

**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRES**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**  
**CARRERA DE DERECHO**

**“Plan Excepcional de Titulación de Antiguos Estudiantes no Graduados “**



**MONOGRAFIA**

**“NECESIDAD DE MODIFICAR EL ART 188 DE LA LEY 996, RESPECTO A**

**LA CADUCIDAD PARA DEMANDAR**

**LA NEGACION DE PATERNIDAD EN AUXILIO DEL ADN”**

**Postulante: ERICKA RUBY PEREZ APAZA**

**Tutor: Dr. WALTER GOMEZ GUZMAN**

*La Paz-Bolivia*

**2011**

### ***DEDICATORIA***

*A mis padres Lucio Perez M. y Balvina Apaza de Perez por su apoyo incondicional, eterna comprensión y por ser ellos un aliciente para mi superación, a mi hija: Elvira Daniela Medrano Perez que es la razón de mi vida, Marcelo Medrano Ali compañero de vida por entenderme y a todos quienes me apoyaron moral, material y espiritualmente.*

### ***AGRADECIMIENTO***

- *A la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Andres*
- *Al Dr. Walter Gomez, por las orientaciones, conocimientos y enseñanzas recibidas para la elaboración y culminación de esta Monografía..*

## INDICE

	<b>Paginas</b>
<b>INTRODUCCION.....</b>	<b>1</b>
<b>1.- ELECCION DEL TEMA DE LA MONOGRAFIA.....</b>	<b>2</b>
<b>2.- FUNDAMENTACION O JUSTIFICACION DEL TEMA.....</b>	<b>2</b>
<b>3.- DELIMITACION DEL TEMA DE LA MONOGRAFIA.....</b>	<b>4</b>
3.1. Delimitación temática.....	4
3.2. Delimitación temporal.....	4
3.3. Delimitación espacial.....	4
<b>4.- MARCO DE REFERENCIA.....</b>	<b>4</b>
4.1. Marco Histórico.....	4
4.2. Marco Conceptual.....	5
4.3. Marco Jurídico.....	8
<b>5.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....</b>	<b>8</b>
<b>6.- FORMULACION DE OBJETIVOS.....</b>	<b>9</b>
6.1. Objetivos Generales.....	9
6.2. Objetivos Específicos.....	9
<b>7.- DISEÑO METODOLOGICO.....</b>	<b>10</b>
7.1 Método Deductivo.....	10
7.2. Método Inductivo.....	10

## **7.2 TECNICAS**

7.2.1. La Observación.....	10
7.2.2. Encuesta.....	10
7.2.3 La Bibliografía.....	11

## **CAPITULO I**

### **CONSIDERACION GENERAL DEL DERECHO DE FAMILIA**

#### **1.1 EL DERECHO DE FAMILIA, CONCEPTO Y CARACTERES**

1.1.1 El derecho de familia.....	12
1.1.2 Concepto.....	12
1.1.3 Caracteres.....	13
1.1.4 Naturaleza Jurídica del Derecho de Familia.....	16

#### **1.2 EL MATRIMONIO, CONCEPTO, CARACTERES Y REQUISITOS**

1.2.1 El Matrimonio.....	23
1.2.2 Concepto.....	24
1.2.3 Caracteres.....	26
1.2.4 Requisitos.....	29

#### **1.3 MATRIMONIO DE HECHO, CONCEPTO Y DIFERENCIA CON EL CONCUBINATO**

1.3.1 Matrimonio de hecho.....	35
1.3.2 Concepto.....	36
1.3.3 Diferencia con el concubinato.....	36

#### **1.4 LA FILIACION, CONCEPTO, CARACTERES Y CLASES**

1.4.1 La filiación.....	37
1.4.2 Concepto.....	38

1.4.3	Caracteres.....	39
1.4.4	Clases de la filiación.....	39
1.4.5	La filiación y el Matrimonio.....	40
1.4.5.1	Concepto del hijo durante el matrimonio.....	41
1.4.6	La filiación y los hijos habidos de relaciones no matrimoniales.....	42
1.4.7	Determinación de la filiación.....	44
1.4.7.1	Legal.....	44
1.4.7.2	Voluntaria.....	44
1.4.7.3	Judicial.....	45
1.4.7.4	Conflictos de paternidad.....	45

## **1.5 LA PATERNIDAD, CONCEPTO Y CARACTERES**

1.5.1	La paternidad.....	46
1.5.2	Concepto.....	46
1.5.3	Caracteres.....	47

## **1.6 SITUACION DE LOS HIJOS DE HECHO Y DE DERECHO**

1.6.1	Naturaleza jurídica.....	49
-------	--------------------------	----

## **1.7 LA FAMILIA, EL MATRIMONIO Y LA FILIACION EN LA CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA Y EL CODIGO DE FAMILIA BOLIVIANO.**

1.7.1	La familia y el matrimonio en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y el Código de Familia.....	50
1.7.2	La filiación en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y el Código de Familia.....	51

## **1.8 LOS HIJOS SEGÚN LA TUTELA QUE BRINDA EL CODIGO NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTE..... 54**

**CAPITULO II**  
**EL ADN Y LA PRUEBA DE PATERNIDAD**

<b>2.1 INTRODUCCION.....</b>	<b>56</b>
<b>2.2 LA GENETICA Y SUS AVANCES.....</b>	<b>57</b>
<b>2.3 LA GENETICA EN LA FILIACION.....</b>	<b>58</b>
2.3.1 Su importancia.....	58
2.3.2 Sus métodos.....	59
2.3.3 Resultados.....	60

**CAPITULO III**

<b>3.1 EL ADN COMO METODO CIENTIFICO PARA ESTABLECER LA PATERNIDAD DE LOS HIJOS. ....</b>	<b>62</b>
<b>3.2 EL ARTICULO 188 DEL CODIGO DE FAMILIA, SUS ANTECEDENTES, SU FUNDAMENTACION EN LA LEGISLACION NACIONAL Y LA CADUCIDAD. ....</b>	<b>63</b>
<b>3.3 LA NECESIDAD DE CAMBIAR EL REGIMEN JURIDICO DE LA CADUCIDAD PARA LA DEMANDA DE NEGACION DE PATERNIDAD EN BASE AL ADN. ....</b>	<b>65</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>67</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>69</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	

## INTRODUCCION

La familia es la base de la sociedad y se encuentra bajo la protección del Estado por el cual todos los miembros de la familia y en particular los hijos sin distinción de origen tienen iguales derechos y deberes respecto a sus progenitores.

El Código de Familia en su Artículo 188 la acción de negación de paternidad o de desconocimiento de la paternidad no puede intentarse por el marido después de tres meses contados desde el día del parto, si estuvo presente, o desde su retorno al lugar donde se produjo el mismo, o domicilio conyugal, si no estuvo, o desde que descubrió el fraude, cuando se oculta el nacimiento. En caso de interdicción del marido el plazo empezará a correr después de que se rehabilite. (C.F.:1988).

Si el marido muere sin haber promovido la acción de vencido el plazo, sus herederos pueden ejercerla dentro de los tres meses que sigue al fallecimiento o al nacimiento del hijo si este es póstumo.

Es realmente necesario realizar un análisis exhaustivo acerca de la caducidad que impone esta norma del Código de Familia, para que quede sin efecto, de tal manera que la negación de paternidad pueda interponerse en cualquier momento, siendo imprescriptible, ya que la caducidad para demandar la negación de paternidad atenta contra el Artículo 24 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, con referencia al derecho de petición como un derecho sagrado e inviolable. A su vez atenta contra el Artículo 96 del Código Niño, Niña y Adolescente a llevar un nombre y apellidos paterno y materno y a conocer a sus padres biológicos y a estar informados de sus antecedentes familiares (C.N.N.A.:1999).

La norma cuando fue concebida (Código de Familia aprobado por Decreto Ley No. 10426 de 23 de agosto de 1972, vigente a partir del 26 de agosto de 1977, elevado a Ley No. 996 del 4 de abril de 1988) en los años setenta, era entendible porque no existían los medios tecnológicos y científicos con los que hoy contamos, en ese tiempo era obvio suponer que después de un tiempo no se podía reclamar sobre la paternidad de un hijo, existiendo una



especie de posesión de estado de hijo, de tal manera que el marido u hombre engañado debía conformarse con considerar como hijo a aquel que probablemente no lo era.

Hoy la ciencia nos da una solución científica a este problema con la prueba biológica del Acido Desoxirribonucleico más conocido como ADN, que puede determinar con un 99.9999 % de certeza y seguridad si a una persona le corresponde o no la paternidad, por lo que no se puede limitar a un hombre el derecho de petición ante los tribunales de justicia, cuando este derecho es inviolable, y por lo tanto tampoco se le puede negar el derecho de defensa y condenarlo a ser padre cuando no lo es.

La vigencia de la norma es una negación a los avances de la ciencia y de la tecnología, y seguimos aplicando principios que fueron quedando obsoletos. No se protege a un menor mintiéndole o llevándolo a una creencia falsa. El engaño y la apariencia no pueden ser derecho. El Derecho implica justicia, equidad, verdad, nada de esos valores están plasmados cuando un ser humano tiene por padre formal a un individuo con el cual no tiene vinculo de consanguinidad.

## **1. ELECCION DEL TEMA DE LA MONOGRAFIA**

“NECESIDAD DE MODIFICAR EL ART 188 DE LA LEY 996 RESPECTO A

LA CADUCIDAD PARA DEMANDAR

LA NEGACION DE PATERNIDAD EN AUXILIO DEL ADN”

## **2. FUNDAMENTACION O JUSTIFICACION DEL TEMA**

El Artículo 188 C. F. atenta contra la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia en su Artículo 24, que consagra expresamente el derecho de petición (C.P.E.P.B.:2008), como un derecho sagrado e inviolable y el derecho de defensa en juicio y que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente.

En efecto la problemática de la filiación de los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio es muy compleja, que el legislador cuando no puede resolver una situación determinada mediante una norma clara, precisa y segura, a de acudir a ficciones o presunciones. Una de esas situaciones es que, si el marido no reclama en un tiempo determinado sobre la

paternidad de un hijo que le aparece en un tiempo, no tiene de que quejarse, su negligencia ha de ser castigada a través de una caducidad y tendrá que soportar la calidad de padre de un ser que en realidad no le corresponde.

Se dice que la norma está inspirada en la protección de los menores de edad, que no son culpables de la conducta de los padres o mejor de la madre. Seguramente se observara cómo es posible que una mujer plantee una situación en la que se busca atentar contra los derechos de menores, porque si el que no es padre no reclama, se estaría en presencia de un derecho adquirido. Este derecho es falso y lo falso debe y tiene que ser corregido.

La norma cuando fue concebida por su autor Dr. Hugo Sandoval Saavedra, en los años setenta, era comprensible, puesto que no habían los medios tecnológicos y científicos con los que hoy en día contamos, en ese tiempo era obvio suponer que después de un tiempo no se podía reclamar sobre la situación de un hijo, de tal manera que el marido u hombre engañado debía conformarse en considerar como hijo aquel que no era suyo.

Hoy en día este problema ya tiene solución científica que es el ADN que determina con un 99.99% de seguridad si a una persona le corresponde o no la paternidad, de tal manera que no se puede limitar a un hombre el derecho de petición ante los tribunales de justicia, cuando este derecho es inviolable y que no se le puede negar el derecho de defensa y condenarlo a ser padre cuando no lo es.

En consecuencia es necesario revisar dicha norma del Código de Familia, analizar y en mi criterio dejarla sin efecto, de tal manera que la negación de paternidad pueda interponerse en cualquier tiempo siendo imprescriptible, porque no se trata de un hecho real, cierto y verdadero, ya que no se está protegiendo al menor sino a la mujer que engaña dolosamente al esposo o a su pareja haciéndolo padre de alguien que no lo es, siendo una norma que encubre el fraude y el engaño que bien puede ser destruido por la ciencia.

Llegando a ser los favorecidos gracias a la prueba de ADN (Acido Desoxirribonucleico), los esposos o parejas que tendrán el derecho de salir de la duda y la incertidumbre de saber si un niño es o no su hijo, para poder asumir su verdadero rol y papel de padre o no. Sera beneficiado el mismo menor, porque este no sufrirá la repulsa de quien no es su padre.

Todo ser humano tiene derecho a saber o conocer quién es su progenitor y no vivir engañado.

### **3. DELIMITACION DEL TEMA**

**3.1) Delimitación Temática.-** La presente Investigación tiene como objeto de estudio, la filiación de los hijos con su progenitor real, la caducidad para la investigación de la paternidad con forme lo establece el Artículo 188 del Código de Familia en auxilio del ADN.

**3.2) Delimitación Espacial.-** Referente al ámbito geográfico o territorial concentrare mi

trabajo en el departamento de La Paz del Estado Plurinacional de Bolivia, por ser uno de los departamentos con mayor población.

**3.3) Delimitación Temporal.-** Para el presente trabajo tomaremos en cuenta del año 2005 al 2010.

### **4. MARCO REFERENCIAL**

#### **4.1 MARCO HISTORICO**

En los diferentes periodos de humanidad existieron diferentes formas familiares, desde la más rudimentaria, hasta la familia legal de nuestros tiempos. Así en Roma en un principio, la palabra familia comprendía a todos los esclavos pertenecientes a un señor, posteriormente significo la reunión del jefe de familia, la esposa, los hijos y los esclavos. La evolución de la familia entraña la evolución del matrimonio, desde las primeras formas de relación sexual promiscua-comunitaria hasta el matrimonio monogamico que es la norma de nuestra actual civilización. El matrimonio hoy en día.

Un contrato suigeneris a perpetuidad entre el hombre y la mujer y en virtud de ese contrato, se atribuye la paternidad del hijo que ha sido concebido y nacido durante el matrimonio al esposo, sin embargo, según el Artículo 187 del Código de Familia, “El marido puede desconocer al hijo concebido durante el matrimonio, demostrando por todos

los medios de prueba que no puede ser el padre de el mismo. El hijo habido en matrimonio tiene por padre al marido de la mujer”.

La norma para la negación de paternidad nace en los años 60 cuyo autor, el Dr. Hugo Sandoval Saavedra según el Artículo 188 del Código de Familia que para esa época era entendible por qué no teníamos el desarrollo científico con el que contamos hoy en día.

Los avances científicos y tecnológicos han traído consigo esta prueba tan conocida que es la prueba del ADN (Acido desoxirribonucleico) su origen data de la pasada época de los 80, sin embargo su uso sea extendido y generalizado a una velocidad solo comprensible y justificable por su efectividad de esa tecnología.

En el año 1953, James Watson y Francis Crick, descubrieron que la clave de la herencia de toda criatura viviente, se encuentra inscrita en la molécula del ADN, ósea el Acido Desoxirribonucleico.

Según M. Lorente Acosta Y e. Villanueva, médicos genistas españoles, dicen que la primera aplicación del ADN se realizó en Inglaterra en 1985 en un caso de inmigración, realizada por el iniciador de esta técnica el profesor Alec Jeffrey, perteneciente al Instituto de Investigación de Lister de la Universidad de Leicester en Inglaterra (INTERNET: 2011).

## **4.2 MARCO CONCEPTUAL**

**La Familia** surge de la relación humana. La unión sexual y la procreación. El Orden jurídico toma en cuenta estas fuentes reales y crea las instituciones reguladoras de las mismas. La unión sexual que se enmarca jurídicamente dentro de lo que es el matrimonio o en figuras como el concubinato. La procreación emanada de la pareja unida en matrimonio o fuera de matrimonio, trae como consecuencia la filiación, que ha de producir a su vez nuevos tipos de relaciones entre individuos que descienden unos de otros.

Familia “Conjunto de personas unidas por vínculos consanguíneos y formadas por el padre, madre y los hijos, que viven en un hogar persiguiendo un mismo fin de superación y progreso, considerada con justeza, la célula social por excelencia”

**Matrimonio** “Es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crean entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia Ley”

**La Filiación**” la relación que existe entre los hijos y sus padres dentro del campo biológico y espiritual, generando derechos y obligaciones.

**La Paternidad**, es siempre una presunción jurídica Juris Tantum, admite prueba en contrario. Surge con certeza relativa dentro del matrimonio el hijo de la mujer casada es hijo del marido. La paternidad habida fuera del matrimonio es incierta por principio y solo puede establecer por reconocimiento voluntario por parte del padre o por sentencia que lo decide en un juicio de investigación de paternidad.

**El ADN o Acido desoxirribonucleico cuya sigla es ADN o DNA**, como también se lo conoce por sus siglas en ingles, es un polinucleico constituido por dos cadenas anti paralelas de unidades de desoxirribonucleicos unidos covalentemente, dispuestos de una forma complementaria y adoptando una estructura enrollada. La gran molécula del ADN está formada hablando científicamente de un tipo esencial de azúcar (LLAMADO RIBOSA) y por las bases nitrogenadas que forman los nucleotidos que son: la Adenina (A), Guanina (G), Ciorina (C) y Timina (T) ahí en una especie de escalera de caracol se encuentra en pares, que constituyen los peldaños de la escalera de la vida.

El ADN existe en toda célula vida que tenga núcleo, de ahí en nombre de nucleotido como ser la sangre, cabellos, semen, saliva, etc. A excepción de las células rojas de la sangre o hematies.

El ADN se denomina también Tés Genético, que es precisamente la identificación genética que da lugar al estudio de la paternidad, mediante la técnica de la impresión digital del ADN que permite comparar regiones de ADN de distintos individuos, padres, madres y determinar cuál de las regiones de ADN del hijo provienen del padre o cual de la madre. El

grado de confiabilidad que se obtiene a través de esta técnica es mayor a 99.999% en todos los casos, es por supuesto superior a cualquier otra técnica empleada hoy en día.

El año 1953, James Watson y Francis Crick, descubrieron que la clave de la herencia de toda criatura viviente, se encuentra escrita en la molécula del ADN, o sea en el Acido Desoxirribonucleico.

**La caducidad.-** Es una figura mediante la cual, ante la existencia de una situación donde el sujeto tiene potestad de ejercer un acto que tendrá efectos jurídicos, no lo hace dentro de un lapso perentorio y pierde el derecho a entablar la acción correspondiente.

Al igual que la prescripción, la caducidad se compone de dos aspectos:

- La no actividad. La no actividad es la inacción del sujeto para ejercer su derecho de acción jurídica. La única forma de evitar la caducidad de la acción es estableciéndola formalmente ante la instancia judicial competente.
- El plazo. El plazo de la caducidad es rígido, no se suspende ni interrumpe, sino que desde que comienza a correr, se sabe con anterioridad cuándo caducará la acción si el sujeto no la interpone.

La prescripción extingue la acción.

La caducidad extingue el derecho.

**La Demanda.-** Es considera un medio hábil para ejercer el derecho a la acción, siendo la forma común de ejercitarlo. En la mayoría de los sistemas debe ser escrita, aunque excepcionalmente puede ser verbal, en algunos procedimientos orales.

Un documento cuya presentación a la autoridad (juez o árbitro) tiene por objeto lograr de ésta la iniciación de un procedimiento para sustanciar en él tantos procesos como pretensiones tenga el demandante para ser satisfechas por persona distinta a dicha autoridad.

### **4.3 MARCO JURIDICO**

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, aprobada por la Asamblea Constitucional 2007 y compatibilizada en el Honorable Congreso Nacional el 2008, en sus Artículos 62, 63 y 64 establecen que la Familia, el Matrimonio y la Maternidad están bajo la protección del Estado, descansando en el principio de igualdad de derechos respecto a los progenitores, estableciendo que la filiación, se puede precisar por todos los medios conducentes a demostrar, de acuerdo al régimen que determine la Ley.

Al seguir en vigencia el Art 188 del Código de Familia, la misma que a su tenor dice lo siguiente.

“La acción de negación o de desconocimiento de paternidad no puede intentarse por el marido después de tres meses contados desde el día del parto, si estuvo presente o desde su retorno al domicilio conyugal, si no lo estuvo, o desde que descubrió el fraude, cuando se oculta el nacimiento”.

Esta norma como se puede evidenciar atenta contra la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia en su Artículo 24, mismo que consagra el derecho de petición, como un derecho sagrado e inviolable y por ende el derecho de defensa en juicio justo y además que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído o juzgado previamente como manda la Ley.

Asimismo el Artículo 188 del Código de Familia. Estaría en contra del Artículo 187 del mismo Código de Familia en su parte pertinente dice “El marido puede desconocer al hijo concebido en matrimonio demostrando por todos los medios de prueba que no puede ser el padre del mismo”, sin plazos ni termino alguno.

### **5. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.**

La Familia es una Institución de Derecho Público y sus normas son de observación obligatoria y cualquier modificación o alteración es nulo o sancionable por órganos públicos encargados de velar por el respeto a los mismo, ya que la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia en sus Artículos 62,64 y 65, mismos que establecen que la

Familia, Matrimonio y Maternidad están bajo la protección del Estado, descansando en el principio de igualdad de derechos respecto a los progenitores estableciendo que la filiación se puede precisar por todos los medios conducentes a demostrar, de acuerdo al régimen que determine la Ley.

Nada de esto se observa en el Artículo 188 del Código de Familia, que determina la caducidad de la acción de negación o desconocimiento de paternidad en el plazo de tres meses contados desde el día del parto, si estuvo presente, o desde su retorno al lugar donde se produjo o al domicilio conyugal, sino lo estuvo, o desde que descubrió el fraude, cuando se oculta el nacimiento, si vencido este plazo un esposo se da cuenta por ciertos hechos que el niño nacido dentro de su matrimonio no es de él, sino de una tercera persona. Privándole de un derecho legítimo de igualdad que no existe porque la Ley aparece desigual dado que favorece el fraude y engaño conyugal, infringe el mandato constitucional de que la filiación puede establecerse por todos los medios conducentes, si después del plazo de tres meses puede comprobarse científicamente que no es hijo del esposo, no hay para que seguir con el engaño y dar una paternidad que no corresponde, y que en muchísimos casos resulta muy perjudicial para los propios niños o menores que son víctimas del engaño de su madre.

## **6. FORMULACION DE OBJETIVOS.**

**6.1 Objetivos Generales.-** Analizar la normativa jurídica vigente con referencia a la derogación de la caducidad para la acción de negación o desconocimiento de paternidad, para permitir terminar con el fraude de imputar paternidad a una persona que no le corresponde y dar filiación legítima a personas engañadas.

### **6.2 Objetivos Específicos.**

- Se pretende dar una filiación correcta e inequívoca al menor o hijo, para que este deje de vivir en el engaño y pueda conocer a su progenitor o padre biológico, derecho que todo ser humano tiene.
- Demostrar la necesidad de poner en práctica los avances científicos y tecnológicos como es la prueba del ADN prueba enteramente confiable, para no seguir incurriendo más en presunciones de filiación.



- Proponer la imprescriptibilidad de la acción de negación o desconocimiento de paternidad, para poder interponer la acción en cualquier tiempo, siempre no sea planteado con el solo propósito de eludir el cumplimiento de deberes establecidos en la ley.
- Modificar el Artículo 188 del Código de Familia puesto que es una negación a los avances de la ciencia y tecnología, porque como hace 30 o 50 años, todavía seguimos aplicando principios que fueron quedando obsoletos.

## **7. DISEÑO METODOLÓGICO.**

### **7.1. METODOS**

7.1.1. Método Deductivo.- La deducción va de lo general a lo particular, en mi trabajo se observará que en muchos casos las personas que tienen este problema de duda con relación a la paternidad de un hijo, puedan llegar a una demanda de negación o desconocimiento de paternidad en el tiempo que se requiera, llegando a ser esta acción imprescriptible en aplicación de la prueba del ADN.

7.1.2. Método Inductivo.- Establece relaciones desde lo particular a lo general.

### **7.2 TÉCNICAS**

**7.2.1. La observación.-** Registro visual de lo que ocurre en el mundo real, en la evidencia empírica. Así toda observación; al igual que otros métodos o instrumentos para consignar información; requiere del sujeto que investiga la definición de los objetivos que persigue su investigación, determinar su unidad de observación, las condiciones en que asumirá la observación y las conductas que deberá registrar

**7.2.2. La Encuesta.-** Técnica en la que se realizara una serie de preguntas a médicos como a abogados, con referencia a su campo en este caso a los médicos referente a la confiabilidad de la prueba del ADN, y a los abogados referente a la prescripción del Artículo 188 del Código de Familia.

**7.2.3. La Bibliográfica.-** La técnica documental o bibliográfica se utilizo en la revisión de la literatura referida al tema de investigación, con el objeto de extraer y recopilar información de carácter relevante, que de acuerdo a las necesidades y su utilidad sea empleado en el presente trabajo.

## **CAPITULO I**

### **CONSIDERACION GENERAL DEL DERECHO DE FAMILIA**

#### **1.1 EL DERECHO DE FAMILIA, CONCEPTO Y CARACTERES**

##### **1.1.1 El derecho de familia.**

La familia es una comunidad natural; es una institución que cumple una función individual y social indiscutible. Esa institución requiere un ordenamiento, un conjunto de principios y de disposiciones que la regulen y organicen dentro del orden jurídico en general. Ese conjunto de principios de normas jurídicas reguladoras de la familia constituye El DERECHO DE FAMILIA.

El Derecho de Familia rama que deriva del Derecho Civil, se constituye en el aspecto más importante del derecho en general, por la evolución constante de la humanidad y la cultura, con muestras evidentes de su constante progreso, como la igualdad jurídica de los cónyuges, que a puesto fin a la preeminencia del hombre, que se venía observando desde el pater familias del Derecho Romano, hasta situar a la esposa a igual nivel que el esposo, con iguales derechos y obligaciones, dejando de ser definitivamente la esclava del hombre.

##### **1.1.2 Concepto.**

El Derecho de Familia “ Es el conjunto de reglas de conducta, principios y normas, disposiciones que tiene por objeto regular la vida armoniosa de las personas en cuanto a sus relaciones familiares, patrimoniales y afectivas basadas en el amor” (JIMENEZ:2002).

El Derecho de Familia como Instituto jurídico especial, se ocupa de regir las relaciones jurídicas entre las personas unidas por vínculos de parentesco, de donde

viene a constituirse en el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares. (PAZ: 2002).

En un sentido más amplio aun, es el conjunto de principios jurídicos y normas legales que tiene por objeto determinar la condición de las personas regular la organización de la familia y la sucesión hereditaria.

Por cuanto la familia es el conjunto de personas unidas por vínculos sanguíneos y formadas por el padre, la madre y desde luego los hijos, que viven en un hogar persiguiendo fines de superación y progreso; considerada la célula social por excelencia.

### **1.1.3 Caracteres.**

En un contenido ético la Familia es una comunidad natural, ella responde a una serie de instintos y sentimientos de la naturaleza humana. Como comunidad natural y organismo social no se encuentra regulada exclusivamente por el derecho. Sino otros sistemas reguladores de la conducta humana como la moral, la religión y la costumbre, influyen en el Derecho de Familia como en ningún otro.

Por eso en el campo del Derecho de Familia existen normas cuya violación no acarrear sanción alguna y disposiciones cuya transgresión no produce sino una sanción atenuante. Por ejemplo, de acuerdo a nuestra legislación vigente la violación del impedimento matrimonial de turbatio sanguinis, no acarrea sanción alguna. La violación del impedimento al matrimonio entre tío o sobrina o los descendientes de este, no produce la sanción que correspondería de acuerdo a la estricta técnica jurídica, que sería la nulidad de dicho matrimonio.

Existe en el Derecho de Familia obligaciones incoercibles, bien porque es imposible lograr, mediante la coerción, el cumplimiento forzoso de ellas, o bien por qué el derecho a considerado más conveniente confiar su observancia a otras fuerzas que actúan en el campo familiar y social, tales como la moral, las buenas costumbres y la religión.

## **Transpersonalismo**

En las otras ramas del Derecho Privado (Tertiun Genus) el ordenamiento protege el interés individual y el derecho subjetivo se atribuye en función de tales intereses, por lo que su titular tiene la opción entre ejercer o no ejercerla. En el Derecho de Familia, el ordenamiento protege el interés superior de la familia y los derechos o facultades se reconoce con la finalidad de la consagración de tales intereses. Son poderes deberes. Son Derechos que deben ejercerse conforme al deber que le es correlativo. Son derechos con un fin altruista, como los llama Ferrara. No sirven al interés exclusivo del investido, sino a los intereses superiores de la familia y la sociedad. Su ejercicio en consecuencia, no queda al arbitrio del titular sino que se convierte en un deber ético frente a las personas subordinadas, frente a la familia y sobre todo frente al Estado. (GARECA:2002).

En tanto que el titular no tiene la posibilidad de optar entre ejercerlos o no tiene que ejercerlos, tiene que cumplirlo, son poderes deberes.

## **Primacía de las relaciones personales sobre las patrimoniales**

En el Derecho de Familia lo fundamental son las relaciones personales; las relaciones patrimoniales solo se conciben como accesorias de los estados personales, de las relaciones personales e inseparables de ellas, por que las relaciones familiares de carácter patrimonial se establecen entre los miembros de la familia y no pueden producirse sino como efectos de la relación personal existente entre ellos. Así, por ejemplo del matrimonio surge el deber de los cónyuges de contribuir, en la medida de sus recursos e ingresos, a la satisfacción de sus necesidades, la obligación alimentaria entre cónyuges, etc. Y las relaciones familiares patrimoniales, por su derivación de las relaciones personales difieren de los derechos patrimoniales en su regulación. Por ejemplo la obligación alimentaria no constituye un simple derecho de crédito, ni la comunidad de gananciales entre cónyuges se rige por normas idénticas a las que regulan la sociedad o la comunidad entre herederos. Como dice Federico Puig Peña, en las relaciones familiares de carácter patrimonial hay algo especial en relación con los demás derechos

patrimoniales: No se trata de proteger intereses opuestos sino de aunar esos intereses para dar eficacia a la familia. (PUIG:1957).

### **Limitación de la autonomía de la voluntad .**

Por regla general las normas de derecho de familia son de orden público, es decir imperativo e inderogable por convenio de los particulares. Es la Ley y no la voluntad individual la que regula la relación familiar, el enlace y contenido de los poderes familiares, la eficacia de la relación, los efectos patrimoniales de un estado. En el derecho de familia la regla general son las normas de orden público; la excepción, en cambio, es la existencia de normas supletorias, en las cuales tiene cabida la autonomía de la voluntad.

### **De la limitación de la autonomía de la voluntad**

Característica del Derecho de Familia, resulta que no son aplicables en este campo muchas de las reglas comunes en otras ramas del derecho privado por ejemplo:

- En el Derecho de Familia no es aplicable el principio de la representación. En otras ramas del derecho privado es posible la representación en virtud del mandato por el cual el interesado puede remitir a la voluntad ajena la declaración generadora de efectos jurídicos. En el Derecho de Familia no es posible la representación propia en ningún caso. Una persona puede contratar en representación del hijo sometido a su patria potestad, pero no puede contraer matrimonio por él. La representación propia, que implica la sustitución de la voluntad del interesado por la del tercero (representante), no es posible, en ningún caso, en el Derecho de Familia. La representación impropia, que es una simple transmisión de la voluntad del interesado, se admite pero solo en algunos casos. En nuestro derecho la representación impropia se admite, por ejemplo en la manifestación esponsalicia, en la celebración del matrimonio, en el reconocimiento voluntario, pero existen casos en los que no se permite ni siquiera la representación impropia: no es posible en el caso de separación legal de cuerpos por mutuo consentimiento, ni en materia de adopción.

- Los efectos jurídicos de las declaraciones no pueden modificarse mediante términos o condiciones.

El consentimiento en la formación de las relaciones jurídicas familiares ha de ser puro y simple. No es posible someter el consentimiento matrimonial o un reconocimiento a un término o una condición.

- **Los derechos derivados de la relación familiar son indisponibles e irrenunciables por regla general.**

En otras ramas del Derecho Privado, la transmisión y la renuncia son formas naturales de ejercer los derechos. En el Derecho de Familia no se admite ni la transmisión ni la renuncia de los derechos derivados de la relación jurídica familiar. En los casos en que, así, se protegen y consolidan los derechos familiares.

Amplia intervención del Estado en la formación de las relaciones jurídicas familiares, en el establecimiento de la relación jurídica familiar el Estado, a través del funcionario público competente, interviene en forma activa y determinante de manera que, además de la voluntad de las partes, para que nazca el vínculo entre ellos se requiere, adicionalmente, el pronunciamiento del funcionario. En otras ramas del Derecho Privado ocurre, por el contrario, que la intervención estatal es excepcional y en los casos en que es necesaria, la actuación del funcionario competente se reduce a una actuación receptiva: dar fe de las declaraciones hechas por el interesado.

#### **1.1.4 Naturaleza Jurídica del Derecho de Familia.**

La Familia surge de dos datos biológicos de la relación humana: la unión sexual y la procreación. El orden Jurídico toma en cuenta estas fuentes reales y crea las instituciones reguladoras de las mismas. La unión sexual que se enmarca jurídicamente dentro de la institución del matrimonio y excepcionalmente en figuras como el concubinato. La procreación emanada de la pareja unida en matrimonio o fuera de matrimonio, trae como consecuencia la filiación, que produce a su vez

nuevos tipos de relación entre individuos que descienden unos de otros o de un tronco común más lejano que se conoce como parentesco.

El origen del Derecho de Familia se puede encontrar en los países europeos de Alemania y Suiza, debido a que en el código alemán y suizo se inician las consideraciones del Derecho Familiar, en un libro especialmente consagrado a esta rama jurídica. El primero sirvió de inspiración a los códigos: Peruano, Mexicano e Italiano (JIMENEZ: 2002)

La Familia, hasta la primera guerra mundial era materia del Derecho civil, considerándosele una institución privada, fue incorporada al Derecho Publico bajo la protección del Estado a partir de la Constitución de Wiemar 1919, promulgando Francia su Código de Familia en 1938, régimen que fue reforzado en la legislación posterior: En la mayoría de las Legislaciones las constituciones publicadas a partir de 1945 dan lugar prominente al Derecho de Familia. Pablo Dermizaki señala que tres aspectos, en esta materia, son comunes a las nuevas constituciones.

- a. La Familia y el matrimonio, fundamentos de la sociedad, están bajo la protección del Estado;
- b. Los derechos de la familia están legislados y garantizados;
- c. El Estado protege por igual a la maternidad, infancia y la vejez.

A partir de los primeros años del siglo 19, tanto la doctrina como la legislación, buscan superar la posición individualista y personalista que en materia de legislación familiar había dominado hasta entonces, al influjo del Código Civil Napoleónico de 1804. Así nuestro Código Civil Santa Cruz de 1831, trata instituciones típicamente familiares como el matrimonio, la filiación, la adopción, patria potestad, etc. Estableciendo entre sus principales aspectos los siguientes (JIMENEZ: 2002).

- El matrimonio Canónico tenía plena y única validez, tal como señalaba el Artículo 99 del Código Civil, cuyas modalidades de celebración eran fijadas por el concilio de trengo y la Iglesia Católica. Establecía también la mutua fidelidad, socorro y asistencia, pero la mujer por el solo hecho del matrimonio se encontraba bajo la



autoridad del marido quien debía proporcionarle protección y esta obedecía, estando obligada a convivir con él en el domicilio que el esposo eligiere a demás que la esposa no podía realizar actos de la vida civil sin el consentimiento del esposo.

- El Código Civil reconoce el divorcio separación manteniendo subsistente el vínculo jurídico conyugal, por adulterio, malos tratos, sevicias o injurias graves, siendo los únicos competentes para fallar sobre el divorcio los tribunales eclesiásticos.
- Los alimentos se tramitaban por medio de jueces civiles.
- En cuanto a los bienes seguía la tradición del Derecho castellano, que hacia partibles todos los bienes ganados durante la unión, presumiéndose la comunidad, salvo prueba en contrario. Sin embargo la esposa podía renunciar a la comunidad. Además de los gananciales, existían los bienes dotales que la mujer u otro por ella entregaba al marido para soportar las cargas matrimoniales y cuya administración se encomendaba al marido.
- Realizaba una clasificación de los hijos según su origen, teniendo en cuenta la situación de los padres y si estos se hallaban no unidos en matrimonio en: hijos legítimos; hijos naturales, hijos adulterinos, hijos incestuosos e hijos sacrílegos, estos tres últimos no podían ser reconocidos.
- Admitía solo la indagación de la maternidad por todos los medios de prueba conducentes a demostrarla y guardo absoluto silencio en cuanto a la investigación de la paternidad por la imposibilidad de demostrar la calidad de padre.
- La patria potestad como el derecho del padre y la madre a falta de aquel, para educar a los hijos, corregirlos, representarlos en los actos de la vida civil se ejercitaba sobre la persona y los bienes de los hijos, autoridad que extendía hasta la mayoría del hijo (21 años) o hasta su emancipación.

Cesaba la patria potestad, por la muerte del padre o del hijo, el destierro de cualquiera de los dos, etc.

- Reconocía dos clases de emancipación legal o tacita y voluntaria o expresa sin embargo, los actos del menor emancipado se restringían solamente a los de administrar su patrimonio, no podía realizar actos de disposición respecto a los cuales requería de la aprobación judicial consiguiente, luego del proceso de necesidad y utilidad. También era posible obligar al padre a emancipar al hijo por castigos crueles, por prostituir al hijo o por descontento del hijastro respecto a su padrastro.
- Solo se permite la adopción por una persona a no ser que se trate de esposos, estableciendo como requisitos que los adoptantes sean mayores de 50 años, que no tengan hijos ni descendientes legítimos y que sean mayores en quince años a los adoptados, quienes a su vez no podían ser menores de 15 años, adquiriendo el apellido del adoptante, añadiendo al propio que tuvo antes, naciendo la común obligación de proporcionarse asistencia familiar siendo la adopción irrevocable.
- Distinguía también entre la tutela del padre y de la madre, tutela legítima, tutela dativa y jurídica y la curatela.

El 11 de octubre de 1911 y el 19 de marzo de 1912, se dictan en el país la Ley del Matrimonio Civil y su Decreto Reglamentario. Que reconoce el matrimonio civil, tomando el Estado el derecho de normar la celebración del acto más importante en la vida de las personas, por ser la única manera reconocida de formar familia y por cuanto esta, es célula social y tutela de sus miembros, especificando la forma de celebración del matrimonio por el Oficial de Registro Civil, señalando los documentos que debían presentarse para la mayor individualización de los contrayentes, estableciendo también las oposiciones al matrimonio por quienes se hallaban facultados para hacerlo y que eran resueltos por los jueces instructores en lo civil. Pero como no funcionaban las oficialías de registro civil sino a partir de 1940, la celebración del matrimonio estuvo a cargo de los Notarios de Fe Pública.

Posteriormente la indisolubilidad del matrimonio establecida por el Código Civil de 1831, fue derogada por la Ley de Divorcio absoluto de 15 de abril de 1932 prescribiendo que el matrimonio se disuelve “por muerte de uno de los cónyuges” y “por sentencia definitiva de

divorcio”. Establecía las causales de divorcio, proceso que debería ser tramitado en la vía ordinaria ante el Juez de Partido en lo Civil y con intervención del Ministerio Público. Comprendía también aspectos como las pensiones alimenticias a la mujer y a los hijos procediendo a la separación de los bienes gananciales, la situación de los hijos era definida en sentencia por el juez.

La Constitución de 1945 abrió la posibilidad de la investigación de la paternidad en su artículo 132, pero la dejó referida a una posterior ley que fue emitida recién el 15 de enero de 1962, que reformó el artículo 66 del Código Civil Santa Cruz. La acción de investigación de paternidad se tramitaba por la vía ordinaria de hecho ante el Juez de Partido en lo Civil, con el auxilio de todos los medios de prueba que tendieran a demostrarla con el rapto, estupro, violación o seducción, cuando el momento del delito coincide con el momento de la concepción, cuando el hijo está en posesión de estado, cuando sea provisto a los gastos de su alimentación educación o establecimiento. Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre vivía en concubinato notorio con el presunto padre, cuando el hijo tenga principio de prueba por escrito contra el presunto padre. Admitiéndose como medio de defensa todas las excepciones señaladas como la esterilidad permanente e incurable, la impotencia perpetua o incurable, la imposibilidad física de acceso carnal por ausencia o separación, por mala conducta notoria de la madre.

En Bolivia la idea de elaborar y poner al servicio del pueblo un código boliviano de familia, fue tarea de numerosas investigaciones, sobre saliendo la labor del Dr. Hugo Sandoval Saavedra catedrático de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chuquisaca, quien propuso la redacción de un Código de Familia independiente del Código Civil, dentro del ordenamiento jurídico nacional, que regule las instituciones y relaciones familiares. Así mediante D.S. No. 06038, del 23 de Marzo de 1962 se crearon comisiones modificadoras para la revisión de cuerpos legales vigentes y la elaboración de anteproyectos de Códigos, entre los que se incluía al Código de Familia.

La Reforma constitucional del año 1967, el Artículo 197 de la Constitución Política del Estado en su párrafo segundo estipuló que “un código especial regulará las relaciones familiares”.

Decreto Ley No. 10426 del 23 de agosto de 1972 aprobó como Ley de la Republica el Código de Familia, señalando el 2 de abril de 1973 como fecha en que entraría en vigencia, sin embargo, el Decreto Ley No. 10772 de 16 de marzo de 1973 dispuso el aplazamiento de la fecha inicio de la vigencia hasta el 6 de agosto de ese año.

En la Ley No.996 del 4 de abril de 1988 durante el Gobierno Constitucional del Dr. Víctor Paz Estensoro, el Código de Familia es el primero, entre los dictados a partir de 1972, en adquirir el rango de Ley.

### **Regulación jurídica de la familia en el derecho boliviano.**

La familia no es una persona jurídica propiamente dicha, mas su ordenación es puramente individualista; se le reconoce derechos a la persona de sus miembros, como un todo. En la familia no se da una capacidad jurídica autónoma, por cuanto no adquiere personería distinta de la de sus integrantes.

La familia tiene una existencia jurídica propia, esta idea penetra igualmente a la jurisprudencia, no solo al interpretar los textos legales sobre los regímenes matrimoniales, reconoce una autoridad a cierta masa de bienes, mas particularmente afectada a la familia; sino que admite, en cierta medida, que algunos derechos tiene titular verdadero a la familia, no a las personas que la componen. En efecto, en ocasiones de haberse presentado en

Francia un proyecto de Ley tendiente a conceder a la familia personería jurídica, se sostuvo que la violación de ciertos derechos daría origen a una sola acción, intentada por el representante de la familia y no a acciones instauradas por sus miembros separadamente, los cuales serán beneficios; pero, por otra parte, no seria lógico que las personas que hubiesen tratado la cabeza de familia, para satisfacer sus expectativas tuviera una acción contra la familia.

### **Ubicación del Derecho de Familia en la legislación “TERTIUM GENUS”**

Tradicionalmente el Derecho de Familia era parte del Derecho Civil, sin embargo el hecho de que la mayor parte de sus normas sean de orden público, así como la intervención del Estado en la formación y disolución de vínculos y en numerosas cuestiones por el reguladas, ha hecho que la doctrina dude acerca de si dicha ubicación es o no correcta.

Las normas pueden ser consideradas de Derecho Público o de Derecho Privado, la distinción fue hecha por Ulpiano en su conocida fórmula bipartita, al dividir el Derecho en Público y Privado: “Jus publicum est quod ad statum rei romanei spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet” o El derecho público es lo que mira al Estado de la República Romana; el privado, la que mira el bien de los particulares. (BIBILOTECA JURIDICA.org). Fórmula considerada a través de los siglos, como algo inmutable y firma que solo ante los embates de nuevas y distintas concepciones se ha observado claramente que no había límites tan definidos que los separasen. Esta diferencia romana, conocida como el nombre de tradicionalista o de teoría del interés en juego, señala que la naturaleza privada o pública de un precepto depende de la índole del interés que garantice.

Así los Juristas desde Ulpiano, dividen el derecho en dos ramas:

- Derecho Público (como un derecho de subordinación de los individuos al Estado, el que atañe a la organización de la cosa pública o la relación de los particulares con el Estado)
- Derecho Privado (como derecho coordinador de las relaciones de los individuos entre sí o el que concierne a la utilidad de los particulares).

Ahrens afirma que “el derecho privado atiende tan solo a la personalidad, su fin propio y su bien particular. Mientras el público considera la totalidad de los miembros de la sociedad reunidos por la idea del Derecho en el Estado, y establece las condiciones bajo las que estos, como institución y con el concurso de las personas privadas, pueden realizar el fin común, el bien de todos, bajo las formas que garantizan al mismo tiempo el derecho de cada uno” (AHRENS: 1880).

Savigni resume y señala “Si dirigimos una ojeada sobre el conjunto del Derecho, lo veremos dividido en dos ramas: El Derecho Público y El Derecho Privado. Tiene el uno por objeto el estado, es decir, la manifestación orgánica del pueblo, el otro contiene todas las relaciones de derecho existentes entre particulares, es la regla y expresión de estas relaciones. Tiene sin embargo, estas dos órdenes de derecho muchos rasgos de semejanza y muchos puntos de contacto. Así la constitución de la familia, la autoridad del padre y la obediencia de los hijos ofrecen una analogía grande con la Constitución del Estado, al

mismo tiempo que muchas corporaciones tiene casi las mismas condiciones de existencia que los individuos. Pero lo que distingue profundamente el Derecho Publico del Derecho Privado, es que el uno se ocupa del conjunto y considera a los individuos como un objeto secundario, mientras que el otro tiene por objeto exclusivo al individuo mismo y no se ocupa más que de su existencia y de sus diferentes estados” (SAVIGNI:1886).

A su vez Guillermo Cabanellas enumera las características de Derecho Privado y Derecho Publico de esta manera: (CABANELLAS: 1984)

Derecho Privado:

- Considera el fin particular y propio del individuo.
- Atiende a las relaciones entre particulares.
- En derecho se da en relación con la propia personalidad sustantiva e independiente de cada individuo.
- Las personas estan debidamente equiparadas.
- Se preocupa primordialmente por las aspiraciones de los individuos.

Derecho Público:

- Estima la totalidad de los individuos reunidos bajo la idea del derecho en el Estado.
- En objeto es el Estado.
- Toma en cuenta las relaciones de orgánica subordinación y dependencia.
- Existe el sometimiento de la voluntad a un mandato.
- Cuida de las necesidades que atañen a la conservación del orden social y jurídico.

Existen diversos criterios para fundarla algunos pensadores niegan la posibilidad de la discriminación radical afirman que todo derecho es por esencia, publico, por emanar del Estado y porque su cumplimiento e incumplimiento repercute forzosamente en el medio social.

Tertium Genus Ramiro Samos Oroza expresa que: el Derecho de Familia no es un derecho privado, porque en este las relaciones se dan entre personas particulares precautelando sus intereses y como lógica consecuencia, teniendo como fuente normativa a la voluntad sin mas limitaciones que la de orden público. Tampoco se puede catalogar al Derecho de Familia en el Derecho Público, porque este tiene sujeto al estado y existe una relación de su subordinación y de dependencia al interés estatal, el único a satisfacer. Mientras que en el Derecho de Familia, el interés tutelado y a ser satisfecho no es el Estado como tal sino el de la familia, para lo cual la autonomía de la voluntad se halla tremendamente limitada, pues la normatividad al respecto es de orden público, de ahí porque es necesario incluir el derecho de familia dentro del tertium genus que se lo denomina derecho social, en el cual el sujeto de la relación es la sociedad representado específicamente en este caso, por el ente comunitario familiar, cuyo interés es el tutelado y a ser satisfecho, independientemente de la voluntad particular de las personas. Entonces, el Derecho de Familia como rama de este “tertium genus”, derecho social se encuentra junto con el derecho del trabajo y el derecho de la seguridad social (SAMOS: 1995)

Es decir que, teniendo en cuenta todo lo expresado, el Derecho de Familia es singular porque tiene que apelar tanto al conocimiento del Derecho Privado “autonomía de la voluntad” y al Derecho Publico “normas establecidas” para la solución de los conflictos, en consecuencia está incluida dentro de la rama del “tertium genus” (no es ni Derecho Público ni Privado).

## **1.2 EL MATRIMONIO, CONCEPTO, CARACTERES Y REQUISITOS.**

### **1.2.1 El Matrimonio.**

Es una de las instituciones fundamentales del derecho, de la religión y de la vida en todos sus aspectos. Quizá ninguna tan antigua, pues la unión natural o sagrada de la primera pareja humana surge en todos los estudios que investigan el origen de la vida de los hombres, y establecida como principio en todas las creencias que ven la diversidad sexual complementada en el matrimonio, institución fundamental del Derecho de Familia, ya que es la base de la familia. Esta circunstancia hace que el

matrimonio sea el eje de todo el sistema jurídico familiar, pero su importancia trasciende aun más allá de este ámbito. En efecto como la familia es la célula fundamental de la sociedad y el matrimonio es el fundamento de aquella, es indudable que, de la solida estructura de este último, dependerá la cohesión y robustez del organismo social.

### **1.2.2 Concepto.**

Es opinión corriente derivar la palabra castellana matrimonio, por conducto de la latina “matrimonium”, de las voces *matri munim*, que significa carga, gravamen de la madre. Los decretales de Gregorio IX, comentando esta derivación, dicen: “ para la madre el niño es, antes del parto, oneroso; en el parto, doloroso, y después del parto, gravoso”(AVELEDO:1986).

En efecto el matrimonio no es, como puede interpretarse con sujeción a esta etimología, una carga para la mujer; por el contrario, aligera la que naturalmente le corresponde, en razón de sus funciones maternas.

La más aceptada desde el punto de vista sociológico, la palabra matrimonio deriva de la frase “*matrem muniens*”, que significa defensa, protección de la madre. Tiene el matrimonio por función, garantizar el cumplimiento de los deberes del hombre, hacia la madre de sus hijos.

La palabra matrimonio puede tomarse en el sentido de vinculo o estado conyugal y también en el sentido de acto por el cual se origina y constituye esa relación, el vinculo matrimonial.

Para definir el matrimonio como vínculo se propone formulas diferentes:

- En sentido jurídico formal, se define el matrimonio como el estado de dos personas de sexo diferente cuya unión a sido consagrada por la Ley.



- Las definiciones de carácter sociológico destaca la nota de permanencia del matrimonio. “El matrimonio es una relación mas o menos duradera entre el hombre y la mujer que se prolonga mas halla del acto de la reproducción y hasta después del nacimiento de la prole”.
- Las definiciones teleológicas giran alrededor del fin del matrimonio. La finalidad físico-espiritual e integral. Definen al matrimonio como “la unión del hombre y de la mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida”.
- Si coordinamos las definiciones anteriores, en las cual se destacan la legalidad y la permanencia como notas características del matrimonio y además, su finalidad integral. Así diríamos que el matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer para establecer entre ellos una plena y completa comunidad de vida.

Como acto puede definirse el matrimonio el acto solemne mediante el cual un hombre y una mujer constituyen entre si una unión legal para la plena y perpetua comunidad de vida.

De acuerdo a su etiología y sentido legal mencionaremos a definiciones de juristas mas destacados como ser:

- Joaquin Escriche: “la sociedad legitima del hombre y la mujer, que se unen con vinculo indisoluble, para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida, y a participar de una misma suerte” (GARECA:1987)
- Marcelo Planiol: “El acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre si una unión que la Ley sanciona y que no pueden romper por su voluntad” (GARECA:1987).

Estas definiciones muy bien fundamentadas en el espacio y en el tiempo en que fueron emitidas, no toman en cuenta la posible disolución del matrimonio mediante el divorcio.

Por otra parte, con un análisis profundo encontraremos diferencias notables de sentido. Así Escriche se refiere concretamente al estado matrimonial ya establecido y vigente, al Status matrimonial, como cuando se dice: en mi casa vive un matrimonio. En Tanto que

Planiol se refiere al acto mismo de la celebración del matrimonio, como cuando se dice: Esta tarde se efectúa un matrimonio.

Enfocando convenientemente el concepto desde los dos sentidos anteriormente citados Luis Gareca Oporto saca la siguiente definición: “ El matrimonio es la institución natural de orden público que en merito al consentimiento común, es la celebración del acto nupcial mediante ritos y normas legales. Se establece la unión entre le hombre y la mujer para conservar la especie, compartiendo del sacrificio y felicidad del hogar en la adecuada formación de la familia, fundada en principios de moralidad, perpetuidad e indisolubilidad, salvo causas señaladas por Ley, que pudieran afectar la armonía conyugal” (GARECA: 1987).

### 1.2.3 Caracteres

De acuerdo con la doctrina que se manifiesta de manera uniforme, se reconocen cuatro características: (PAZ:2002)

- **La unidad.-** Referente a la comunidad de vida de los cónyuges, repudiando la poligamia y la poliandria, es decir, un hombre con varias mujeres y una mujer con varios hombres.
- **La monogamia.-** Que solo se admite la relación jurídica matrimonial de un hombre y una mujer, basado en la fidelidad.
- **Permanencia estabilidad.-** El matrimonio se lo conceptúa como una relación interpersonal de los cónyuges y perpetua en el tiempo. Solo como excepción se admite su disolución.
- **La juricidad o legalidad.-** El matrimonio significa la unión de un hombre con una mujer, legalmente sancionada o autorizada por la ley. De ahí que, la relación intersexual de los cónyuges puede ser observada desde dos puntos de vista concurrentes:
  - A partir de la óptica del matrimonio acto, a través de la celebración del matrimonio civil que constituye el establecimiento de la relación jurídica.

- A partir de la óptica del matrimonio estado, como un efecto del anterior, genera derechos, deberes y obligaciones previstas en la ley, de las que los cónyuges no pueden eximirse.

En el derecho Romano. El matrimonio sufrió una constante evolución, de suerte que el matrimonio Justiniano es muy diferente al matrimonio Clásico Romano. Sin embargo mantuvo ciertos caracteres generales.

El matrimonio solo era posible entre ciudadanos romanos, la unión de libres con esclavos o de estos entre sí, se llamo contubernio.

Se perfeccionaba el matrimonio mediante la concurrencia de dos elementos: uno material o físico, la *coniuictio*, que consiste en la unión del hombre y de la mujer y que se ponía de manifiesto mediante la *deductio mulieris in domun mariti*, y otro, psíquico o espiritual, la *afectio maritalis*, que consistía en la voluntad de tenerse y de quererse como cónyuges. Era característica de esta voluntad que debía existir entre el hombre y la mujer, que no era un acto volitivo, único e inicial, sino que debía renovarse de momento en momento para darle vida al elemento material o físico.

Los dos elementos del matrimonio romano eran necesarios y suficientes. Necesarios, porque para que se perfeccionara el matrimonio debían concurrir ambos elementos. Suficientes porque desde que se daba los dos elementos se perfeccionaba el matrimonio, sin que fuera necesario ceremonias especiales, intervención de funcionarios especiales ni ningún otro requisito.

El matrimonio Romano era perpetuo y disoluble. Aparentemente existen contradicciones entre estos dos caracteres del matrimonio romano. Sin embargo, los romanos resolvían el problema estableciendo que la perpetuidad del matrimonio era ideal en el sentido de que, cuando se perfeccionaba el matrimonio por la concurrencia de los dos elementos constitutivos, había que pensar que los esposos tenían la intención de quererse y tenerse como tales a perpetuidad. No existía en Roma el matrimonio a término o bajo condición. La disolución del matrimonio en el derecho Romano, era consecuencia de la incoercibilidad de la *afectio maritalis*.

En el derecho Romano se distinguían dos tipos de matrimonios: el cum manus, en el cual la esposa pasaba a estar bajo la autoridad del marido o del pater familia de este, y el sine manus, en el cual la mujer permanecía bajo la potestad de su pater familia.

En el Derecho Canónico. Las dos características más importantes del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad. Unidad, porque solo es posible el matrimonio entre un hombre y una mujer. Indisolubilidad, porque no puede disolverse durante la vida de los cónyuges. Solo se disuelve por la muerte. La indisolubilidad supone la imposibilidad de destruir el vínculo matrimonial por causa diferente a la muerte de los cónyuges.

La influencia del Derecho Canónico comenzó, aunque tímidamente en el siglo IX. Se hizo más importante en el siglo XIII con la reunión del concilio de letas y, sobre todo, con la celebración del Concilio de Trento entre 1545 y 1563. Este concilio divide el derecho Canónico en dos periodos: el antiguo o pretridentino y el moderno o posttridentino. A partir del Concilio de Trento la observación de sus normas se hizo obligatoria.

El matrimonio en el derecho Canónico es un acto al mismo tiempo religioso y jurídico. Es un contrato consensual en el derecho canónico antiguo y solemne a partir de Concilio de Trento.

Los caracteres del matrimonio en el derecho civil moderno son entre otros los siguientes:

- Unidad, porque es solo posible el matrimonio entre un hombre y una mujer.
- Perpetuidad, porque cuando dos personas se casan lo hacen con el propósito de que la unión sea para toda la vida y, aunque después se divorcien, siempre hay en el matrimonio un connatural sentido de permanencia. El consentimiento matrimonial ha de ser puro, y simple. No puede darse sometiéndolo a un término o a condición.
- Laicismo, porque solo el matrimonio civil produce efectos jurídicos.
- Solemnidad, porque para que se perfeccione debe cumplirse una serie de formalidades previstas en la ley.
- Consentimiento, porque el acuerdo entre los contrayentes para tomarse como marido y mujer es uno de los supuestos del matrimonio.

- Intervención del Estado a través de funcionario público competente, que debe declarar la formación del vínculo después de que los contrayentes han manifestado sus consentimientos.

#### **1.2.4 Requisitos**

Calidad o condiciones esenciales para la validez de un hecho o acto. En nuestro caso para la validez del matrimonio ya que como institución de significación trascendental requiera para su constitución requisitos precisos por la ley impone y los contrayentes deben observar y cumplir. Estas condiciones y requisitos (GARECA: 2002) que han sido agrupados de la siguiente manera.

- 1 a) Dependencia de la aptitud de los novios
- 2 b) Dependencia de causas particulares
- 3 c) Dependencia de causas familiares

#### **Dependencia de aptitud de novios:**

Estos requisitos son condiciones naturales que caracterizan a los novios y emergen de su persona, estando contemplados y exigidos por la ley para la realización del matrimonio como garantía de una descendencia perfecta y sana. Estas condiciones son: la pubertad, normalidad mental, normalidad genética y estado de sanidad.

- La pubertad.- Es la edad en que manifiesta la aptitud de reproducirse para cumplir el fin de reproducción y perpetuación de la especie.

Así en Bolivia se fija la edad de 14 años para la mujer y 16 para el hombre, como edades para contraer el matrimonio.

El Código de Familia en su Artículo 44.- “El hombre antes de los dieciséis años cumplidos y la mujer antes de los catorce años cumplidos, no pueden contraer matrimonio.

El juez puede conocer dispensa de edad por causas graves y justificadas. (C.F.U.P.S:2011)

- Normalidad mental.- La normalidad mental es otro requisito catalogado entre las condiciones naturales de capacidad de los contrayentes para la realización del matrimonio. Solo una persona como la indicada es capaz de manifestar de manera libre, precisa y clara su consentimiento.

La persona privada de razón, sea por enajenación mental o alguna deficiencia es incapaz de manifestar su consentimiento, condición esencial para el matrimonio.

De acuerdo a nuestra legislación es preciso que la interdicción sea declarada en sentencia, para prohibir el matrimonio. Artículo 45 (Salud mental). No puede contraer matrimonio el declarado interdicto por causas de enfermedad mental.

Si la demanda de interdicción está pendiente se suspende la celebración del matrimonio hasta que se pronuncie la sentencia y pase esta en autoridad de cosa juzgada.(C.F.U.P.S: 2011)

- Normalidad Genética.- No basta que los contrayentes estén en edad de la pubertad que es el signo de la capacidad de reproducción, sino que es esencial que estén en normalidad genética; es decir, que no sean impotentes para la procreación ya que no es extraño que una persona sea impotente debido a motivos de accidentes o por naturaleza. En tales casos no cumple con el fin esencial del matrimonio, violando las leyes naturales de reproducción. Excepción de impotencia, provenientes de la vejez de los contrayentes.
- Estado de Sanidad.- Como otro requisito de este grupo tenemos el estado de sanidad que deben observar los contrayentes demostrando mediante el certificado médico pre-nupcial, que evidencia el estado de sanidad de los novios, que hace presumir una descendencia sana y una sociedad vigorosa.

### **Dependencia de causas particulares:**

Son las siguientes; Libertad de estado, no ser parientes, no presentar confusión de paternidad, inexistencia de crimen conyugal y terminación de la tutela.

- **La libertad de estado.-** Este requisito se refiere al estado de los contrayentes quienes deben ostentar la facultad de contraer matrimonio en forma libre; deben ser en cuanto a su estado, soltero, viudo o divorciado, libres para el matrimonio sin estar ligados por otro matrimonio anterior. Artículo 46.- (Libertad de estado). No puede contraer nuevo matrimonio antes de la disolución del anterior. (C.F.U.P.S:2011)
- **No ser parientes.-** La prohibición del matrimonio entre parientes cercanos se basa en razones de orden moral, decencia y motivos fisioeugenesicos.

En forma general las legislaciones prohíben el matrimonio entre parientes, sin embargo, no todas ellas imponen sanciones a las relaciones amorosas o incestuosas. Entre esa nuestra legislación.

Consiguiente mente como otro requisito de este grupo para la viabilizarían del matrimonio, es el no ser parientes entre los contrayentes.

Consideramos inadecuada la utilización de las palabras “parentesco” o “consanguinidad”, como requisitos para la realización del matrimonio. Estas expresiones dan a entender que para casarse deben ser parientes.

El requisito para permitir el matrimonio es no ser parientes; en cambio el parentesco o consanguinidad es causa de impedimento o prohibición de matrimonio y nunca requisito.

En ese error incurre el Código de Familia al incluir entre los requisitos para contraer matrimonio, la consanguinidad. Las palabras requisito y prohibición son excluyentes; o es negro o es blanco. Tampoco es adecuada la expresión “plazo para nuevo matrimonio de la mujer”.

Para la realización del matrimonio no debe ser parientes en línea directa, ya que está prohibido el matrimonio entre ascendientes y descendientes en todos sus grados y en línea colateral solo entre hermanos.

Tampoco deben ser parientes afines en línea directa y grados similares a los parientes consanguíneos. Se sobre entiende que entre colaterales afines está permitido el matrimonio, como entre cuñados.

Sin embargo en el parentesco de afinidad y adoptivo, la prohibición ni es absoluta ya que se permiten dispensas judiciales en casos atendibles.

- No presentar confusión de paternidad.- Este requisito es referido solo a la mujer, quien para contraer matrimonio no debe de estar en estado de gravidez para otro hombre. Por consiguiente no presentar posibilidad de confusión de paternidad. Cuando la novia presenta situación dudosa de gravidez, como consecuencia de un anterior matrimonio, disuelto por divorcio o viudez; la ley exige para el cumplimiento de un plazo para el nuevo matrimonio; de manera que no se presente confusión de paternidad al infringir el plazo legal. Este plazo es generalmente de 300 días, computables desde el día de la separación de cuerpos en caso de divorcio, o del día del fallecimiento del esposo anterior en caso de viudez; evitando de esta manera posibles dudas sobre la paternidad del niño nacido dentro del nuevo matrimonio de la mujer.

Como en casos anteriores manifestamos nuestra disconformidad con el denominativo incorrecto de este requisito, como; “confusión de parto” o “plazo de viudez”. Ningún requisito puede exigir una confusión de parto, menos puede existir tal confusión. Por otra parte el fundamento de este requisito no es cumplir un plazo, si no presentar la posibilidad de confusión de paternidad.

El requisito para la realización del matrimonio es que la viuda o divorciada no haga presumir posibilidad de embarazo del matrimonio anterior, a tiempo de contraer el nuevo matrimonio, para evitar confusión de paternidad. En caso de duda sobre tal embarazo, si la ley concede el plazo indicado.

Sobre este particular el Código de Familia usa la incorrecta denominación de “plazo para nuevo matrimonio de la mujer”. Ya hemos indicado que el requisito es, no presentar confusión de paternidad y para asegurar este aspecto se fija el plazo en la forma ya iniciada.



También la ley dispone que no se aplique es plazo a la mujer que da a luz antes de su vencimiento. Asimismo permite la dispensa de plazo por el Juez, si existe evidencia de que la mujer no está embarazada para el esposo anterior.

- Inexistencia de crimen conyugal.- Este requisito hace referencia a que los contrayentes deben estar libres de posible crimen de su cónyuge. Su fundamento es de orden moral, ya que permitir un matrimonio cuando por en medio hubo crimen del cónyuge, precisamente con el fin de realizar el presente matrimonio, significaría encubrir y dar por bien hecho la comisión del delito.

Por igual motivo de orden moral y cuando el adulterio constituía delito, antes de la ley de divorcio absoluto, se prohibía el matrimonio entre el cónyuge adúltero y su cómplice. Con la ley de divorcio absoluto quedo derogada esa prohibición y el adulterio pasó a constituir causal de divorcio.

Aunque el Código de Familia incluye la “inexistencia de crimen” entre los requisitos para contraer matrimonio; en la descripción confunde este requisito con la prohibición. Por otra parte, el epígrafe es confuso por cuanto no se especifica el tipo de crimen, que bien podía ser en persona particular, caso en el que no afectaría a la realización del matrimonio.

Sin embargo, esta disposición que hace referencia al “homicidio consumado contra el cónyuge de la otra”. Señala que debe existir sentencia condenatoria del crimen, suspendiéndose la celebración del matrimonio durante la tramitación de la causa.

Se sobre entiende que se debe dar curso al matrimonio, si no se prueba el crimen, o que el delito se cometió por móviles distintos o ajenos al matrimonio que se desea realizar.

- Terminación de la tutela.- nuestro código incluye como otro requisito de este grupo la “terminación de la tutela” que significa que la función de la tutela debe estar concluida y las cuentas liquidadas legalmente, a fin de evitar engaños al menor sujeto de tutela.

El tutor, parientes en línea directa y colateral hasta el cuarto grado están prohibidos de contraer matrimonio con la persona sujeta a tutela, durante su vigencia. (Art. 51 C.F.)

### **Dependencia de causas familiares**

Dada la significación trascendental del matrimonio en la vida de las personas, requiere para su formación de requisitos especiales que respalden y garanticen en la mejor forma posible esta noble y bella institución. El acuerdo de los familiares de los contrayentes en la celebración del matrimonio.

No obstante la permisión de la ley para que el hombre de 16 y la mujer de 14 años, puedan contraer matrimonio, aun siendo menores de edad, la misma ley exige entre los diferentes requisitos para la realización del matrimonio, el consentimiento de los familiares; que se justifica dada la minoridad de edad y consiguiente incapacidad para realizar actos de la vida civil y peor apreciar la trascendental significación del matrimonio que se propone efectuar.

- Consentimiento de los padres.- Son los padres de los cónyuges los primeros llamados a dar su consentimiento, que al mismo tiempo se traduce en relaciones cordiales de vigilancia, control y ayuda al matrimonio joven, que como tal requiere de ese amparo y cooperación.

El Código civil abrogado establece preferencias en este aspecto, ya que el padre era quien concedía la autorización y a la falta de él recién la madre, cuando el hijo era menor de 25 años y la hija menor de 23 años. A falta de los padres autorizaban los abuelos paternos y en su defecto los abuelos maternos; reduciéndose la edad requerida a 23 para el hombre y 21 para la mujer. No existiendo ni abuelos, eran los tutores y finalmente el Juez los que daban la autorización, si el hombre no tenía 22 y la mujer 20 años.

El Código de Familia “asentimiento para el menor “se refiere al consentimiento de los padres para el matrimonio de sus hijos menores. Suprimiendo en buena hora diferencias de preferencia en ese orden; concediendo a uno de los padres la facultad de autorizar el matrimonio en caso de inexistencia o impedimento del otro y a falta

de los dos padres autorizar el tutor. En caso de negación de los padres puede autorizar el Juez (Art. 53 C.F. Dispensa matrimonial que le otorga el Juez de Familia, a petición del menor y cuando existen móviles graves).

Los menores huérfanos, abandonados u otras situaciones irregulares serán autorizadas por el representante de su tenencia, así sean organismos del menor o particulares (Art.54 C.F.)

El consentimiento de los padres no significa representación, sino autorización para el matrimonio, donde el menor actúa por sí mismo en el acto por el proyectado y consumado, que claro esta interesa a los padres y demás familiares.

- Certificado de reciente obtención

Para evitar posibles engaños referentes al estado civil de los contrayentes, se debe imponer que realizado un matrimonio o disuelto el mismo por muerte o divorcio, se haga anotar en la partida respectiva de nacimiento, ese nuevo estado de casado, viudo o divorciado.

De esta manera los contrayentes presentaran como otro requisito para su enlace, el certificado de nacimiento de reciente obtención, con la observación indicativa de su estado civil actual, de soltero, viuda, divorciado o casado, que además de demostrar su edad, demostraría su estado de libertad para el matrimonio.

En caso de que este certificado indicare como estado civil, casado, no sería procedente el pretendido matrimonio, por tratarse de un pretendiente casado cuyo matrimonio anterior no se halla disuelto.

Esta formalidad sería la más efectiva para demostrar el estado civil de los contrayentes, por lo que consideramos necesario su inclusión en nuestra legislación.

## **1.3 MATRIMONIO DE HECHO, CONCEPTO Y DIFERENCIA CON EL CONCUBINATO**

### **1.3.1 Matrimonio de hecho**

La unión conyugal libre o de hecho es también conocida en nuestra legislación como “concubinato” , “tantanacu”, “serviñacu”, “unión marital o natural”, “amancebamiento” y todas las formas prematrimoniales indígenas y las uniones estables de hecho de los aborígenes, originarios y campesinos que no afecten el orden público y buenas costumbres, conforme manda el Artículo 160 del Código de Familia (1988).

Las uniones conyugales libres o de hecho es un fenómeno social ante el cual el derecho ha ido paulatinamente respondiendo para evitar que, ante la falta de vínculo legítimo matrimonial, se produzcan situaciones injustas para los convivientes y especialmente los hijos.

Lo que debe quedar claro que la unión libre o de hecho inicialmente es un matrimonio no reconocido judicialmente; sin embargo para que surta efectos jurídicos necesariamente debe existir reconocimiento judicial por autoridad competente.

La unión libre o de hecho tiene reconocimiento constitucional, por imperio de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia en su Artículo 63, Inciso II Las uniones libres o de hecho que reúnan condiciones de estabilidad o seguridad, y sean mantenidas entre una mujer y un hombre sin impedimento legal, producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes como en lo que respecta a las hijas e hijos adoptados o nacidos de aquellas.

### **1.3.2 Concepto.**

Se llama Matrimonio de Hecho a la Institución Natural de orden público que en apoyo a la convivencia concubinaria o unión libre entre el hombre y la mujer, y la comprobación en juicio de las condiciones legales de los concubinos, se legaliza el

enlace en la Oficialía de Registro Civil, en merito a Sentencia Judicial, quedando inscrito como cualquier otro matrimonio. (GARECA: 2002).

El profesor Moreno señala que “el concubinato como institución social y jurídico se da cuando un hombre y una mujer con aptitudes nupciales viven en forma pública, singular, estable, y se comportan entre si y frente a los terceros como si fueran esposos” (MORENO: 2009).

### **1.3.3 Diferencia con el concubinato.**

No es de extrañarse que en la opinión pública, se confunda la unión libre o concubinato con el matrimonio de hecho, incurriendo en grave error. Pues existen diferencias claras y fundamentales por tratarse de aspectos diferentes, aunque el matrimonio de hecho sea consecuencia necesaria del concubinato y la unión libre.

El concubinato es la unión, convivencia libre y de hecho entre el hombre y la mujer con fines de perpetuidad de la especie, manteniendo todas las características del matrimonio de hecho.

En tanto el matrimonio de hecho es la legalización del concubinato o unión libre mediante juicio contradictorio ordinario y la inscripción del matrimonio de hecho en Oficialía de Registro Civil, en observancia de la sentencia judicial ejecutoriada, dictada por autoridad competente.

El enlace efectuado de los concubinos en forma libre y voluntaria, legal y corriente, tampoco se puede confundir con el matrimonio de hecho.

### **1.3.4 Su tratamiento en el Código de Familia**

Se entiende por unión libre o unión de hecho, a la convivencia voluntaria, del hombre y la mujer constituyendo hogar y vida en común en forma estable y singular. Con los requisitos exigidos por la ley, (Artículo 158 del C.F.)

El concubinato es una costumbre arraigada en nuestra nacionalidad y no se puede impedir ni poner atajo, especialmente en las clases populares y campesinas. Y como la costumbre crea el derecho, en buena hora haya sido legislado el concubinato con similares efectos que el matrimonio y por naturaleza de carácter monogámico en forma también singular al matrimonio, salvando siempre los derechos de los hijos resultantes del concubinato, puesto que no hay diferencias entre los hijos, quienes tienen iguales deberes y derechos respecto a sus padres.

La unión libre o de hecho, estable y singular produce efectos similares al matrimonio en las relaciones personales y patrimoniales. En estas son aplicables las normas de los efectos del matrimonio, en tanto sea compatible con su naturaleza, sin perjuicio de las reglas particulares inherentes (Artículo 159 C.F.).

Es suficientemente claro el contenido del citado artículo que exige en las uniones libres, estabilidad y singularidad, para ser considerados como efectos similares al matrimonio, en las relaciones personales y patrimoniales.

La estabilidad es la continuidad ininterrumpida del concubinato por el lapso de dos años o el nacimiento de un hijo. Y la singularidad significa que los concubinos deben ser libres, no ligados por otra unión de hecho o matrimonio.

## **1.4 LA FILIACION, CONCEPTO, CARACTERES Y CLASES**

### **1.4.1 La filiación**

Varios estudiosos del derecho señalan que la procreación entre dos personas crea vínculos jurídicos profundos, que hacen nacer derechos y obligaciones entre padres e hijos que duran toda la vida, e incluso se prolonga más allá de la muerte.

Es conveniente distinguir entre filiación biológica y filiación jurídica. Filiación Biológica es la relación natural que se establece entre generantes y generados. La filiación jurídica es el vínculo jurídico existente entre padre e hijos derivados de la relación biológica que supone la generación.

En un concepto legal o lato se entiende por filiación a la relación familiar de descendencia de los hijos respecto a sus ascendientes en línea directa, involucrando a los hijos, nietos, bisnietos.etc. (GARECA: 2002).

Desde el punto de vista jurídico el término filiación tiene un significado más restringido y se refiere solamente a la procedencia del hijo respecto de cualquiera de sus progenitores.

En el Código de Familia en su Artículo 174 (Derechos Fundamentales de los hijos) los hijos tienen los derechos fundamentales siguientes.

1. A establecer su filiación paterna y materna y de llevar el apellido de sus progenitores.

La filiación también esta protegida por la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia en su Artículo 59, Inciso IV Toda niña, niño y adolescente tiene derecho a la identidad y la filiación respecto a sus progenitores. Cuando no se conozcan los progenitores, utilizaran el apellido convencional elegido por la persona responsable de su cuidado.

Nuestra Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia ha establecido una nueva presunción legal con relación a la filiación que reconoce un derecho a los hijos extramatrimoniales en merito al derecho de identidad. En su Artículo 65 “En virtud del interés superior de las niñas, niños y adolescentes y de su derecho a la identidad, la presunción de filiación se hará valer por 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 hay indicado la filiación” (C.P.E.:2008).

#### **1.4.2 Concepto.**

Recurriendo al origen etimológico de la palabra filiación, esta procede del latín “Filius”, la que a su vez trae su origen de “Filum”, que significa hijo, que da a

entender la relación que existe entre padres e hijos. Por tanto la filiación es la calidad que uno tiene de hijo con respecto a otra persona que es su padre o su madre, calidad que crea relaciones de derecho.

La filiación es “la relación que existe entre los hijos y sus padres dentro del campo biológico y espiritual, generando derechos y obligaciones” (JIMENEZ: 2002).

### **1.4.3 Caracteres**

La filiación tiene caracteres propias de su naturaleza, es así que a continuación, se establecerá una de las principales características:

- La filiación es un fenómeno jurídico que tiene como principal base el nexo biológico, es decir, el lazo consanguíneo existente entre los presuntos padres y los supuestos hijos, pero puede darse el caso de aquella filiación en la que no se dé, el nexo biológico, nos referimos específicamente a la filiación por adopción, que llegaría a ser una excepción de la legislación, sin embargo, ya sea que los hijos tengan un vínculo consanguíneo entre los presuntos padres o la filiación se haya dado por medio de la adopción, es importante establecer que ambos hijos tienen los mismos derechos y obligaciones emergentes de la calidad de hijos que tiene cada uno de ellos, dentro de la familia y sociedad.
- Es uno de los “fenómenos jurídicos mas importantes” ya que, es con relación a la filiación que se puede establecer la nacionalidad de los hijos en muchos casos, derechos que tienen los hijos inherentes a la calidad de hijos, sin importar el origen y muchos otros derechos que les son propios.

### **1.4.4 Clases de la filiacion**

El Código de Familia establece el principio de igualdad de los hijos “todos los hijos sin distinción de origen tienen los mismos derechos y deberes respecto a sus padres” (Artículo 173: C.F.) Y nuestra Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia en su Artículo 59 Toda niña, niño y adolescente tiene derecho a su desarrollo



integral, Inciso III. “Todas las niñas, niños y adolescentes, sin distinción de su origen, tiene iguales derechos y deberes respecto a sus progenitores. La discriminación de los hijos por parte de los progenitores será sancionado por ley”.

Según esta norma la filiación puede ser matrimonial y extramatrimonial.

- La filiación matrimonial es un vínculo jurídico simultaneo, que une el hijo con su padre y con su madre cuando estos están casado para la época de la concepción del hijo o para la fecha de nacimiento.

La filiación matrimonial es un vínculo simultaneo entre el hijo, su padre y su madre porque estos últimos, los padres, están a su vez unidos entre ellos por el matrimonio.

Los elementos para la filiación matrimonial son: el matrimonio de los padres, la maternidad, la paternidad y la concepción dentro del matrimonio. Del concurso de ellos resulta la filiación matrimonial.

- La filiación extramatrimonial es el vínculo jurídico que existe entre el hijo y su padre o entre el hijo y su madre cuando los progenitores no estaban casados ni para el periodo de la concepción del hijo ni para la fecha de su nacimiento.

En esta especie de filiación los progenitores no están vinculados por el matrimonio, el parentesco del hijo extramatrimonial con su padre es absolutamente independiente del parentesco que existe entre aquel y su madre. Eso explica que la prueba de la maternidad y de la paternidad extramatrimonial sea autónoma entre sí.

#### **1.4.5 La Filiación y el Matrimonio.**

La filiación está fundada y cimentada en el matrimonio y con base en la unión conyugal que procede sus amplios afectos. Entre estos tenemos:

La filiación legítima, se entiende por legítimo a los hijos concebidos durante el matrimonio, el hecho generador de la diferencia entre legítimo e ilegítimo es el matrimonio de los padres.

Respecto a los dos progenitores unidos en matrimonio, puede darse el caso en el que el hijo haya sido concebido durante el matrimonio de los conyugues y al poco tiempo ese matrimonio sea nulo o termine en un divorcio o separación. En caso de la filiación matrimonial, determina la filiación materna y también de paterna, porque ambas van siempre unidas, la ley establece que los hijos habidos por la mujer durante el matrimonio, tienen por padre al marido, ( Art. 178 C.F. ) salvo algunas excepciones establecidas por ley, aquí surge una presunción muy importante que dice “ pater es est quem nuptiae demonstrant “ o el padre es aquel a quien el matrimonio muestra que es el marido, esta presunción está fundada sobre la obligación de cohabitación entre esposos y el deber de fidelidad de la mujer casada, si el marido destruye la presunción, destruye la filiación matrimonial, desaparece la paternidad y la maternidad si bien subsiste, no es matrimonial, sino extramatrimonial.

La filiación matrimonial se establece en razón de la procreación tomando en cuenta el nexo biológico del nuevo ser con relación a los padres unidos en matrimonio.

La filiación, como instituto de Derecho de Familia, descansa en el presupuesto biológico de la procreación por ello, la paternidad constituye en un hecho misterioso de la naturaleza que ni las percepciones más sutiles de los sentidos, ni las investigaciones más profundas de la razón pueden develar.

Ante esta imposibilidad fue creado el matrimonio, que si bien no puede brindar una prueba material, crea una presunción legal.

#### **1.4.5.1 Concepto del hijo durante el matrimonio.**

El código de familia en su Art. 179, establece una presunción de gran relevancia, en el cual se presume concebido al hijo que nace dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio hasta los trescientos días siguientes a la disolución del mismo.

La mayoría de las legislaciones concuerdan con el tiempo de presunción, es decir, o sea con los ciento ochenta días después de la celebración y los trescientos días a su disolución esta presunción se le establece de acuerdo al tiempo de gestación, que es de ciento ochenta días aproximadamente es fácil determinar el parto, pero resulta un poco dificultoso

establecer la concepción , sin embargo, la duración del embarazo es variable, pero no puede superar los tiempos máximos y mínimos establecidos por la naturaleza humana . Si se toma en cuenta que el hijo nace antes de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, aquí la ley y la doctrina suponen que el marido antes de casarse , implícitamente está admitiendo que él es el padre del niño en gestación .

En el caso previsto de los ciento ochenta días siguientes a la disolución del matrimonio, esta presunción se realiza tomando en cuenta que la concepción se produjo durante el matrimonio, pero que el nacimiento aconteció durante los trescientos días siguientes a la disolución del mismo.

Es necesario analizar esta presunción con especial detenimiento ya que para hacer tal presunción, la doctrina y en especial el Código de Familia, tomando en cuenta que la pareja se encuentra separada o divorciada, ya que uno de ellos estuviera muerto. Esta presunción no causaría efecto ya que es necesaria que exista una relación sexual aunque en caso de darse la separación se impide la cohabitación.

Algunos embarazos pueden variar entre ciento ochenta y seis días y doscientos setenta y cinco días, excepcionalmente algunos embarazos han durado más de trescientos ochenta días hasta trescientos cuatro y trescientos cinco días.

¿En qué momento se realiza el computo del tiempo? la doctrina al respecto dice que en relación a los trescientos días, el computo comienza al día siguiente de la disolución del matrimonio, en caso de los ciento ochenta días, se debe tomar como punto de partida el mismo día de la celebración del matrimonio.

¿Que sucede si el niño nace antes de los ciento ochenta días después de la celebración del matrimonio? La ley presume que este niño ha sido concebido que la mujer estaba embarazada, ya que el matrimonio está reconociendo implícitamente la paternidad del hijo, la concepción de la criatura es legítima porque dicha concepción es anterior a la celebración del matrimonio, sin embargo, se lo considera como legitimo por un reconocimiento tácito de la voluntad de los padres al contraer matrimonio.

¿Cómo se considera al niño que nace después de los trescientos días de la disolución del matrimonio? Al respecto se puede presumir que ese niño no sea hijo del marido, ya que nació después de la disolución del matrimonio: sin embargo podría darse la paternidad del marido mientras ningún interesado lo impugne.

#### **1.4.6 La filiación y los hijos habidos de relaciones no matrimoniales**

La filiación y el presente monografía tiene la siguiente relación, lo que se pretende es determinar la paternidad correcta e inequívoca de los hijos habidos en el matrimonio y la filiación se refiere a la procedencia del hijo respecto a los padres. Puesto que la paternidad a de determinar la inequívoca filiación del hijo.

Nuestro derecho, al igual que el derecho francés, no reconocía más que la filiación legítima, cualquier otra forma de reconocimiento legal de los vínculos entre un hombre y una mujer suponía una claudicación de los principios establecidos. Desde la constitución de 1938, el derecho privado boliviano, no admite desigualdad alguna entre los hijos y todos ellos, sin distinción de origen tienen iguales derechos y deberes respecto a sus padres.

En la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia en su Artículo 59 Inciso III dice” Todas las niñas, niños y adolescentes, sin distinción de su origen, tienen igual derechos y deberes respecto a sus progenitores. La discriminación entre hijos por parte de los progenitores será sancionado por ley”. Por tanto no existe ninguna catalogación en cuanto a la procedencia de los hijos puesto que todos son iguales ante la ley.

Esta clase de filiación también es llamada, filiación natural. En relación a la aceptación de esta clase de filiación, existe dos concepciones: las que la perciben como filiación de derecho y la otra como filiación de hecho, la primera llamada filiación natural ordinaria, es la que deriva de las relaciones de padres solteros que no tiene ningún impedimento para contraer matrimonio, la filiación de hecho, es la que afecta a los hijos adulterinos e incestuosos, acepción que actualmente en nuestro ordenamiento jurídico no se usa, ya que los hijos independientemente del origen que tengan poseen los mismos derecho, sin embargo, están aquellos nacidos de por lo menos uno de los padres casados con un tercero o de padres que son a su vez padre e hijo o hermanos entre sí.

La filiación natural de derecho, sostiene la tesis de que la filiación resulta obligatoriamente del vínculo de sangre, el hijo que logre probar su vínculo sanguíneo con sus progenitores le impone automáticamente la filiación a sus padres. La segunda tesis establece que no basta con probar el vínculo sanguíneo, sino que para que se establezca la filiación se requiere la voluntad de los padres.

La filiación natural solo se prueba por el reconocimiento voluntario, de la madre o del padre y a falta de este reconocimiento, por declaración judicial en virtud de una acción de investigación de paternidad o maternidad.

El establecimiento de la filiación extramatrimonial, para Planiol, Ripert Rovast, es una pura cuestión de prueba, porque como hecho que es, requiere pruebas para que se la considere jurídicamente.

Para los hermanos Mazeaud, consideran el reconocimiento como una cuestión de prueba, porque es una confesión, que acredita un vínculo de filiación existente desde el día de la concepción.

Para nuestro estudio, el reconocimiento de los hijos habidos de relaciones no matrimoniales, es un acto solemne, lo que significa que su validez depende de algunas formalidades, como es aquella en la cual el reconocimiento debe ser hecho ante un oficial de Registro Civil.

#### **1.4.7 Determinación de la filiación.**

Como ya habíamos dicho anteriormente la esencia de la filiación es el vínculo biológico, ya que es a través de este vínculo que podemos identificarnos. El supuesto biológico constituye el hecho más importante ya que significa que el hijo haya sido concebido por quienes considera sus padres.

Determinar significa que el sentido amplio de la palabra, el acto por el cual se establece la filiación entre un presunto hijo y un supuesto padre, la determinación de la filiación puede ser:

#### **1.4.7.1 Legal.**

Cuando la propia ley lo instituye, en base a ciertos supuestos de hecho, ya que el Código de Familia establece que se presume concebido durante el matrimonio al hijo que nace después de los ciento ochenta días siguientes a la celebración o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución .

El reconocimiento es un acto solemne lo que significa que su validez depende de algunas formalidades, como es aquella en la cual el reconocimiento puede ser hecho ante un oficial de Registro Civil.

#### **1.4.7.2 Voluntaria.**

Es voluntario cuando la determinación proviene de la eficacia que se le atribuye al reconocimiento expreso o tácito.

Como lo señalamos anteriormente, el reconocimiento voluntario tiene los siguientes caracteres: declarativo, unilateral – personal, voluntario, libre, irrevocable, solemne y erga omnes.

- Quien reconoce voluntariamente como hijo suyo a una persona se podría decir que tiene la certeza o por lo menos una gran presunción de que realmente es el padre.
  
- **Unilateral – personal** porque nadie sino el propio padre o madre puede hacerlo y es el unilateral porque para su validez no se requiere el consentimiento del hijo ni de la madre.
  
- **Irrevocable** puesto que se funda en la razón moral, y esto es importante porque no se puede jugar con la filiación de ninguna persona, es decir, no se puede decir que una vez reconocida la persona, el padre decida revocarla porque simplemente cambio de opinión.
  
- **Erga Omnes** puesto que pone de manifiesto, por un medio legítimo, un estado civil que tiene validez y vigencia para todos , sin embargo , esto puede ser impugnado y

destruido judicialmente , pero en tanto ello no ocurra el reconocimiento produce plenos efectos .

#### **1.4.7.3 Judicial.**

El hijo hija, tiene el derecho de que su padre lo reconozca pero si no lo hace se puede exigir judicialmente el reconocimiento de paternidad, la determinación de la filiación en este caso, como su nombre lo indica, resulta de la sentencia que declara la paternidad, reconocida ese momento.

#### **1.4.7.4 Conflictos de paternidad.**

El conflicto de la paternidad, se da a raíz de dos maridos sucesivos de la madre, por efecto de contraer segundas nupcias sin respetar el plazo que es de trescientos días. este término se computa ya sea a partir de la muerte del marido , del derecho de separación o de la ejecutoria de la nulidad, este plazo se lo establece con el fin de evitar conflictos de paternidad .

Dicho conflicto se da, si el hijo nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio y posterior a los ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio en este caso, a pesar de existir ciertas presunciones establecidas por la ley, son presunciones iuris tantum, es decir que admiten prueba en contra que ayuden a establecer la paternidad del niño.

### **1.5 LA PATERNIDAD, CONCEPTO Y CARACTERES**

#### **1.5.5 La paternidad.**

La paternidad es un hecho totalmente innato a la naturaleza del ser humano, paternidad significa ser padre mediando una relación de consanguinidad en la mayoría de los casos o, por el contrario, debido a la generosidad de la adopción.

La paternidad significa el hecho de ser engendrado biológicamente por el presunto padre, en ciertos casos este hecho biológico no queda claro, y es mediante un proceso legal que este conflicto se resuelve.

Cuando los padres están casados, la paternidad normalmente, se establece automáticamente, si los padres no están casados, el establecimiento de la paternidad no se establece automáticamente y ambos padres deben de empezar el proceso tan pronto como se pueda por el bien del menor.

Si no se establece la paternidad, el supuesto progenitor no tiene los derechos ni las responsabilidades legales propias de los padres,

#### **1.5.6 Concepto.**

La paternidad es el hecho de ser engendrado biológicamente por el presunto padre; es la relación de descendencia y ascendencia que se da entre dos personas que pueden o no estar vinculadas por un nexo biológico, es el vínculo jurídico que une al hijo con su padre deriva de la concepción, que al igual que el padre es un hecho biológico pero que a diferencia de él no es notable ni susceptible de prueba directa, sino oculto y sustraído a la posibilidad de comprobación directa.

Como mencionamos anteriormente, es necesario no confundir la paternidad con la filiación que son dos expresiones opuestas o autónomas, aunque referidas a la misma relación familiar. La paternidad significa relación de ascendencia, condición de padre o madre respecto al hijo; en tanto que la filiación es la relación descendencia o calidad de hijo respecto a los padres. Paternidad o maternidad, desde el punto de vista de los padres y filiación desde el punto de vista del hijo.

#### **1.5.7 Caracteres.**

##### ***Presunción***

En relación a la presunción de paternidad, el Código de Familia establece una serie de presunciones que deben ser tomadas en cuenta, ya que la importancia y los



efectos que estos traerían no solo son para el presunto padre sino también para el presunto hijo.

Una de las principales presunciones de paternidad, es la que establece el Código de Familia en su Artículo 178, (Paternidad del marido). “El hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido de la madre”.

Esta presunción, toma como principal elemento el matrimonio de los padres ya que esta unión tiene como fin la conservación de la especie.

La presunción legal de atribuir la paternidad del hijo al marido de la madre, se funda en los deberes recíprocos esenciales de los esposos, como la cohabitación y la fidelidad. Sin embargo al infringirse estos deberes, el padre puede negar la paternidad. La cohabitación puede ser objetada demostrando que durante los lapsos de la concepción estuvo impedido de mantener relaciones sexuales con su esposa, por ausencia o impedimento físico determinado. La fidelidad puede ser desvirtuada con la demostración de la infidelidad que induce al adulterio.

- ***Negación de paternidad.***

Se puede negar la paternidad mediante el juicio de negación de paternidad. La negación de paternidad es el acto por el cual se deja establecido la falsedad de la presunción legal de la condición de padre, la calidad del padre con relación a determinado hijo queda desmentida la presunción legal de que el hijo nacido dentro del matrimonio tiene por padre al marido de la madre (Artículo. 178), muchas veces no siempre es evidente ya que existen excepciones y puede ocurrir perfectamente que un hijo nacido dentro del matrimonio, no tenga al padre por marido de la madre, sino aun otro hombre con quien ella mantuvo relaciones previas al matrimonio o durante la vigencia del matrimonio.

De esta manera se podrá destruir la presunción legal, por cuanto el hijo nacido durante el matrimonio resultaría siendo fruto de un matrimonio anterior disuelto por divorcio o separación de cuerpos o de relaciones extramatrimoniales o también adulterinas mantenidas por la esposa.

Ante estos hechos nada extraños en la realidad social, el esposo ofendido con la falsa paternidad, tiene todo el derecho de negar la paternidad al extraño supuesto hijo.

La negación de paternidad es un beneficio de interés del esposo quien quedas liberado de la presunción legal errónea y de la consiguiente falsa paternidad.

La negación de la paternidad debe ser declarada judicialmente para tener el valor legal, en base a pruebas evidentes. Esta acción solo al marido por tratarse de una acción personal y es él quien puede incoar la acción; negar o admitir su condición de padre.

Los herederos pueden continuar la acción iniciada el titular; sin embargo el juicio iniciado por los herederos no es propiamente negación de paternidad sino un juicio que persigue fines económicos, alejando de la sucesión del marido al supuesto hijo, demostrando la falsedad de su filiación respecto al decuyos.

El Código de Familia bajo el epígrafe de “desconocimiento de paternidad” dice: el marido puede desconocer al hijo concebido durante el matrimonio demostrando por todos los medios de prueba que no puede ser el padre del mismo (Artículo 187 C.F.), El plazo para iniciar la acción de negación de paternidad es de 3 meses desde el día del nacimiento del niño, si el marido estuvo en el lugar, si estuvo ausente, desde el retorno al hogar conyugal o desde que descubrió el nacimiento si este le fue ocultado y en caso de interdicción del esposo, desde su rehabilitación.

Si el esposo muere antes del vencimiento del plazo sin haber incoado la acción, pueden sus herederos iniciarla en el término de 3 meses del fallecimiento, o del nacimiento si el hijo es póstumo (Artículo 188 C.F.).

La demande de negación de paternidad se propone ante el juez de partido de familia del domicilio del demandado, dirigiendo la acción contra el hijo cuya paternidad se niega y contra la madre de este, pudiendo nombrarse a aquella curadora ad litem del hijo en caso necesario (Artículo 189 C.F.).

La negación de paternidad es una acción propia de la unión matrimonial que puede ser ejercitada por el marido que trata de destruir la presunción legal de paternidad.

De manera que dentro de la unión concubinaria, no existe la negación de paternidad sino el juicio de nulidad de reconocimiento, toda vez que el reconocimiento del hijo es el que establece la paternidad y la filiación de estas uniones.

## **1.6 SITUACION DE LOS HIJOS DE HECHO Y DE DERECHO**

El Artículo 173 del Código de Familia dispone que todos los hijos, sin distinción de origen (de hecho y de derecho), tienen los mismos derechos y deberes respecto a sus padres.

El Artículo 176 del mismo Código determina la supresión de la antigua clasificación de la filiación 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 y añaden que los hijos serán nombrados sin ninguna calificación y al hacerse referencia a los padres en los casos que sea menester, se consignaran simplemente sus nombres y apellidos sin agregar otra mención.

Comprobada la filiación y el hijo concebido y nacido fuera del matrimonio (el hijo de hecho), tiene la misma condición que el hijo nacido o concebido durante el matrimonio (el hijo de derecho) con relación al padre y a la madre y a los parientes consanguíneos de estos.

Se borran dos discriminaciones que existían en la legislación anterior: una meramente verbal calificar a unos hijos legítimos y a otros de fondo, reconocer a unos hijos, los llamados naturales, menos derechos que a otros, los llamados legítimos.

### **1.6.5 Naturaleza jurídica**

Debido a que en el derecho canónico y el derecho romano solo reconocían legalmente el connubio o justa nuptia y el matrimonio religioso, lo cual hizo que se instituyera una distinción entre hijos legítimos, naturales e ilegítimos, que se prolongo en las demás legislaciones civiles hasta el presente siglo. En nuestro viejo Código Civil por ejemplo, los hijos ilegítimos eran tomados como adulterinos,

incestuosos y sacrílegos y los hijos naturales no tenían los mismos derechos de los legítimos.

En la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia vigente actualmente, dedica la sección V a los derechos de la niña, niño y adolescente asiendo referencia clara y precisa de sus derecho como ser a vivir y crecer en el seno de una familia, tienen igualdad derechos con respecto a sus progenitores, derecho a la identidad y la filiación, se prohíbe el trabajo forzado y la explotación infantil entre otros que garantizan la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente que comprende la preeminencia en sus derechos y la sección VI referente a los Derechos de las familias, estableciendo la protección de las familias como núcleo fundamental de la sociedad , reconoce la unión conyugal libre, la igualdad de los hijos, y otros que establece Nuestra actual constitución.

## **1.7 LA FAMILIA, EL MATRIMONIO Y LA FILIACION EN LA CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA Y EL CODIGO DE FAMILIA BOLIVIANO.**

### **1.7.5 La familia y el matrimonio en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y el Código de Familia.**

En el ordenamiento jurídico de una nación, la Constitución Política del Estado ocupa el lugar privilegiado, es la ley de más alto rango que da lugar a las demás y estructura el estado, y se la denomina también Carta Magna, Ley suprema de un país o Ley de Leyes.

En la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia en su sección V del Artículo 62 al 66, establece y garantiza las familias y el matrimonio misma que están bajo la protección del Estado.

Asimismo en la sección IV (Derechos de la niñez, adolescencia y juventud) de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia en sus Artículos 58 al 61, hace mención a que las niñas, niños y adolescentes son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución, con los límites establecidos en esta.

El Art. 3 del Código de Familia amplía el concepto de igualdad “Los miembros de la familia gozan de trato jurídico igualitario y compatible con la dignidad humana, dentro de las jerarquías que impone la organización familiar” (Art. 3, C.F.), elimina toda mención o criterio discriminatorio que sea incompatible con el valor o dignidad esenciales de la persona humana. Y en relación a los criterios de aplicación de la ley, por jueces y autoridades en los conflictos sostiene Artículo 2, “Los jueces y autoridades al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, tendrán en cuenta el estado o condición de las personas como miembros del grupo familiar y concederán prevalencia al interés que corresponde a la familia sobre el particular de sus componentes y de terceros”.(Art.2, C.F.).

Los artículos mencionados constituyen, en términos generales y formales, el espíritu que orienta la función de los jueces en materia de familia, cuya normatividad toma como parámetro a la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

La familia está conformada por conjunto de relaciones institucionales, cuyo fundamento principal es la confianza e identidad entre sus miembros y como institución básica de la sociedad, tiene las funciones de la prolongación de la especie y la educación de los hijos.

#### **1.7.6 La filiación en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y el Código de Familia**

La filiación como ya lo habíamos dicho antes “Es la calidad que uno tiene de hijo respecto a otra persona que es su padre o madre, calidad que crea relaciones de derecho importantísimo (JIMENEZ: 2002). Esta fundada y cimentada en el

matrimonio y con base en la unión conyugal que produce sus amplios efectos, pero no puede desconocerse que también esta cimentada en la relación natural, derivada de los hijos nacidos fuera del matrimonio. El Código Civil abrogado de 1831, establecía las clases de hijos siguientes: legítimos, naturales, ilegítimos, estos últimos se dividían en adulterinos, incestuosos y sacrílegos.

- Hijos legítimos, es el nacido de matrimonio.
- Hijo natural, es aquel cuyos padres podían casarse libremente y sin dispensa al tiempo de su concepción.
- Hijo adulterino, es el nacido de adulterio.
- Hijo incestuoso, es el que nace de parientes dentro del grado prohibido por la ley.
- Hijo sacrílego, es el nacido de padre o madre ligados por voto solemne de castidad.

Los adulterinos e incestuosos se llaman también bastardos o espurios.

En nuestra legislación se ha borrado la distinción que se hacía de los hijos habidos en matrimonio y fuera del matrimonio y, hoy por hoy, se proclama la igualdad de los hijos. Esta proclamación de derechos se encuentra plasmada en el Artículo 59, Inciso III. “Todas las niñas, niños y adolescentes, sin distinción de su origen, tiene iguales derechos y deberes respecto a sus progenitores. La discriminación de los hijos por parte de los progenitores será sancionada por la ley”. (Código de Familia).

También están en el Código de Familia en los artículos que señalamos a continuación.

Artículo 178. (Paternidad del Marido). El hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido de la madre.

Se presume concebido durante el matrimonio al hijo que nace después de los 180 días de su celebración hasta los 300 días siguientes a su disolución o anulación.

En este caso, el plazo se cuenta desde el día que sigue a la separación de los esposos (Art. 179 C.F.).

Según el Art. 181 del Código de Familia, la filiación de padre y madre casados entre si, se prueba con los certificados o testimonios de las partidas de matrimonio de los padres y de nacimiento del hijo en el Registro Civil. El Artículo 182 del Código de Familia, en su primera parte, quedo modificado por el D.L. No. 14849 y dice que en defecto de partida de nacimiento basta la posesión de estado de hijo nacido de matrimonio de los padres. La posesión de estado, para este efecto, resulta del conjunto de hechos que concurren a demostrar la relación de filiación y parentesco de una persona con los que señalamos como progenitores y la familia a la que pretendemos pertenecer. En todo caso deben concurrir los siguientes hechos.

- Que la persona haya usado el apellido del que se señala como padre y, en su caso, de la que se indica como madre.
- Que el padre y la madre le hayan dispensado un trato de hijo, proveyendo en su calidad de tal a su mantenimiento y educación.
- Que haya sido constantemente considerado como tal en las relaciones sociales.
- Que haya sido reconocido por la familia en esa calidad.

El Artículo 183 del Código de Familia también reformado por el D.L. No. 14849, comienza diciendo: Cuando falta partida de nacimiento y la posesión de estado. O cuando el hijo ha sido inscrito como de padres desconocidos o con nombre falso, la prueba de la filiación puede hacerse en juicio ordinario por medio de testigos. Esta prueba se admite solo cuando hay principio de prueba por escrito, o cuando las presunciones o indicios resultantes de los hechos demostrados por otros elementos, son suficientemente graves para determinar su aceptación.

El Artículo 184 se refiere a la prueba en contraria y dice que puede hacerse por todos los medios que sean aptos para demostrar que el reclamante no es hijo de la mujer que señala como madre o bien, que no es hijo del marido de la madre, si resulta probada la paternidad.

El Artículo 185, al referirse a la negación del hijo nacido antes de los 180 días del matrimonio, establece que el marido puede negar salvo que haya conocido el embarazo de la mujer o que de otra manera haya admitido al hijo como suyo.

El Artículo 186, modificado por el D.L.No. 14849, Dice: En caso de demanda de divorcio o de separación de esposos, el hijo nacido después de 300 días del decreto de separación personal y antes de los 180 días posteriores al desistimiento o a la reconciliación, no goza de la presunción de paternidad y puede ser negado por el marido, siempre que no haya habido reunión de los esposos durante el periodo legal de la concepción.

El Artículo 187, del Código de Familia por su parte, dispone que el marido puede desconocer al hijo concebido durante el matrimonio, demostrando por todos los medios de prueba, que no puede ser padre del mismo. Sin embargo, el desconocimiento no es admisible si el hijo fue concebido por fecundación o inseminación artificial de la mujer, con autorización escrita del marido.

Artículo 188 C.F. dispone que la acción ya sea de negación o desconocimiento de paternidad, no puede intentarse por el marido después de tres meses contados desde el día del parto, si estuvo presente, o desde su retorno al lugar donde se produjo o al domicilio conyugal si no lo estuvo.

Si el marido muere sin haber promovido la acción pero antes de vencido el plazo, sus herederos pueden ejercerla dentro de los tres meses que siguen al fallecimiento o al nacimiento del hijo, si este es póstumo.

La acción de la reclamación de la familia solo puede ser intentada en vida del hijo.

No puede realizar la acción de reclamación los herederos del hijo que fallece sin hacerlo salvo que haya muerto siendo menor de edad o en los años siguientes a su mayoría de edad, en estos casos, los herederos tienen el término de dos años para entablar la acción. Las acciones de filiación se plantean en los Juzgados de Familia (Artículo 191 C.F.).

La filiación tiene como base, las relaciones paternas filiales, que se encuentran reglamentadas por normas de orden público que no están sujetas a modificación por la mera voluntad contractual, su cumplimiento es obligatorio.

El Código de Familia, de esta manera, pretende garantizar la filiación dotando de elementos, pruebas o presunciones que establezcan una filiación certera, veraz y confiable, pero indudablemente, se presentan conflictos o dudas más aun tratándose de uniones libres



o de hecho, en la que se hace controvertida la paternidad, constituyéndose de esta manera en un verdadero problema social.

### **1.8 LOS HIJOS SEGÚN LA TUTELA QUE BRINDA EL CODIGO NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTE.**

Con la Ley No. 2026 del 27 de octubre de 1999, el Honorable Congreso Nacional sanciona la Ley del Código del Niño, Niña y Adolescente, donde establece un régimen de prevención, protección y atención integral que el Estado y la sociedad deben garantizar al normal desarrollo del niño, niña y adolescente, tanto en su desarrollo físico, mental, moral y espiritual respetando su dignidad, equidad y justicia.

Con referencia al derecho que tienen los niños y adolescentes es tratado, dentro del Título Tercero, Capítulo II, Artículo 96 “El derecho de la identidad del niño, niña y adolescente, comprende el derecho al nombre propio e individual a llevar tanto apellido paterno como materno y, en su efecto a llevar apellidos convencionales, a gozar de la nacionalidad boliviana y a conocer a sus padres biológicos y estar informado de sus antecedentes familiares”. Resaltando del artículo que antecede el derecho al llevar un nombre y apellido paterno y materno y a conocer a su padre biológico, en consecuencia en este artículo no se especifica de que manera puede determinar la paternidad en caso de desconocimiento de estos o utilizar recursos médicos científicos para conocer su filiación.

## CAPITULO II

### EL ADN Y LA PRUEBA DE PATERNIDAD

#### 2.1 INTRODUCCION.

El desarrollo social del siglo pasado ha traído el adelanto científico medico más significativo, que es el uso de la tecnología del Acido desoxirribonucleico cuya sigla es ADN o DNA, como también se lo conoce por sus siglas en ingles, es un poli-nucleico constituido por dos cadenas antiparalelas de unidades de desoxirribonucleidos unidos covalentemente, dispuestos de una forma complementaria y adoptando una estructura enrollada. La gran molecula del ADN está formada hablando científicamente de un tipo esencial de azúcar (LLAMADA RIBOSA) y por las bases nitrogenadas que forman los nucleótidos que son: la Adenina (A), Guanina (G), Ciorina (C), y Timina (T), ahí, en una especie de escalera de caracol se encuentra en pares, que constituyen los peldaños de la escalera de la vida. (Strickberger ACIDOS NUCLEICOS).

El ADN existe en toda célula viva que tenga núcleo, de ahí el nombre de nucleótido como ser la sangre, cabellos, semen, saliva, etc. A excepción de las células rojas de la sangre o hematíes.

El ADN se denomina también Test Genético, que es precisamente la identificación genética que da lugar al estudio de la paternidad, mediante la técnica de la impresión digital del ADN de distintos individuos, padres, madres y determinar cuál de las regiones de ADN del hijo proviene del padre y cual de la madre. El grado de confiabilidad que se obtienen a través de esta técnica es mayor a 99.9999% en todos los casos, es superior a cualquier otra técnica empleada hoy en día.

El año 1953, James Watson y Francis Crick, descubrieron que la clave de la herencia de toda criatura viviente, se encuentra escrita en la molécula del ADN, o sea en el Acido Desoxirribonucleico.

Según M. Lorente Acosta y E. Villanueva médicos genistas españoles, dicen que la primera aplicación del ADN se realizó en Inglaterra en 1985 en un caso de inmigración realizada por el iniciador de esta técnica el profesor Alec Jeffrey, perteneciente al Instituto de investigaciones de Lister de la Universidad de Inglaterra. (Ver [WWW.GEOCITIES.COM](http://WWW.GEOCITIES.COM)).

## **2.2 LA GENETICA Y SUS AVANCES.**

La genética es la ciencia de la herencia que estudia no solo la transmisión de los caracteres de las generaciones, sino, también, la forma en que se expresan durante el desarrollo y la vida de todo ser humano.

Cuando una célula se divide, es posible observar que el material físico se encuentra formado por un número variable de células en forma de varilla, denominadas cromosomas (cromo – color y soma – cuerpo), debido a que se tiñen intensamente con los colores básicos de laboratorio.

Los cromosomas se componen de Acido Desoxirribonucleico ADN o DNA en un armazón de proteínas. Las unidades de ADN, son las responsables de las características estructurales en cada célula y de la transmisión de esos caracteres de una generación a otra. Estas unidades de herencia reciben el nombre de genes, en cada célula humana existen aproximadamente 100.000 unidades.

Cada ser humano presenta una constitución cromosómica característica, no solo con respecto al número, longitud y forma de los mismos, sino también con referencia a la naturaleza y sucesión de los genes que contienen cada cromosoma. Los genes se encuentran a lo largo del cromosoma en orden lineal, donde cada gen tiene una determinada posición, conocida como locus. En todo ser humano se hallan 46 cromosomas, ya que en el momento de la fertilización se hereda del padre y de la madre 23 pares, constituyéndose de esta manera la herencia genética. Con el descubrimiento del ADN, la genética a dado un salto extraordinario en la investigación ya que cada persona posee una estructura de ese Acido Desoxirribonucleico (ADN) muy definida y diferente, pues sus bases forman larguísimas cadenas en posibilidades que son casi infinitas. Para cada persona, estas combinaciones varían y son únicas, son sus verdaderas marcas personales, son sus huellas digitales genéticas, pues no existen dos cadenas iguales en el mundo, a no ser en el caso de gemelos idénticos.

El ADN (acido desoxirribonucleico) es una célula humana, que tiene un peso total de cuatro veces la millonésima parte de la milésima de un miligramo para hacer un ser humano y establecer con exactitud los lazos biológicos existentes, entre un presunto padre y un supuesto hijo

### **2.3 LA GENETICA EN LA FILIACION.**

Como ya dijimos antes, la ciencia biológica relativa a los mecanismos que aseguran el mantenimiento de vida y su transmisión de una generación a otra, se conoce con el nombre de Genética. Se trata de una rama de la biología que estudia los principios y mecanismos de la herencia de los seres vivos. El material genético está constituido por unidades de información, llamadas genes, cada persona cuenta con patrimonio genético compuesto de veintitrés pares de cromosomas heredados de cada uno de sus progenitores.

Los cromosomas, a su vez, están constituidos por los genes de ADN (ácido desoxirribonucleico), contienen todo el programa biológico, se calcula que la especie humana posee, por lo menos unos cincuenta mil pares de genes.

La filiación es el vínculo jurídico a partir del cual nos identificamos con nuestros ascendientes, porque sin negar la importancia de la socialización y las bondades de la adopción, la capacidad de procrear vida y la coincidencia genética que caracterizan al ser humano tiene indudable trascendencia.

La filiación está determinado por la paternidad y la maternidad, de allí que la procreación constituye el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno filial, y es muy importante tanto para el padre como para el hijo definir con certeza sus vínculos parentales de filiación.

### **2.3.1 Su importancia.**

Existe en la actualidad un método científico para establecer parentescos biológicos entre padres - hijos, madre - hijo, abuelo - nieto, es lo que se denomina prueba genética ADN, que es precisamente la identificación genética que da lugar el estudio de la paternidad, mediante la técnica de la impresión digital de ADN, que permite comparar regiones de ADN de distintos individuos, padre, madre, hijos y determinar, cuál de las regiones de ADN del hijo provienen del padre y cual de la madre. El grado de confiabilidad que se obtiene a través de estas técnicas es mayor al 99.9999%, en todos los casos es superior a cualquier otra técnica empleada hoy en día. La determinación de la paternidad por el análisis de ADN permite también certificar filiación a través de familiares próximos o en ciertos casos a partir de biopsias o de materia post mortem cuando el presunto padre ha fallecido.

Es tal vez el adelanto científico médico más significativo que al ser aplicado a individuos en conflicto por definir con certeza vínculos parentales de filiación, permiten soluciones sociales, donde generalmente el mayor perjudicado es el niño, producto de la inconsciencia de los mayores que lo transforman en una víctima inocente.

Para concluir diríamos que la genética es muy importante e imprescindible para establecer la paternidad y proceder a una correcta filiación, ya que toda persona o ser humano tiene el derecho primordial de conocer a sus padres biológicos (Artículo. 96 Código Niña, Niño y Adolescente) y a la vez, los padres tienen derecho a saber, y es precisamente, por medio de pruebas biológicas que se puede obtener en forma certera esta información, si una persona es realmente su hijo.

### **2.3.2 Sus métodos.**

Según los especialistas en genética los métodos más comunes para estudiar el ADN son:

#### **Método de hibridación con sondas.**

Este método básicamente consiste en la identificación de una región determinada mediante el uso de una sonda, que es un fragmento monocatenario de ADN complementario a una secuencia de bases conocidas. Esta sonda, marcada con un producto radioactivo o quimioluminescente, se pone en la solución con el ADN de la muestra y se visualiza después de una serie de procesos para separar los diferentes alelos, que pueda existir con base en la longitud del mismo

#### **Método de la reacción en cadena de la polimerasa (PCR)**

Este método supuso una verdadera revolución y es la más extendida en la actualidad, por sí sola o como paso intermedio de la secuencia. Inventada por Kary Mullis en

1987, le supuso el premio nobel de Química. Gracias a esta técnica se puede amplificar una determinada región del ADN que está delimitada por una secuencia específica y complementaria a unas pequeñas sondas denominadas primers que actúan como iniciadores de la reacción de polimerización que lleva a cabo una enzima, habitualmente la Taq polimerasa. Esta enzima va unido a los desoxinucleótidos, que se incluyen en la reacción de forma complementaria a cada uno de los fragmentos de las cadenas que se delimitan por los primers que son proceso permite la obtención de múltiples copias de dicha región en una cantidad suficiente para ser estudiada. Posteriormente, el ADN amplificado se puede visualizar mediante, la separación de los alelos de diferente tamaño y tinción o estudiando las variaciones de su secuencia.

De este modo es posible que cuando dispongamos de muy escasa cantidad de ADN es un indicio o este parcialmente degradado, sea posiblemente amplificado y obtener una cantidad suficiente para su análisis.

### **Método de la secuencia.**

Las técnicas de este grupo van destinadas a revelar el orden de la secuencia de bases de una determinada región, normalmente delimitada por el PCR. Puede hacerse de forma manual o automática.

### **2.3.3 Resultados.**

Para el estudio de las impresiones digitales del ADN (ácido desoxirribonucleico) son necesarias muestras de ADN de todas las personas involucradas, en la gran mayoría de los casos se usa el ADN, extraído de los leucocitos de la sangre periférica, que es el tejido más fácil de obtener, sin embargo el test puede ser hecho en cualquier otro tejido que contenga ADN, como por ejemplo, piel, cabellos y otros.

El ADN, aislado es cortado con enzimas llamadas endonucleasas de restricción, que son tijeras químicas que fragmentan el ADN, los millones de fragmentos de ADN, son colocados en un bloque de material gelatinoso, una corriente eléctrica llevara a los fragmentos a moverse por la gelatina; los fragmentos mas pequeños se mueven a una distancia más corta. El ADN separado en fragmentos se trasfiere a una membrana de nylon, que se expone a una sonda, remarcado que es un pedazo coto de ADN (hecho a medida que reconoce y se une a un segmento al ADN),el modelo de bandas visibles del hijo único, la mitad de las bandas es igual a las de la madre y la otra mitad a las del padre. Se repite varias veces este proceso, con cada sonda, identificándose una zona diferente del ADN y produce un modelo distinto.

La prueba de ADN (ACIDO DESOXIRIBONUCLEICO) es la forma más precisa de determinar la paternidad, el grado de confiabilidad que se obtiene atreves de esta técnica es mayor al 99.9999% en todos los casos es superior a cualquier otra técnica empleada hoy en día. La determinación de la paternidad para el análisis del ADN permite también certificar filiación a través de familiares próximos o, en ciertos casos a partir de biopsia o de materia post mortem cuando el presunto `padre a fallecido.

Este adelanto Científico del ADN( Acido Desoxirribonucleico) aplicado a individuos en conflicto por determinar con certeza vínculos parentales de filiación, hade permite soluciones sociales ya que toda persona tiene el derecho primordial de conocer quiénes son sus padres biológicos y a la vez, los padres tienen derecho a saber si una persona es realmente su hijo, esta situación muchas veces fue muy difícil de poder establecer, pero el problema hoy en día tiene solución científica como es la prueba del ADN (acido desoxirribonucleico), que puede determinar con un 99.9999% de seguridad si a una persona le corresponde o no la paternidad.

EN LA ACTUALIDAD EL EXAMEN DE ADN.



La Ley No. 3934 del 18 de septiembre de 2008, determina la gratuidad de las pruebas de ADN, realizadas por el Instituto de Investigación Forense dependiente de la Fiscalía General de la Republica, en las denuncias y querellas en los procesos penales por delitos de violación, abuso deshonesto, estupro, tipificados en le Código Penal, cuyas victimas sean niñas, niños y adolescentes.(INTERNET:DERECHOTECA).

El examen gratuito del ADN necesario para determinar la paternidad o el origen genético de una persona depende de un largo trámite judicial ante autoridades competentes, según la aclaración de los expertos.

“Una madre puede solicitar los estudios gratuitos del ADN que proporciona el Instituto de Investigación Forense (IDIF), siempre y cuando exista anticipadamente un requerimiento judicial ante las autoridades competentes seguido de un trámite judicial” dijo la jurista especializada en derecho penal, María Teresa Montaña. (LOS TIEMPOS:2009).

En Bolivia se encuentra en vigencia la Ley 3934, que garantiza la gratuidad de las pruebas de ADN, destinadas a certificar la paternidad y también a potenciales agresores sexuales.

Antes de ser promulgada esta norma, el IDIF recibía entre tres y cuatro solicitudes para estos exámenes que generalmente quedaban inconclusos porque tenían un costo que oscilaba entre los 800 bolivianos y 300 dólares americanos; pero a partir de la normativa, en los últimos meses, la instancia recibe entre 10 y 15 solicitudes cada día, habiendo sido atendidos 138 solicitudes de estudios para casos de paternidad.

Hasta antes de ser promulgada la ley , en Bolivia las empresas importadoras de insumos para laboratorio tenían el monopolio sobre los kit de ADN para 200 determinaciones en Estados Unidos teniendo un costo de 800 a900 dólares, mientras que en el país, los mismos insumos los comercializaban a 5.500 dólares lo que equivalía a seis kit es decir 1200 pruebas.

Si bien es cierto que esta prueba del ADN no esta al alcance de todos por su costo en laboratorios privados, costo de entre 300 dólares a 700 dólares americanos, montos considerables y en muchos casos fuera del alcance de quienes lo requieren.

Si embargo muchos estarían de acuerdo a realizarse dicha prueba puesto que quienes la pidan tendrán la certeza de que se les está atribuyendo una paternidad que no le corresponde y el mismo hecho lo llevara a obligaciones mayores como una asistencia familiar a quien no fuera su hijo.

Las pruebas de paternidad pueden ser llevadas a cabo por orden judicial o de carácter voluntario privado.

## CAPITULO III

### **3.1 EL ADN COMO METODO CIENTIFICO PARA ESTABLECER LA PATERNIDAD DE LOS HIJOS.**

El medio de prueba más eficaz para resolver un problema de investigación de paternidad es sin duda la prueba biológica de ADN o DNA en sus siglas en ingles (acido desirribonucleico), ya que es el único medio eficaz para establecer con precisión la existencia de la relación biológica entre un presunto padre y su presunto hijo.

El ADN se denomina también prueba genética, que es precisamente la identificación genética que da lugar al estudio de la paternidad, mediante la técnica de la impresión digital del ADN que permite comparar regiones de ADN de distintos individuos, padre, madre y determinar cuál de las regiones de ADN del hijo proviene del padre y cual de la madre. El grado de confiabilidad que se obtiene a través de esta técnica, es mayor a 99.999 %, en todos los casos, es superior a cualquier otra técnica empleada hoy en día. Es tal vez el adelanto científico medico más significativo, que al ser aplicado a individuos en conflicto definir con certeza vínculos parentales de filiación, permiten soluciones sociales.

La probabilidad de que dos personas tengan las mismas impresiones digitales de ADN es aproximadamente una en cien billones.

Para determinar, la paternidad son necesarias muestras de sangre de la madre, del hijo y del padre, prueba que puede ser realizada el hijo en cualquier edad a partir del nacimiento, pudiendo ser suplidos los padres en menor índice con los hermanos, padre u otros hijos de esta.

Existe ahora este nuevo método científico que determina exactamente la exclusión o inclusión de la paternidad, ya no es necesario considerar aspectos tales como los exámenes clásicos, sino simplemente el juez instruirá el control procedimental para asegurar el estudio.

### **3.2 EL ARTICULO 188 DEL CODIGO DE FAMILIA, SUS ANTECEDENTES, SU FUNDAMENTACION EN LA LEGISLACION NACIONAL Y LA CADUCIDAD**

Como mencionamos anteriormente, según el Artículo 188 del Código de Familia: “La acción de negación o desconocimiento de la paternidad no puede intentar por el marido después de los tres meses contados desde el día del parto, si estuvo presente o desde su retorno al lugar donde se produjo o al domicilio conyugal, si no lo estuvo, o desde que descubrió el fraude cuando se oculta el nacimiento”

Se dice que la norma está inspirada en la protección de los menores de edad, ya que el espíritu del legislador al reglamento del Artículo 188 del Código de Familia, no fue otro que el de proteger a los menores de acciones inmorales de individuos que en cualquier momento pudieran pretender negar la paternidad, ya que no se protege a un menor, mintiéndole, llevándolo a una creencia falsa, porque está comprobado que los que saben que no les corresponde la paternidad, a parte del apellido, no cubren sus necesidades, no los mantienen, los abandonan y los maltratan permanentemente. Por otro lado, esta norma fue creada para castigar la negligencia del esposo que no reclame en el plazo de tres meses acudiendo a la vía jurisdiccional, es decir que si el marido no reclama en un tiempo determinado sobre la paternidad de un hijo, no puede quejarse, su negligencia se castiga a través de una caducidad, por el cual pierde el derecho a entablar o proseguir una acción o un derecho, en virtud de no haberla ejercitado dentro del término señalado por el artículo 188 del Código de Familia.

### **3.3 LA NECESIDAD DE CAMBIAR EL REGIMEN JURIDICO DE LA CADUCIDAD PARA LA DEMANDA DE NEGACION DE PATERNIDAD EN BASE AL ADN.**

La problemática de la filiación de los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio es muy compleja, y es tan compleja que el legislador cuando no puede resolver una situación determinada mediante una norma clara, precisa y segura acude a ficciones o acude a presunciones, creando lagunas jurídicas del derecho.

El problema hoy en día tiene solución científica con la prueba del ADN. Que puede determinar con un 99.9999% de seguridad si a una persona le corresponde o no la

paternidad de tal manera que no se le puede limitar a un hombre el derecho de petición ante los tribunales de justicia, cuando este derecho es inviolable, y no se le puede negar, el derecho de defensa y condenarlo a ser padre cuando no lo es.

En la vida ordinaria o real hay innumerables casos de esposos u hombres que se ven engañados por sus esposas, que tienen relaciones sexuales con terceros, fruto de los cuales quedan en estado de gravidez, y luego tienen un hijo. Este ser humano tiene el derecho de saber quien es realmente su padre y no vivir toda una vida engañado y en la mentira.

En consecuencia es necesario revisar dicha norma del Código de Familia, analizarla y en mi criterio dejarla sin efecto la caducidad para demandar la negación de paternidad y que este pueda interponerse en cualquier tiempo siendo imprescriptible, porque no se trata de un hecho real, cierto y verdadero, ya que no se protege al menor sino a la mujer engañada dolosamente al esposo, a su pareja y a un niño inocente, haciéndole creer que es su padre. Siendo una norma que encubre el fraude el engaño, esta teoría puede ser destruida gracias a los avances tecnológicos que la ciencia nos ofrece.

La prescriptibilidad de la acción de negación o desconocimiento de paternidad, para poder interponer la acción en cualquier tiempo, siempre no sea planteada con el solo propósito de eludir el cumplimiento de deberes establecidos en la Ley,

Modificar el Artículo 188 del Código de Familia por su inaplicabilidad, puesto que es una negación a los avances de la ciencia y tecnología, porque como hace 30 o 50 años, todavía seguimos aplicando principios que fueron quedando obsoletos.

## CONCLUSIONES.

- La Acción de negación de paternidad del hijo, regulado por los Artículos 185,186, 187 y188 del Código de Familia, dentro de los tres meses contados desde el día del parto, si estuvo presente o desde su retorno al lugar donde se produjo o al domicilio conyugal, si no lo estuvo o desde que descubrió el fraude, cuando se oculta el nacimiento, en la práctica resulta injusto y consiguientemente inoperante para esclarecer la verdadera paternidad de un ser humano, por que debido a ese plazo existen maridos que llevan a costas una paternidad que no le corresponde.
- Existen innumerables casos en los que mujeres o esposas le atribuyen la paternidad a su esposo, conviviente o persona con la que tuvo relaciones sexuales, no tiene cierto el vínculo consanguíneo y los supuestos padres se ven obligados a mantener a hijos ajenos. El problema no solamente es el referido anteriormente, ya que estos falsos padres se ven obligados por la vía judicial o a través de demandas de asistencia familiar a pasar pensiones e inclusive sufren detenciones por mandamientos de apremios expedidos por los jueces de la causa.
- Cuando la mujer sabe que la paternidad no le corresponde al esposo, nunca se presenta en los laboratorios de análisis del ADN y la ley lamentablemente no cuenta con ninguna fuerza coactiva para obligar a presentar al menor, cumpliendo con todos los requisitos exigidos para realizar efectivamente dicho análisis.

Muchos procesos por esta causa están paralizados, se señala audiencia tras audiencia, se notifica a las partes, pero la demandada madre nunca se presenta.

Estas renuencias no se castigan y por el contrario como el resto de la prueba no trasciende en un proceso de esta naturaleza se llega a un fallo injusto declarado improbadamente la demanda, manteniendo una paternidad que no le corresponde, con todos los efectos que conlleva dicha obligación.

Estos fallos premian la conducta, el comportamiento de esa mujer inmoral que atribuyo una paternidad a su esposo que no le correspondía. Nuestras normas tal como están en lo sustantivo y en lo procesal llevan a verdades formales y no reales.

- La doctrina moderna del Derecho de Familia se apoya en los viejos fundamentos que inspiran las reglas de los artículos 185, 186, 187 y 188 del Código de Familia, que está basado en la presunción de buena fe, de que toda mujer que tiene un hijo tiene por padre el marido de la madre, porque si bien dicho principio se mantiene, al haber cambiado diametralmente los métodos y técnicas de investigación de la prueba del ADN por medios mucho mas sencillos y mas rigurosos que facilitan que científicamente se pueda determinar la paternidad, esa buena fe sometida a la presunción JURIS TAMTUM que pasados los tres meses, se transforma en una presunción JURE ET DE JURE de tal manera que jamás se puede impugnar la paternidad del menor, con el argumento que de esta manera se protege a los menores. Hoy en día se busca cambiar por una presunción JURIS TAMTUM no sometida a ningún plazo.

Uno de los derechos fundamentales de los hijos es que no se le mienta en lo más importante ¿Quién es su verdadero padre?

Uno de las obligaciones de la madre, es ser honesta con la filiación de sus hijos.

Uno de los deberes del Estado es proteger la salud física, mental y moral de la infancia y defender los derechos de los niños.

- En mi criterio el Artículo 188 del Código de Familia va en contra de la constitución política del Estado Plurinacional de Bolivia en su Artículo 24, mismo que consagra el derecho de petición, como un derecho sagrado e inviolable, puesto que no solamente niega el derecho de legítima defensa, sin plazos a cumplir, al supuesto padre dándole una paternidad presunta que hoy en día se puede probar, gracias a los avances científicos (ADN) y de la misma manera niega al niño, niña y adolescente la oportunidad de conocer a su padre biológico y por ende su verdadera filiación.
- No solo violan los derechos de los hijos, también viola el derecho de todo hombre engañado por una paternidad falsa, engañosa, fruto de la traición de una mujer que inescrupulosamente le asigna una paternidad que legítimamente le corresponde a otro hombre.



## **Sugerencia.**

### **La siguiente enmiendas:**

- Modificar el Art.188 del Código de Familia para que la acción de negación de paternidad puede ser planteada en cualquier momento, de tal manera que la presunción de paternidad de que el hijo habido en matrimonio tiene por padre al marido de la madre, así no lo sea, sea simplemente una presunción JURIS TAMTUM, y no una presunción JURE ET JURE cuando a transcurrido más de tres meses desde que nació el menor o se produjo el fallecimiento del marido.
- En materia probatoria, cuando la mujer a convocatoria del Juez de Familia, no se presenta en el laboratorio de análisis Biogenética para realizar el estudio de ADN, si se comprueba su mala fe e inasistencia injustificada se debe tener por cierto lo alegado por el demandado o sea que la paternidad no le corresponde. Esto porque de nada sirve derogar el artículo 188 del Código de Familia, si luego de plantear una demanda no existe un medio coactivo efectivo que obligue a la mujer a llevar al menor al laboratorio Biogenético.

Además, si la mujer obstaculiza el estudio o análisis, esta conducta, si bien no puede ser castigada con apremio, debe considerarse atentatoria de los principios de verdad, probidad, buena fe y lealtad procesal, dando lugar a que el Juez también considere esa situación como prueba en su contra.

Estas soluciones deben aplicarse siempre y cuando el Juez este convencido de la conducta presumiblemente dolosa de la mujer para negarse a comparecer en los días fijados para el estudio del laboratorio.

- Es necesario modificar el Artículo 187 parte tercera cuando sostiene “La sola declaración de la mujer no excluye la paternidad”. Esta regla debe mantenerse pero agregando que para el caso en que de manera dolosa se niegue a someter al menor y

someterse ella misma al estudio Biogenético, se presume por cierto lo afirmado por el marido o conviviente.

## **Proyecto de modificación de los Artículos 188 y 187 del Código de Familia**

### **Art.188 (Imprescriptibilidad de la acción)**

La acción, ya sea de negación o de desconocimiento de la paternidad se puede plantear en cualquier tiempo.

Si la persona muere sin haber promovido la acción sus herederos pueden ejercerla.

Cuando la acción de negación o de desconocimiento de la paternidad haya sido planteada con el solo propósito de eludir el cumplimiento de los deberes establecidos en la Ley, se condenara al actor al pago de daños y perjuicios y los juzgadores según los casos y tomando en cuenta la situación de los hijos, fijara una asistencia familiar elevada.

Cuando se demuestre que hubo engaño de la mujer en la paternidad hacia un marido, esta será condenada a pagar daños y perjuicios, independientemente de correr con todos los gastos emergentes del estudio biogenético.

### **Art. 187 (Desconocimiento de paternidad)**

El marido puede desconocer al hijo concebido durante el matrimonio demostrando por todos los medios de prueba que no puede ser el padre del mismo.

Sin embargo el desconocimiento no es admisible si el hijo fue concebido por fecundación artificial de la mujer, con autorización estricta del marido.

La sola declaración de la mujer no excluye la paternidad, sin embargo, su renuncia a la investigación de la paternidad conlleva la exclusión de la paternidad de quien la niega

## BIBLIOGRAFIA

- AHRENS Enrique,  
(1880). Enciclopedia Jurídico, Volumen 3, Madrid.
  
- CABANELAS Guillermo,  
1984), Diccionario Enciclopédico Romano, 3ra edición, Edit. Astrea, Buenos Aires  
Argentina.
  
- CASTELLANOS Trigo Gonzalo,  
(2011), Derecho de Familia, Edit. Gaviota del Sur Srl., Primera Edición, Sucre Bolivia.
  
- CODIGO DE FAMILIA,  
(1988), Ley 996 del 4 de abril de 1988, Edit. U.P.S. Srl. 2011, La Paz
  
- CODIGO NIÑO, NIÑA Y ADOLECENTE,  
(1999), Ley 2026 de 27 de octubre de 1999, Edit. U.P.S. Srl. 2011, La Paz
  
- CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE  
BOLIVIA,  
  
(2008), Versión oficial aprobado por la Asamblea Constituyente 2007 y compatibilizada en  
el Honorable Congreso Nacional 2008.
  
- GARECA Oporto Luís,  
(1987), Derecho Familiar Practico y Razonado, Editorial LILIAL, Oruro Bolivia.
  
- INTERNET,  
Strickberger Ácidos Nucleicos.
  
- INTERNET,  
[WWW.Biblioteca](http://WWW.BibliotecaJuridica.org) Juridica.org.

- INTERNET,  
(2009), ADN prueba Gratuita , Publicación Los Tiempos, 16 de Noviembre.
  
- JIMENEZ Sanjinez Raúl,  
(2002), Lecciones de Derecho de Familia, Edit. Presencia S.R.L., Primera Edición, Tomo I y II  
, La Paz Bolivia
  
- MORENO Ruffinelli José Antonio,  
(2009), Derecho de Familia II tomo, Editorial Intercontinental, tercera edición, Paraguay.
  
- OSSORIO Manuel,  
(2008), Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Edit. Heliasta S.R.L., Buenos Aires Argentina.
  
- PAZ Espinoza Feliz C.,  
(2002), Derecho de Familia y sus Instituciones, Edit. Gonzáles, Segunda Edición, La Paz Bolivia.
  
- PUIG Peña Federico,  
(1957), Compendio de Derecho Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo IV,  
Familia y Sucesiones, Madrid.
  
- SAVIGNI,  
(1886), Teoría Finalista de los Bienes, Internet Alipson,com.
  
- SAMOS Oroza Ramiro,  
(1995), Apuntes de Derecho de Familia, Editorial Judicial, 2da. Edición, Sucre.