraer nupcias, los legados, las donaciones y las herencias. Es decir si dentro del matrimonio uno de los cónyuges recibe una herencia millonaria al momento de llegar al divorcio no entra dentro de los bienes conyugales porque pertenece al heredero.

Según el Código de Familia especifica que en caso de “*decretada la separación de bienes, queda extinguida la sociedad conyugal. La mujer y el marido recibirán los suyos propios, y los que por gananciales les correspondan, liquidada la sociedad*”. 75

Mientras que los bienes gananciales de la sociedad conyugal se dividirán por iguales partes entre marido y mujer, o sus herederos, sin consideración alguna al capital propio de los cónyuges, y aunque alguno de ellos no hubiese llevado a la sociedad bien alguno.

Últimamente se difundieron algunos casos en el que los futuros esposos firman un acuerdo en el que se establece qué bienes aporta cada uno al matrimonio. Como un inventario para evitar confusiones al momento de divorcio. Esto funciona sobre todo para proteger los bienes adquiridos antes del matrimonio. Sin embargo, la ley en Bolivia no permite establecer ningún acuerdo sobre la división de los bienes gananciales (los obtenidos durante el matrimonio). Es 50 y 50, no importa quién haya aportado más. En varios países europeos y en Estados Unidos, las parejas adoptaron la medida, especialmente los artistas, empresarios y millonarios. (76)

75 Ley No. 996, “*Código de Familia*”, Edit. U.P.S., La Paz - Bolivia, Ley de 04 de abril de 1988
76 <http://www.cronicasdelnavegante.com/2007/05/contrato-prematrimonial.html>

En los contratos prenupciales se suelen establecer cláusulas de todo tipo como que todos los bienes que ganen los miembros de la pareja serán propios y no conyugales, tratan de que al momento de la separación cada cual se quedara con lo suyo.

En el país los contratos prematrimoniales no están contemplados en el Código de Familia, por lo que al momento de llegar a un divorcio ó a un juicio no representa un instrumento válido. A diferencia de la declaración de bienes, los contratos se hacen ante abogados, además cada uno presenta a su letrado las cláusulas del documento.

Ahora bien entre los contratos prematrimoniales podemos citar:

2.4.1. La Sociedad de gananciales: Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos por cualquiera de ellos, después de contraer matrimonio.

Cuando la sociedad de gananciales se disuelva, se atribuirá a cada uno de los cónyuges la mitad de los bienes que forman parte de la sociedad de gananciales, denominados normalmente bienes gananciales. (77)

En términos generales son gananciales los siguientes:

- Los bienes obtenidos por el ejercicio de cualquiera de los cónyuges de una actividad:
 - Laboral
 - profesional.
 - empresarial. (En este último caso, los bienes podrían resultar parcialmente o totalmente privativos, si el capital aportado tenía total o parcialmente este carácter).
- Los frutos de los bienes gananciales y privativos.
- Los adquiridos en sustitución de otro bien ganancial.

77 http://es.wikipedia.org/wiki/Sociedad_de_gananciales

- La vivienda habitual en la parte pagada después de contraído el matrimonio, aunque la misma se adquiriese con anterioridad al mismo. Tiene la consideración de pagada después del mismo, el pago de las cuotas de un préstamo solicitado para adquirir la vivienda.
- Las ganancias obtenidas por cualquiera de los cónyuges en el juego.

La ley también presume como bienes gananciales todos los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer

Causas de la disolución de la sociedad de gananciales:

*Disolución del matrimonio

*Muerte de uno de los cónyuges

*Declaración de nulidad

*Declaración judicial de separación de los cónyuges.

*Al convenir los cónyuges un régimen económico distinto a través de capitulaciones matrimoniales.

*Por decisión judicial.

Una vez disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y el pasivo de la misma. Una vez determinado el haber líquido se hará la división entre los cónyuges por mitad.

2.4.2. Régimen de participación en las ganancias.

Esta categoría es por decir un punto medio entre separación de bienes y una sociedad de gananciales, establece que cada cónyuge tiene derecho a participar en las ganancias del otro. Se trata de un régimen que pretende conjugar las ventajas de la separación de bienes y del régimen de gananciales. Los patrimonios de los esposos están separados como en el régimen de separación de bienes, pero en la fase de liquidación del

régimen se establece una participación de cada esposo en las ganancias obtenidas por el otro.⁷⁸

De esta manera, el régimen se concreta al liquidarse, en función de las pérdidas y ganancias que cada patrimonio haya sufrido. Por ello, su mayor inconveniente reside en que exige una contabilidad bastante precisa de la evolución del patrimonio de cada esposo, con el fin de determinar las ganancias habidas en los patrimonios de cada uno.

Además, hay que tener en cuenta que la participación es sólo en las ganancias, y no en las pérdidas. De esta manera, si el patrimonio de uno de los esposos presenta un saldo positivo y el del otro negativo, este último tendrá derecho a la mitad del incremento obtenido por el primero (aunque los cónyuges pueden pactar otro porcentaje). Además, el que tiene derecho a recibir parte de las ganancias del otro no tiene ningún privilegio frente a otros acreedores que tuviese este último. Si el esposo que tuvo más beneficios hubiera vendido o cedido bienes para evitar el pago, el esposo acreedor podrá impugnar las enajenaciones hechas a título gratuito sin su consentimiento y aquellas que hubieran sido realizadas en fraude de sus derechos aún cuando no fueran gratuitas.

2.4.3. Régimen de separación de bienes.

Este régimen es conocido en la doctrina como separación de bienes o separación absoluta, el mismo que se refiere a que cada cónyuge conserva la propiedad y administración de los bienes que le pertenecen y será dueño exclusivo de los frutos de los mismos, así también de los sueldos, salarios y ganancias que obtuviere por servicios personales o en el ejercicio de la industria o comercio. Este régimen otorga la conservación y administración a cada cónyuge de sus propios bienes, como de los bienes que se produzcan dentro del vínculo matrimonial que sean propios. Este régimen respeta al máximo la personalidad de la mujer respecto del patrimonio familiar, reformando el predominio del marido en la administración de los bienes. Actualmente en nuestra sociedad los detractores piensan que por ser las mujeres las que “se quedan en casa a cuidar a los hijos” nunca poseerán bienes propios y es el marido quien siempre va a

⁷⁸ <http://www.dudalegal.cl/regimen-de-participacion-en-los-gananciales.html>

aportar con el patrimonio familiar, por lo tanto si la esposa es pobre o no poseedora de bienes, resultara en caso de disolución del vinculo matrimonial pobre o en peor condición económica de su marido. 79

Pero, si realmente ponemos atención al desarrollo actual del país y la participación de la mujer en el ámbito laboral, destacamos que actualmente la incorporación de la mujer en el mercado de trabajo recibe una atención especial hoy en día, pues en estudios socio - demográficos, se profundiza mas en las causas y consecuencias de la concentración o segregación de las mujeres en algunas actividades u ocupaciones.

Por ejemplo, la participación femenina en la industria maquiladora continua atrayendo la atención de numerosos especialistas y en especial, se ha mencionado que este fenómeno es el que mayor importancia tiene para explicar la feminización en la industria. También podemos decir que actualmente, las importantes contribuciones de las mujeres a la producción económica se basan tanto en su trabajo formal, como el informal. El empleo de una perspectiva de género en el análisis de la fuerza de trabajo tiene que partir de esta consideración esencial y gradualmente se ha llegado al consenso de que los trabajos tienen que ser analizados de manera integral. 80

Así pues, la mujer actual tiene grandes posibilidades en el ámbito laboral, posibilidad de votar y de elegir libremente el qué hacer con su vida; hemos llegado hasta tal punto que el tener un hijo sin padre está permitido.

Ahora bien, volviendo al punto que nos aqueja diremos que el reparto del patrimonio familiar suele ser la segunda causa de enfrentamiento en una pareja, después de las disputas por la custodia de los hijos. Los conflictos “económicos” pueden evitarse si la pareja opta por el régimen de separación de bienes. Este sistema simplifica mucho los

79 <http://www.dudalegal.cl/regimen-de-separacion-total-de-bienes.html>

80 http://www.consumer.es/web/es/economia_domestica/familia/2005/05/25/142246.php

divorcios porque permite a cada cónyuge conservar la propiedad de los bienes que aporta al matrimonio y de los que adquiriera durante el mismo. 81

Otra de las ventajas es que el patrimonio familiar no se pone en riesgo en caso de quiebra o deudas contraídas por uno de los miembros de la pareja. Pero, ¿cómo afecta este régimen a los hijos? ¿Cómo se decide el reparto de los bienes que no tienen factura y que han sido adquiridos durante el matrimonio? ¿Se puede cambiar el régimen durante el matrimonio?, estas son algunas de las interrogantes que nos planteamos, pues al respecto estableceremos lo siguiente:

- Cada miembro del matrimonio es propietario de sus bienes y puede actuar con total independencia, administrándolos y disponiendo de ellos con total libertad. La única obligación es contribuir a los gastos comunes del matrimonio en proporción a su poder adquisitivo.
- En este tipo de contratos se puede pactar la forma en que cada uno contribuirá a las cargas del matrimonio, por ejemplo, señalando porcentajes. Por defecto los cónyuges contribuyen proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos.
- En caso de divorcio, cada cónyuge dispone de sus bienes. Sólo los bienes que han sido comunes se deben repartir entre ambos.
- Una de sus ventajas es que permite mayor independencia a los cónyuges y ofrece más ventajas algún cónyuge realiza una actividad profesional que conlleve riesgos. Plantea menos problemas en caso de separación.
- Una vez que se opta por este régimen no se puede cambiar a la sociedad conyugal, pero sí al régimen de participación en los gananciales.
- Al estar casados bajo este régimen el marido no puede intervenir en las decisiones que la mujer tome con respecto a sus bienes, sea que los haya comprado antes o durante el matrimonio, o los haya adquirido por herencia o

81 <http://www.publiboda.com/bienes/index.html>

donación. Tampoco, la mujer puede intervenir en las decisiones que el marido tome con respecto a los bienes de él. 82

- Con este régimen se garantiza la plena igualdad de la mujer y el hombre ante la ley, y se otorga una capacidad real a la mujer porque puede administrar y disponer libremente de sus bienes. Sin embargo, hay que considerar que si este régimen termina o se disuelve el matrimonio, no hay bienes que repartir, como ocurre en la sociedad conyugal.

Ahora bien, desde el punto de vista del aporte de las cargas y necesidades de la familia, hay que atender a las facultades del marido y la mujer, para que estas cargas de familia sean soportadas de forma proporcional, si ambos tienen bienes y generan ingresos. En virtud de esta proporcionalidad sería inaceptable, por ejemplo, que sólo uno de los cónyuges contase con capacidad de ahorro, mientras que el otro gasta todos sus ingresos para mantener a la familia común.

Por otro lado las deudas contraídas por los cónyuges, así como los cónyuges administran libremente sus bienes, de forma separada, las deudas adquiridas con terceros sólo afectan al patrimonio del cónyuge deudor.

2.4.4. Los contratos prematrimoniales y la herencia.

Todos en alguna ocasión hemos sido testigos de los conflictos que en ocasiones surgen respecto al patrimonio y las sucesiones, llevados a cabo por actos jurídicos, los cuales pueden ser ya sea Inter. Vivos (entre vivos) o mortis causa (por causa de muerte).

(83)

82 <http://www.todoexpertos.com/categorias/humanidades/derecho/respuestas/1174596/separacion-de-bienes>

83 <http://es.hicow.com/acuerdo-prenupcial/matrimonio/ley-1229677.html>

Siendo este un tema tan extenso sería imposible profundizar en todos los temas que concierne al derecho sucesorio, por lo tanto solo se explicara brevemente la relación que tiene con los contratos prematrimoniales.

La palabra sucesión viene del latín *SUCESIO ONIS* que significa acción de suceder, en sentido lato es cuando una persona adquiere derechos de otros.

SAVIGNI define al derecho sucesorio como: “El Derecho sucesorio es el cambio meramente subjetivo en una relación de derecho y tiene dos elementos:

* Es *mortis causa*, es decir que es un acto jurídico que se produce a causa de un hecho jurídico natural: La muerte

* Sustituye a una persona en un derecho y obligaciones.

Para otros: El Derecho Sucesorio es aquel conjunto de normas de orden público que regula las transmisiones patrimoniales de derechos y obligaciones jurídicas transmisibles de una persona fallecida a favor de otro que vive, sea por disposición de la ley o por voluntad del difunto. Pues bien, al ser la muerte aquel acontecimiento natural que produce efectos jurídicos y va a traer como consecuencia que otras personas adquieran los bienes del difunto, es importante determinar los distintos momentos que se producen en la sucesión. Así tenemos a la apertura de la sucesión, vocación hereditaria, delación de la herencia, adquisición de la herencia. (84)

Es el hecho jurídico que se origina con la muerte o con el fallecimiento presunto de una persona es conocido como la apertura de la sucesión. RIPERT Y BALANGER señalan que la apertura de la sucesión es el hecho que se produce la transmisión del derecho del *de cuius* de su patrimonio a sus sucesores.

84 www.gracielamedina.com/.../legislacion-y-jurisprudencia-extranjeras-sobre-personas-familia-y-sucesiones-acuerdos-prenupciales.pdf

Es importante conocer en qué momento se abre la sucesión para determinar quiénes son los herederos que sucederán al de cujus. En el caso de la sucesión testamentaria el momento en que va a producir sus efectos, aquella voluntad del causante a favor de sus herederos o legatarios.

Es también importante también, porque en algún instante, antes o después podría sobrevenir el fallecimiento o incapacidad que determine la exclusión de una persona o un nacimiento.

También es importante porque así se determine la competencia del Juez para la división y partición de la herencia y hasta que momento se retrotraen los efectos de la herencia. Cuando una persona desaparece injustificadamente, sus bienes no pueden quedar al aire. Se solicita la declaración de Ausencia a los dos años y a los cinco la declaratoria de fallecimiento presunto. Esta declaración judicial puede tener efectos retroactivos (*Art. 45, 1000 C.C.*). (85)

Se prueba con el certificado de defunción y con la Sentencia de declaración de fallecimiento presunto.

Es importante determinar el último domicilio del de cujus para determinar que autoridad es jurisdiccionalmente competente para conocer el proceso de división y participación de la herencia.

Nuestra legislación determina que el lugar de la apertura de la sucesión es el último domicilio real que tenía el de cujus (*Art. 1001 CC*). (86)

85 Decreto Ley No. 12760, “*Código Civil*”, Edit. U.P.S., La Paz - Bolivia, Ley de 06 de Agosto de 1975

86 Decreto Ley No. 12760, “*Código Civil*”, Edit. U.P.S., La Paz - Bolivia, Ley de 06 de Agosto de 1975.

Al fallecimiento del causante se produce la vocación hereditaria justo en el mismo momento en que se abre la sucesión, es decir en el instante mismo que ha fallecido el causante. Entre las clases de vocación podemos señalar las siguientes: 87

a) Vocación Testamentaria: Deviene de la voluntad del causante expresado en el Testamento.

b) Vocación Legal: Aquel llamamiento que hace la ley a posibles herederos

c) Legal y Testamentaria: Cuando el de cujus ha dispuesto una parte de su patrimonio por Testamento y la otra parte de sus bienes será la ley quien determine quienes van a heredar y en qué porcentaje.

d) Vocación Hereditaria contractual: Aquel resultante de un contrato de sucesión futura.

Llamamiento efectivo a los posibles herederos se denomina delación La diferencia entre la delación y la vocación radica en que la vocación es el llamado a todos los posibles herederos. En la delación ya se tiene determinado quienes van a heredar, por lo que el heredero ya cuenta con la facultad de aceptar la herencia y luego disponer de ella.
88

La adquisición de la herencia se produce en el momento ulterior a la delación y consiste en el traspaso de los bienes del difunto al patrimonio del llamado. La adición provoca la adquisición.

La adquisición se opera desde el momento en que se abre la sucesión por el solo ministerio de la ley. Los herederos sean forzosos o legales o voluntarios continúan la posesión de la herencia desde el momento de la apertura. El art. 1007 del Código Civil (89) es claro al respecto cuando dispone que la herencia se adquiere solo por el

87 CHÁVEZ ASECIO, MANUEL F., *Convenios Conyugales y Familiares*, Edit. Porrúa, S.A., Av. República Argentina, 15, México, 1993

88 CHÁVEZ ASECIO, MANUEL F., *Convenios Conyugales y Familiares*, Edit. Porrúa, S.A., Av. República Argentina, 15, México, 1993

89 Decreto Ley No. 12760, “*Código Civil*”, Edit. U.P.S., La Paz - Bolivia, Ley de 06 de Agosto de 1975

ministerio de la ley desde el momento en que se abre la sucesión, es decir desde el fallecimiento o desde la declaración de muerte presunta.

El heredero es la persona que recibe todo o una parte alícuota del patrimonio del de cujus, por efecto de:

- * La Ley
- * Testamento o
- * Contrato

-Todo heredero es sucesor, pero no todo sucesor es heredero

-El legatario es sucesor pero no va a heredar “

Nuestra legislación establece que en caso de muerte de uno de los cónyuges la sucesión de una persona se abre con su muerte real o presunta.

Con esta breve introducción de lo que es la herencia y a quien se considera heredero, es importante hacer un análisis de este instituto jurídico con respecto a los contratos prematrimoniales; entonces, si dos personas suscribieron un contrato prematrimonial y posteriormente una de ellas fallece surgen las preguntas ¿Puede la viuda (o) reclamar derechos en la herencia de su Esposo (a)? ¿Conserva su condición de heredera (o) o la perdió por efecto de los contratos prematrimoniales?

Analizando llegamos a la siguiente conclusión, para que el cónyuge quede excluido de la herencia del cónyuge pre-muerto, tendrían que llenarse los extremos del artículo Art. 1107 de nuestro Código Civil, que dispone:

“ARTÍCULO 1107. (EXCLUSIÓN DEL CÓNYUGE EN LA SUCESIÓN).- La sucesión del cónyuge sobreviviente no tiene lugar cuando:

1) El matrimonio se celebra hallándose enfermo el otro cónyuge y su muerte acaece dentro de los treinta días siguientes como consecuencia de aquella enfermedad.

2) Existe sentencia de separación pasada en autoridad de cosa juzgada, en la cual se reconoce al sobreviviente como culpable de la separación.

3) Por propia voluntad y sin causa moral ni legal se había separado de hecho de su cónyuge, y la separación dura más de un año.”⁹⁰

De lo anterior se desprende lo siguiente:

1.- Son estas las únicas excepciones para que el cónyuge superviviente no pueda heredar.

2.- No basta alegar, que como la (el) esposa (o) contrajo matrimonio bajo régimen de Contratos Prematrimoniales, no tiene derecho a la herencia.

Desde esta perspectiva las capitulaciones matrimoniales no ponen fin a la vida en común de los cónyuges, simplemente se centran en lo bienes de los cónyuges.

2.4.6. Los contratos prematrimoniales vs. Acreedores.

El matrimonio es la unión voluntariamente concertada entre un hombre y una mujer a fin de hacer vida en común. El matrimonio como institución genera un conjunto de relaciones susceptibles de contenido económico y por tanto de ordenación jurídica para la búsqueda de una organización económica de la sociedad conyugal, algunos autores definen la estructura de la misma asumiendo la fórmula de que es: El estatuto que regula los intereses pecuniarios de los esposos, ya sea en sus relaciones entre sí, o en las mantenidas con los terceros. ⁹¹

La familia mientras convive atiende a una serie de gastos con determinados ingresos y en su caso, a cargo de un patrimonio, los cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento de los gastos familiares, entendámoslos como todos los provocados por el grupo familiar no atribuibles especialmente a ninguno de sus miembros así como los específicos de cada uno de ellos que entrarían en el concepto de alimentos.

⁹⁰ Decreto Ley No. 12760, “*Código Civil*”, Edit. U.P.S., La Paz - Bolivia, Ley de 06 de Agosto de 1975

⁹¹ http://www.economia.com.mx/contrato_prenupcial.htm

La norma no impone límites a los “gastos” que en concepto de cargas son asumidas en la comunidad, pues dependerán las mismas del status social de cada familia. Desde el punto de vista jurídico esta realidad se formula como "las cargas del matrimonio" o "cargas familiares", instituto que tiene su origen en la configuración de la familia como unidad estable. 92

El Código de Familia dedica los artículos 118 y siguientes a la regulación de las cargas y obligaciones de la comunidad matrimonial de bienes estableciendo según el principio de igualdad plena del hombre y la mujer, que serán abonados con cargo a la comunidad matrimonial de bienes los siguientes: 93

1. El sostenimiento de la familia y los gastos en que se incurran en la educación y formación de los hijos comunes y de los que sean de uno de los dos cónyuges.

2. Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio, por cualquiera de los cónyuges, excepto en los casos en que para contraerlas se necesitara del consentimiento de ambos.

3. Las rentas o intereses devengados durante el matrimonio que hubiera que pagar, por las obligaciones a que tuvieran sujetos los bienes propios de cada cónyuge y los comunes.

4. Las reparaciones menores o de mera conservación en los bienes propios, hechas durante el matrimonio.

Entendamos como cargas no solo la obligación de dar alimentos sino todas las que, con uno u otro nombre, proveen a las necesidades económicas de la familia en su quehacer diario, con una cierta vocación de constancia y que responden a las necesidades del día a día. Es importante reflexionar que la idea de cargas en el matrimonio es un concepto más amplio y abarcador que el de dar alimentos. La carga

92 <http://dinero.univision.com/finanzas-personales/ahorro/tus-cuentas/article/2006-01-25/te-juro-amor-eterno->

93 Ley No. 996, “Código de Familia”, Edit. U.P.S., La Paz - Bolivia, Ley de 04 de abril de 1988

puede ser entendida como un gasto pero también puede considerarse una deuda que implica una obligación o una obligación propiamente dicha. 94

Es importante destacar el carácter solidario que comparten los cónyuges ante las diversas relaciones obligatorias que asumen en lo relativo a las cargas de la comunidad; en este sentido se desarrollan relaciones jurídicas obligatorias que adoptan una forma organizativa considerada pluripersonal donde los cónyuges actúan como una pluralidad de sujetos en uno o ambos lados de la relación, pudiendo asumir la condición de deudores o acreedores según corresponda. 95

En las obligaciones solidarias la doctrina acepta la existencia de una pluralidad de créditos y deudas, aún cuando sea la misma prestación. Por tanto, si bien puede hablarse de pluralidad de obligaciones y de pluralidad de vínculos, la relación obligatoria en cuanto relación jurídica mantiene un evidente grado de unidad. Se trata de una relación obligatoria compuesta por un haz de obligaciones que gobiernan la situación de cada uno de los acreedores y de cada uno de los deudores, y en la cual al mismo tiempo existe una relación asociativa o de grupo de los coacreedores o de los codeudores entre sí. 96

Cuando los cónyuges asumen la posición de deudores se producen varios efectos importantes, pudiéramos comentar que en virtud del carácter solidario, el cónyuge que cumplió y extinguió la obligación puede reclamar al otro la parte que le corresponde, otro efecto relevante sería que cada codeudor está obligado al cumplimiento íntegro de la obligación. Podríamos añadir también que el cónyuge codeudor puede oponer las excepciones procesales que se deriven de la naturaleza de la obligación y las personales de él o del otro en cuanto a la parte que le corresponda al ser demandado por el acreedor, cuestión que es igualmente válida para los cónyuges solidariamente deudores, de resultar imposible la prestación ambos son responsables ante el acreedor; si la deuda no ha sido

94 Ley No. 996, “*Código de Familia*”, Edit. U.P.S., La Paz - Bolivia, Ley de 04 de abril de 1988

95 <http://html.rincondelvago.com/capitulaciones-matrimoniales.html>

96 <http://www.am-abogados.com/blog/capitulaciones-matrimoniales-acuerdos-ventajosos-para-los-enamorados/2730/>

satisfecha, y el acreedor ha reclamado oportunamente a uno de los cónyuges deudores, puede exigir al otro el cumplimiento de la misma. 97

Cuando los cónyuges asumen la posición de acreedores igual podemos hablar de un conjunto de efectos que revisten la relación jurídica, el esposo que en calidad de acreedor realice actos perjudiciales para el otro está obligado a indemnizarlo si como consecuencia de ello le ocasiona daños. Cada cónyuge está legitimado para reclamar el cumplimiento íntegro de la prestación. Una vez reclamado el cumplimiento por un cónyuge solidariamente acreedor no puede reclamarlo el otro, porque el deudor deberá cumplir al primero que reclamó. 98

Ahora bien después de un breve análisis de las obligaciones que tienen los esposos frente a los acreedores cabe hacer un análisis de los contratos prematrimoniales frente a los acreedores, para que estos últimos no vean afectados sus intereses; por lo que se puede analizar bajo la siguiente regla “en toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de los contratos prematrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquéllas o éstos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad. Asimismo en caso de modificación de anteriores capitulaciones matrimoniales el Notario autorizante habrá de hacerlo constar, mediante nota, en la escritura correspondiente”. 99

Lo seguro es que las capitulaciones o sus modificaciones, en caso de existir, que no hayan sido objeto de inscripción en el Registro Civil, no serán oponibles a los terceros interesados.

97 <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/familia/acuerdos-prematrimoniales-se-pueden-prevenir-los-efectos-de-un-divorcio>

98 http://wikicity.blogspot.com/2010/10/acuerdos-prenupciales-insolitos_06.html

99 <http://es.hicow.com/acuerdo-prenupcial/matrimonio/juicio-en-la-corte-1836220.html>

De esta regla general se deduce que los terceros de buena fe no pueden verse afectados por capitulaciones matrimoniales efectivamente otorgadas (y aunque consten en el Registro Civil) si no han sido objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Otra regla fundamental es: “*La invalidez de los contratos prematrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos*” 100

Procederá la *nulidad* de las capitulaciones en los casos siguientes:

- Inexistencia de la forma legalmente requerida *ad solemnitatem*
- Vulneración de las leyes, buenas costumbres o igualdad conyugal

Serán meramente *anulables* las capitulaciones en que exista algún vicio del consentimiento, conforme a las reglas generales, y en particular, en los casos en que el complemento de capacidad requerido a los otorgantes no haya sido observado. Después de este análisis podemos determinar que los intereses de los acreedores no se verían afectados por un contrato prematrimonial, pues tendría que registrarse el contrato prematrimonial siendo este de conocimiento de terceros interesados en hacer valer sus derechos. 101

2.5. Causales para la celebración de los contratos prematrimoniales

El régimen matrimonial, régimen económico matrimonial o régimen patrimonial del matrimonio es el estatuto jurídico que regula la relación económica en un matrimonio de los cónyuges entre sí y de éstos respecto de terceros. El régimen económico tiene gran trascendencia sobre todo en caso de separación matrimonial, en divorcio y en derechos de tipo sucesorio (mortis causa) como son las herencia, aunque también tiene gran repercusión frente a terceros en los casos de insolvencia de alguno de los cónyuges, por lo que si se desvía de lo establecido por defecto por la ley, normalmente debe estar inscrito en un registro público. 102

100 <http://www.tesis.ufm.edu.gt/pdf/4019.pdf>

101 <http://www.tesis.ufm.edu.gt/pdf/4019.pdf>

102 <http://es.hicow.com/matrimonio/acuerdo-prenupcial/georgia-1263848.html>

Ahora bien, un acuerdo prematrimonial, no puede predecir todos los acontecimientos futuros que puedan devenir en el desarrollo de la vida matrimonial, ni mucho menos, protegerte de todos y cada uno de los riesgos financieros que puedan suceder a lo largo de la relación, puesto que muchos, son imprevisibles.

Sin embargo, esta medida, puede brindar preventivamente, en un gran número de supuestos, protegiendo, dando amparo y cobertura en los casos más frecuentes y previsibles.

2.6. Utilidad de los contratos prematrimoniales

Especial importancia tienen, por su trascendencia económica, tanto la elección como la liquidación de los distintos regímenes económicos matrimoniales posibles. Es importante encontrar soluciones imaginativas y eficaces que proponer frente a las siempre lentas y costosas, aunque a veces necesarias, liquidaciones judiciales.

CAPÍTULO III

LOS CONTRATOS PREMATRIMONIALES EN EL MUNDO

En la celebración de los contratos prematrimoniales, si bien están librados a la voluntad de las partes, esta libertad es relativa pues sobre la voluntad individual está por encima las normas jurídicas que tienen por fin proteger al instituto de la familia.

Cuando vemos que las nuevas formas de familia aceptadas actualmente por la realidad imperante, entre las que parecen prevalecer, lamentablemente, las denominadas "ensambladas" o las de parejas no casadas, han hecho surgir nuevos modos de institutos jurídicos familiares.

Veamos, pues, algunas de las modalidades contractuales surgidas en el mundo en materia matrimonial.

3.1. Los contratos prematrimoniales y el nuevo contexto Mundial

No cabe duda de que, como Hollywood se ha encargado de recordarnos e introducir en nuestra cultura colectiva, el tema de los acuerdos prematrimoniales parece estrechamente vinculado a los Estados Unidos de América. Sociedades opulentas, glamour, abogados especializados, infidelidades, grandes patrimonios divididos, parecen el caldo de cultivo de una figura contractual que hunde sus raíces en acuerdos con bastante más antigüedad de la que intenta mostrarnos la prensa rosa y, a veces, nuestro propio hábitat jurídico. De ahí, que en este entorno no nos sorprenda que autores norteamericanos no han dudado en clasificar *“la historia de los pactos antenuptiales como la historia de los ricos buscando mantener el control de su patrimonio, o el de sus familias, después del matrimonio”* 103

103 <http://es.hicow.com/matrimonio/acuerdo-prenupcial/georgia-1263848.html>

Si bien es cierto, que es en nuestros días cuando el tema de los acuerdos prematrimoniales esta gozando de amplia repercusión mediática y jurídica motivado por la proclive litigiosidad matrimonial.

Es cierto que lo que realmente ha cambiado en los acuerdos prematrimoniales de los Estados Unidos de América durante la segunda mitad del siglo XX y, sobre todo, desde el caso Posner v. Posner, es el contenido de los mismos dirigiéndose a regular los posibles efectos de la separación o/y el divorcio, así como la eficacia de determinadas disposiciones de los futuros cónyuges a la luz de los intérpretes de las normas la existencia de estos acuerdos motivados principalmente por ese deseo de perpetuar el patrimonio familiar a pesar de los límites impuestos a la mujer a la hora de contraer matrimonio, va perdiendo peso a partir de esa segunda mitad de siglo a favor de otros problemas que plantea esta materia que hasta el día de hoy siguen sin resolverse. 104

Nos referimos a la lucha existente entre el orden público matrimonial y el principio de autonomía de los ciudadanos que parece choca de forma radical en los contratos celebrados dentro o para la formación de una familia y, principalmente, con el concepto muy difundido en nuestra cultura occidental de que en los acuerdos no se pueden incluir cláusulas que regulen las futuras crisis matrimoniales, por entender que ello supondría pervertir la finalidad de la institución matrimonial.

Durante el siglo XX las resoluciones de los Tribunales Supremos estatales sobre la validez de los acuerdos prematrimoniales cuyos efectos se iban a producir una vez aconteciera una crisis matrimonial no se hicieron esperar y, si bien, la nota predominante fue determinar la invalidez de los mismos, los tribunales norteamericanos que no afirmaban con rotundidad tal invalidez sometían a los acuerdos prematrimoniales a tal exhaustivo estudio que la existencia de este tipo de acuerdos se redujo incluso por debajo del contenido de las cláusulas de las de sus predecesores de siglos anteriores, cuando la sociedad ya demandaba una mayor amplitud de miras. Y es que el cambio se

104 [http://www.alimonycentral.org/content/case-law/POSNER-POSNER-257-So.2d-530-\(Fla.1972\).pdf](http://www.alimonycentral.org/content/case-law/POSNER-POSNER-257-So.2d-530-(Fla.1972).pdf)

estaba produciendo en cómo las parejas americanas demandaban una cobertura jurídica en materia de pactos previsores de las crisis matrimoniales ante la existencia de varios matrimonios e incluso varios patrimonios que no querían verse afectados por una posible nueva ruptura.

El cambio social citado ya se había producido en el último cuarto de siglo con la presencia de acuerdos prematrimoniales celebrados dentro de los nuevos y glamorosos matrimonios que se venían celebrando en la sociedad estadounidense, si bien hubo que esperar hasta 1970 con el famoso litigio de Posner v. Posner (105) resuelto por el Tribunal Supremo de Florida para que los acuerdos prematrimoniales cobraran un nuevo enfoque y se produjera un cambio radical en la forma de pensar de los tribunales estadounidenses de los Estados más relevantes al reconocer la validez de los mismos incluso previendo un futuro divorcio que es el que se enjuiciaba en el caso. La resolución de este caso vino a confirmar la doctrina que el mismo Tribunal había declarado ocho años antes en un antenuptial agreement pero que surtía efecto tras la muerte de uno de los dos contratantes. Es decir, nos referimos al caso Del Vecchio v. Del Vecchio (106) que consagró la validez de estos acuerdos estableciendo unos estándares de legitimación para que el acuerdo fuera válido, basándose los mismos no sólo en los requisitos del Derecho de los contratos sino, y sobre todo, en el conocimiento “aproximado” por parte de la mujer del patrimonio del marido para dotar de validez a la voluntad expresada en el mismo y a las renunciaciones que se establecieran sobre los derechos derivados de tal relación.

El control de la legitimidad del caso Del Vecchio v. Del Vecchio fue el que se aplicó por el Tribunal Supremo de Florida en el caso de Posner v. Posner y en el que se

105.- [http://www.alimonycentral.org/content/case-law/POSNER-POSNER-257-So.2d-530-\(Fla.1972\).pdf](http://www.alimonycentral.org/content/case-law/POSNER-POSNER-257-So.2d-530-(Fla.1972).pdf) “El caso Posner v. Posner es traído al texto de 82 sentencias de Tribunales de 25 Estados y es citado en más de 100 artículos doctrinales según la base de datos jurídica LexisNexis”

106.- http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-upaa.asp “Hay que poner de manifiesto que este acuerdo viene motivado por el interés del hijo del señor Del Vecchio en garantizar los negocios de la familia ya que el mencionado nuevo esposo, viudo de un anterior matrimonio, de 68 años de edad contraía matrimonio con una señorita de 35. Como podemos ver dinero y varios matrimonios, una constante en la historia de los acuerdos prematrimoniales”.

admitió la validez de los acuerdos prematrimoniales destinados a surtir efectos con el divorcio de la pareja. La sentencia pone de manifiesto que los acuerdos prematrimoniales reguladores de la futura ruptura no son por sí inválidos por ir en contra del orden público familiar, como habían venido reiterando los tribunales estadounidenses que alegaban que estos pactos animaban a las parejas a la ruptura de su vínculo matrimonial. Utilizando para ello una interpretación de las normas más acorde con la realidad social imperante en el momento. El divorcio en Florida se había convertido ya en los años 70 en un supuesto muy frecuente de disolución de los matrimonios. El Tribunal Supremo de Florida entendió que si se admiten estos pactos para el caso de fallecimiento, nada impide que se pudieran admitir para el divorcio, dada la regularidad social con la que se producen y siendo una causa disolución de los matrimonios sumamente relevante, sin que ese temor a admitirlos contribuya a incrementar la tasa de divorcios, sino a regular los perniciosos efectos patrimoniales de la disolución. Por tanto, declaró el Tribunal que el divorcio sí es un extremo sobre el que pueden negociar los futuros esposos, pudiendo establecer fórmulas para la distribución de sus patrimonios una vez aconteciera la disolución en vida de los cónyuges. Concluyendo con una de las frases más repetidas por las sentencias de todo el país a la hora de alegar la validez jurídica de los acuerdos prematrimoniales: “No conocemos ninguna comunidad o sociedad en la que el orden público condenó a un esposo y una esposa a toda una vida de miseria como una alternativa al oprobio del divorcio. Y la tendencia a reconocer este cambio en el concepto de orden público otorgando efectos a los contratos antenuptiales de las partes relativos al divorcio es claramente es claramente perceptible”

El caso *Posner v. Posner* motivó un cambio en las resoluciones de los tribunales de otros Estados que se fueron produciendo a continuación con efecto expansivo. El testigo fue recogido por el Tribunal Supremo de California en 1976 con el caso *In re Marriage of Dawley* y el Tribunal Supremo de Massachusetts en 1981 con el caso *Osborne v. Osborne*. En el caso *Dawley* el Tribunal Supremo de California expresó su más profundo apoyo a la legalidad de los pactos destinados a surtir efectos con el

divorcio añadiendo que: “Ni la reordenación de los derechos de propiedad para ajustarse a las necesidades y deseos de la pareja, ni una planificación realista que tenga en cuenta la posibilidad de disolución, ofenden al orden público de favorecer y proteger el matrimonio. Es sólo cuando los términos de un acuerdo van más allá – cuando ellos promueven y fomentan la disolución, y así amenazan a inducir la destrucción de un matrimonio que debía de otro modo perdurar- cuando ofenden al orden público”. 107

El mismo argumento social es utilizado por los jueces en el caso Osborne v. Osborne, referente a un acuerdo prematrimonial en el que Barbara y David Osborne, médicos de profesión, establecen un régimen muy simple de división patrimonial similar al de separación absoluta de bienes, entendiendo el Tribunal que no hay razones para limitar, a las personas que quieren contraer matrimonio, la libertad para establecer sus derechos en el caso de que no resulte éste exitoso, utilizando dicha libertad para remover los obstáculos planteados con el posible divorcio

3.1.1.- Ley Uniforme de Acuerdo Prematrimonial

Las sentencias de los Tribunales Supremos citados, Florida, California y Massachusetts, marcaron una línea de influencia que motivó nuevas sentencias de otros Tribunales Supremos de los Estados Unidos admitiendo la validez de los acuerdos prematrimoniales previsoires del divorcio y es que los Tribunales que emitieron las primeras sentencias admitiendo esta posibilidad marcan en gran medida el devenir futuro del Derecho norteamericano. 108

Todo ello desencadenó una corriente que terminaría con el llamamiento a la necesidad de un cambio normativo común; llamamiento al que respondió la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes). La nonagésimo segunda reunión anual de la Conferencia de los citados Comisionados llevada a cabo en Boca Ratón (Florida)

107 [http://www.alimonycentral.org/content/case-law/POSNER-POSNER-257-So.2d-530-\(Fla.1972\).pdf](http://www.alimonycentral.org/content/case-law/POSNER-POSNER-257-So.2d-530-(Fla.1972).pdf)

108 http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-upaa.asp

del 22 al 29 de julio de 1983 tuvo entre sus frutos la aprobación de la Uniform Premarital Agreement Act (Ley Uniforme de acuerdo prematrimonial)cuyo primer párrafo de su preámbulo señala la necesidad de este tipo de medidas ya que: “El número de matrimonios entre personas previamente casadas y el número de matrimonios entre personas las cuales continúan persiguiendo una carrera profesional están en constante crecimiento. Por estas y otras razones, se está convirtiendo en más y más común para personas que prevén casarse tratar de resolver mediante un acuerdo ciertas cuestiones que plantea el matrimonio venidero. Sin embargo, a pesar de una ardua historia legal para estos acuerdos prematrimoniales, hay una substancial incertidumbre en torno a la validez de todo, o parte, de las cláusulas de estos acuerdos y una importante falta de uniformidad en el tratamiento de estos acuerdos entre los Estados. Los problemas causados por esta incertidumbre y la falta de uniformidad se están incrementando por la movilidad de nuestra población. No obstante, esta incertidumbre y falta de uniformidad parece devenir no tanto de la política básica entre los Estados, sino más bien un resultado espasmódico, reflexivo de las distintas circunstancias de hechos en diferentes momentos. Por consiguiente, una legislación uniforme conforme a la moderna política social que proporcione a la vez certeza y suficiente flexibilidad para acomodarse a las diferentes circunstancias aparecería simultáneamente como una mejora significativa y un objetivo realista capaz de lograr”. 109

A ello trató de responder el UPAA con resultados diversos. Y es que el UPAA se erige como un primer instrumento jurídico de mínimos para unir las legislaciones estatales promovidas por esa disparidad y novedosos criterios que estaban introduciendo las sentencias de los Tribunales Supremos estatales y de los tribunales inferiores.

Lo primero que se ha de señalar es que el UPAA nace, como todas las Uniform Acts, con la clara vocación de armonizar las legislaciones de los Estados. A principios del año 2009 había sido adoptada por 27 Estados: Arizona, Arkansas, California, Connecticut, Delaware, el Distrito de Columbia, Florida, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Maine, Montana, Nebraska, Nevada, Nuevo México, North

109 http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-upaa.asp

Carolina, North Dakota, Oregón, Rhode Island, South Dakota, Texas, Utah, Virginia y Wisconsin. (110)

Se ha de señalar que el ámbito de aplicación no ha sido del todo suficiente para crear una regulación completa de los acuerdos prematrimoniales. El UPAA consta de un pequeño preámbulo denominado “Nota preliminar” y 13 artículos muy someros que muestran tan solo algunos de los aspectos a los que se enfrentan los operadores jurídicos a la hora de enfrentarse a los acuerdos prematrimoniales ya que, como la Nota preliminar señala en su segundo párrafo “Éste Acta está destinada a tener un alcance relativamente limitado”. Y es que el ámbito al que se aplica el UPAA viene restringido desde el primer artículo de la misma al ofrecer la definición de que se entiende a efectos del Acta por acuerdos prematrimoniales: “Acuerdo prematrimonial” significa un acuerdo entre los futuros cónyuges realizado en previsión del matrimonio y para surtir efectos en el mismo”. Por tanto, y como se indica en el Comentario oficial de el UPAA, no están incluidos en éste instrumento ni los acuerdos entre parejas en situación convivencial asimilable al matrimonio, ni los acuerdos de posnupciales o de separación y divorcio. Y, además, a ello hay que añadir que los acuerdos prematrimoniales son contratos formales conforme a el UPAA, art. 2, ya que se les exige forma escrita y ser firmados por ambas partes. (111)

Pero el eje de el UPAA gira en torno a los artículos 3 y 6, dedicados al contenido de los acuerdos y a la eficacia de los mismos. El art. 3 señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 3. CONTENIDO

(a) Las partes de un acuerdo prematrimonial pueden contratar sobre los siguientes extremos:

110.- http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-upaa.asp

111.- http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-upaa.asp “Hay que tener en cuenta que el requisito de la forma escrita es exigido en la práctica totalidad de Estados que regulan este tipo de contratos y que ello se deriva de una historia muy consolidada como se veía anteriormente. Sin embargo, este precepto es un ejemplo de unificación mínima ya que hay diversos Estados que requieren además de la forma escrita de otras formalidades, notariales o de notificación, para la validez de los mismos. Este es el caso de Arizona, Arkansas, California o Nuevo México”

(1) los derechos y obligaciones de cada una de las partes respecto del patrimonio de cada una de ellas o del de ambos cuando y donde sean adquiridos o localizados;

(2) el derecho a comprar, vender, usar, transferir, cambiar, abandonar, arrendar, consumir, gastar, ceder, establecer una garantía, hipotecar, gravar, ceder, o cualquier otro acto de gestión o control sobre sus patrimonios;

(3) la disposición de los patrimonios después de la separación, el divorcio, la muerte, o la concurrencia o no concurrencia de cualquier otro evento;

(4) la modificación o la eliminación de la pensión compensatoria;

(5) la elaboración de un testamento, fideicomiso, o cualquier otro pacto para llevar a cabo las disposiciones del acuerdo prematrimonial;

(6) los derechos de propiedad de los que va ser beneficiario alguien mediante lo dispuesto en un seguro de vida;

(7) la elección de la ley aplicable a estos acuerdos;

(8) cualquier otra materia, incluyendo los derechos y obligaciones personales de cada parte, siempre que no violen el orden público o una norma que imponga una sanción criminal.

(b) El derecho de alimentos de un hijo no puede verse negativamente afectado por un acuerdo prematrimonial”.¹¹²

El artículo 3, por tanto, traza las líneas maestras de qué puede ser objeto de un acuerdo prematrimonial como mínimo, ya que como acertadamente expresa el apartado a.8 esta lista no es exhaustiva sino de mínimos, dando a la materia un nuevo enfoque. Por un lado, porque regula las cláusulas que, conforme a los Comisionados, no van a ir en contra del orden público familiar a nivel uniforme entre los Estados que las adopten, que como se puede observar al leerlas suponen el contenido habitual de cualquier acuerdo prematrimonial que nos encontramos en los Estados Unidos de América hoy en día y, por otro, porque al dejar abierta la puerta a nuevos pactos “que no violen el orden público o una norma que imponga una sanción penal” serán los Estados quienes

¹¹² http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-upaa.asp

determinen respecto a estas novedades que vayan surgiendo la legalidad o no de las nuevas cláusulas añadidas por las partes. 113

Para los acuerdos prematrimoniales de marcado contenido patrimonial, tanto para regular la gestión y administración durante el matrimonio y para la liquidación y división en momentos de crisis, y ésta segunda peculiaridad es la que más destaca y viene a consolidar el UPAA.

Viendo los antecedentes jurisprudenciales que se venían produciendo en los Estados Unidos desde el caso Posner v. Posner el UPAA zanja la cuestión y establece que uno de los contenidos básicos de los acuerdos es el relativo a la disposición de patrimonios para los supuestos de separación, divorcio y muerte, al igual que el tan polémico caso de las pensiones compensatorias establecidas para los mencionados supuestos a favor de uno de los cónyuges.

Junto al contenido de los acuerdos, y como señala el preámbulo del UPAA, “El artículo 6 es la clave operativa del Acta y establece las condiciones bajo las cuales un acuerdo prematrimonial no es eficaz”. Es decir, se van a definir los supuestos en que, con independencia del contenido, los acuerdos carecen de eficacia por alteración de principios contractuales básicos. Dice el art. 6:

“ARTÍCULO 6. EFICACIA.

(a) Un acuerdo no es eficaz si la parte contra la que se esgrime la ejecución demuestra que:

(1) la parte no realizó el acuerdo voluntariamente; o

(2) el acuerdo fue leonino y, antes de la ejecución del acuerdo, aquella parte:

(i) no recibió justa y razonable información del patrimonio y obligaciones financieras de la otra parte,

113 http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-upaa.asp

(ii) no lo hizo voluntariamente y con renuncia expresa, por escrito, a cualquier derecho a divulgar el patrimonio o las obligaciones financieras de la otra parte más allá de la información proporcionada; y

(iii) no tenía, o razonablemente no podía haber tenido, un conocimiento adecuado del patrimonio y las obligaciones financieras de la otra parte.

(b) Si una cláusula del acuerdo prematrimonial modifica o elimina la pensión compensatoria de los cónyuges y esta modificación o eliminación causa a una parte del acuerdo un perjuicio tal que le haría estar incurso en las condiciones para ser beneficiario de una ayuda dentro de un programa de asistencia pública al tiempo de la separación o disolución matrimonial, un tribunal, con independencia de los términos del acuerdo, puede requerir a la otra parte a proveer del sustento necesario para evitar que dicha parte se encuentre en esas condiciones.

(c) Un asunto de cláusula leonina de un acuerdo prematrimonial deberá ser decidido por el tribunal como una cuestión de derecho”. 114

Los Comisionados centraron su atención para aceptar o no la aplicabilidad de un acuerdo prematrimonial en los vicios del contrato ante el que una de las partes aparece indefensa frente a la otra, ya sea por carecer totalmente consentimiento el mismo o por estar viciada la declaración de voluntad por falta de conocimiento sobre los extremos de la misma. El art.6 presenta una clara línea de enjuiciamiento de la no eficacia del acuerdo pero partiendo únicamente del tiempo de la perfección del contrato, defecto que se le ha achacado incluso desde los Developments of the Law de la Harvard Law Review y es que “El centro de atención del UPAA está en conceptos como voluntariedad y el abuso de poder de una de las partes para ilustrar como el Derecho matrimonial se adapta a las doctrinas usuales del derecho contractual, mientras que los requisitos de información patrimonial muestran la creencia tradicional de que las partes para estar casadas están en una relación de confianza – una idea central de la concepción del matrimonio como comunidad” (115)

114 http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-upaa.asp

115 .- http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-upaa.asp

También se presenta como inspirador el límite introducido respecto de la renuncia o modificación de la pensión compensatoria en el apartado b. en el que es muy acertado utilizar el estado de necesidad como límite a la renuncia a un derecho y así evitar la implicación de los servicios sociales, y más en un país con una cobertura social y familiar tan pírrica como es Estados Unidos. Dicha renuncia y en esa situación equivaldría a colocar en situación de indigencia al cónyuge que aceptó esa cláusula, de ahí la importancia de la citada Second Look Doctrine.

La influencia del UPAA como veíamos ha sido radical en el Derecho de familia estadounidense, tanto es así que hoy es común ver como los Estados en esta materia se diferencian entre Estados UPAA y Estados no adheridos al UPAA para estudiar el alcance de su normativa al respecto. Así, “Los Estados que han adoptado la UPAA se han concentrado en el momento de la perfección del acuerdo y han prestado su atención en una variación de la noción contractual de abuso de la posición de dominio por una de las partes. Algunos Estados adheridos a la UPAA, sin embargo, han aprobado versiones modificadas de la UPAA que prevén una revisión del abuso de posición en el momento de la perfección. Otros Estados menos centrados en la naturaleza contractual de la relación y en la eficacia de las disposiciones de los acuerdos prematrimoniales solamente las van a admitir si son adecuadamente justas al tiempo del divorcio, con la mirada puesta en las circunstancias que hayan cambiado durante el matrimonio y que podrían haber introducido alguna injusticia. Sin embargo otros Estados niegan la eficacia de los acuerdos antenuupciales sobre pensiones alimenticias. Si bien los Estados que caen dentro de este ámbito en la práctica su aplicación es menos importante: con independencia del nivel de examen empleado, los tribunales estatales admiten la eficacia de los acuerdos antenuupciales” (116)

116.- “Marriage as contract and Marriage as Partnership: the Future of Antenuupcial Agreement Law”, Harvard Law Review, nº.116, mayo 2003, págs. 2082-2083.

Pero el mundo de los acuerdos prematrimoniales no se estabilizó con la interpretación y adaptación por los tribunales y legisladores del UPAA. Paralelamente a este proceso, los ciudadanos seguían planteando ante los juzgados y tribunales norteamericanos reclamaciones basadas en contratos prematrimoniales ya existentes, encontrándonos con una clara tendencia a reconocer la validez de los mismos para el caso de la disolución en vida de los matrimonios pero, a la vez, subsistían recelos hacia los mismos en determinados Estados. Sin embargo, la suerte estaba echada hace ya tiempo por el clamor social. Prueba de ello es que dentro de estas demandas presentadas ante los tribunales hubo un caso que ahondó más en el favor de la libertad plena de los contrayentes ante un contrato prematrimonial y sus efectos en el caso de divorcio. Nos referimos al caso *Simeone v. Simeone*, sin duda alguna el siguiente hito en la historia jurídica estadounidense a favor de los acuerdos prematrimoniales “libres”. 117

El caso resuelto por el Tribunal Supremo de Pennsylvania en 1990 atrajo la atención de todos por esa predisposición a desgajar el mundo de los acuerdos matrimoniales del Derecho de familia y llevarlo exclusivamente al mundo del Derecho de los contratos, acabando con la idea de estatus para acoger la de contrato en torno al matrimonio. El caso *Simeone* presentaba un supuesto de hecho bastante tradicional en este tipo de litigios motivado por la gran diferencia de activos entre los dos contrayentes: un neurocirujano de 39 años con uno ingreso de 90.000 \$ al año y unos activos valorados en 300.000 \$ contrajo matrimonio con una enfermera desempleada de 23 años. Los abogados del novio presentaron en la víspera de la boda a la novia un acuerdo prematrimonial en el que ella renunciaba a cualquier bien del marido a cambio de una pensión de 200 \$ semanales hasta un máximo de 25.000 \$. La novia ni obtuvo consejo legal independiente de lo que firmaba, ni los abogados de su futuro marido la asesoraron al respecto del contenido del pacto. Siete años después la pareja se divorció y durante la tramitación del mismo y antes de la resolución por el Tribunal Supremo de Pennsylvania la cantidad máxima ya había sido abonada por el señor *Simeone*. El Tribunal Supremo

117 http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-upaa.asp

dictaminó sin titubear que el acuerdo era válido y sentenció que los acuerdos prematrimoniales tenían que ser tratados como contratos mercantiles ordinarios: “Los acuerdos prematrimoniales son contratos, y, como tales, deberían ser evaluados bajo el mismo criterios que se aplican a otros tipos de contratos. Ausencia de fraude, error intimidación, los esposos deberían estar obligados por los términos de sus acuerdos”. El Tribunal sentenció que “lo razonable de las negociaciones prenupciales es que no se sometan a una revisión judicial”, ya que “son exactamente este tipo de decisiones judiciales lo que estos acuerdos están destinados a evitar”. Pero el Tribunal no se quedó en estas declaraciones dogmáticas, sino que también basó su decisión en razones de tipo histórico-sociológicas que incendiaron el parecer feminista: “La sociedad ha avanzado (...) hasta el punto en el que las mujeres no pueden ser consideradas por más tiempo como la parte “débil” del matrimonio, o de la sociedad en general. No hay ninguna validez en la presunción de que la mujer está desinformada, que carece de educación, y que está fácilmente sometida a las injustas desventajas de los acuerdos matrimoniales. (...) Las presunciones paternalistas y las protecciones que surgieron como refugio de las mujeres motivadas por sus inferioridades e incapacidades que se perciben en épocas anteriores han, apropiadamente, sido descartadas” (118)

Estemos o no de acuerdo en las variadas consideraciones la sentencia del caso *Simeone v. Simeone* lo que es cierto es que supuso un nuevo nivel en pro de los acuerdos matrimoniales y su pretendida independencia del orden público matrimonial. Versión que hasta el día de hoy, y a pesar de algunas sentencias similares, no es la dominante en el Derecho estadounidense como muestra la doctrina y ha tratado de evitar el siguiente y último paso en esta historia de los acuerdos prematrimoniales que tantas concomitancias va a tener con nuestro Derecho debido a la realidad social tan pareja existente en nuestra cultura occidental.

118.- <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/prematrimoniales-eacute-espantilde-219659549>

En el Estado norteamericano de Louisiana existe una ley que hace más difícil el divorcio y que es optativa para las nuevas parejas formadas.

Dicha ley se conoce como "pacto matrimonial" y preceptúa que quienes elijan casarse de acuerdo con sus reglas sólo podrán divorciarse ante situaciones límites, como, por ejemplo, adulterio flagrante, abusos graves o abandono comprobado. Este cuerpo legal carece de antecedentes en los propios Estados Unidos donde desde hace veinticinco años funciona el divorcio "sin culpa" por mutuo consentimiento. 119

No obstante, dado el alto índice de desvinculo matrimoniales que dicho País padece (50%), es muy probable que la citada ley sea acogida en varios otros Estados, ya que el aludido porcentaje de desavenencias conyugales produce muchos gastos en sus sistemas de seguridad social destinados a solventar a madres divorciadas a cargo de hijos pequeños.

Más recientemente, el parlamento francés aprobó el denominado "pacto civil de Solidaridad" (el 13 de octubre de 1999), apoyado por la ministra de justicia Elizabeth Guigou, mano derecha del ex presidente Mitterrand y ahora encargada de redactar el texto definitivo de una reforma integral de las leyes sobre familia para adaptarlas a las nuevas costumbres. Esta ley ya votada supone un contrato firmado en el juzgado por dos personas adultas de diferente o igual sexo, las que después de tres años de convivencia serán reconocidas como uniones libres con derechos prácticamente similares al matrimonio legal, gozando de cobertura social y asistencia médica, subsidio, beneficios de viudez, menores impuestos, etc.

Pero hay más: el nuevo proyecto preparado por el gobierno francés es más completo y revolucionario que el mencionado pacto y, promovido por el primer ministro socialista Lionel Jospin, prevé lo siguiente: 120

119 <http://www.nymatlaw.com/simeone-simeone-581-a2d-162/>

120 <http://www.conoze.com/doc.php?doc=5398>

- a) Reconocimiento de todas las formas de convivencia (legales, concubinarias, heterosexuales u homosexuales);
- b) Creación de un nuevo tipo de unión que, sin ser un matrimonio propiamente dicho, implique deberes y derechos;
- c) Desvinculo matrimonial sin abogados;
- d) Protección de la mujer en caso de violencia familiar, justificando el abandono de hogar en estos casos, y
- e) Igualdad jurídica entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

3.2. Ventajas e Inconvenientes de los contratos prematrimoniales.

Los contratos prematrimoniales desde luego tienen sus ventajas, ya que muchos de sus elementos no están relacionados ni con la cultura del Divorcio ni de la Separación:

- Si el futuro cónyuge no quiere firmar un Acuerdo Prematrimonial, es evidente, que tiene alguna reserva mental, por lo que deberás replantearte tu situación.
- Un Acuerdo Prematrimonial, revela expectativas financieras y económicas antes del Matrimonio.
- El hecho de firmar un Acuerdo, no significa, en ningún caso, que una pareja prevea divorciarse.
- Un Acuerdo bien construido y equilibrado para los dos futuros cónyuges, puede reforzar los lazos familiares y hereditarios.
- Los Acuerdos Prematrimoniales, regulan los asuntos económico-financieros que de una forma u otra, deberán ser afrontados durante la vida conyugal, y qué; mejor modo de poder hacerles frente, que sentando las bases desde el inicio.
- Un Acuerdo Prematrimonial, puede revelar los bienes que uno de los futuros cónyuges puede querer tener reservados para sus hijos u otros miembros de la familia en caso de muerte.
- En el triste supuesto de que un Matrimonio, llegue a su fin, por Separación o Divorcio, el Acuerdo Prematrimonial, puede ayudar a reducir el dolor al limitar y restringir los objetos de litigio, puesto que muchos de los aspectos, ya están regulados. Los

detractores de este tipo de Acuerdos, consideran estos Contratos como poco románticos, inductores de la desconfianza entre los futuros cónyuges. Otros, consideran que este tipo de Pactos, podrían crear un futuro resentimiento entre los esposos. Éstos, les achacan la Desigualdad Económica, e incluso Psicológica, en la que se encuentra una de las partes, en el momento de su negociación posición que será mucho más débil, y por tanto, más vulnerable, para lograr un equilibrado Acuerdo. no obstante, si se piensa realizar un Acuerdo Prematrimonial, no se puede esperar hasta el último momento para hablar de temas económicos con la pareja, ya que, al fin y al cabo, deberán ser tratados durante toda la relación, como un elemento más de la misma, es decir, como parte de un todo.

3.3. Legislación comparada

- **Australia.-** Los contratos prematrimoniales son conocidos como acuerdos obligatorios económicos, es necesario que se encuentre firmado por ambas partes y por escrito así como que cuenten ambas parte con asesoría de igual forma que no sea adquirido mediante fraude coacción o cualquier vicio de nulidad que afectan a todos los contratos. 121
- **Austria.-** En este país el acuerdo prematrimonial se encuentra regulado en un capitulo referente a con regímenes económicos dentro del matrimonio, aquí en este capítulo concede la autorización de la celebración de los contratos prematrimoniales. 122
- **Brasil.** Los contratos prematrimoniales son obligatorios de acuerdo a lo establecido en el Art. 256 de su Código Civil. 123

121 <http://www.escobarlawyers.com.au/node/8>

122 <http://www.derechoycambiosocial.com/revista018/matrimonio%20internacional.htm>

123 <http://www.derechoycambiosocial.com/revista018/matrimonio%20internacional.htm>

- **Canadá.** Antiguamente las Cortes en Ontario los consideraban como contratos de orden público, en 1978 se reforma su código de familia y se aceptan este tipo de contratos como tal. **124**
- **China.** Los acuerdos prematrimoniales son obligatorios de acuerdo al Art. 19 de la Ley del matrimonio donde establece “Antes de contraer nupcias es importante realizar un contrato prenupcial y quedar de acuerdo con respecto de la propiedad y demás bienes en la eventualidad de sufrir una separación la forma en que será distribuida la posesión de los bienes el acuerdo debe ser por escrito” **125**
- **Inglaterra.** En este país las cortes tradicionalmente le han brindado cierto peso a los contratos prematrimoniales y han establecido que son indispensables en los mismos solo se hace valer el aspecto patrimonial dentro del matrimonio en el hipotético caso de que surja un divorcio. **126**

3.4. El matrimonio en nuestra legislación y los actos jurídicos dentro del matrimonio.

Nuestra legislación define al matrimonio como: aquella unión voluntaria concertada entre un hombre y una mujer, legalmente aptos para ella o en caso contrario bajo dispensa judicial, formalizada con sujeción de la ley positiva a fin de hacer vida en común y con la finalidad de procrear hijos.

3.4.1. Clases de matrimonio

- **Matrimonio religioso.** Es aquella unión celebrada en sujeción a normas religiosas que siendo elevado a calidad de sacramento causa indisolubilidad hasta la muerte. En Bolivia rigió hasta el 11 de octubre de

124 <http://ec.aciprensa.com/m/matrimoniocivil.htm>

125 http://spanish.china.org.cn/china/txt/2011-05/13/content_22558498.htm

126 <http://www.terry.co.uk/pre-nuptial.html>

1991 y aun es admitida en lugares donde no hay registro del estado civil de las personas (127).

- **Matrimonio civil.** Acto jurídico por el cual los contrayentes forman una relación jurídica interpersonal que se celebra con los requisitos y formalidades prescritos en el Código de Familia (128).

De lo anterior, podemos establecer que dentro del Derecho de Familia existen convenios sobre aspectos económicos, tal es el caso de:

- a) **Sostenimiento del hogar:** Los cónyuges contribuirá económicamente al sostenimiento del hogar, su alimentación y a la de los hijos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse las cargas en forma y “proporción que acuerden” para ese efecto según sus posibilidades (Art. 98 C.F. concordante con el Art. 63 N.C.P.E.).

Aún cuando esta comprendido dentro del concepto de alimentos, la legislación establece como obligación adicional de ambos cónyuges el sostenimiento del hogar. Ambos deben contribuir económicamente al sostenimiento del mismo y a su alimentación y a la de sus hijos. Puede darse el caso que no contribuyan económicamente con la misma cantidad, o bien solo sea uno de ellos (generalmente el varón) el que contribuya económicamente, no obstante los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges independientemente su aportación económica para el sostenimiento del hogar.

Este es otro de los posibles convenios que debe hacerse en los términos que la ley establece, en la cual se prevé que ambos contribuirán económicamente al sostenimiento

127.- Ley No. 996, “Código de Familia”, Edit. U.P.S., La Paz - Bolivia, Ley de 04 de abril de 1988, Art. 43.

128.- Ley No. 996, “Código de Familia”, Edit. U.P.S., La Paz - Bolivia, Ley de 04 de abril de 1988, Art. 41, Concepto de matrimonio-acto.

del hogar, y que de común acuerdo se distribuirán las cargas, razón por la cual no se requiere autorización judicial, pues la misma ley los faculta para celebrarlo. Debe entenderse que no necesariamente ambos deben trabajar fuera del hogar familiar, pues también es carga el trabajo dentro del mismo, que normalmente en nuestro país corresponde a la mujer. En esta materia debe revalorarse el trabajo de la mujer en el hogar, siendo este uno de los trabajos más pesados, delicados y de fundamental importancia para la familia, pues a través de este diariamente se educa y forma a los hijos. Adicionalmente debe señalarse que al liberar o aligerar la carga del trabajo en el hogar al varón, se facilita a este su trabajo remunerado. Mientras la vida conyugal perdura no habrá problemas pues la familia utiliza los recursos económicos generados por el varón para satisfacer las necesidades del hogar. El problema surge cuando con motivo del divorcio, cuando el régimen matrimonial de bienes es el de separación, pues alguno de ellos se vera sin recursos, bien sea porque el marido puso a nombre de su mujer todos los bienes, o porque aquel se quedo con todo lo que obtuvo por su trabajo en cuyo caso la mujer esta en situación grave que requiere una solución de equidad.

129

b) Trabajo de los cónyuges.- En relación al trabajo fuera del hogar, en el ejercicio profesional o cualquier actividad remunerada, debe haber un acuerdo de voluntad entre los cónyuges. Nuestra legislación no prevé claramente este acuerdo de voluntades a diferencia de lo anteriormente analizado. Se deriva de lo dispuesto por el Art. 99 del C.F., el que expresa que “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

129 ELIAS P., GUSTAVINO. “*Derecho de Familia Patrimonial – Bien de Familia*” Segunda Edición actualizada Tomo I Rubinazol y Culzoni, S.C.C. Editores, 9 de Julio 3573 – Santa Fe – República Argentina

gravemente perjudicada la función que le señala el artículo anterior”, al señalar un limite a la actividad de los cónyuges y precisar cual es éste, esta implícito el convenio que debe haber APRA decidir si la actividad del varón o de la mujer pueden o no considerarse dentro de la limitación de sus actividades. Si el convenio fuere posible entre los cónyuges m o habiéndolo alguno de ellos lo violare, el otro podrá oponerse a la actividad que desempeña su consorte, y en caso de conflicto el Juez en materia Familiar lo resolverá. 130

c) Alimentos.- Los alimentos constituyen una obligación reciproca entre consortes, entre ascendientes y descendientes y parientes colaterales hasta el cuarto grado (Arts. 14, 15, 19, 22, 24 C.F.). **(131)** Los alimentos derivan de la solidaridad humana y tienen su fundamento en la ley como obligación civilmente exigible entre quienes señala el Código de Familia como responsables para darlos. Por lo tanto, en cuento a la obligación de proporcionarlos no hay convenio posible a celebrar, pues la obligación nace de la ley y no de la voluntad de los cónyuges, de los padres o de los hijos.

Los convenios posibles son para fijar de la cuantía, su reducción, o la ampliación de la pensión alimentaria, así como determinar la forma y manera de darse y garantías que deben otorgarse. No puede haber pacto alguno que libere la obligada por la ley a dar alimentos, pero si puede haber convenios para los efectos mencionados. El convenio sobre alimentos no requiere necesariamente la aprobación judicial. Se obtendrá esta solo en los casos de convenios reguladores de crisis conyugal, en los supuestos de divorcio por así prevenirlo expresamente el Art. 143 C.F., pero no para los demás convenios que sobre el particular se celebren, bastando el acuerdo de voluntades que, inclusive, podrá ser verbal. Lo aconsejable es que sea escrito para tener mayor claridad sobre los compromisos asumidos y un documento probatorio. 132

130 ELIAS P., GUSTAVINO. “*Derecho de Familia Patrimonial – Bien de Familia*” Segunda Edición actualizada Tomo I Rubinazol y Culzoni, S.C.C. Editores, 9 de Julio 3573 – Santa Fe – República Argentina

131 Ley No. 996, “*Código de Familia*”, Edit. U.P.S., La Paz - Bolivia, Ley de 04 de abril de 1988

132 Ley No. 996, “*Código de Familia*”, Edit. U.P.S., La Paz - Bolivia, Ley de 04 de abril de 1988

d) Transacción. La transacción, como acuerdo de voluntades, significa un convenio posible a celebrarse entre los cónyuges. Un caso previsto por la ley es el relativo a las cantidades que sean debidas por alimentos. En este supuesto estimo que los cónyuges están facultados para pactar entre si, sin requerir autorización judicial tomando en cuenta que los convenios sobre alimentos, salvo en caso de crisis conyugal, sin acuerdos posibles sin requisito adicional alguno. Otros convenios que podrán versar sobre sus relaciones patrimoniales requerirán autorización judicial, por no estar prevista su posibilidad en la ley su celebración entre los cónyuges. 133

133 ELIAS P., GUSTAVINO. “*Derecho de Familia Patrimonial – Bien de Familia*” Segunda Edición actualizada Tomo I Rubinzol y Culzoni, S.C.C. Editores, 9 de Julio 3573 – Santa Fe – República Argentina

CAPÍTULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO

A fin de recoger opiniones diversas sobre este tema, se vio conveniente reunir tres grupos diferentes de personas, tomando en cuenta su grado de preparación académica y su estado civil; de esta forma, uniendo a estos tres grupos, en una charla - debate se pudo recoger opiniones diversas desde perspectivas diferentes.

El primer grupo está conformado por profesionales con diferentes áreas de especialización, el segundo grupo conformado por personas divorciadas, y el último grupo conformado por personas que contrajeron por segunda vez nupcias. Con la finalidad de introducirnos en el tema, brevemente se les explico que son los contratos prematrimoniales (concepto, clases e importancia) pues como podrá entenderse este es un tema totalmente nuevo para nuestra sociedad.

4.1. ENTREVISTAS.

Moderador: Carlos E. Villegas Jiménez

Expositora: Carola Guzmán Calderón

1.- Grupo de Profesionales

Lic. Rodney Dylon Rojas (Psicólogo)

Lic. Libertad Aliaga Flores (Abogada)

2.- Grupo de Personas divorciadas

1.- Sr. Carlos Azurduy Selaya

2.- Sr. Luis Torres Pérez

3.- Sr. Hindira Averanga Nina

3.- Grupo de Personas que contrajeron nupcias por segunda vez

1.- Sr. Alvaro Cruz Bautista

2.- Sr. Carlos Daniel Rocha Higuera

Expositora: Muy buenas noches tengan todos ustedes.

Es muy importante su presencia en este debate pues todas las opiniones recogidas serán tomadas en cuenta y sobre todo es necesario socializar este tema que está tomando gran importancia en el mundo y quien sabe con el tiempo en nuestro territorio, sin mayores preámbulos el tema a tratar es la incorporación de los contratos prematrimoniales sobre bienes patrimoniales a nuestro ordenamiento jurídico.

Son los contratos prematrimoniales uno de los temas más complejos de explicar pues en general los asocian con las ideas de: desconfianza, matrimonio por separación de bienes, desigualdad de la mujer frente al futuro cónyuge.

Pues bien, antes de analizar cada uno de estos puntos es necesario que tengan conocimiento de lo que son los contratos prematrimoniales; un contrato prematrimonial es un contrato jurídicamente vinculante, el mismo que establece la forma de cómo los futuros cónyuges quieren establecer el régimen patrimonial de su matrimonio. Así pues, en un contrato prematrimonial no se puede regular cuestiones de orden público, es decir las cuestiones referentes a la guarda y custodia de los hijos o las cuestiones referentes a las pensiones de cada uno de los miembros de la familia o los aspectos referidos a los efectos personales del matrimonio de modo que no podría pactarse el hecho de no vivir juntos y/o de no guardarse fidelidad, no limiten la igualdad de derechos entre los cónyuges, así, no puede pactarse que la mujer quede sometida al marido. Los contratos prematrimoniales se limitan única y exclusivamente a regular todas las cuestiones de índole patrimonial. De esta forma podemos encontrar entre este tipo de contratos prematrimoniales a: El régimen de bienes gananciales, el régimen de participación en las ganancias y por último el régimen de separación de bienes.

El régimen de bienes gananciales es el que nuestra legislación la acepta y la regula, en este régimen ambos cónyuges aportan al patrimonio familiar y ejercen propiedad sobre los bienes adquiridos y si en el caso de que surgiera un divorcio se reparten los bienes 50% - 50% , en el segundo régimen es decir el de participación en las ganancias,

un poco más complicado de explicar, se podría establecer que este régimen es mixto, pues parte del régimen de separación de bienes pero cuando inevitablemente surge la separación se reparten las ganancias obtenidas dentro del matrimonio, dicho de otra forma, dentro de este régimen se pretende sacar lo mejor de cada régimen (régimen separación de bienes y régimen de bienes gananciales), es decir que los patrimonios de los esposos están separados como en el régimen de separación de bienes, pero en la fase de liquidación del régimen se establece una participación de cada esposo en las ganancias obtenidas por el otro, de esta manera este régimen cobra vida al liquidarse los bienes del patrimonio familiar en función de las pérdidas y ganancias que cada patrimonio haya sufrido. Es por esta razón que este régimen es complicado de entender, finalmente el régimen de separación de bienes, este régimen muy conocido en el mundo no solo por las películas de Hollywood que hemos visto alguna vez, sino por ser este régimen uno de los mas aplicados y conocidos, en este régimen cada cónyuge ejerce derechos patrimoniales sobre sus propios bienes, es decir ninguno de los cónyuges puede disponer sobre los bienes del otro cónyuge y cuando la vida matrimonial se hace imposible de continuar inevitablemente desemboca en un el proceso de divorcio el mismo que significa gastos, no solo judiciales sino emocionales, asimismo el tiempo de duración de este tipo de procesos por toda la carga procesal y las pruebas que se aportan dura más tiempo de lo que establece la ley, por lo que el proceso de separación de bienes se convierte en un calvario, por estas razones muchas personas tienen temor a contraer nuevas nupcias, es aquí donde toma gran importancia los contratos prematrimoniales pues, todo ese proceso de separación de bienes se elimina con la sola presentación del contrato prematrimonial.

Por otro lado, el pensar que son las mujeres las que se verán menos beneficiadas es una idea muy retrograda pues en estos tiempos que corren, los dos cónyuges aportan con el mantenimiento del hogar, la vida familiar no se desarrolla como en tiempos anteriores, ahora son las mujeres las que tienen gran cabida en el ámbito laboral se ven mujeres montando sus propios negocios, participando en política; en este tiempo es la mujer la que también genera ingresos y aporta al mantenimiento del hogar, cobra gran

importancia de esta forma de ninguna forma la mujer se vería desprotegida por la celebración de un contrato prematrimonial.

Ahora bien tomando el punto de la desconfianza, el celebrar un contrato prematrimonial no implica de ninguna forma desconfianza, más bien con la sola presencia de un contrato prematrimonial el verdadero interés de la persona a la que se le presenta surge, es decir; si la pareja se casa por interés de ninguna forma aceptara un contrato prematrimonial, ahora bien si se casa por amor no le importara celebrar un contrato prematrimonial pues, para esa persona lo más importante es estar toda la vida junto a la persona que eligió.

Es así que estos contratos prematrimoniales cobran gran importancia en la vida de los futuros cónyuges, y no solo a ellos sino también al sistema judicial, haciendo más cortos los procesos de divorcios.

Moderador: Después de esta exposición sobre el tema a tratar, les invito a participar del tema y exponer sus puntos de vista.

Sr. Carlos Daniel Rocha Higuera: No entiendo muy bien pero por lo poco que percibo, es un documento que conviene hacer cuando te casas, para dejar las cosas claras en el caso de que hubiera una separación o motivos para la misma. Es un trámite que se hace habitualmente en los matrimonios. ¿Cuándo se debe hacer, antes, durante o después del matrimonio? Claro que a mí me parece interesante por un lado, porque nunca se sabe cómo puede resultar un matrimonio, casarte con la sensación de que no será para toda la vida

Expositora: Para que las capitulaciones matrimoniales sean válidas, han de llevarse a cabo mediante escritura pública, es decir, ante Notario. Puede hacerse un contrato prematrimonial en cualquier momento, antes o en el momento de celebrarse el matrimonio. Si se realizan antes de contraer matrimonio, se debe comunicar, al mismo

Notario en que se llevaron a cabo, los datos registrales del matrimonio, una vez celebrado éste. Ahora bien, si desde la realización del contrato prematrimonial no se contrae matrimonio, aquellas devienen ineficaces, es decir, no producen efectos. Los contratos prematrimoniales conllevan un acuerdo entre ambos cónyuges, por lo que el marido no puede obligar a la mujer a hacerlas.

Lic. Libertad Aliaga Flores: En mi práctica, he visto todos los problemas que tienden a contribuir a la ruptura de un matrimonio.

Aquí, en mi experiencia, son cinco los principales problemas que contribuyen al divorcio:

1. El dinero.- Si se trata de diferencias en los valores sobre el dinero, las cuestiones sobre el control del dinero o las presiones financieras que ponen una tensión en la relación, problemas de dinero a menudo conducen al divorcio.

2. Comunicación.- A menudo alguien que está pasando por un divorcio me dice que ama a su cónyuge, pero lo que pasa es que el amor ya no está más con ellos, ya no es lo mismo. No estoy segura exactamente lo que eso significa. Pero, por lo general es una señal de que en la pareja falta a menudo mucha comunicación.

3. La falta de compromiso.- Es difícil pensar que nuestra nación ya no tiene el mismo punto de vista del matrimonio que antes. A veces el divorcio es la única opción, pero con bastante frecuencia, especialmente con las parejas más jóvenes, al parecer.

4. Adicciones Físicas.- Gracias a Dios que se producen en la minoría de los casos que veo. Pero, cuando lo hacen, es bastante trágico. Tanto si se trata de alcohol, drogas ilegales o medicamentos recetados, los efectos de la adicción, obviamente, puede ser devastador.

5. Sexo.- Los problemas sexuales con frecuencia conducen al divorcio también. Sin embargo, su efecto es probablemente sobrestimado. En términos generales la infidelidad es un signo de otros problemas en el matrimonio, no el problema original.

Por estas razones, sé que esto sonará como una herejía para mucha gente, pero creo que los contratos prematrimoniales son una excelente herramienta y que todas las parejas deberían pasar por el proceso de negociar uno antes de casarse. Sin embargo,

este tipo de acuerdos tienen para la mayoría de la gente connotaciones negativas más aún en nuestra sociedad que es muy conservadora. Y dar por hecho que si una pareja hace un contrato prematrimonial es porque desconfían el uno del otro, lo cual a mí, personalmente, me parece ridículo.

Sr. Carlos Azurduy Selaya: Cuando se establece esa figura legal llamada "matrimonio" uno no piensa en la separación de bienes, porque como bien dices tú, lo último en que uno piensa es en divorciarse, pero algunas veces ya sea por adulterio o por incompatibilidad se decide la separación, cuando esta se da el juez dictamina la división de los bienes gananciales, que se han producido en el matrimonio.

Por lo general el hombre es quien más aporta económicamente porque el hombre es el proveedor y la mujer la reproductora, (aunque algunas veces las mujeres trabajan tanto como los hombres), pero por lo general es el hombre quien más dinero aporta, y por ende quien más pierde, por ello se debería hacer una correcta cuantificación de los daños.

Y es aquí donde expongo mi pensamiento: se debería en el matrimonio usar LA RESPONSABILIDAD DE DAÑOS EMERGENTES DEL MATRIMONIO, esta figura legal que yo creo tiene mucha innovación, pero la idea es que tanto el hombre como la mujer ambos deben ser cuantificados en los daños sufridos en el matrimonio tanto verbales, físicos, sexuales, psicológicos, etc., y en función de eso indemnizar a la parte que más ha perdido.

Sr. Luis Torres Pérez: Desde mi punto de vista este tipo de contrato solo se daría en un estrato social, obviamente es meramente patrimonial porque aquí en las leyes bolivianas hay la protección a la familia tanto en sucesiones que es lo que tenemos ejemplo que aquí nadie puede hacer lo que quiere sino que uno dejara su dinero a quien quiera u otro ejemplo claro es que uno no puede divorciarse porque quiere (voluntad propia) si no tienes una de las causales de divorcio no puedes divorciarte.

Aquí como dices todo es ganancial todo igual a partes iguales lo que ganas dentro el matrimonio. No veo en qué momento podrías pedir contrato prenupcial tal vez para cuidar tus bienes y saber que eran tuyos antes de casarte ese sería la idea de contrato prenupcial. Quien aceptaría por más enamorado que estés que todo lo que se haga dentro del matrimonio sea más para el que para mí. Esa es la idea del matrimonio en la riqueza y en la pobreza.

Y al final lo que era suyo es suyo nomas pero lo que se hace dentro del matrimonio es de los dos.

Lic. Libertad Aliaga Flores: No creo que un contrato prematrimonial tenga que centrarse exclusivamente en aspectos negativos. En lugar de eso, lo podemos usar para que la pareja hable realmente sobre dinero y, especialmente, sobre los valores financieros que cada uno de ellos tiene. Si una pareja puede negociar sin problemas un contrato prematrimonial, estarán mejor equipados para encarar los conflictos financieros que puedan surgir en el futuro. Es decir, que los contratos matrimoniales son para todo el mundo, no sólo para algún estrato social determinado.

Claro que habrá mucha gente que se preocupe por las reacciones de su familia y sus amigos. Sobre todo miradas desdeñosas hacia el novio, porque muchos pensarán que es idea suya pues estadísticamente los hombres suelen ganar más que las mujeres, o miradas compasivas hacia la novia. Yo no dejaría que nada de eso me echara para atrás y me mantendría firme, sobre todo teniendo en cuenta que muchos divorcios ocurren por problemas económicos o se convierten en un infierno por ver quién se queda con qué.

Es cierto que el proceso de llegar a un acuerdo puede ser, en ocasiones, algo embarazoso. Pero en muchos casos también implica discutir saludablemente a cerca de los objetivos, de lo que es justo y lo que no, y del respeto dentro de la pareja. Es una

oportunidad para que ambos miembros del futuro matrimonio muestren su verdadero carácter. Para que aprendan cosas el uno del otro.

Lic. Rodney Dylan Rojas: En esta época el amor eterno pasó a ser una anécdota familiar o el tema de las novelas y creo que hay que modernizar las leyes y equiparar lo que corresponde a bienes adquiridos durante el matrimonio sin involucrar los bienes individuales. Eso de " lo tuyo es mío y lo mío también" ...se tiene que terminar.

La forma de concebir el matrimonio ha variado mucho a lo largo de la historia. Hasta el romanticismo, especialmente con la revolución industrial, el matrimonio no tenía nada que ver con el amor, estaba más relacionado con la amistad y con una especie de sociedad para incrementar o mantener el patrimonio. Pero a partir de la llegada del amor romántico hemos pasado a lo contrario, a pensar que el amor puede con todo y a quedarnos con esa imagen de un tipo de literatura y de cine en el que el final llega cuando la pareja enamorada, después de mil vicisitudes, se casa. Pero, ¿después qué? El problema muchas veces está en que nos olvidamos de pensar fríamente en algo tan importante como la pareja y tenemos unas expectativas de un amor romántico, idealizado, que no existe, que con el día a día es imposible que se dé.

Tanto desde el punto de vista antropológico, como psicológico y moral el matrimonio tiene una vocación espontánea a no tener plazo, a ser para siempre. El amor a plazo fijo es contradictorio con la propia naturaleza del amor. El puro sexo sí puede tener fecha de caducidad; la decisión de compartir la vida totalmente, que eso es el matrimonio, no puede tener fecha de caducidad a priori. Pretender regular un matrimonio a plazo fijo es confundir el matrimonio con su fracaso y eso no es razonable. Si el amor tuviese fecha de caducidad no sería amor

Sr. Alvaro Cruz Bautista: Bueno, en mi experiencia yo me case por segunda vez y desde hace poco vive conmigo mi actual pareja, una divorciada, y sus dos hijos. Vivimos en un departamento que había comprado yo antes, lo estoy pagando y por

muchos años un préstamo hipotecario y lo pago yo solo. Yo gano más que ella y además ella tiene deudas que le vienen generadas por su ex marido ya que estuvo casada. Nos queremos y estamos pensando en legalizar nuestra situación y casarnos... pero yo tengo reservas por mi anterior separación y no quiero que mi pequeño patrimonio se vea afectado otra vez más y quiero asegurarme. La quiero, pero no quisiera arriesgarme. Ahora la pregunta es: ¿Cómo un contrato prematrimonial podría no parecer ofensivo a la pareja?, ¿Y cómo un contrato prematrimonial ayudaría a que mi patrimonio se mantenga intacto?

Expositora: Para empezar, un contrato prematrimonial no es ofensivo para la otra persona, pues un contrato prematrimonial lo que pretende es preservar el patrimonio intacto de la pareja, es decir que las deudas contraídas por uno de los cónyuges no afecta al patrimonio del otro; claro está, todo depende del tipo de contrato prematrimonial que uno celebre; un contrato prematrimonial de ninguna forma pretende ofender a la pareja más bien afianza los lazos de amor que los unieron, ya que si uno de los futuros cónyuges tiene sus reservas para no celebrar un contrato prematrimonial posiblemente es porque piensa que desconfía de ese cónyuge, o el matrimonio está destinado al fracaso y como última opción es porque se estaba casando por interés y no por amor.

Sra. Hindira Averanga Nina: ¿Si yo me caso sin hacer un contrato prematrimonial los bienes que son míos antes del matrimonio él no me los podrá quitar y los que adquiero después del matrimonio esos si me los podría quitar?

Expositora: Lo que usted tenía antes del matrimonio, son solo de usted, y él no tendría parte solo la plusvalía de los bienes, ahora bien, lo que adquiera durante el matrimonio se parten por igual a la hora de un divorcio, con esto no quiero decir que se lo va a quitar, si no que si se divorcia, la mitad le tocaría a su ex cónyuge igualmente los bienes de su ex cónyuge se dividen a la mitad y le pertenecen a usted.

Para finalizar, y agradeciendo su gentil colaboración; como podrán advertir, estos contratos prematrimoniales, creo yo, que de acuerdo a los avances que está teniendo nuestro país deben ser incorporados a nuestra legislación pues como dije en un inicio la vida familiar ya no se desarrolla como en épocas anteriores.

Tengan todos ustedes muy buenas noches, gracias.

4.1.1.- SÍNTESIS DE LAS ENTREVISTAS

De lo anterior se desprenden las siguientes puntualizaciones:

♠ Un contrato prematrimonial puede celebrarse antes o en el momento de celebrarse el matrimonio, ahora bien, si desde la realización del contrato prematrimonial no se contrae matrimonio, este resulta siendo ineficaz, asimismo los contratos prematrimoniales conllevan un acuerdo entre ambos cónyuges, por lo que ninguno de los contrayentes puede obligar a celebrar un contrato prematrimonial.

♠ Son varias las circunstancias y problemas que contribuyen a la ruptura de la unión conyugal (dinero, falta de comunicación, falta de compromiso, adicciones físicas, sexo, infidelidad, etc.), por estas razones los contratos prematrimoniales son una excelente herramienta y que todas las parejas deberían pasar por el proceso de negociar antes de casarse.

♠ Cuando uno contrae nupcias lo hace con la ilusión de que durara para toda la vida y en lo último en que uno piensa es en divorciarse, y cuando intervienen problemas que desembocan inevitablemente en la disolución del matrimonio surgen los conflictos por la división de bienes y fuera de ello los problemas psicológicos emergentes de los mismos.

♠ Es cierto que el proceso de llegar a un acuerdo puede ser algo embarazoso, pero es una oportunidad para que ambos futuros consortes muestren su verdadero carácter, en estos tiempos el amor eterno paso a ser una anécdota familiar o tema de novelas, es por eso que se hace necesario modernizar las leyes.

♠ Muchas veces olvidamos pensar fríamente en la importancia de la pareja desviándonos hacia el amor idealizado, que por cierto es imposible que se dé, tanto desde el punto de vista antropológico, psicológico y moral el matrimonio tiene una

vocación espontánea a no tener fecha de caducidad a ser para siempre y confundir la idea de regir un matrimonio a plazo fijo es dirigirlo directamente al fracaso.

4.2. Encuestas

Para la realización de este estudio se aplicaron encuestas a la población de la ciudad de La Paz, las mismas que oscilan entre los 20 – 40 años de edad, sobre la información que poseen de lo que son los contratos prematrimoniales, sus alcances, ventajas y desventajas ya sea en el matrimonio civil, unión conyugal libre, matrimonios tardíos o familias reconstituidas.

En este punto se muestran los resultados obtenidos a través de los cuestionarios en cuanto a la información que poseen sobre los contratos prematrimoniales, datos que son plasmados gráficamente, aplicadas a la población de La Paz y que son de gran utilidad para responder las preguntas planteadas dentro de la presente investigación.

Posteriormente se analizaran las respuestas obtenidas de los ciudadanos con la finalidad de identificar la aceptación o rechazo, así como el conocimiento que tienen del tema propuesto.

4.2.1. Análisis Global

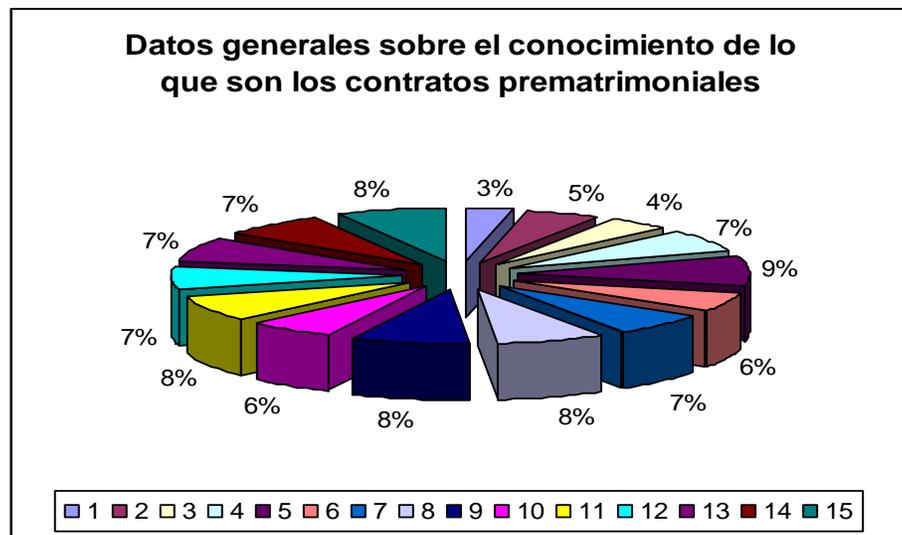
Ideas centrales y datos generales de cada pregunta del cuestionario de investigación.

RESULTADOS GENERALES		
1°	Idea general sobre lo que son contratos prematrimoniales	38 %
2°	Formas en las cuales una pareja pueda formar una unión conyugal.	55 %
3°	Beneficios para la pareja si celebra un contrato prematrimonial.	47%
4°	Parámetros para la celebración de un contrato pre matrimonial.	77%
5°	Limites para la celebración de un contrato prematrimonial.	95%
6°	Idea general sobre una unión conyugal libre.	66%

7°	Necesidad de insertar un contrato prematrimonial dentro de una unión conyugal libre.	75%
8°	Idea general sobre un matrimonio tardío.	83%
9°	Aplicación de los contratos prematrimoniales en los matrimonios tardíos.	91%
10°	Idea general sobre lo que son familia reconstruida.	66%
11°	Ventajas y desventajas de los un contrato prematrimonial tendría dentro de una familia reconstruida.	86%
12°	Ventajas de los contratos prematrimoniales.	77%
13°	Inconvenientes de los contratos prematrimoniales.	81%
14°	Mecanismos para la difusión de los contratos prematrimoniales	78%
15°	Ventajas de las actuales formas de uniones conyugales en nuestra legislación.	86%

Fuente: Propia

Como se podrá observar por los datos expresados de manera general, en una escala la población paceña tiene reticencia o poca información sobre este tema, a continuación se muestran gráficamente estos resultados.



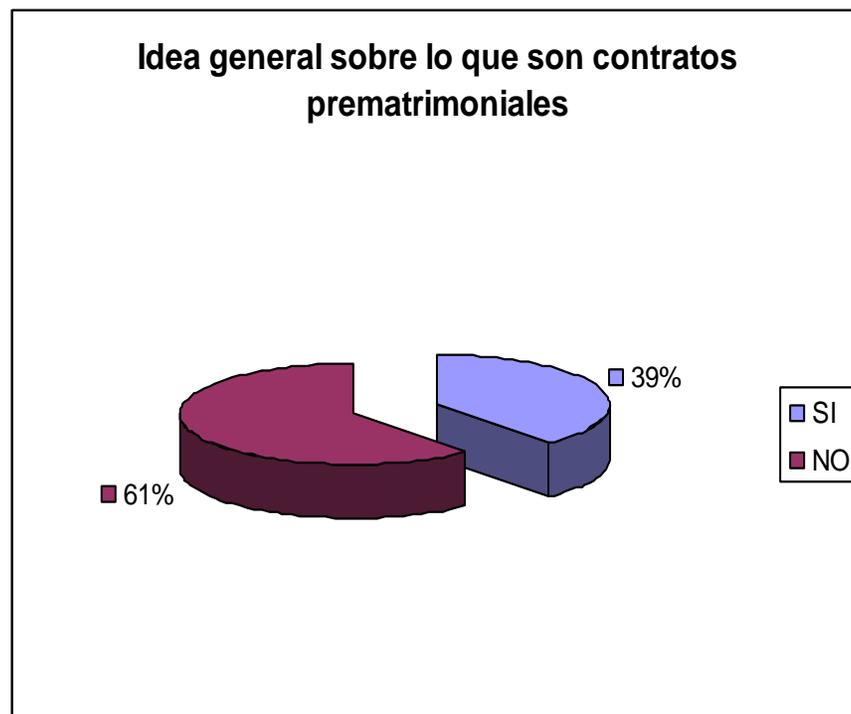
Fuente: Propia

4.2.2. Análisis por elemento evaluado.

1.- Análisis sobre la idea básica que tiene la población paceña de los contratos Prematrimoniales.

En esta parte del estudio se obtuvo resultados en cuanto a que tan informada esta la población sobre los contratos prematrimoniales, es decir el conocimiento que tienen sobre los mismos.

GRAFICA N° 1



Fuente: Propia

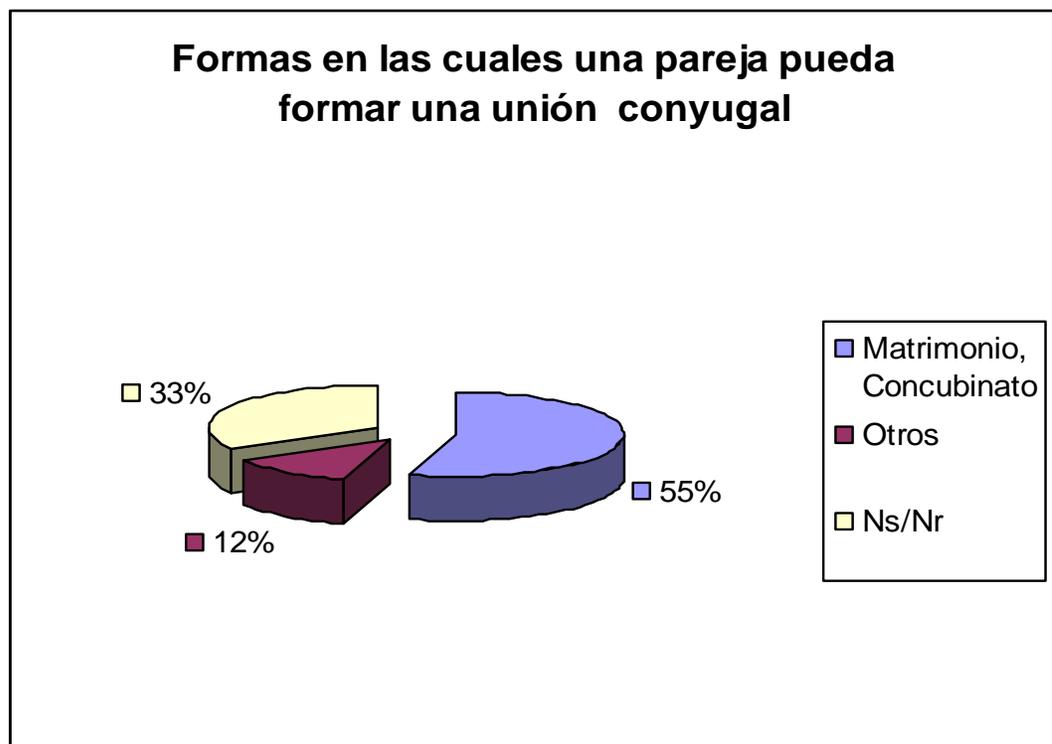
En la grafica anterior se observar los resultados obtenidos: el 39% respondió que si conoce lo que son los contratos prematrimoniales, el 61% contesto que no conocían los contratos prematrimoniales.

2.- Análisis sobre las formas en las que la pareja pueda formar una unión conyugal.

En esta sección se presenta gráficamente los resultados que se extrajeron referentes al conocimiento de la población paceña sobre los diferentes modos en que una pareja pueda unirse.

La siguiente grafica muestra los resultados obtenidos:

GRAFICA N° 2



Fuente: Propia

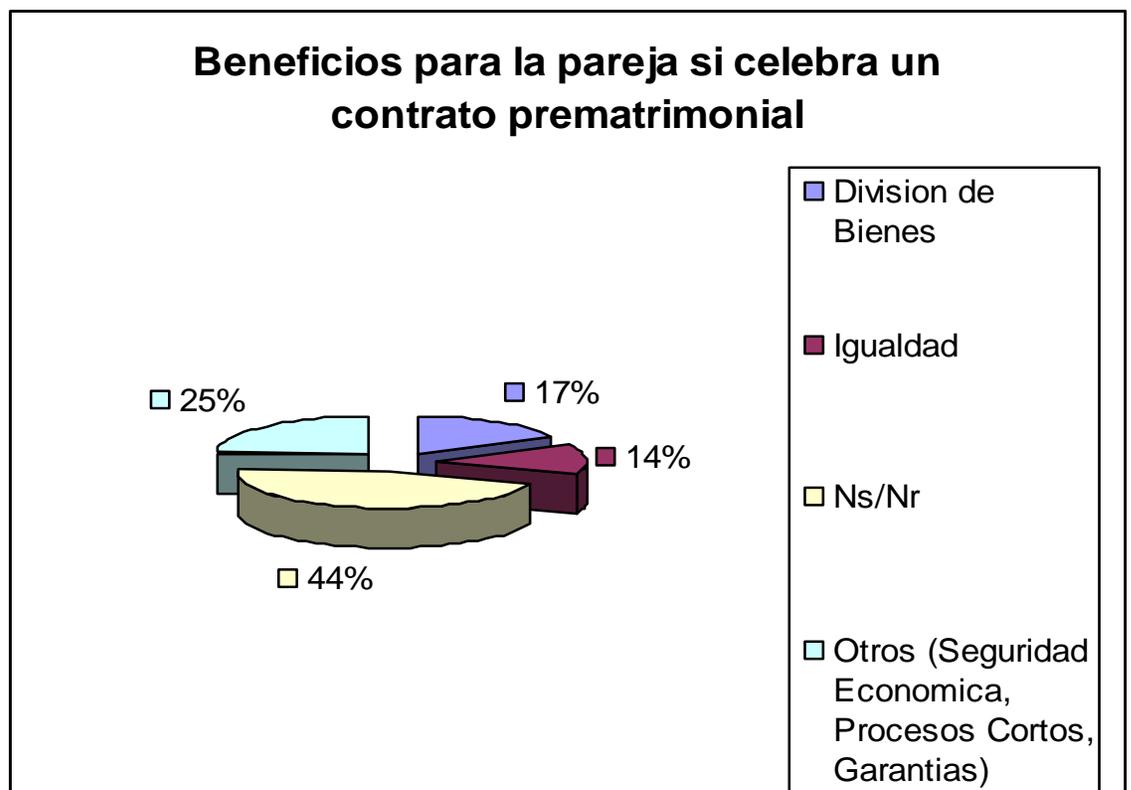
De acuerdo a la grafica anterior podemos observar que el 55% contestó que entre las formas conocidas por la misma son: el matrimonio y el concubinatos, el 12% contestó que existen otras formas de unión (por amor) y el 33% restante no sabe o no contestaron esta pregunta.

3.- Análisis sobre los beneficios para la pareja si celebra un contrato prematrimonial.

En esta pregunta de la encuesta se busco analizar si la gente encuentra algún beneficio si se celebra un contrato prematrimonial.

Y los resultados fueron los siguientes:

GRAFICA N° 3



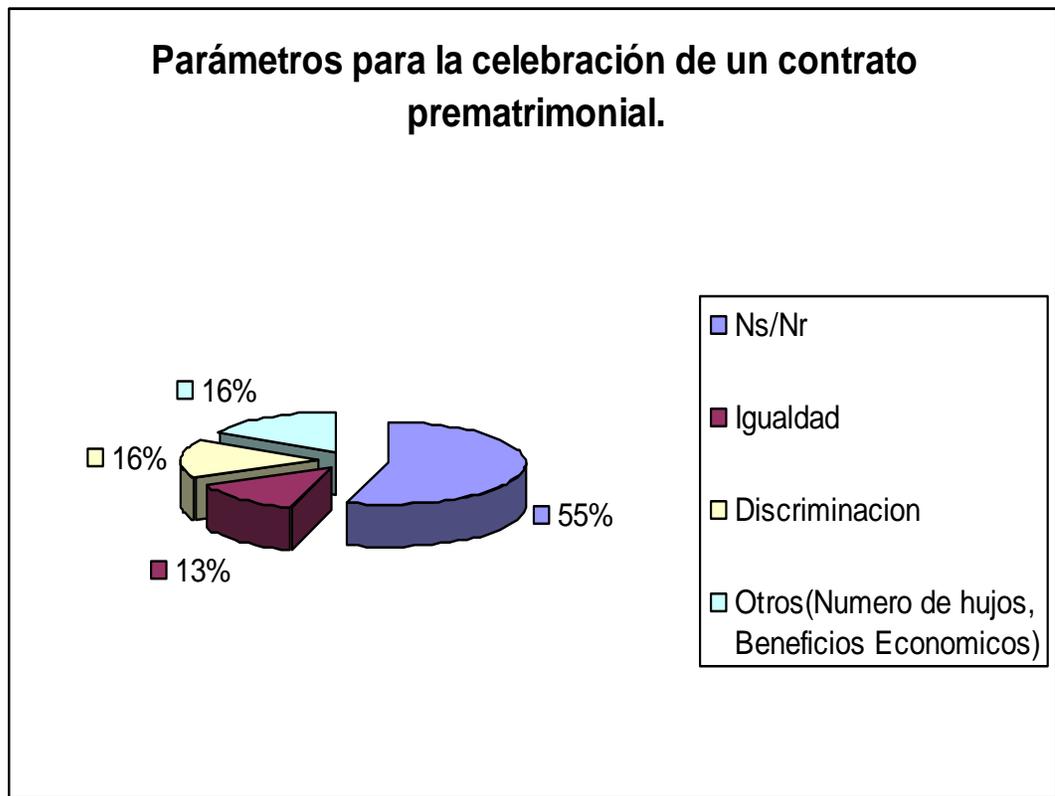
Fuente: Propia

La grafica muestra que un 17% piensa que habría división de bienes, el 14% piensa que habría igualdad entre los contrayentes, el 25% contestó que entre otros beneficios se tendría seguridad económica, los procesos de divorcio serian mas cortos y habría garantías para ambos y finalmente el 44% no quiso o no supo responder a esta pregunta .

4.- Análisis sobre los parámetros para la celebración de un contrato prematrimonial.

En lo que respecta a los parámetros para la celebración de un contrato prematrimonial, los encuestados opinaron que:

GRAFICO N° 4



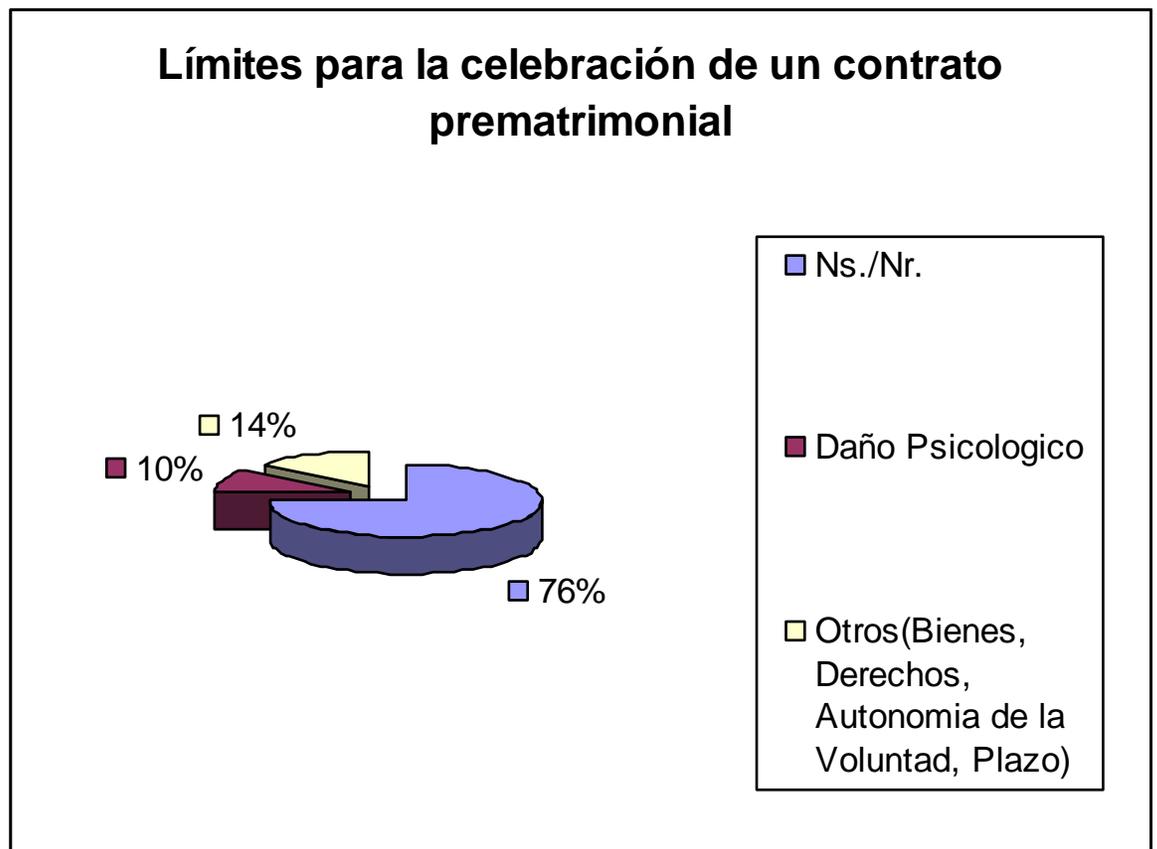
Fuente: Propia

El 13% de la población dijo que uno de los parámetros sería la igualdad, el 16% respondió que habría discriminación, el 16% opinó que se establecería el número de hijos y habría beneficios económicos y finalmente el 55% no respondió a esta pregunta.

5.- Análisis sobre los límites para la celebración de un contrato prematrimonial

Al evaluar los límites que la población paceña cree que deberían tener los contratos prematrimoniales para su celebración, los encuestados opinaron lo siguiente:

GRAFICA N° 5



Fuente: Propia

El 10% cree que se causaría daño psicológico, el 14% cree se limitaría exclusivamente a los bienes, los derechos del individuo, la autonomía de la voluntad y el plazo, el 76 % no quiso responder.

6.- Análisis sobre la idea básica que tiene la población sobre lo que es la unión conyugal libre.

Siendo que este tema abarca a todo tipo de relaciones humanas que desembocan en uniones conyugales se hizo conveniente preguntar a la población si es que tenía conocimiento de lo que son las uniones conyugales libres o de hecho, y los resultados obtenidos fueron los siguientes.

GRAFICA N° 6



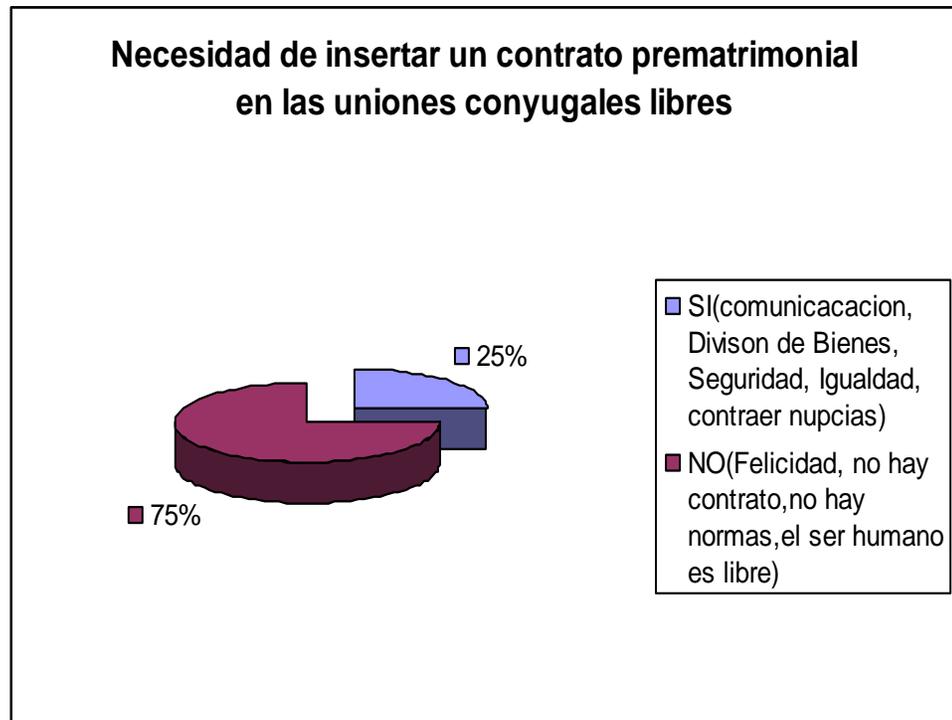
Fuente: Propia

El 66% respondió que si tiene conocimiento sobre esta forma de unión de parejas y el 34 % respondió que sabe que es una unión conyugal libre.

7.- Análisis sobre la necesidad de insertar un contrato prematrimonial en las uniones conyugales libres.

En lo que respecta a la posibilidad de insertar un contrato prematrimonial en las uniones conyugales libres.

GRAFICA N° 7



Fuente: Propia

El 25% opino que si se debería insertar los contratos prematrimoniales en las uniones conyugales libres por las razones de: habría mayor comunicación, división de bienes, seguridad, igualdad y se contraería si y solo si nupcias, el 75% respondió que no por las razones de que el matrimonio es felicidad, no hay contratos en los matrimonios y el ser humano es libre de elegir.

8.- Análisis sobre la idea básica que tiene la población sobre lo que es un matrimonio tardío

Siendo que una forma de unión conyugal es también el matrimonio tardío se vio por conveniente preguntar si es que tenían conocimiento sobre el mismo.

GRAFICA N° 8



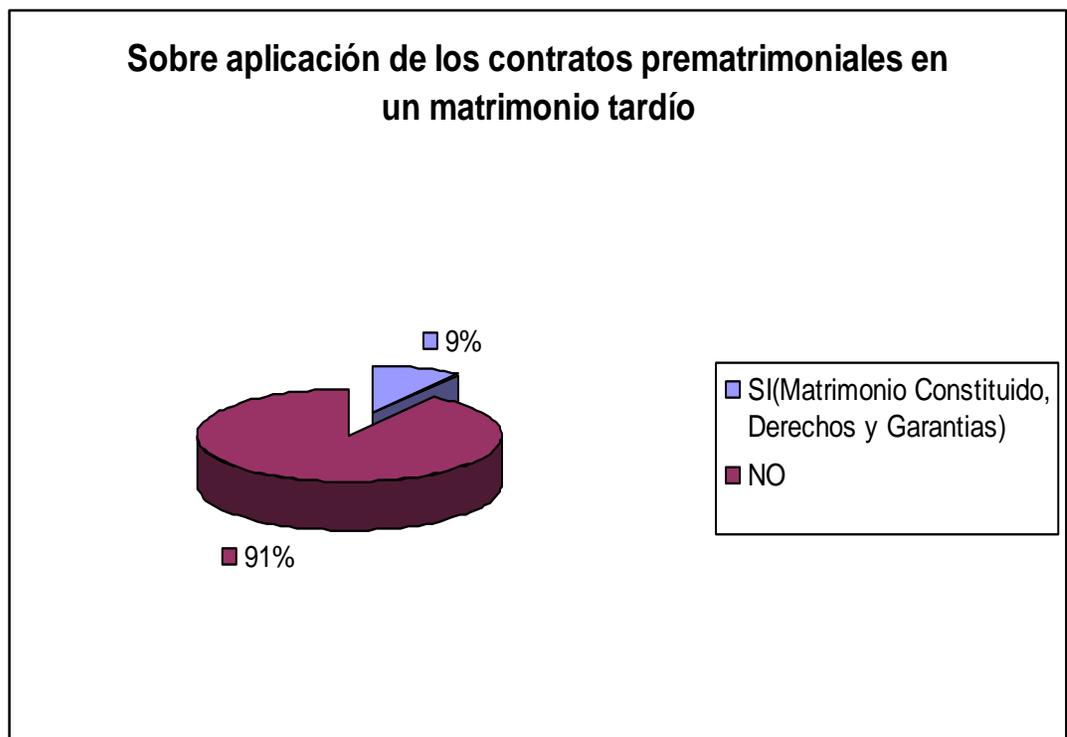
Fuente: Propia

El 11% respondió que un matrimonio tardío es casarse después de un tiempo de convivencia, el 89% no respondió a esta pregunta.

9.- Análisis sobre aplicación de los contratos prematrimoniales en un matrimonio tardío.

El 9% de los encuestados respondió que si se aplicaría en un matrimonio tardío habría Derechos y garantías y se construiría ya un matrimonio, el 91% no respondió a esta pregunta.

GRAFICA N° 9

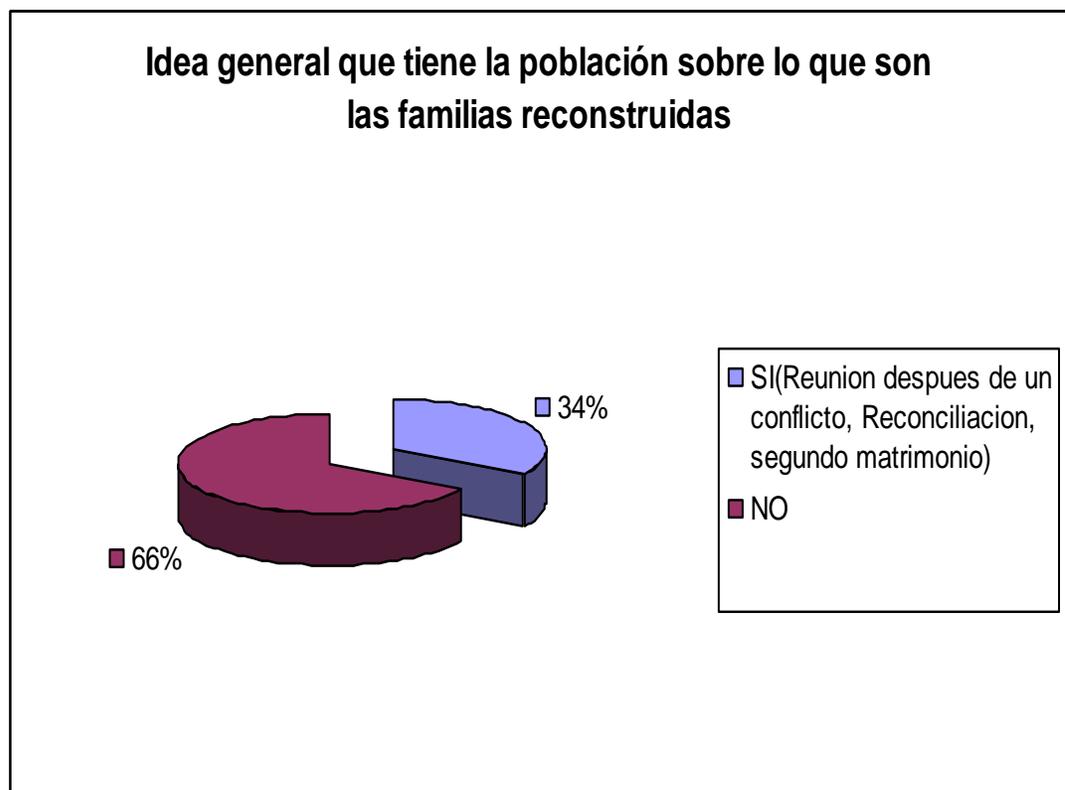


Fuente: Propia

10.- Análisis sobre la idea general que tiene la población sobre lo que son las familias reconstruidas

Los ciudadanos de la ciudad de La Paz, dijeron que 34% de ellos si conoce que son las familias reconstruidas, teniendo como idea general que se trata de la reunión de un familia después de un conflicto, reconciliación o contraer segundas nupcias, el 66% no contesto esta interrogante.

GRAFICA N° 10

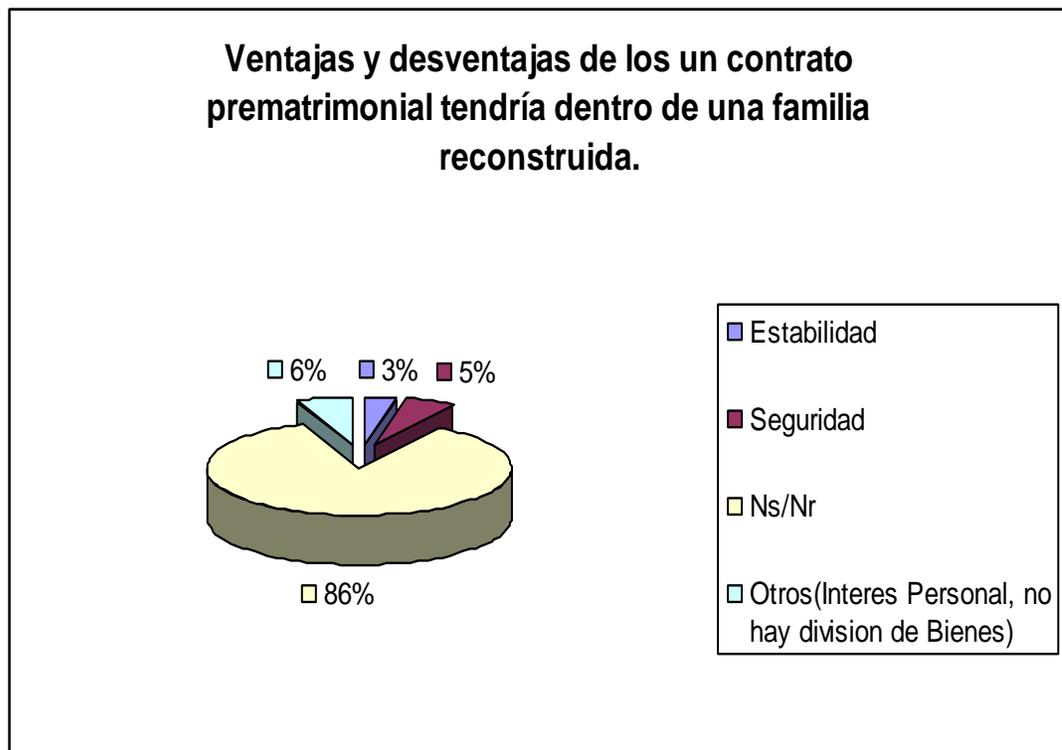


Fuente: Propia

11.- Análisis sobre las ventajas y desventajas de los contratos prematrimoniales en una familia reconstruida

Entre las ventajas y desventajas que los encuestados piensan que tendría un contrato prematrimonial son: un 3% piensa que habría estabilidad, un 5% piensa que habría seguridad, un 6% opina que habría intereses personales de por medio y no hay división de bienes, finalmente el 86% no sabe o no responde sobre esta interrogante.

GRAFICA N° 11

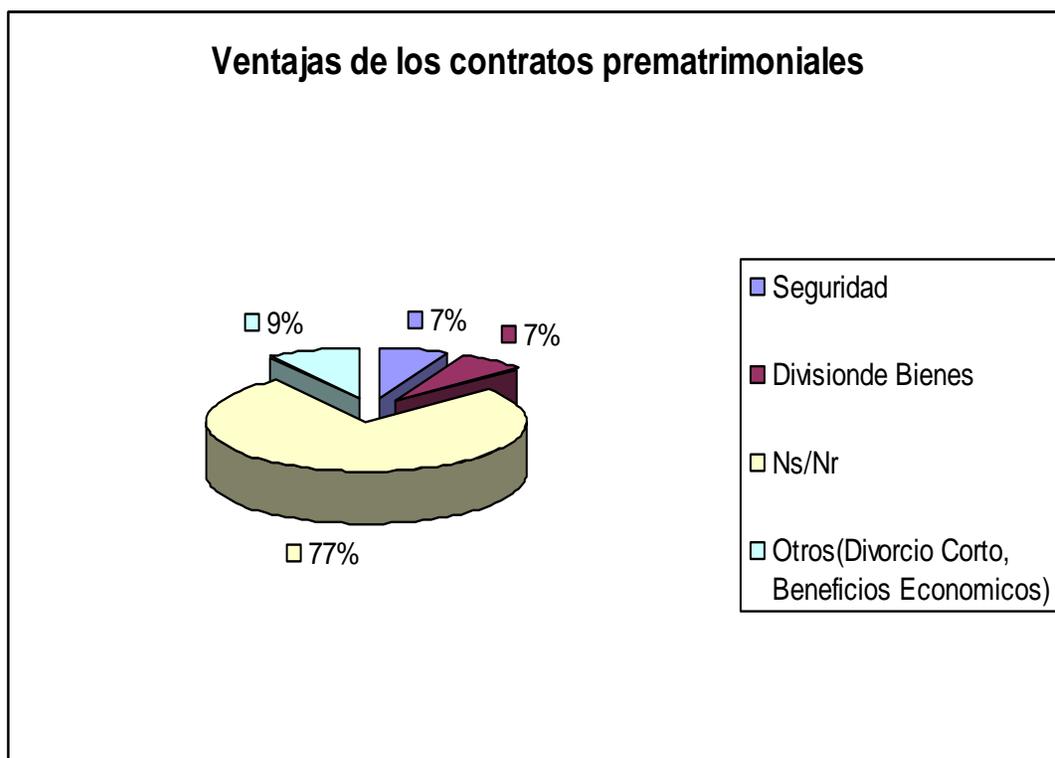


Fuente: Propia

12.- Análisis sobre las ventajas de los contratos prematrimoniales

Un punto importante a analizar en cuanto a los contratos prematrimoniales son las ventajas que ofrecen los mismos, al respecto se muestra la siguiente grafica:

GRAFICA N° 12



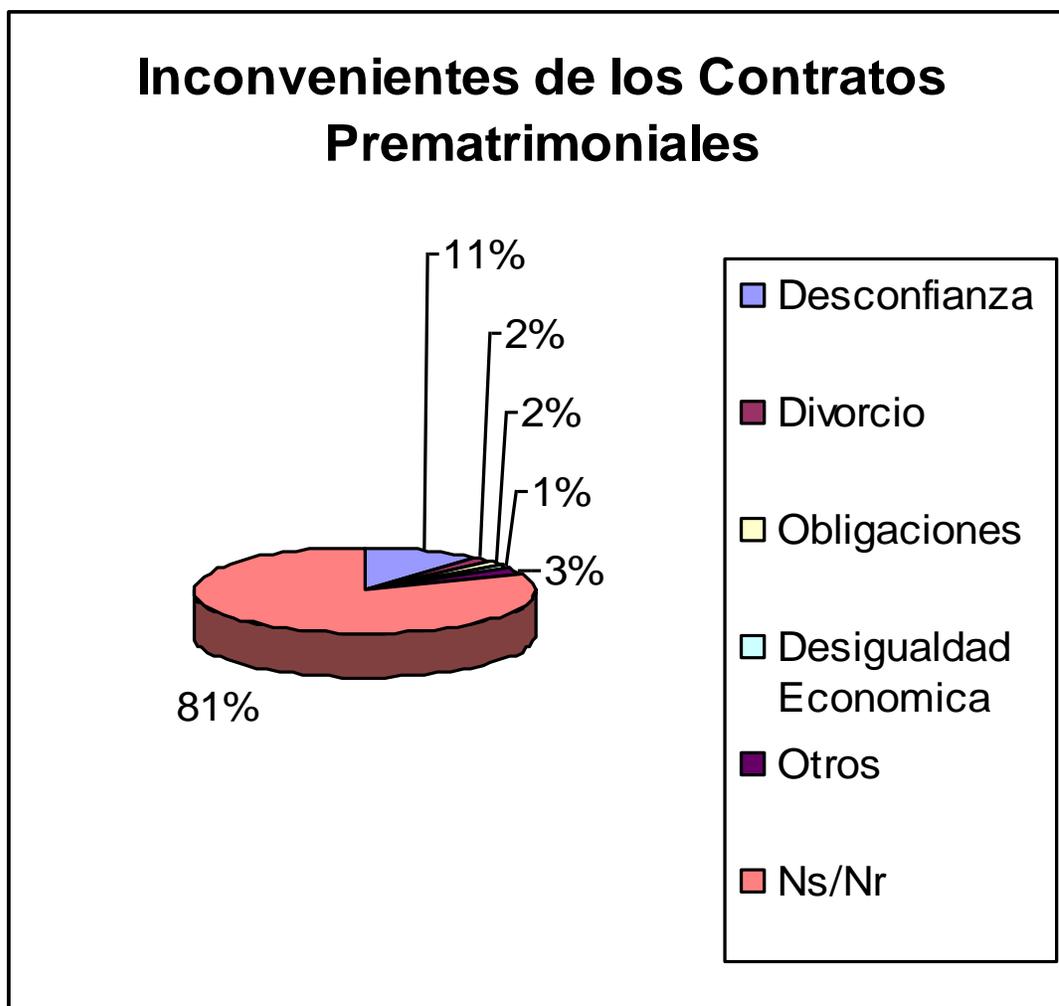
Fuente: Propia

Los resultados obtenidos en la encuesta muestran que el 7% encuentra seguridad, el 7% cree que habría división de bienes, el 9% opina que habría divorcios cortos y beneficios económicos, el 77% no respondió a esta pregunta.

13.- Análisis sobre los inconvenientes de los contratos prematrimoniales

El siguiente cuadro nos muestra que inconvenientes encuentra la población en los contratos prematrimoniales.

CUADRO N° 13



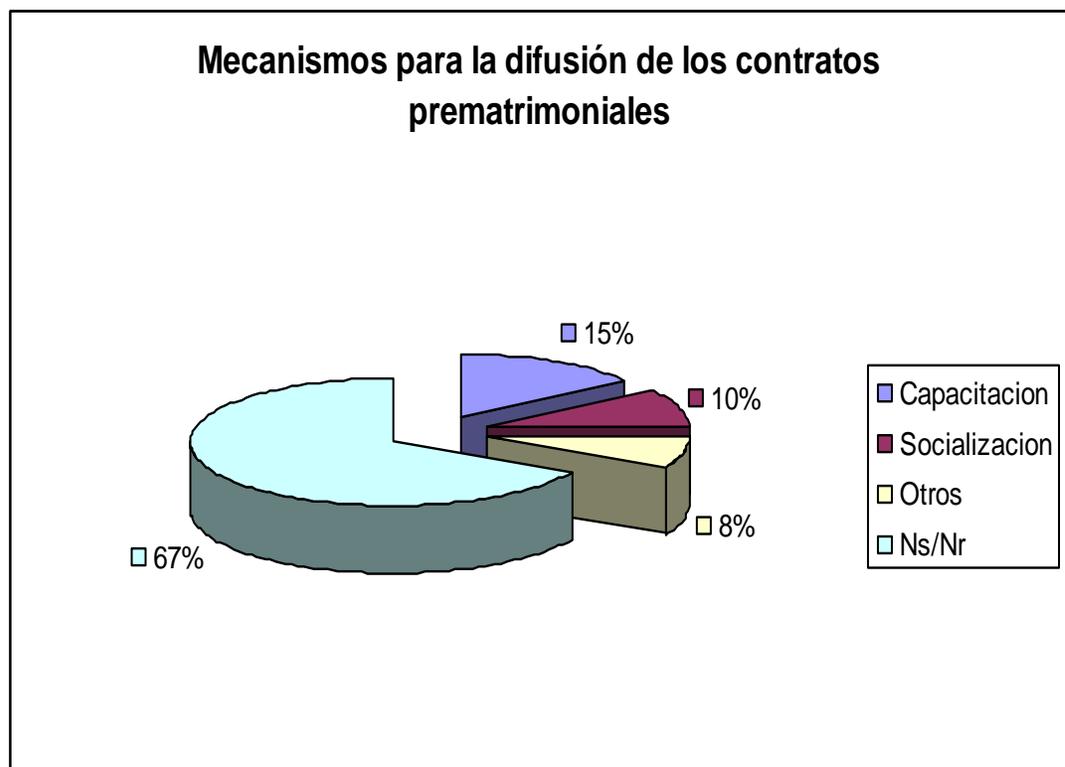
Fuente: Propia

El 11% cree que es por desconfianza, el 2% piensa que desembocaría en un divorcio, el 2% opina que serian más obligaciones, el 1% piensa que habría desigualdad económica, 3% señala otros factores y el 81% no respondió.

14.- Análisis sobre los mecanismos de difusión de los contratos prematrimoniales

Un punto significativo en la evaluación se trata sobre los mecanismos de difusión que los encuestados opinan que debería tener los contratos prematrimoniales y ellos señalaron los siguientes:

CUADRO N° 14



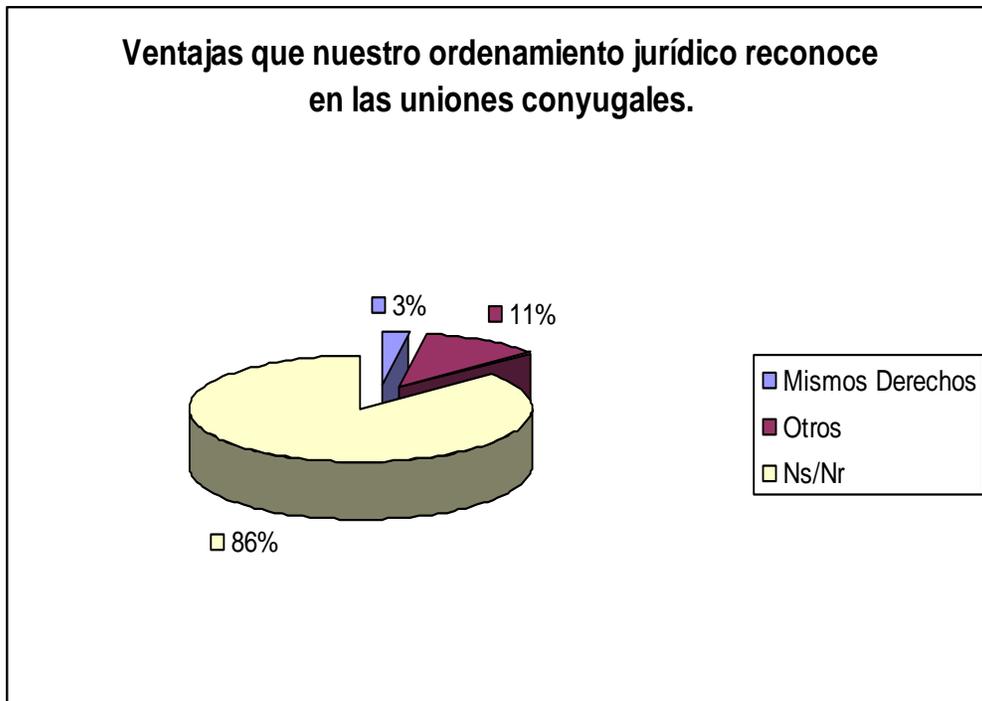
Fuente: Propia

El 15% piensa que el camino sería la capacitación, el 10% opina que la vía sería la socialización, un 8% existen otras formas de difusión, el 67% no respondió a esta interrogante.

15.- Análisis sobre las ventajas que nuestro ordenamiento jurídico reconoce en las uniones conyugales.

Finalmente se vio necesario establecer que ventajas ofrece nuestra legislación en las uniones conyugales.

GRAFICA N° 15



Fuente: Propia

El 3% opina que existen los mismos derechos en todas las uniones conyugales conocidas, el 11% piensa que hay otras ventajas, el 86% no respondió a esta pregunta.

4.3.1. Datos estadísticos

En el presente estudio, partiendo de que en términos generales, el censo de matrimonios, es un instrumento que permite cuantificar, describir y caracterizarlos a todos, tomaremos los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadísticas (I.N.E.).

Siendo que nuestra investigación se circunscribe a partir del año 2000 hasta la gestión 2005, se hace notorio que se ha venido registrando un creciente incremento de matrimonios registrados en las ciudades capitales de nuestro país. En ese contexto, es importante señalar que los matrimonios registrados (haciendo una división entre las edades de hombres y mujeres), son las mujeres las que se casan entre los 15 y 24 años de edad, en cuanto a los hombres se casan entre los 25 y 34 años de edad.

Para mayor entendimiento de lo que se trata de explicar se muestra el siguiente cuadro de referencia.

NÚMERO DE MATRIMONIOS REGISTRADOS, POR GRUPOS DE EDAD DE LOS CONTRAYENTES, SEGÚN SEXO Y DEPARTAMENTO, 2001 - 2005							
DESCRIPCIÓN	TOTAL	15 - 24	25 - 34	35 - 44	45 - 54	55 y +	S/ E
2001							
Hombres	27.169	10.151	12.147	2.789	886	902	294
Chuquisaca	1.356	421	637	140	64	74	20
La Paz	6.661	2.186	3.297	706	207	228	37
Cochabamba	5.867	2.244	2.678	603	174	136	32
Oruro	1.558	642	678	131	44	53	10
Potosí	3.505	1.778	1.187	270	100	128	42
Tarija	1.187	370	569	136	46	44	22
Santa Cruz	5.773	2.116	2.655	612	186	178	26
Beni	1.091	341	379	165	54	51	101
Pando	171	53	67	26	11	10	4
Mujeres	27.169	14.354	9.445	1.846	659	437	428
Chuquisaca	1.356	601	527	110	49	50	19
La Paz	6.661	3.337	2.586	424	160	98	56
Cochabamba	5.867	3.112	2.125	398	127	65	40

Oruro	1.558	846	561	79	37	22	13
Potosí	3.505	2.071	964	225	96	67	82
Tarija	1.187	571	446	99	23	26	22
Santa Cruz	5.773	3.206	1.920	388	124	75	60
Beni	1.091	523	275	107	35	28	123
Pando	171	87	41	16	8	6	13
2002							
Hombres	34.060	11.587	16.478	3.829	1.074	887	205
Chuquisaca	1.463	454	755	150	51	42	11
La Paz	11.537	3.487	6.063	1.339	329	292	27
Cochabamba	5.977	1.997	2.958	690	171	144	17
Oruro	2.115	764	1.040	204	53	45	9
Potosí	3.984	1.922	1.470	316	102	118	56
Tarija	1.184	329	579	177	47	43	9
Santa Cruz	6.482	2.258	3.077	739	234	146	28
Beni	1.169	337	465	197	74	51	45
Pando	149	39	71	17	13	6	3
Mujeres	34.060	17.036	13.026	2.548	698	419	333
Chuquisaca	1.463	657	623	108	24	37	14
La Paz	11.537	5.414	4.893	833	215	136	46
Cochabamba	5.977	2.909	2.406	462	121	54	25
Oruro	2.115	1.084	829	133	39	16	14
Potosí	3.984	2.341	1.156	255	88	73	71
Tarija	1.184	539	455	118	33	19	20
Santa Cruz	6.482	3.475	2.279	478	127	59	64
Beni	1.169	541	353	139	45	22	69
Pando	149	76	32	22	6	3	10
2003							

Hombres	22.570	7.321	10.663	2.720	916	836	114
Chuquisaca	1.129	329	571	126	54	43	6
La Paz	5.301	1.453	2.757	665	190	214	22
Cochabamba	3.166	1.013	1.607	348	115	80	3
Oruro	1.330	474	640	129	45	32	10
Potosí	3.205	1.439	1.217	262	102	150	35
Tarija	1.067	288	539	143	46	47	4
Santa Cruz	5.612	1.858	2.644	696	221	178	15
Beni	1.593	414	621	324	133	85	16
Pando	167	53	67	27	10	7	3
Mujeres	22.570	10.792	8.691	1.816	623	458	190
Chuquisaca	1.129	486	488	88	33	27	7
La Paz	5.301	2.313	2.300	403	145	112	28
Cochabamba	3.166	1.489	1.320	244	73	32	8
Oruro	1.330	656	537	92	20	14	11
Potosí	3.205	1.752	976	225	88	117	47
Tarija	1.067	447	461	98	25	22	14
Santa Cruz	5.612	2.863	2.055	439	147	80	28
Beni	1.593	699	520	197	85	48	44
Pando	167	87	34	30	7	6	3
2004							
Hombres	29.674	8.817	14.893	3.763	1.119	954	128
Chuquisaca	1.251	309	710	151	38	32	11
La Paz	11.177	2.798	6.036	1.540	429	339	35
Cochabamba	3.012	825	1.622	366	105	89	5
Oruro	1.620	560	818	163	45	32	2
Potosí	3.539	1.561	1.430	299	103	119	27
Tarija	1.044	261	546	140	53	39	5

Santa Cruz	6.585	2.091	3.169	857	254	202	12
Beni	1.264	358	485	220	79	96	26
Pando	182	54	77	27	13	6	5
Mujeres	29.674	13.260	12.462	2.494	703	522	233
Chuquisaca	1.251	495	597	103	29	21	6
La Paz	11.177	4.441	5.263	984	248	188	53
Cochabamba	3.012	1.266	1.389	250	64	35	8
Oruro	1.620	786	686	103	23	16	6
Potosí	3.539	1.937	1.150	236	83	80	53
Tarija	1.044	423	464	101	29	21	6
Santa Cruz	6.585	3.259	2.485	544	157	95	45
Beni	1.264	569	373	148	65	63	46
Pando	182	84	55	25	5	3	10
2005							
Hombres	21.958	6.522	10.778	2.774	924	868	92
Chuquisaca	616	167	315	84	19	26	5
La Paz	7.989	1.932	4.147	1.118	375	378	39
Cochabamba	2.433	722	1.257	279	95	78	2
Oruro	1.242	518	562	107	28	22	5
Potosí	2.345	997	964	189	88	91	16
Tarija	953	257	504	126	32	32	2
Santa Cruz	5.415	1.668	2.652	702	222	159	12
Beni	846	226	327	151	55	77	10
Pando	119	35	50	18	10	5	1
Mujeres	21.958	9.772	8.967	1.927	639	472	181
Chuquisaca	616	243	285	50	17	18	3
La Paz	7.989	3.107	3.545	809	270	203	55

Cochabamba	2.433	1.021	1.092	196	78	37	9
Oruro	1.242	654	503	60	16	5	4
Potosí	2.345	1.238	776	169	55	68	39
Tarija	953	373	455	83	15	20	7
Santa Cruz	5.415	2.706	2.009	455	143	67	35
Beni	846	372	265	91	44	51	23
Pando	119	58	37	14	1	3	6

Fuente: Corte Nacional Electoral - Dirección Nacional De Registro Civil - Instituto Nacional de Estadística

En el siguiente cuadro se puede observar que la cantidad de matrimonios celebrados y registrados por departamento entre los años 2000-2005, ha sufrido un descenso claramente notable. Si bien el índice de matrimonios registrados por edades entre los años 2000 - 2005, alcanza su punto máximo en el año 2003, se hace evidente que con el transcurso de los años ha bajado notablemente, por lo que suponemos que el índice de uniones de hecho se ha incrementado.

NÚMERO DE MATRIMONIOS REGISTRADOS, POR DEPARTAMENTO, 1991 - 2005										
DESCRIPCIÓN	BOLIVIA	CHUQUI SACA	LA PAZ	COCHABAMBA	ORURO	POTOSÍ	TARIJA	SANTA CRUZ	BENI	PANDO
1991	40.861	2.239	10.716	7.845	2.234	5.213	2.755	7.921	1.746	192
1992	45.112	2.335	13.950	8.385	3.185	5.470	2.758	7.670	1.197	162
1993	39.898	2.105	11.100	7.612	2.032	5.216	2.628	7.576	1.480	149
1994	46.432	2.925	15.287	7.861	2.466	6.594	1.918	7.834	1.422	125
1995	38.402	2.618	9.950	7.718	1.764	5.411	1.698	7.782	1.319	142
1996	43.866	3.125	12.862	8.776	2.327	5.635	1.690	7.988	1.283	180
1997	33.979	2.188	7.850	7.243	1.552	4.734	1.453	7.251	1.496	212
1998	45.867	3.054	13.974	9.264	2.360	5.210	1.649	8.835	1.360	161
1999	38.138	2.419	9.161	7.916	1.859	4.925	1.658	8.414	1.496	290
2000	37.052	2.533	9.209	7.620	2.340	4.789	1.496	7.436	1.419	210
2001	27.169	1.356	6.661	5.867	1.558	3.505	1.187	5.773	1.091	171

2002	34.060	1.463	11.537	5.977	2.115	3.984	1.184	6.482	1.169	149
2003	22.570	1.129	5.301	3.166	1.330	3.205	1.067	5.612	1.593	167
2004	29.674	1.251	11.177	3.012	1.620	3.539	1.044	6.585	1.264	182
2005	21.958	616	7.989	2.433	1.242	2.345	953	5.415	846	119

Fuente: Corte Nacional Electoral - Dirección Nacional de Registro Civil - Instituto Nacional de Estadística.

Por otro lado, se muestra un cuadro estadístico de las gestiones 2000 a 2005 de las demandas ingresadas por procesos de divorcio en los juzgados de familia.

NÚMERO DE DIVORCIOS REGISTRADOS EN LOS JUZGADOS DE PARTIDO DE FAMILIA DE LA CIUDAD DE LA PAZ 2000 - 2005		
DESCRIPCIÓN	TOTAL	JUGADOS DEPARTIDO DE FAMILIA
2000	1944	Acción de divorcio
2001	2159	Acción de divorcio
2002	2143	Acción de divorcio
2003	2334	Acción de divorcio
2004	2172	Acción de divorcio
2005	2298	Acción de divorcio

Fuente: CORTE SUPERIOR DE L DISTRITO LA PAZ.

Al observar el cuadro que antecede se establece que en el año 2003 hubo un incremento notable de causas tramitadas respecto a acciones de divorcio con respecto al año 2000, pero la diferencia entre los años 2001-2005 no es más de un 2% respectivamente.

CONCLUSIONES

Por toda la investigación realizada, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

- Es inevitable el desarrollo del hombre que al ser un ser gregario necesariamente se interrelacionan entre si, dando origen a la familia, la misma que con su desarrollo crea nuevos institutos jurídicos en materia familiar; desde épocas inmemoriales su evolución se hizo notoria con el paso del tiempo, desde la convivencia como familia poligámica hasta la familia moderna que es la que hoy conocemos, siendo en este ultimo caso el que nos ocupa como estudio, pues dentro de la familia moderna han surgido diversas formas de familia, entras las cuales podemos mencionar: familia nuclear, familia unipersonal, familia compleja, familia extendida, etc., asimismo han surgido diversos sistemas familiares en todo el mundo que desde luego han teñido nuestra sociedad.
- Con el desarrollo de la familia, es decir que la misma se ha ido adaptando a los cambios sociales, económicos y políticos, claramente se hace evidente como punto principal la incorporación de la mujer en ámbito laboral, económico, político, etc., no siendo simplemente la educadora de los hijos o ama de casa que en épocas pasadas era normal esta actitud; desde ya hace tiempo atrás se convierte en un eje mas para el sostenimiento del hogar, por lo que no solo es el hombre el portador de ingresos económicos para la familia sino también es la mujer la que aporta a su sostenimiento.
- Dentro del Derecho de Familia, existen hechos y actos jurídicos, que crean, modifican o extinguen un derecho, y si este simple concepto se traslada al derecho de familia como hechos familiares encontraremos: crear (nacimiento), modificar (enajenación mental), extinguir (muerte); teniendo en cuenta que los actos jurídicos se traducen en obligaciones, estas trasladadas a los actos familiares podemos señalar como actos jurídicos familiares a los deberes familiares y conyugales, asimismo dentro de la

familia existen convenios que si bien no son celebrados mediante un documento ya sea privado o publico, de manera intrínseca se realizan, tal es el caso del sostenimiento del hogar, los alimentos, transacción siendo esta ultima vista como las cantidades debidas por cuestión de alimento.

- Los contratos prematrimoniales son aquellos que se celebran entre dos personas antes del matrimonio donde se decide principalmente como se distribuirá la propiedad de sus bienes si en algún momento llegaran a divorciarse. Muchas veces los contratos prematrimoniales se confunden con las capitulaciones matrimoniales, que si bien son dos institutos jurídicos similares no son iguales, pues en los contratos prematrimoniales se esta estrechamente ligado a la autonomía de la voluntad, mientras que en las capitulaciones se establece el régimen económico del matrimonio, las capitulaciones matrimoniales deben celebrarse mediante escritura publica, mientras que los contratos prematrimoniales no exigen esta formalidad.

- Existen tres tipos de contratos prematrimoniales, (bienes gananciales, división de bienes y participación en las ganancias) que según el caso pueden ser aplicados dentro del régimen económico del matrimonio. Estos tres tipos de contratos prematrimoniales proporcionan a la futura pareja, seguridad jurídica frente al patrimonio que puedan poseer, asimismo los contratos prematrimoniales pueden regir aspectos económicos, cuestiones de herencia, explicando cuando el cónyuge superviviente se convierte o no en heredero cuando se habría celebrado un contrato prematrimonial, así también en las obligaciones contraídas frente a los acreedores cuando uno de los cónyuges es el que habría contraído la deuda, y si existe un contrato prematrimonial su registro de este, estrictamente sería de forma pública.

- Las ventajas que ofrecen los contratos prematrimoniales en líneas generales son innumerables, ya sea que se traza los fines a los que quiera dirigirse económicamente el futuro matrimonio, o que en el supuesto en que un matrimonio llegue a su fin; el contrato prematrimonial aminoraría los procesos de divorcio y estos últimos se centrarían únicamente a la separación de la pareja y de la tenencia de los hijos si los hubiera, ahora bien no todo son ventajas en este tipo de contratos, así también existen desventajas que se traducen en desconfianza de la pareja, desigualdad económica.
- De las entrevistas tomadas se llega a la conclusión que después de una explicación los entrevistados vertieron diversas opiniones que mas que nada se convierten en inquietudes o dudas sobre este tipo de contratos, asimismo su aceptación se hizo evidente, es obvio que estos contratos para algunos se tradujeron en desconfianza e incluso, existiendo las reglas que establece nuestro ordenamiento jurídico sobre el régimen patrimonial del matrimonio estas no deberían cambiar
- La aceptación de los contratos prematrimoniales en nuestra sociedad se basa simplemente en la difusión de los mismos pues por los datos aportados con las encuestas se ha podido observar que la población no tiene conocimiento de los mismos y el bajo índice de las personas que conocen este tema simplemente se centran en los contratos prematrimoniales por división de bienes, encontrando como ventajas un divorcio corto, asimismo uno de los inconvenientes que se piensa que contendrían estos contratos es mas de índole interno mas que patrimonial.
- Si bien desde el año 2000 los matrimonios registrados se ha mantenido hasta la gestión 2005 sufriendo leves cambios, se hace evidente que la tasa de divorcios registrados en nuestro departamento cada año se ha mantenido en el mismo estándar, pues la mayoría de las causas tramitadas ante los juzgados de Partido de Familia son

procesos por divorcio, es decir que así como los matrimonios se mantuvo en estándares uniformes, así también la tasa de divorcios se ha mantenido en el mismo estándar, por lo que haciendo una comparación con los datos obtenidos de las diferentes fuentes, se llega a lo siguiente: “se celebra un matrimonio al igual que se plantea una acción de divorcio”

ANTEPROYECTO DE LEY

INTRODUCCIÓN

Se tiene la intención de proporcionar a los “nuevos” casados la forma en como dividir sus bienes en el desafortunado caso de un divorcio. Muchas veces la frase “Hasta que la muerte los separe” tiene otra sentido más “hasta que los bienes los separen”, pues mas allá del ideal romántico, la propiedad de los bienes siempre resulta un punto problemático cuando inevitablemente se desenlaza la unión conyugal en un divorcio. En el momento de dar el “SI” uno no piensa en un divorcio y la división de bienes, mas al contrario piensa en “vivir toda la vida con esa persona”, pero cuando ocurre problemas dentro de la unión conyugal esa frase deja de tener sentido y la mejor opción para esa pareja es el divorcio, es en este punto en que toman gran importancia los contratos prematrimoniales pues si bien no arreglan los problemas de la vida conyugal, estos proporcionan un divorcio mas llevadero, es decir con menos cargas económicas y psicológicas, pues los divorcios se centrarían únicamente en la tenencia de los hijos y la pensión alimenticia.

De un tiempo a esta parte por los cambios que ha sufrido la familia, se hace evidente nuevas formas de uniones conyugales, así como la incorporación de la mujer en el ámbito laboral y no por moda sino por la necesidad de coadyuvar con el sostenimiento económico de la familia. Cuando vemos que las nuevas formas de familia aceptadas actualmente por la realidad imperante, entre las que parecen prevalecer, lamentablemente, las denominadas "ensambladas" o las de parejas no casadas, han hecho surgir nuevas figuras jurídicas en el ámbito familiar. Si bien nuestro actual ordenamiento jurídico prevé como único y obligatorio régimen familiar el de “**comunidad de gananciales**” este régimen no siempre se ajusta a las expectativas de los que contraen nupcias por segunda vez, pues estas personas ya han sufrido un desgaste económico y psicológico incluso podemos suponer que estas personas tendrían cierta reticencia al matrimonio. Lo que se pretende es incorporar a nuestro ordenamiento

jurídico un régimen patrimonial del matrimonio no imperativo, que otorgue a los cónyuges la prerrogativa de optar libremente entre tres regímenes matrimoniales admitidos en el sistema legal, a saber:

- a) Sociedad Conyugal
- b) Separación de bienes o
- c) Participación en las ganancias.

Esta propuesta pretende no ser ajena a las necesidades de la sociedad actual conformada por nuevas estructuras familiares, procura reforzar el instituto del matrimonio mediante su flexibilización. No se trata de un afán de modificar las leyes sino de ir adaptándolas para satisfacer una intensa demanda social de un marco legal que se corresponda con los tiempos modernos. A lo largo de la historia la institución del matrimonio ha sido un tema de inacabada polémica. Nuestro legislador se ha visto sometido a receptar en el ordenamiento jurídico diversas modificaciones a raíz de los cambios sociológicos ocurridos. La estructura del grupo familiar se ha ido modificando, especialmente, desde que sobrevinieron las trascendentes consecuencias sociales, políticas y económicas originadas por la Revolución Industrial. Se ha producido una profunda evolución en los roles y actividades dentro de la familia, primordialmente, la incorporación de la mujer al mundo laboral.

Así pues, en la sociedad actual han aparecido nuevos supuestos de familias los mismos que merecen un especial interés, los innumerables casos de familias reconstituidas en las que existen hijos no comunes, la vasta cantidad de celebraciones de matrimonios tardíos en donde existen patrimonios de cierta entidad anteriores a la unión, supuestos en donde los cónyuges poseen una notoria diferencia económica. Todas estas nuevas situaciones, sumadas a la circunstancia de que en los tiempos que corren, el número de divorcios crece exponencialmente, y que exigen establecer un marco legal adecuado.

PROPUESTA
PROYECTO DE LEY
Leyde.....2012

Por cuanto la Asamblea Legislativa Plurinacional ha sancionado la siguiente Ley.

La Asamblea Legislativa Plurinacional

Decreta:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Este proyecto de ley pretende incorporar en nuestro ordenamiento jurídico los contratos prematrimoniales sobre bienes patrimoniales, es decir, incorporar dos figuras jurídicas más, concernientes al régimen patrimonial, a decir, el Régimen de Participación de Ganancias y el Régimen de Separación de Bienes, con el fin de brindar a la “nueva unión conyugal” la libre elección del tipo de régimen patrimonial que desea llevar dentro del matrimonio evitando de esta manera la imposición del régimen de ganancialidad de bienes que hace nuestro ordenamiento jurídico impone cuando una persona contrae nupcias. En particular, con la incorporación de este tipo de contratos prematrimoniales, los procesos de divorcio que se ven plagados de ciertas cargas económicas y psicológicas se tornarían más llevaderos pues con la sola presentación del contrato prematrimonial el legislador simplemente tendría que determinar la tenencia de los hijos y la pensión alimenticia.

Los contratos prematrimoniales sobre bienes patrimoniales y su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico tiene importante trascendencia pues las nuevas formas familiares, es decir los nuevos tipos familiares, carecen de protección cuando los contrayentes ingresan al matrimonio con cierto patrimonio que se ha adquirido antes del matrimonio, pues el simple hecho de demostrar cual es patrimonio familiar y el patrimonio que fue adquirido antes del matrimonio no solo supone una gran carga sino también supone peleas y disputas legales, pues cuando una persona se casa lo hace con la firme intención de que sea para toda la vida nunca se pasa por la mente del

contrayente un divorcio, olvidando de este modo registrar o hacer un inventario de los bienes que son adquiridos antes de contraer nupcias.

Incorpórese a la Ley No. 996 de 4 de abril de 1988 “Código de Familia”, en su CAPITULO III, DE LA COMUNIDAD DE GANANCIALES, SECCION I, DISPOSICIONES GENERALES, el que quedará redactado de la siguiente manera:

CAPITULO III

DE LOS CONTRATOS PREMATRIMONIALES

SECCION I

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 101 (CONCEPTO).- Un contrato prematrimonial es un contrato jurídicamente vinculante, suscrito por una pareja, que expresa con claridad y precisión, qué es lo que pasará con sus ingresos y sus bienes, mientras dure el Matrimonio.

Art. 102 (DE LOS REQUISITOS DE LOS CONTRATOS PREMATRIMONIALES).- Se señalan los siguientes:

1. Capacidad
2. Consentimiento de ambas partes
3. Un acuerdo prematrimonial debe ser hecho de forma escrita y ser firmado por ambas partes. Es eficaz sin necesidad de contraprestación.

ART 103 (DEL CONTENIDO DE LOS CONTRATOS PREMATRIMONIALES).-

Las partes, en un acuerdo prematrimonial pueden contratar sobre los siguientes extremos:

- 1.- Los derechos y obligaciones de cada una de las partes respecto del patrimonio de cada una de ellas o de ambos cuando sean adquiridos.
- 2.- El derecho a comprar, vender, usar, transferir, cambiar, abandonar, arrendar, consumir, gastar, ceder, establecer una garantía, hipotecar, gravar, ceder, o cualquier otro acto de gestión o control sobre sus patrimonios.

3.- La disposición de los patrimonios después de la separación, el divorcio, la muerte, o la concurrencia o no concurrencia de cualquier otro evento.

4.- La elaboración de un testamento, fideicomiso, o cualquier otro pacto para llevar a cabo las disposiciones del acuerdo prematrimonial.

5.- El derecho de alimentos de un hijo no puede verse negativamente afectado por un acuerdo prematrimonial

ART. 104 (DE LOS TIPOS DE CONTRATOS PREMATRIMONIALES EN PARTICULAR).- Se establecen los siguientes:

1) La Sociedad de gananciales

2) Régimen de participación en las ganancias

3) Régimen de separación de bienes

Art. 105 (DE LA SOCIEDAD 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

Art. 106 (DEL REGIMEN DE PARTICIPACION EN LAS GANANCIAS).- Se establece que cada cónyuge tiene derecho a participar en las ganancias del otro. Los patrimonios de los esposos están separados como en el régimen de separación de bienes, pero en la fase de liquidación del régimen se establece una participación de cada esposo en las ganancias obtenidas por el otro. Este régimen se concreta al liquidarse el patrimonio obtenido durante el matrimonio, en función de las pérdidas y ganancias que cada patrimonio haya sufrido.

ART. 107 (DEL REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES).- Cada cónyuge conserva la propiedad y administración de los bienes que le pertenecen y será dueño exclusivo de los frutos de los mismos, así también de los sueldos, salarios y ganancias que obtuviere por servicios personales o en el ejercicio de la industria o comercio.

ART. 108 (DE LA EFICACIA DE UN CONTRATO PREMATRIMONIAL).- Un acuerdo prematrimonial comienza a ser efectivo con el matrimonio.

ART. 109 (DE LOS REQUISITOS PARA LA EFICACIA DEL CONTRATO PREMATRIMONIAL).- Se señalan los siguientes:

1. Un acuerdo no es válido si no se establece en forma escrita firmado por ambas partes.
2. Un acuerdo no es eficaz si la parte contra la que se esgrime la ejecución demuestra que:
 - a. La parte no realizó el acuerdo voluntariamente; o
 - b. Antes de la ejecución del acuerdo, una de las partes:
 - (i) No recibió justa y razonable información del patrimonio y obligaciones financieras de la otra parte,
 - (ii) No tenía, o razonablemente no podía haber tenido, un conocimiento adecuado del patrimonio y las obligaciones financieras de la otra parte.

FUNDAMENTOS DEL PROYECTO

El matrimonio es una sociedad conyugal y se ha podido observar que dentro del mismo existen determinados actos jurídicos relacionados con el patrimonio de los contrayentes, asimismo las nuevas formas de uniones conyugales ha hecho suponer que el instituto de la familia ha cambiado y seguirá haciéndolo, creando nuevas formas jurídicas que también merecerán especial tratamiento.

Desde tiempo inmemoriales la evolución de la familia se ha venido dando paso a paso, desde el tratamiento de la mujer como un hijo mas que estaba al cuidado del pater familia sin derecho al voto u otros derechos que le eran restringidos hasta la incorporaron de la misma al ámbito laboral, el reconocimiento pleno de todos sus derechos; asimismo, las nuevas formas de uniones conyugales (uniones conyugales libres, familias reconstituidas, matrimonios tardíos, etc.) han dado origen a nuevos institutos familiares que antes ni se imaginaba que existirían, y es que es la misma

naturaleza del hombre que ha originado los cambios habidos en todos los campos y uno de esos campos es el Derecho de Familia.

Por otro lado, pese a que el instituto del matrimonio es y será siempre una sociedad, por las diversas prácticas habidas dentro del mismo e incluso aceptaciones tácitas tales como el sostenimiento del hogar por ambos cónyuges, ya sea con su trabajo o esfuerzo o las transacciones hechas pese a que estas últimas están expresamente prohibidas nos hacen reflexionar sobre la incorporación de este tipo de contratos pues si bien uno de los cónyuges sacrifica su crecimiento profesional por el bienestar de la familia o la división de tareas para el sostenimiento del hogar de alguna forma tiene que ser reconocido ese esfuerzo, pues muchas veces los bienes están a nombre de uno de los cónyuges y el otro cónyuge por no quedar en un estado de indefensión sigue sacrificando su crecimiento, sufriendo en este último caso de trastornos emocionales, entonces es en este punto en que los contratos prematrimoniales toman gran importancia pues el supuesto en que uno de los cónyuges se sacrifique en el hogar dejando de lado su carrera profesional, que generalmente este paso lo da la mujer, y luego de un tiempo la pareja decida separarse de alguna forma la mujer pese a no haber contribuido con el sostenimiento del hogar económicamente, el trabajo de ser ama de casa merece un reconocimiento pues su sacrificio bastó para que el marido crezca laboral o profesionalmente, en el otro supuesto en que ambos cónyuges contribuyeron con el sostenimiento del hogar pero deciden separarse existiendo un contrato de por medio el proceso tedioso que conlleva un divorcio se vería aminorado, circunscribiéndose este simplemente a la separación de los cónyuges de forma legal y la tenencia de los hijos si los hubiera.

La nueva incorporación no cambia demasiado la situación actual, porque los contrayentes antes de casarse van a poder poner en este convenio: de qué manera van a disolver la sociedad conyugal siempre desde el punto de vista patrimonial, es decir los bienes habidos durante la unión conyugal.

Se pretende insertar dos formas mas sobre la administración de los bienes habidos durante el matrimonio, es decir es optativo tomar una de estas formas de contratos prematrimoniales para la administración de bienes habidos durante el matrimonio, de este modo los largos y tediosos procesos de divorcio se centrarían en la tenencia de los hijos y la pensión familiar, por ende los procesos de divorcio se tornarían mas cortos y menos problemáticos tanto económica como psicológicamente.

Por otro lado con la incorporación de este tipo de contratos dentro del matrimonio, seguramente no acudirán las jóvenes parejas que se casen a los 20 años y tengan todo por construir juntos, pero quien se casa más tarde, ya tiene un patrimonio, la experiencia de un divorcio e hijos; por lo tanto contará con un instrumento más de planificación patrimonial. Desde este punto de vista para que los contratos prematrimoniales surtan efecto, es decir que los mismos nazcan a la vida jurídica, es necesario que se celebren antes o a tiempo de contraer nupcias, asimismo tienen como condición que estos se celebren y se ejecuten a través de un inventario.

En definitiva, el nuevo proyecto pretendería incorporar los contratos prematrimoniales con el fin de aminorar las cargas económicas y psicológicas que conlleva un divorcio, asimismo esta idea surge a partir de la alta tasa de divorcios, de las familia ensambladas y la mayor actividad comercial de la mujer.

BIBLIOGRAFÍA

- CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL F.
Convenios Conyugales y Familiares.
Edit. Porrúa, S.A., Av. República Argentina, 15, México, 1993
- ELIAS P., GUSTAVINO.
Derecho de Familia Patrimonial – Bien de Familia
Segunda Edición actualizada Tomo I Rubinazol y Culzoni, S.C.C. Editores, 9 de Julio 3573 – Santa Fe – República Argentina
- SECO CARO, ENRIQUE.
Cónyuge – Derecho
Bosh, casa Editorial Urgel, Sibil – Barcelona, Deposito Legal, B. 16 - 1960
- PAZ ESPINOSA, FELIX C.
Derecho de Familia y sus instituciones
2º Edición, Editorial Grafica Gonzales, La Paz – Bolivia 2002
- FUENTES ÁVILA, MARIA.
Metodología de la Investigación
Compilación. Universidad de la Habana. La Habana – Cuba, septiembre del 2001.
- MELICH OSRINI, JOSE; *“Doctrina General del Contrato”*; Colección Estudios Jurídicos No. 27, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985
- Corte Nacional Electoral – Dirección Nacional de Registro Civil, Instituto Nacional de Estadísticas.
- Decreto Ley No. 12760, *“Codigo Civil”*, Edit. U.P.S., La Paz - Bolivia, Ley de 06 de Agosto de 1975
- Ley No. 1768, *“Código Penal”*, Edit. E Imprenta Ibañez, La Paz - Bolivia.
- Ley No. 996, *“Código de Familia”*, Edit. U.P.S., La Paz - Bolivia, Ley de 04 de abril de 1988
- http://es.wikipedia.org/wiki/Capitulaciones_matrimoniales
- <http://www.cronicasdelnavegante.com/2007/05/contrato-prematrimonial.html>

- <http://www.clarin.com/diario/2005/04/22/sociedad/s-04301.htm>
- http://es.wikipedia.org/w/index.php?title=R%C3%A9gimen_matrimonial&action=edit§ion=3
- www.unfpa.org./swp/2004
- <http://www.unece.org/ead/pau/ffs>
- <http://www.elmundo.es/elmundo/2007/03/07/suivienda/1173268116.html>
- <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=1482-D-2007>
- http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-upaa.asp
- http://books.google.com/books?id=PpYSZgwMyfEC&pg=PA127&hl=es&source=gbgbs_toc_r&cad=4#v=onepage&q&f=false
- <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=273564>
- <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/9/22069/lcg2229-p3.pdf>
- http://www.foroswebgratis.com/tema-contratos_prematrimoniales-85133-2893195.htm
- <http://www.udel.edu/leipzig/270500/ela170601.htm>
- <http://www.koanpsicologos.com/tipos-de-familias-reconstituidas/>
- <http://inspiredwomenmagazine.com/iwmonline/?p=503>
- <http://www.sld.cu/saludvida/temas.php?idv=4412>
- <http://www.koanpsicologos.com/tipos-de-familias-reconstituidas/>
- <http://www.larepublica.com.uy/comunidad/95958-en-ausencia-del-padre>
- <http://adf.ly/546663/banner/http://www.surcultural.info/2009/07/la-complejidad-de-las-familias-reconstituidos/>
- http://www.isabelsalama.com/familias_reconstituidas.htm
- <http://avenidalegal.com/2011/06/preguntas-sobre-la-ley-de-familia/>
- <http://www.lexjuris.com/revistaponce/volumenes/vol-41-1/Analisis%20Caso%20Lopez%20Torres%20v%20Gonzalez.htm>
- <http://html.rincondelvago.com/capitulaciones-matrimoniales.html>
- http://wikicity.blogspot.com/2010/10/acuerdos-prenupciales-insolitos_06.html
- http://spanish.china.org.cn/china/txt/2011-05/13/content_22558498.htm