

**LECCIONES DE DERECHO
DE LA FAMILIAS**
(FUNDAMENTOS, DOCTRINA Y LEGISLACIONES)

SEGUNDA PARTE

Mauricio Ernesto Farfán Espinoza
Guadalupe Guisbert Rosado

La Paz - Bolivia
2016

FARFÁN E., Mauricio E. y GUISBERT R.,
Guadalupe (2016)

*Lecciones de Derecho de las Familias (Fundamentos,
doctrina y legislaciones) Segunda Parte*

Segunda Edición

D.L: 4-1-4750-16

ISBN: 978-99974-65-34-4

Derecho, familia fundamentos, doctrina,
legislaciones

© *Mauricio Ernesto Farfán Espinoza*

Profesor Universitario, Derecho de las Familias

Carrera de Derecho

Universidad Mayor de San Andrés, La Paz

mauricio_farfan@hotmail.com

mauriciofarfan@gmail.com

estudiojuridicofarfan@gmail.com

Calle Socabaya, Edif Handal, Piso 5, Of. 507

Tel/Fax (591-2) 2406151

© *Guadalupe Quisbert Rosado*

Profesor Universitario, Derecho de las Familias

Carrera de Derecho

Universidad Mayor de San Andrés, La Paz

luguero@hotmail.es

Edif. Colón Piso 8, Of. 808

Telf. 70573184

Edición: Gualberto Torrico C.

merlos2014@gmail.com

Impresión:

Inventa Publicidad e Impresos

Av. 20 de Octubre esq. S. Machicado N°1665, San Pedro

Telfs.: 2 493214 - 2 492406

Impreso en Bolivia

Agradecimientos

A:

Dios Todo Poderoso,
Mi papá Tito por su apoyo incondicional en
mi carrera profesional,
Mi mamá Luisa por su amor y paciencia,
Mi amada hija Danielita que me da fuerzas
para seguir adelante,
Mis queridos hermanos Tito J. y Ángela,
y sobrinos Leonardo y Martín

G. G. R.

Al Supremo Creador, por otorgarme ser miembro de la
humanidad, a mi familia, a mi esposa y a mis hijos por su
tolerancia y apoyo incondicional

M. E. F. E.

Dedicatoria

A los estudiantes de la Carrera de Derecho
de la UMSA que son mi fuente de inspiración
y a la familia boliviana que lucha
por conservar los valores ético-morales

G. G. R.

Al conocimiento científico
que expresa la verdad sobre
las cosas y lucha contra el fanatismo,
la ignorancia y el empirismo.

M. E. F. E.

Presentación

La segunda parte del libro denominado Derechos de la Familias, contiene aportes doctrinales de varios autores de distintos países donde reflejan el trabajo investigativo de las diferentes legislaciones utilizándose el método comparativo, siendo este propio del Derecho.

En el ámbito normativa los autores son críticos al monto de explicar los fundamentos socio jurídico de la Ley N° 603 y efectúan una diferenciación con el Código Abrogado (Ley 996), esto permite a los lectores ver si hubo o no avances en la legislación boliviana.

La esquematización y reordenamiento de los temas va en correlación con la primera parte del libro porque se inicia con el parentesco tomando como relevancia a la adopción como vínculo parental, esto entra en concordancia con la Constitución Política del Estado al considerarla como fuente del derecho de Familia.

El Sumario de la filiación y Registro presenta a los lectores el comportamiento de las legislaciones comparadas como ser la española, alemana, sueca, francesa abordando el tema de la maternidad subrogada o alquiler de vientre, explicando las diferente tendencias y teorías doctrinales que fueron base de partida en otros países.

La patria potestad, es enfocada doctrinalmente desde sus raíces más profundas sobre la formación y crianza de los hijos y presenta una evolución conceptual en la igualdad de la autoridad parental.

El sumario que aborda el Patrimonio Familiar tiene elementos y propuestas que el legislador boliviano no ha incorporado y menos a sociabilizado esta institución cuando el patrimonio

familiar debería ser una política pública del Estado, para facilitar el acceso, tenencia de la vivienda familiar y las limitaciones que deberían existir sobre todo en la compra y venta de las viviendas sociales.

Con referencia a las nulidades los autores explican las teorías civilistas sobre la nulidad y la anulabilidad que fue parte del Código de Familia Abrogado (Ley 996) y el aporte doctrinal del Derecho De Familia de simplificar simplemente en las nulidades.

Uno de los temas controversiales que ponen los autores sobre el tapete de la discusión es la posición de la Ley N° 603 sobre la desvinculación o divorcio matrimonial y deja en duda la posición entre el concepto constitucional establecido en el Artículo primero referente del Derecho Social, al dejar al libre arbitrio (voluntad) la decisión de desvinculación; en consecuencia, los autores toman una posición clara sobre la desprotección del matrimonio.

De manera didáctica se expone el tema de la Asistencia Familiar o alimentos, reflejando las diferencias legislaciones comparadas de otros países, dejando en claro la posición radical de la legislación Bolivia de mantener el apremio corporal como garantía de cumplimiento en el suministro de alimentos y otros.

Finalmente, los autores presentan una lectura fácil de comprender y reflejan los conceptos con esquemas ilustrativos de acceso general para todo tipo de lector.

Mauricio Ernesto Farfán Espinoza
CO – AUTOR

Prólogo

El matrimonio es libertad y necesidad.

Sören Kierkegaard
Estética del matrimonio

La familia es una institución histórica que ocupa un lugar central en la sociedad y el Estado por ser la instancia más importante del proceso de socialización e internalización de valores, pautas de conducta y de normas sociales, donde las personas adquieren su identidad social e individual. Por esas características ha sido y es uno de los objetos fundamentales de la ciencia del Derecho.

Así, su funcionalidad y estructura plantean cuestiones cruciales a aquella porque los derechos y las obligaciones de los miembros de la familia tienen que ser consistentes con las exigencias del contexto social, político e institucional para que la familia pueda seguir cumpliendo su rol de institución base de la reproducción biológica y social.

En Bolivia, el legislador, tomando como referente la Constitución Política del Estado que instauró un nuevo orden social, político, económico y jurídico-institucional, elaboró el *Código de las Familias y del Proceso Familiar* (CF-PF, Ley N° 603), quedando abrogado el *Código de Familia* (CF, Ley N° 996).

Esta es el tema general que abordan Mauricio E. Farfán E. y Guadalupe Guisbert R. en el libro *Lecciones de Derecho de las Familias* Segunda Parte, en el que tratan dos líneas: la primera, de carácter doctrinal y conceptual controversial, que abarca argumentos de doctrina jurídica y concepción de la ley y sus adaptaciones o transformaciones.

La segunda línea es de carácter académico que aborda cuestiones técnicas, de las obligaciones y deberes que genera el matrimonio, la unión libre o la desvinculación como la asistencia

familiar y el patrimonio, las características de la patria potestad o el procedimiento del registro y la filiación.

1. ¿Qué tan consistente es el CF-PF respecto del modelo de Estado y de la nueva institucionalidad creada por el proyecto de Estado y la Constitución Política del Estado? Desde esta perspectiva, presente en la mayoría de los temas tratados en el libro, los autores someten a un análisis crítico y fundamentado los alcances del CF-PF, su consistencia respecto del modelo institucional y político creado por la Constitución Política del Estado en comparación con la concepción del mencionado Código.

Asimismo analizan los avances normativos y retrocesos -en algunos casos- respecto del CF, no sólo como consecuencia de la contradicción jurídico-doctrinaria sino también por insuficiencias en el diagnóstico jurisprudencial, por debilidad en el análisis jurídico interno, inadecuación al contexto social o lentitud de los procesos de análisis y ajuste de la norma a las nuevas instituciones, contextos sociales, a estructuras familiares inéditas (desarrollo de la tecnología médica, familias emergentes de contratos que tienen como base requisitos burocráticos, matrimonios entre personas del mismo sexo, desaparición de la figura jurídica del concubinato, entre otros aspectos innovadores).

De esa manera los autores explican por ejemplo que según el artículo 1 de la Constitución Política del Estado Bolivia es un *Estado Unitario Social de Derecho*, acorde a la visión del derecho social, prioriza la protección de la familia y subordina la libertad individual a los intereses de la sociedad y del Estado. Esto es, una concepción garantista de los derechos colectivos que están por encima de los intereses individuales. Con este análisis los autores profundizan en la naturaleza política de la norma, y de ésta como condensación del ejercicio del poder por el Estado y sus titulares.

En cambio el artículo 205 de la Ley N° 603 establece que *el divorcio o la desvinculación de la unión libre proceden en la vía judicial por ruptura del proyecto de vida en común, por acuerdo de partes o voluntad de una de ellas. También proceden en la vía notarial por mutuo acuerdo*, una regulación específica congruente con la concepción liberal del Derecho que prioriza la voluntad individual y que en el caso específico no exige la presentación de requisitos para la desvinculación y se ejecuta a partir de la voluntad de las personas.

De esa manera la mencionada Ley ya no protege el *proyecto de vida en común*, el matrimonio y las uniones libres, porque la desvinculación descansa en la concepción de libre manifestación de la voluntad sin mencionar el motivo, dejando al arbitrio de un cónyuge para proceder al divorcio. En cambio en el CF el juez valoraba las circunstancias de la acción de divorcio, reservándose la decisión de declarar infundadas las causales o insuficientes motivos. De alguna manera el código anterior garantizaba el replanteamiento de las relaciones, la oportunidad para una posible reconciliación y en consecuencia la protección y la estabilidad de la familia.

El Código de las Familias no garantiza la estabilidad de la familia, las relaciones interindividuales, entre hijos, padres e hijos. Al introducir el divorcio por la vía notarial le da competencia y jurisdicción al notario de fe pública que no constituye es auxiliar de la justicia. Al cumplimiento de requisitos administrativos procede la desvinculación. Habría que replantear qué tan coherente es la protección de la libertad individual, que responde a una concepción liberal y la concepción de derecho social planteada por la Constitución Política del Estado.

El análisis de Farfán y Guisbert sobre las contradicciones doctrinarias del Derecho plantea en el fondo el debate sobre el rol del Estado en la regulación de una institución eminentemente

social: ¿Cuál es el límite crítico de la intervención del Estado en el desenvolvimiento de la familia?, ¿Se debe priorizar el interés social por encima del interés individual, o a la inversa?, ¿Es posible equilibrar la libertad individual y la protección social?

Otro ángulo es el relativo retraso o por lo menos ambigüedad de la legislación boliviana -en relación a otras legislaciones- sobre las regulaciones que emergen de la aplicación del conocimiento científico a la reproducción humana, por ejemplo, la inseminación artificial y sus efectos jurídicos entre los sujetos participantes del contrato al que da lugar el instituto del *alquiler de vientre*: contratantes, contratados (as), donantes, empresas prestadoras del servicio, en cuanto a derechos y obligaciones, límites de la intervención del Estado en estos contratos y la libertad de elección de los ciudadanos, lo que forma un complejo escenario que debe ser resuelto y regulado por la norma.

De igual manera es objeto de atención de los autores el silencio que guarda la Ley N° 603 sobre el *impedimento impediante*, que había sido establecido por el CF respecto de la separación provisional para evitar el conflicto paternal (300 días de plazo para el nuevo matrimonio de la viuda o de la divorciada). La hipótesis de Farfán y Guisbert es que la aplicación de los instrumentos desarrollados por la tecnología médica convierte el plazo indicado en un criterio obsoleto que lesiona el derecho de la mujer a contraer nupcias de manera inmediata a la disolución o muerte del cónyuge, por cuanto actualmente es posible determinar el embarazo prácticamente de manera inmediata y con un alto grado de confiabilidad, hecho que no fue visibilizado ni regulado por el legislador boliviano.

En el aspecto teórico los autores dejan pendiente el debate conceptual de la institución familiar, tomando en consideración el cambio de fines de la familia nuclear, sus nuevos roles y los sujetos con capacidad para contraer matrimonio; la alteración

de la tradicional división sexual del trabajo y de los estereotipos de género; la dispersión de los modelos matrimoniales, entre ellos el “matrimonio razonado” basado en el cálculo y el egoísmo (Kierkegaard, 2000), la incorporación masiva de las mujeres al mercado de trabajo y otros elementos que se están dando lugar a escenarios donde se estaría formando la familia postmoderna (Lipovetsky, 2003), más flexible que la nuclear.

Lo anterior no significa la destrucción o eliminación de la familia sino el cambio de modelo y de estructura, que a su vez implica la modificación, actualización o creación de nuevas normas que regulen la interacción equilibrada entre las personas en el marco de sus derechos y obligaciones. Aunque para algunos estudiosos se está produciendo la desinstitucionalización de la familia: “... un proceso de privatización, de emancipación individual frente a las normas y frente a las autoridades tradicionales” ((Lipovetsky, 2003, pág. 84).

2. La segunda línea desarrollada en el libro de Farfán/Guisbert tiene que ver con aspectos académicos básicos en la formación profesional en de Derecho de las Familias. Aquellas temáticas imprescindibles en los contenidos técnicos y alcances de la normativa vigente, los procedimientos y su aplicación. Entre ellos está el parentesco, la filiación y el registro, la patria potestad y/o autoridad parental, el patrimonio familiar, la nulidad del matrimonio y de la unión libres, el divorcio o desvinculación y la asistencia familiar o alimentos.

De esa manera el libro se mueve entre las problemáticas conceptuales, procedimentales y técnicas del Derecho de las Familias en Bolivia y el planteamiento de cuestiones teórico doctrinales que merecen ser objeto de debate en el ámbito social y jurídico. Es una iniciativa académica pertinente en el contexto boliviano, que recoge algunas de las problemáticas planteadas por el enfoque de la pluralidad jurídica y el constitucionalismo

social definido por la Constitución Política del Estado, y al mismo tiempo visibiliza las contradicciones o insuficiencias de la normativa de derechos y obligaciones en la familia. Desde la perspectiva práctica es un documento de consulta y apoyo para estudiantes e investigadores de la especialidad.

Gualberto Torrico Canaviri
Profesor universitario
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Mayor de San Andrés

La Paz, octubre de 2016

Contenido

Presentación	
Prólogo	

LECCIÓN Nº 1 EL PARENTESCO

1. Noción	1
2. Concepto	2
3. Definición	3
4. Clases de parentesco	4
4.1 De consanguinidad natural o de linaje	4
4.2 Civil o de adopción	5
4.3 Por afinidad	6
4.4 Espiritual o religioso	7
5. Grados de parentesco	8
6. Líneas de parentesco	11
6.1 La línea recta o directa	11
6.2 La línea transversal o colateral	12
7. El tronco o raíz	13
8. Cómputo de los grados en el parentesco	13
9. Consideraciones sobre el parentesco y sus efectos	13

LECCIÓN Nº 2 FILIACIÓN Y REGISTRO

1. Concepto general	15
2. Etimología	17
3. Historia jurídica de los hijos extra matrimoniales	18
4. Legislación boliviana el derecho de la filiación	19
5. Elementos probatorios de la filiación matrimonial	24
6. Características de la filiación por voluntad	25
7. Breves antecedentes históricos de la filiación en Bolivia	26
8. Filiación por indicación	27
9. Medios para interponer la filiación judicial	28
10. Negación de maternidad o de paternidad	29
11. Acción de impugnación de filiación	35
12. Efectos de la filiación	37
13. Fecundación artificial	37
13.1 Antecedentes históricos	37

13.2 Nociones generales	38
13.3 Teorías sobre la inseminación artificial	39
13.4 Clases de fecundación artificial	40
14. Legislación boliviana	41
15. Legislación comparada	42
15.1 Legislación española	44
15.2 Legislación alemana y sueca	45
15.3 Legislación de Francia	45
15.4 Legislación de Perú	45
16. Maternidad subrogada o alquiler de vientre	46
16.1 Concepto	46
17. Efectos y acuerdos jurídicos respecto del vientre de alquiler	47

LECCIÓN Nº 3

PATRIA POTESTAD Y/O AUTORIDAD PARENTAL

1. Nociones generales	49
2. Concepto	51
3. Formación y crianza de los hijos	53
4. Posiciones sobre la naturaleza y autoridad de la Patria Potestad	54
5. Ejercicio de la Patria Potestad	55
6. Efectos de la Patria Potestad o autoridad parental	56
7. Restitución de la Patria Potestad o autoridad	57
8. Extinción de la Patria Potestad o autoridad parental	58
8.1 Concepto de extinción	58
9. Pérdida de Patria Potestad o autoridad parental	59
9.1 Concepto de pérdida	59

LECCIÓN Nº 4

PATRIMONIO FAMILIAR

1. Introducción	63
2. Definición	64
3. Otras denominaciones y definiciones de patrimonio familiar	66
4. Fundamento histórico del patrimonio familiar	67
4.1 Antecedente mediato, el homestead	68
5. Legislación del patrimonio familiar en Bolivia	70
6. Caracteres del patrimonio familiar	71
6.1 Inalienables	71
6.2 Inembargables	72
7. Procedimiento de resolución inmediata	79

LECCIÓN Nº 5

NULIDAD DEL MATRIMONIO Y DE LA UNIÓN LIBRE

1. Nociones generales	81
2. Antecedentes de la formación del sistema de nulidades	82
2.1 Definición de nulidad del matrimonio	83
2.2 Inexistencia de matrimonio	83
3. La invalidez del matrimonio	85
4. Impedimentos del matrimonio	87
4.1 Clases de impedimentos	87
a. Impedimentos dirimentes	88
a.1 Impedimentos dirimentes -homicidio o asesinato- ...	88
a.2 Impedimento dirimente -adulterio-	88
a.3 Impedimento dirimente -impubertad-	88
a.4 Impedimento dirimente -vínculo anterior no disuelto- ..	89
a.5 Impedimento dirimente -impotencia-	90
a.6 Impedimento dirimente -demencia-	90
a.7 Impedimento dirimente -parentesco-	90
a.8 Impedimento dirimente -falta de asentimiento para los menores de edad-	90
b. Impedimentos impeditivos o prohibitivos	91
b.1 Impedimentos impeditivos o prohibitivos -Falta de publicación-	92
b.2 Impedimentos impeditivos o prohibitivos -incumplimiento de reglas sobre las guardas-	93
b.3 Impedimentos impeditivos o prohibitivos -incompetencia-	93
b.4 Impedimentos impeditivos o prohibitivos -Plazo para nuevo matrimonio de la viuda y de la divorciada, de 300 días-	94
5. Nulidad y anulabilidad	96
5.1 Concepto de nulidad	96
5.2 Teoría de las nulidades	97
6. El matrimonio inexistente	100
6.1 Concepto	100
7. La anulabilidad del matrimonio	101
8. El matrimonio putativo	105
8.1 Preámbulo	105
8.2. Concepto	106

LECCIÓN Nº 6

DIVORCIO O DESVINCULACIÓN

1. Introducción	107
2. Concepto de divorcio	108
3. Antecedentes históricos	109
3.1 El divorcio en Roma	109
3.2 El divorcio en el Derecho Francés	110
3.3 El divorcio en México	111
3.4 El divorcio en la Legislación Boliviana	112
3.4.1 Ley de Divorcio Absoluto	113
4. Teorías del divorcio	115
5. Divorcio y desvinculación según la Ley Nº 603, Código de las Familias y del Proceso Familiar	119
5.1 Proyecto de vida en común	119
6. Desvinculación	119
7. Extinción del vínculo conyugal	121
8. Divorcio o desvinculación notarial	123
8.1 Desvinculación o divorcio judicial	127
9. Efectos del divorcio o desvinculación	132
9.1 Efecto legal	132
9.2 Efectos personales	132
10. Conclusión	137

LECCIÓN Nº 7

ASISTENCIA FAMILIAR O ALIMENTOS

1. Consideraciones generales	139
2. Etimología	140
3. Definición	140
4. Extensión de la asistencia familiar	141
5. Características de la asistencia familiar	143
6. Sujetos obligados a prestar la asistencia familiar	147
7. Elementos esenciales para la asistencia familiar	150
8. Forma de establecer la asistencia familiar	151
9. Formas y cesación de la asistencia familiar	158
10. Procedimiento de la asistencia familiar	166
10.1 Extraordinaria	167
10.1.1 Demanda y contestación	167
10.1.2 Actos de la audiencia	168
10.1.3 Efectos de la sentencia	170
10.2 Resolución inmediata	170
11. Apelación	174

Lección N° 1

El Parentesco

Temario

1. Noción. 2. Concepto. 3. Definición. 4. Clases de parentesco 4.1 De consanguinidad natural o de linaje. 4.2 Civil o de adopción. 4.3 Por afinidad. 4.4 Espiritual o religioso. 5. Grados de parentesco. 6. Líneas de parentesco. 6.1 La línea recta o directa. 6.2 La línea transversal o colateral. 7. El tronco o raíz. 8. Cómputo de los grados en el parentesco. 9. Consideraciones sobre el parentesco y sus efectos.

1. Noción

Etimológicamente la palabra *pariente* proviene del nombre latino *parens*, *parentis*, que significa padre o madre. Para varios tratadistas la palabra parentesco proviene del latín *Parere* que significa engendrar, es decir, concebir y procrear.

El Diccionario de la Real Academia Española define el parentesco como el vínculo, conexión o enlace por consanguinidad o afinidad. Según el jurista ecuatoriano parentesco es la relación de familia que existe entre dos personas (Suarez, 2006).

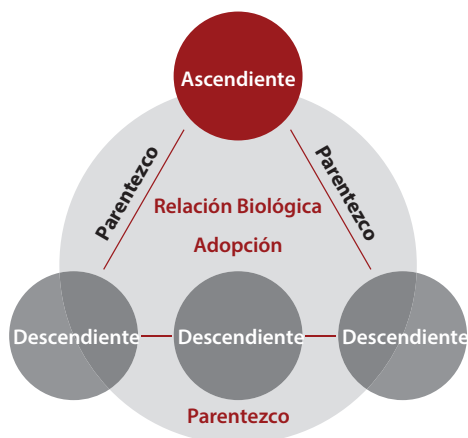
En muchos pueblos, aún de cultura jurídica avanzada, se ha identificado la idea general de parentesco con el concepto específico de consanguinidad, fundándose esta conclusión en el hecho universal aceptado de que la gens y las tribus, primeras formas de sociedades humanas, se componen en todas partes de individuos que se tienen por parientes; pero hay un error manifiesto, por cuanto existen parientes que no son consanguíneos, por ejemplo, los afines y los ligados con la adopción (Letelier, 1967, página 64).

2. Concepto

Al definir parentesco Planiol menciona la relación que existe entre dos personas de las cuales una descende de la otra, por ejemplo, el hijo y el padre, el nieto y el abuelo, o que descienden de un tronco común, como los primos (Planiol, 1948).

PERSONA A	PERSONA B
Abuelo	Nieto
Padre	Parentezco Hijo
Hermano	Hermano
Primo	Primo

La doctrina contemporánea admite la unidad familiar que la mayoría de las religiones acepta; todos los hombres y mujeres que descienden de una pareja se encuentran en forma forzosa relacionados por un parentesco común. El parentesco es el vínculo o nexo que existe entre dos o más personas, debido a una relación biológica de consanguinidad o por ficción creada por la ley, con la existencia de un autor común llamado ascendiente, del cual descienden los unos de los otros, reconociéndose un origen común resultante del matrimonio o de la adopción (Paz, 2010, pág. 58).



3. Definición

De acuerdo con el Artículo 7 del Código de Familia abrogado el parentesco es la relación de familia que existe entre dos o más personas, por lazos de consanguinidad, civil o de adopción. El Artículo 13 del mismo cuerpo legal incorpora en la definición el lazo de afinidad, como relación que existe entre un cónyuge y los parientes del otro.

El actual Código de las Familias y del Proceso Familiar, indica:

Artículo 8. (Parentesco)

Es la relación que existe entre dos (2) o más personas, ya sea:

- a) Por consanguinidad, es la relación entre personas unidas por vínculos de sangre y que descienden la una de la otra o que proceden de un o una ascendiente o tronco común.*
- b) Por adopción, es la relación que se establece por el vínculo jurídico que genera la adopción entre la o el adoptante y sus parientes con la o el adoptado y las o los descendientes que le sobrevengan a ésta o éste último.*
- c) Por afinidad, es la relación que existe entre uno de los cónyuges, uniones libres u otras formas con los parientes de la o del otro. En la misma línea y en el mismo grado en que una persona es pariente consanguíneo o de adopción de uno de los cónyuges, es familiar afín de la o del otro cónyuge. La afinidad cesa por la desvinculación conyugal o invalidez del matrimonio o desvinculación de la unión libre.*

Por consanguinidad

Vínculos de sangre
Descienden la una de la otra
o proceden de un o una
ascendiente

Por adopción

Vínculo jurídico
Generado por la adopción entre el (la)
adoptante y sus parientes con el (la)
adoptado (a) y los descendientes



4

4. Clases de parentesco

En la doctrina se conocen los siguientes:

4.1 De consanguinidad natural o de linaje

Vínculo que liga a las personas que descienden unas de otras con un antepasado común. Esta relación constituye el parentesco por excelencia y se desenvuelve dentro del círculo de la consanguinidad mediante las generaciones biológicas.

Antepasado común

↓ ↓ ↓ ↓ ↓
Consanguinidad natural
o de linaje

↓ ↓ ↓ ↓ ↓
Descendientes

El parentesco de consanguinidad se consideraba legítimo cuando todas las generaciones habían sido autorizadas por la Ley. El parentesco puede ser bilateral o unilateral; los hermanos

de padre y madre comunes son de doble vínculo carnales. Los hermanos que son únicamente de padre o de madre se llaman unilaterales o medios hermanos; todos ellos son parientes consanguíneos porque llevan la misma sangre.



4.2 Civil o de adopción

Es el vínculo familiar que surge por la adopción, resultado de una ficción legal que establece el vínculo parental entre una persona que adopta y la otra que es la adoptada y se transmite a sus descendientes. (Artículo 8. Ley № 603). Por adopción, es la relación que se establece por el vínculo jurídico que genera la adopción entre la o el adoptante y sus parientes con la o el adoptado y las o los descendientes que le sobrevengan a ésta o éste último.

El parentesco civil o legal, es una ficción legal por la cual se crea una relación entre adoptante y adoptado o entre estos y sus consanguíneos, semejante al parentesco de consanguinidad, este tipo de parentesco es el resultado de la adopción, mediante la cual la Ley estima que el adoptante, su esposa y el adoptivo se encuentran entre sí respectivamente en las relaciones de madre padre e hijo.

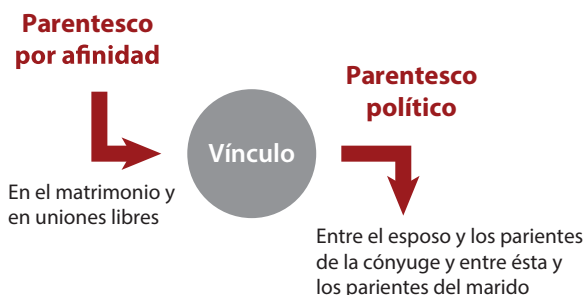
Civil o de adopción

Resultado de una ficción legal que establece el vínculo parental entre una persona que adopta y la otra que es la adoptada y se transmite a sus descendientes.

El adoptante, su esposa y el adoptado se encuentran entre sí respectivamente en las relaciones de madre padre e hijo.

4.3 Por afinidad

El parentesco por afinidad o legal es el vínculo que se establece en el matrimonio y uniones libres, entre el esposo y los parientes de la cónyuge y entre ésta y los parientes del marido, llamado también parentesco político. En la misma línea y en el mismo grado en que una persona es pariente consanguíneo o de adopción de uno de los cónyuges, es familiar afín de la o del otro cónyuge. La afinidad cesa por la desvinculación conyugal o invalidez del matrimonio como por disolución de la unión libre.



Otras posiciones establecen que el matrimonio y las uniones libres, no convierten en parientes a los afines, pudiendo contraer matrimonio eventualmente entre consuegros, hermanastros, con cuñados, sin necesidad de dispensa alguna, porque el nexo familiar en la naturaleza jurídica de la relación es susceptible de cesación por la disolución o invalidez del matrimonio, subsistiendo en situaciones particulares y excepcionales como la obligación de la asistencia familiar.

El Código de Familia abrogado, no permitía el matrimonio entre afines en línea directa en todos los grados, asimismo prohibía el matrimonio por vínculos de adopción (Artículo 144 del Código de las Familias y del Proceso Familiar).

1º Entre el adoptante y el adoptado y sus descendientes.

2º Entre los hijos adoptivos de la misma persona.

3º Entre el adoptado y los hijos que pudiera tener el adoptante.

4º Entre el adoptante y ex cónyuge del adoptante y recíprocamente, entre el adoptante y ex cónyuge del adoptado.

4.4 Espiritual o religioso

El parentesco espiritual, denominado religioso o social, es el vínculo o relación que existe entre las personas unidas a través del sacramento del bautismo, confirmación, primera comunión y matrimonio, creando la relación espiritual entre el padrino y el ahijado, como entre compadres. Esta clase de parentesco estuvo regida por el Derecho Canónico que al presente ha perdido importancia.



Sin embargo, en algunas legislaciones, como la de Bolivia el parentesco espiritual mantiene su validez y vigencia, principalmente porque está relacionada con las excusas y recusaciones en determinados procesos judiciales, que se

encuentran establecidas en el Artículo 27, numeral 2do, de la Ley № 25 de 24 junio de 2010, de Organización Judicial que define:

Artículo 27. (CAUSAS DE EXCUSA Y RECUSACION)

Serán causas de excusa y recusación par magistrados y magistradas, las y los vocales, juezas y jueces.

2.- Tener relación de compadre, padrino o ahijado provenientes de matrimonio o bautizo con alguno de las partes.

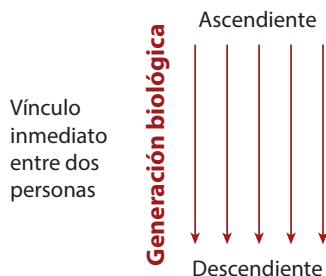
Por su parte, la Ley № 2027 de 27 de octubre de 1999, del Estatuto del Funcionario Público en su Artículo 11 (Incompatibilidades) dispone:

Parágrafo II. Además de estar sujetos a lo señalado en el numeral I del presente artículo, los funcionarios de carrera, no podrán ejercer funciones en la misma entidad, cuando exista una vinculación matrimonial o grado de parentesco hasta segundo grado de consanguinidad y segundo de afinidad, conforme el cómputo por del Código de Familia.

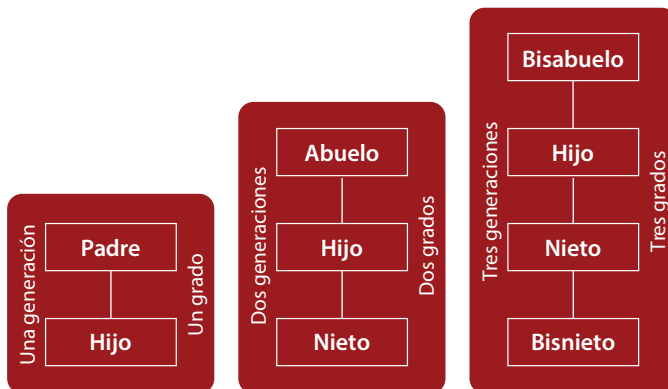
5. Grados de parentesco

Grado es el vínculo inmediato que existe entre dos personas formando la generación biológica, entre el ascendiente y el descendiente, padre, hijo, nietos. Cada generación constituye un grado y el orden seguido de grados la línea.

Grados de Parentesco



Aspiazú y Messineo ejemplifican este cómputo: Del padre al hijo hay un grado porque entre ellos media una generación, pues se trata de dos personas, resultando parientes en primer grado, excluyéndose el tronco. El abuelo y el nieto son parientes en segundo grado porque entre ellos median dos grados o generaciones, tratándose de tres personas familiares, debiendo excluirse el tronco. El bisabuelo y el bisnieto son pariente en tercer grado porque entre ellos median tres generaciones o porque se trata de cuatro personas, pero debiendo descontarse el tronco y así sucesivamente.



En la línea directa, en el Derecho Civil y en el Derecho Canónico el cómputo se hace del mismo modo. El grado está constituido por una generación, situación derivada del hecho de que una persona ha sido engendrada por otra (Morales, 1979).

Artículo 9. (Grados de parentesco)

La proximidad de parentesco se establece por el número de generaciones. Cada generación constituye un grado y el orden seguido de los grados, forma la línea.

Artículo 10. (Líneas de parentesco)

Las líneas de parentesco son:

- a) La línea directa que se divide en descendente y ascendente; la primera es la que relaciona al tronco con las personas que descienden de él y la segunda la que vincula a una persona con aquellas de quienes desciende. La línea directa puede ser también materna o paterna, según se determine el vínculo familiar por parte de la madre o del padre; y*
- b) La línea transversal o colateral que vincula a personas que no descienden las unas de las otras, pero que tienen un tronco común.*

Artículo 11. (Cómputo de grados)

I. En la línea directa se computan tantos grados cuantas son las generaciones, excluyendo el tronco; así, la hija o el hijo están con respecto a la madre o el padre en primer grado, y la nieta o el nieto en el segundo con relación a la abuela o abuelo.

II. En la línea transversal o colateral, los grados se computan por el número de generaciones, subiendo desde uno de los parientes hasta el tronco común y descendiendo luego hasta el otro pariente, siempre excluyendo el tronco; así, dos hermanas o hermanos están en segundo grado, la tía o el tío y la sobrina o sobrino en tercero, y las primas o primos hermanos en cuarto.

Las relaciones biológicas que median y forman parte de la familia consanguínea antes eran denominadas naturales o de linaje. El

objetivo del cómputo es establecer la menor o mayor proximidad de la relación jurídica que existe entre los miembros de la familia.

El Código de Familia señalaba:

Artículo 9. La proximidad del parentesco se establece por el número de generaciones: cada generación constituye un grado, y el orden seguido de los grados forma la línea.

6. Líneas de parentesco

La línea de parentesco es una escala en la que los parientes son clasificados según clase y rango. La línea está formada por el orden sucesivo de grados en una serie continua de generaciones biológicas. Hay diversas clases de líneas:

6.1 La línea recta o directa

11

Es la línea constituida por las personas que descienden biológicamente unas de otras y forman un vínculo parental.

La línea directa se divide en: a) Descendientes y b) Ascendientes

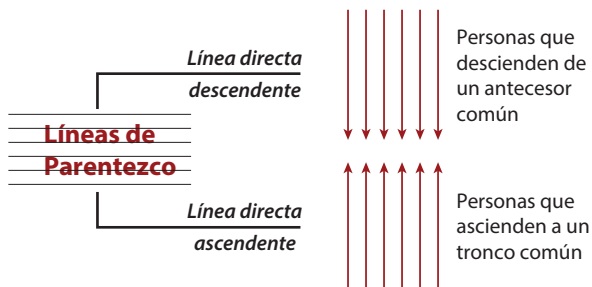
□ La línea directa descendente

Es la línea de personas unidas por vínculo de parentesco que descienden de un antecesor común. Por ejemplo, la serie de grados o generaciones formada por el abuelo, el padre, los hijos, los nietos y demás descendientes forman una línea directa descendente.

□ La línea directa ascendente

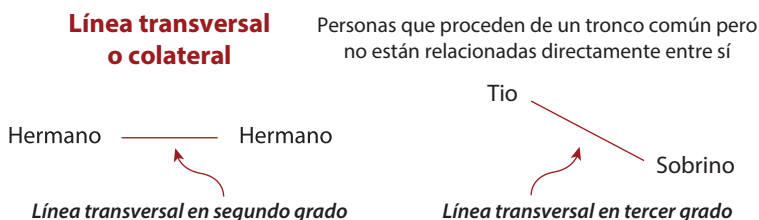
Es la línea que une a las personas por una serie de grados con vínculos de parentesco que ascienden a un

tronco común. Por ejemplo, las generaciones formadas por nietos, hijos, padre, abuelo y demás ascendientes forman una línea directa ascendente.



También es posible identificar el parentesco mediante la línea directa ascendente y descendente, desde la línea materna y paterna.

6.2 La línea transversal o colateral



Son las personas que proceden de un tronco común pero no están relacionadas directamente entre sí. Por ejemplo, entre los hermanos cuyo ascendiente común es el padre. Forman una línea transversal en segundo grado de parentesco. El tío y el sobrino forman una línea transversal en tercer grado.

7. El tronco o raíz

El tronco es la fuente creadora de la familia, mediante líneas de parentesco descendiente, ascendiente y transversal, unidos por vínculos de consanguinidad y que dan lugar a diferentes clases de parentesco. La distancia entre parientes está determinada por las generaciones.

8. Cómputo de los grados en el parentesco

Establece la proximidad del vínculo familiar. El cómputo en la línea directa resulta cuando se tiene en cuenta que cada generación constituye un grado, eximiendo el tronco o raíz.

Artículo 11. (Cómputo de grados)

I. En la línea directa se computan tantos grados cuantas son las generaciones, excluyendo el tronco; así, la hija o el hijo están con respecto a la madre o el padre en primer grado, y la nieta o el nieto en el segundo con relación a la abuela o abuelo.

II. En la línea transversal o colateral, los grados se computan por el número de generaciones, subiendo desde uno de los parientes hasta el tronco común y descendiendo luego hasta el otro pariente, siempre excluyendo el tronco; así, dos hermanas o hermanos están en segundo grado, la tía o el tío y la sobrina o sobrino en tercero, y las primas o primos hermanos en cuarto.

9. Consideraciones sobre el parentesco y sus efectos

a) El parentesco de consanguinidad es más importante que el parentesco de afinidad porque aquel tiene su origen en la misma sangre. Por ello el legislador toma en consideración la

consanguinidad en casos como los impedimentos matrimoniales y sucesorios.

b) El parentesco civil o legal crea relaciones semejantes al de consanguinidad y da origen a relaciones familiares, constituyéndose en fuentes de derechos y obligaciones.

c) El parentesco espiritual perdió importancia con la vigencia del Código de la Familias y del Proceso Familiar.

d) Los efectos del parentesco son *civiles* por su carácter legal, *procesales* por el régimen de excusas y recusaciones, *penales* por ser atenuantes y agravantes de delitos cometidos. Asimismo el parentesco da origen al régimen sucesorio (*mortis causa*, derecho a la herencia, desheredación).

14

e) Son procesales los efectos del parentesco porque constituyen causas de recusación y excusas. Cuando son parientes no se puede tramitar procesos ni ser testigos. Asimismo no pueden ejercer las funciones de jueces o magistrados frente a los parientes, con la excepción de la ley de protección a la mujer donde los parientes de la denunciante o del denunciado pueden ser testigos, siempre y cuando su declaración sea voluntaria.

Lección N° 2

Filiación y Registro

Temario

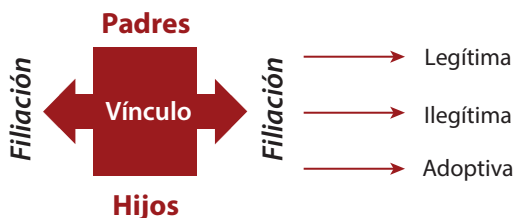
1. Concepto general. 2. Etimología. 3. Historia jurídica de los hijos extra matrimonium. 4. Legislación boliviana el derecho de la filiación. 5. Elementos probatorios de la filiación matrimonial. 6. Características de la filiación por voluntad. 7. Breves antecedentes históricos de la filiación en Bolivia. 8. Filiación por indicación. 9. Medios para interponer la filiación judicial. 10. Negación de maternidad o de paternidad 11. Negación de maternidad o de paternidad. 12. Acción de impugnación de filiación. 13. Efectos de la filiación. 14. Fecundación artificial. 14.1 Antecedentes históricos. 14.2 Nociones generales. 14.3 Teorías sobre la inseminación artificial. 14.4 Clases de fecundación artificial. 15. Legislación boliviana 16. Legislación comparada. 16.1 Legislación española. 16.2 Legislación alemana y sueca. 16.3 Legislación de Francia. 16.4 Legislación de Perú 17. Maternidad subrogada o alquiler de vientre. 17.1 Concepto. 18. Efectos y acuerdos jurídicos respecto del vientre de alquiler.

15

1. Concepto general

De acuerdo con Osorio (1997) filiación es el vínculo existente entre padres e hijos; puede ser legítima, derivada del matrimonio, ilegítima, derivada de unión no matrimonial o por adopción. La filiación ilegítima se da en casos de imposibilidad de matrimonio entre los padres, dando lugar a la filiación natural, o cuando media algún impedimento, por matrimonio subsistente de alguno de ellos (filiación *adulterina*); por relación de parentesco entre descendiente y ascendiente (filiación *incestuosa*) o en el ejercicio de una profesión religiosa (filiación *sacrílega*).

Según la doctrina clásica de filiación se clasificaban y definían varios tipos de filiación. A pesar de las diferencias entre unos y otros sistemas, fundamentalmente existen tres tipos de filiación: la legítima, la ilegítima y la adoptiva.



Actualmente las clasificaciones de filiación adulterina, incestuosa y sacrílega perdieron importancia en los ordenamientos jurídicos, que no hacen distinciones entre los hijos y admiten a todos los hijos como legítimos. Otros conceptos señalan que la filiación es el vínculo que une a los padres y los hijos, se halla restringida a la familia nuclear, como la relación inmediata del padre o la madre con los hijos.

En el Derecho de Familia, la filiación sirve para determinar el vínculo jurídico que existe entre los hijos y los padres, manteniéndose la relación de consanguinidad y familiaridad, por la concepción y el nacimiento; por la adopción generada por la creación ficticia de la ley, cuyos efectos son similares a la relación jurídica natural. En resumen, las relaciones de maternidad o de paternidad y de filiación resultan ser naturales y de ficción legal.

Según Larrea Olguín (2008, pág. 247) "... la generación de unas personas por otras es la base natural de la relación jurídica que se llama filiación, o recíprocamente paternidad y maternidad".

Además del hecho físico de la procreación el Derecho considera también el conjunto de nexos humanos, sentimentales, económicos etc., entre los padres e hijos, protegido y regulado por la ley Civil ecuatoriano.

Según Francesco Messineo filiación "...es la relación existente entre el nacido y sus progenitores, por virtud de la cual el primero se dice hijo de los segundos; *status* que le atribuye derechos y le hace objeto de los deberes inherentes a éste. El hecho de la filiación da

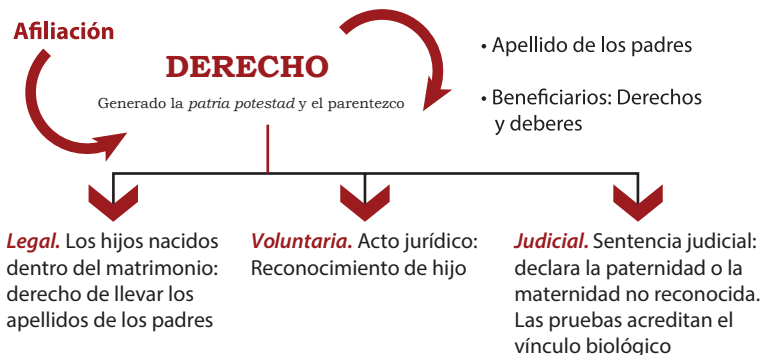
origen al parentesco de primer grado y su repetición produce las líneas y los grados” (citado por Morales, 1979, pág. 337).

La afiliación es un derecho que tienen los hijos de llevar el apellido de sus progenitores y hacerse beneficiarios de los derechos y deberes que genera la *patria potestad* y el parentesco.

La doctrina de la filiación determina los siguientes derechos:

- *Legal*, cuando la ley determina que los hijos nacidos dentro de matrimonio tienen el derecho de llevar los apellidos de los padres.
- *Voluntaria*, se refiere al acto jurídico de “reconocimiento de hijo”.
- *Judicial*, cuando resulta de una sentencia judicial emitida en proceso extraordinario que declara la paternidad o la maternidad no reconocida, basada en pruebas que acreditan el vínculo biológico.

17



2. Etimología

Del latín *filius* hijo y filiación, acción y efecto de filiar, lazo de parentesco entre padres e hijos. “*Filia Familias*” hija cuyo

padre vive y a cuya potestad jurídica está sometida, tal situación era limitada en Roma, en tanto que la mujer fuera soltera y no huérfana (Cabanellas, Pág. 69).

La traducción correcta es *hija de familia*, pero con esa restricción de capacidad que solía subsistir hasta ser cambiada por la de esposa, sujeta a la *manus* o *marital*.

3. Historia jurídica de los hijos *extra matrimonium*

Las sociedades griegas y romanas consideraban a los hijos nacidos fuera de matrimonio como *extramatrimonium*, quienes sufrían discriminación y no eran considerados miembros de la familia del progenitor, menos ciudadanos; legalmente eran conocidos como naturales e ilegítimos, adulterinos, incestuosos o sacrílegos.

18

Existían principios doctrinales de la filiación que se fundaron en el Derecho Canónico, sobre la base de tres requisitos: 1° *Nomen*, 2° *Tractatus*, 3° *Fama o reputatio*.

1° El *nomen*, es atributo de los hijos que usaban los apellidos de sus progenitores.

2° El *tractatus*, característica utilizada en público que tenían los progenitores.

3° *Fama o reputatio*, los hijos eran considerados como tales por la familia, cuando ésta se relacionaba con los demás miembros de la sociedad.

Posteriormente, con la influencia del cristianismo estas denominaciones y calificativos fueron atenuados reconociéndoles el derecho de asistencia alimentaria y su legitimación con el matrimonio posterior de sus padres. En la Edad Media los hijos ilegítimos sufrieron discriminación irracional al ser considerados *bastardos*, impedidos de ocupar cargos públicos, no pudiendo

casarse con hijos legítimos y tampoco gozar el derecho a la sucesión hereditaria.

Con la Revolución Francesa y las ideas liberales, se estableció la igualdad de los hijos legítimos y naturales mediante el Decreto Brumario de 9 de noviembre de 1799. Cuando Napoleón Bonaparte dio el Golpe de Estado terminó con el Directorio y dio lugar al Consulado. Este hecho marcó para los historiadores el final de la Revolución Francesa y se produjeron cambios profundos. La legislación familiar abolió definitivamente la discriminación de los hijos fuera del matrimonio.

Según Lewis Morgan en su obra *El Origen de La Familia, el Estado y la Propiedad*, la filiación puede ser conceptualizada como una institución jurídica que emerge de la familia monogámica (varón-mujer), donde las relaciones intersexuales, singulares, exclusivas entre un hombre y una mujer permiten determinar de forma indudable y exclusiva la paternidad de los hijos alcanzando además a la madre.

19

4. Legislación boliviana el derecho de la filiación

La Ley Nº 603, en el Título Tercero Capitulo Primero legisla sobre la filiación, al establecer lo siguiente:

Artículo 12. (Filiación)

I. Es la relación jurídico familiar que genera derechos y obligaciones de la madre, el padre o de ambos con relación a sus hijas o hijos. En relación a la madre, se la denomina maternidad, en relación al padre, se la denomina paternidad.

II. La filiación como derecho de las hijas e hijos se constituye en un vínculo jurídico y social que genera identidad de éstos en relación a su madre, a su padre o a ambos.

Entonces, la filiación constituye un vínculo jurídico familiar que une a los padres con los hijos; no es susceptible de extinción ni prescripción, está sintetizado en el conjunto de relaciones jurídicas recíprocas paterno-materno-filiales que generan una serie de derechos deberes y obligaciones autoridad sobre los hijos, respeto de los hijos hacia los padres, asistencia familiar recíprocas y el derecho a la sucesión *mortis causa*.

Artículo 13. (Derecho, obligación y garantía a la filiación)

I. Toda hija o hijo tiene derecho a la filiación materna, paterna o de ambos.

II. Toda madre, padre o ambos, tienen la obligación de establecer la filiación de su hija o hijo.

III. El Estado garantiza la filiación materna, paterna o de ambos.

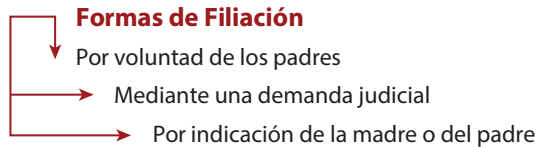
De acuerdo a los derechos y garantías establecidos en la Constitución Política del Estado (2009), los (as) hijos (as) cuentan con derechos imprescriptibles de conocer, saber e identificar al verdadero progenitor (es) con el objeto de contar con una identidad y apellidos de acuerdo al derecho natural de ser hijo.

Inicialmente, esta institución era solamente para el reconocimiento del padre, sin embargo, con el cambio de la sociedad se amplió a la madre porque era muy fácil demostrar el vínculo madre e hijos (as) por medio del parto. En una acepción concreta se presenta casos donde la mujer por motivos de honor, falta de apoyo moral o económico, abandona al recién nacido.

Artículo 14. (Formas de filiación y registro)

I. La filiación se realiza por voluntad conjunta de los progenitores, por indicación de la madre o del padre, o por resolución judicial.

II. Toda filiación deberá registrarse ante el Servicio de Registro Cívico de acuerdo a su normativa.



Artículo 15. (Filiación por indicación)

I. La madre o el padre podrá realizar el registro de filiación de su hija o hijo menor de edad, y por indicación la maternidad o paternidad del otro progenitor debidamente identificado, cuando éste no lo realice voluntariamente o esté imposibilitado o imposibilitada de hacerlo.

II. El Servicio de Registro Cívico, hará conocer la filiación a la persona indicada como padre o madre, en su último domicilio consignado; en caso de desconocerse el domicilio, esto no invalida la filiación por indicación. La persona indicada tiene derecho a la acción de negación en la vía jurisdiccional, sin perjuicio de la vigencia de la filiación registrada.

III. El registro de la filiación subsiste salvo cancelación por sentencia judicial.

Es concordante con el Artículo 65 de la Constitución Política del Estado.

La Constitución Política del Estado en el Artículo 65 determina que:

“En virtud del interés superior de las niñas, niños y adolescentes y de su derecho a la identidad, la presunción

de filiación se hará valer por indicación de la madre o el padre. Esta presunción será válida salvo prueba en contrario a cargo de quien niegue la filiación. En caso de que la prueba niegue la presunción, los gastos incurridos corresponderán a quien haya indicado la filiación”.

Artículo 16. (Filiación judicial)

I. La persona mayor de edad que no cuente con filiación materna o paterna, debidamente establecida, podrá demandar la filiación ante la autoridad judicial en materia familiar. La acción también podrá ser interpuesta por sus descendientes.

II. La o el hijo póstumo podrá dirigir su acción contra los herederos de quienes considera su madre o su padre.

III. Si la resolución judicial declara probada la demanda, se dispondrá en la misma resolución el respectivo registro.

Actualmente, la inversión y la carga de la prueba para la demostración de la maternidad o paternidad están a cargo del sindicado (a) o demandado (a).

La Ley N° 3934 de 18 de septiembre de 2008, determina la gratuidad de las pruebas de Ácido Desoxirribonucleico (ADN), se aplicarán en el Derecho de Familia dentro de los procesos de Declaración Judicial de Paternidad y Maternidad.

Las pruebas de ADN son realizadas por el Instituto de Investigaciones Forenses dependiente de la Fiscalía General de la República, por denuncias o querellas en los procesos penales por delitos de violación, abuso deshonesto, estupro, tipificados en el Código Penal, cuyas víctimas sean niñas, niños o adolescentes.

Los beneficiarios del examen gratuito de ADN son para todos los niños, niñas y adolescentes descritos en el Artículo 2 de la Ley

Nº 2026 Código del Niño, Niña y Adolescente de 27 de octubre de 1999, esta norma ha sido abrogada por la Ley No. 548 que otorga las garantías constitucionales y las leyes, siendo las niñas, niños y adolescentes sujetos de derechos amparados por el Estado, la familia y la sociedad.

La Ley Nº 3934, garantiza el servicio en todo el país de la prueba del ADN, para lo cual el Gobierno dispondrá el incremento del Presupuesto de la Fiscalía General de la República en las partidas correspondientes para la adquisición de reactivos, mantenimiento de equipos y contratación de personal necesario para la realización de pruebas de ADN con los fines establecidos.

Asimismo, se autoriza a la Fiscalía General de la República, la importación directa de los insumos químicos para las pruebas de ADN requeridos por el Instituto de Investigaciones Forenses. Para el pago de los tributos aduaneros por importación de dichos insumos químicos, el Ministerio de Hacienda gestionará la emisión de Notas de Crédito Fiscal con cargo al Presupuesto otorgado a la Fiscalía General de la República.

Artículo 17. (Acreditación de la filiación)

La filiación se acredita mediante Certificado de Nacimiento emitido por el Servicio de Registro Cívico. Conc. Art. 59 prg. IV, CPE. Arts. 108 al 114 C.N.N.A.

El Precepto constitucional hace referencia que todo Niña, Niño y Adolescente tienen derecho a la identidad y la filiación respecto a sus progenitores. Cuando no se conozca los progenitores utilizarán el apellido convencional elegido por la persona responsable de su cuidado. Por su parte, la Ley No. 548 a partir del Capítulo Tercer (Art. 108-114), establece los derechos a la nacionalidad, identidad, filiación, filiación judicial, prohibiciones, obligaciones en el registro, inscripción gratuita

5. Elementos probatorios de la filiación matrimonial

La maternidad se determina por los elementos: visibles, objetivos o materiales como el embarazo, parto, nacimiento y puerperio. Establecida la maternidad se puede establecer la paternidad; en consecuencia, debe tomarse elementos probatorias para demostrar la filiación como ser:

➔ **1° Certificado de nacimiento o testimonio**

Obtenido de la partida de nacimiento del hijo y certificado de matrimonio de los progenitores

➔ **2° La posesión de estado**

Goce y ejercicio de derechos y deberes mediante actos formales que demuestran la filiación

➔ **3° La prueba testifical o supletoria**

24

1° Certificado de nacimiento o testimonio obtenido de la partida de nacimiento del hijo y certificado de matrimonio de los progenitores, certificados expedidos por autoridad competente, oficial de registro civil, merecen plena fe probatoria en concordancia con el artículo 1534 del Código Civil. Este precepto señala (Fuerza probatoria):

I.- las partidas asentadas en los registros del estado civil así como las copias otorgadas por la dirección general de Registros Públicos, hacen fe sobre los actos que constan en ellas.

II.- Las indicaciones o menciones extrañas al acto objeto de la inscripción no tiene validez.

2° La posesión de estado, se funda en el goce y ejercicio de derechos y deberes, mediante actos normales que demuestran la filiación y vínculo; el hecho de llevar el hijo el apellido de sus padres, o el tratado como hijos en todos los actos de la vida matrimonial mediante la asistencia, educación recreación y ocio.

3° *La Prueba testifical o supletoria*, El Código Civil, en su Artículo 1535 determina que a la falta, destrucción o extravío de los documentos se puede comprobar judicialmente el acto que interesa a demanda de parte con citación a quien corresponda pidiendo la reposición de la partida, con la prueba testifical y otros documentos domésticos del padre o la madre (fotografía, recuerdos de bautizo, comunión, libretas de estudio).

6. Características de la filiación por voluntad

El Reconocimiento Voluntario de los progenitores en favor de los hijos (as) presenta caracteres muy propios a diferencia de otros actos jurídicos familiares:

ARTÍCULO 14. Formas de filiación y registro

I. La filiación se realiza por voluntad conjunta de los progenitores, por indicación de la madre o del padre o por resolución judicial.

II. Toda filiación deberá registrarse ante el Servicio de Registro Cívico de acuerdo a su normativa.

Características de la filiación

a) Acto jurídico voluntario declarativo de uno o ambos progenitores.

b) Reconoce carácter retroactivo al día de la concepción del hijo.

c) El progenitor para reconocer a su hijo (a) no requiere de capacidad de obrar, el menor puede reconocer libremente a quién considera su hijo.

d) El reconocimiento es irrevocable y cuando se hace en testamento surte efectos aunque el testamento se r evoque e n concordancia c on l os A rtículos 9 (Derecho al nombre) y 10 (apellido del hijo) del Código Civil.

e) Obedece a un acto unilateral, no requiere de la aceptación del reconocido.

f) Es puro y simple, no está sujeta a ninguna condición y plazo

El artículo 1289 del Código Civil Boliviano legisla sobre la fuerza probatoria del documento público.

7. Breves antecedentes históricos de la filiación en Bolivia

Con la aplicación del Código Canónico y la influencia de la Iglesia Católica se hacía una diferencia discriminatoria hacia los hijos por su procedencia. La igualdad jurídica de los hijos fue establecida en la Constitución de 1938 determinando prohibiciones en la utilización de adjetivos como ser hijos incestuosos, sacrílegos etc.

No admite desigualdad entre los hijos, no distingue origen, tienen iguales derechos y deberes respecto de sus padres. A pesar de esta norma persistió durante varias décadas del siglo XX los hijos legítimos, ilegítimos o naturales.

26

El artículo 176 del Código de Familia (1973) indicaba:

Se suprime la antigua clasificación de la filiación en legítima, natural e ilegítima, prohibiéndose su uso a los funcionarios y empleados públicos, así como a las personas particulares, en los actos oficiales y privados que les conciernen... Los hijos serán nombrados sin ninguna calificación y al hacerse referencia a los padres, en los casos que sea menester, se consignarán simplemente sus nombres y apellidos sin agregar otra mención.

Se han desarrollado normas de Derecho Internacional como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas, la Declaración de los Derechos del Niño aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1959, así como el Pacto de San José de Costa Rica 1969, Convención sobre los Derechos del Niño suscrito en 1989, ratificada por Ley 1152 de 14 de mayo de 1990, y otros que garantizan la igualdad absoluta entre los hijos.

8. Filiación por indicación

La Ley N° 603 en su Artículo 15 establece:

Artículo 15. (Filiación por indicación)

I. La madre o el padre podrá realizar el registro de filiación de su hija o hijo menor de edad, y por indicación la maternidad o paternidad del otro progenitor debidamente identificado, cuando éste no lo realice voluntariamente o esté imposibilitado o imposibilitada de hacerlo.

II. El Servicio de Registro Cívico, hará conocer la filiación a la persona indicada como padre o madre, en su último domicilio consignado; en caso de desconocerse el domicilio, esto no invalida la filiación por indicación. La persona indicada tiene derecho a la acción de negación en la vía jurisdiccional, sin perjuicio de la vigencia de la filiación registrada.

III. El registro de la filiación subsiste salvo cancelación por sentencia judicial.

Este artículo es concordado con el Artículo 65 de la Constitución Política del Estado.

Esta forma de filiación (por indicación) es una innovación concretada en la Constitución Política del Estado porque con la sola indicación de cualquiera de los progenitores, mediante acto simple ambos o uno de ellos puede apersonarse, acreditar su identidad en el Registro Cívico y con la sola mención (indicación) de señalar la filiación, proceder al registro e inscripción del menor, surtiendo efectos jurídicos a partir de ese acto.

El fundamento jurídico y su naturaleza está contemplado en el Artículo 65 de la Constitución Política del Estado (2009), al

determinar y garantizar el derecho a la identidad, velando por el interés superior de las niñas niños y adolescentes.

Quien negare la presunción de filiación estará a cargo de probar la misma mediante acción judicial. En caso que el supuesto progenitor pruebe la inexistencia de la filiación (paternidad o maternidad) los gastos incurridos correrán a cargo de quien realizó la falsa indicación.

9. Medios para interponer la filiación judicial

La Ley N° 603 en su Artículo 16 establece los procedimientos para lograr la filiación y el registro.

Artículo 16. (Filiación judicial)

I. La persona mayor de edad que no cuente con filiación materna o paterna, debidamente establecida, podrá demandar la filiación ante la autoridad judicial en materia familiar. La acción también podrá ser interpuesta por sus descendientes.

II. La o el hijo póstumo podrá dirigir su acción contra los herederos de quienes considera su madre o su padre.

III. Si la resolución judicial declara probada la demanda, se dispondrá en la misma resolución el respectivo registro.

La filiación se demuestra y se presenta para todos los actos de la vida civil desde la obtención del Certificado de Nacimiento.

Artículo 17. (Acreditación de la filiación)

La filiación se acredita mediante Certificado de Nacimiento emitido por el Servicio de Registro Cívico.

Es concordante con el Artículo 59, parágrafo IV de la Constitución Política del Estado, y los Artículos 108 al 114 del Código Niña Niño y Adolescente.

El artículo 59, conforme a los derechos de las niñas, niños y adolescentes, la norma establece el derecho a la afiliación y la identidad. Ante la ausencia de progenitores el Estado a través de sus instituciones gubernamentales procede a otorgarle nombre y apellidos de manera convencional.

El Código Niña, Niño y Adolescentes, Ley N° 548, establece el principio de gratuidad del primer certificado de nacimiento. En caso de desastre o por tratarse de un adolescente trabajador en situación de calle se le otorgará el certificado de nacimiento duplicado (Artículo 114).

10. Negación de maternidad o de paternidad

El Capítulo Segundo en su Artículo 18 de la Ley N° 603 establece la negación de maternidad o paternidad y el registro de filiación errónea, tomando en consideración plazos.

29

Artículo 18. (Acción de negación de maternidad o de paternidad)

I. La maternidad o paternidad puede ser negada por quien figure en el registro como padre o madre en el plazo máximo de seis (6) meses desde que ha tomado conocimiento de su registro.

II. La persona que ha registrado una filiación errónea, puede también plantear la acción de negación de maternidad o paternidad en el término de cinco (5) años computable desde la inscripción en el Servicio de Registro Cívico.

La legislación Bolivia a partir de la vigencia de la Ley N° 603 separa la aplicación de la norma adjetiva Civil, crea el sistema de procesos en materia familiar y establece los procesos ordinario, extraordinario y de resolución inmediata.

En el caso de negación de maternidad o paternidad el proceso es sustanciado por la vía extraordinaria contemplado en el

Artículo N° 434 inciso d) del Código de las Familias y del Proceso Familiar.

Artículo 435. (Inicio de proceso)

El proceso se inicia con la presentación de la demanda ante la autoridad competente, conforme a las disposiciones de este Código.

La demanda debe estar conforme a las previsiones del Artículo 258 de la Ley N° 603 presentada ante la autoridad judicial competente en materia familiar. Conforme a la Ley de Organización Judicial, la autoridad jurisdiccional es el Juez Público de Materia de Familia de turno. La omisión incorrecta al señalar la autoridad judicial competente no es motivo de rechazo. Los servidores judiciales deberán actuar con celeridad bajo pena de responsabilidad; asimismo la falta de cita de norma sustantiva o adjetiva por parte de demandante no será motivo de rechazo, cuando las mismas se puedan deducir conforme a los hechos y peticiones fundamentadas.

Conforme al Artículo 259 de la Ley N° 603 la demanda debe contener varios requisitos de formales, de forma y de fondo, entre otros información que identifica el objeto, el objetivo y la petición concreta de la demanda:

- a) *Indicación de la autoridad judicial ante quien se interpusiere la demanda.*
- b) *Nombre completo, dirección del domicilio o residencia habitual del demandante y cédula de identidad. Podrá indicar la dirección de correo electrónico, cuando se regule por la autoridad competente.*
- c) *Nombre y algún dato que individualice al demandado, indicación de su domicilio, lugar de trabajo u otro en el que pueda citársele.*

- d) *Relato breve y preciso de los hechos, además de los fundamentos concretos y pertinentes de derecho que justifique su pretensión.*
- e) *La petición concreta.*
- f) *Firma del demandante, o en su caso su huella digital si no supiere o no pudiere firmar.*
- g) *En la demanda, se podrá solicitar la aplicación de medidas cautelares o provisionales que correspondan según la naturaleza de la acción.*
- h) *Junto a la demanda se acompañará obligatoriamente la fotocopia simple de la Cédula de Identidad de la o del demandante.*
- i) *La firma de la o el abogado que patrocina.*

Una vez conocida la demanda por la autoridad jurisdiccional, ésta analiza y estudia la petición y toma las decisiones que correspondan.

Artículo 436. (Admisión de la demanda)

La autoridad judicial al momento de admitir la demanda, decidirá sobre la adopción de las medidas cautelares y provisionales y ordenará se cite a la parte demandada.

El juzgador previo análisis a la pretensión y petición, verificado los documentos que adjunte el demandante ordenará el traslado con la citación al demandante para su contestación.

Una vez notificado el demandado y conocido el objeto de la demanda, aquel tiene un plazo determinado para contestar de manera afirmativa o negativa. En caso afirmativo el juzgador, por no existir controversias, dicta sentencia de manera inmediata.

Artículo 437. (Contestación)

I. La o el demandado deberá contestar la demanda en el plazo de cinco (5) días, conforme a las disposiciones de este Código.

II. Si la contestación fuese afirmativa y los derechos disponibles, la autoridad judicial de inmediato dictará sentencia.

El Artículo 438 define aspectos en caso de contestación con excepciones el plazo para el pronunciamiento de la parte demandante y la resolución.

Artículo 438. (Excepciones)

Si con la contestación se han planteado excepciones, éstas serán puestas a conocimiento de la parte demandante para que se pronuncie en el plazo de tres (3) días. Con o sin respuesta se resolverán las mismas en los siguientes tres (3) días.

La audiencia se realiza cuando no existe acuerdo entre las partes. Además entre la fijación de la audiencia y su realización se pueden presentar pruebas de cargo y descargo.

Artículo 439. (Fijación de audiencia)

I. Cumplidas las diligencias anteriores, la autoridad judicial fijará audiencia, siempre que existan puntos controvertidos a decidir en el plazo no mayor a los diez (10) días.

II. Durante el periodo entre la resolución de fijación de audiencia hasta la fecha de su instalación, se podrá realizar prueba pericial, inspección judicial y testifical a consideración de la autoridad judicial. También podrán ofrecerse otras pruebas de reciente obtención.

Los actos de la audiencia se refieren a las intervenciones de la autoridad judicial, el demandante y el demandado, los peritos y los testigos. Si las partes hubieran llegado a un consenso la autoridad aprobará dicho acuerdo. En caso contrario se ejecutan varias actuaciones, entre ellas la verificación de las pruebas, la admisión o rechazo de las mismas, exposición de motivos por las parte.

Artículo 440. (Actos de la audiencia)

En la audiencia se realizarán las siguientes actuaciones:

- a) Se instalará la misma a cargo de la autoridad judicial y se ordenará que por secretaría se verifique la asistencia de las partes y sus abogados.*
- b) Se procederá a la ratificación de la demanda y de la contestación, o alegación de hechos nuevos.*
- c) Los incidentes que se presenten se resolverán de manera inmediata, sólo si es necesario se correrá en traslado a la parte contraria.*
- d) Homologación del acuerdo de partes, si es presentado en audiencia*
- e) Se intentará la conciliación de oficio o a solicitud de parte, salvo en casos de divorcio.*
- f) La autoridad judicial decidirá sobre la admisión o rechazo de la prueba ofrecida. Podrá disponer la forma y el orden de la producción de la prueba. Cuando sea necesario dispondrá la permanencia de testigos y peritos en sala, a los efectos de eventuales declaraciones complementarias o careos.*
- g) La autoridad judicial otorgará la palabra al demandante y al demandado, si la solicitan, a efectos de que éstos*

puedan expresar sus motivaciones conclusivas en un tiempo máximo de diez (10) minutos.

- h)** *Concluida la intervención de las partes y los alegatos, la autoridad judicial pronunciará sentencia, quedando las partes notificadas.*

Artículo 441. (Disponibilidad de la sentencia)

I. Dentro de los tres (3) días siguientes se notificará a las partes con la sentencia.

II. Si la sentencia no fuera apelada en el plazo establecido en el presente Código, la autoridad judicial de oficio o a petición de parte declarará ejecutoriada la sentencia.

A diferencia de la legislación familiar abrogada, la Ley N° 603 ha previsto que la acción de denegación de maternidad o paternidad, este sujeto a plazos perentorias para que el interesado o damnificado pueda recurrir ante la autoridad judicial competente para corregir el error cometido en la filiación dudosa o engañosa.

En los casos en que los progenitores están impedidos de procrear y deciden utilizar los procedimientos técnico-médicos de inseminación artificial, *in vitro* y otros, al momento de iniciar estos procedimientos quedan obligados a la filiación posterior del producto (hijo/hija). Esto quiere decir que no pueden negar la filiación y responsabilidad sobre el nuevo ser.

Artículo 19. (No aplicabilidad)

En los casos en que se haya recurrido a técnicas de reproducción asistida con consentimiento escrito previo, informado y libre, de la madre, del padre o de ambos, no se aplica la impugnación de filiación para quienes hubiesen dado su consentimiento.

11. Acción de impugnación de filiación

La impugnación es la objeción, refutación o contradicción referidas a los actos y escritos de la parte contraria cuando son objeto de discusión por negación de filiación ante los tribunales o respecto de las resoluciones judiciales, contra las cuales cabe algún recurso.

La Constitución Política del Estado Boliviano (2009) en el Artículo 180, II, garantiza el derecho a presentar las impugnaciones pertinentes a los interesados que son falsamente sindicados como progenitores.

“II. Se garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales”.

La Ley N° 603 en su Artículo 20 aclara que la impugnación o es necesariamente personal también puede ser representada por un tercero,

Artículo 20. (Acción de impugnación de la filiación)

La filiación puede impugnarse por la o el interesado o su representado, o por quien ejerce la tutela cuando la filiación no le corresponda o se sintiere afectada o afectado por ésta.

El Artículo 21 describe los casos que dan lugar a la reclamación o impugnación, entre los que sobresalen la simulación de embarazo, la sustitución o substracción de la hija o del hijo o existencia de acusación de ser víctima.

Artículo 21. (Reclamación e impugnación de filiación)

I. La reclamación e impugnación de filiación procede en los siguientes casos:

a) Suposición o simulación de embarazo o alumbramiento.

- b) Substracción o sustitución de la o el hijo.**
- c) Exista acusación ante la autoridad competente de ser o haber sido víctima de delitos contra la libertad sexual por parte de la madre o el padre.**
- d) Cuando provenga de una acusación ante la autoridad competente, por delitos contra la libertad sexual a la madre de la hija o el hijo que impugna la filiación.**

II. En los casos señalados en el párrafo anterior puede impugnarse o reclamarse una filiación distinta, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales a las y los responsables.

III. Esta acción podrá ser interpuesta por la o el hijo menor de edad, por intermedio de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o por la Defensoría de la Niñez y Adolescencia.

IV. La resolución que declara probada la demanda, dispondrá el nuevo registro de filiación ante el Servicio de Registro Cívico. Quedan a salvo el derecho de las partes y de terceros interesados.

V. Ninguno de las o los que hayan sido parte en el fraude de substracción o de sustitución de hija o hijo, aprovechará de manera alguna el descubrimiento del mismo, ni aún para ejercer en relación a la hija o hijo el derecho de autoridad materna o paterna, o para exigir asistencia familiar o para suceder en sus bienes por causa de muerte.

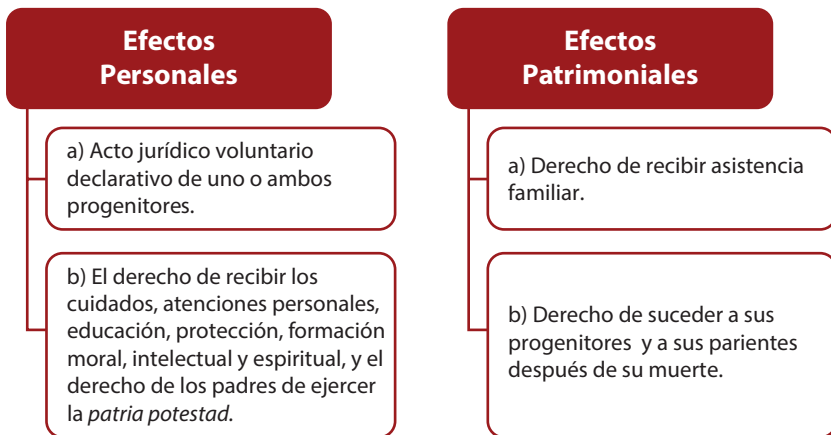
La ley precautela los derechos de los hijos e hijas respecto de la imprescriptibilidad de la acción de objeción de filiación.

Artículo 22. (Imprescriptibilidad de la acción)

La hija o el hijo pueden iniciar la acción en cualquier tiempo, no existiendo ningún plazo para su interposición.

12. Efectos de la filiación

El vínculo de consanguinidad, biológico o legal de la filiación tiene varias implicaciones, entre ellas: personales y patrimoniales.



13. Fecundación artificial

13.1 Antecedentes históricos

La tecnología de la inseminación artificial no es actual. Posiblemente fue intentada por doña Juana, esposa del Rey Enrique IV de Castilla en el siglo XV. El científico holandés Leeuwenhoek en 1677 hizo observaciones de espermatozoides con la ayuda del microscopio.

Posteriormente el sacerdote y fisiólogo italiano Lazzaro Spallanzani demostró la necesidad de contacto físico entre el óvulo y el espermatozoide para el desarrollo de un embrión, lo que superó la idea de que el embrión era producto de una semilla masculina nutrida en la mujer.

Spallanzani experimentó exitosamente la inseminación artificial en peces y anfibios. En 1784 la inseminación artificial realizada en una perra derivó en el nacimiento de tres cachorros saludables 62 días después. La primera inseminación artificial en un ser humano fue realizada en 1790 por el cirujano escocés John Hunter con el semen inyectado en la vagina de la esposa de un paciente que padecía de hipospadia.

En 1866 Paolo Mantegazza creó en Pavía un banco veterinario de esperma, con la idea de conservar el semen masculino. Las técnicas modernas de inseminación artificial se basaron en esas experiencias. En 1922 el ruso Ivanoff realizó con éxito la inseminación artificial en un caballo.

En 1949 se elaboraron métodos de congelación y descongelación del esperma y en 1950 se añadieron antibióticos al semen para prevenir enfermedades venéreas.

En la década de los '70 y '80 del siglo XX se desarrollaron métodos más eficaces de recolección de semen. El año 1960 los británicos Robert Geoffrey Edwards y Patrick Steptoe concretaron las ideas del científico Min Chueh Chang y del francés R. Thipaut sobre la inseminación y fecundación de un óvulo con un esperma. Después de varios intentos el 27 de julio de 1978 nació Louise Brown, producto de una inseminación artificial *in vitro*.

13.2 Nociones generales

La fecundación artificial es el método técnico científico de procreación que no requiere la mediación del coito entre hombre y mujer. Da origen de la filiación. En cambio la inseminación artificial es el procedimiento que sustituye al coito (relación sexual).

Uno de los métodos simples de inseminación artificial, con semen de la pareja o del donante, consiste en depositar el semen en su vagina en el momento en que un óvulo es liberado en la mujer.

Hay otros procedimientos más complejos que incrementan la probabilidad de éxito de la fecundación.

13.3 Teorías sobre la inseminación artificial

Hay varios enfoques y teorías sobre la inseminación artificial. Entre ellas están las perspectivas científica, religiosa y legalista. Desde la perspectiva científica son válidas las prácticas de inseminación artificial efectuada por médicos obstetras que resuelven el problema médico de las parejas infecundas que habiendo agotado otras medidas terapéuticas deciden aplicar las técnicas para lograr la fertilización.

La perspectiva religiosa es sostenida por la Iglesia católica que acepta la práctica de la inseminación homóloga, pero considera a la heteróloga como un desorden moral condenable.

En el IV Congreso Internacional de Médicos Católicos de 29 de septiembre de 1949 Pío XII estableció la inmoralidad de la fecundación artificial fuera del matrimonio y de la fecundación artificial en el matrimonio producida por un tercero. La perspectiva legalista considera los distintos factores legales de la inseminación artificial en diferentes momentos históricos y contextos sociales, que dan lugar a varias reglas.

Estándares de la perspectiva legalista

Manifestación de voluntad de la pareja y del equipo médico para realizar la inseminación artificial

Un documento escrito, claro y preciso que plasme esa voluntad conjunta.

Determinación e individualización de las partes intervinientes.

Individualización del origen del espermatozoides.

Individualización de los responsables por el resultado de la inseminación artificial.

Individualización de la mujer.

13.4 Clases de fecundación artificial

Paz (2010, pág. 385 y 386) señala que la inseminación puede homóloga y heteróloga.

Se denomina inseminación *homóloga* cuando se efectúa con semen del marido o del hombre con quien la mujer convive de manera estable (relación libre o de hecho). Es la inseminación con material genético de la misma pareja, casada o no. Cuando proviene de una pareja casada, la determinación de la filiación del hijo es relativamente fácil ya que el material genético proviene del marido, al mismo tiempo padre. Si la inseminación artificial homóloga se realiza con pareja no casada según las normas usuales de Derecho común la filiación se determina en relación a la madre. En relación al otro progenitor, la solución legal se da de acuerdo con la legislación de cada país. En Bolivia en general se recurre al Artículo 137 y siguientes del Código de Familias y del Proceso Familiar.

La inseminación es *heteróloga* cuando se realiza con el material de un hombre con el que la mujer no está unida en matrimonio, de quien no es su esposo ni su compañero *more uxorio*. El hombre puede ser anónimo, donante a través del banco de semen. Esta práctica, conceptualizada como terapia para la pareja estéril cuando el marido padece de *impotencia generandi*, también es denominada inseminación terapéutica.

Inseminación homóloga

Se efectúa con semen del marido o del hombre con quien la mujer convive de manera estable (relación libre).

Si la inseminación artificial homóloga se realiza con pareja no casada según las normas usuales de Derecho común la filiación se determina en relación a la madre. En relación al otro progenitor, la solución legal se da de acuerdo con la legislación de cada país.

Inseminación heteróloga

Se realiza con el material de un hombre con quien la mujer no está unida en matrimonio, no es su esposo ni su compañero *more uxorio*.

El hombre puede ser anónimo, donante a través del banco de semen. Esta práctica, es conceptualizada como terapia para la pareja estéril cuando el marido padece de impotencia generandi.

14. Legislación boliviana

Bolivia a partir de la Constitución Política del Estado (2009), abre el marco jurídico sobre un tema novedoso para la legislación nacional, sobre el respeto a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y de los hombres que anteriormente no fueron contempladas.

Constitución Política del Estado, Artículo 66:

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

Ley N° 603. Artículo 174 (Derechos comunes). Los cónyuges tienen los siguientes derechos:

- a) *Al respeto mutuo, a su integridad física, psíquica, sexual y emocional.*
- b) *A decidir libremente y de acuerdo mutuo, sobre tener o no tener hijas e hijos, cuantos y cuando tenerlas o tenerlos y el espaciamiento entre los nacimientos.*

41

Lo cual es concordante con los derechos a la salud y a la seguridad social vigentes en el ámbito internacional. Algunos de esos instrumentos son:

- ☐ Declaración de los Derechos Humanos
- ☐ Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- ☐ Convención de Derechos Niño y Niña
- ☐ Pacto de Derechos Sociales y Culturales

El Estado boliviano acepta lo establecido por esos instrumentos internacionales.

En Bolivia se aplica el conocimiento científico, la tecnología, las técnicas y los procedimientos médicos de la reproducción asistida, pero los mismos no están legislados y sólo se tienen regulaciones muy generales sobre aquella. Por ejemplo, la Ley N° 603 se refiere a las técnicas de reproducción asistida.

Artículo 19. (No aplicabilidad)

En los casos en que se haya recurrido a técnicas de reproducción asistida con consentimiento escrito previo, informado y libre, de la madre, del padre o de ambos, no se aplica la impugnación de filiación para quienes hubiesen dado su consentimiento.

15. Legislación comparada

42

El derecho a la sexualidad hace referencia a los derechos humanos como expresión de la sexualidad sin discriminación por motivos de orientación sexual.

El derecho a la sexualidad reconoce el respeto a la libertad de orientación sexual de las personas y su diversidad: heterosexual u homosexual (lesbianas, bisexuales y personas transgénero). En la base del derecho a la sexualidad está el derecho a la no discriminación, estrechamente relacionado con el ejercicio y la protección de otros derechos fundamentales.

En el marco de los derechos humanos los derechos sexuales están comprendidos en las declaraciones de la Organización de Naciones Unidas sobre los derechos reproductivos y la salud reproductiva.

El surgimiento de organizaciones sociales y civiles que buscan el reconocimiento de la sexualidad como un derecho humano y el respeto a la diversidad sexual es producto de las aperturas

culturales y sociales, así como de una mayor tolerancia de la sociedad a las diferencias entre las personas. Estos grupos también se han enfrentado a la oposición de grupos conservadores, principalmente la Iglesia Católica.

El concepto *derechos reproductivos*, se construyó en base a las normas internacionales formuladas las Naciones Unidas y la Organización Mundial de la Salud. Apareció en la Conferencia de Teherán de 1968 y en la Conferencia sobre Población de 1974 (Bucarest), como derecho fundamental de las parejas y de los individuos.

Por primera vez los derechos reproductivos y de la salud reproductiva son incluidos e integrados en la planificación familiar en la Conferencia Internacional para mejorar la salud de las Mujeres y los Niños por medio de la Planificación Familiar (Nairobi, Kenia, 1987).

El Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo en septiembre de 1994), describe los aspectos básicos los derechos reproductivos como:

“Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en leyes nacionales, documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y a disponer de la información y de los medios para ello, así como el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones o violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.

En Países europeos existen diferentes tipos de regulación legal en materia de reproducción asistida; algunos se rigen por recomendaciones de tipo médico-ético emitidas por instituciones de profesionales médicos, otros por decretos y normativas. Por último, existen países que tienen una legislación específica sobre las técnicas de reproducción asistida y/o experimentación embrionaria, como es el caso de Suecia, Dinamarca, Noruega, España, Inglaterra, Alemania y Francia”.

15.1 Legislación española

Un método de estudio adecuado del Artículo 9 de la Ley Nº 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida requiere dar un tratamiento diferenciado a las dos hipótesis contempladas en dicho precepto.

44

Por una parte, la inseminación artificial de la viuda o de la compañera *more uxorio* con el esperma del varón tras el fallecimiento de éste, con cuya admisión el legislador, además de incumplir el mandato vinculante de actuación dirigido a la protección del menor previsto en los párrafos 3º y 4º del artículo 39 de la Constitución Española de 1978, ha ignorado el principio del interés superior del menor: el legislador debe garantizar que un niño nazca con progenitores que le presten asistencia de todo orden. La segunda hipótesis regulada es la transferencia *post mortem* al útero materno de preembriones generados con anterioridad al fallecimiento del varón.

La ley española acepta la Inseminación artificial “post-mortem”, si bien deberá realizarse en los 6 meses siguientes al fallecimiento del marido o compañero, siempre que éste lo haya consentido previamente en escritura pública o testamento (para reconocer la filiación legal al niño que nazca).

15.2 Legislación alemana y sueca

La legislación alemana prohíbe la Inseminación Artificial post-mortem de forma expresa y la Sueca de forma implícita, ya que el Artículo 2º de la Ley sobre la Inseminación Artificial de 1984 señala: *“La Inseminación Artificial sólo puede realizarse con la condición de que la mujer esté casada o cohabite con un hombre de circunstancias similares al matrimonio. Debe obtenerse el consentimiento escrito del marido o compañero”*.

15.3 Legislación de Francia

En Francia se prohíbe tanto la inseminación como la transferencia de embriones *post mortem*. Ello deriva de dos datos:

Primero, se exige que los usuarios de tales técnicas deben estar vivos y, segundo, de modo expreso se señala que la muerte de uno de los miembros de la pareja impide la inseminación y la transferencia de embriones (así, véase L. 2141-2 del *Code de la Santé Publique*, reforzado por el apartado 3 del art. 3 1 1-20 del Código Civil, que señala que el consentimiento deviene ineficaz en caso de muerte antes de la realización de la procreación médica asistida).

15.4 Legislación de Perú

A través de la Ley General de Salud N° 26842”, el Artículo 7 expresa: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

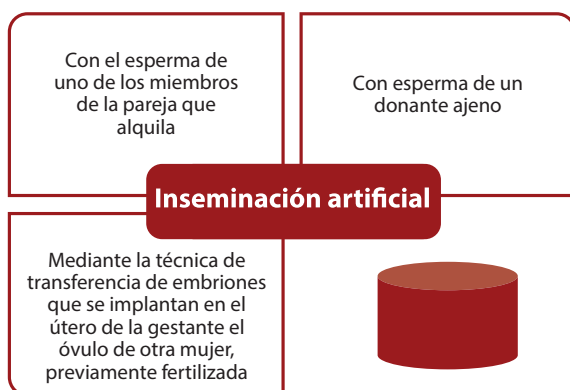
Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”.

El Código Civil Peruano, respecto al derecho a la vida las técnicas de reproducción asistida vulneran de alguna manera los derechos a la personalidad, y también derecho a la integridad, donde el concebido tiene derecho a su integridad, la Constitución Política de Perú en su artículo 2, Inc. 1 expresa: “Toda persona tiene derecho a su integridad moral, psíquica y física (...)”.

16. Maternidad subrogada o alquiler de vientre

16.1 Concepto

El alquiler de vientre o maternidad subrogada es una práctica en que una pareja o un individuo (homosexual o heterosexual) contratan o pactan con una mujer, la gestación de un embrión que es el resultado de la inseminación artificial.



En esta última técnica la gestante no aporta material genético, lo que disminuye su involucramiento afectivo con el producto. Este método relativamente moderno y tecnológico es preferido por

hombres o mujeres que desean criar solos o solas a sus hijos o tienen otra preferencia sexual.

17. Efectos y acuerdos jurídicos respecto del vientre de alquiler

Los efectos derivados del alquiler de vientre involucran a varios sujetos, por ejemplo, los contratantes, la contratada, los donantes y el producto que vendría a ser el objeto del contrato; esta temática no ha sido abordada ni protegida por la legislación boliviana.



La Constitución Política de 2009 simplemente hace referencia a la salud y reproductiva y no hay un reglamento que determine el alcance, límites y participación del Estado en esta cuestión.

En todo este acto jurídico participan otros actores como ser las Empresas prestadoras de este servicio que son las que preparan, almacenan, custodian y venden embriones, lo que constituye un complejo de derechos, obligaciones, responsabilidades y otros efectos jurídicos que puede producir conflictos y controversias entre los participantes.

Ante la eventualidad de presentarse en casos concretos por el incumplimiento del contrato los juzgadores deben admitir la acción y juzgar bajo los principios generales del Derecho (de salud, de reproducción, normas niña, niño adolescente, nacionales y supranacionales).

Por ello existe la necesidad de generar norma jurídica especializada con la participación de juristas, médicos y el Estado, tomando en consideración los avances tecnológicos, éticos, morales y el contexto socio cultural.

Lección N° 3

Patria Potestad y/o Autoridad Parental

Temario

1. *Nociones generales.* 2. *Concepto.* 3. *Formación y crianza de los hijos.* 4. *Posiciones sobre la naturaleza y autoridad de la Patria Potestad.* 5. *Ejercicio de la Patria Potestad.* 6. *Efectos de la Patria Potestad o autoridad parental.* 7. *Restitución de la Patria Potestad o autoridad.* 8. *Extinción de la Patria Potestad o autoridad parental.* 8.1 *Concepto de extinción.* 9. *Pérdida de Patria Potestad o autoridad parental.* 9.1 *Concepto de pérdida.*

1. Nociones generales

La potestad es un conjunto de derechos y obligaciones íntimamente vinculadas y correlativas. Todos ellos persiguen un fin de carácter social dentro de la organización de la familia.

49



De ningún modo se debe considerar como una potestad absoluta, sino más bien como algo relativo, es decir encuadrada en las exigencias de proteger a los menores y lograr el bien de la familia. Por esto mismo la *Patria Potestad* ha perdido el carácter primitivo de perpetuidad, es transitoria y está sujeta a un cierto control por parte de las autoridades públicas tendiente

a evitar los abusos. Existen dos enfoques con referencia al ejercicio de la *Patria Potestad* que pueden generar concepciones contradictorias:

a. Que deja las relaciones familiares a la libre decisión y ejercicio sobre los menores por parte de los padres, donde el Estado no tiene mecanismos de interferencia en la solución de conflictos o controversias y sólo interviene en casos extremos.

b. Que prioriza la intervención del Estado en las relaciones familiares, regulando y controlando el funcionamiento del núcleo familiar, lo cual constituye un peligro actual en la evolución de la Patria Potestad, la excesiva intervención estatal que coloca en una situación indeseable la intimidad del hogar. En el caso de la legislación boliviana se cuenta con la Defensoría de la niña, niño y adolescente ante abusos de la Patria Potestad.

Lo ideal es encontrar el justo equilibrio entre la intervención del Estado que puede dar lugar a una intromisión desarticuladora de los lazos familiares, por un lado, y por otro a una indefensión del menor si se deja a iniciativa de la *Patria Potestad* las relaciones familiares. La legislación contemporánea procura reforzar los lazos de solidaridad familiar porque las corrientes actuales establecen mecanismos procesales ágiles para la desvinculación de la familia, en consecuencia el Estado debe asumir un rol intervencionista en las relaciones interindividuales e interpersonales para proteger el núcleo familiar a través de instituciones de conciliación.

La legislación comparada como ser el Derecho Civil Ecuatoriano, denomina a la *Patria Potestad* como Autoridad Paterna con carácter proteccionista por excelencia, dando por ello lugar a cierta intervención de autoridad y a una marcada limitación de la restricción.

La legislación Colombiana en su artículo 288 del Código Civil, señala:

La Patria Potestad “es el conjunto de derechos y obligaciones que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone”.

A su vez, el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia complementa la institución jurídica de la *Patria Potestad* establecida en el Código Civil, consagrando la responsabilidad parental, compartida y solidaria, en la que se condensan las obligaciones de los padres inherentes a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación, y proscribe todo acto de violencia física o psicológica en el ejercicio de esa responsabilidad o los “... actos que impidan el ejercicio de sus derechos”.

51

2. Concepto

Macead define que el ejercicio de la *Patria Potestad* sólo pertenece al padre y a la madre. En sentido restringido no rebasa del círculo de la familia (Morales, 1979).

La *Patria Potestad* es el conjunto de derechos y deberes que al padre y en su caso a la madre corresponde en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad y no emancipados (Cabanellas, 1998, pág. 148).



De acuerdo con la definición de Cabanellas la *Patria Potestad* tiene como elemento sustancial el cuidado de los hijos en una comunidad de vida que les permita integrarse de manera adecuada a la sociedad. Esto significa atender la educación y la salud física, espiritual y psíquica de los hijos, así como el desarrollo de lazos afectivos y solidarios en la interacción con los demás. Entonces, la *Patria Potestad* es considerada como el conjunto de derechos y obligaciones que la ley otorga a los padres sobre los hijos menores no emancipados o que se encuentren incapacitados. Su objetivo es tutelar el sostenimiento y educación de los hijos.

La *Patria Potestad* es ejercida por el padre y la madre y ambos tienen derechos iguales para ese ejercicio; mas esto no significa que siempre deban ejercitarla solidaria y mancomunadamente; de modo que si falta de hecho uno de los dos, el que quede está capacitado para ejercer la *Patria Potestad*. No deriva del contrato de matrimonio, sino que es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley; esto es, que la *Patria Potestad* se funda en las relaciones naturales paterno filiales, independientemente de que éstas nazcan dentro del matrimonio o fuera de él.

Existen varias posiciones sobre la naturaleza jurídica de la *Patria Potestad*:

a. Una emana del Derecho Romano que la denomina Patria Potestas, se refería a la condición del pater familias que implicaba autentica potestad o autoridad y un compendio de derechos sin deberes – muy diferente a la institución contemporánea en que predominan las cargas por la formación de los hijos y mantenimiento material. En su época primaria los hijos eran propiedad absoluta del padre.

b. Otra posición establece que la Patria Potestad tiene un enfoque de carga; invirtiéndose violentamente las ideas

por algunos autores modernos que llegan a la conclusión de que la Patria Potestad no integra para los padres sino una serie de deberes.

c. La posición de la Iglesia Católica tiene un enfoque ecléctico. Caracteriza a la Patria Potestad como autoridad y protección confiada por la ley al padre sobre los hijos legítimos para su educación y de utilidad para toda la familia. Se funda en la naturaleza que ha establecido el amor de los padres y el reconocimiento de los hijos.

d. La posición civilista señala que la Patria Potestad, debe ser entendida como aquellas normas que protegen a los hijos contra actos inapropiados de los padres, quienes tienen obligaciones por haberles dado la vida.

Vistas estas posiciones sobre la naturaleza jurídica de esta institución corresponde delimitar que la definición dada sobre la *Patria Potestad* indica precisamente los sujetos activos y pasivos de ella. Ejercen la *Patria Potestad* los padres solamente respecto a los hijos. Esto significa que se ha superado las distinciones de hijos que propugnaba el Derecho Canónico al referirse a los diferentes tipo de hijos (legítimos e ilegítimos). Con la igualdad de derechos que tienen todos los descendientes se ha unificado la condición de todos los hijos sin distinción a través de la *Patria Potestad*.

3. Formación y crianza de los hijos

La primera obligación de los padres consiste en la crianza del hijo, es decir el conjunto de cuidados indispensables para su subsistencia y desarrollo: es la primera educación y algo más, el mantenimiento de la misma existencia (Larrea, 2008). Se concreta esta obligación en el deber de alimentar, vestir dar habitación y la formación de los primeros hábitos físicos, intelectuales, morales etc.,

La obligación de crianza de hijo esta tan arraigada en la misma naturaleza en el derecho apenas tiene que afirmarla más que nada para evitar algunos casos un tanto excepcionales de incumplimiento de estos elementales deberes. En la legislación boliviana (Ley No 603) la responsabilidad parental se ejerce a partir de los efectos personales del matrimonio y de las uniones libres (artículo 37 y siguientes de la Ley N° 603), por ejemplo la autoridad de los padres sobre los hijos.

Asimismo pueden existir figuras denominadas delitos contra la familia, Artículos 246 (Sustracción de un menor o incapaz), 247 (indicción de fuga de un menor), 248 (Abandono de Familia), 249 (Incumplimiento de Deberes de Asistencia).

4. Posiciones sobre la naturaleza y autoridad de la *Patria Potestad*

La doctrina sobre la *Patria Potestad* esta discutida por varios autores que existen dos posiciones:

a) *Mantener la naturaleza jurídica de la Patria Potestad.*

b) *La nueva concepción de autoridad de los padres.*

Con relación a la primera, la *Patria Potestad* es concebida como el deber de sacrificio de los padres para intervenir equilibradamente en la crianza, la educación y el cuidado de los hijos.

La segunda posición la *Patria Potestad* emana del término autoridad, entendida ésta como “la potestad que ejerce una persona sobre otra u otras” (Osorio, 1997), en el sentido estricto relacionado con los hijos menores de edad y no emancipados que necesitan autorización paterna para realizar ciertos actos, tales como dejar la casa de los padres, comparecer en juicios, celebrar contratos de trabajo y contraer matrimonio. La posición adoptada por la Ley N° 603 se aboca a la autoridad materna y paterna conforme al Artículo 37.

Artículo 37. (Carácter y finalidad)

I. La autoridad de la madre, del padre o de ambos es una función de carácter natural y jurídico que conlleva derechos y obligaciones en las relaciones entre la madre, el padre y sus hijas e hijos menores de edad.

II. Se establece para el cumplimiento de sus derechos y deberes respecto a sus hijas e hijos menores de edad, y se ejerce bajo vigilancia de las autoridades e instancias públicas correspondientes. Conc. Arts. 39, 40, 41, 42 y 46 C.N.N.A.

5. Ejercicio de la *Patria Potestad*

La responsabilidad parental debe ser entendida como el conjunto de derechos y deberes de los progenitores con respecto a la personalidad de los menores, a sus derechos dentro del núcleo y con la comunidad. Según la legislación boliviana (Ley N° 548 Niña, Niño y Adolescente) ejercen la *Patria Potestad*, la madre, el padre o ambos, el tutor (a), con relación al trabajo de los Niñas Niños y Adolescentes.

Artículo 126 de la Ley N° 548, determina:

“I. Las niñas, niños, y adolescentes tiene derechos a ser protegidas y protegidos por el Estado en todos sus niveles, sus familias y la Sociedad, en especial contra la explotación económica y el desempeño de cualquier actividad laboral o trabajo que puede entorpecer su educación que implique peligro, que sea insalubre o atentatoria a su dignidad y desarrollo integral”.

Artículo 127 de la Ley N° 548:

“I.- Las actividades desarrolladas por las Niñas, niños y adolescentes en el marco familiar y social comunitario tienen naturaleza formativa y cumple la función de sociabilización y aprendizaje”

II.- El trabajo familiar y social comunitario no debe, en ningún caso, amenazar o vulnerar los derechos de las niñas, niños y adolescentes que lo realicen ni privarlos de su dignidad de su desarrollo integral y de disfrutar de sus niñez y adolescencia, y escolaridad.

6.- Efectos de la *Patria Potestad* o autoridad parental

Los efectos jurídicos producidos por la *Patria Potestad* sobre los hijos pueden ser de dos tipos:

a) Efectos personales

b) Efectos con los bienes

a. Respecto a las personas que la ejercen. La obligación de brindar educación al menor corresponde a las personas que le tienen bajo su *Patria Potestad*. Los que ejercen la *Patria Potestad* tienen la facultad de corregir a sus hijos de manera moderada. Esta moderación a que hacen referencia las legislaciones significa que en ningún caso está autorizada a ejercer violencia física o psicológica. También hacer referencia a la obligación de dar cuidado, convivencia, educación y alimento a los hijos sometidos a la *Patria Potestad*. Son efectos denominados deberes esenciales otorgados por la *Patria Potestad*.

b. Con relación a los bienes, los efectos de la *Patria Potestad* consisten en la administración y usufructo. Los bienes del menor mientras esté bajo la *Patria Potestad* son de dos clases: los adquiridos con su trabajo y los adquiridos por cualquier otro título.

Los de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo. Si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado se mantendrá lo dispuesto.

7. Restitución de la *Patria Potestad* o autoridad

En términos generales la Restitución, es la acción y efecto de volver una cosa a quien la tenía antes, y también restablecer o poner unas cosas en debido estado anterior. La obligación de restituir puede ser impuesta judicialmente. La legislación boliviana identifica dos tipos de restituciones: La restitución de los hijos al hogar y la restitución de la autoridad parental.

La Ley N° 603 establece la intervención de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia en la restitución de los hijos al hogar.

Artículo 42. (Restitución)

En caso de ausentarse del hogar la hija o hijo menor de edad sin permiso de la madre, del padre o de ambos, puede obtenerse su restitución incluso con auxilio de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, previa evaluación del motivo de su alejamiento. Quedan a salvo las disposiciones sobre servicio pre militar y otras que establecen servicios civiles.

57

Esta figura jurídica en su naturaleza protege a los menores y a los padres. Anteriormente se habían anotado los efectos personales emergente del matrimonio, los derechos, deberes y obligaciones sobre los hijos.

También se puntualizó que los hijos deben guardar respeto hacia sus progenitores. Esto es concordante con los Artículos 158 (Deberes), 165 (fines de la políticas de Protección), Programas de Protección, 166 (Finalidad y Prioridad), 167 Acreditación y Supervisión, 168 (Alcance y autoridad competente) y 169 (Tipos de medidas de protección) Código Niña Niño Adolescente (Ley No. 548).

Ahora bien la Ley N° 548 en su artículo 46 establece que “el ejercicio de la autoridad podrá ser restituido cuando hayan desaparecido las causales de la suspensión parcial o cuando la madre, el padre, o ambos, demuestren condiciones y aptitud para ejercerla, ante la misma autoridad judicial que la hubiere suspendido”.

8. Extinción de la *Patria Potestad* o autoridad parental

8.1 Concepto de extinción

Institución jurídica que significa el cese, cesación, término, conclusión, fin o desaparición de personas, cosas y situaciones. Significa la disolución de una unidad o instituto.

Respecto de la *Patria Potestad*, ésta se extingue por los siguientes hechos y actos jurídicos:

a. (Hecho jurídico) Con la muerte del que la ejerce si no hay otra persona en quien recaiga. El hecho jurídico de la muerte ocasiona tanto al menor o al que ejerce la Patria Potestad el fin de la autoridad.

b. (Acto jurídico) Con la emancipación derivada del matrimonio. Como se había anotado los menores de 18 años de edad pueden contraer matrimonio con la autorización de los padres; en tal sentido, debemos expresar dos momentos, el primero es el matrimonio y el segundo es la emancipación propiamente dicha por orden judicial.

c. (Acto jurídico) Por mayoría edad del hijo. En Bolivia la mayoría de edad se ejerce a los 18 años de edad, en consecuencia se abre la capacidad jurídica para poder realizar los actos civiles por cuenta propia.

9. Pérdida de *Patria Potestad* o autoridad parental

9.1 Concepto de pérdida

Es la institución jurídica que emerge del mal ejercicio de la *Patria Potestad* o autoridad cuando conduce a casos graves sancionados por ley como: dar ejemplos inmorales a los hijos, tratarlos con dureza excesiva, obligarles a trabajos o desarrollar actividades prohibidas para la infancia o durante la minoridad. La pérdida de la *Patria Potestad* se produce por el abandono de la prole, el incumplimiento de las obligaciones paternas y maternas de dar alimento, educación y cuidado en enfermedades, delitos cometidos por el padre, la madre o ambos.

Asimismo la pérdida de la autoridad parental se produce cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves. En algunos casos la pérdida se produce por divorcio, por las costumbres inapropiadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, lo cual pudiere comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal.

La Ley N° 603 determina los casos que conducen a la *Patria Potestad* o autoridad parental.

Artículo 40. (Autoridad exclusiva de la madre o del padre).

I. En los casos de abandono de la madre o del padre, pérdida o suspensión de autoridad de uno de ellos, divorcio, nulidad de la unión conyugal, la autoridad se ejerce de manera exclusiva sea por la madre o el padre, resguardando el interés superior de niñas, niños y adolescentes.

II. En caso de fallecimiento o declaración de fallecimiento presunto de la madre o del padre, la o el sobreviviente ejerce

la autoridad sobre las y los hijos. Si la o el sobreviviente era divorciado o separado de la o el fallecido y no tenía la guarda de las hijas o hijos, la autoridad judicial, a petición de parte interesada, dispondrá lo que más convenga al interés superior de dichas hijas e hijos.

III. Las madres y los padres que no ejercen su autoridad sobre sus hijas e hijos, tienen la obligación de garantizar el desarrollo integral de los mismos y podrán conservar con sus hijas e hijos las relaciones personales, que permitan las circunstancias, sin perjuicio de lo dispuesto en los Parágrafos II, III y IV del Artículo 212 (Separación personal y situación de las hijas o hijos).

Al existir divergencias entre los padres la Ley N° 548 establece la igualdad de condiciones:

60

Artículo 39. (Autoridad de la madre o del padre).

La autoridad de la madre o del padre es ejercida en igualdad de condiciones, asegurándole a cualquiera de ellos, en caso de discordancia, el derecho de acudir ante la autoridad judicial competente para solucionar la divergencia.

Por su parte, la Ley N° 548 con referencia a la suspensión de la autoridad materna o paterna establece la determinación judicial de restricción temporal, la suspensión parcial o total y las obligaciones de manutención.

Artículo 42. (Suspensión de la autoridad materna o paterna).

I. La suspensión de la autoridad de la madre, del padre o de ambos, es la determinación judicial de restricción

temporal del ejercicio de su autoridad, cuando se vulneren los derechos de sus hijas e hijos que no hayan alcanzado los dieciocho (18) años de edad.

II. La suspensión de la autoridad podrá ser:

a) Parcial, por la cual se limita el ejercicio de la autoridad materna o paterna para ciertos actos, sin la necesidad de la separación de sus hijas e hijos; y

b) Total, por la cual se suspende totalmente el ejercicio de la autoridad materna o paterna.

III. La madre o el padre cuya autoridad se haya suspendido, deberá continuar asumiendo sus obligaciones de manutención.

La legislación boliviana con relación a la pérdida o suspensión de la Patria Potestad o autoridad parental, otorga la competencia a los Jueces Públicos en Materia de la Niñez y Adolescencia. Prevé las medidas de protección, la amenaza o vulneración, las cualidades o características de la *Patria Potestad* o autoridad parental.

61

Artículo 168. (Alcance y autoridad competente)

I. Las medidas de protección son órdenes de cumplimiento obligatorio, emanadas de la Jueza o Juez Público en materia de Niñez y Adolescencia, es la autoridad competente, frente a una amenaza o vulneración de los derechos de niñas, niños o adolescentes.

II. La amenaza o vulneración a la que se refiere el parágrafo anterior del presente Artículo, puede darse por acción u omisión del Estado, por medio de sus servidoras o servidores públicos; de miembros de la sociedad, de su

madre, padre, guardadora o guardador, tutora o tutor, o del propio niño, niña o adolescente.

10. Cualidades o Características de la Patria Potestad o Autoridad Parental

a) Normas de orden público y provienen de la Ley (Constitución Política del Estado y Leyes Nos. 548 y 603).

b) Se ejerce “intuitu personae”, es decir no está sujeto a delegación, subrogación o traslación.

c) Es de carácter transitorio porque está sujeto a pérdida, extinción y cesación por las causas previstas por ley y solo persiste durante la minoridad.

d) Es relativa y modificable, sujeto a condición y termino sujeta al control jurisdiccional del Juez y de la Ley.

e) Irrenunciable e indelegable, porque está establecido en beneficio del interés de la familia, de la madre o del padre sin necesidad de estar en matrimonio y uniones libres.

f) Igualitario, los progenitores ejercen la autoridad en beneficio de los hijos en igualdad de condiciones y de derechos, como autores de su existencia.

Lección N° 4

Patrimonio Familiar

Temario

1. Introducción. 2. Definición. 3. Otras denominaciones y definiciones de patrimonio familiar. 4. Fundamento histórico del patrimonio familiar. 4.1. Antecedente mediato, el homestead. 5. Legislación del patrimonio familiar en Bolivia. 6. Caracteres del patrimonio familiar. 7. Procedimiento de resolución inmediata.

1. Introducción

La familia, célula vital de la sociedad requiere para alcanzar un desarrollo óptimo, un soporte económico sustentable que le permita a sus integrantes obtener metas y proyectos acordes con su naturaleza humana. Este sustrato material económico, debe comprender bienes en cantidad suficiente que permitan dotar de una morada (vivienda) y fuentes de trabajo, liberándolos de la incertidumbre y riesgos propios de la sociedad actual que va transformando el núcleo familiar.

El término *patrimonio familiar* resulta confuso, pues se asocia a lo que podríamos entender como los bienes de la sociedad conyugal, dentro de un régimen de sociedad de gananciales es fácil comprobar cómo a nivel de abogados e incluso magistrados, al referirse al *patrimonio familiar* lo hacen aludiendo a los bienes conyugales; a la par de ello, también es bueno reconocer que su poca publicidad y difusión en esta institución jurídica, cosa que ocurrió también con el Código de Familia abrogado Ley N° 996, es inusual en estrados judiciales encontrar procesos de *patrimonio familiar*, hecho que conspira contra su propia naturaleza porque esta institución puede ser la garantía y la protección para resguardar los bienes de la familia.

Algunos autores consideran que el *patrimonio familiar* no significa patrimonio perteneciente a la familia, al que no se le reconoce personalidad jurídica, ni significa patrimonio en copropiedad familiar de los cónyuges y los hijos, ni constituye una persona autónoma como si fuese una fundación; constituye en cambio un conjunto de bienes pertenecientes al titular de ellos y se distingue del resto de su patrimonio por su función.

El *patrimonio familiar*, tal como la llama nuestra legislación, es regulado bajo diversas denominaciones:

- En Estados Unidos de Norteamérica: Homestead.
- En Argentina, Brasil y Uruguay: Bien de Familia.
- En Suiza: Asilo de Familia.
- En Portugal: Casa de Familia.
- En Colombia y México: Patrimonio de Familia.
- En Venezuela: Hogar de Familia.
- En Italia y Perú: Patrimonio Familiar.

Para acercarnos con mayor propiedad a la institución en su estudio brevemente veremos cómo se ha definido bajo las denominaciones citadas.

2. Definición

Dentro del Derecho de Familia una institución por demás importante es del denominado *patrimonio familiar* aun cuando hay juristas que consideran poco afortunada la denominación alegando primordialmente que se trata de patrimonio y que no pertenece estrictamente a una familia. Como se indicó anteriormente *patrimonio familiar* es reconocido por gran parte de las legislaciones.

Etimológicamente, patrimonio familiar proviene del latín *patrimonium* que significa hacienda o heredad, recibida de los padres o de los ascendientes.

Carlos Muñoz Rocha (2015) señala:

En general el patrimonio familiar es el conjunto de bienes -entendemos los bienes en su acepción jurídica- indispensables para cubrir las necesidades materiales de una familia. De no constituirse o reconocerse el patrimonio familiar, la familia quedaría en el desamparo y en tal situación no sería capaz de cubrir sus necesidades materiales imprescindibles. Jurídicamente podemos definir el patrimonio familiar como la institución de orden e interés público cuyo objeto es afectar los bienes suficientes para proteger económicamente a la familia y sostener el hogar.

En consecuencia, el *patrimonio familiar* es una institución de interés público cuyo objeto es afectar uno o más bienes para proteger económicamente a las familias y sostener los hogares.

Baqueiro (2014) conceptualiza:

El patrimonio de la familia no implica que exista un patrimonio distinto de los de sus miembros, como si la propia familia constituyera una persona moral. El patrimonio de la familia debe entenderse como el bien o conjunta de bienes afectados (destinados) a un fin que pertenecen a algún o algunos miembros de la familia o en ocasiones a un tercero.

El patrimonio familiar responde a un bien inmueble de afectación, toda vez que para su integración el o los que van a constituirlo separan de su patrimonio el bien o bienes necesarios y los sujeta (afectan) al cumplimiento de la finalidad de proteger jurídicamente y económicamente a su familia.

3. Otras denominaciones y definiciones de patrimonio familiar

Desde la perspectiva doctrinal existen varias maneras de comprender el concepto patrimonio familiar:

Homestead. En la perspectiva norteamericana el término implica hogar y lugar que podría significarnos como el lugar de la familia donde tiene asentado su hogar; se incluye no sólo la casa-habitación, sino igualmente la finca y no sólo la rural sino también la de la ciudad.

Bien de familia. En las legislaciones de Argentina, Brasil y Uruguay es el conjunto de objetos aprovechables y útiles que se emplean para satisfacer las necesidades del grupo familiar, los mismos que se hallan unidos por lazos de parentesco o convivencia.

Patrimonio familiar. En las legislaciones italiana, peruana y boliviana es un régimen patrimonial que puede constituirse dentro del matrimonio y en el que están interesados no sólo los cónyuges, sino los hijos si existen; estas personas tienen derecho a estar rodeadas de una esfera económica que constituye el haber con que se atiende el sostenimiento.

Hogar de familia. En Venezuela se entiende como el predio de propiedad del jefe de familia que es destinado para la morada de los integrantes de la familia, que goza de las características de ser inembargables e inalienable.

Asilo de familia. Es el concepto utilizado en la legislación sueca al constituirse en asilo de familia los fundos agrícolas o industriales y las casas-habitación que reúnan ciertas condiciones legales. Estos bienes no pueden ser gravados en adelante, pero igualmente el propietario no puede venderlo ni darlos en arrendamiento.

Como se puede observar la mayoría de las legislaciones conceptualizan el *patrimonio familiar* como la finca de familia que conlleva implícitamente la posesión plena, la ocupación efectiva, la inembargabilidad y la restricción de la enajenación contemplada por las leyes.

En síntesis el *patrimonio familiar* es una institución jurídica, por medio de la cual se afecta una casa-habitación para que sirva de morada de la familia o un predio destinado a la agricultura, artesanía, industria, comercio, para que sirva como fuente de ingreso del grupo familiar, fundada mediante un procedimiento judicial o notarial. Dichos bienes gozan del beneficio de ser inembargables, limitándose su enajenación, todo ello en protección de la familia, asegurándole un techo donde vivir o una fuente de trabajo que les permita satisfacer sus necesidades económicas, lo que a su vez produce un sosiego y tranquilidad respecto de los riesgos que trae una sociedad moderna.

4. Fundamento histórico del patrimonio familiar

Siendo el fin último de la institución la protección a la familia, por ende se explica la figura en tanto se proteja o garantice un soporte económico que permita a los miembros del núcleo familiar desarrollar su proyecto de vida.

A mediados del siglo XIX y principios del siglo XX, el derecho de propiedad y la familia se constituyen en instituciones de gran importancia en la que la propiedad servirá de base a la familia para permitir su desenvolvimiento, por cuanto las necesidades más elementales del ser humano, como son alimentación y habitación van a ser garantizadas con la existencia y protección del bien familiar, hoy según nuestra legislación definida como *patrimonio familiar*.

El fin último del *patrimonio familiar* es el de dar estabilidad y seguridad al grupo familiar, tratando de liberarla de los riesgos

e incertidumbres del futuro, en atención a los privilegios que la institución goza, de la inembargabilidad e inalienabilidad.

Sara Montero D., en su texto de *Derecho de Familia Mexicano*, refiere que el fundamento del patrimonio de familia radica en la protección judicial que al jefe de familia se le presta para que los acreedores no puedan disponer de tal patrimonio esencial para la subsistencia de la familia.

4.1 Antecedente mediato, el *homestead*

El *homestead* nace en Estados Unidos y para ser más preciso en Texas, para luego extenderse a los demás Estados y posteriormente llegar a Europa, donde toma características propias. El término *homestead* (casa-hogar-domicilio) significa en su acepción más alta los bienes de familia y en Estados Unidos de Norteamérica sirve para definir dos instituciones distintas: el *homestead lowe* y el *homestead exception*.

Homestead lowe. Aparece en 1839 en el Estado de Texas; se concede al Colono o a cualquier persona que hubiera declarado su propósito de ser ciudadano el derecho de ocupar a título gratuito 160 acres, que en las comarcas mejor situadas eran 80 acres de terreno público inculto, por un período de 5 años para explotarlos personalmente, quedándoles prohibido gravar, hipotecar dichos terrenos, y una vez transcurrido este término pasan a su dominio pleno, extendiéndoles el título de dominio respectivo.

En México, con la Ley de 20 de mayo de 1862, el Gobierno Federal quedó facultada para donar una porción de terreno de dominio público, pero quien solicitaba esta donación debería someterse al cumplimiento de determinadas condiciones, las mismas que si eran cumplidas, convertían a estas personas en propietarios de dichos bienes con carácter temporal, por cuanto para convertirse en exclusivos propietarios debían establecerse en el terreno dentro de los 6 meses siguientes y luego de

establecerse debían vivir en él o cultivarlo durante 5 años en forma ininterrumpida, prohibiéndosele tener otro dominio en ese período. Esta explotación tenía que ser personal; sin embargo se concedía la posibilidad que los hijos menores, la mujer viuda, o mujer abandonada podía completar los 5 años; como lógica consecuencia si la persona que obtuvo el título provisional abandonaba el bien o no lo explotaba durante seis meses perdía en forma definitiva el derecho.

El *homestead law* tuvo como fin estimular y lograr el asentamiento de colonos en las nuevas tierras logrando la expansión territorial, y para ello se protegió los elementos de trabajo de la familia, estableciendo así la inviolabilidad de la morada, observándose en ello un fin socio económico y político.

Homestead exemption. Significa *Leyes de Protección del Bien de Familia mediante su inembargabilidad y exclusión de medidas ejecutivas* (Cabanellas, 1998). Nace como complemento del *lowe*; pertenece a la legislación particular de cada Estado, cuyo objeto sigue siendo el de proteger la propiedad de la familia.

Consiste en el domicilio de un ciudadano y su familia que por mérito de una declaración (la ley consignaba tal exigencia), la propiedad de ese inmueble quedaba exento de ser embargada civilmente, pero tal inembargabilidad tenía un límite, sólo eran las propiedades rurales de 50 acres, los instrumentos necesarios para el cultivo, 5 vacas, dos yuntas. Este beneficio no sólo se limitaba a las propiedades rurales, sino que se extendían igualmente a las propiedades urbanas, a las que también se les fijaba un límite, inmuebles cuyo valor no debía superar los 500 dólares y un mobiliario de 200 dólares. En consecuencia el exceso de esos valores sí era embargable.

El *homestead exemption* exigía el cumplimiento de ciertos requisitos, propiedad de la finca y la sujeción a ciertas exigencias

legales, tales como ser ciudadano, la declaración de que el afectado somete la finca al régimen del *homestead*; ahora bien, es importante precisar que la inembargabilidad sólo tenía lugar para aquellas deudas contraídas con posterioridad a la declaración del *homestead*, pero no para las deudas anteriores a su constitución.

El *homestead exemption* busca proteger a la mujer e hijos del constituyente, respecto de sus acciones negligentes o dolosas en que pudiera incurrir y que como consecuencia de su mala gestión, dichos beneficiarios se quedarían sin techo, mobiliario o fuente de trabajo. Por lo tanto la figura otorga tranquilidad, sosiego y seguridad a la familia.

Otras figuras a la protección del patrimonio se encuentran la *Zadruga* (Bulgaria), y el *Mir* (Rusia Zarista), configurados por bienes familiares fuera de la potestad del jefe de familia que no podía venderlos ni gravarlos.

5. Legislación del patrimonio familiar en Bolivia

El *patrimonio familiar* en nuestra legislación fue incorporado en el Código de Familia abrogado (Ley N° 996), al establecer que este se constituye por resolución judicial y a pedido de uno o más miembros de la familia.

La Ley N° 603 en su artículo 128 indica:

Objeto, carácter y extensión

I. El patrimonio familiar tiene por objeto proteger y garantizar el sostenimiento y bienestar de la familia.

II. Comprende un inmueble libre y alodial, o una parte del mismo destinado a la vivienda, o los muebles de uso ordinario. Este patrimonio es de interés público y los bienes que lo constituyen son inalienables e inembargables.

III. Otros componentes del patrimonio familiar establecidos por leyes especiales, se rigen por lo que éstas disponen.

Este artículo no define con precisión que debe entenderse por *patrimonio familiar* ni su conceptualización, solo se remite a definir el objeto de esta institución; sin embargo a diferencia del Código de Familia Abrogado, este incluye el carácter de proteger y garantizar el bien estar familiar.

La Ley N° 603, es limitada porque sólo contempla que el *patrimonio familiar* alcance a bienes inmuebles y ha omitido la inclusión de los bienes agrícolas para la subsistencia del grupo familiar *per se* que la Constitución Política del Estado reconoce el pluralismo jurídico e incluye grupos originarios y campesinos que deberían ser incluidos dentro de su cosmovisión para garantizar el sustento del diario vivir como ser la parcela agraria.

Con referencia a los bienes muebles estos deben ser diferenciados de los bienes muebles sujetos a registros los cuales no pueden ser declarados como *patrimonio familiar* nos referimos expresamente a los vehículos automotores. Este párrafo establece que el *patrimonio familiar* será establecido por leyes especiales sin que a la fecha se tenga norma específica. Tanto el Código abrogado como la actual norma mantienen el carácter de inalienable e inembargables.

6. Caracteres del *patrimonio familiar*

La Ley N° 603 señala dos caracteres importantes:

6.1. Inalienables. El *patrimonio familiar* se constituye mediante bienes destinados a un fin social determinado para proteger a la familiar y favorecer su desarrollo. En consecuencia, se ha de asegurar los medios necesarios para su subsistencia los cuales no pueden ser enajenados por los beneficiarios.

6.2. Inembargables. Los bienes que constituyen el *patrimonio familiar* quedan exceptuados del embargo precisamente por ser de interés público. Por ello se debe salvaguardar lo indispensable para la subsistencia de la familia.

Creemos que además de los citados anteriormente el *patrimonio familiar* tiene las siguientes características (Rocha, 2015):

- *No es susceptible de gravamen.* Significa que los bienes pertenecientes al *patrimonio familiar* no pueden ser afectados con carga o gravamen alguno.
- *Imprescriptible.* Quiere decir que la propiedad de los bienes que integran el *patrimonio familiar* no pueden ser obtenidos por el transcurso del tiempo; aun cuando hayan sido adquiridos y poseídos de manera continua, pacífica y a título de dueño, sobre ellos no puede operar la prescripción.
- *Único.* Cada familia puede constituir un solo patrimonio, subsistiendo el primero los siguientes no producirán efecto legal alguno.
- *Domicilio.* Sólo puede constituirse el patrimonio de familia con bienes situados en el lugar donde esté domiciliado el que lo constituye el núcleo.
- *Es traslativo de propiedad.* La constitución del patrimonio familiar hace pasar la propiedad de los bienes al que queda afectado, a los miembros de la familia beneficiaria. El número de integrantes de la familia determinará la co-propiedad del patrimonio, señalándose los nombres y apellidos de los mismos al solicitarse la constitución del *patrimonio familiar*.

La Ley N° 603 establece aspectos operativos de la constitución del patrimonio familiar:

Artículo 129. (Constitución de patrimonio familiar)

I. El patrimonio familiar se constituye en forma única por resolución judicial a pedido de uno o más miembros de la familia, y se registra en la oficina de Derechos Reales.

II. En ningún caso puede constituirse más de un patrimonio familiar en beneficio de las y los miembros de una familia.

III. Se constituye en proporción a las necesidades de la familia, siendo susceptible de disminución o de ampliación según los casos.

Como habíamos anotado el *patrimonio familiar* es único y tiene una característica adicional (Declaración Judicial) que necesariamente debe ser autorizada por el Juez Público de Familia, quien previa verificación del Título Alodial, del Testimonio de Propiedad, el registro en las oficinas de Derechos Reales y el Certificado de Gravámenes y otros que el juzgador creyera necesario como el certificado a la Autoridad del Sistema Financiero sobre la existencia de deudas. El Juez declarará mediante Resolución Judicial el *patrimonio familiar* para luego ordenar se franquee testimonio y su inscripción en Derechos Reales.

La demanda de solicitud de *patrimonio familiar*, puede ser requerido por ambos cónyuges o concubinos y una vez admitido el proceso y con la compulsa el juez instruirá el Registro en las Derechos Reales. El objeto del *patrimonio familiar* es garantizar la subsistencia de habitación y demás muebles necesarios. Esto significa que no puede constituirse un segundo *patrimonio familiar* porque desvirtúa la naturaleza garantista de esta institución. Con relación a la proporción del *patrimonio familiar* puede ser modificable según las necesidades del grupo familiar según cada caso en concreto.

La Ley N° 603 establece el procedimiento de constitución del *patrimonio familiar*, sujetos intervinientes, administración,

extinción, desvinculación conyugal, expropiación, disminución o ampliación y restitución de bienes:

Artículo 130. (Personas que pueden solicitar la constitución del patrimonio familiar y las o los beneficiarios)

I. Las personas que pueden solicitar la constitución del patrimonio familiar son:

- 1) Los cónyuges o uno de ellos, para ambos, y las hijas e hijos menores de edad, si los hay.*
- 2) La madre o el padre cuyo vínculo conyugal o de unión libre esté disuelto, para sí o para la o el otro y las y los hijos menores de edad, o sólo para éstos.*
- 3) La madre soltera o el padre soltero.*
- 4) La madre o el padre viudo, para sí, y sus hijas e hijos menores de edad o sólo para éstos.*
- 5) Las y los ascendientes, las y los colaterales para sí y sus descendientes y parientes menores de edad o sólo para éstos.*

II. En los casos indicados en el Parágrafo anterior, también puede solicitarse la constitución de patrimonio familiar para beneficio de una persona declarada interdicta.

Por lo señalado en el artículo precedente, se puede establecer que cualquiera de los miembros de la familia puede accionar la constitución del *patrimonio familiar* velando por el interés y bienestar de la familia.

Artículo 131. (Administración del patrimonio familiar)

La administración del patrimonio familiar corresponde a la persona determinada por la autoridad judicial, que podrá ser designada entre la persona que solicitó su constitución, las y los beneficiarios y en su caso por la o el tutor.

Quien demuestre dar las mejores condiciones de un buen *pater familias*, el juez determinará en Resolución al administrador del *patrimonio familiar*. En este caso existen dos situaciones en las que debe actuar el juez:

- a) *Que se inscriba en Derechos Reales y*
- b) *No decrecer o restar los bienes muebles declarados. No puede ser administrador un tercero no propietario con la excepción del tutor.*

Artículo 132. (Extinción del patrimonio familiar)

I. El patrimonio familiar se extingue cuando:

- a) *Fallece la última persona beneficiaria;*
- b) *La persona beneficiaria más joven llega a su mayoría de edad, siempre y cuando no existan otras personas beneficiarias;*
- c) *La persona beneficiaria declarada interdicto ha recuperado sus facultades;*
- d) *Se extingue el vínculo conyugal o de convivencia siempre que no hayan hijas o hijos menores de edad, y si los hay, se aplicará de acuerdo al Artículo 133 del presente Código;*
- e) *Por invalidez del título, reivindicación, mejor derecho de propiedad, expropiación o destrucción total del inmueble, salvo en estos dos últimos casos, lo que se dispone en cuanto a expropiación o destrucción del patrimonio familiar;*
- f) *Por acuerdo voluntario de las y los beneficiarios.*

II. La extinción se declara judicialmente a petición de parte interesada, ordenándose su cancelación en el registro de Derechos Reales. En los casos de invalidez del título, reivindicación, mejor derecho de propiedad y

de expropiación, la extinción se produce por efecto de sentencia ejecutoriada dentro de los respectivos procesos, debiendo diligenciar también su inscripción.

Acontecidos los hechos y actos jurídicos a los que hace referencia el artículo precedente, el Juez de Familia hará la declaración de extinción ordenando a Derechos Reales proceder al levantamiento o cancelación del gravamen de *patrimonio familiar*. Dependiendo el caso, extinguido el *patrimonio familiar* los bienes se liquidarán y su importe se repartirá entre los beneficiarios en partes iguales. Si algunos de los miembros de la familia mueren, sus herederos si los hubiere, tendrán derecho a una porción hereditaria al efectuarse la liquidación; si no hubiese, el importe se repartirá entre los demás miembros de la familia.

Artículo 133. (Patrimonio familiar en desvinculación conyugal)

I. En caso de desvinculación conyugal, la autoridad judicial designará a la madre o el padre o, en su defecto, a la o el tutor que quede con las hijas e hijos, como responsable del patrimonio familiar, hasta que éstos lleguen a su mayoría de edad.

II. En caso que se determine la guarda de las y los hijos, la autoridad judicial puede adoptar la determinación que corresponda según el Código Niña, Niño y Adolescente y, en último extremo, declarar la disolución del patrimonio familiar, según mejor convenga al interés de las y los hijos.

III. Se considerarán en audiencia las proposiciones que hagan la madre y el padre, con intervención de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia.

Sustanciado el proceso de *patrimonio familiar* e inscrita la Resolución Judicial en las oficinas de Derechos Reales puede producirse la desvinculación matrimonial o de la unión libre. Si este fuere el caso, la acción de divorcio sorteada ante otro

juez de familia la parte interesada solicitará la acumulación del proceso de *patrimonio familiar* para que el juez disponga su administración por parte del padre o de la madre que otorgué mayores garantías en favor del interés superior de los menores y garantizar hasta la mayoría de edad del último hijo o hija en resguardo del *patrimonio familiar*.

La Ley N° 548 de 17 julio 2014, en su Artículo 12. inciso a) establece el principio del interés superior en favor de la niña, niño y adolescente; bajo esta garantía el juez ante la disolución del vínculo matrimonial estará en el deber de aplicar y proteger los derechos de los menores.

Esto en concordancia con el inc. i del mismo artículo al establecer el rol de la familia como base fundamental de e irrenunciabilidad de contar con un núcleo familiar. Cuando exista descendencia dentro de la acción desvinculatoria el juzgador convocará a la Defensoría de la Niñez y Adolescencia para que su equipo interdisciplinario efectúe los exámenes, estudios e inspecciones velando por el bienestar de los menores.

La Ley N° 603 por su parte señala:

Artículo 134. (Expropiación o destrucción de bienes del patrimonio familiar)

I. En caso de expropiación o destrucción total o parcial de bienes del patrimonio familiar, la indemnización se deposita en una entidad financiera y se la destina a la adquisición, reconstitución o reposición de un nuevo patrimonio similar.

II. En la misma forma se procede con la indemnización del inmueble asegurado que se ha destruido total o parcialmente.

III. La indemnización goza de los mismos beneficios que el patrimonio familiar y su reinversión se hace en un plazo no

menor a noventa (90) días que fijará la misma autoridad, de acuerdo a cada caso.

Entiéndase por expropiación o destrucción total o parcial el desposeimiento o privación de la propiedad por causa de utilidad pública o interés preferente y a cambio de una indemnización previa que se efectuó mediante al proceso administrativo por el cual el Estado afecta la propiedad privada declarada como *patrimonio familiar*.

Toda obra destinada a utilidad pública debe ser indemnizada y este monto debe cumplir con el mismo objeto del *patrimonio familiar* es decir que deberá proceder a la compra de otro inmueble que garantice el objeto del *patrimonio familiar*, debiendo la parte interesada poner en conocimiento del juez para su inscripción en Derechos Reales.

78

Artículo 135. (Disminución o ampliación del patrimonio familiar)

El patrimonio familiar puede disminuir cuando excede notoriamente las necesidades de acuerdo al número de integrantes de la familia. Puede ampliarse cuando sobrevienen hijas o hijos, o son incorporados nuevos integrantes.

Cuando aumenta el número de integrantes de la familia el inmueble y muebles declarados como patrimonio familiar es insuficiente para cubrir las necesidades del hogar, la parte interesada puede solicitar la ampliación del patrimonio familiar.

Artículo 136. (Restitución de bienes)

Cuando se extingue el patrimonio familiar, se restituyen los bienes que lo constituían a la o el propietario originario o a sus herederas o herederos, legatarias o legatarios, si aquél ha fallecido.

Cumplido el objeto del patrimonio familiar y extinguido por las causales explicadas, el inmueble y los muebles deberán ser traspasados a los propietarios o a la sucesión hereditaria que corresponda, lo mismo sucede con los legatarios.

7. Procedimiento de resolución inmediata

El Código de las Familias y su Proceso Familiar (Ley 603) establece tres tipos de procesos: Ordinarios, extraordinarios y de Resolución Inmediata, en el caso del *patrimonio familiar* el trámite está determinado por el artículo 445 inc. b).

Artículo 445. (Alcance)

Se tramitarán por resolución inmediata las pretensiones siguientes:

- a) *Emancipación por desacuerdo.*
- b) *Constitución de patrimonio familiar.*
- c) *Autorización judicial para la administración de bienes.*
- d) *Desacuerdo de los padres.*
- e) *Voluntarios.*
- f) *Cumplimiento de acuerdos.*
- g) *Asistencia familiar cuando exista acuerdo.*

Artículo 446. (Trámite)

I. Admitida la solicitud con el cumplimiento de los requisitos formales y adjuntando los títulos o documentos en que se funde la pretensión, la autoridad judicial valorará la pretensión y dispondrá la citación, cuando corresponda.

II. De no presentarse oposición a la pretensión, la autoridad judicial emitirá resolución.

III. En caso de oponerse la o el demandado a la demanda y si la autoridad judicial considera la necesidad de una audiencia, dispondrá su realización en un plazo no mayor a tres (3) días; realizada la audiencia o sin ésta, emitirá Auto Definitivo dentro de los siguientes cinco (5) días.

La ley refiere de constitución del *patrimonio familiar* a la acción y trámite judicial que se sustancia ante el Juez de Familia Público quien previa verificación a los documentos que establezca la pretensión de las partes, el juez debe citar a todos aquellos que den fe sobre el inmueble y muebles; en el presente caso como atribución del juzgador podrá pedir informe al Gobierno Autónomo Municipal para que emita o subsane algún error o aclarare aspectos que el juez considere necesarios.

De la misma manera dispondrá que la oficina de Derechos Reales actualice el Certificado Alodial para la posterior declaración de *patrimonio familiar*, inclusive el juez podrá pedir a la Autoridad de Sistema Financiero el reporte de la Central de riesgos para evidenciar que los solicitantes no tengan deudas pendientes con acreedores.

En caso de presentarse oposición por terceros interesados, éstos pueden hacer valer su derecho y pedir al juez la negación de la solicitud de patrimonio familiar, adjuntando la prueba que respalde el obstáculo para la resolución judicial.

Lección N° 5

Nulidad del Matrimonio y de la Unión Libre

Temario

1. Nociones generales. 2. Antecedentes de la formación del sistema de nulidades. 2.1 Definición de nulidad del matrimonio. 2.2 Inexistencia de matrimonio. 3. La invalidez del matrimonio. 4. Impedimentos del matrimonio. 4.1 Clases de impedimentos. a. Impedimentos dirimentes. a.1 Impedimentos dirimentes -homicidio o asesinato-. a.2 Impedimento dirimente -adulterio-. a.3 Impedimento dirimente -impubertad-. a.4 Impedimento dirimente -vínculo anterior no disuelto-. a.5 Impedimento dirimente -impotencia-. a.6 Impedimento dirimente -demencia-. a.7 Impedimento dirimente -parentesco-. a.8 Impedimento dirimente -falta de asentimiento. para los menores de edad-. b. Impedimentos impeditivos o prohibitivos. b.1 Impedimentos impeditivos o prohibitivos -Falta de publicación-. b.2 Impedimentos impeditivos o prohibitivos -incumplimiento de reglas sobre las guardas-. b.3 Impedimentos impeditivos o prohibitivos -incompetencia-. b.4 Impedimentos impeditivos o prohibitivos -Plazo para nuevo matrimonio de la viuda y de la divorciada, de 300 días-. 5. Nulidad y anulabilidad. 5.1 Concepto de nulidad. 5.2 Teoría de las nulidades. 6. El matrimonio inexistente. 6.1 Concepto. 7. La anulabilidad del matrimonio. 8. El matrimonio putativo. 8.1 Preámbulo. 8.2 Concepto.

81

1. Nociones generales

La eficacia jurídica de la voluntad contractual debe estar protegida por el derecho siempre y cuando se observen los preceptos legales. Es aquí donde radica la razón esencial de las diversas sanciones establecidas por la ley en los casos de su inobservancia. Por consiguiente a cada sanción le debe corresponder un término específico que el intérprete puede escoger según su punto de vista personal, pero que ha de ser utilizado en el mismo sentido.

La doctrina sobre la invalidez e ineficacia de los actos jurídicos se presenta con mayor complejidad para el matrimonio de una

parte porque más que contrato de carácter patrimonial es una institución que crea un estatus duradero de carácter personal de otra, porque la legislación misma sobre nulidad presenta vacíos difíciles de llenar y solucionar con disposiciones de estricto sabor patrimonial (Suárez, 2006).

Siendo el matrimonio en muchas legislaciones un contrato solemne la nulidad puede provenir:

- a) De incapacidad de los contrayentes.*
- b) De un vicio en el consentimiento matrimonial.*
- c) De falta de alguna solemnidad esencial.*

Los impedimentos dirimentes son prohibiciones cuya contravención está sancionada también con la nulidad es decir que crean condiciones especiales para que un matrimonio pueda celebrarse válidamente, o en otras palabras figuran una capacidad especial que es necesaria para poder contraer matrimonio validado. Por tanto, cualquiera fuera la causa de la nulidad de un matrimonio, debe ser previamente declarada en sentencia para que el matrimonio pueda considerarse realmente nulo y se produzcan los efectos de nulidad mediante la inscripción de la sentencia.

2. Antecedentes de la formación del sistema de nulidades

El Derecho Canónico legisla sobre el matrimonio y su nulidad, no por tratarse de un acto jurídico sino por ser un sacramento; las normas canónicas forman un régimen especial para la formación de la legislación civil, las causas de nulidad son los impedimentos formales y de voluntad.

La nulidad del matrimonio es un hecho grave, que rompe el vínculo matrimonial con carácter retroactivo, considerando que el matrimonio no ha existido, por eso el legislador ha tenido el cuidado de regular todo lo relativo a las nulidades, por el principio

jurídico “no puede existir nulidad de matrimonio sin ley que la determine expresamente como tal”. Según una antigua opinión, a la teoría de las nulidades matrimoniales se aplica en forma categórica el aforismo de la inexistencia de nulidad cuando no hay texto legal que la consagre (Planiol & Ripert, 1946).

2.1 Definición de nulidad del matrimonio

Duhalt indica que *“la nulidad del matrimonio es la disolución del vínculo en vida de los cónyuges, por causas anteriores a la celebración del mismo, o por faltar a las formalidades en el acto de celebración”* (Jiménez, 2006, pág. 256).

Hay dos causas por las que se produce la nulidad del matrimonio:

- a) *Por vicios durante la celebración (consentimiento, documentación fraudulenta, etc.)*
- b) *Porque el acto fue llevado a cabo sin cumplir las formalidades exigidas por ley (publicación de edictos, autorizaciones, presentación de cancelación de partida matrimonial, etc.).*

2.2 Inexistencia de matrimonio

La doctrina señala que el matrimonio es inexistente cuando carece de requisitos o condiciones esenciales, motivo por el cual no produce efecto alguno. Antes de la sistematización de la teoría del matrimonio inexistente por el profesor existía una atmósfera ambigua respecto del juego de las nulidades. La labor de la doctrina no parecía tener muchas probabilidades de éxito, a más de que la interpretación estaba ineludiblemente limitada a la letra de la Ley.

El profesor Zachariae realizó la primera sistematización sobre la doctrina de los actos jurídicos respecto de la inexistencia del

matrimonio (Lutzesco, 1945, pág. 167), la cual presenta como características fundamentales del acto inexistente:

- a) *El acto inexistente viciado en su misma esencia.*
- b) *No puede generar efectos jurídicos.*
- c) *No requiere declaración judicial para establecer sus deficiencias, salvo que se le haya revestido de alguna apariencia o formalidad.*
- d) *La voluntad de las partes de confirmar o sanear el acto intentado no le confiere validez y obviamente no admite saneamiento por principio.*

Para determinar la inexistencia de un acto jurídico, deben distinguirse dos elementos para su formación y los requisitos para su validez. La falta de un elemento conduce a la inexistencia, y la omisión de un requisito, a la nulidad. En el derecho español vigente “no se admite la categoría de la inexistencia como algo distinto de la nulidad. Es decir, que aquella recibe, en el mismo, a menos en la mayor parte de los supuestos contemplados, el tratamiento de la nulidad y que por este racero deban de pasar todas la posibles irregularidades negociables” (Amorós, 1984, pág. 361).

La doctrina contempla tres casos de matrimonios inexistentes:

- a) *El matrimonio contraído por personas de un mismo sexo.*
- b) *El matrimonio en que no ha existido el consentimiento.*
- c) *El matrimonio en el que se han omitido solemnidades indispensables para la celebración de dicho acto.*

La inexistencia del matrimonio no estuvo contemplada en el Código de Familia (abrogado) ni tampoco en la Ley N° 603; es producto de la doctrina y de la jurisprudencia francesa. El Código Abrogado establecía la posición civilista de la nulidad y de la anulabilidad. Actualmente, la Ley N° 603 sólo determina la nulidad del matrimonio dejando sin efecto la teoría de la anulabilidad absoluta y la relativa.

3. La invalidez del matrimonio

El matrimonio se considera válido cuando en su constitución se han cumplido los requisitos que manda la ley, la noción de invalidez (nulidad y anulabilidad), se genera cuando el acto matrimonial está viciado en su procedimiento de celebración, haciendo que el acto jurídico del matrimonio sea nulo o anulable.

La nulidad es un acto jurídico, presupone la existencia de un vicio o un defecto coetáneo a su celebración. La teoría general de las nulidades de los actos jurídicos es aplicable al caso concreto del matrimonio, aunque no de la misma manera que para el común de los contratos. Debido a la naturaleza particular del matrimonio. Sea cual fuere la causa de la nulidad de un matrimonio debe ser previamente declarada en sentencia para que dicho matrimonio pueda considerarse nulo y se produzcan los efectos de nulidad.

Para que pueda declararse la nulidad de un matrimonio debe haber tal matrimonio, debe probarse la existencia del matrimonio, normalmente por medio del acta o copia del acta de matrimonio inscrita en el Registro Cívico. Si no se prueba el matrimonio, tampoco puede declararse su nulidad y sólo es posible considerar la “inexistencia del matrimonio”. En la Ley N° 603, el legislador boliviano se aparta de la teoría civilista de la anulabilidad y se concentra en la nulidad. El capítulo cuarto legisla sobre la nulidad del matrimonio o de la unión libre, conforme a lo siguiente:

Artículo 168. (Causas de nulidad)

I. El matrimonio es nulo:

- a) Si no ha sido celebrado por la o el Oficial del Registro Cívico.*
- b) Si no fue realizado entre una mujer y un hombre.*
- c) Si se incurriera en bigamia o múltiples uniones libres.*
- d) Por haberse constituido por personas con impedimento establecido en este Código.*
- e) Por error, dolo o violencia en el consentimiento.*
- f) Por ausencia de consentimiento.*

II. Son aplicables las causas de nulidad a la unión libre, excepto el inciso a) del Parágrafo anterior del presente artículo.

III. La acción de nulidad corresponde a la o el cónyuge, los familiares de la persona declarada interdicta y las instituciones públicas de protección a la familia y la niñez y adolescencia.

Artículo 169. (Bigamia o múltiples uniones libres)

I. En el caso de bigamia o múltiples uniones libres, si la o el cónyuge opone la nulidad del matrimonio o de la unión libre, la vigencia del primer vínculo conyugal persiste sin que ello afecte las obligaciones de la madre o padre hacia las hijas e hijos habidos en cualquiera de los vínculos.

II. Se salvan efectos de naturaleza patrimonial regulados en otras leyes.

Artículo 170. (Minoridad)

El matrimonio o la unión libre entre personas menores a la edad requerida, se revalida por el transcurso del tiempo que hiciera falta para que los cónyuges alcancen la edad determinada por el presente Código, si siendo púberes hubieren hecho vida en común durante dicho lapso, o si hubieren concebido.

Artículo 171. (Preclusión)

Después de transcurrido un (1) año de convivencia, no se puede plantear la acción de nulidad salvo cuando el matrimonio se hubiere celebrado en ausencia del consentimiento de una de las partes, caso en el que se podrá demandar la nulidad del matrimonio sin plazo alguno.

4. Impedimentos del matrimonio

El jurista Félix C. Paz determina que los impedimentos para la constitución del matrimonio son “aquellas prohibiciones de la ley que afectan a las personas para contraer el enlace; esas prohibiciones tienen asidero y sustento en algún hecho o situaciones jurídicas preexistentes que afectan directamente a los contrayentes, las que están conformadas por la falta de condiciones personales o requisitos legales establecidos a reunir por los contrayentes” (Paz, 2010, pág. 244). Para determinar la inexistencia de un acto jurídico debemos previamente distinguir entre los elementos indispensables para su formación y los requisitos para su validez. La falta de un elemento conduce a la inexistencia, y la omisión de un requisito a la nulidad.

4.1 Clases de impedimentos

La doctrina canónica aceptada por la legislación civil señala dos tipos de impedimentos:

- a) Dirimientes.
- b) Impedientes o prohibitivos.

a. Impedimentos dirimientes

a.1 Impedimentos dirimientes -homicidio o asesinato-

Este impedimento se suele llamar “*de crimen*” aunque esta denominación proviene del Derecho Canónico donde tiene un contenido bastante diferente porque el propósito de este impedimento consiste en el deseo de eliminar un incentivo más para el crimen. El que matare al marido o mujer de otro no podrá casarse con el cónyuge sobreviviente, establecido por la Ley N° 603 en su Artículo 141, numeral d).

El Código de Familia abrogado, en su artículo 50 estableció que no pueden casarse dos personas cuando la una ha sido condenada por homicidio consumado contra el cónyuge de la otra (*conyugicidio-uxhomicidio*). Alcanza la prohibición al cómplice del homicidio. El fundamento jurídico se justificaba en que no era posible avalar una unión conyugal basada en la ilegalidad.

a.2 Impedimento dirimente -adulterio-

Se produce cuando existen relaciones sexuales extramatrimoniales. El Código Penal Santa Cruz castigaba y calificaba al adulterio como delito. El Código de Familia abrogado, en su artículo 130, numeral 1) señalaba que el divorcio podía demandarse por causa de adulterio. Actualmente según la Ley N° 603 el adulterio no es causal de divorcio, porque ya no se requiere ningún motivo para iniciar el proceso de desvinculación.

a.3 Impedimento dirimente -impubertad-

Para contraer matrimonio el legislador ha puesto un límite de edad, pretendiendo que coincida con la madurez mental,

emocional y fisiológica para la procreación. La Ley N° 603 en su artículo 139 establece la edad de 18 años para contraer matrimonio y en casos especiales determina la edad de 16 años.

a.4 Impedimento dirimente -vínculo anterior no disuelto-

Si una persona ha contraído matrimonio no puede contraer otro aunque exista una causa de nulidad del primero, mientras dicha causa no sea declarada en sentencia ejecutoriada. En este supuesto el segundo matrimonio sería nulo porque aún no está disuelto el primero. La Ley N° 603 establece que el matrimonio es nulo cuando se incurre en bigamia o múltiples uniones (artículo 168 inc. c).

a.5 Impedimento dirimente -impotencia-

Siendo uno de los fines del matrimonio la procreación y subsistencia de la especie, la carencia de la posibilidad de procrear produce la nulidad del matrimonio. La doctrina considera que este tipo de impedimento dirimente deba conocerse antes de la celebración del matrimonio y no así posteriormente porque las personas al llegar a la tercera edad por motivos naturales disminuyen su capacidad sexual.

La impotencia permanente fue legislada en el Código de Familia abrogado el cual establecía (artículo 88) la impotencia como causa de anulación del matrimonio. La impotencia o incapacidad de engendrar sólo podía ser causa de la anulación debido a la carencia de órganos reproductivos (por uno o los dos cónyuges) y haya sido desconocido por el otro cónyuge. Este impedimento se oponía a los tres (3) meses posteriores a la celebración del matrimonio.

El Derecho Canónico señalaba dos factores al respecto de la impotencia como causa de nulidad del matrimonio: a) Debe ser

anterior al matrimonio y b) Debe ser permanente. La Ley N° 603 no regula sobre este aspecto.

a.6 Impedimento dirimente -demencia-

Demencia debe entenderse en términos generales a todas las enfermedades mentales capaces de privar el uso correcto de la razón para realizar actos jurídicos de índole personal y familiar.

Nuestra legislación, de acuerdo a la Ley N° 603, exige plena capacidad mental para contraer matrimonio, de modo que excluye al demente por considerarlo incompetente para dar su consentimiento, lo cual está señalado en los artículos 141 inc. a) y 142.

a.7 Impedimento dirimente –parentesco-

En todas las sociedades civilizadas se prohíbe el matrimonio de personas vinculadas por estrecho parentesco de consanguinidad ascendientes, descendientes o colaterales. Comúnmente se ponderan razones de orden eugenésico. Se cree que este tipo de uniones tiene incidencia en la procreación de hijos enfermos o defectuosos, pero la principal razón consiste en la necesidad de que quienes suelen vivir en íntima relación sepan que no podrán contraer matrimonio con el fin de tutelar el orden moral de la familia.

El Código de Familia abrogado estableció la prohibición del matrimonio entre ascendientes y descendientes sin distinción de grado y en la línea colateral entre hermanos (artículos N° 47 y 48).

a.8 Impedimento dirimente – falta de asentimiento para los menores de edad-

En cuanto al requisito del asentimiento o licencia de los padres, ascendientes o guardador, para el matrimonio de los menores es

necesario que los padres otorguen su consentimiento, la Ley N° 603 establece la revalidación por el transcurso del tiempo.

Artículo 170 (Minoridad)

El matrimonio o unión libre entre personas menores a la edad requerida, se revalida por el transcurso del tiempo que hiciera falta para que los cónyuges alcancen la edad determinada por el presente Código, si siendo púberes hubieren hecho vida en común durante dicho lapso, o si hubieren concebido.

La legislación abrogada señalaba que el varón antes de los 16 años y de 14 años la mujer cumplidos no podían contraer matrimonio, a pesar de que la autoridad judicial, a petición de los interesados y con aquiescencia de los padres o tutores, concedía dispensa de edad por causas graves y justificadas (artículo 44, Código de Familia).

91

b. Impedimentos impedientes o prohibitivos

Son aquellos obstáculos por falta o inexistencia de algunos requisitos que prohíben la constitución del acto matrimonial. Celebrado el matrimonio no obstante de mediar impedimentos el acto es válido y queda subsistente -no es anulable-. El Código Penal prevé sanciones administrativas para el Oficial de Registro Civil (multa pecuniaria) contemplados como delitos contra la familia, tal el caso de los Artículos N° 242 (Responsabilidad del Oficial de Registro civil), 243 (Simulación del matrimonio) y 244 (Alteración o sustitución del estado civil).

Asimismo, el Código de Familia abrogado determinaba quienes estaban sujetos a responsabilidades civiles, administrativas y penales conforme a los artículos 93 (sanciones al Oficial) y 94 (sanciones a los contrayentes) del Código Familia.

b.1 Impedimentos impeditivos o prohibitivos -Falta de publicación-

La publicación de edictos para la celebración del acto matrimonial es un requisito imprescindible y la infracción es atribuida al Oficial del Registro Civil. La clandestinidad en la celebración al matrimonio debe entenderse como el acto de celebración con puertas cerradas al público en general para dar la oportunidad de que cualquier persona formule su oposición al acto matrimonial.

La Ley N° 603, es su artículo 150, respecto de la publicación de edictos indica:

La o el oficial publicará edictos durante cinco (5) días hábiles en la puerta de su oficina o en la plataforma informática del Servicio de Registro Cívico, en los que hará conocer el matrimonio que se va a realizar y el nombre de los futuros cónyuges. Cuando haya peligro de muerte de una o uno de los pretendientes, el matrimonio podrá realizarse inmediatamente, si no existiera impedimento legal.

Artículo 151. (Tiempo hábil para la celebración del matrimonio)

I. Cumplidas las formalidades anteriores, el matrimonio puede celebrarse dentro de los quince (15) días siguientes, posteriores al último día de su publicación. Si el plazo expira sin que el matrimonio se haya celebrado, debe reanudarse el trámite.

II. Cuando haya peligro de muerte de una o uno de los pretendientes, el matrimonio podrá realizarse inmediatamente si no existiera impedimento legal, sin tomar en cuenta la formalidad expresa de los plazos establecidos en el presente Código.

b.2 Impedimentos impeditivos o prohibitivos -incumplimiento de reglas sobre las guardas-

La doctrina en derecho de familia, estableció como impedimento impeditivo el incumplimiento de las reglas sobre las guardas en términos generales, al establecer que si una mujer menor de edad ha estado bajo tutela no puede contraer matrimonio con quien administró la guarda mientras no esté aprobada la cuenta de la administración.

Esta prohibición tiene por objeto proteger los intereses de la menor, pues ella tiene derecho de apreciar la cuenta y hacer sus observaciones y pedir las indemnizaciones al ex tutor o guardador. Si éste pasa a ser marido de la menor antes de la aprobación judicial de la cuenta prácticamente no cabría cuentas.

Podría darse el caso de que se contrajera matrimonio precisamente para no tener que responder de una administración descuidada del tutor o guardador.

También se presenta el caso que los hijos (as) del tutor o guardador contrajeran matrimonio con la menor tutelada para evitar la devolutiva responsabilidad en la rendición de cuentas. La Ley N° 603 en su Artículo 141 numeral e) legisla sobre el vínculo por tutela.

b.3 Impedimentos impeditivos o prohibitivos -incompetencia-

De acuerdo a Ley de Registro Civil la competencia del Oficial de Registro Civil es el lugar de sus funciones, domicilio de los contrayentes si es en su jurisdicción. Si lo realiza fuera el matrimonio no es anulable pero es sancionado el servidor público.

En la legislación boliviana no existe esta figura como tal, sin embargo un Oficial de Registro Cívico de un Departamento

podría celebrar un matrimonio en otro, lo cual ocasionará la sanción establecida por la norma administrativa y dependiendo, el caso la responsabilidad penal.

b.4 Impedimentos impeditivos o prohibitivos - Plazo para nuevo matrimonio de la viuda y de la divorciada, de 300 días-

El Código abrogado en su artículo 52 (Código de Familia), estableció que desde el día de la separación provisional decretada por el juez, en los artículos N^{os} 388, 401, 402 C.F. evitar el (*tubatio sanguinis*) conflicto paternal. Bastante discutido en la doctrina por el avance de la ciencia ya que se puede determinar el embarazo en minutos.

En el proceso de sociabilización de la Ley N° 603, varios grupos sociales expresaron que este artículo contenía ideas machistas, como el de la prohibición a la mujer de contraer nupcias de manera inmediata a la disolución o muerte el cónyuge varón.

Sin embargo, se debe precisar que esta aseveración es falsa porque la prohibición es de índole biológica, para proteger únicamente al menor en un posible embarazo durante la acción de divorcio, porque sucede en varios casos que mientras se sustanciaba la acción de divorcio los cónyuges continuaban en el lecho nupcial.

En tal sentido, un nuevo matrimonio de manera inmediata podía ocasionar la confusión parental del hijo. Este criterio podía ser subsanado con la simple presentación de certificado médico de no embarazo que se realiza de forma inmediata.

La Ley N° 603 ha guardado silencio sobre este tipo de impedimento impeditivo que podría haber sido regulado por lo expresado líneas arriba.

La Ley N° 603 resume algunos impedimentos:

Artículo 141. (Impedimentos)

Son impedimentos para constituir matrimonio o unión libre, los siguientes:

- a) Interdicción.*
- b) Parentesco consanguíneo.*
- c) Parentesco adoptivo.*
- d) Impedimento por delito, o*
- e) Vínculo por tutela.*

Artículo 142. (Interdicción)

Está impedida la persona declarada judicialmente interdicta con sentencia ejecutoriada.

Artículo 143. (Parentesco consanguíneo)

Están impedidas las personas que sean ascendientes y descendientes en línea directa entre sí, sin distinción de grado, y en línea colateral entre hermanas y hermanos.

Artículo 144. (Parentesco adoptivo)

I. Están impedidas de establecer vínculo conyugal, las siguientes personas:

- a) Entre la o el adoptante, la o el adoptado y sus descendientes.*
- b) Entre las o los hijos adoptivos de una misma persona.*
- c) Entre la o el adoptado y las y los hijos que pudiera tener la o el adoptante.*
- d) Entre la o el adoptado y ex-cónyuge de la o el adoptante y, recíprocamente, entre la o el adoptante y ex-cónyuge de la o del adoptado.*

- e) *e) Entre la madre o el padre, con la hija o hijo nacida o nacido, mediante técnicas de reproducción asistida con gametos ajenos.*

II. Concurriendo causas graves, la autoridad judicial puede conceder dispensa en los casos b) y c) del Parágrafo anterior.

Artículo 145. (Impedimento por delito)

I. La persona está impedida de constituir matrimonio o unión libre, cuando recaiga sobre ella sentencia condenatoria ejecutoriada por tentativa, complicidad o haber consumado el delito de homicidio, feminicidio o asesinato de la o del cónyuge de la otra persona.

II. Mientras la causa penal esté pendiente, se suspende la constitución del matrimonio o la unión libre con la persona señalada en el Parágrafo anterior.

Artículo 146. (Vínculo por tutela)

La o el tutor, sus parientes en línea directa y colateral hasta el cuarto grado y sus afines hasta el segundo, no pueden constituir matrimonio o unión libre con la persona sujeta a tutela, mientras dure el ejercicio del cargo y hasta que las cuentas de la gestión estén judicialmente aprobadas.

5. Nulidad y anulabilidad

5.1 Concepto de nulidad

Osorio (1997, pág. 652) define la nulidad como “... la ineficacia en un acto jurídico, como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias para su validez, sean ellas de fondo o de forma o como dicen otros autores, vicio que adolece un acto

jurídico si se ha realizado con violación u omisión de ciertas formas o requisitos indispensables para considerarlo como validado, por lo cual la nulidad se considera *ínsita* en el mismo acto, sin necesidad de que se haya declarado o juzgado”.

La nulidad se entiende que es siempre de pleno derecho, porque no necesita ser reclamada porque es parte interesada, inversamente a lo que sucede con la anulabilidad. Las características de la nulidad es la imprescriptibilidad de la acción por la naturaleza del acto y la gravedad de los casos. La facultad de demandar la nulidad del matrimonio es imprescriptible, principio del artículo 552 Código Civil.

La inconfirmabilidad del matrimonio nulo no puede ser confirmado por la voluntad de los contrayentes ni por el efecto de la ley, careciendo presupuestos personales y legales.

5.2 Teoría de las nulidades

Existen dos teorías de las nulidades.



El Código Civil que entró en vigencia el 2 de abril de 1976, ha adoptado la Teoría Tripartita de las nulidades. El Código de Familia abrogado distinguía la nulidad y anulabilidad del matrimonio donde la nulidad tenía características de inexistencia.

La Ley N° 603 en el capítulo cuarto, se acoge solamente a la teoría de la nulidad dejando de lado la anulabilidad.

Artículo 168. (Causas de nulidad)

I. El matrimonio es nulo:

- a) Si no ha sido celebrado por la o el Oficial del Registro Cívico.*
- b) Si no fue realizado entre una mujer y un hombre.*
- c) Si se incurriera en bigamia o múltiples uniones libres.*
- d) Por haberse constituido por personas con impedimento establecido en este Código.*
- e) Por error, dolo o violencia en el consentimiento.*
- f) Por ausencia de consentimiento.*

II. Son aplicables las causas de nulidad a la unión libre, excepto el inciso a) del Parágrafo anterior del presente Artículo.

III. La acción de nulidad corresponde a la o el cónyuge, los familiares de la persona declarada interdicta y las instituciones públicas de protección a la familia y la niñez y adolescencia.

Respecto a los incisos:

- a) El matrimonio será nulo cuando es celebrado por tercera persona o funcionario público que no sea Oficial del Registro Civil, debido al carácter solemne y público que reviste la institución social del matrimonio conceptualizado en el artículo 137 de la Ley N° 603.*
- b) El matrimonio será nulo cuando sea realizado por personas del mismo sexo. Para tal efecto la Constitución Política del Estado boliviano en su*

artículo 63. I determina que el matrimonio es entre un varón y una mujer. Por tanto en Bolivia no se acepta por mandato constitucional los matrimonios y uniones libres entre personas del mismo sexo.

- c) La bigamia constituye un delito contra la familia. Esto implica que no puede casarse o unirse persona que no hubiera disuelto su matrimonio anterior (artículo 140, Código Penal). Por su parte, la Ley N° 603 incluye como causal nulidad las uniones múltiples.*
- d) Es nulo cuando el matrimonio está contemplado dentro de los impedimentos establecidos en el artículo 141 de la Ley N° 603 que son: interdicción, parentesco consanguíneo, parentesco adoptivo, impedimento por delito y vínculo por tutela.*

Artículo 169. (Bigamia o múltiples uniones libres)

I. En el caso de bigamia o múltiples uniones libres, si la o el cónyuge opone la nulidad del matrimonio o de la unión libre, la vigencia del primer vínculo conyugal persiste sin que ello afecte las obligaciones de la madre o padre hacia las hijas e hijos habidos en cualquiera de los vínculos.

II. Se salvan efectos de naturaleza patrimonial regulados en otras leyes.

Artículo 170. (Minoridad)

El matrimonio o la unión libre entre personas menores a la edad requerida, se revalida por el transcurso del tiempo que hiciere falta para que los cónyuges alcancen la edad determinada por el presente Código, si siendo púberes hubieren hecho vida en común durante dicho lapso, o si hubieren concebido.

Artículo 171. (Preclusión)

Después de transcurrido un (1) año de convivencia, no se puede plantear la acción de nulidad salvo cuando el matrimonio se hubiere celebrado en ausencia del consentimiento de una de las partes, caso en el que se podrá demandar la nulidad del matrimonio sin plazo alguno.

6. El matrimonio inexistente

6.1 Concepto

El matrimonio inexistente es el acto jurídico imaginario que no ha llegado a nacer a la vida jurídica y no ha tenido existencia legal.

El matrimonio que se celebra *in fraudem legis*, ha sido considerado inexistente en todos aquellos casos en que la infracción legal afecte los requisitos jurídicos esenciales previsto por la norma legal que regula el matrimonio, además es necesario el presupuesto de la infracción no pueda ser reparada por el trascurso del tiempo o por cualquier otra circunstancia.

Un ejemplo típico estaría representado por el supuesto matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, ahora bien el matrimonio es nulo de puro derecho cuando dos personas del mismo sexo se casan con la intervención del registro cívico, quedando claramente diferenciadas entre la inexistencia y la nulidad. Esta teoría fue desarrollada en el Código Civil Napoleónico pero no fue incorporada en esa legislación.

La inexistencia del matrimonio se produce cuando no ha nacido a la vida jurídica por falta de un requisito esencial para su constitución.

La doctrina establece las causas de inexistencia, conteniendo 3 elementos:

1° La identidad de sexo o la falta de diferencia sexual contemplado en el Artículo 63.I de la Constitución Política del Estado, concordante con el Artículo 168 inc. b) de la Ley N° 603 no permite el matrimonio de personas del mismo sexo, siendo aquel inexistente. Sin embargo, en muchos países europeos y latinoamericanos como Colombia, Uruguay y Argentina se ha legalizado el matrimonio homosexual.

2° Falta de celebración por el servidor público competente, el Oficial de Registro Cívico cuya función es indelegable e insustituible, salvo las legaciones consulares donde Bolivia cuenta con Embajadas. El legislador boliviano no ha regulado el matrimonio en buques y sus efectos jurídicos, como en la legislación Argentina, donde se reconoce a los capitanes de los buques la calidad de oficiales públicos para el registro, en el diario de navegación, de los nacimientos y de las funciones que ocurran a bordo durante la travesía.

3° Consentimiento personal de los contrayentes, requisito esencial para la constitución del acto jurídico matrimonial, que significa expresar a viva voz el asentimiento de la pareja y de manera personal ante el Oficial de Registro Cívico y los testigos.

En Bolivia, no existen efectos jurídicos cuando se contrae matrimonio a bordo de un avión en vuelo por razones de urgencia, con la intervención del comandante del avión que actúa como oficial público. El caso es más teórico que real, dada la rapidez de ese medio de locomoción.

7. La anulabilidad del matrimonio

Según Ossorio (1997, pág. 90) la anulabilidad del matrimonio se refiere a la “condición de los actos o negocios jurídicos

que pueden ser declarados nulos e ineficaces por existir en su constitución un vicio o defecto capaz de producir tal resultado. Así como los actos nulos carecen de validez por sí mismo, los actos anulables son válidos mientras no se declare su nulidad. De ahí que la anulabilidad sea llamada también por algunos nulidad relativa”.

El artículo 80 del Código de Familia abrogado legislaba respecto del matrimonio Celebrado en Contra de los requisitos para contraer matrimonio. Asimismo los artículos 44 (Edad), 45 (Salud mental), 46 (Libertad de estado), 47 (Consanguinidad), 48 (Ausencia de afinidad), 49 (Prohibición por vínculos de adopción), 50 (Inexistencia de crimen), 67 (Lugar del matrimonio) y 68 (Acto de celebración) se refieren a las causales de anulabilidad del matrimonio.

102

Finalmente con Código de Familia abrogado distinguía las clases de anulabilidad: 1. Absoluta, 2. Relativa.

1. Anulabilidad absoluta del matrimonio, sucede cuando en su constitución no se han observado los impedimentos dirimentes: Artículo 44 (Edad), 45 (Salud mental), 46 (Libertad de estado, se sanciona por el delito de bigamia), 47 (Consanguinidad), 48 (Ausencia de afinidad), 49 (Prohibición por vínculos de adopción), 50 (Inexistencia de crimen).

La anulabilidad absoluta es de orden público, puede ser demandada por quien tenga interés: los contrayentes, padres, el Ministerio Público; sin embargo el matrimonio no puede ser declarado nulo de oficio por el Juez.

Se subsana la anulabilidad del matrimonio cuando el impedimento desaparece, cuando el menor ha alcanzado la edad establecida o la menor ha concebido, conforme al artículo 81 (Código de Familia abrogado).

Caduca el derecho de impugnar la anulabilidad en el caso del menor cuyo matrimonio no se intenta anular dentro de los 30 días después de alcanzada la edad regulada por ley, y prescribe la acción.

2. La anulabilidad relativa del matrimonio. Se produce cuando en su constitución no se han cumplido los requisitos y formalidades de ley, no se ejerce la acción de la anulabilidad para impugnar el acto nupcial o se deja vencer los plazos de ley. El matrimonio queda convalidado, y toda acción de anulación del matrimonio prescribe en dos años (artículo 89 Código de Familia).

Las causas de anulabilidad relativa son las siguientes:

a) *Falta de voluntad*, es decir que los contrayentes no hayan manifestado su consentimiento a viva voz o el Oficial de Registro Cívico por descuido no les preguntó su consentimiento. El matrimonio puede anularse a demanda del contrayente que no expresó su voluntad, salvo que hubiera firmado el acta y hubiera cohabitado después de la celebración.

b) *Privación del ejercicio de las facultades mentales*. Cuando él o los contrayentes padezcan insanidad mental temporal bajo influencia del alcohol o de tóxicos, el matrimonio puede anularse a solicitud del afectado dentro del plazo establecido por ley (artículo 84 Código de Familia abrogado).

c) *La interdicción*. Según el artículo 85 de Código de Familia abrogado el matrimonio del interdicto, declarado a tiempo de la celebración, es anulable a demanda del tutor. Si la interdicción se revoca puede ser interpuesta por el que se hallaba interdicto. La acción no puede proponerse si ha habido cohabitación.

d) *Vicios del consentimiento*. Cuando la voluntad fue obtenida utilizando la violencia o fue dada por error en la persona del otro

contrayente. Esto quiere decir que la unión en matrimonio debe realizarse de manera libre, voluntaria y espontánea. La acción de anulabilidad corresponde al cónyuge que sufrió la violencia o tuvo error en la persona.

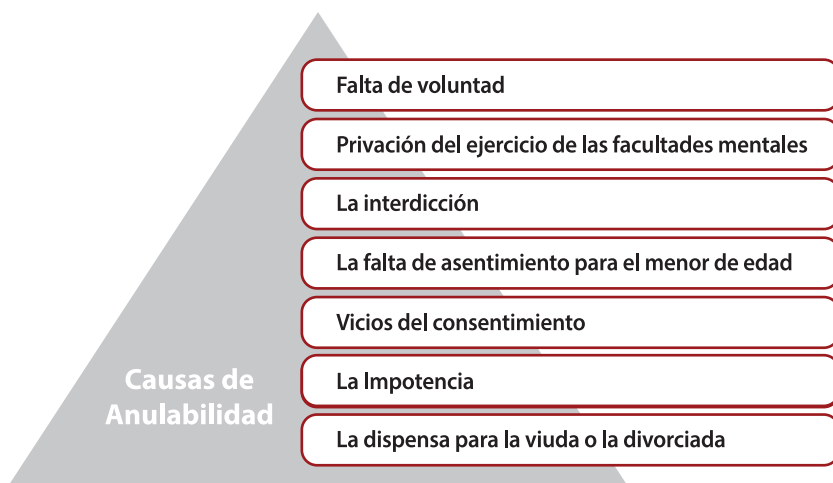
e) *La falta de asentimiento para el menor de edad.* Según el artículo 87 del Código de Familia abrogado para la constitución del matrimonio se requiere de la capacidad de obrar y de disponer; el matrimonio de menores requiere del asentimiento de los padres, tutores e instituciones protectoras del menor. Si el matrimonio es celebrado sin el asentimiento puede ser demandado de anulabilidad relativa por quien debía dar su aprobación.

Si la persona que debía dar su asentimiento aprueba en forma escrita, asiste al acto, no manifiesta su disconformidad, el acto nupcial no puede ser impugnado de anulabilidad, lo mismo si pasan 3 meses de conocido el hecho. Si el menor que ha contraído matrimonio cuando transcurren 30 días desde que llegó a su mayoría inicia la acción de anulabilidad relativa, su derecho de impugnar ha caducado.

f) *La impotencia.* Es la incapacidad física para el acceso carnal con persona del otro sexo o para procrear, debido a esterilidad o infertilidad. El artículo 88 del Código de Familia indica que la impotencia para engendrar o concebir sólo puede aducirse como causa de anulación del matrimonio, cuando uno de los cónyuges carece de órganos de reproducción. La acción corresponde al otro cónyuge, siempre que no haya conocido el defecto antes del matrimonio y no puede oponerla después de tres meses de descubierto el defecto.

g) *La dispensa para la viuda o la divorciada.* El artículo 52 del Código Civil abrogado indica: “La mujer viuda, divorciada o cuyo matrimonio resulte invalidado, no puede volver a casarse sino después de transcurrido 300 días de la muerte del marido, del decreto de separación de los esposos o de la ejecutoria de la nulidad”.

Intransmisibilidad de la acción es personalísima; la acción es interpuesta por quién tiene interés legítimo, pero si es incoada por el interesado y éste muere los herederos pueden continuar (artículo 90 del Código de Familia abrogado): “La acción de anulación del matrimonio no se transmite a los herederos sino cuando hay demanda pendiente a tiempo del deceso de quién podía interponerla”.



8. El matrimonio putativo

8.1 Preámbulo

Cabanellas (1997, pág. 350) señala: “De acuerdo con la raíz latina de este adjetivo, que procede del verbo *putare*: juzgar, creer, quiere decir como *matrimonio supuesto*, el que tiene apariencia de tal sin serlo en realidad. Con más coherencia, pero menor claridad técnica, se llama también *matrimonio de opinión* o de *reputación*, por creerlo unión conyugal los ajenos al vínculo desconocedores de su existencia o nulidad”.

8.2. Concepto

En sentido estricto, por matrimonio putativo se entiende el matrimonio nulo por causas de un impedimento dirimente, pero que surte efectos como si hubiera sido lícito y válido, por haberse contraído de buena fe. Por ejemplo es matrimonio putativo el producido por parientes en grado muy próximo que sin saber su vínculo de parentesco se casan.

Los efectos jurídicos del matrimonio putativo son:

a) Cuando ambos cónyuges actuaron de mala fe, conociendo el impedimento, la retroactividad de la Sentencia es hasta el momento de la celebración del matrimonio, como esas personas jamás estuvieron casadas entre ellas.

b) Si ambos cónyuges actuaron de buena fe, los efectos del matrimonio subsisten hasta antes de dictarse la sentencia que produce la nulidad y anulabilidad sin retroactividad, teniendo el derecho de sucederse recíprocamente a la muerte de uno de ellos.

c) Si uno de los cónyuges actuó de buena fe, la eficacia del matrimonio surte hasta la ejecutoria de la sentencia sólo para el de buena fe.

Lección N° 6

Divorcio o Desvinculación

Temario

1. Introducción. 2. Concepto de divorcio. 3. Antecedentes históricos. 3.1 El divorcio en Roma. 3.2 El divorcio en el Derecho Francés. 3.3 El divorcio en México. 3.4 El divorcio en la Legislación Boliviana. 3.4.1 Ley de Divorcio Absoluto. 4. Teorías del divorcio. 5. Divorcio y desvinculación. Según la Ley N° 603, Código de las Familias y del Proceso Familiar. 5.1 Proyecto de vida en común. 6. Desvinculación. 7. Extinción del vínculo conyugal. 8. Divorcio o desvinculación notarial. 8.1 Desvinculación o divorcio judicial. 9. Efectos del divorcio o desvinculación. 9.1 Efecto legal 9.2 Efectos personales.

1. Introducción

Siempre ha habido posiciones encontradas respecto del divorcio. Por un lado, se ha argumentado que al disolverse el vínculo matrimonial -y los cónyuges pudieran contraer nuevo matrimonio- se suprime la familia, que es la base de la sociedad, un resultado muy doloroso para todos los involucrados y nocivo principalmente para los hijos. Por otro se dice que es inútil y perjudicial mantener la falsedad de la unión familiar para evitar el divorcio, aunque lo que impera es lo contrario y coloca a los cónyuges y a los hijos en una situación de inestabilidad, al permanecer dentro de un grupo familiar disfuncional.

En consecuencia, el divorcio es una realidad que no se puede soslayar y el Estado debe afrontar de manera que se cause el menor daño a los afectados, a la familia y a la sociedad (Baquero y Buenrostro, 2014).

Cuando nació el matrimonio también nació el divorcio porque si el matrimonio nace de las relaciones sexuales e interpersonales entre varón y mujer, las relaciones de fidelidad, amor, respeto no

son perfectas entre los seres humanos. Al contrario pueden ser perfectibles cuando existen profundos sentimientos de afecto y cooperación entre la pareja cuando contraen matrimonio o deciden convivir de manera libre. Ante el fracaso de no poder llevar adelante la vida en común tanto el varón como la mujer deben desvincularse y proceder al alejamiento de aquella promesa que hicieron antes y al momento de jurar.

Etimológicamente, la palabra divorcio viene del latín *divortium*, que significa separación, esto es, separar lo que estaba unido. Desde la perspectiva jurídica el divorcio significa la extinción de la convivencia matrimonial. Consiste en el acto de separar legalmente por medio del juez competente a personas unidas en matrimonio.

2. Concepto de divorcio

Rocha (2015) conceptualiza el término divorcio como la terminación de la relación matrimonial o de unión libre, la disolución del vínculo que unía a los cónyuges. Su efectivización debe intervenir la autoridad judicial, quien lo decreta siguiendo los procesos y cumpliendo las leyes establecidas para tal fin. Olguín (2008) define el divorcio como la separación de los cónyuges, la cesación temporal o definitiva de la vida en común. Puede producirse como un hecho o acto antijurídico al margen de la ley. Está regulado por ella en sus causas, su modo de realizarse y sus consecuencias. Franco (2006) señala: divorcio en su acepción etimológica se remonta a las voces latinas *divertere* y *divortium*, que quieren decir irse cada cual por su lado para no volver a juntarse.



Ruptura del vínculo conyugal a petición de cualquiera de ellos o de ambos en virtud de un decreto judicial

En sentido amplio divorcio significa toda separación legítima entre esposos. En sentido estricto es la ruptura del vínculo conyugal en vida de los esposos, a petición de uno cualquiera de ellos o de ambos, en virtud de un decreto judicial. Actualmente debe entenderse por divorcio a la desvinculación de la unión conyugal a través de la intervención de una decisión judicial o voluntaria de uno de los esposos o de ambos sin expresar su motivo, en algunas legislaciones el matrimonio puede desvincularse por la vía notarial, previo cumplimiento de ciertos requisitos.

3. Antecedentes históricos

3.1 El divorcio en Roma

Los referentes más objetivos del divorcio se observan en el Derecho Romano, que reconocía como formas de disolución del matrimonio la muerte de alguno de los cónyuges, *la capitis diminutiu maxima*, *la capitis diminutiu media*, por sobrevenir algún impedimento, entre otras razones, y la pérdida de la *affectio maritalis*.

Sobre este particular dice el digesto: “*El matrimonio se disuelve por el divorcio, muerte, cautiverio u otra servidumbre, que suceda algunos de los cónyuges. Se dice divorcio por la diversidad de voluntades o porque los cónyuges vivan separados*” (Morgan, 1980 pp. 213-222).

El divorcio al igual que el matrimonio, al principio no requería de forma alguna. Pero ya en el Registro de Justiniano los tratadistas identificaban cuatro formas de divorcio.

• 1. *Divortium ex iusta causa*. El divorcio causa justa. El cónyuge culpable era castigado con la pérdida de la dote o de los derechos sobre ella y la donación nupcial y si no hubiese dote o donación nupcial con la pérdida de la cuarta parte de los bienes.

• 2. *Divortium sine causa*. Realizado por un acto unilateral que no se encontraba justificado en la ley. Se aplicaban las mismas penas que en el caso anterior.

• 3. *Divortium communi, consenso*. El divorcio por común acuerdo. Las mismas penas de los casos anteriores para ambos cónyuges.

• 4. *Divortium bona gratia*. El divorcio por una causa ajena al otro cónyuge, como la impotencia incurable, el voto de castidad o la cautividad de guerra.

3.2 El divorcio en el Derecho Francés

El divorcio -afirma Julien Bonnecase- es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los esposos por causas determinadas y mediante Resolución Judicial. En Francia, el divorcio se originó en el Derecho de la Revolución Francesa en 1792, pero fue suprimido en 1816 por influencia religiosa según la ley de ese año. El matrimonio se consideraba indisoluble sobre la base de argumentos morales y éticos. Posteriormente por la ley de 27 de julio de 1884 el divorcio quedó restablecido en el Derecho Francés.

Teóricamente, de conformidad con los artículos 229 al 232 las causas de divorcio en la legislación francesa eran:

- La petición de divorcio por el marido debido al adulterio de la mujer.
- La petición de divorcio por la mujer debido al adulterio del marido.
- Los esposos recíprocamente podían pedir divorcio por excesos, sevicia o injurias graves cometidas por uno de ellos respecto del otro.
- La sentencia infamante en contra de uno de los cónyuges.

Se puede apreciar que en la Ley N° 1884, no se aceptaba el divorcio por mutuo consentimiento (Bonnecase, pág. 251, 252).

Sin embargo, la concepción del matrimonio–contrato, influyó sobre el restablecimiento del divorcio.

En efecto, los autores de esta ley expresaban que la facultad de divorciarse resultaba de la libertad individual, que se perdería por un compromiso indisoluble. Como consecuencia se crearon en ella numerosas causales de divorcio, algunas discutibles como la inmigración, la locura, la desaparición de uno de los esposos durante cinco años.

3.3 Divorcio en México

Según Rocha (2015) las primeras leyes que regularon el divorcio en México fueron las de 1914 y 1915 expedidas por Venustiano Carranza y por su origen, inconstitucionales.

Posteriormente, la ley de relaciones familiares reguló el divorcio vincular, que se plasmó en el Código Civil de 1928, el cual rige en la actualidad con modificaciones en materia de Derecho Familiar en los años 2000 y 2008. En estas modificaciones se deja el divorcio a voluntad de las partes e incluso a voluntad de uno de los cónyuges, quedando abandonado de esa manera el sistema de causales de divorcio.

La legislación mexicana señala dos clases de divorcio:

a) No vincular y

b) Vincular.

- a) *Consiste en la posibilidad que los cónyuges den por concluida la cohabitación, por causas graves, por ejemplo: enfermedad incurable, contagiosa y hereditaria o trastorno, establecidas en la ley y con autorización judicial, sin romper el vínculo matrimonial. Es obvio que en este divorcio los cónyuges no puede contraer nuevo matrimonio.*

- b) *El divorcio vincular trae consigo la ruptura del vínculo matrimonial en la vida de los esposos y los deja en aptitud e idoneidad de contraer otro matrimonio, éste puede realizarse por la vía administrativa o por vía judicial.*

La Iglesia y el divorcio. La Iglesia tiene una posición respecto al divorcio, profundizándose en la Edad Media, basado en los postulados de unidad, indisolubilidad y dignidad elevados a sacramento.

El matrimonio fue considerado como Derecho Divino porque fue constituido al principio de la creación del mundo donde la pareja al unirse forman una sola carne, se vuelven una sola persona, unidos por el amor y el respeto, alejados del egoísmo, siendo el matrimonio indisoluble durante la vida de los cónyuges.

La Iglesia Católica aceptaba definitivamente la doctrina de la indisolubilidad, los reformadores la declaraban falsa y negaban el carácter sacramental del matrimonio. No podía ser contraria a la voluntad de Dios, ahora se pide dispensa de la iglesia para volver a contraer nuevas nupcias.

La Iglesia evangélica y anglicana mantiene la admisión del divorcio absoluto por la causal del adulterio, mientras que las iglesias ortodoxas griega y rusa siempre admitieron el divorcio por causas imputables a uno de los cónyuges.

La solución a los conflictos al interior de la familia, con el divorcio, es contraria a los fines del matrimonio, porque hace peligrar el cuidado y la educación de los hijos, alienta la infidelidad conyugal y perturba la paz de la familia.

3.4 El divorcio en la Legislación Boliviana

Para los incas (Baudin, 1972) el matrimonio era obligatorio e indisoluble, exceptuando cuando existía adulterio de la mujer

podía provocar el repudio por el marido bajo la reserva de la autorización del Inca, si se trataba de la mujer de un Curaca o de un indio ordinario. Se practicaba el divorcio y con la pena de muerte de la mujer o del hombre por adulterio. Con la Conquista Española y durante la Colonia, rigió las leyes españolas, el Fuero Juzgo y Disolución conyugal, el divorcio le correspondía solo a las autoridades eclesiásticas. El Fuero Juzgo admitía el divorcio absoluto por adulterio de la mujer o sodomía del marido. El divorcio se rigió por el Derecho Canónico y el único divorcio admitido era el de separación que no otorgaba la libertad para contraer un nuevo matrimonio, mientras viva el otro cónyuge.

A partir del 6 de agosto 1825 en la República de Bolivia continuaron rigiendo las leyes españolas hasta que el Presidente Mariscal Andrés de Santa Cruz Calahumana puso en vigencia el Código Civil (1831) inspirado en el Código Napoleónico, basado en el legislación Francesa de 1804.

113

En el Código Civil Santa Cruz, el matrimonio estuvo influenciado por el Derecho Canónico tanto que en su artículo 99 fue elevado a la dignidad de sacramento. Se instituyó el divorcio relativo o el divorcio de separación, siendo los únicos competentes para fallar sobre el divorcio los Tribunales Eclesiásticos, pero las obligaciones de alimentos se tramitaban por medio de jueces civiles.

Fue consignada la separación de cuerpos bajo el erróneo nombre de divorcio, por el cual los esposos se dividían los bienes y se separaban de habitación sin derecho a contraer nuevo matrimonio, estando condenados a vivir en un forzoso celibato. Esas disposiciones fueron abrogadas por la Ley de Divorcio Absoluto de 15 de abril de 1932.

3.4.1 Ley de Divorcio Absoluto

Promulgado durante la presidencia del Dr. Daniel Salamanca. La indisolubilidad del matrimonio sostenida por el Código Civil

Santa Cruz de 1831 quedó abrogada con la sanción de la Ley de Divorcio Absoluto de 15 de abril de 1932 que en su artículo 1° señalaba: El matrimonio se disuelve:

- a) *Por muerte de uno de los cónyuges.*
- b) *Por sentencia definitiva de divorcio.*

Artículo 2.- Establecía ocho causales de acuerdo al siguiente orden:

- a) *Por adulterio de cualquiera de los cónyuges.*
- b) *Por tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro.*
- c) *Por prostituir el marido a la mujer o uno de estos a los hijos.*
- d) *Por abandono voluntario del hogar por más de un año habiendo intimación judicial para que se restituya.*
- e) *Por embriaguez habitual, locura y enfermedades contagiosas crónicas e incurables.*
- f) *Por sevicias e injurias graves y por malos tratos para hacer intolerable la vida en común, teniendo en cuenta la educación y condición de esposo agraviado.*
- g) *Por mutuo consentimiento después de dos años de matrimonio.*
- h) *Por la separación de hecho libremente consentida y continuada por más de 5 años, cualquiera sea el motivo.*

En el gobierno de facto del Cnel. Hugo Banzer Suarez fue promulgado el Código de Familia, mediante Decreto Ley N°10426 de 23 agosto de 1972 y puesto en vigencia el 6 de agosto de 1973. Este Código fue modificado por la ley de fecha 4 abril de 1988, elevado a rango de Ley N° 996. Por último la Ley N°1760 de 28 de febrero de 1997, Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar, reformó el capítulo del Régimen de Asistencia Familiar. Posteriormente mediante Ley N° 2026 de 27 de octubre de 1999, se promulga el Código Niña Niño y Adolescente.

Este proceso legislativo marca en el contexto internacional y de Bolivia en particular un hito histórico con la virtud de crear y separar el Derecho de Familia del Derecho Civil, adquiriendo autonomía propia. A la fecha la Ley N° 996 fue abrogado mediante Ley N° 603 denominado Código de las Familias y del Proceso Familiar.

4. Teorías del divorcio

Samos (1992, pág. 219) señala:

Ciertamente, el divorcio continua siendo hoy un problema que se discute en el terreno de la doctrina en el derecho y en el campo de las confesiones religiosas especialmente catolica, por la gravedad de lo que el supone. Existen partidarios del divorcio, asi como existen tambien detractadores de él y se arguyen razones altamente poderosas en uno y otros sentido. La familia se destroza y pierde su necesaria estabilidad para cumplir con su transcendenteal misión, sostiene quienes son contrarios a la posición divorciasta. Por su parte, quienes sostienen la necesidad del divorcio indican que es preferible a todos los miembros de la comunidad familiar, la posibilidad de divorcio, pues mas vale la decisión de una medida heroica de esta naturaleza a que los cónyuges sean victimas el uno

del otros y los hijos testigos de las constantes reyertas y disputas en sus padres; a la sociedad no le puede interesar ese tipo de uniones desechadas e infelices.

Es necesario pues apreciar el problema del divorcio desde dos angulos, veamos la posicion divorcista para luego expresar los criterios mas destacables de la posicion antidivorcista.

- a) *Tesis antidivorcista. Dice Gabriel García Canteros (147): El divorcio significa, que aquel juramento de amor eterno que un hombre y una mujer intercambiaron en un día para ellos luminoso, ha sido quebrantado de modo irreparable que un proyecto de vida en común, con seguridad, largamente acariciado e ilusionadamente puesto en practica ha quedado frustrado, y rotas y destrozadas las esperanza de ambos cónyuges habian puesto en él; en consecuencia no admite la desvinculación.*
- b) *Tesis divorcista. Lo primero que conviene destacar en orden a la posibilidad de la disolucion del matrimonio mediante sentencia de divorcio, y consiguientemente un nuevo matrimonio para los divorciados es que esta no es la situacion ideal para las propias personas que se divorcian, ni para los hijos ni para la sociedad por entero. Estamos ante situaciones que son excepcionales en su numero, asi el porcentaje según las estadísticas que se refieren a divorcios demuestren que ellos van en constante incremento. El divorcio, es a mi juicio, una medida de excepcion que se impone unica y exclusivamente en aquellos casos en los que la convivencia entre dos personas – hombre y mujer – resulta verdaderamente imposible, intolerable y de mutuo sufrimiento, por diversidad de razones incluidas por supuesto de la falibilidad*

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

La Ley N° 996 se inspiró en las teorías del *divorcio remedio* establecido en el artículo 131 y el *divorcio sanción* contemplado en el artículo 130, fundamentos jurídicos que fueron desechados por la Ley N° 603.

Divorcio remedio. Según Samos (1992, pág. 225) en la doctrina del Derecho de Familia, se habla de aquellas causas o motivos que pueden dar lugar a un divorcio sin considerarse la situación en las cuales el matrimonio independientemente a la culpabilidad o inculpabilidad de uno o ambos esposos, ya no puede cumplir con la función que la sociedad y el Estado le atribuyen. En el supuesto que la empresa matrimonial no ha podido llevar a cabo los fines para lo que fue concebida, existe una razón objetiva para el divorcio, se habla de un divorcio remedio que tiende precisamente a poner fin a esas uniones matrimoniales que no pudieron continuar y que pone de manifiesto la quiebra matrimonial.

Divorcio sanción. Existen otras causales o motivos de divorcio en las cuales se atribuye a un cónyuge que es el culpable y el otro inocente. Estamos en esta situación ante las causales de divorcio sanción puesto que uno de los esposos es quien ha cometido uno o varios hechos que autorizan al otro, que se siente dañado, lesionado, perjudicado, para demandar la desvinculación matrimonial. A esto se denomina divorcio sanción.

Ejemplo de divorcio sanción, Ley N° 996 (abrogado)

Artículo 130. (Enumeración)

EL divorcio puede demandarse por las causas siguientes:

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

2º Por tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o por ser autor, cómplice o instigador de delito contra su honra o sus bienes.

3º Por corromper uno de los cónyuges al otro o a los hijos, o por convivencia en su corrupción o prostitución.

4º Por sevicia, injurias graves o malos tratos de palabra o de obra que hagan intolerable la vida en común. Estas causales serán apreciadas teniendo en cuenta la educación y condición del esposo agraviado.

5º Por abandono malicioso del hogar que haga uno de los cónyuges y siempre que sin justa causa no se haya restituido a la vida común después de seis meses de haber sido requerido judicialmente a solicitud del otro. Cuando el esposo culpable vuelve al hogar sólo para no dejar vencer aquel término, se lo tendrá por cumplido si se produce un nuevo abandono por dos meses. El juez debe apreciar las pruebas y admitir el divorcio sólo cuando por la gravedad de ellas resulte profundamente comprometida la esencia misma del matrimonio, así como el interés de los hijos, si los hay, y el de la sociedad (artículo 152, Código de Familia).

Ejemplo de divorcio remedio:

Artículo 131. (Separación de hecho)

Puede también demandar el divorcio, cualquiera de los cónyuges, por la separación de hecho libremente consentida y continuada por más de dos años, independientemente de la causa que la hubiera motivado. La prueba se limitará a demostrar la duración y continuidad de la separación. (artículo 140, Código de Familia. Código abrogado Ley N° 996).

5. Divorcio y desvinculación según la Ley N° 603, Código de las Familias y del Proceso Familiar

5.1 Proyecto de vida en común

Debemos entender por *proyecto de vida en común* desde la perspectiva psicológica y social:

- a) *Social. Porque la familia como núcleo principal de la sociedad incorpora los fines y valores de la sociedad. De esa manera la familia en su proyecto se constituye en la base de la sociedad y del Estado.*
- b) *Psicológica. Es un compromiso de la pareja según principios de vida, aspiraciones y de realización humana en torno a los cuales se identifican dos personas.*

6. Desvinculación

Debe entenderse por desvinculación la disolución del vínculo matrimonial que unía a los cónyuges y deja en la aptitud de contraer matrimonio con otro.

La Ley N° 603 no distingue entre desvinculación y divorcio. Entonces debe utilizarse como sinónimos porque el término desvinculación

no ha modificado la naturaleza jurídica del divorcio y solamente ha suprimido las causales y el procedimiento desvinculatorio.

Sin embargo, la mencionada ley no protege al matrimonio y las uniones libres cuando se procede a su desvinculación, porque descansa en la concepción de la libre manifestación de la voluntad sin mencionar el motivo, dejando al arbitrio de un cónyuge para proceder al divorcio. En cambio el Código abrogado el juez valoraba, analizaba las circunstancias de la acción de divorcio, reservándose la decisión de declarar infundadas las causales por no existir los suficientes motivos para la desvinculación, quedando claro que la legislación anterior daba las garantías de replantear las relaciones, dar la oportunidad a una posible reconciliación y proteger los intereses de la familia.

Por otra parte, el Código anterior obedecía a un contexto de protección social basada en usos y costumbres, el concepto de familia se pasaba de una generación a otra. En ese contexto se tenía la influencia del constitucionalismo social. Esos dos elementos influyen en la creación de los jueces de familia y se daba en el ámbito jurídico se da un paso fundamental jueces especiales que son exclusivamente de familia, esa importancia de la familia el Ministerio Público participaba en las audiencias en representación del Estado y la sociedad.

La Ley N° 603 confunde la carga procesal que se debe a la mala administración de justicia al tratar de descongestionar los procesos y resolver los divorcios pero esa visión está influida en la individualidad. Los artículos 62 y 63 señala que el matrimonio es el núcleo de la sociedad, el Estado no creo los mecanismos para que en el momento de la desvinculación no sea liberal. El Código de las Familias no garantiza la estabilidad de la familia, las relaciones interindividuales, entre hijos, padres e hijos. Al introducir el divorcio por la vía notarial le da competencia y jurisdicción al Notario de Fe Pública que no es auxiliar de la

justicia. Al cumplimiento de requisitos administrativos procede la desvinculación.

Habría que replantear qué tan coherente es la protección de la libertad individual, que responde a una concepción liberal y la concepción de derecho social planteada por la Constitución Política del Estado.

Ley No 603

*Artículo 205. (Procedencia)
El divorcio o la desvinculación de la unión libre proceden en la vía judicial por ruptura del proyecto de vida en común, por acuerdo de partes o voluntad de una de ellas. También proceden en la vía notarial por mutuo acuerdo.*

Constitución Política del Estado

Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho ...

Concepción liberal

Prioriza la voluntad individual y no exige la presentación de requisitos para la desvinculación.

Concepción de Derecho Social

El Estado protege a la familia y subordina la libertad individual a los intereses de la sociedad y del Estado.

Por tanto, la Ley N° 603 amenaza a la familia por la facilidad del acceso al divorcio o desvinculación, situación que no condice con el artículo 62 del Constitución Política del Estado que introduce el derecho de las familias al establecer: “El Estado reconoce y protege a las familias como el núcleo fundamental de la sociedad ...”.

El capítulo séptimo de la Ley N° 603 denomina desvinculación conyugal en el matrimonio o la unión libre.

7. Extinción del vínculo conyugal

La extinción del vínculo conyugal está definida en la sección I, artículo 204 de la Ley N° 603.

Artículo 204. (Formas)

El matrimonio y la unión libre se extingue por:

- a)** *El fallecimiento o la declaración de fallecimiento presunto de la o el cónyuge.*
- b)** *Divorcio o desvinculación.*

Existen dos tipos de fallecimiento:

- El *fallecimiento presunto* establecido en el Artículo 29 del Código Civil, declarado judicialmente, denominado fallecimiento presunto del ausente; trámite sustanciado ante los Jueces Públicos Civiles y Comerciales.
- El fallecimiento emergente del hecho jurídico de la muerte.

En ambos casos los efectos dan como resultado la extinción del matrimonio.

La figura jurídica emergente del divorcio es la acción voluntaria de ambas partes o *intuito personae* donde deciden poner fin al matrimonio sin expresar las causas o motivos aduciendo únicamente que el “proyecto de vida en común” ha fracasado. Así lo expresa actualmente la Ley N° 603.

Como se puede observar la diferencia entre la Ley N° 996 abrogado, establecía las causales en el artículo 130 para demandar el divorcio. Bajo este entendido se extinguía el vínculo matrimonial. Como habíamos anotado a la fecha con la Ley 603 prima la libre decisión o voluntad de ambos o de una parte.

En consecuencia, el juez no tiene la potestad de declarar improbadamente la demanda desvinculatoria porque la sola manifestación de la

voluntad prevalece sobre el principio social de protección a la familia, porque la Ley N° 996, otorgaba al juzgado la potestad de verificar y constatar que existían suficientes motivos o causas para desvincular el matrimonio porque muchas veces los jueces declaraban improbadamente la demanda y las reconvención cuando el juzgador veía el grado de inmadurez de los esposos y verificaba el nivel socio cultural y el juez velaba por la unión del núcleo familiar.

Artículo 205. (Procedencia)

El divorcio o la desvinculación de la unión libre proceden en la vía judicial por ruptura del proyecto de vida en común, por acuerdo de partes o voluntad de una de ellas. También proceden en la vía notarial por mutuo acuerdo.

Existen dos vías para desvincular el matrimonio:

- a) Vía notarial
- b) Vía judicial



8. Divorcio o desvinculación notarial

La Ley N° 603 ha innovado e incluido la desvinculación del matrimonio otorgándole al Notario de Fe Pública la potestad y/o facultad de desvincular el matrimonio y la unión libre

Artículo 206. (Procedencia del divorcio o desvinculación)

I. Procederá el divorcio del matrimonio o la desvinculación de la unión libre registrada, por mutuo acuerdo siempre que exista consentimiento y aceptación de ambos cónyuges, no existan hijas ni hijos o sean mayores de veinticinco (25) años, no tengan bienes gananciales sujetos a registro y exista renuncia expresa a cualquier forma de asistencia familiar por parte de ambos cónyuges. Se tramita ante la Notaría de Fe Pública del último domicilio conyugal, con la suscripción de un acuerdo regulador de divorcio.

Notario de Fe Pública → Divorcio Notarial

Requisitos

- Mutuo acuerdo
- Inexistencia de hijos o mayores de 25 años
- Inexistencia de bienes gananciales sujetos a registro
- Renuncia a asistencia familiar

Testimonio de desvinculación

Cumplidos los requisitos el Notario emite el Testimonio de desvinculación y/o divorcio y posterior inscripción en el SERECI (Artículo 206, IV.

II. En caso de desacuerdo o contención en uno de los efectos del divorcio o desvinculación de incumplimiento del acuerdo, o de encontrarse irregularidades en el acuerdo que merezcan nulidad, deberá resolverse en instancia judicial.

III. La o el Notario de Fe Pública verificará el cumplimiento de los requisitos.

IV. Una vez que los cónyuges hayan cumplido con las disposiciones exigidas para el acuerdo regulatorio de divorcio o desvinculación, la o el Notario de Fe Pública emitirá

testimonio de la escritura pública, para su inscripción en el Servicio del Registro Cívico y la cancelación respectiva.

Como se anotó la desvinculación matrimonial procede de mutuo acuerdo ante el Notario de Fe Pública; sin embargo, debemos puntualizar que esta atribución de otorgar competencias legales (jurisdiccionales) al Notario va contra el Derecho de Familia de manera directa porque de acuerdo a la Ley N° 483 (Ley Notarial) de 25 enero 2014, en su artículo 19, los Notarios tienen atribuciones civiles y comerciales para dar fe a estos actos jurídicos.

Entonces, con la Ley N° 603 los Notarios se equiparan a los Jueces Públicos Familiares, ya que tienen facultades jurisdiccionales propias del Derecho de Familia.

El matrimonio es una institución de carácter social y de protección directa por el Constitución Política del Estado (artículos 62,63), cuando en realidad se debió otorgar las atribución a los Oficiales de Registro Cívico, quienes celebran el acto matrimonial y no así a un tercero que no interviene en ninguna de la etapas de la celebración de éste.

El legislador antes de pensar en la naturaleza jurídica del Derecho de Familia ha priorizado el descongestionamiento judicial para alivianar la carga procesal del sistema judicial equivocando el camino, otorgándoles a los Notarios de Fe Pública la facultad de desvincular un acto jurídico solemne de carácter social y protegido por el Estado. En consecuencia, el Derecho de Familia se ve afectado en su autonomía porque retrocede doctrinalmente a las fuentes del Derecho Civil.

Para fundamentar lo mencionado el juzgador al proceder a la desvinculación matrimonial previa ejecutoria de la sentencia, ordena la facción del Testimonio. De igual manera los notarios elaboran el Protocolo Notarial que se convierte en un Testimonio

Desvinculatorio que debe ser también registrado en las Oficinas del Servicio de Registro Cívico para proceder a la cancelación de la partida matrimonial, véase que ambas funciones son iguales para proceder a la revocación del matrimonio.

Artículo 207. (Personas que pueden ejercer la acción)

La acción de divorcio o desvinculación se ejerce por la o el cónyuge o por ambos, por sí o por medio de representación.

El divorcio puede ser demandando por los esposos y además ser representado por medio del mandato contemplado en el artículo 804 del Código Civil, siendo esto un acto jurídico (contrato) por el cual un tercero puede representar a uno de los cónyuges a la tramitación de la desvinculación del matrimonio por la vía judicial.

126

Partes del Proceso → Mandatario (Tercero)
(Contrato)

Artículo 208. (Extinción por reconciliación)

La reconciliación pone fin al proceso y puede oponerse en cualquier estado de la causa, mediante manifestación verbal o escrita, libre y voluntaria de ambos cónyuges ante la autoridad judicial, si aún no hay sentencia ejecutoriada.

Este artículo no hace referencia a la vía notarial cuando se refiere a la reconciliación más al contrario creemos que únicamente se refiere a la vía judicial porque incluye el término “causa” que es sinónimo de proceso. En consecuencia, en la vía notarial la simple inasistencia en la firma del protocolo produce automáticamente la reconciliación; también puede inferirse al acto de arrepentimiento o reconciliación de ambos cónyuges.

Artículo 209. (Nueva acción de divorcio)

En caso de discordia, después de la reconciliación, la o el cónyuge puede iniciar nueva acción de divorcio o desvinculación.

Realizada la reconciliación matrimonial pueden surgir desavenencias por lo que uno o ambos tienen la libertad de realizar el proceso de divorcio.

8.1 Desvinculación o divorcio judicial

Juez Público de Familia → Divorcio vía Judicial

Artículo 210. (Procedimiento)

I. La demanda podrá ser presentada con o sin acuerdo regulador del divorcio o desvinculación.

A diferencia de lo establecido en el Artículo 945 del Código Civil, la transacción es el acto jurídico (contrato) por el cual las partes o interesados deciden poner fin a su diferencia o controversias en distintos actos jurídicos.

Sin embargo, en materia de Derecho de Familia, se habla del *Acuerdo Regulador* que tiene características singulares y propias, nos referimos expresamente que este acuerdo tiene como relevancia jurídica determinar sobre otras instituciones jurídicas propias del Derecho de Familia como ser la tenencia de los menores si los hubiera, asignación del monto de asistencia familiar, disposición de bienes gananciales, horario de visitas y otros actos inherentes para la desvinculación matrimonial. Obviamente este acuerdo posibilitará y evitará la Audiencia de Medidas Provisionales y Cautelares, solicitando al juez su homologación en sentencia.

Con relación al Acuerdo Regulatorio, éste debe cumplir con las formalidades de ser reconociendo de firmas y rúbricas o debidamente protocolizado (Testimonio). En caso de existir un documento privado, el juez pondrá en conocimiento de la otra parte para su validez y posterior homologación.

II. Citada la parte demandada con o sin contestación, la autoridad judicial los emplazará a comparecer en el término de tres (3) meses, a objeto de que se ratifique o desista de su demanda, fijando día y hora de audiencia para la atención del trámite de divorcio o desvinculación.

El demandado citado con la demanda desvinculatoria tendrá el plazo de 5 días hábiles (no se computa sábado, domingo y feriados) para la contestación de la acción; emergente de este acto se pueden presentar los siguientes hechos:

- a) *Contestación afirmativa. El juzgador señalará día y hora de audiencia de ratificación para ambas partes y en esa Audiencia declarará disuelto del vínculo matrimonial.*
- b) *Negación. El Juez de manera inmediata deberá convocar a Audiencia de Conciliación.*
- c) *Oposición de excepciones. Conforme al artículo 438 del Código de las Familias y el Proceso Familiar.*

Este procedimiento desvinculatorio o divorcio no admite acción reconvenzional porque no se trata de proceso ordinario sino extraordinario.

III. La autoridad judicial no debe emitir juicio de valor alguno a objeto de una posible reconciliación o de la prosecución del proceso, bajo su responsabilidad.

IV. En la fecha señalada, de persistir la voluntad de la o

el demandante de la desvinculación o de divorciarse, se dictará sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial o la unión libre. Si corresponde se homologará el acuerdo regulador del divorcio o desvinculación, siempre que se encuentre conforme a las disposiciones del presente Código.

Es necesario puntualizar lo dispuesto por el Artículo 439 del Código de las Familias y el Proceso Familiar relativo a los diez días antes de la Audiencia Desvinculatoria, porque las partes pueden ofrecer prueba pericial, inspección judicial y testifical, siempre y cuando el juez considere pertinentes la producción de los medios probatorios ofrecidos.

V. Si no hubiere acuerdo regulador, la autoridad judicial obrará conforme a las previsiones del presente Código.

VI. Las partes de mutuo acuerdo tienen la facultad de renunciar al término de tres (3) meses y solicitar día y hora de audiencia para resolver el trámite de divorcio o desvinculación.

129

Como habíamos señalado, cuando la contestación es afirmativa a solicitud de una o ambas partes pedirá al juzgador la renuncia a los tres meses, invocando se dicte Sentencia Desvinculatoria.

Procedimiento de desvinculación o divorcio vía judicial

- Demanda
- Contestación
- Audiencia
- Sentencia
- Testimonio
- Registro SERECI

Artículo 211. (Contenido del acuerdo regulador del divorcio o desvinculación)

El acuerdo regulador de divorcio o desvinculación podrá contener:

- a) La manifestación de la voluntad de ambos cónyuges sobre divorcio o desvinculación.*
- b) La asistencia familiar para las y los hijos.*
- c) Guarda y tutela de las y los hijos y régimen de visitas.*
- d) División y partición de bienes gananciales.*

Artículo 212. (Separación personal y situación de las hijas o hijos)

I. Con o sin contestación a la demanda, y si no existe acuerdo regulador, la autoridad judicial decretará la separación personal de los cónyuges, si aún no están separados de hecho, y otorgará en su caso las garantías y seguridades que sean necesarias.

II. La autoridad judicial determinará la situación circunstancial de las y los hijos, teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de éstos. Las convenciones que celebren o las proposiciones que hagan los padres pueden aceptarse, siempre que se observe el interés superior de las y los hijos.

III. Las y los hijos menores quedarán en poder de la madre o del padre que ofrezca mayores garantías para el cuidado, interés moral y material de éstos, debiendo el otro cónyuge contribuir a la manutención de los mismos en la forma

que la autoridad judicial determine. La guarda de las y los hijos puede ser confiada a otras personas conforme a las previsiones del Código Niña, Niño y Adolescente.

IV. La autoridad judicial puede dictar en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, las resoluciones modificatorias que requiera el interés de las y los hijos.

V. Si de los antecedentes la autoridad judicial identificara la existencia de indicios de tentativa, complicidad o instigación al delito de uno de los cónyuges contra la vida o la integridad física, psicológica, libertad sexual, trata y tráfico de la otra u otro cónyuge, sus descendientes, ascendientes o parientes colaterales hasta el cuarto grado, deberá disponer las medidas necesarias de protección a la demandante o demandado y sus hijas o hijos.

131

El artículo establece con claridad que la tendencia de los hijos está en orden de prelación al indicar a la madre y después al padre; sin embargo, este precepto guarda la salvedad en otorgar a los menores la custodia del padre o madre que otorgue las mejores y mayores garantías en favor del interés superior de las niñas niños y adolescentes.

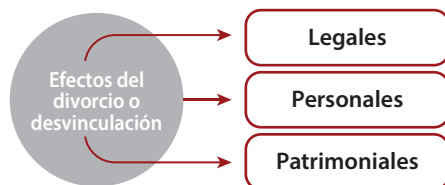
Destacamos que debe existir responsabilidad y obligaciones que tienen los progenitores para con sus hijos, por otra parte, ante la falta de cuidado o negligencia de éstos se abre la posibilidad de otorgar la custodia a los familiares más allegados.

Artículo 213. (Representación por poder)

El divorcio o desvinculación de la unión, puede realizarse por medio de representante con poder especial otorgado ante Notaría de Fe Pública o ante autoridad competente, con la mención expresa de la vía o vías en la que se realizará

y la identificación de la persona de quien la o el poderdante quiere divorciarse o pretender la desvinculación. La presencia de esta última es indispensable en el acto.

9. Efectos del divorcio o desvinculación



9.1. Efecto legal

Artículo 214. (Efectos del divorcio o desvinculación)

El divorcio o desvinculación tiene efectos desde su registro en el Servicio de Registro Cívico.

A la celebración del matrimonio el Oficial de Registro Cívico inscribe la partida matrimonial ante el SERECI. Esta partida debe ser cancelada mediante Testimonio emitido por el Juez Público de Familia que procedió a la desvinculación del matrimonio o de la unión libre. A partir de este momento las partes cambian su estado civil de casado a divorciado y/o divorciada.

9.2 Efectos personales

Los efectos personales son inherentes a la persona y se pueden anotar los siguientes:

Artículo 215. (Asistencia familiar al cónyuge)

I. Si uno de los cónyuges no tiene medios suficientes por estar en situación de salud grave o muy grave, la autoridad

judicial le fijará la asistencia familiar en las condiciones previstas por el Artículo 116 del presente Código.

II. Esta obligación cesa cuando la o el cónyuge beneficiario constituye nuevo matrimonio o unión libre, cuando mejora su situación de salud, por empeoramiento de la situación económica de la o el cónyuge obligado al pago, o por fallecimiento o presunción de fallecimiento de cualquiera de los dos.

Con la desvinculación del matrimonio no existe asistencia familiar entre los ex esposos. El juzgador puede señalar en medidas provisiones un monto de asistencia para el otro cónyuge siempre y cuando se demuestre el estado de salud grave o muy grave.

El legislador ha sido juicioso al establecer esta medida porque la Ley N° 996, establecía con carácter obligatorio que el varón (esposo) debía otorgar un monto de asistencia en beneficio de la mujer (esposa), al margen de cualquier circunstancia. Con este artículo de la Ley N° 603 el juzgador otorga con equidad las prestaciones familiares.

Artículo 216. (Autoridad parental, derecho de visita, supervisión y tutela)

I. La madre o el padre que no ha obtenido la guarda tiene el derecho y el deber de visita en las condiciones que fije la autoridad judicial y el de contribuir al desarrollo integral de las y los hijos.

II. Si existiera un informe de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia que establezca que existe un grave riesgo para la integridad de las y los hijos o alguno de ellos, se suspenderá el derecho de visita.

III. En los casos en los cuales la madre o el padre que ha obtenido la guarda no permita de forma recurrente por tres (3) veces consecutivas el derecho de visita, previa verificación de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, la autoridad judicial revocará la guarda y la confiará al otro cónyuge o un tercero.

IV. En caso de que la o el hijo no quiera compartir con su padre o madre, se debe respetar su decisión, siempre que existan causas justificadas.

V. Si la guarda se confía a los ascendientes o hermanos de los cónyuges, o a un tercero, se aplican respecto a éstos las reglas de guarda o tutela contenidas en las disposiciones establecidas en el Código Niña, Niño y Adolescente.

134

En medidas provisionales o en ejecución de la sentencia, los padres tienen el derecho a visitas en la forma que el juez establezca; la madre o el padre que esté a cargo de los hijos debe velar por el desarrollo integral e interés superior de los mismos.

Las Defensorías de la Niñez y Adolescencia intervendrán en caso de existir petición o denuncia de uno de los progenitores realizando el seguimiento correspondiente y elevando el informe del equipo interdisciplinario ante la autoridad jurisdiccional.

Padrectomía

Privación al padre del contacto con sus hijos y la manipulación psicológica de éstos por el progenitor que detenta la guarda

Se presenta con frecuencia cuando la madre impide o prohíbe que el padre tenga acceso y contacto al derecho de visitas a los hijos (as)

La Constitución Política del Estado, establece la igualdad en el ejercicio de los derechos y obligaciones de los padres para con los hijos. El Código Niña, Niño y Adolescente establece que el derecho a visitas de uno de los progenitores deber ser igual y necesario para resguardar el vínculo filial.

Este artículo hace una aproximación sobre la negación que puede ejercer uno de los progenitores impidiendo las visitas a los hijos por tres veces consecutivas; sin embargo, existe un requisito previo que deber ser constatado y verificado por las Defensorías de la Niñez y Adolescencia, quienes deben evidenciar, constatar y emitir un informe circunstanciado sobre la negación a las visitas poniendo en conocimiento del juzgador.

Otra innovación de este Código es la inclusión como sujeto activo a los menores de edad, quienes pueden determinar y expresar libremente su voluntad de compartir o con uno de sus progenitores. Esta inclusión pone en relieve que los derechos de los menores son ejercidos a partir de la expresión de su voluntad.

Finalmente, cuando los padres no pueden ejercer el cuidado con responsabilidad sobre la guarda de los hijos, a solicitud de un tercero interesado y previa demostración ante el Juez, éste puede determinar que la guarda del menor puede recaer en un tercero velando el mejor interés superior de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Artículo 217. (Guarda compartida)

1. La guarda compartida es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de las y los hijos comunes, mediante un acuerdo voluntario que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

II. El acuerdo establecerá la frecuencia con la que cada progenitor mantendrá una relación directa y regular con los hijos o hijas y el sistema de asistencia familiar, bajo la supervisión del equipo interdisciplinario de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia.

III. La Defensoría de la Niñez y Adolescencia de oficio, la madre, el padre o ambos podrá solicitar el cese de la guarda compartida cuando la situación no garantice la estabilidad y continuidad para la integridad de las hijas o hijos, en cuyo caso la autoridad judicial tomará las medidas necesarias para la protección de las hijas e hijos.

En correlación a lo dicho en el artículo anterior, este precepto es también innovador en incluir la figura de la guarda compartida en beneficio del menor siempre y cuando esta situación sea aprobada y recomendada por los organismos de la Defensoría quienes cuentan con equipos interdisciplinarios compuestos por abogados, psicólogos y trabajadores sociales, quienes evaluarán si la guarda compartida ayuda el desarrollo integral del menor. Esta figura es apropiada para ambos progenitores, es decir, que el menor no pueda sufrir los efectos de la desvinculación matrimonial de manera traumática que normalmente sucede.

Artículo 218. (Nuevo matrimonio o unión libre)

Luego de establecida la desvinculación, las personas pueden volver a constituir matrimonio o unión libre sin condicionante alguna, con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente Código.

La Ley N° 996, establecía que producido el divorcio la mujer tenía un impedimento de 300 días para contraer nuevas nupcias. Dentro de la sociabilización de la Ley N° 603, se aducía que esta medida del código abrogado era por demás *machista* al

prohibir a la mujer contraer matrimonio de manera inmediata. Sin embargo, creemos que esta aseveración no es correcta porque el legislador protegía al menor que podía ser engendrado en plena acción de divorcio, *per se*, si el proceso era ordinario y tenía una duración muy larga.

Sin embargo, con el avance de la ciencia y tecnología, se puede comprobar de manera inmediata si cursa o no el embarazo.

10. Conclusión

- En la legislación Boliviana en su artículo 204 de la Ley N° 603, no define que debe entenderse por “divorcio” o “desvinculación” matrimonial, solo se remite a la forma como se procederá a su extinción sin distinguir sus diferencias.
- Al dejar el divorcio a la voluntad de uno de los cónyuges, se priva a las leyes del Derecho de Familia su carácter de interés público y se las equipara con las relaciones meramente civiles al otorgar al Notario de Fe Pública la competencia de desvincular una institución de orden público.
- Las acciones de desvinculación o divorcio fueron inspiradas en la legislación mexicana al haber creado la vía administrativa y judicial
- El divorcio según la Ley N° 996 (abrogada) es adoptado como una medida de excepción porque el juez dentro su potestad veía y sopesaba la conveniencia de disolver o no el vínculo matrimonial al verificar si había o no suficientes causales para el divorcio; ahora con la Ley N° 603 el matrimonio se convierte en una generalidad porque descansa en la

autonomía, de la voluntad y libertad de quien desea desvincularse sin o con causal.

- Con la Ley N° 603 se ha alejado de las teorías del *divorcio remedio* y *divorcio sanción* porque ha liberalizado las causales de desvinculación, dejando a la institución familiar como un mero acto jurídico dependiendo de la autonomía de las partes.
- El Derecho de Familia se ve afectado en su autonomía porque retrocede a las fuentes del Derecho Civil al establecer la desvinculación notarial; el legislador antes de pensar en la naturaleza jurídica del Derecho de Familia y del matrimonio ha priorizado el descongestionamiento judicial para alivianar la carga procesal del sistema judicial y ha equivocado el camino dándoles a los Notarios de Fe Pública la facultad de desvincular un acto jurídico solemne de carácter social y protegido por la Constitución Política del Estado.

Lección N° 7

Asistencia Familiar o Alimentos

Temario

1. Consideraciones generales. 2. Etimología. 3. Definición. 4. Extensión de la asistencia familiar. 5. Características de la asistencia familiar. 6. Sujetos obligados a prestar la asistencia familiar. 7. Elementos esenciales para la asistencia familiar. 8. Forma de establecer la asistencia familiar. 9. Formas y cesación de la asistencia familiar. 9. Procedimiento de la asistencia familiar. 9.1 Extraordinaria. a.1 Demanda y contestación. a.2 Actos de la audiencia. a.3 Efectos de la sentencia. 9.2 Resolución inmediata. 10. Apelación.

1. Consideraciones generales

Según Larrea (2008) los alimentos son la expresión jurídica de un deber moral, la obligación de ayudar al prójimo que es más acuciante cuando se trata de personas íntimamente vinculadas por los lazos de parentesco o a quienes se debe una especial gratitud.

El Derecho generalmente concreta en términos positivos los deberes que en forma más abstracta impone la virtud de la justicia pero en este caso consagra una obligación de caridad. Por esto no nos puede sorprender el hecho que los alimentos legales (denominados así en la legislación civil ecuatoria a los alimentos) hayan tenido un gran desarrollo gracias al influjo del cristianismo, la religión de la caridad.

El Dr. Hugo Sandoval Saavedra en su Código Civil Boliviano da la siguiente opinión: “La obligación de alimentos no tiende a procurar al acreedor únicamente alimentos, es decir la comida propiamente dicha sino todo lo que necesita para la vida – o - para la muerte- los vestidos, la habitación, los cuidados médicos y quirúrgicos, los cuidados de hospitalización y hasta inhumación decente”.

Planiol y Ripert señalan que es la obligación impuesta a una persona de suministrar a otra persona los socorros necesarios para la vida.

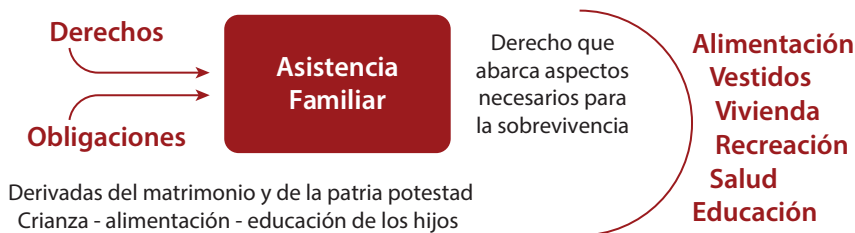
Messineo también advierte que no debe confundirse la obligación de alimentos con la que incumbe a los progenitores de proveer a la manutención de los hijos y al cónyuge de suministrar al otro cuando sea necesario para su manutención, porque éstas son de índole rigurosamente familiar y la obligación de alimentos es de contenido social (Morales Guillén, págs., 29-31).

2. Etimología

Asistencia proviene del latín *asisten*: cerca de, y *pensio*: renta o pupilaje. Latín *pensio o renta*, que significa pensión alimenticia.

3. Definición

Osorio define: “La asistencia familiar emerge del parentesco que supone una serie de derechos y obligaciones. Entre estas últimas y principalmente, las derivadas del matrimonio y de la patria potestad cuya inobservancia puede dar lugar a sanciones de orden civil y penal. Así las relativas a la crianza, alimentación y educación de los hijos”.



4. Extensión de la asistencia familiar

Habiendo establecido el significado etimológico y conceptual, el marco normativo de la legislación boliviana establece, entre aspectos, los contenidos y la extensión de la asistencia familiar.

Artículo 109. (Contenido y extensión de la asistencia familiar)

I. La asistencia familiar es un derecho y una obligación de las familias y comprende los recursos que garantizan lo indispensable para la alimentación, salud, educación, vivienda, recreación y vestimenta; surge ante la necesidad manifiesta de los miembros de las familias y el incumplimiento de quien debe otorgarla conforme a sus posibilidades y es exigible judicialmente cuando no se la presta voluntariamente; se priorizará el interés superior de niñas, niños y adolescentes.

II. La asistencia familiar se otorga hasta cumplida la mayoría de edad, y podrá extenderse hasta que la o el beneficiario cumpla los veinticinco (25) años, a fin de procurar su formación técnica o profesional o el aprendizaje de un arte u oficio, siempre y cuando la dedicación a su formación evidencie resultados efectivos.

III. Asimismo, garantizará la recreación cuando se trate de niñas, niños y adolescentes, de personas en situación de discapacidad y de personas adultas mayores.

IV. La asistencia familiar para personas con discapacidad se otorgará en tanto dure la situación de su discapacidad y no cuente con recursos. Las y los adultos mayores tienen ese derecho hasta el término de sus vidas.

V. La asistencia familiar se otorgará a la madre, durante el periodo de embarazo, hasta el momento del alumbramiento;

el mismo beneficio será transferido a la hija o hijo nacido de acuerdo a lo establecido en este Código.

A diferencia del Código Abrogado (Ley N° 996), la norma actual (Ley N° 603) ha incluido de manera muy acertada que en la asistencia familiar se incorpore la recreación, entendida como el ocio, placer o descanso que deben gozar los hijos en sus etapas de desarrollo.

Asimismo, cabe anotar que por mandato de la norma jurídica esta institución cobra relevancia al ser declarada de interés superior de las niñas, niños y adolescentes.

En el Código abrogado, la extensión para los hijos mayores a los 18 años de edad, no precisaba el tiempo de duración. Con esta nueva legislación (Ley N° 603) se disipa cualquier duda sobre la extensión hasta los 25 años de edad que según los indicadores en Bolivia, se obtiene una profesión a nivel de licenciatura o la formación técnica de aprendizaje de un arte u oficio. Sin embargo, el juez tiene la facultad de negar este derecho cuando el hijo (a) no cumpla con el sistema de formación académica o técnica.

Habíamos señalado que la recreación es parte de la asistencia familiar y por mandato del parágrafo tercero de este artículo es extensivo a los adolescentes, personas en situación de discapacidad y de personas adultas mayores. Esto significa que en todas las etapas biológicas el ser humano necesita descanso y esparcimiento para su desarrollo físico e intelectual.

Con relación a las personas con discapacidad, la asistencia corre desde el momento del impedimento físico o psíquico hasta que este recupere su estado normal. En el caso de ser permanente al igual que los adultos mayores el goce es extensivo hasta los últimos días de su vida.

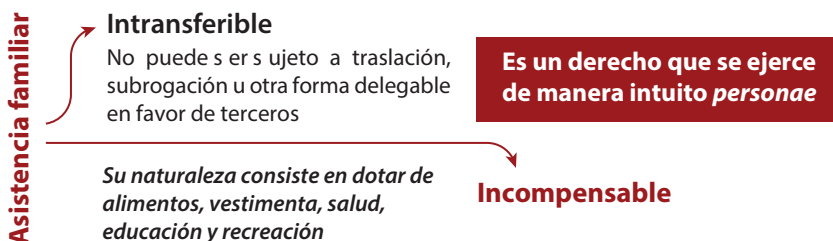
Otra innovación es el derecho a la asistencia familiar que goza la mujer gestante hasta el momento del nacimiento del o los hijos, hecho que no protegía la Ley N° 996 abrogado.

Artículo 110. (Irrenunciabilidad en casos especiales)

El derecho de asistencia familiar a favor de los menores de edad y personas en situación con discapacidad es irrenunciable e intransferible. La persona obligada no puede oponer compensación por lo que le adeude la beneficiaria o el beneficiario.

Emergente del parentesco la asistencia familiar es irrenunciable en virtud de ser un derecho privado calificado de orden público porque garantiza su desarrollo integral para que los mencionados en el artículo anterior vivan con calidez y calidad, un principio establecido en la Constitución Política del Estado.

143



5. Características de la asistencia familiar

La Ley N° 603 establece algunos caracteres de la asistencia familiar que a continuación señalamos:

Artículo 120. (Caracteres de la asistencia)

El derecho de asistencia familiar es irrenunciable, intransferible e inembargable, salvo disposición legal

en contrario. La persona obligada no puede oponer compensación por lo que adeude a la beneficiaria o el beneficiario.

Artículo 121. (Excepciones a la Intransferibilidad)

La asistencia familiar puede cederse o subrogarse con autorización judicial y en la medida que sea necesaria en favor de los establecimientos públicos o privados que suministren asistencia a la persona beneficiaria.

Siendo la asistencia familiar una institución propia del Derecho de Familias además de las señaladas precedentemente la doctrina reconoce las siguientes características a ser tomadas en cuenta:

a. De orden público

Porque el Derecho de Familia es de orden social y solamente el legislador puede cambiar las reglas de la asistencia familiar por imperio de la Ley.

b. Obligación legal

Además de ser una institución, constituye una relación jurídica en virtud de la cual una persona, el hijo que se convierte en beneficiario, tiene la facultad de exigir de otra, del padre u obligados, el cumplimiento de una prestación determinada, evaluable económicamente y en casos excepcionales en especie.

c. Transable

Por ser la asistencia familiar una obligación, por excepción y solamente el monto, puede transarse. Es decir por la autonomía de la voluntad privada el obligado (p. e. padre) puede negociar

con el representante (p. e. madre) del beneficiario (p. e. hijo) el monto a pagarse cada mes velando los intereses superior de las niñas, niños y adolescentes, abarcando además a las personas de la tercera edad y discapacitados.

d. Irrenunciable

El beneficiario no puede voluntariamente dejar de ejercer este derecho por ser un derecho personalísimo de interés social; además, las normas jurídicas del Derecho de Familia son de cumplimiento obligatorio y de orden público. Ante la renuncia de la asistencia familiar, ésta no tiene ningún efecto jurídico, por ser nula de pleno derecho.

e. Inembargable

Por imperio de la Ley, no puede retenerse el monto económico de la asistencia familiar destinado a una persona en virtud de un mandato judicial. Porque si fuera así se estaría transgrediendo los derechos de los beneficiarios.

145

f. *Intuito personae*

Emergente de los vínculos de parentesco la asistencia familiar debe ser otorgada por el obligado en favor de los beneficiarios. Ésta institución se extingue cuando el obligado o el beneficiario fallece.

g. Circunstancial

Este beneficio está sujeto a la temporalidad vital de cada beneficiario porque en la medida en que aumentan sus necesidades, los requerimientos son progresivamente mayores. En Bolivia la asistencia familiar se extiende hasta la mayoría de edad (18 años) y prorrogables hasta los 25 años como ya habíamos explicado.

h. Variable

El monto es variable en el tiempo a causa de la inflación económica, porque el obligado está sujeto a factores que no pueda soportar o cubrir el pago. La sentencia de asistencia familiar es modificable por no causar estado. Por tanto puede ser acrecentada o sufrir disminución.

i. Intransmisible

Siendo un derecho personalísimo la asistencia familiar no está sujeta a sucesión legal porque sólo se ejerce y consolida en favor del beneficiario.

j. Inalienable

Por ser de carácter personalísimo esta institución no puede ser sujeta a actos jurídicos como ser de compra, venta o donación.

k) Recíproca

La legislación ha previsto que si el obligado durante su vida útil y productiva ha aportado en el bienestar del beneficiario, éste – durante la vejez del obligado- recíprocamente está en deber de repetir la asistencia familiar en favor del obligado. La naturaleza de esta institución es mantener los valores y principios éticos morales, por ejemplo no tener un hijo rico y un padre pobre, o a la inversa.

l) Coercitiva

Nace de la voluntad de la Ley, siendo obligatorio su cumplimiento, sujeto el apremio corporal para el obligado en caso de incumplimiento.

Artículo 127. (Apremio corporal e hipoteca legal)

I. La obligación de asistencia familiar es de interés social. Su oportuno suministro no puede diferirse por recurso o procedimiento alguno, bajo responsabilidad de la autoridad judicial.

II. Cuando la o el obligado haya incumplido el pago de la asistencia familiar, a petición de parte, la autoridad judicial ordenará el apremio corporal hasta seis (6) meses, y en su caso podrá ordenar el allanamiento del domicilio en el que se encuentre la o el obligado. Para el cumplimiento del apremio corporal se podrá solicitar el arraigo de la o el obligado.

III. El apremio corporal podrá suspenderse si la o el deudor ofrece el pago en el plazo que se acuerde entre las partes, no pudiendo ser mayor a tres (3) meses. La o el deudor será otra vez apremiado si no satisface su obligación en el nuevo plazo.

IV. Si transcurridos tres (3) meses persistiera el incumplimiento de la oferta de pago, la autoridad judicial dispondrá la hipoteca legal sobre los bienes de la o del deudor, que se mandará inscribir de oficio.

147

6. Sujetos obligados a prestar la asistencia familiar

Por ser el parentesco fuente generadora de vínculos sanguíneos y de afinidad para determinar un monto de asistencia familiar existen sujetos denominados: obligado (persona que judicialmente debe realizar una prestación), beneficiario (persona que recibe la prestación). La asistencia familiar también puede ser emergente de vínculos de adopción.

La Ley N° 603, establece y determina lo siguiente:

Artículo 112. (Personas obligadas a la asistencia)

I. Las personas que a continuación se indican, están obligadas a prestar asistencia familiar a quienes corresponda en el orden siguiente:

- 1) La o el cónyuge.*
- 2) La madre, el padre, o ambos.*
- 3) Las y los hermanos.*
- 4) La o el abuelo, o ambos.*
- 5) Las y los hijos.*
- 6) Las y los nietos.*

II. Excepcionalmente, la autoridad judicial dispondrá que la nuera o el yerno y la suegra o el suegro estén obligadas u obligados a prestar asistencia a quienes corresponda, cuando se presenten necesidades de alimentación y salud.

III. Ante la imposibilidad de obligar a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, se preguntará a los descendientes o colaterales siguientes su disposición a asumir la obligación parcial, total o de manera concurrente de la asistencia familiar. La autoridad judicial informará a la persona que acepte la obligación los efectos de su incumplimiento y le permitirá definir el tiempo y la forma de otorgación de la asistencia.

La asistencia familiar tiene un carácter legal de jerarquía y prelación emergente de los vínculos más cercanos porque radica en un fundamento de idea humanitaria emergente de la proximidad parental. Asimismo, ratificamos la reciprocidad de la asignación de la asistencia familiar porque el obligado, por el transcurso del tiempo puede convertirse en beneficiario siendo esta facultativa la acción de demandar.

La excepción a la regla y a las características señaladas está contemplada en el siguiente artículo:

Artículo 113. (No obligatoriedad de asistencia familiar)

La o el hijo adoptado no tiene la obligación de asistencia familiar para uno o a ambos progenitores biológicos y su respectivo entorno familiar.

Habíamos anotado que la adopción constituye una fuente del Derecho de Familia; sin embargo, ésta tiene la característica de ser una ficción de la Ley al considerar a los hijos (as) como suyos siendo de un tercero; entonces por principio legal y no así natural el legislador ha previsto que la asistencia familiar no es una obligación del hijo en favor de los progenitores biológicos.

Artículo 114. (Concurrencia de beneficiarios)

149

I. Cuando varias personas tengan derecho a reclamar la asistencia familiar de una o un mismo obligado, y éste se encuentra limitado para satisfacer las necesidades de cada una de ellas, la autoridad judicial preverá la fijación de asistencia familiar equitativa parcial.

II. La autoridad judicial tendrá en cuenta la proximidad del parentesco y la posibilidad que alguna o algunas de las personas reclamantes obtengan asistencia de los otros obligados, según el orden establecido en el Artículo 112 del presente Código, para completar la asistencia.

Con referencia al parágrafo I el legislador prevé la existencia de varios beneficiarios cuando el obligado está limitado de proporcionar a todos la asistencia familiar, en este caso, corresponde al Juez aplicar el principio de igualdad en favor de los beneficiarios.

Creemos que este principio podría cambiar el criterio del juzgador cuando existan factores graves e insubsanables que puedan fijar en favor de algún beneficiario, cuando exista necesidad urgente para recibir mayor asignación. Nos referimos al caso del interés superior del beneficiario.

El párrafo II, prevé que ante las limitaciones del obligado pueden los beneficiarios acudir a otro obligado para satisfacer y completar la asistencia parcial señalada en el párrafo I, respetando las posibilidades económicas y la prelación del parentesco.

Artículo 115. (Concurrencia de personas obligadas y pago a prorrata)

I. Cuando dos (2) o más personas resulten obligadas en el mismo orden a prestar asistencia familiar, se prorrata el pago entre ellas en proporción a sus recursos económicos y sus posibilidades.

II. Si no están en condiciones de concederla en todo o en parte, la obligación se atribuye total o parcialmente a las personas que se hallen en el orden establecido en el Artículo 112 del presente Código.

7. Elementos esenciales para la asistencia familiar

Para incoar la acción de asistencia familiar es necesario determinar aquellos elementos que hagan viable la obligación de prestarla y hacerla efectiva.

La doctrina considera que estos elementos son:

Vínculo de parentesco. Debe existir entre el obligado y el beneficiario el lazo familiar, de descendiente, ascendiente o colateral conforme al Art. 112 Ley N° 603, además de la adopción

y excepcionalmente la afinidad.

Estado de necesidad. Al margen del requerimiento por algún impedimento constituye un derecho y obligación de reciprocidad entre (obligado y beneficiario) consistente en demostrar su condición de minoridad, incapacidad física - mental o de avanzada edad que procurarse sustento, conforme al artículo 116.I de la Ley N° 603.

Capacidad económica del obligado. Se refiere a las condiciones materiales y económicas para proporcionar y suministrar pensiones alimenticias y otras para cubrir las necesidades del beneficiario conforme al artículo 109 de la Ley N° 603.



8. Forma de establecer la asistencia familiar

La acción de asistencia familiar debe estar sujeta al sano criterio del juzgador y también a la verdad material de los hechos (artículo 180. I, CPE), velando por el debido proceso y fijando las condiciones socio culturales integrales tanto del obligado como del beneficiario. En consecuencia, el juez debe tener en cuenta la realidad y el entorno económico.

Artículo 116. (Fijación de la asistencia familiar)

I. La asistencia familiar se determina en proporción a las necesidades de la persona beneficiaria y a los recursos económicos y posibilidades de quien o quienes deban prestarla, y será ajustable según la variación de estas condiciones.

II. La autoridad judicial fijará la asistencia familiar en un monto fijo o porcentual, o su equivalente en modo alternativo excepcionalmente.

III. La capacidad de otorgar la asistencia familiar será apreciada en forma integral de los medios que demuestren sus ingresos periódicos, salariales u otros, conforme a boletas de pago, declaraciones impositivas y otras acreditaciones.

IV. En los casos en que exista un ingreso mensual igual o menor al salario mínimo nacional sea fijo o no, o en los casos en que el ingreso anual sea equivalente por mes al salario mínimo, el monto calificado no podrá ser menor al veinte por ciento (20%) del salario mínimo nacional, y se incrementará si existiere más de una beneficiaria o beneficiario de acuerdo a sus necesidades.

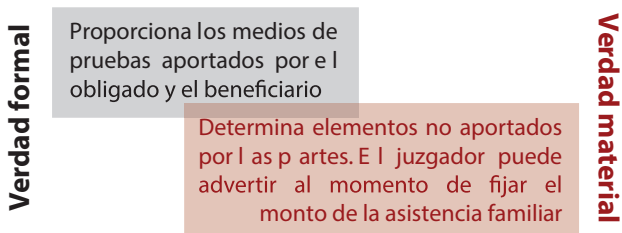
V. Se presume que el padre o la madre tienen condiciones de salud física y mental para generar recursos económicos, para cubrir la asistencia familiar a las y los beneficiarios, mientras no demuestren lo contrario; en este caso, la autoridad judicial no podrá fijar como asistencia familiar un porcentaje menor a lo establecido en el Parágrafo precedente del presente Artículo.

VI. No se considera justificativo para la reducción o incumplimiento de asistencia familiar a favor de las y de los hijos, que la persona que tiene la guarda haya establecido una nueva relación de pareja, ni el orden de los apellidos consignados en el certificado de nacimiento.

La prestación de la asistencia familiar para su fijación debe contemplar dos elementos fundamentales:

a) *Verdad formal* que consiste en proporcionar todos los medios de pruebas que aporten el obligado y el beneficiario.

b) *Verdad material* que consiste en determinar y averiguar otros elementos que no fueron aportados por las partes y que el juzgador pueda advertir al momento de fijar el monto de la asistencia familiar, esto en concordancia directa con el artículo 180. I de la Constitución Política del Estado.



En el Derecho de Familia a diferencia del Derecho Civil, los fallos (sentencias) con relación a la fijación de la asistencia familiar no causan estado, es decir no tiene la calidad de cosa juzgada porque esta prestación es variable en el tiempo, dependiendo de los factores que hagan modificar ya sea en su aumento o su disminución.

- El Parágrafo II, establece que el Juez Público de Familia, debe establecer que la prestación puede ser en un monto fijo en bolivianos (moneda de curso legal) cuando el salario y el sueldo del obligado sean fijos; ante la eventualidad que no se pueda cuantificar o fijar este monto (por ejemplo en el caso de prestación en especie) se puede señalar de manera porcentual las ganancias del obligado.

- El legislador ha resguardado esta institución jurídica de proporcionar además de otro sistema que excepcionalmente puede ser alternativo entre el monto fijo y el porcentual, siempre velando por el interés superior del beneficiario.
- La capacidad económica del obligado debe medirse de forma integral, porque la sociedad boliviana carece de una cultura tributaria, es decir que existen varias actividades económicas altamente lucrativas que no se pueden demostrar por no estar contemplados como sujetos impositivos que permitan reflejar sus verdaderos ingresos; en tal sentido, el juzgado en el contexto socio cultural boliviano debe ser equilibrado y con sentido amplio de llegar a conocer la verdadera realidad del obligado para que el beneficiario cuente con un monto justo y suficiente para su subsistencia. Para mayor ilustración el Artículo 306. I. II de la Constitución Política del Estado determina cuatro formas económicas plurales: a) Público, b) Privado c) Social cooperativa y d) Comunitaria.
- El legislador ha innovado al incorporar para la asistencia familiar el 20% del salario mínimo nacional que es determinado de manera anual como ingreso mínimo de cada boliviano que se encuentra dentro de la población económicamente activa, es decir que nadie puede argumentar un salario menor al establecido por ley. Esto permitirá que el obligado pueda proporcionar una asistencia mínima. Ante este precepto el juzgador debe determinar un monto “fijo” que deberá ser incrementado en favor del beneficiario de acuerdo a sus necesidades.
- La asignación de la asistencia familiar está sujeta al principio de la *presunción*. Esto significa que los

progenitores no pueden aducir ni eludir enfermedad o incapacidad que no puedan probarla, es decir que se incorpora el principio de obligatoriedad, porque toda persona con capacidad de obrar debe trabajar para su sustento y el de su prole. Por tanto la falta de profesión u oficio no exonera de la prestación de la asistencia familiar.

- Una de las características de la sociedad es medir a todas aquellas personas por su “actividad”, que pueden estar dentro la Población Económicamente Activa (PEA), que serían los obligados y la Población Económicamente No Activa (PENA), que son los beneficiarios, (menores de edad, tercera edad e incapacitados).
- No existe justificativo legal para la otorgación de asistencia familiar para aquellos progenitores puedan argumentar ante estrados judiciales que cuentan con otra familia, porque el principio constitucional establece que todos los hijos son iguales ante la Ley, por consiguiente, todos los beneficiarios deber recibir las asignaciones de manera equitativa. Con relación al orden de los apellidos, sea paterno o materno los hijos tienen los mismo derechos para recibir la asistencia familiar.

Artículo 117. (Cumplimiento de la obligación de asistencia familiar).

I. El pago de la asistencia familiar es exigible por mensualidades vencidas y corre desde la citación con la demanda.

II. La asistencia familiar podrá ser entregada a la o el beneficiario de forma directa o depositada en una cuenta del sistema financiero, en función del acuerdo de las partes.

III. En caso de incumplimiento, el depósito de la asistencia familiar se podrá realizar a petición de parte o con orden de la autoridad judicial en la cuenta de la entidad financiera a nombre de la o el beneficiario. Las cuentas personales de menores de edad se sujetan a las reglas de representación legal.

IV. Con el fin garantizar el cumplimiento de la asistencia familiar, se reconoce el uso de las tecnologías de información y comunicación que proporcionen las entidades financieras para la realización del depósito a cargo del obligado y retiro del mismo por la o el beneficiario.

Sustanciado el proceso ante el Juez Público de Familia el monto determinado de asistencia familiar es exigible vencida la mensualidad. El abogado puede pedir que este pago sea depositado en una cuenta bancaria del beneficiario o de su representante. Otra manera de exigir es estableciendo privilegios para la retención de los haberes mensuales en planillas de la institución donde trabaja el obligado; otra forma de exigir el cumplimiento de la asistencia familiar es realizar en los juzgados el depósito judicial que se efectúa al nombre del Órgano Judicial.

Asimismo en audiencia las partes podrán fijar otras formas de hacer efectivo el pago con anuencia y autorización del juez.

El pago de la asistencia familiar tiene por objeto la retroactividad de la norma, es decir que el cálculo de la planilla de liquidación de la prestación se computa a partir de la citación con la demanda.

Para proceder al pago de la prestación de asistencia, el beneficiario puede gozar de todos los mecanismo regulatorios establecidos por la Autoridad del Sistema Financiero por ser el ente que ejerce control y fiscalización de todas las instituciones bancarias. Entonces existe la facilidad de aperturar una cuenta

de ahorros para que el obligado efectúe el pago, tratándose de menores e interdictos serán sus representantes los que administren la cuenta.

Al presente, la tecnología permite a los usuarios verificar y controlar de manera inmediata el estado de las cuentas y abonos realizados por parte del obligado.

Artículo 118. (Gastos extraordinarios)

Cuando la o el beneficiario solicite el pago de gastos extraordinarios relacionados a necesidades emergentes imperativas o ineludibles, podrán ser pagados por la o el obligado en proporción a sus posibilidades por acuerdo de partes o determinación judicial.

- El monto de asistencia familiar fijado por el juez, no contempla gastos extraordinarios porque éstos no pueden ser cuantificables ni deducirse por ser eventuales y fortuitos que se presentan en forma imprevista. En tal sentido, estos gastos que asuma el obligado puede ser acordado de manera convencional con el beneficiario o su representante, en caso de controversia será el juez quien dirima y resuelva el monto asignado. Por ejemplo: gastos de enfermedad, accidentes, viajes, etc.

Artículo 119. (Modo alternativo de suministrar la asistencia)

I. De manera excepcional y de acuerdo a las condiciones socioculturales y económicas de la o del obligado, a solicitud de la parte interesada y con aceptación de la otra, la autoridad judicial podrá autorizar temporalmente que la asistencia sea suministrada parcial o totalmente por un medio alternativo equivalente a la asignación en dinero.

II. La parte beneficiaria en cualquier momento podrá solicitar la revisión del modo alternativo o solicitar el cambio por pago en dinero.

- El legislador ha priorizado el interés superior de los beneficiarios de acuerdo a las condiciones socio económicas culturales de cada región. Esta alternabilidad es novedosa en la medida que se pueda cuantificar la asignación en dinero; sin embargo el juzgador debe velar el mejor bienestar del beneficiario.
- El representante del beneficiario puede en cualquier momento requerir ante el Juez continuar con la alternabilidad, continuidad, revisión o modificación de la prestación, esto obviamente será un acto facultativo de ambas partes.

9. Formas y cesación de la asistencia familiar

Entiéndase por cesación, el acto de finalizar, terminar, suspender e interrumpir una acción o un derecho. En materia familiar debe entenderse como la conclusión del goce de la asistencia familiar por hechos y actos jurídicos de acuerdo a lo siguiente:

Artículo 122. (Cesación de la obligación de asistencia)

Cesa la obligación de asistencia cuando:

- a) La persona obligada se halla en la imposibilidad de cumplirla, por lo que la obligación pasa a la siguiente persona en orden para cumplirla.*

Se debe tomar en cuenta que ambos padres y los obligados deben asistir a los beneficiados; en el caso de impedimento por

ciertas circunstancias ajenas los llamados por ley deben asumir la prestación (artículo 112).

b) *Las personas beneficiarias ya no la necesiten.*

Cuando los asistidos llegan a la mayoría de edad y gozan de sus propios recursos para su subsistencia, en caso de enfermedad o incapacidad la misma es superada y por último si los sujetos procesales fallecen.

c) *Las personas beneficiarias incurran en una causa de indignidad, aunque no sean herederas o herederos de la persona obligada.*

Esto sucede cuando los asistidos muestran un mal comportamiento causando graves daños y perjuicios a los obligados, esta figura jurídica está contemplado en el Código Civil Boliviano en su Artículo 1009.

159

1) Quien fuere condenado por haber voluntariamente dado muerte o intentado matar al de cujus, a su cónyuge, ascendientes o descendientes, o a uno cualquiera de sus hermanos o sobrinos consanguíneos. Esta indignidad comprende también al cómplice.

2) El sucesor mayor de edad, que habiendo conocido la muerte violenta del de cujus, no hubiera denunciado el hecho a la justicia dentro de los tres días, a menos que ya se hubiera procedido de oficio o por denuncia de otra persona, o si el homicida es el cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano o sobrino carnal de quien debía denunciar.

3) Quien había acusado al de cujus, a su cónyuge, ascendiente o descendientes, o a uno cualquiera de sus

hermanos o sobrinos consanguíneos de un delito grave que podía costarles la libertad o la vida, y la acusación es declarada calumniosa; o bien ha testimoniado contra dichas personas imputadas de ese delito, y su testimonio ha sido declarado falso en juicio penal.

4) El padre que abandone a su hijo menor de edad o lo prostituya o autorice su prostitución.

5) Quien con dolo, fraude o violencia ha logrado que el de cujus otorgue, revoque o cambie el testamento, o ha impedido otorgarlo.

d) Se haya declarado judicialmente probada la negación de filiación.

160

El obligado o el beneficiario acuden al Órgano Jurisdiccional para interponer la acción de afiliación y/o negación de filiación. Esto significa que ante la declaratoria judicial de negación, no existió el vínculo de parentesco; en consecuencia, no corresponde la prestación de asistencia familiar.

e) Fallezca la persona obligada o la persona beneficiaria.

La muerte es un hecho jurídico que pone fin a toda obligación como a los derechos adquiridos y a las asignaciones familiares tanto para el obligado (s) como al beneficiario (s).

Artículo 123. (Reducción o aumento de la asistencia familiar)

1. La asistencia familiar se reduce o se aumenta de acuerdo a la disminución o incremento que se opera en las necesidades de la persona beneficiaria o en los recursos de la persona obligada.

II. La asistencia familiar definida de manera porcentual se reajusta automáticamente de acuerdo a las variaciones de sueldos, salarios y rentas de la o las personas obligadas.

Como síntesis de las anteriores consideraciones una de las características de la asistencia familiar es la variación, tomando en cuenta la edad, la situación económica como el momento y las circunstancias en la que se encuentran el obligado como el asistido, siendo las resoluciones judiciales modificables que no alcanzan a ser cosa juzgada.

Conforme a lo dispuesto en Artículo 116 parágrafo IV la asistencia familiar debe ser porcentual y reajustada tomando las variaciones como el aumento de los salarios, la pérdida de trabajo y/o empleo temporal puede producir la reducción del monto asignado, siempre y cuando el obligado plantea la acción respectiva.

161

Artículo 124. (Devolución de la asistencia familiar)

En caso de que resulte probada la negación de filiación, la persona que indicó la filiación o quien solicitó la asistencia familiar estará obligada a devolver, en la vía civil, el monto percibido por los últimos cinco (5) años más el daño y perjuicio ocasionado, si se prueba su mala fe.

Resuelta la demanda de negación de afiliación por el Juez y alcanzada la calidad de cosa juzgada, el supuesto obligado se constituye en *acreedor* por los montos asignados al beneficiario a través de la acción civil ante los Juzgados Públicos porque no existe vínculo parental que suponga las asignaciones familiares. Esto debido a la *mala fe* del beneficiario o de su representante que pueden ser pasibles a la devolución de los montos dados en calidad de asistencia familiar más los daños y perjuicios ocasionados, esto entra en concordancia con el artículo 65 del Constitución Política del Estado.

Artículo 125. (Asistencia familiar por testamento o por convención)

En la asistencia familiar determinada voluntariamente por testamento, conciliación, convención u otros casos previstos por Ley, se aplicarán las disposiciones del presente Código, salvo lo ordenado por la o el testador, lo convenido o lo determinado por la misma Ley para el caso especial de que se trate.

- De acuerdo al artículo 1112 del Código Civil el Testamento es un contrato y un acto intervivos, donde una persona llamada *testador* otorga a otra llamada *testamentaria* sus acreencias y bienes que surten efectos cuando se produce la muerte del testador. Asimismo, el Código Civil establece que a la muerte de la persona individual se abren dos tipos de sucesiones: a. Sucesión legal y b. Testamentaria.

Esto significa que a la existencia de un testamento donde se asigne un monto de asistencia familiar, el mismo no debe afectar la masa hereditaria de los terceros herederos.

La *conciliación* es el acto por el cual dos o más personas ante una controversia o disputa se ponen de acuerdo para dirimir el monto de asistencia familiar en favor del beneficiario; este acto puede ser efectuado entre las partes interesadas sin intervención de terceros y también ante las instituciones de protección a la familia.

Acto por el cual dos o más personas
ante una controversia o disputa se



ponen de acuerdo para dirimir el monto de
asistencia familiar en favor del beneficiario

La Ley N° 603 obliga al Juzgador antes de la sustanciación del proceso a que las partes (obligado y beneficiario) puedan conciliar y acordar un monto para evitar posteriores trámites judiciales.

- El Código Civil en su artículo 450, determina que el contrato es la relación jurídica entre dos o más personas que se ponen de acuerdo para constituir, modificar entre sí una relación jurídica. En el presente caso nos estamos refiriendo al convenio de asistencia familiar que surtirá sus efectos una vez homologado ante el Juez Público de Familia, caso contrario no podrá ser exigible mientras la autoridad jurisdiccional proceda a su aprobación y este sea judicialmente exigible. Mientras tanto este sólo será un acuerdo de partes.

Artículo 126. (Privilegio y retención del sueldo o salario)

I. Las cuotas de asistencia familiar gozarán de privilegio en su totalidad y cuando afecten sueldos o salarios, pensiones, indemnizaciones u otro tipo de pagos a empleados o trabajadores públicos o privados, se harán efectivas por el sistema de retención, sin tomar en cuenta las restricciones sobre embargo que establezcan otras leyes.

II. La retención ordenada deberá cumplirse inmediatamente por la persona encargada de hacer los pagos de la entidad pública o privada de la que la o el obligado depende laboralmente, y de no cumplirla, será solidariamente responsable con el obligado al pago de la asistencia familiar.

III. En el caso de existir la disposición de la entrega de la asistencia familiar a través de una cuenta bancaria, deberá

ser pagada dentro de los tres (3) días hábiles siguientes del pago respectivo por la persona encargada de hacer los pagos.

Producidos los actos preparatorios y la audiencia respectivas sobre la demanda de asistencia familiar, el juzgador previa compulsa a los elementos probatorios debe emitir su fallo estableciendo el monto. Con relación a los privilegios establecidos en la Ley N° 603 el legislador ha armonizado la jurisprudencia al determinar que las retenciones de sueldos y salarios públicos o privados de los obligados deben gozar de privilegios en favor de los beneficiarios, bajo el principio constitucional del interés superior de los menores quienes deben tener prioridad en la otorgación de sus alimentos para la subsistencia.

Este privilegio de retención no debe entenderse por ocupar un espacio especial dentro de la normativa legal y que vaya en contra de otras normas. Al contrario, es una disposición garantista de la asistencia familiar porque en Bolivia desde los años 70 corre el apremio corporal por ser de carácter obligatorio.

En la audiencia de fijación de asistencia familiar, el beneficiario o su representante debe pedir expresamente al juez este privilegio, quien debe ordenar a las instituciones la retención del monto asignado en favor del beneficiario en la forma en que el juez disponga.

Artículo 127. (Apremio corporal e hipoteca legal)

I. La obligación de asistencia familiar es de interés social. Su oportuno suministro no puede diferirse por recurso o procedimiento alguno, bajo responsabilidad de la autoridad judicial.

II. Cuando la o el obligado haya incumplido el pago de la asistencia familiar, a petición de parte, la autoridad judicial

ordenará el apremio corporal hasta seis (6) meses, y en su caso podrá ordenar el allanamiento del domicilio en el que se encuentre la o el obligado. Para el cumplimiento del apremio corporal se podrá solicitar el arraigo de la o el obligado.

III. El apremio corporal podrá suspenderse si la o el deudor ofrece el pago en el plazo que se acuerde entre las partes, no pudiendo ser mayor a tres (3) meses. La o el deudor será otra vez apremiado si no satisface su obligación en el nuevo plazo.

IV. Si transcurridos tres (3) meses persistiera el incumplimiento de la oferta de pago, la autoridad judicial dispondrá la hipoteca legal sobre los bienes de la o del deudor, que se mandará inscribir de oficio.

A diferencia de otras legislaciones sobre la asistencia familiar o también denominada asistencia de alimentos, Bolivia ha diferenciado doctrinalmente el monto de una deuda propia del Derecho Civil y del apremio corporal emergente de la asistencia familiar. En el ámbito civil como se contempla en el derecho comparado sobre la asistencia familiar no está sujeta a apremio corporal ante su incumplimiento, lo cual significa que las legislaciones se encuentran dentro del ámbito del Derecho Civil donde no existe la figura del apremio por concepto de deudas.

La Ley N° 603 aclara y señala el procedimiento para la ejecución del apremio ante el incumplimiento del pago de la prestación; además pone de relieve el interés social tanto del Derecho de Familia como de asistencia familiar al declararla de interés social.

La Ley N° 996 abrogada establecía el apremio corporal contra el obligado ante el incumplimiento del pago de la asistencia familiar. Sin embargo la Ley N° 1602 de 15 de diciembre 1994, denominada Ley Blattman, en su artículo 11 modificó el artículo

relacionado con el apremio corporal, señalando que si el obligado no hubiera logrado cancelar la asistencia familiar en el tiempo de 6 meses de su detención podía gozar de libertad sin necesidad de prestar fianza real o personal sólo bajo promesa verbal de compromiso, juramentando hacer efectivo el pago dentro de los seis meses siguientes. Transcurrido el tiempo de libertad del obligado nuevamente podía ser objeto de emitirse el mandamiento de apremio.

La Ley Blattman tuvo muchas desventajas para los asistidos porque el obligado esperaba los seis meses y luego se daba a la fuga.

El Tribunal Constitucional ha emitido criterio sobre el artículo 149 del Código Familia sobre el apremio corporal. Al establecer que: *El apremio podrá suspenderse después de seis meses si el deudor ofrece fianza para pagar en un plazo igual o en el que se acuerde entre partes, con intervención del fiscal; si el deudor no cancela por segunda vez es aprendido.*

El artículo 11 de la Ley N° 1602 procede a la abolición del apremio, pero el Tribunal Constitucional interpretó que en el segundo incumplimiento debe otorgarse fianza personal, y que una tercera persona avale el compromiso del obligado a honrar su deuda.

A la fecha esta ley no está vigente porque la Ley N° 603 establece con claridad el procedimiento para el apremio corporal emergente del incumplimiento de la asistencia familiar.

10. Procedimiento de la asistencia familiar

La Ley N° 603 tiene la virtud de separarse de la aplicación del código adjetivo civil (Código de Procedimiento Civil abrogado mediante Ley N° 439) y crea su propio proceso familiar.

El procedimiento para la asistencia familiar tiene dos vías: a) *Extraordinaria* y b) *Resolución inmediata*.

10.1 Extraordinaria

Conforme al artículo 434 inc. j) se tramita la asistencia familiar en la vía extraordinaria.

ARTÍCULO 434. (ALCANCE). Se tramitarán en proceso extraordinario las siguientes acciones:

- a) *Divorcio.*
- b) *Declaración judicial de filiación.*
- c) *Impugnación de filiación.*
- d) *Negación de maternidad o paternidad.*
- e) *Comprobación de matrimonio o de unión libre, cuando esta última no esté registrada.*
- f) *Oposición al matrimonio.*
- g) *Declaración de interdicción.*
- h) *Cesación de interdicción.*
- i) *Suspensión, extinción o restitución de la autoridad de la madre o del padre en casos emergentes de desvinculación conyugal.*
- j) *Asistencia familiar.*

167

10.1.1 Demanda y contestación

El beneficiario o su representante deben apersonarse y plantear la demanda de asistencia familiar ante los Juzgados Públicos de Familias. Sorteado el expediente ante el juez competente éste

verificará los requisitos establecidos en los artículos 258, 259 y 261 de la Ley N° 603 y resolverá la demanda en el plazo de tres días conforme a lo establecido en el artículo 266 (Admisión y traslado).

Si la demanda tiene observaciones el juez, mediante decreto de mero trámite, ordenará subsanar la misma o caso contrario el beneficiario podrá ampliar o modificar conforme al artículo 262 de la norma.

Efectuada la citación con la demanda el obligado tiene el plazo de cinco días hábiles para la contestación conforme al artículo 437, pudiendo ser ésta afirmativa sobre los derechos requeridos. El juez podrá emitir sentencia una vez verificada la inexistencia de controversia entre las partes.

168

Si la demanda fuera contestada de manera contradictoria el obligado puede oponer excepciones que deberán ser contestadas adjuntando pruebas respectivas a tiempo de responder la demanda (artículos 252 y 253).

El juez competente ante la existencia de controversias deberá fijar audiencia dentro de los 10 días, durante este periodo se debe efectuar y realizar actos como pericia, inspección judicial, testifical y considerar pruebas de reciente obtención conforme señala el (artículo 349).

10.1.2 Actos de la audiencia

La Ley N° 603 ha incorporado de manera acertada y con el objeto de dar celeridad a los procesos la oralidad y la resolución de incidentes en audiencia. En consecuencia esta audiencia tiene carácter definitivo y las partes deben tener en cuenta los tiempos, argumentos, alegaciones y pruebas para obtener el mejor beneficio a sus intereses.

Es necesario destacar que el legislador con carácter obligatorio ha agregado la conciliación como mecanismo de resolución de controversias para llegar a satisfacer los requerimientos de ambas partes, hecho innovador que se adhiere a la cultura de la paz.

Artículo 440. (Actos de la audiencia)

En la audiencia se realizarán las siguientes actuaciones:

- a) Se instalará la misma a cargo de la autoridad judicial y se ordenará que por secretaría se verifique la asistencia de las partes y sus abogados.*
- b) Se procederá a la ratificación de la demanda y de la contestación, o alegación de hechos nuevos.*
- c) Los incidentes que se presenten se resolverán de manera inmediata, sólo si es necesario se correrá en traslado a la parte contraria.*
- d) Homologación del acuerdo de partes, si es presentado en audiencia*
- e) Se intentará la conciliación de oficio o a solicitud de parte, salvo en casos de divorcio.*
- f) La autoridad judicial decidirá sobre la admisión o rechazo de la prueba ofrecida. Podrá disponer la forma y el orden de la producción de la prueba. Cuando sea necesario dispondrá la permanencia de testigos y peritos en sala, a los efectos de eventuales declaraciones complementarias o careos.*
- g) La autoridad judicial otorgará la palabra al demandante y al demandado, si la solicitan, a efectos de que éstos puedan expresar sus motivaciones conclusivas en un tiempo máximo de diez (10) minutos.*

- h) Concluida la intervención de las partes y los alegatos, la autoridad judicial pronunciará sentencia, quedando las partes notificadas.**

Sustanciada la audiencia y cumplidos los requisitos legales, el juzgador previa compulsa a las pruebas de cargo y descargo y llegando a la verdad material de los hechos controvertidos emitirá en la misma audiencia la sentencia y dará por notificada a las partes, quienes tendrán la disponibilidad de acceder a la misma dentro del tercer día conforme al artículo 441.

Artículo 441. (Disponibilidad de la sentencia).

I. Dentro de los tres (3) días siguientes se notificará a las partes con la sentencia.

II. Si la sentencia no fuera apelada en el plazo establecido en el presente Código, la autoridad judicial de oficio o a petición de parte declarará ejecutoriada la sentencia.

10.1.3 Efectos de la sentencia

Habíamos anotado que la sentencia de la asistencia familiar tiene características propias del Derecho de Familia que se distinguen el Derecho civil, por cuanto ésta no alcanza la calidad de cosa juzgada, es decir que puede ser sujeto a variación, aumento, disminución y/o reducción conforme se anotó en el subtítulo 5, referente a los artículos 120 y 121 de la Ley en vigencia.

10.2 Resolución inmediata

Artículo 445. (Alcance). Se tramitarán por resolución inmediata las pretensiones siguientes:

- a) Emancipación por desacuerdo.**
- b) Constitución de patrimonio familiar.**

- c) *Autorización judicial para la administración de bienes.*
- d) *Desacuerdo de los padres.*
- e) *Voluntarios.*
- f) *Cumplimiento de acuerdos.*
- g) *Asistencia familiar cuando exista acuerdo.*

Este procedimiento es novedoso porque resuelve la asignación de la asistencia familiar de manera breve, facilitando la otorgación de la prestación pronta en favor del o los beneficiarios.

Los artículos 444, parágrafo II, III, artículos 445 y 449 no son coherentes con el proceso de resolución inmediata, ya que si hay acuerdo de partes y el demandado no tiene objeción alguna respecto al monto solicitado para la asistencia familiar el juez debe dictar la resolución. Caso contrario la demanda se convierte en un proceso extraordinario, debiendo realizar los pasos correspondientes anteriormente mencionados.

171

ARTÍCULO 446. (TRÁMITE)

I. Admitida la solicitud con el cumplimiento de los requisitos formales y adjuntando los títulos o documentos en que se funde la pretensión, la autoridad judicial valorará la pretensión y dispondrá la citación, cuando corresponda.

II. De no presentarse oposición a la pretensión, la autoridad judicial emitirá resolución.

III. En caso de oponerse la o el demandado a la demanda y si la autoridad judicial considera la necesidad de una audiencia, dispondrá su realización en un plazo no mayor a tres (3) días; realizada la audiencia o sin ésta, emitirá Auto Definitivo dentro de los siguientes cinco (5) días.

El procedimiento se inicia cumpliendo los requisitos de la demanda, el legislador señala como solicitud acompañar el acuerdo de partes u otros documentos emitidos por autoridades de protección a la familia, inclusive documentos privados que serán analizados y evaluados por el juzgador, quien posteriormente correrá en trasladado por medio de la citación.

Citado el obligado éste puede aceptar de forma pura y simple y el juez resolverá de manera inmediata mediante la Sentencia, homologando el acuerdo presentado.

Si el obligado contestare oponiéndose a la demanda de asistencia familiar el juzgador ordenará la notificación de ambas partes dentro de tercer día, para celebrar la audiencia y considerar los argumentos del oponente (obligado), previa argumentación, emitirá el Auto Definitivo.

En relación a la parte final el legislador ha incluido de manera errónea el término Auto Definitivo cuando debería haber ser Resolución de determinación de asistencia familiar.

ARTÍCULO 447. (APROBACIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR O DISPENSA JUDICIAL)

Presentada la solicitud de aprobación de asistencia familiar o dispensa judicial, y previo cumplimiento de los requisitos generales y adjuntados los documentos o títulos que fundamenten la pretensión, la autoridad judicial emitirá resolución dentro de los siguientes cinco (5) días, sin recurso ulterior.

La notificación con la liquidación de pago de asistencia familiar se practicará en Secretaría de Juzgado.

Cuando el obligado -conjuntamente con el beneficiario o su representante- presenta la demanda de solicitud de manera conjunta acompañando los documentos con la aceptación

de otorgar la prestación de asistencia familiar, el juez sin más trámite emitirá la resolución respectiva.

ARTÍCULO 448. (DETERMINACIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR).

I. Cuando exista determinación de asistencia familiar mediante documento público o reconocido ante Notario de Fe Pública o ante el conciliador judicial, que demuestren la fundabilidad de la pretensión, la autoridad judicial, previa verificación de los presupuestos generales, capacidad y legitimación, acogerá la demanda mediante sentencia para su ejecución inmediata.

II. La parte obligada tendrá el plazo de cinco (5) días para oponer las excepciones previstas en el Artículo 252 de este Código, con excepción del inciso g).

III. Tratándose de acuerdo sobre asistencia familiar celebrado entre las partes y si no existiere reconocimiento de firma y rúbrica, se podrá solicitar a la autoridad judicial intimación a la parte requerida para que cumpla la obligación asumida, previa su citación. Dentro del plazo de cinco (5) días el citado podrá presentar oposición, en cuyo caso el proceso se someterá al régimen extraordinario. En caso de no pronunciarse se aplicará lo previsto en el Parágrafo I del presente Artículo.

Al no existir acuerdo entre las partes y existiendo controversia el proceso de resolución inmediata se tramita como un proceso extra ordinario explicado en el punto a).

ARTÍCULO 449. (OPOSICIÓN)

Las partes o cualquier persona con interés legítimo podrá deducir oposición contra la pretensión planteada en este

procedimiento, o en asistencia familiar después de estar resueltas las excepciones, dentro de un plazo no mayor a tres (3) días de pronunciada la resolución, en cuyo caso la autoridad judicial declarará la contención, disponiendo que la parte opositora deduzca su demanda ordinaria o extraordinaria, en el plazo de treinta (30) días. Si el opositor no formaliza la demanda en el plazo anteriormente señalado, quedará caducado su derecho.

Cuando existiera un tercero interesado en la prestación de la asistencia familiar, emergente de algún acuerdo que vaya en contra de los intereses de aquel beneficiario, éste podrá interponer excepciones para hacer valer sus derechos.

La caducidad a que hace referencia este artículo no se refiere a la asistencia familiar sino a la acción de la demanda ordinaria o extraordinaria en un plazo de 30 días que debe efectuar el interesado oponente, en tal caso opera la caducidad de la acción.

11. Apelación

En el proceso extraordinario y ante la imposibilidad de no haber llegado a satisfacer las pretensión de una o ambas partes, está abierta la acción de la apelación conforme al artículo 443.

ARTÍCULO 443. (PROCEDENCIA)

I. Contra la sentencia procede el recurso de apelación en el efecto suspensivo, que deberá presentarse en el plazo de cinco (5) días computables al día siguiente hábil de su notificación.

II. En asistencia familiar cuando la demanda solicitada sea declarada probada, la apelación procederá en el efecto devolutivo.

ARTÍCULO 444. (REMISIÓN)

Presentada la apelación, previo traslado a la parte contraria, la autoridad judicial remitirá al superior los actuados correspondientes. Contra el Auto de Vista no procede recurso de casación.

El párrafo segundo debe ser diferenciado del primero porque en el caso de asistencia familiar el expediente se queda en el juzgado y las piezas más importantes en fotocopias legalizadas se remiten ante el superior en grado en efecto devolutivo. Esto significa que no se suspende el trámite de otorgación ni de liquidación de la asistencia familiar.

Una vez resuelta la apelación en efecto devolutivo por el superior en grado el Tribunal Departamental de Justicia dicta el Auto de Vista, resolviendo la solicitud de las partes.

Hay que tener presente que contra el Auto de Vista de la asistencia familiar no existe otro recurso ulterior.

Bibliografía

Cabanellas, G. (1998). Diccionario. Heliasta.

Cicu, A. (1914). Principios generales del Derecho y Derecho de Familia.

Claro, L. (1940). Explicaciones de Derecho Civil, Chileno y Comparado. Santiago de Chile: Nacimiento.

Código de Comercio, Decreto Ley N° 14379 (1978). Cochabamba: Serrano.

Código de Derecho Familiar concordado (1979). La Paz: Gisbert y Cía.

Corominas, J. (1954). Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana. Madrid: Gredos.

De Echeverría, L. (1983). Nuevo Derecho Canónico. Manual Universitario. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.

Decker, J. (2000). Código de Familia. Cochabamba - La Paz: Los Amigos del Libro.

Estado Plurinacional de Bolivia (s.f.). Código Civil. Gaceta Oficial de Bolivia.

Estado Plurinacional de Bolivia. (s.f.). Constitución Política del Estado. Gaceta Oficial de Bolivia.

FAM (2005). Compendio normativo sobre descentralización. La Paz.

Fustel de Coulanges, N.D. La ciudad antigua.

República de Bolivia (s.f.). Código de Familia ley N° 996. Gaceta Oficial de Bolivia.

Estado Plurinacional de Bolivia (2014). Código de las Familias y del Proceso Familiar. Gaceta Oficial de Bolivia.

República de Bolivia (1994). Constitución Política del Estado. Gaceta Oficial de Bolivia.

República de Bolivia (1995). Constitución Política del Estado. Gaceta Oficial de Bolivia.

República de Bolivia (2004). Constitución Política del Estado. Gaceta Oficial de Bolivia.

Rivera Julio Cesar y Medina Graciela, Derecho de Familia, Editorial ABELEDOPERROT Buenos Aires Argentina

Estado Plurinacional de Bolivia (2009). Constitución Política del Estado. Gaceta Oficial de Bolivia.

Estado Plurinacional de Bolivia (2010). Ley N° 25. Gaceta Oficial de Bolivia.

Gareca, L. (1987). Derecho familiar práctico y razonado. Oruro: Lilial.

Jiménez, R. (2006). Lecciones de Derecho y Derecho del Menor. Tupo.

Kunkel, W. (1937). Derecho Privado Romano. Barcelona.

Larrea, J. (2008). Manual elemental de Derecho Civil del Educador – Derecho de Familia. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Lewis Morgan Henry. (1884). El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado: Editorial Progreso, Moscú.

Morales, C. (1979). Código de Familia concordado y anotado. La Paz: Gisbert y Cía S.A.

Muñoz Rocha Carlos I. Derecho de Familia, Oxford Colección de textos Jurídicos Universitarios, Buenos Aires Argentina

Osorio, M. Heliasta. (1997). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.

Paz, F. (2010). Derecho de la Familia y sus instituciones. Violencia familiar o doméstica. El Alto: Original San José.

Samos, R. Apuntes de Derecho de Familia. Sucre: Judicial.

Suárez, R. (2006). Derecho de Familia Régimen de las personas. Bogotá Temis.

Tufiño, N. (2012). Seguridad Social un Derecho Humano. La Paz: Creativa