

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



ACREDITADA POR RESOLUCIÓN CEUB 1126/2002

TESIS DE GRADO

(Para optar al grado académico de Licenciatura en Derecho)

**“IMPLEMENTACIÓN DE NORMATIVAS DESTINADAS A
GARANTIZAR LA VISITA DE PADRES A LOS HIJOS
COMO EFECTO DE SEPARACIÓN O DIVORCIO, A SER
INCORPORADOS EN EL CÓDIGO DE FAMILIA”**

POSTULANTE : RIOS RIOS, MICAELA VIRGINIA

TUTOR : Dr. PAZ, FELIX

**La Paz – Bolivia
2013**

Dedicatoria...

El siguiente Trabajo de Investigación lo dedico a la luz que siempre alumbro mi camino Dios, a ese ángel que esta junto a él a mi mamita Celia que con la fuerza de su alma y amor infinito impulso a que culmine este proyecto y salir adelante, a mi papá José Antonio, a Celia Esther, José Luis, Eliana Carmiña, Hugo mis queridos hermanos, a Campero Berdeja & Asociados, gracias por sus enseñanzas y guía incondicional e inspiración para ir adelante, a todos ellos que son parte de mi vida.

Agradecimientos...

Por su colaboración ayuda y guía en la Investigación de la presente tesis, Dr. Arturo Vargas Flores, por compartir sus conocimientos de la Ciencia de la Investigación Jurídica.

Al Dr. Felix Paz Espinoza por su ayuda incondicional en la elaboración de la investigación.

A la Universidad Mayor de San Andrés, facultad de Derecho y Cs. Políticas por brindarme mi Educación Superior.

Gracias...

RESUMEN

Los conflictos en las relaciones familiares que derivan en la finalización de la convivencia común, tan corrientes en nuestros días, tienen en la residencia separada de los padres una de sus facetas más difíciles. Los niños quedan, generalmente, bajo el mismo techo que uno de sus progenitores y allí comienza el drama familiar a cuyo cuidado y regulación se dirige el derecho de visita. Utilizan indebidamente los hijos como instrumento de retaliación o venganza proyectando un estado de guerra donde, como siempre, los más inocentes son las primeras y principales víctimas.

Por causa de estas actitudes el Derecho de Familia ha tenido que interesarse en resolver este foco de desavenencias mediante la construcción de lo que actualmente se conoce como el “derecho de visitas” de un progenitor a los hijos menores que están bajo la custodia y cuidado personales del otro. Para conocer sobre esta problemática realizamos un estudio que abarcó un amplio espectro de la doctrina internacional.

Es por eso que proponemos a la legislación nacional del Código de Familia en el Artículo 146 la inclusión de la garantía del derecho de visita de los padres a los hijos, en situación de divorcio y separación de los padres, siendo ya un derecho adquirido en beneficio del menor, lo cual es fundamental el resguardo y la garantía.

El derecho de visita nace como resultado de la constante negativa de los tribunales franceses de autorizar a la visita, argumentando que permitirlo significaba un atentado contra la patria potestad, que pertenece al padre y a la madre. Parte de la doctrina no compartía esta posición y logró abrirse paso con argumentos más sentimentales que jurídicos, logrando cambiar el criterio de este problema.

Lo cual sin embargo es ya un derecho adquirido en beneficio del menor, lo cual es fundamental resguardar y garantizar el contacto con sus padres separados o divorciados.

IMPLEMENTACIÓN DE NORMATIVAS DESTINADAS A GARANTIZAR LA VISITA DE PADRES A LOS HIJOS COMO EFECTO DE SEPARACIÓN O DIVORCIO, A SER INCORPORADOS EN EL CÓDIGO DE FAMILIA

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
Dedicatoria.....	ii
Agradecimientos.....	iii
RESUMEN.....	iv
ÍNDICE GENERAL.....	v
DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	1
1. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.....	2
2. PROBLEMATIZACIÓN.....	3
3. DELIMITACIÓN DEL TEMA.....	3
3.1. Delimitación temática.....	3
3.2. Límite temporal.....	4
3.3. Límite espacial.....	4
4. FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA.....	5
5. OBJETIVOS DEL TEMA.....	6
5.1. Objetivo General.....	6
5.2. Objetivos Específicos.....	6
6. MARCO DE REFERENCIA.....	6
6.1. Marco Histórico.....	6
6.2. Marco Teórico.....	7
7. HIPÓTESIS DE TRABAJO.....	7
7.1. Variables.....	8
7.1.1. Variable independiente.....	8
7.1.2. Variable dependiente.....	8
7.1.3. Nexos Lógicos.....	¡Error! Marcador no definido.
8. MÉTODOS Y TÉCNICAS A UTILIZAR EN LA TESIS.....	8
8.1. Tipo de Estudio.....	8
8.2. Diseño de investigación.....	8
8.3. Métodos.....	9
8.3.1. Generales.....	9
8.3.1.1. Método Dialéctico.....	9
8.3.1.2. Método inductivo.....	9

8.3.1.3.	Método deductivo	9
8.3.1.4.	Método comparativo	10
8.3.2.	Específicos	10
8.3.2.1.	Método Teórico.....	10
8.3.2.2.	Método de Análisis	10
8.3.2.3.	Método Sociológico	10
8.3.2.4.	Método Jurídico	10
8.3.2.5.	Método Exegético	11
8.4.	técnicas a utilizarse en la tesis.....	11
8.4.1.	Revisión bibliográfica	11
8.4.2.	Revisión de documentos	11
8.4.3.	Trabajo de campo.....	11
DESARROLLO DEL DISEÑO DE PRUEBA		12
INTRODUCCIÓN.....		13
CAPITULO I.....		15
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DIVORCIO Y EL DERECHO A LA VISITA DE LOS HIJOS		15
1.1.	LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO Y EL DIVORCIO ANTIGUAMENTE CONOCIDO	15
1.2.	EL DIVORCIO Y SUS EFECTOS CON LOS HIJOS POST REVOLUCIÓN FRANCESA	20
1.3.	EL DIVORCIO Y SUS EFECTOS CON LOS HIJOS EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA	21
CAPITULO II		24
2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE VISITA A LOS HIJOS DE PADRES EN SITUACIÓN DE DIVORCIO		24
2.1.	EL MATRIMONIO INSTITUCIÓN FAMILIAR GENERADOR DE OBLIGACIONES.....	24
2.2.	TEORÍA CONTRACTUAL CANÓNICA DEL MATRIMONIO	26
2.3.	TEORÍA CONTRACTUAL CIVIL DEL MATRIMONIO.....	27
2.4.	TEORÍA INSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO	29
2.5.	FINES DEL MATRIMONIO	31
2.6.	EFECTOS DEL MATRIMONIO	32
2.6.1.	Efectos relativos a los hijos.....	33
2.7.	EL MATRIMONIO GENERADOR DE LAS RELACIONES DE PATRIA POTESTAD.....	35
2.7.1.	Caracteres de la Patria Potestad	42
2.7.2.	Derechos y Deberes Paterno Filiales.....	43

2.7.2.1.	Guarda.....	43
2.7.2.2.	Educación.....	45
2.7.2.3.	Asistencia.....	47
2.7.2.4.	Representación.....	50
2.7.3.	Abuso del Derecho de Patria Potestad.....	52
2.8.	DESVINCULACIÓN MATRIMONIAL.....	55
2.9.	EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.....	59
2.9.1.	Perdida de la Patria Potestad.....	60
2.9.2.	Suspensión de la Patria Potestad.....	61
2.10.	CONSIDERACIONES CONCEPSIONALES SOBRE EL DERECHO DE VISITA EN EL DIVORCIO.....	62
2.11.	DIVORCIO Y LAS RELACIONES PATERNO FILIALES.....	65
2.11.1.	Efectos de la Desvinculación Matrimonial.....	67
2.11.1.1.	Efectos relativos a los hijos.....	67
2.11.2.	La Relación Paterno Filial después del Divorcio.....	67
2.12.	TENENCIA DE LOS HIJOS EN SITUACIÓN DE DIVORCIO.....	69
2.12.1.	Tenencia de los hijos en divorcio.....	69
2.12.1.1.	Guarda provisoria y tenencia definitiva.....	69
2.12.1.2.	Impostación procesal.....	70
2.12.1.3.	Necesidad de un pronunciamiento.....	71
2.12.2.	Criterios legales para la asignación de la tenencia.....	71
2.12.2.1.	Hijos menores de edad.....	72
2.12.2.2.	Mayores de cinco años.....	73
2.12.3.	Principio rector relativo a la idoneidad del progenitor.....	73
2.12.3.1.	Principio rector.....	73
2.12.3.2.	Aspectos morales.....	74
2.12.3.3.	Posibilidades de ofrecer cuidado y educación.....	75
2.12.3.4.	Salud y nivel cultural.....	76
2.12.3.5.	Medios económicos.....	77
2.12.3.6.	Sexo de los menores.....	78
2.12.3.7.	Situación precedente.....	78
2.12.3.8.	La opinión de los hijos.....	78
2.12.4.	Criterios discutibles.....	80
2.12.4.1.	Tenencia compartida.....	80
2.12.4.2.	Separación de los hijos.....	81
2.12.5.	Desvíos en el papel de los padres al debatir sobre la tenencia.....	82
2.12.5.1.	Los hijos como objeto de disputa.....	82
2.12.5.2.	Tendencia a declinar la responsabilidad.....	82
2.12.6.	Acuerdos sobre tenencia.....	83
2.12.7.	Adjudicación de la guarda a terceros.....	84
2.12.7.1.	Casos en que corresponde aplicarla.....	84
2.12.7.2.	A quién se la debe conferir.....	85

2.12.7.3. Internación en Institutos	86
2.13. CARÁCTER PROVISIONAL DEL RÉGIMEN Y SU MODIFICACIÓN	86
CAPITULO III.....	88
3. DERECHO A LAS VISITAS	88
3.1. ¿QUÉ ES EL DERECHO DE VISITA?	89
3.2. NATURALEZA Y RÉGIMEN DEL DERECHO DE VISITA	94
3.3. EL CARÁCTER INALIENABLE Y MUTUO DE LAS RELACIONES ENTRE PADRES E HIJOS Y LA INCLUSIÓN DE LOS PADRES EXTRAMATRIMONIALES ...	96
3.4. REGULACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO DE VISITA	99
3.5. LA VIOLACIÓN DEL DERECHO	102
3.6. MODIFICACIÓN DEL DERECHO DE VISITA	104
3.7. SUSPENSIÓN DEL DERECHO DE VISITA	104
3.8. ANÁLISIS PARA LA FIJACIÓN DE UN RÉGIMEN PARA LAS VISITAS Y CORRESPONDIENTE PROPUESTA	107
3.8.1. Derecho del progenitor.....	107
3.8.2. Derecho de los hijos.....	107
3.8.3. Necesidad de limitaciones.....	108
3.8.4. Conveniencia de la cooperación	109
3.8.5. Circunstancias del ejercicio	109
3.8.5.1. Participación de terceros	110
3.8.5.2. Lugares inadecuados	110
3.8.5.3. Situaciones Conflictivas.....	110
3.8.6. Vacaciones	111
3.8.7. Incumplimiento del régimen de visitas	111
3.8.7.1. Por parte del cónyuge titular de la tenencia	111
3.8.7.2. Por parte del titular del derecho a las visitas.....	112
3.8.8. Suspensión del régimen	113
3.8.8.1. como sanción al titular	113
3.8.8.2. Protección del menor	114
3.9. TEORÍA DEL SADISMO SOCIAL COMO EFECTO DEL DIVORCIO CON AFECTACIÓN DEL MENOR DE EDAD	114
CAPITULO IV	117
4. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL POSITIVO VIGENTE QUE RESGUARDA EL DERECHO A LA VISITA.....	117
4.1. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	117
4.2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO, LEY DE 07 DE FEBRERO DE 2009.....	119
4.3. CÓDIGO DE FAMILIA, LEY N° 996, LEY DE 4 DE ABRIL DE 1988.....	123

4.4. CÓDIGO NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE, LEY N° 2026 DEL 27 DE OCTUBRE DE 1999.....	124
CAPITULO V.....	126
5. ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE TRABAJO DE CAMPO, SOBRE LA NECESIDAD DE GARANTIZAR EL DERECHO A LA VISITA DE PADRES COMO EFECTO DE LA SEPARACIÓN O EL DIVORCIO.....	126
5.1. UNIVERSO DE ESTUDIO	126
5.1.1. Resultados a las encuestas realizadas a Padres dentro de procesos de divorcio y separación	127
5.1.2. Resultados a las encuestas realizadas a Madres dentro de procesos de divorcio y separación	130
5.2. ANÁLISIS GENERAL.....	133
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	135
Conclusiones.....	136
Recomendaciones	138
PROPUESTA DE MECANISMO LEGAL	141
PROYECTO DE LEY DE INCORPORACIÓN DE LAS GARANTÍAS AL DERECHO DE VISITA DE LOS PADRES A LOS HIJOS COMO EFECTO DE LA SEPARACIÓN O EL DIVORCIO	142
Bibliografía	145
Páginas web consultadas:	147
Jurisprudencia consultada:.....	147
Normativa legal consultada:	147
ANEXOS	149

DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

IMPLEMENTACIÓN DE NORMATIVAS DESTINADAS A GARANTIZAR LA VISITA DE PADRES A LOS HIJOS COMO EFECTO DE SEPARACIÓN O DIVORCIO, A SER INCORPORADOS EN EL CÓDIGO DE FAMILIA

1. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

La asistencia familiar como institución clásica del derecho de familia ha llegado a constituirse en una obligación indispensable que debe cumplir el obligado con aquellas personas que se encuentren bajo su protección y cuidado es decir dependen de él, sin embargo no se ha tomado en cuenta o bien se ha dejado de lado el principio fundamental de la asistencia familiar es el Estado de necesidad, siendo esta una obligación que debe ser de inmediato y oportuno suministro, no puede , no puede ni debe llegar a apuntar como finalidad del enriquecimiento del beneficiario.

Se puede observar que hoy en día existe un descuido por parte de los beneficiarios o bien por parte de sus tutores, causando un gran perjuicio al obligado, debido a que si bien es de carácter obligatorio pasar una asistencia familiar acorde a las necesidades de los beneficiarios, como bien lo dice la ley es para cumplir con los gastos básicos para su supervivencia, esta no prescribe con el tiempo, resultando que el obligado seguirá pagando la asistencia familiar por mucho tiempo los hijos de padres divorciados o separados, notamos que estos se encuentran en una situación incierta con respecto al buen vinculo Paterno – Filial, ya que se ven frente a un repentino ambiente de inseguridad, quedándose al cuidado solamente de uno de los padres; en muchas ocasiones esta situación provoca daños psicológicos; así como modificaciones en su conducta dentro de la sociedad, tales como incumplimiento en los deberes escolares, auto exclusión de sus amistades, rechazo a uno de sus progenitores; llegando incluso en

algunas ocasiones a tener ciertas desviaciones como introducirse en el consumo de sustancias controladas, esto se genera a causa de la inexistencia de normativas que regulen en el código de familia sobre las visitas de los padres a sus hijos en la separación o divorcio provoca el alejamiento involuntario de los padres con sus hijos, y muchas de las veces se complementan con chantajes por parte del padre que tiene la custodia.

En tal sentido queda claro identificar y plantearse la siguiente problemática:

“Es imperioso el requerimiento de proteger los derechos de los hijos como primacía de sus derechos fundamentales garantizados por el estado a ver a sus padres, como de los padres a visitar a sus hijos sin que el padre o la madre que tenga la tenencia del menor prohíba o evite que el padre acceda a su derecho a la visita en situación de separación o divorcio”.

2. PROBLEMATIZACIÓN

- a) ¿Por qué en el Art. 146 del Código de Familia Boliviano se otorga el derecho de visita al padre divorciado o separado y no así establece la garantía que haga efectiva esta norma?
- b) ¿Por qué el condicionamiento se vuelve un factor determinante para acceder al derecho de visita otorgada por el juez a los padres en situación de divorcio o separación?
- c) ¿Existen alternativas jurídicas e institucionales que sean oportunas o inmediatas para garantizar de la visita del padre divorciado o separado?

3. DELIMITACIÓN DEL TEMA

3.1. Delimitación temática

El área sobre la cual se desarrolla la investigación es el derecho de familia ya que la garantía de visita a los hijos libre de condicionamientos ejercida por el padre que obtuvo la guarda, es el objeto principal de investigación establecida en el código de familia en su Art. 146 que concede el derecho de visita pero no la garantiza existiendo un vacío

legal, el análisis de las instituciones del divorcio y sus efectos sobre los hijos, nos remiten analizarlo desde la rama del derecho de familia.

3.2.Límite temporal

La delimitación temporal consecuentemente comprende desde 26 de agosto del año 1972, siendo que por Decreto N° 10426 se regulo las instituciones familiares, por lo que se consideró como un periodo histórico donde la modificación de las instituciones del derecho fueron de gran importancia, en el campo del derecho de familia se profundizo el estudio de sus instituciones con el objetivo de establecer una protección jurídica eficaz perfilándose a establecer la seguridad jurídica que hasta ese momento no existía, pero obviamente no se llegó a contemplar situaciones como la garantía de visita de los padres a sus hijos en situación de divorcio o separación, tal vez por la evolución jurídica es prescindible considerar los efectos Psico - sociales que se producen en el padre e hijo, es de saber que la familia es donde se forjara el futuro de los hijos, con categoría moral y superación educacional, dependerá mucho de la interrelación con sus padres, considerando que en los últimos años se intensificaron los divorcios o separaciones de las familias, la investigación abarca hasta el primer trimestre del año 2010.

3.3.Límite espacial

El estudio se realizó a nivel del ámbito jurisdiccional de La Paz, considerando a su vez que el objetivo de esta investigación es la implementación en el Código de Familia preceptos para garantizar la visita del padre que no obtuvo la guarda a sus hijos en situación de divorcio o separación, se consideró a la ciudad de La Paz ya que tiene un índice mayor en los Juzgados de Partido en Materia Familiar que tienen competencia para conocer y decidir en primera instancia los procesos de divorcio y separación de los cónyuges y los Juzgados de Instrucción en Materia de familia¹, para conocer y decidir en primera instancia los procesos sumarios de asistencia familiar, tenencia de los hijos y de oposición de matrimonio respectivamente, por tanto fue imprescindible que la investigación se realice en el Departamento de La Paz, Provincia Murillo.

¹ Según Estudios realizados por el Dr. Bort Irahola, Carlos, en su libro “Reingeniería Constitucional en Bolivia”, Tomo II “Poder Judicial”, Cuadro estadístico desde 1995 a 2003 en las Paginas 61 y 62.

4. FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA

Asimilando que el ciclo vital del hombre es también reflejado a toda rama del conocimiento, debemos entender que el matrimonio no tiene carácter inmutable con este ciclo, aunque esta tiene características propias de este, la extinción del vínculo matrimonial se realiza de dos formas a mi parecer una imprevista como la muerte y otra que es prevista como el divorcio y la separación, mismos que generan efectos jurídicos que resultaran de un juicio ante el órgano jurisdiccional competente, justamente en un proceso Ordinario de Divorcio generalmente en una primera audiencia, uno de los puntos que se resuelven es la determinación de la situación de los hijos, estableciendo que padre es el encargado de la custodia de los hijos habidos en el matrimonio, otorgando al otro padre el derecho de visita según las condiciones que el fije, pero muchas veces el padre favorecido con la custodia utiliza la guarda para beneficiarse así mismo, determinando condiciones para la visita, como la elevación de la asistencia familiar o muchas de las veces simplemente porque no tiene la voluntad de que vea a su hijo situaciones estas simplistas ya que este problema al asumir esta actitud no considera el alejamiento del padre con su hijo, que muchas veces tienen consecuencias en el padre conduciendo a asumir reacciones impulsivas y desesperadas o generar afecciones repulsivas para con su ex cónyuge como también a su propio hijo.

A partir de este momento debemos considerar cuales son los efectos que recae en el hijo, muchos determinaron la inseguridad en su personalidad por conservar la unidad familiar y la falta de comunicación con el padre separado causa un trastorno Psico social que a futuro podrían manifestarse, al respecto “El Psiquiatra Uruguayo Daniel L. Murgia expresa en ese sentido que es comprensible que actúen decididamente en el determinismo Criminógeno que perturba la evolución instintivo afectiva, sobre todo *el abandono*, la sobre protección, la rigidez, *la desorganización familiar*, el alcoholismo, la promiscuidad, la miseria física y la privación moral, factores todos ellos que inciden decididamente en el desorden caracterial que puede conducir a la delincuencia”² en ese sentido vemos a grandes rasgos cual la necesidad de garantizar la visita del padre a su

² Comentario Citado en el Libro “Derecho De Menores”, del Dr. Daniel Hugo y D’Antonio, Pág. 58.

hijo para fortalecer este vínculo, para evitar la decadencia moral del niño, considerando que el divorcio solo produce la separación de los esposos y no así de uno de los esposos con sus hijos.

5. OBJETIVOS DEL TEMA

5.1.Objetivo General

- Proponer la incorporación de la garantía de visita del padre a sus hijos por situación de separación o divorcio en el Código de Familia Boliviano en el art. 146, para que se fortalezca el vínculo familiar

5.2.Objetivos Específicos

- Determinar cuáles son los efectos Psico Sociales en el hijo y el padre por la prohibición de visita que se realiza en el divorcio o Separación.
- Establecer en qué medida la visita es utilizada como mecanismo de condicionamientos favorables a los padres que obtuvieron la guarda.
- Analizar las posibles alternativas jurídicas e institucionales que garanticen el derecho de visita

6. MARCO DE REFERENCIA

6.1.Marco Histórico

Los antecedentes del divorcio y los efectos que recaen sobre los hijos inicialmente lo encontramos en el Código Civil Santa Cruz de 1831, que establece Instituciones típicamente familiares como el matrimonio, filiación, adopción, patria potestad, etc., posteriormente evolucionaron estas instituciones el 11 de octubre de 1911 y 19 de marzo de 1912 en la que se dicta en el país la ley del matrimonio civil y su decreto reglamentario respectivamente, posteriormente se declaró la indisolubilidad del matrimonio en el código civil de 1831, que fue derogada por ley de Divorcio absoluto de 15 de abril de 1932, en la reforma Constitucional Boliviana de 1938 respaldándose en la

teoría Social, introduce el régimen familiar en el Gobierno de German Busch por tanto el estado asume la protección de la familia, la Reforma Constitucional del año 1967 en el Art. 197 párrafo segundo determinó “Un código especial regulara las relaciones familiares”, posteriormente mediante Decreto Ley N° 10426 del 23 de agosto de 1972 aprobó como ley de la republica el Código de Familia que establecen en sus Art. 146 y 257 la derecho de visita al padre que no obtuvo la guarda en el divorcio.

6.2.Marco Teórico

La Fundamentación teórica del tema se encuentra en la corriente sociológica que considera a la familia como la célula del estado y los factores que inciden al interior de esta afectara al conjunto de la sociedad, la preservación de valores de los hijos con sus padres harán que se desarrollen en la sociedad como hombres de bien, al referirse Rosseau al estado de naturaleza del hombre manifestó que “todo es perfecto al salir de las manos del creador y todo se degenera en manos del hombre” es decir el hombre nace bueno pero la sociedad es quien lo transforma y lo convierte en un ser perverso, considerando que esta afirmación se podría complementar con los factores que inciden al desvió Psico Social de los hijos, se asume como factor determinante la falta de comunicación de los padres con sus hijos para que estos tengan la tendencia de desvió Psico social, considerando además que la investigación se complementa con la corriente del positivismo atendiendo el fin último de esta investigación será la incorporación de garantías de visita de padres en el Código de Familiar Boliviano, además el divorcio no solo contempla cuestiones prejuiciosas subjetivas sino también necesitan el análisis del conjunto de disposiciones jurídicas que protegen a la familia y sus miembros, sobre la consecuencia de guarda de los hijos en el divorcio que necesariamente debe ser garantizada por una norma jurídica como el Código de Familia.

7. HIPÓTESIS DE TRABAJO

“Con la incorporación de disposiciones jurídicas que garanticen la visita de los padres en situación de divorcio o separación en el Art. 146 del Código de Familia, evitara que este sea objeto de condicionamientos favorables al padre que obtuvo la guarda del hijo

y garantizara la incomunicación del padre con su hijo y la vulneración del derecho reconocido por el juez y amparado por las leyes que protegen a la familia y al menor”.

7.1. Variables

7.1.1. Variable independiente

La variable independiente está constituido por:

Con la incorporación de disposiciones jurídicas que garanticen la visita de los padres en situación de divorcio o separación en el Art. 146 del Código de Familia

7.1.2. Variable dependiente

La variable dependiente está constituido por:

Sea objeto de condicionamientos favorables al padre que obtuvo la guarda del hijo y garantizara la incomunicación del padre con su hijo y la vulneración del derecho reconocido por el juez y amparado por las leyes que protegen a la familia y al menor

8. MÉTODOS Y TÉCNICAS A UTILIZAR EN LA TESIS

8.1. Tipo de Estudio

Analítico - Descriptivo: Se emplea este método por la modalidad que se hará en el análisis sobre el tema y en la descripción de los datos recopilados.

8.2. Diseño de investigación

No experimental: Ya que no se realizara pruebas de análisis de tipo experimental, o de laboratorio sociológico, basándonos en aspectos bibliográficos históricos, y en el análisis de las fuentes a recopilar en las encuestas.

8.3.Métodos

Los métodos empleados en la presente investigación estarán circunscritos a la demostración de los objetivos, como de la problemática, en función de la hipótesis, para lo cual se tomaran los siguientes métodos:

8.3.1. Generales

8.3.1.1. Método Dialéctico

Se recurrirá a este método ya que constituye el método científico de conocimiento del mundo. Proporciona al hombre la posibilidad de comprender los más diversos fenómenos de la realidad. El método dialéctico al analizar los fenómenos de la naturaleza, de la sociedad y del pensamiento permite descubrir sus verdaderas leyes y las fuerzas motrices del desarrollo de la realidad de lo que implica las nuevas funciones sociales que encaran la problemática inherente al derecho de visita de padres en situación de separación o divorcio.

Ya que tiene su propiedad determinada por las fuentes teóricas y científicas y por las categorías fundamentales del movimiento, del espacio y del tiempo para considerarse.

8.3.1.2. Método inductivo

Se utilizará este método, puesto que se analizara los problemas e inconvenientes de la problemática, para llegar a establecer conclusiones de orden general.

8.3.1.3. Método deductivo

Se empleara este método, en la etapa inicial de la investigación, considerando que la conclusión está implícita en las premisas. Por lo tanto, supone que las conclusiones a las cuales se quieren llegar para la creación de un mecanismo jurídico que regule las garantías respecto al divorcio de manera general para posteriormente ingresar a sus

efectos respecto los hijos, específicamente el derecho de visita que concede el juez a los padres que no obtuvieron la guarda en situación de divorcio o separación para establecer cuáles son las incidencias sociales respecto de la cohibición del derecho de visita.; sigue necesariamente a las premisas: si el razonamiento deductivo es válido y las premisas son verdaderas, la conclusión sólo puede ser verdadera.

8.3.1.4. Método comparativo

Se empleara este método, en la comparación sistemática de casos en los cuales se vulnera el derecho de visita, con el fin de establecer similitudes, diferencias, ventajas y desventajas, en lo que implica los casos que se presentaron dentro de otras legislaciones y en nuestro país.

8.3.2. Específicos

8.3.2.1. Método Teórico

Se utilizará este método, que permitirá rebelar las causas y relaciones de características de la problemática en base a fundamentos teóricos y estudios realizados por eruditos de la materia que tratan sobre el derecho a la visita, y las medidas que garanticen su cumplimiento.

8.3.2.2. Método de Análisis

Se empleara este método, ya que determinara la separación mental o material del objeto de investigación en sus partes integrantes para descubrir los elementos esenciales que la conforman.

8.3.2.3. Método Sociológico

Estableceremos la relación directa que concurre entre el nacimiento de las nuevas normas del Derecho, con las insuficiencias jurídicas que existen en la sociedad.

8.3.2.4. Método Jurídico

Método con lo cual se establecerá, los principios jurídicos generales, que determinaran las consecuencias que derivan de tales principios y su concordancia con las instituciones en vigor con las normas positivas. Lo cual permitirá interpretar, construir, sistematizar y comunicar el conocimiento jurídico.

8.3.2.5. Método Exegético

Será utilizado para estudiar o interpretar las normas legales y no otras fuentes o partes del derecho es el método de interpretación por el cual se estudia artículo por artículo las normas jurídicas.

8.4.técnicas a utilizarse en la tesis

La técnica a utilizar en la presente investigación son:

8.4.1. Revisión bibliográfica

Se emplea en el campo de recolección de datos doctrinarios y fundamentos jurídicos, en base a libros y publicaciones.

8.4.2. Revisión de documentos

Empleado en la selección y discriminación de documentos, inherentes a las resoluciones universitarias y documentos legales en los cuales se presentó dentro de la problemática.

8.4.3. Trabajo de campo

Empleado en la formulación, aplicación y realización de encuestas, para establecer la fundamentación de la tesis.

DESARROLLO DEL DISEÑO DE PRUEBA

INTRODUCCIÓN

La desvinculación matrimonial o separación, emergente del divorcio, contrae una serie de conflictos dentro de nuestra realidad social no solo en los cónyuges, si no al entorno de las familias, lo cual afecta directamente a la relación paterno y materno filiales. Siendo objeto para buscar dichos conflictos los hijos, donde generalmente se le suprime el derecho de visita al padre o la madre que no tiene la tenencia del menor.

Al respecto el presente estudio plantea los fundamentos jurídicos para garantizar el derecho a la visita de los padres separados o divorciados. En razón de la muy pobre atención brindada por nuestros autores a la materia, realizamos desde el ámbito del derecho un estudio fundamentalmente jurisprudencial, que incluyó algunas sentencias de las que encontramos indicación en distintas obras y un trabajo de investigación en la búsqueda de los casos que sobre derecho de visita nos pudiera ofrecer.

De este modo logramos un acervo de información que suplió con creces la ausencia de una doctrina sistematizada, ofreciendo el material para determinar con claridad las orientaciones y evidenciar algunas fallas que se muestran recurrentes en el abordaje de la institución que nos ocupa.

Como solución jurídica no es posible remontarse miles de años, como ocurre con otros institutos, al estudiar este derecho, relativamente nuevo. Por el contrario, sus antecedentes los debemos ubicar en la época posterior a la codificación. Según Rivero es hasta mediados del siglo pasado que el derecho de visita “accede al nivel jurídico por vía jurisprudencial, particularmente en Francia siendo ésta una clásica institución.

Partiendo de lo expuesto el presente estudio remonta V capítulos en los cuales comprende los antecedentes, los fundamentos teóricos y doctrinarios del derecho a la visita, asimismo se hace un análisis de la normativa inherente a la problemática, y

finalmente se analiza los fundamentos sociales mediante un estudio de trabajo de campo, para la viabilidad de la propuesta.

Finalmente se exponen las conclusiones y recomendaciones a los cuales se arribaron como resultantes de la presente investigación, para proponer un proyecto de ley dentro de la propuesta legal, como solución jurídica a la problemática expuesta.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DIVORCIO Y EL DERECHO A LA VISITA DE LOS HIJOS

1.1. LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO Y EL DIVORCIO ANTIGUAMENTE CONOCIDO

Cada vez que se señalan las fuentes constitutivas de la familia, tres son las que unánimemente puntualiza la doctrina civil: el matrimonio, la filiación y la adopción. Asimismo, tres son también los estados que una persona puede ocupar en la familia y de esta forma dos integrantes de un grupo familiar podrán ser cónyuges o parientes consanguíneos o parientes por afinidad. Pero importa advertir como se adelanta a hacerlo Planiol “...*que los diferentes estados familiares no responden respectivamente a las fuentes constitutivas de la familia o dicho de otra manera: del casamiento deriva el estado de cónyuge, la filiación y la adopción originan el parentesco y a su vez de una combinación de efectos de matrimonio y parentesco resulta la afinidad...*”³.

Desde un punto de vista natural y biológico, todos los individuos son hijos de una madre y de un padre, pero su filiación se determina según sean las circunstancias legales de la unión de los mismos. Vale decir que hay una filiación derivada del hecho real y natural que se funda en la filiación y otra jurídica que se funda en la adopción, las cuales originan efectos jurídicos para el reconocimiento de derechos y el cumplimiento de las obligaciones.

Etimológicamente la voz matrimonio deriva de los vocablos latinos *matris* y *muniuní*, que significan carga o gravamen para la madre⁴, expresándose de ese modo que es la mujer quien lleva el peso mayor tanto antes como después del parto. No reconoce la misma raíz

³ Planiol Bipert y Rouast, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, traduc. de Mario Díaz Cruz, La Habana, 1946, t. II, pág. 12.

⁴ Esriche, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Librería de la Vda. de Ch. Bouret, París-México, 1925, Matrimonio, pág. 1204.

etimológica los sinónimos de matrimonio en Francia, Italia e Inglaterra, donde se habla de *mariage*, *maritaglo* y *marriage* respectivamente, palabras todas derivadas de marido⁵.

Por otra parte, de tan magna importancia han sido las transformaciones que la institución del matrimonio ha experimentado con el correr de los siglos, que cabría preguntarse si la poligamia y la poliandria de los períodos expuestos por Morgan⁶ llama de la "*familia consanguínea*" o "*punalúa*" por ejemplo, tienen con el concepto actual del matrimonio parentesco, sin embargo parecería que es recién que en el quinto de los períodos, de la "*familia monogámica*", donde es posible vislumbrar el germen del matrimonio tal como hoy lo concebimos en el estado actual de la civilización⁷.

Eliminadas la poliandria y la poligamia, el matrimonio comenzó a ser la unión permanente entre un hombre y una mujer dispuestos a llevar una vida en común. Por eso bien dice D' Aguanno que *"el derecho a la asociación conyugal se afirma... en el seno de la humanidad, cuando ya se han comenzado a constituir las uniones entre los sexos con un cierto carácter de permanencia y cuando cada uno comprende el deber de respetar la mujer ajena, a fin de que los demás respeten la propia. Cuando este respeto mutuo viene a ser sancionado por parte del poder social, entonces el derecho al matrimonio comienza su evolución..."*⁸.

Otro de los factores que marcaron la evolución del matrimonio fue el establecimiento de la relación paterna filial entre los componentes del matrimonio y los derivados de esta relación ya que tiene como fin último plasmar la idea de la familia.

La filiación que habría nacido con el objeto de establecer vínculos de protección y amparo entre los integrantes de la familia especialmente con los menores, que según los estudiosos, el comportamiento de la sociedad adulta con respecto a los menores muestra un abanico de comportamientos en distintos pueblos, que iban desde los castigos de muerte o castigos

⁵Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Argentino*, "Familia", 2a ed., Ed. Perrot, Bs. Aires, 1959, T. I, pág. 49.

⁶Morgan, Luis E., *La Sociedad Primitiva*, La Plata, 1935, T. II, pág. 35 y sigs.

⁷*Enciclopedia Universal ilustrada*. Editor Hijos de J. Espasa, Barcelona, T. 33, pág. 1057.

⁸D' Aguanno, José, *La génesis y la evolución del Derecho Civil*, trad. de Pedro Dorado Montero, Madrid, T. I, pág. 356.

corporales muy duros infringidos a los menores, hasta una actitud de indulgencia y sobreprotección. Se observa por ejemplo que en la antigüedad en numerosas culturas se legitiman acciones que afectan la integridad física del niño ya sea por motivos religiosos o educativos situación que era mucho más practicada cuando los progenitores se encontraban separados.

Según Demolombe, la filiación es el estado de una persona considerada como hijo, en sus relaciones con su padre o con su madre dentro de la vida conyugal. Por su parte Planiol y Ripert dicen que la filiación es la relación de dependencia que existe entre dos personas, en virtud de la cual, la una es la madre o el padre de la otra.

Prayones condensa ambos conceptos diciendo que la filiación es *"la relación natural de descendencia entre varias personas, de las cuales unas engendran y otras son engendradas, pero en el sentido más limitado se entiende por filiación la relación existente entre dos personas de las cuales una es madre o padre de la otra"*.⁹

La filiación crea un estado civil, relaciones de familia, y determina los derechos y obligaciones emergentes del mismo, tal cual nos refieren los antecedentes legados por nuestros antepasados.

Sin embargo los efectos producidos por el matrimonio encontraban escollos cuando se producía la desvinculación matrimonial, que fue conocida desde tiempos inmemoriales.

Es evidente que como norma, a través de la historia humana, el matrimonio no ha sido ni invariable ni eterno, no lo es menos que, en las edades primigenias, sólo se conocieron las formas más brutales de la ruptura del vínculo matrimonial, que interrumpían los lazos entre los cónyuges en base de la arbitraria y prepotente autoridad marital, con el procedimiento alevoso del repudio y aunque algunos tratadistas atribuyen su práctica sólo a un pueblo, por

⁹ MAZZINGHI, Jorge Adolfo. (1999). Derecho de Familia. Tomo IV. Buenos Aires: Ed. Ábaco de Rodolfo de Palma. Tercera Edición.

su parte Escriche sostiene que el “...repudio se permitió a los judíos por su dureza de corazón...” lo cierto es que el repudio o la repudiación fue reconocido por numerosos pueblos del Oriente. Así en el Código de Hammurabí, se estableció: *"Si una mujer ha menospreciado a su marido y le ha dicho: No quiero ser tuya, será examinada en secreto acerca del perjuicio de que sea víctima, y si es buena ama de casa, sin tacha y si su marido sale y la descuida mucho, esta mujer no es culpable, puede tomar su ajuar e irse a casa de su padre"*. En el Código de Manú, prescribe que la mujer estéril sea reemplazada al cabo de ocho años de convivencia; cuando una mujer que *"bebe licores, se porta mal, es enferma o pródiga"*, dice la misma ley, *"o aquélla a la que se le hubieran muerto todos sus hijos en la menor edad o que no hubiera engendrado más que mujeres, estaba sometida a la repudiación"*.

En su caso, podía originarse el derecho de repudiación en la mujer, si su cónyuge no conservase la virtud de la vida matrimonial. El Manú enseña también que uno es hombre en cuanto consta de sí mismo, de su mujer y de su hijo. El padre de familia no sabría nunca separar de sí a la mujer, ni por abandono, ni por venta a menos que la repudie, en caso de esterilidad, espíritu de discordia o avergonzada conducta.

Roma conoció la repudiación, antes que apareciera el divorcio legalmente afianzado. A pesar de la aseveración de Cicerón, de que el divorcio estaba permitido por la Ley de las XII Tablas, es indudable que la institución no está en consonancia con la severidad de las costumbres primitivas. Los historiadores romanos sitúan hacia el siglo VI de la Era Cristiana los primeros casos de divorcio legal. Con anterioridad sólo existía la repudiación de la mujer por el esposo. Estando ésta sometida a la manus del marido, solamente éste podía repudiar en el matrimonio, por causas graves¹⁰. En lo que se refiere a los hijos en situación de divorcio, en el derecho Romano el paterfamilias tenía derecho de vida y muerte sobre las personas sometidas a su potestad y por ende sobre sus hijos, pudiendo venderlos o abandonarlos, derecho este que más tarde fue atenuado. Poseía, además la

¹⁰ Goldstein, M., "Derecho hebreo a través de la Biblia y el Talmud", Ed. Atenea, Bs. Aires- Argentina, 1946, pág. 276.

facultad de castigar corporalmente a su hijo, argumentándose que “*el sufrimiento físico y moral corrige los caracteres depravados*”.

En el Derecho Romano, la Patria Potestad otorgada al pater familias sobre sus hijos poder de vida y muerte; podía pignorarlos, alquilarlos, venderlos, disponer de sus bienes; tenía derecho de juzgarlos y condenarlos en judicium privata. Las potestades del padre subsistían hasta su muerte, cualquiera fuera su edad de los hijos. Con el tiempo fueron atenuándose estos poderes, primero con la intervención de los magistrados y senadores que refrendaban los abusos, mas tarde con leyes que castigaron la muerte o exposición de los recién nacidos, prohibieron, salvo hipótesis excepcionales, la venta de los hijos y eliminaron el jus patrium, que fue sustituido por el jus publicum para el juzgamiento de los delitos. Esta institución asume en el derecho romano, el carácter de deber de corrección, asistencia y protección. No se trata ya de la subordinación jurídica total a la voluntad del pater, sino el deber de honrar al progenitor y de obedecerlo. Lo que antes eran deberes éticos se tornan como deberes jurídicos e incluso morales bajo fundamentos axiológicos.

Cuando se instituyó la Iglesia católica esta mantuvo siempre el sistema de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, como un medio eficaz, para dar una organización firme a la familia legítima; en los primeros tiempos del cristianismo tuvo que aceptarse los principios del derecho romano, que los emperadores partidarios de aquella, o sea la Iglesia católica, conservaron en cuanto al matrimonio, su "legislación y jurisdicción", pero modificadas por las normas cristianas. El Concilio de Trento estableció definitivamente la indisolubilidad del vínculo matrimonial desde el punto de vista de la Iglesia Católica Apostólica Romana¹¹.

En efecto, la Iglesia luchó contra las leyes romanas y las costumbres germánicas que autorizaban el divorcio y logró, poco a poco, obtener su supresión. Como no era posible mantener ciertos hogares profundamente desunidos, la Iglesia creó la separación de cuerpos, que no es otra cosa sino el divorcio antiguo, disminuido en sus efectos y conservó

¹¹ Pavón, C., “*Tratado de la familia en el Derecho Civil Argentino*”, Ed. Ideas, Bs. Aires-Argentina, 1946, pág. 63.

la palabra misma de divorcio, pero indicando que se reducía a una simple separación de habitación, los esposos separados no podían volver a casarse¹².

Pero si bien la abierta y franca oposición de la Iglesia cristiana al divorcio absoluto, es materia que aparece con todo su rigor en el siglo XVI, aproximadamente, la tesis antidivorcista es paralela a la misión de Jesús, según atestiguan los Santos Evangelios. De allí arranca una corriente de interpretaciones y comentarios que no sólo forman la Doctrina, sino la Jurisprudencia con que en el curso de los siglos se ha venido enfocando el tema.

1.2. EL DIVORCIO Y SUS EFECTOS CON LOS HIJOS POST REVOLUCIÓN FRANCESA

En el derecho Francés impero el régimen del Derecho Canónico, en el que la mujer podía pedir la separación sin que las causas de su demanda fuesen limitativamente determinadas; eran dejadas al arbitrio y prudencia de los jueces el motivo más corriente fue el maltrato del marido. En cuanto a este podía demandar la separación por adulterio de la mujer.

La Revolución Francesa introdujo una modificación radical en la doctrina en las leyes, tras la Revolución de 1789 y la primera Constitución de 1791, se dictó la ley de 20 de septiembre 1792, que admitió el divorcio con suma facilidad, no solo por mutuo consentimiento de los conyugues sino también por “incompatibilidad de humor” alegada por uno de los cónyuges.

Posteriormente el Código Napoleón reacciono contra esos extremos, y si bien acepto al lado del divorcio por causas graves imputables a uno de los cónyuges, el fundado en el consentimiento mutuo, considero que esto no era una causal en sí, sino el reconocimiento por parte de los cónyuges de la existencia de una causal, que querían mantener oculta.

¹² Planiol, M., y Ripert, J., *Tratado Práctico de Derecho civil /ranees*, pág. 369, núm. 487, Ed. Cultural, La Habana (Cuba), 1939

El Código Napoleón mantuvo el divorcio con disolución del vínculo y aun por voluntad de los cónyuges, estableció la “Separación de Cuerpos” para los que profesaban la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio.

Con la evolución del derecho se han limitado los derechos absolutos del padre orientados al interés del hijo, concediendo la patria potestad también a la madre. Lo que realmente importa es la protección de los menores, estableciendo la legislación moderna el acento sobre los deberes y no sobre los derechos de los padres, Surgiendo el control cada vez mayor de parte del estado sobre la forma en que se ejerce la autoridad paterna y el establecimiento de sanciones, incluso de orden penal, para los padres que no cumplan debidamente con su obligación, sin embargo este hecho es nocivo, cuando el padre quien no obtuvo la tenencia de su o sus hijos se ve impotente ante la acción de su cónyuge cuando no deja que el padre cumpla con su obligación de asistencia, acto que resulta totalmente arbitrario es constantemente reclamado en los tribunales.

1.3. EL DIVORCIO Y SUS EFECTOS CON LOS HIJOS EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA

En el Imperio Incaico las mujeres entre edades de 18 a 20 años y los hombres de 24 a 26 años debían contraer matrimonio por ante el representante del monarca, mediante compra o de oficio.

La compra consistía en la adquisición de la mujer que hombre ansia, mediante regalos al padre y el curaca, para que luego sea confirmado o legalizado el acto nupcial por el representante del inca, por otro lado se contraía matrimonio de oficio cuando los hombres y las mujeres en las edades anteriormente descritas, cada año o cada dos años y en fechas establecidas, el delegado del inca los casaba solemnemente luego de determinar nupciales,

de entre las dos filas formadas frente a frente y elegidas al azar y decía “*tú con esta y tú con aquel*”¹³.

Según Louis Baudin en el floreciente imperio de los incas el matrimonio era obligatorio e indisoluble exceptuando los matrimonios donde, el adulterio de la mujer podía provocar la repudiación por el marido bajo reserva de la autorización del Inca, si se trataba de la mujer de un curaca o del curaca si se trataba de un indio ordinario lo que demuestra que ya durante el incario se practicaba el divorcio bajo venia de una autoridad y en el peor de los casos acarreaba la pena de muerte para el adulterio sea para el hombre o la mujer.

En la Colonia rigió la legislación española fundamentalmente basada en el Fuero Juzgo y las partidas, por lo que en materia de divorcios rigió el derecho canónico y el único divorcio admitido por esta legislación es el llamado divorcio separación que no otorga libertad para contraer un nuevo matrimonio mientras vive el otro cónyuge.

Hasta agosto de 1825 continuaban rigiendo las leyes españolas como en la colonia, hasta que el Mariscal Andrés de Santa Cruz puso en evidencia el Código Civil que estuvo basado en el Código Civil Francés de 1804.

El Código Civil Santa Cruz en cuanto al matrimonio estuvo influenciado por el derecho canónico, tanto que en su Art. 99 era elevado a la dignidad de sacramento. En cuanto al divorcio en los Capítulos I, II, III, IV Título VI del libro 7 Artículo 144 al 159 instituye el divorcio relativo o el divorcio separación (manteniendo subsistente el vínculo jurídico conyugal ya sea por adulterio, malos tratos, servicia o injurias graves), siendo los únicos competentes para fallar sobre el divorcio los Tribunales Eclesiásticos mientras los alimentos se tramitaban por medio de los jueces civiles, sin embargo por la Ley de Divorcio Absoluto del 15 de abril de 1932, luego de una larga y persistente lucha entre el liberalismo y la iglesia, la competencia del divorcio paso a tribunales estatales.

¹³ Jimenez Sanjinez, Raúl, *Lecciones de Derecho de Familia y del Menor*, Edit. Presencia, La Paz – Bolivia, 2002, T.I, Pag. 79-80.

En lo que refiere a la situación de los hijos en situación de divorcio convendría transcribir las partes pertinentes de la Ley de Divorcio Absoluto de 1932 la cual establecía: “**Capítulo III. “De las medidas provisionales” Artículo 12°.- Juntamente con las providencias, se fijará la situación circunstancial de los hijos menores, así como la pensión que ha de darse a la mujer y a los hijos que no quedasen en poder del padre y mientras se ventile el juicio**”.¹⁴

Por otro lado esta ley en lo que se refería a la tenencia de los hijos disponía: **Capítulo VI. “De los hijos” Artículo 25°.-** La situación de los hijos menores se definirá en la sentencia después de las convenciones que realicen los padres, con anuencia del juez e intervención fiscal. **Artículo 26°.-** A falta de acuerdo de los cónyuges, el juez resolverá de su situación, teniendo en cuenta el mejor cuidado y el interés de los menores. La obligación de educar y alimentar a los hijos, es solidaria para los padres, proporcional a su fortuna y a las necesidades de los alimentarios. **Artículo 27°.-** Los hijos que tengan menos de cinco años de edad serán confiados a su madre, salvo motivo grave a juicio del juez y del fiscal u oposición del padre. Y los mayores, al padre. O los varones al padre y las mujeres mayores o menores, a la madre. **Artículo 28°.-** Si el juez determinase conveniente por razones de moralidad no conferir la guarda de los hijos a ninguno de los cónyuges podrá optar entre los hermanos de éstos o entre los abuelos paternos o maternos. **Artículo 29°.-** Las convenciones de los cónyuges sólo se referirán a la guarda de los hijos. La patria potestad la ejercerá cada cónyuge sobre los hijos que tenga a su cargo. Si la guarda fuere confiada a un tercero, se aplicarán a éste, en cuanto a la patria potestad, las disposiciones del Código Civil.

De la lectura de los anteriores párrafos se puede inferir que la protección al derecho de visita que tiene el padre que no obtuvo la tenencia de sus hijos por divorcio, no se encontraba ni se encuentra protegida jurídicamente.

¹⁴ BOLIVIA, Ley de 15 de Abril de 1932, promulgada durante la presidencia de Daniel Salamanca.

CAPITULO II

FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE VISITA A LOS HIJOS DE PADRES EN SITUACIÓN DE DIVORCIO

2.1. EL MATRIMONIO INSTITUCIÓN FAMILIAR GENERADOR DE OBLIGACIONES

El vínculo matrimonial considerada como una de las instituciones más importantes del estado fue conceptualizada como, *“una unión comunitaria entre el hombre y la mujer para hacer una vida en común, llevar y soportar las cargas de la sociedad conyugal; es una institución natural y jurídica por el cual se institucionaliza la unión intersexual monogamia de la pareja”*, por su parte Marcelo Planiol y Jorge Ripert, complementaban este concepto señalando *“que el marido cumple con su obligación alimentaria desde el momento que aplica las reglas del régimen patrimonial. La mujer no tiene derecho a reclamarle otra cosa; si no está satisfecha no le queda más recurso que la separación judicial o de hecho, en cuyos casos se le podrá conceder una pensión alimentaria”*¹⁵.

El matrimonio tiene sentido profundo y espiritual porque, a más de ser un vínculo jurídico, es fundamentalmente la unión moral y espiritual entre dos personas basada en el afecto y el amor, Eduardo B. Busso fue quien estableció la distinción entre “amor” como “sentimiento” y como “operativo de voluntad”¹⁶ que en sentido jurídico tendría validez cuando se analizaba al amor como manifestación de la voluntad, al respecto frecuentemente se suele hacer una reflexión sentimental, razonado que cuando el amor se acaba no tiene

¹⁵ Marcelo Planiol y Jorge Ripert. “Tratado de Derecho Civil Francés”, traducción de Mario Díaz Cruz, T. II, La Familia, La Habana, 1946, Pág. 260.

¹⁶ Eduardo B. Busso, “Codigo Civil” anotado, T. II, primera parte, Familia, Edit. Ediar, Buenos Aires- Argentina Art. 50. Pág. 151.

sentido alguno que dos personas sigan encadenadas en sus vidas y aquí empieza la trampa, porque se supone que el amor es algo volátil, totalmente independiente del hombre, que aparece y desaparece sin que se sepa cómo ni por qué. Pero ante esta actitud, queda resabio de un romanticismo egoísta, cabría preguntarse: ¿Qué amor desaparece?

Es verdad que el amor es un fenómeno sensible es también una operación de la voluntad. El amor como fenómeno sensible es una especie de atracción más o menos ilusionada, independiente del sujeto que se siente atraído. El amor como operación de voluntad es la decisión de entregarse al bien de otra persona. Si el amor, en tanto que fenómeno sentimental, puede aparecer o desaparecer, comprometiendo la persistencia del amor, en tanto que es una operación de voluntad cuando se manifiesta como la decisión que depende de la firmeza y la constancia del que decidió servir a la persona amada, en ese entendido podríamos afirmar que el amor sensible se viene o se va, en cambio el amor voluntario se cultiva y el cultivo del amor se va fortaleciendo del amor mismo, de aquí que la razón de que el amor matrimonial, en lugar de ser algo necesariamente se va agotando hasta morir, más al contrario el amor como una disposición personal va creciendo y fortaleciéndose con el tiempo, pero hay que decidirse a cuidar el amor, hay que querer el amor posiblemente así se podrá dar mayor probabilidades en la prolongación del matrimonio y así posiblemente restar las cifras de divorcios que enormemente fueron acrecentadas en las últimas décadas.

Se ha señalado con gran certeza que la naturaleza jurídica del matrimonio ha suscitado serias controversias en el ámbito de la doctrina jurídica cuando se discute sobre si la unión conyugal es un contrato o una relación de otra índole, en vista de que anteriormente solo se encontraba en vigencia el matrimonio religioso el cual era elevado a la dignidad de sacramento por la iglesia y contradictoriamente había surgido la teoría del matrimonio como contrato amparada por la ley civil.

Pero estas diferencias teóricas habrían alcanzado auge cuando se trató de identificar al matrimonio dentro del ámbito del derecho, por lo que a comienzos del siglo XX el carácter

clásico fue cuestionado y desplazado por otra calidad situación, la que llevo a plantear al matrimonio como institución.

Se debe manifestar que estas diferencias teóricas servirán de fundamento a momento de analizar el vínculo jurídico preexistente entre el padre divorciado y su hijo en el entendido de que si el matrimonio se constituye el fundamento de las relaciones paternales convendría entender su sentido teórico en el derecho.

2.2. TEORÍA CONTRACTUAL CANÓNICA DEL MATRIMONIO

La doctrina canónica, considera al matrimonio desde dos ángulos: como un sacramento y a la vez como un contrato, un contrato muy especial entre el hombre y la mujer, para realizar una vida familiar de manera indisoluble y elevada a la calidad de sacramento; como sacramento se establece que el matrimonio sólo puede ser constituido por la voluntad y consentimiento de los contrayentes y para ello debe mediar el afecto llamado amor y sus efectos no pueden ser alterados ni fracturados por nadie, pues no admite su disolución por las leyes divinas y su existencia es sagrada.

Esta Teoría sostiene además, que el matrimonio es un verdadero contrato que se perfecciona con el consentimiento de los contrayentes, que es expresando ante el párroco u ordinario delegado, la concepción contractual del matrimonio bajo el manto de la doctrina canónica destaca la función esencial de la libre voluntad de los contrayentes que constituirá el vínculo y el sacramento, de ahí se la ha denominado como contrato consensual.

De la lectura anterior se establece que esta teoría se fundamentaba bajo dos posturas la primera en la que reconocía la libre voluntad de los contrayentes, la cual habría surgido en rechazo de la asistencia matrimonial patriarcal de Roma donde el pater familias era quien se encargaba de elegir al esposo de su hija con el único objeto de concentrar en este a las familias influyentes, por otra parte el segundo pilar sobre el cual se sostenía esta concepción era la de la indisolubilidad del matrimonio mediante el cual se había elevado al matrimonio al grado de sacramento, sin embargo existe controversia al respecto ya que es

en algunos pasajes de la Biblia donde se habría permitido el reconocimiento del repudio como la forma incipiente del divorcio así el versículo 14 del capítulo XXI del *Génesis* nos da el primer caso de repudiación en la historia hebrea: "*...Entonces Abraham se levantó muy de mañana, y tomó pan, y un odre de agua, y lo dio a Agar, poniéndolo sobre su hombro, y le entregó el muchacho, y la despidió. Y ella salió y anduvo errante por el desierto de Beerseba...*". Asimismo en el *Deuteronomio* se detallaban las reglas para la consumación legal de la repudiación (y el divorcio, simultáneamente) en los siguientes preceptos: "*24:1 Si un hombre se casa con una mujer y después resulta que no le agrada por algún defecto notable que descubre en ella, hará en certificado de divorcio, se lo dará a la mujer, y la despedirá de su casa. 24.2 Si ella después pasa a ser la mujer de otro y este también ya no la quiere la despide con un certificado de divorcio; o bien se llega a morir este otro hombre que se casó con ella, el primer marido que la repudio no podrá volver a tomarla por esposa, ya que pasó a ser para él como impura. Sería una abominación a los ojos de Yavé que la volviera a tener...*"¹⁷.

2.3. TEORÍA CONTRACTUAL CIVIL DEL MATRIMONIO

Fue en Francia que encontramos atisbos de esta teoría en su primera Constitución Política del Estado, la cual decía que la ley considera al matrimonio como un contrato civil, significado que se había dado del matrimonio desde el punto de vista legal identificándolo como un acto eminentemente de la autoridad civil, que era ajena e independiente a la potestad religiosa; en la que primaba el concepto de la voluntad autónoma y soberana sobre la constitución consecuentemente también la disolución del vínculo jurídico matrimonial.

Desde este punto de vista la idea del matrimonio había cambiado ya que esta institución fue llevada de fundamentos religiosos a fundamentos del derecho positivo, estructurada a partir de las primeras leyes republicanas, por lo que a partir de fines del siglo XVI, la vida legislativa de las instituciones familiares cambiaron en sus fundamentos doctrinarios, pero a pesar de ello coexistieron durante este periodo dos legislaciones para regular el matrimonio:

¹⁷ La Biblia Latinoamericana, Edit. Verbo Divino, España, 1991.

la civil y la religiosa.

La doctrina del derecho moderno si bien aceptaba la idea de que el matrimonio como contrato la cual involucra a los esposos como sujetos principales del contrato, cambia el sentido acudiendo radicalmente al papel de la voluntad en su constitución, Gangi decía *“El contrato de matrimonio es un contrato de derecho familiar perfectamente distinto de todos los otros contratos de carácter patrimonial. Este, por lo que se refiere a sus condiciones de existencia y validez y particularmente a la capacidad de los contrayentes, los vicios del consentimiento la forma y los efectos, tienen una regulación jurídica propia perfectamente distinta de todos los demás contratos”*.

Messineo se refiere manifestando que el *“matrimonio civil es una convención de derecho familiar, como negocio jurídico bilateral, pero de contenido personal”*. De ahí que, aun sería más propio llamar instituto antes que contrato, al negocio de los demás negocios jurídicos que recaen sobre elementos patrimoniales y porque todo acuerdo de voluntades es siempre un negocio jurídico.

De todo ello, se ha venido sosteniendo que el matrimonio es un acto jurídico constituido por la voluntad y consentimiento de los contrayentes mediante un contrato especial *suigeneris*, de derecho familiar.

La concepción del contrato matrimonial no fue totalmente aceptada principalmente desde el punto de vista católico como refiere Rafael Braun *“Presentaré lo que considero un marco conceptual desde el cual yo, como sacerdote católico, veo la realidad del matrimonio y las dificultades de vivir esa propuesta que Dios nos ofrece. Lo haré en tres puntos: El primero es que el matrimonio puede ser visto como un contrato o como una alianza. Los contratos son revocables, se hacen a medida de las partes. Dos sujetos autónomos se reúnen y convienen algo. Lamentablemente, muchas veces el derecho canónico ha presentado al matrimonio como un contrato. Pero teológicamente es una alianza. Cuando Dios habla de matrimonio en las Sagradas Escrituras, el modelo es su alianza con el Pueblo de Israel.*

Después San Pablo hablará del matrimonio como un misterio referido a la alianza entre Cristo y la Iglesia. Ambas alianzas, la de Dios con el Pueblo de Israel y la de Cristo con la Iglesia, son alianzas irrevocables. El matrimonio cristiano es una alianza -el famoso texto de la carta de San Pablo a los Efesios, cap. 5, vs. 22 y siguientes-.

Esto significa que cuando uno se casa no formula un contrato a medida sino que entra en una institución. Cuando se le pregunta a Jesús sobre el divorcio, lo registra así el Evangelio, responde citando al Génesis: “el hombre dejará a su padre y a su madre, se unirá a su mujer y serán una sola carne”. Es decir, lo primero es tomar conciencia de que, cuando uno se casa, entra a formar parte de una alianza que supera la voluntad creativa de cada uno para construir algo nuevo; construye algo nuevo dentro de la alianza.”¹⁸

Este último comentario mostraba la necesidad de reformular los fundamentos teóricos sobre los cuales se habría formado el matrimonio, de esta forma surge la teoría institucional del matrimonio.

2.4. TEORÍA INSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO

Esta teoría surge cuando el Derecho de Familia interrumpe en la legislación contemporánea como reacción contra la concepción individualista del Código Francés para dar paso a la concepción socialista de la familia, la cual avanza con el argumento de que la nación no puede concebirse como simple agregado material de personas, sino como una suprema organización político económica, así, la familia debe considerarse como una célula social como entidad y personalidad propia, antes que como una suma mecánica de miembros.

Esta teoría sostiene que el matrimonio no puede ser un simple contrato librado a la voluntad de los contrayentes, sino que es algo superior, que perdura más allá de la vida, busca el bienestar colectivo que se identifica con el concepto de institución, porque es el estado el que tranza las normas imperativas que son impuestas de modo general a las que las partes

¹⁸ <http://www.revistacriterio.com.ar/sociedad/la-crisis-matrimonial-tres-miradas>.

no tienen más que adherirse y cuyos efectos, se producen automáticamente, como los efectos y deberes que genera y sobre las causas que producen la nulidad del matrimonio, etc. En consecuencia, cuando las partes se someten a las reglas de esa institución, la realización jurídico – matrimonial produce automáticamente sus efectos y es por eso que los cónyuges son importantes para modificar a simple voluntad las condiciones y los efectos de la relación jurídica, menos disolverlo por su sola voluntad.

De ahí se afirma que el matrimonio como institución natural es de orden público¹⁹, de una magnitud trascendental, solo participa del carácter contractual, se constituye en la fuente que origina la familia y su finalidad intrínseca es la perpetuación de la especie humana conformando la población, considerando en sentido amplio como fuente de la célula social y núcleo esencial del estado.

A este respecto Bonnacase nos transmite un concepto más amplio y concreto y dice *“ha de considerarse el matrimonio como una institución conformada por un conjunto de reglas de derecho esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la familia una organización social y moral que corresponda a la naturaleza del hombre y a las exigencias de la noción de derecho”*.²⁰

De esta manera el concepto institucional de la familia nos ofrece identificar el carácter público y fin social de la familia, sucinta y comprensiblemente definida, se entiende por norma de orden público aquella que tiene relación con la protección y aseguramiento del interés general inmediatamente del interés particular a diferencia de las reglas del derecho privado que protege en forma inmediata el interés privado y solo de una manera mediata mira al interés público, o como dice Chiovenda son normas que regulan la vida de relación, teniendo en mira el interés de todos, de igual manera la jurisprudencia boliviana reconoce este aspecto *“...El matrimonio es una institución de orden social y no pueden renunciarse*

¹⁹ Así lo establece el Código de Familia de Bolivia Ley N° 996 en su Art. 5 “Las normas del derecho de familia son de orden público y no pueden renunciarse por voluntad de los particulares, bajo pena de nulidad, salvo en los casos expresamente permitidos en la ley”

²⁰ JIMÉNEZ Sanjines, Raúl. (1984). Teoría y Práctica del Derecho de Familia . La Paz – Bolivia: Ed. Popular.

por convenios particulares las normas legales que rigen tanto su celebración como su disolución, a tenor de lo preceptuado por el Art. 5 del c.c. (5 c.f.)”²¹.

Pero el concepto de fin social y orden público de la familia no termina con el hecho constitutivo o el hecho disolutivo del mismo, sino que incumbe a todas y cada una de las personas que conforman la familia, como también aquellas instituciones que derivan de la misma, como el parentesco, la afinidad y las obligaciones que derivan de estas dos, como es el de asistencia entre los miembros de la familia.

2.5. FINES DEL MATRIMONIO

La doctrina desde el punto de vista del matrimonio institución se venía propugnando por establecer cuáles son las finalidades del matrimonio en el afán de explicar las causas por las que se constituye, es decir el objeto fundamental de la relación interpersonal de los esposos, teniendo entre sus propulsores a la iglesia y a los juristas.

Desde el punto de vista del derecho canónico los fines del matrimonio se dividen en fines primarios y secundarios, de esta forma:

- FIN PRIMARIO: La procreación y *crianza de los hijos*
- FIN SECUNDARIO: La ayuda mutua y el remedio a la concupiscencia (deseo excesivo de bienes materiales).

Desde el punto de vista de los juristas los fines del matrimonio son los siguientes:

- a) La satisfacción del amor.
- b) La procreación de la descendencia y la educación de los hijos
- c) la mutua compañía, asistencia y socorro.

²¹ Gaceta Jurídica de Bolivia N° 1224, Pág. 60.

Por otra parte los fines desde el punto la doctrina institucional del matrimonio:

- a) Preservación de la especie.
- b) Cumplir su fin social como elemento esencial del estado²²

2.6. EFECTOS DEL MATRIMONIO

La característica esencial para la pugna doctrinal sobre los fines del matrimonio radicaba justamente en fundamentar positivamente cuales serían los efectos que produce el matrimonio, desde un punto de vista sincrético entre las concepciones anteriormente desarrolladas, los efectos que produce el matrimonio son aquellos derechos, deberes y obligaciones personales y patrimoniales²³ que genera para con sus componentes, por lo que es inevitable referirme sobre los efectos jurídicos que produce la unión conyugal entre dos personas, mucho más cuando el desarrollo de estas generara las relaciones paterno filiales.

Siendo las finalidades de la institución de orden moral y social, sus efectos revisten esencial carácter de orden público, que no pueden renunciarse ni modificarse por la voluntad de los interesados. Todo pacto contrario a tales efectos, es nulo. La libertad contractual, que permite a los contratantes determinar libremente el contenido de los contratos, sin otra restricción que la subordinación a los límites impuestos por la ley, no tiene aplicación ninguna en el acto jurídico del matrimonio, cuya única libertad consiste en casarse y abstenerse de hacerlo, porque una vez contraído, los conyugues están sometidos a las obligaciones que implica sin poder modificarlas, disminuidas o agravarlas.

En este sentido en Bolivia se reconoce la igualdad de obligaciones y derechos que recaen sobre los contrayentes, así lo manifiesta el Código de Familia en su Art. 96 *“Los esposos tienen, en interés de la comunidad familiar y de acuerdo a la condición personal de cada*

²² Esta tendencia que personalmente fue mal identificada respecto a su fin social cuando fue aplicada políticamente al explicarse, particularmente en el caso de los países latinoamericanos, por la necesidad de fomentar un rápido incremento de la población, política que aconsejo Alberdi en la Argentina, con la conocida formula consignada en sus bases: *“gobernar es poblar”*.

²³ Cabe hacer notar que este punto identifica la triple acepción de los efectos del matrimonio, una que identifica aquellos derechos que surgen de la unión conyugal, otra sobre las obligaciones que derivan de esta, pero también tengo que mencionar que el matrimonio produce el fundamento social y filosófico de los deberes paterno filiales.

uno, derechos y deberes iguales en la dirección y el manejo de los asuntos del matrimonio, así como en la crianza y educación de los hijos. En defecto de uno de los cónyuges, el otro asume solo, las atribuciones anteriormente descritas, en la forma y condiciones previstas por el presente Código.” y el Art. 194 de la anterior Constitución Política del Estado *“I. El matrimonio descansa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.”* como también lo expresa las líneas jurisprudenciales con relación a los efectos que produce el matrimonio.

Ahora dentro de los efectos que conlleva este estudio, toca analizar los efectos relativos a los hijos, como objeto principal de estudio:

2.6.1. Efectos relativos a los hijos

En lo que se refiere a las concepciones sobre la finalidad principal del matrimonio se puede apreciar que la procreación de la descendencia es el factor común de estas, pero al constituirse la procreación como un hecho jurídico este genera derechos y deberes para los sujetos intervinientes.

Los deberes de los padres que surgen de la maternidad y de la paternidad que se traducen en la protección, amparo y cuidados que deben otorgar los progenitores a los hijos desde el momento mismo de su concepción, su gestación y nacimiento, su crianza, educación formación moral y espiritual.

Estos deberes se traducen en las actuaciones, cuidados y actos de protección que los padres deben otorgar a los hijos, los que prolongan todo el tiempo que dura la infancia, la adolescencia y la juventud hasta que alcancen la mayoría y obtengan una profesión u oficio que les permita contar con los medios económicos necesarios para independizarse y valerse por sí mismos; en suma comprende la alimentación, vestido, educación, vivienda, salud, recreación y otros, o sea todo lo necesario para el desarrollo de la capacidad física, mental y espiritual de los hijos.

Tales obligaciones tienen que ver con los derechos fundamentales de los hijos establecidos en el Art. 174 del Código de Familia que establece “*DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS HIJOS*). Los hijos tienen los derechos fundamentales siguientes: 1º A establecer su filiación paterna y materna, y de llevar el apellido de sus progenitores. 2º A ser mantenidos y educados por sus padres durante su minoridad. 3º A heredar a sus padres. Esta enumeración no importa la negación de otros derechos reconocidos por el presente Código y el ordenamiento legal del país.” de igual modo la nueva constitución política del Estado establece entre los derechos de los hijos lo siguiente “*Artículo 64. I. Los cónyuges o convivientes tienen el deber de atender, en igualdad de condiciones y mediante el esfuerzo común, el mantenimiento y responsabilidad del hogar, la educación y formación integral de las hijas e hijos mientras sean menores o tengan alguna discapacidad. II. El Estado protegerá y asistirá a quienes sean responsables de las familias en el ejercicio de sus obligaciones.*” Y el “*Artículo 108. Son deberes de las bolivianas y los bolivianos: 9. Asistir, alimentar y educar a las hijas e hijos. 10. Asistir, proteger y socorrer a sus ascendientes.*”.

De los Arts. extraídos anteriormente se puede establecer que las relaciones familiares se caracterizan por su reciprocidad e inagotabilidad entre los padres e hijos. Estas relaciones hacen que los deberes se reviertan de los hijos a favor de los padres, como consecuencia de las leyes naturales de la vida, lo mismo que una forma de retribución por los cuidados, la protección, el amparo y el cariño recibido de los padres durante la infancia y la juventud, mucho más cuando los padres han entregado lo mejor de sí para que los hijos se realicen en el orden personal y obtengan una posición económica estable, de modo que cuando los progenitores y aun los otros ascendientes, se encuentran en situación de necesidad por la imposibilidad de auto sustentarse por la avanzada edad o la incapacidad física o mental que padecen, situación que no les permite cubrir sus necesidades más elementales, entonces surge para los hijos el deber, la obligación moral y natural de brindar los socorros necesarios para satisfacerlas, de acuerdo con sus posibilidades económicas y materiales.

2.7. EL MATRIMONIO GENERADOR DE LAS RELACIONES DE PATRIA POTESTAD

Existen escasos elementos que dan pautas acerca de la historia del matrimonio, ya que esta institución ha evolucionado tan de prisa en el correr de los tiempos, desde la familia primitiva pasando por la consanguínea o “punalúa” hasta la familia monogámica a las cuales se refiere Morgan y que actualmente conocemos.

El matrimonio debido a su trascendental importancia, que tiene para los esposos y los descendientes de esa unión, es un tema que ha motivado a profundas reflexiones por parte de los filósofos, literarios, religiosos, sociólogos y principalmente juristas²⁴.

Se ha sostenido por las teorías expuestas que el matrimonio es una *institución*, y contrariamente, que es un *contrato*. No es ajena totalmente a la disputa la creencia religiosa de los contendores.

Estamos, reconociendo el dilema si: ¿el matrimonio es un contrato o una institución?, ¿y no será las dos cosas a la vez?²⁵.

Se dice recapitulando las teorías expuestas que es un contrato porque existe acuerdo de voluntades destinado a reglar derechos, y se critica esta postura alegando que solamente pueden los contrayentes prestar su consentimiento, y que una vez ello ocurrido, será la ley la que con prescindencia de la voluntad de las partes determinará las consecuencias legales²⁶.

²⁴ En la actualidad este tema se inclina a nuevos debates no solo en estas aéreas, porque en varios estados ya se reconoce el matrimonio de dos personas del mismo sexo, acto que a los ojos de la teoría teológica es totalmente aberrante, sin embargo por la proliferación de las constituciones estatales que reconocen derechos de primera generación, se vienen concretando estos matrimonios.

²⁵ Comp. Planiol, Marcel y Hipert, George, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, con la colaboración de A. Rouast, La Habana, 1940, t. II, pág. 69. Orgaz, Alfredo, *Nuevos Estudios de Derecho Civil*, Bs. Aires, 1954, pág. 334.

²⁶ Esta es la más reiterada crítica que se ha formulado a la tesis contractualista. Por ello no han faltado autores que han encontrado ciertas semejanzas con los contratos de adhesión. No debe olvidarse, sin embargo, que en los tiempos que vivimos, como bien lo ha señalado Ripert, el contrato aparece como la sumisión de las partes a un conjunto de reglas obligatorias (*“Le régime démocratique et le Droit civil moderne.”* París, 1937, pág. 302), fenómeno hoy tan común que Josseland en felicísima expresión ha caracterizado como de *dirigismo contractual*.

Se dice también que es una institución (ya religiosa, ya civil y social) partiendo de la falta de acomodación del matrimonio en el molde estrecho del contrato y en procura de otra solución que resuelva el interrogante de su naturaleza jurídica y se critica esta opinión diciendo que parte del error de cerrar deliberadamente el ámbito de aplicación de la figura contractual en un marco reducido, cuando ello no debe ser así²⁷.

Personalmente y por los fundamentos antes descritos creo que el matrimonio es ambas cosas a la vez, es decir, un contrato (pero de derecho de familia) y una institución. Sin embargo, debo manifestar que ello es así por cuanto la voz matrimonio se designa dos cosas distintas. En efecto, el matrimonio, en cuanto a su formulación jurídica positiva y en cuanto a los factores teleológicos que inspiran la legislación a su respecto, bien puede ser considerado una institución, pero ello en tanto se considere el problema desde el ángulo asignado, es decir, desde una postura netamente objetiva e impersonal. Así contemplado, el matrimonio no hay duda que es una institución social; pero si tomamos en cuenta el acto que celebran los contrayentes para que sus vidas sean regladas por esa institución, creo que es también indudable que ellos realizan un acto jurídico que, por el ámbito en que se desenvuelve, será un acto jurídico familiar; y si ahondamos el análisis, y partiendo del género buscamos la especie, podremos decir que estamos en presencia de un contrato de Derecho de familia²⁸.

Siempre se ha persuadido de que muchas de las definiciones o conceptos que sobre el matrimonio se han expresado, adolecen de un patente defecto, al no encerrar con carácter de síntesis lo que el matrimonio es, sino exponiendo sumariamente lo que él debiera ser. Un ejemplo aclare tal vez la idea. Si decimos que la sociedad es un conjunto numeroso de personas unidas por un coherente y firme propósito de progreso, tendiente al logro del mejoramiento humano, no expresamos sino un deseo de lo que pretenderíamos que fuese la sociedad, ya que ésta, objetivamente considerada, es algo muy distinto.

²⁷ Josserand, Louis, *Derecho Civil*, Bs. Aires, 1950, t. I, vol. II, Pág. 692.

²⁸ Lamentablemente aún no cuenta la ciencia jurídica con una adecuada sistematización de los actos jurídicos familiares y su especie los contratos de derecho de familia. Sin embargo, podemos decir en líneas muy generales que por tal debe entenderse el acto jurídico bilateral de contenido fundamentalmente familiar. La órbita en que se desenvuelve tipifica a un contrato como de derecho de familia, sin perjuicio de que presente características especiales que permitan distinguir su indudable particularidad.

Para Portalis, el matrimonio "es una sociedad del hombre y la mujer, que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino".

¿No sería acaso matrimonio el que se celebrara sin el propósito de complementar ese enunciado? Prayones, por fin, dice que "*...es una institución social mediante la cual se establece la unión entre dos personas de distinto sexo para realizar la propagación de la especie y los demás fines materiales y morales necesarios para el desarrollo de la personalidad...*".

Por ello me parece más correcta que otras, como por ejemplo la expresada por Eneccerus, Kipp y Wolff, quienes entienden que el matrimonio "*...es la unión de un hombre y una mujer reconocida por el Derecho e investida de ciertas consecuencias jurídicas...*"²⁹, o por Busso³⁰, para quien el matrimonio "*...es la unión solemne de un hombre y una mujer tendiente a constituir una plena comunidad de vida y regida por el Derecho...*", finalmente por Arias quien entiende que "*...es la unión permanente, exclusiva y lícita del hombre y la mujer...*".

Por otra parte Sara Montero Duhalt aclara: "*...Matrimonio es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la ley...*"³¹.

De los conceptos anteriormente extractados se concluye que el matrimonio no puede ser un simple contrato librado a la voluntad de los contrayentes, sino que es algo superior y complementario, que perdura más allá de la vida, busca el bienestar colectivo y se identifica con el concepto de institución, porque es el estado el que tranza las normas imperativas que

²⁹ Eneccerus, L., Kipp, T. y Wolff, M., *Tratado de Derecho Civil*, T. IV, *Derecho de Familia*, vol. I, Buenos Aires, 1948, Pág. 10.

³⁰ Busso, Eduardo B., *Código Civil Anotado*, Editorial Ediar, Bs. Aires, 1958, T. II, Pág. 8.

³¹ Montero Duhalt, Sara, "Derecho de Familia", Edit. Porrúa S.A., México, 1992.

son impuestas de modo general a las que las partes no tienen más que adherirse y cuyos efectos, se producen automáticamente, relativas a su condición, los efectos y deberes que genera. En consecuencia, cuando las partes se someten a las reglas de esa institución, la realización jurídico – matrimonial produce automáticamente sus efectos y es por eso que los cónyuges son importantes para modificar a simple voluntad las condiciones y los efectos de la relación jurídica, menos disolverlo por su sola voluntad.

De ahí se afirma que el matrimonio como institución natural es de orden público³², de una magnitud trascendental, solo participa el carácter contractual, se constituye en la fuente que origina la familia y su finalidad intrínseca es la perpetuación de la especie humana conformando la población, considerando en sentido amplio como fuente de la célula social y núcleo esencial del estado.

A este respecto Bonnacase nos transmite un concepto más amplio y concreto y dice *“ha de considerarse el matrimonio como una institución conformada por un conjunto de reglas de derecho esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la familia una organización social y moral que corresponda a la naturaleza del hombre y a las exigencias de la noción de derecho”*.

De esta manera el concepto institucional de la familia nos ofrece identificar el carácter público y fin social de la familia, sucinta y comprensiblemente definida, se entiende por norma de orden publico aquella que tiene relación con la protección y aseguramiento del interés general inmediatamente del interés particular a diferencia de las reglas del derecho privado que protege en forma inmediata el interés privado y solo de una manera mediata mira al interés público, o como dice Chiovenda son normas que regulan la vida de relación, teniendo en mira el interés de todos, de igual manera la jurisprudencia boliviana reconoce este aspecto *“...El matrimonio es una institución de orden social y no pueden renunciarse por convenios particulares las normas legales que rigen tanto su celebración como su*

³²Así lo reconoce el Código de Familia de Bolivia Ley N° 996 en su Art. 5.

*disolución, a tenor de lo preceptuado por el Art. 5 del c.c...*³³, por lo visto el reconocimiento del matrimonio como institución refleja o eleva su categoría jurídica en el sentido del cumplimiento de los derechos y obligaciones de manera equitativa o igual para con sus integrantes.

Pero el concepto de fin social y orden público de la familia incumbe a todas y cada una de las personas que conforman la familia, como también aquellas instituciones que derivan de la misma, como el parentesco, la afinidad y las obligaciones que derivan de estas dos, como es el de asistencia entre los miembros de la familia, así también obligaciones que tienen como fin resguardar y preservar las relaciones paterno filiales entre sus miembros.

El estudio anterior demuestra la naturaleza jurídica de la patria potestad como consecuencia del matrimonio de la que surge una primera interrogante ¿La Patria potestad se tratara de un derecho natural o de una función social?

Es evidente que en el proceso de evolución todos los derechos han sufrido limitaciones, en mayor o menor grado, inclusive la patria potestad. Se ha expuesto cómo los poderes paternos en Roma eran ilimitados, a pesar de la dulcificación de las costumbres operada durante la República.

A partir de la época romano-helénica y el Derecho justiniano y como consecuencia de las relaciones sociales cambiantes, la patria potestad evoluciona de derecho absoluto a una relación poder-deber complementando la idea del matrimonio institución antes descrita.

Mientras que en el Derecho romano y en la Edad Media la organización familiar se asentaba sobre la omnipotencia del *paterfamilias*, amparados en el "*honrarás a tu padre y a tu madre*"³⁴, en el Derecho moderno se entiende por patria potestad las obligaciones y poderes del padre teniendo siempre en vista la protección y educación del hijo.

³³ Gaceta Jurídica de Bolivia N° 1224, Pág. 60.

³⁴ Además siendo referente católico de respeto a tus progenitores, es identificado como uno de los 10 Mandamientos.

Hobbes, estudiando la naturaleza de la institución, analiza el hecho de que si el poder derivado de la patria potestad proviene de la generación, éste debería corresponder a la madre, pero dado que ella está sometida a su marido, es éste el que detenta el poder derivado, pero absoluto. Locke expresa que el poder paterno es el origen de la jefatura del Estado y considera que lo que sujeta al hijo al padre es su debilidad e ignorancia, por lo que éste debe protegerlo y educarlo hasta que el hombre se transforma en un ser libre, es decir que conoce o es capaz de conocer las leyes naturales y civiles. Sostiene además que el poder paternal es más deber que autoridad; el padre debe hacer todo lo conducente al desenvolvimiento físico e intelectual del sujeto a patria potestad, y en caso de abandono o atentado contra su integridad la sociedad está obligada a hacer cesar ese poder que el padre detenta. Llegado el hijo a la plena capacidad la relación paterno-filial se invierte y es el hijo el que tiene deberes: reconocimiento, protección y amparo hacia sus padres.

El pensamiento que acabo de exponer demuestra que ya en el siglo XVII se desarrollaban en el campo filosófico teorías que luego irían ganando terreno en el Derecho positivo.

Circunscribe que el derecho de patria potestad es un medio para cumplir un deber; *"que el poder está atribuido como consecuencia de un deber jurídico preexistente"*, de modo tal que el interés jurídico tutelado no es ya el individuo y su derecho subjetivo, sino la familia como unidad. Algunos autores llegan a otorgar al núcleo familiar condición de persona moral, a la que se subordinarán los intereses individuales, aunque sin prescindir del individuo³⁵. Empero, la potestad paternal es incausada y absoluta en todo lo que se refiere a la educación, vigilancia de la conducta y formación de la personalidad de los hijos³⁶.

Para Josserand, los derechos derivados de la patria potestad son *"derechos-funciones"*, pues están condicionados por el fin para el que fueron creados, es decir, la protección y educación de los hijos. En consecuencia, estos derechos deben ejercerse de modo tal que no

³⁵ Díaz de Guijarro, *Tratado de derecho de familia*, ed. Tea, 1053, pág. 239.

³⁶ Laquis, *El abuso de derecho en el ejercicio de la patria potestad*, ed. Abeledo-Perrot, 1963, pág. 35.

desvirtúen el propósito de la institución, mucho menos deben ser interrumpidos aun cuando se haya producido la desvinculación matrimonial.

En esta línea, ante el caso en el cual una menor quedó confiada varios años a los abuelos maternos por fallecimiento de la madre, en vista del posterior reclamo del padre, decide que la patria potestad se transforme de derecho absoluto en relativo, que tiende cada vez más a proteger los derechos del niño y de la familia, que pueden oponerse victoriosamente a los del padre. La anterior jurisprudencia consideraba un atentado ilegal arrebatar a un padre la patria potestad; por ello, para atenuar las consecuencias del audaz fallo, se explica que todo indicaba ser beneficioso para la niña el que viviese con sus abuelos, pero que la decisión podría ser reversible en caso de desmérito de los abuelos, pero no de mérito del padre. Evidentemente se trata de un paso más hacia la socialización de las relaciones privadas.

Volviendo ahora al interrogante que nos planteábamos inicialmente sobre si la patria potestad constituye como un derecho natural o de una función social, y con los elementos desarrollados, podemos concluir que, suponiendo la existencia de los llamados derechos naturales, la patria potestad pudo ser considerada uno de ellos en Roma y aun en la Edad Media, derivándose de este el concepto y su carácter absoluto e encausado. Pero su transformación en derecho relativo y todavía más en deber y el nuevo interés jurídico tutelado (el hijo y la familia), permiten afirmar que en la actualidad, al menos doctrinariamente, la patria potestad debe ser considerada como una función social que tiene por fin la protección del menor y su formación intelectual y moral. Por otra parte, es evidente que si la patria potestad fuese un derecho natural, podría ser ejercido con más libertad y la trasgresión a los deberes legales impuestos no daría lugar a sanciones tan graves como su pérdida.

Borda considera que en cuanto a deberes se refiere, la patria potestad no "es" sino que "tiene", una función social, pero en los derechos implica un verdadero derecho natural³⁷.

³⁷ Borda, "Tratado de Derecho civil argentino", Ed. Perrot, 1959, Parte general, t. I, Pág.158.

2.7.1. Caracteres de la Patria Potestad

La patria potestad, por el contenido social de que está investida, se encuentra regulada por normas que deben ser consideradas de orden público³⁸, esta característica demuestra la importancia de la regulación jurídica del estado en las instituciones familiares, en el caso de Bolivia están reguladas por la Ley 996 y la Ley 2026, sin embargo uno de los grandes atributos de la nueva constitución política del estado precisamente se encuentra en la incorporación protecciones jurídicas a las instituciones Familiares.

No es perpetua: hay causas que producen su extinción *ipso jure* (emancipación, mayor edad), y otras que provocan su pérdida como sanción impuesta por el mal desempeño de los deberes paternos o su incumplimiento³⁹, a propósito de lo determinado se debe recordar que dentro de las causales de extinción del ejercicio de la patria potestad no se encuentra el abuso en el ejercicio de la guarda familiar en situación de divorcio, considerando que no es un derecho absoluto, según ha quedado expresado en el punto anterior, sino relativo, es un derecho personal e intransferible, su renuncia o abandono podría acarrear graves sanciones, aun de carácter penal.

En concordancia con estos principios se ha resuelto que es inaceptable la renuncia que hace el padre a ejercer la patria potestad sobre uno de los hijos⁴⁰.

El doctor Casares sostuvo que quien declina la obligación impuesta por la ley respecto a la educación y cuidado de los hijos, haciendo abandono de la patria potestad, evidencia ser un mal padre que no puede pretender seguir ejerciendo sus funciones con los hijos restantes. Otra sería la situación si por dificultades económicas confiase su hijo a un organismo estatal, pero sin hacer abandono de la patria potestad.

³⁸ Borda, “*Tratado de Derecho civil argentino*”, Ed. Perrot, 1959. Parte general, t. I, pág. 158.

³⁹ Por lo menos así lo establece el Código de Familia Boliviano Ley N° 996 en su Libro Tercero, Título I, Capítulo III, Arts. 276-282 (Cabe aclarar que los Art. 276 al 281 fueron derogados por el Código Niño Niña y Adolescente Ley 2026)

⁴⁰ La jurisprudencia Boliviana señala lo siguiente “*Siendo de orden publico la patria potestad es irrenunciable, aunque mediara, consentimiento expreso, y su ejercicio subsiste mientras no sobrevenga las causales previstas en el Art. 194 del c.c. (276, 277, c.f.) y otras que la ley estatuye*” G.J. No. 1172, Pág. 15.

Díaz de Quijarro sienta la tesis de que *"el régimen jurídico de la familia existe con prescindencia absoluta de sus componentes: la condición de hijo, padre o esposo surge con independencia de la voluntad de quienes se hallan en esa situación. Hay una regulación preexistente que tiene por caracteres la generalidad y la obligatoriedad. La adquisición, modificación o pérdida de los derechos de familia se logra por imperio de la ley. El ejercicio de la patria potestad es imperativo: sobre la voluntad o el interés del padre prevalece el interés social que tiende a la protección de la familia⁴¹."*

2.7.2. Derechos y Deberes Paterno Filiales

Las potestades que integran la autoridad paterna son de naturaleza compleja; ordinariamente asumen a la vez la condición de derechos y deberes. Educar a un hijo, vivir a su lado, plasmar su espíritu, cuidar de su persona y sus bienes, constituye para un padre normal la fuente de las más perdurables satisfacciones y alegrías. Al atribuirle estas potestades, la ley le reconoce un derecho natural, pero le impone al mismo tiempo su cumplimiento como una obligación. De esta manera se conjugan el interés paterno con el familiar y social, dando origen a esta categoría de derechos - deberes, que caracterizan la institución, sin embargo cuando se produce la desvinculación familiar, muchas veces los hijos se convierten en la mejor arma para causar daño a su conyugue, eso sucede con el abuso del derecho de la guarda y tenencia de los hijos en situación de divorcio.

Entre los derechos y deberes que derivan de las relaciones paterno filiales se encuentran los siguientes:

2.7.2.1. Guarda

Tenencia y vigilancia del menor, En primer término, los padres tienen el derecho de tener consigo a sus hijos, cuidarlos y vigilarlos. Correlativamente, éstos tienen la obligación de

⁴¹ Este punto resulta realmente importante cuando se analiza el derecho a la familia, ya que en la derogada y actual constitución política del estado no se reconoce a la familia como un derecho, refiriéndome a que no se enuncia de manera categórica como derecho, sin embargo el carácter protector del estado asumida con la familia le atribuyen un carácter de fin social, así por ejemplo se aprecia en la anterior constitución en sus Arts. 7 lit. j) y 193-199 sobre el Régimen familiar, y en la nueva Constitución se encuentra distribuida entre los Artículos del Título II de su Primera Parte.

vivir en casa de sus progenitores; no pueden dejarla sin su permiso y, si lo hicieren, ya sea por propia determinación o por imposición de terceros, los padres pueden exigir que las autoridades públicas les presten la asistencia necesaria para hacerlos entrar bajo su autoridad.

Los padres pueden acusar criminalmente a los seductores o corruptores de sus hijos y a las personas que les retuvieren, esta comisión de delito también incluye a los familiares, así se puede extraer de la Parte Especial del Código Penal Boliviano en vigencia.

En lo que se refiere a esta investigación precisamente el derecho de guarda familiar es el objeto formal sobre el cual recae el problema cuando los cónyuges en situación de divorcio impiden que sea ejercido este derecho, pero mencionar que solo este derecho en su ejercicio es violado resulta totalmente egoísta, pues esta acción produce otras consecuencias para con los hijos, en ese sentido serían también vulnerados los derechos de los hijos, más aun cuando en proceso de divorcio la audiencia de medidas provisionales donde se determina la tenencia y guarda de los hijos estos no son escuchados por la imposibilidad legal de llamados a declarar por disposición del Art. 391 segundo párrafo del Código de Familia, sin embargo dentro de la jurisprudencia nacional se sentó precedente en lo que se refiere a la libertad de expresión, de los hijos sin embargo el reconocimiento de la libertad de expresión de los hijos en los procesos de divorcios no fue sino reconocido hasta que por Sentencia Constitucional N° 0223/2007 de 3 de abril de 2010⁴² se estableció que las declaraciones testificales de niños en los procesos que involucren sus derechos se encuentran precisamente ejerciendo su derecho a la libre expresión, mucho más cuando este involucre la guarda y tenencia de los hijos en procesos de divorcio, sin embargo este punto será ampliamente desarrollado en el capítulo pertinente.

⁴² “...De otra parte, el derecho de los menores a ser escuchados se extiende a todas las acciones y decisiones que afectan sus vidas: en la familia, en la escuela, en sus comunidades, aún a nivel político nacional y de igual forma se aplica a los problemas que afectan a los niños tanto individualmente, **como a las decisiones que sobre ellos se toman cuando se encuentran en el proceso de separación de sus padres**, y obviamente **cuando se tenga que definir su guarda respecto a uno de los progenitores**... Ahora bien, este derecho debe ser ejercido por los niños y adolescentes, antes de que el juzgador tome una decisión, toda vez que es un criterio que, junto a los otros parámetros descritos por la Constitución, el Código de Familia, la Convención y el Código Niño, Niña y Adolescente, debe servir para que el juez realice la evaluación integral de la situación del niño y, en mérito a ello, resuelva el caso.” (S.C 0223/2007 de 3 de Abril de 2010).

2.7.2.2. Educación

*Dirección y formación moral del hijo,*⁴³ La principal misión de los padres es dirigir la formación de sus hijos, educarlos, trazar el rumbo moral de sus vidas. Ello implica la necesidad de fiscalizar los actos del menor, sus relaciones personales, el ambiente que frecuenta. De ahí que se reconozca a los padres la potestad de prohibir las relaciones del menor con determinada persona, salvo, sin embargo, el derecho de visita de los abuelos; de interceptar y examinar su correspondencia: en este caso no rige el principio de la inviolabilidad de las cartas misivas; pueden también prohibirles las lecturas o espectáculos que juzguen perniciosos.

Instrucción escolar, La ley 1420 impone a los padres la obligación de proporcionar instrucción primaria a los hijos de 6 a 14 años, la que puede ser impartida en las escuelas del Estado, en las particulares o en el propio hogar. Para facilitar el cumplimiento de esta obligación, el Estado imparte enseñanza gratuita⁴⁴.

*Educación religiosa,*⁴⁵ La orientación religiosa de los hijos es también un atributo paterno. Pero el ejercicio de este derecho suscita delicados problemas cuando la conciencia religiosa del hijo capaz de discernimiento, entra en conflicto con la fe de sus padres. Nuestra jurisprudencia registra un caso interesante. Una joven de 17 años, hija de judíos, abrazó la religión católica y decidió bautizarse, cobijándose en una institución de ese culto. Los padres reclamaron el reintegro de la hija a su hogar; pero el tribunal denegó el pedido “hasta tanto no prometan que permitirán a la menor practicar la religión católica”, fundándose en la libertad de cultos garantizada por la Constitución Nacional. Algo que parece prudente la decisión dada al caso. Los derechos que importa la patria potestad no son nunca absolutos, ni pueden ejercerse con arbitrariedad o exceso. Y violentar la fe

⁴³ En este caso la Nueva Constitución Política del Estado de Bolivia en su Art. 81 Par. I establece que la educación no solo es un derecho sino también una obligación que se debe cumplir hasta el bachillerato, a diferencia de la anterior Constitución Política que en su Art. 177 Par. III determinaba que la educación era obligatoria solo hasta el nivel primario.

⁴⁴ Esta función suprema es de responsabilidad del estado así lo determina la C.P.E. vigente en su Art. 77 Parágrafo I y en la constitución derogada en su Art. 177 Parágrafo I.

⁴⁵ Art. 262 del Código de Familia Boliviano Ley N° 996 de 4 de abril de 1988.

religiosa de una persona que, aunque sin ser mayor de edad, tiene plena conciencia y discernimiento, resulta sin duda abusivo.

Por ello es que en el derecho comparado se admite que los menores, luego de cierta edad, puedan elegir libremente su culto. Nuestra legislación no ha establecido ninguna regla concreta que permita decidir hasta qué edad los padres pueden imponer a sus hijos sus creencias religiosas; empero, el límite lógico es el de 14 años, en que el Código reconoce discernimiento a los menores⁴⁶.

Profesión y trabajo, Se otorga a los padres el derecho de elegir la profesión de sus hijos; pero limitándose a disponer de los padres según tengan el derecho de educar a sus hijos. Por su parte, el art. 258 Núm. 3 Código Familia⁴⁷ dispone que entre los derechos y deberes de los padres está el de dotarle de una profesión u oficio socialmente útil. Se explica que así sea, pues los padres pueden juzgar inconveniente el tipo de trabajo elegido por el menor o necesitar de sus servicios⁴⁸ este límite se encuentra determinado por la ley General del Trabajo “...Los menores de 18 años no podrán contratarse para trabajos superiores a sus fuerzas o que puedan retardar su desarrollo físico normal...”⁴⁹, pero que es lo que sucede en el divorcio? Por lo general en los procesos de divorcios el hecho de que uno de los hijos se encuentre trabajando por diversas circunstancias es aprovechado por el padre obligado de asistencia familiar, pues solicitan la cesación de asistencia familiar.

Derecho de corrección,⁵⁰ Los padres pueden corregir moderadamente a sus hijos. Es un atributo esencial de la autoridad paterna que debe ejercerse con la prudencia indispensable, evitando los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores. En caso de excesos, el Juez puede intervenir para resguardar a los menores, disponiendo la cesación de los malos tratos y las sanciones pertinentes si

⁴⁶ Según la C.P.E. para el ejercicio de los derechos políticos se requiere cumplir 18 años, el Código Civil en su Art. 4 establece la capacidad de obrar a los 18 años, la capacidad para contraer matrimonio según el Código de Familia es de 16 años varón y 14 de la mujer, por su parte el Código Penal señala la edad de 16 años para ser punibles.

⁴⁷ Ley N° 996 de 4 de abril de 1988.

⁴⁸ Esto limitado claro por la ley bajo el principio de “Lex supplet iudicium patris” o “la ley suple el arbitrio paterno” es decir el límite del arbitrio paterno es la ley.

⁴⁹ Ley General del Trabajo de Bolivia Art. 58.

⁵⁰ Art. 258 Núm. 2 de la Ley N° 996 Código de Familia.

correspondieren, esta además que la nueva constitución prohíbe tal actitud del progenitor y la sociedad “...*Se prohíbe y sanciona toda forma de violencia contra las niñas, niños y adolescentes, tanto en la familia como en la sociedad...*”⁵¹.

En lo que se refiere a los hijos estos no pueden abandonar la casa de sus progenitores⁵², esto posiblemente como medio de seguridad para preservar la integridad de la familia, por lo que siendo prohibición de la ley el progenitor puede este acudir a la fuerza pública para que reincorpore al hijo al hogar familiar, así también el padre en uso del Art. 263 del Código de Familia puede pedir el auxilio educativo.

El ejercicio abusivo del derecho de corrección trae aparejadas sanciones tan graves como la suspensión de la patria potestad y, desde luego, sanciones penales si existieran lesiones.

Deber de respeto y obediencia, El respeto debido por los hijos a sus padres no se origina, en rigor, en la patria potestad, sino en la ley de la sangre. Ya el precepto bíblico dispone: Honrarás a tu padre y a tu madre. Este mandamiento es independiente de la autoridad paterna y se mantiene cualquiera sea la edad de los hijos.

El deber de obediencia se vincula, en cambio, con el ejercicio de la patria potestad; es correlativo al atributo paterno de dirigir y educar a sus hijos, y termina con la mayoría de edad.

2.7.2.3. Asistencia

Alimentos: remisión, El deber de asistencia comprende, en primer término, el de alimentos que, en realidad, más que de la patria potestad, surge de la relación paterno - filial. De ahí que sea recíproco y que no se extinga con la mayoría de edad.

⁵¹ Constitución Política del Estado de Bolivia, de 7 de febrero de 2009, Art. 61 Parágrafo I.

⁵² “Es uno de los efectos de la autoridad de los padres, que el hijo menor no puede dejar la casa paterna sin el permiso de aquellos, según lo dispuesto por el art. 190 del c.c. (259 c.f.)” G.J. No. 850, Pag. 29.

En lo que se refiere a las concepciones sobre la finalidad principal del matrimonio se puede apreciar que la procreación de la descendencia es el factor común de estas, pero al constituirse la procreación como un hecho jurídico este genera derechos y deberes para los sujetos intervinientes.

Los deberes de los padres que surgen de la maternidad y de la paternidad que se traducen en la protección, amparo y cuidados que deben otorgar los progenitores a los hijos desde el momento mismo de su concepción, su gestación y nacimiento, su crianza, educación formación moral y espiritual.

Estos deberes se traducen en las actuaciones, cuidados y actos de protección que los padres deben otorgar a los hijos, los que prolongan todo el tiempo que dura la infancia, la adolescencia y la juventud hasta que alcancen la mayoría y obtengan una profesión u oficio que les permita contar con los medios económicos necesarios para independizarse y valerse por sí mismos; en suma comprende la alimentación, vestido, educación, vivienda, salud, recreación y otros, o sea todo lo necesario para el desarrollo de la capacidad física, mental y espiritual de los hijos.

Tales obligaciones tienen que ver con los derechos fundamentales de los hijos establecidos en el Art. 174 del Código de Familia que establece “*DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS HIJOS*). *Los hijos tienen los derechos fundamentales siguientes: 1º A establecer su filiación paterna y materna, y de llevar el apellido de sus progenitores. 2º A ser mantenidos y educados por sus padres durante su minoridad. 3º A heredar a sus padres. Esta enumeración no importa la negación de otros derechos reconocidos por el presente Código y el ordenamiento legal del país.*” de igual modo la nueva constitución política del Estado establece entre los derechos de los hijos lo siguiente “*Artículo 64. I. Los cónyuges o convivientes tienen el deber de atender, en igualdad de condiciones y mediante el esfuerzo común, el mantenimiento y responsabilidad del hogar, la educación y formación integral de las hijas e hijos mientras sean menores o tengan alguna discapacidad. II. El Estado protegerá y asistirá a quienes sean responsables de las familias en el ejercicio de sus*

*obligaciones.” Y el “Artículo 108. Son deberes de las bolivianas y los bolivianos: 9. Asistir, alimentar y educar a las hijas e hijos. 10. Asistir, proteger y socorrer a sus ascendientes.”.*⁵³

De los Art. extraídos anteriormente se puede establecer que las relaciones familiares se caracterizan por su reciprocidad e inagotabilidad entre los padres e hijos. Estas relaciones hacen que los deberes se reviertan de los hijos a favor de los padres, como una consecuencia de las leyes naturales de la vida, lo mismo que una forma de retribución por los cuidados, la protección, el amparo y el cariño recibido de los padres durante la infancia y la juventud, mucho más cuando los padres han entregado lo mejor de sí para que los hijos se realicen en el orden personal y obtengan una posición económica estable, de modo que cuando los progenitores y aun los otros ascendientes, se encuentran en situación de necesidad por la imposibilidad de auto sustentarse por la avanzada edad o la incapacidad física o mental que padecen, situación que no les permite cubrir sus necesidades más elementales, entonces surge para los hijos el deber, la obligación moral y natural de brindar los socorros necesarios para satisfacerlas, de acuerdo con sus posibilidades económicas y materiales.

Asistencia moral y cuidados personales, El cuidado de los hijos, de su salud moral y física, es uno de los deberes primordiales de la patria potestad. Pero también los hijos están obligados a hacerlo respecto de sus progenitores. Aunque estén emancipados o sean mayores de edad, *“deben cuidarlos en su ancianidad, en el estado de demencia o de enfermedad, y proveer a sus necesidades en todas las circunstancias de la vida en que les sean indispensables sus auxilios”*. La disposición citada agrega que tienen derecho a los mismos cuidados y auxilios los demás ascendientes legítimos.⁵⁴

⁵³ Gaceta Oficial de Bolivia, Estafo Plurinacional de Bolivia, Código de Familia.

⁵⁴ PAZ Espinoza, Felix C. (2001). El matrimonio, Divorcio, Asistencia Familiar. Procedimiento. La Paz – Bolivia: Ed. Gráfica G.G. Gonzáles. 1ª Edición. - See more at:

Al respecto la nueva Constitución Política del Estado señala: “...*Son deberes de las bolivianas y los bolivianos: ...9. Asistir, alimentar y educar a las hijas e hijos. 10. Asistir, proteger y socorrer a sus ascendientes...*”⁵⁵.

2.7.2.4. Representación

I. Representación extrajudicial

El carácter de la representación paterna, Se refiere que los padres que se encuentran en ejercicio de la patria potestad representan legalmente a sus hijos en los actos relativos a sus relaciones jurídicas. Esta representación tiene carácter necesario, pues sin ella los actos serían inválidos, y universal, pues comprende todas las relaciones jurídicas del menor, sean de carácter patrimonial o de familia, judiciales o extrajudiciales.

Al respecto el Código de Procedimiento Civil establece en su Art. 59 la Representación sin mandato: “*I. El esposo o esposa por su cónyuge, los padres por los hijos y viceversa, el hermano por el hermano, los suegros por sus yernos y nueras y viceversa, podrán demandar, contestar y reconvenir siempre que no se tratare de acciones de carácter personalísimo, pero con protesta de que el principal, hasta antes de la sentencia, dará por bien hecho lo actuado en su nombre; prestará fianza de estar a las resultas.*”⁵⁶

Este derecho derivado de la patria potestad tiene ciertos límites cuando se trata de procesos penales, por lo menos así lo establece la jurisprudencia nacional “...*El beneficio acordado por la ley de tomar voz y caución en los juicios de los parientes dentro de los grados a que se refiere dicha ley es procedente en materia civil, pero no en materia criminal...*”⁵⁷.

Casos en que el menor actúa por sí, A veces, la ley autoriza al menor a celebrar personalmente ciertos actos, bien sea porque su carácter personalísimo impide que pueda

⁵⁵ Art. 108 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 7 de Febrero de 2009.

⁵⁶ Código de Procedimiento Civil de Bolivia Decreto Ley N° 12760 de 6 de Agosto de 1975.

⁵⁷ Gaceta Judicial de Bolivia Número 1207, Pág. 143.

hacerlo su representante legal, sin intervención del propio interesado, bien porque las necesidades de la vida imponen esa solución.

- a) *Con autorización paterna.*- Los hijos menores pueden contraer matrimonio, celebrar contratos de trabajo, ejercer el comercio, enrolarse en el ejército o ingresar en órdenes religiosas. Más aún: la ley presume que, si un menor adulto ejerciese algún empleo, profesión o industria, está autorizado por sus padres para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria.
- b) *Sin autorización paterna.*- pueden reconocer los menores adultos hijos naturales, testar, ser testigos en juicios civiles, estar en juicio cuando es demandado criminalmente, ejercer un mandato a nombre de otro, celebrar pequeños contratos y cumplidos los 18 años pueden trabajar y luego administrar y disponer de los bienes que hubieran adquirido con el producido de su trabajo o profesión.

Caso en que los padres necesitan venia del hijo, La validez de los actos celebrados por los padres en ejercicio de su representación legal no requiere de modo alguno el consentimiento del hijo, lo que es natural, pues la ley presume que, durante todo el período de minoridad, el padre puede apreciar mejor que el hijo es su verdadero interés. Por excepción, el consentimiento filial es indispensable cuando se trata de celebrar contratos de trabajo o aprendizaje, solución que se justifica por la índole del acto.

II. Representación judicial

Modo de actuación, Según ya lo dijimos, la representación paterna se extiende también al ámbito judicial.

Los padres pueden actuar personalmente, sin necesidad de estar inscriptos como procuradores en la matrícula; lo que no significa que estén obligados a actuar de esa forma; pues pueden otorgar poder para que otro lo haga en su nombre.

Casos en que el menor puede actuar por sí, El menor puede actuar por sí solo en los siguientes casos:

- a) Puede comparecer en juicio como actor, autorizado por el padre. Está fuera de duda que la autorización sólo puede concederse a los menores adultos, pues los que no han cumplido esa edad carecen de discernimiento.
- b) Si fuera acusado criminalmente, puede defenderse sin necesidad de autorización paterna. En este caso, se halla en juego algo tan especial como la libertad y el buen nombre del menor, que sería injusto poner cualquier limitación al derecho de defensa.
- c) Si el menor trabajase, podrá estar por sí o por mandatario en juicios relativos al trabajo, sin necesidad de autorización del representante legal. Los que no excluye la posibilidad de que los padres lo representen en esos pleitos.

Pleitos entre padres e hijos, Si se tratara de un litigio entre padres e hijo, cesa naturalmente la representación paterna; el juez designará un tutor especial, ha pedido del menor o del Ministerio Público.

2.7.3. Abuso del Derecho de Patria Potestad

A pesar del principio absolutista que regía el Derecho privado en Roma, el carácter incausado del mismo es morigerado por la labor del pretor; pero es recién a fines del siglo XIX y principios del actual, impulsado por las nuevas corrientes ideológicas que desató la revolución industrial, que surge la noción de abuso de derecho.

Entre las teorías abolicionistas y aquellas otras que preconizan libertad plena, se insertan las que tienen por lema la función social de los derechos en general. Así, la Revolución soviética, la primera guerra mundial y la constitución de Weimar⁵⁸ de Alemania abren el campo hacia la reestructuración del concepto "derechos individuales". En todos los campos

⁵⁸ Esta Constitución de 1919 es considerada como una de las Primeras Constituciones Socialistas del Mundo.

se avanza hacia la socialización, siendo acogidos los nuevos principios en los Códigos de Alemania, Austria, Suiza y Unión Soviética.

La doctrina del abuso del derecho ha debido vencer la resistencia opuesta por los liberalistas, quienes temían que pudiera ser una trampa donde murieran esos derechos celosamente protegidos.

Planiol ha sostenido que la expresión "abuso del derecho" implica una logomaquia, ya que de un derecho se puede hacer uso pero no abuso, pues abuso es sinónimo de ilicitud. Todo acto cometido más allá de los límites del derecho sería ilícito⁵⁹.

Josserand llega a afirmar que aquellos países en que la concepción del abuso no esté expresamente sancionada pueden aplicarla si la legislación está impregnada de ella, o por la acción de la jurisprudencia. Considera que el absolutismo provocaría la lucha de los derechos y su destrucción; sólo pueden ser mantenidos por la teoría del abuso⁶⁰. Se trata de determinar qué debe entenderse específicamente por abuso de derecho. En un principio, la jurisprudencia francesa consideró que un derecho ejercido abusivamente debía considerarse tal cuando tenía por único fin perjudicar a un tercero; se ha sostenido también que existe abuso cuando del ejercicio de un derecho deriva daño a un tercero y ha mediado culpa grave del titular. Habría también abuso de derecho cuando se lesionan la moral y la buena fe. Pero el principio más depurado y aceptado por la mayoría es el finalista o funcional, según el cual quedaría configurado el abuso cuando el derecho es ejercido en contra de los fines económicos y sociales que inspiraron la ley en la cual se lo otorgó. Este criterio es el aplicado en el Código ruso, cuando expresa: *"Los derechos civiles son protegidos por la ley salvo en los casos en que sean ejercidos en contradicción con sus fines económicos o sociales"*.

⁵⁹ Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Edit. Perrot, 1959, Parte General, T. I., Pág.38.

⁶⁰ Josserand, *El Espíritu de los Derechos y su relatividad*, Edit. Cajica, 1946, Pág. 224.

Según lo dejamos establecido en el punto anterior, la patria potestad se ha transformado de derecho en deber, que será ejercido en interés del hijo; por lo que siendo ésta la nota prevaleciente y existiendo en virtud de ella el "poder", la desviación o apartamiento del titular de la potestad de los fines de la institución no requiere para su sanción apelar a la doctrina del abuso de los derechos, pues lo que priman son los deberes y porque, además, el remedio ordinariamente se encuentra en el mismo ordenamiento positivo, mediante sanciones que varían desde la privación de la tenencia hasta la pérdida de la patria potestad⁶¹.

Josserand, por su parte, sostiene la aplicación de la teoría a la institución en estudio⁶², ya que ve en la evolución de la patria potestad hacia la relatividad una consecuencia del principio del abuso. Laquis le refuta diciendo que la mutación del concepto de la patria potestad es el resultado del hondo proceso social, económico y político operado a través de los siglos. Si hurgamos en las raíces de la teoría del abuso del derecho veremos que su nacimiento se produce como consecuencia del proceso de socialización de los derechos iniciado ya con el advenimiento del cristianismo y de las modificaciones económicas y políticas que sobrevinieron desde el siglo XVIII, por lo que, en última instancia, la controversia quedaría limitada a determinar si la doctrina del abuso y la transformación de la patria potestad tienen una fuente común (mutación social, económica y política), o la segunda no es sino consecuencia de la primera. Considero que la teoría del abuso surgió como reacción contra el absolutismo de los derechos en general, que invadiendo paulatinamente todos y cada uno de los derechos individuales trató de fijarles límites en favor de la sociedad. Influyó también en la patria potestad señalándole límites que día a día van cercando los derechos emergentes de la misma, dando cabida a los nuevos deberes que imponen las condiciones sociales. Es decir, la noción de patria potestad como deber se abrió camino a partir de la aplicación del abuso del derecho y desde entonces el proceso social completó la evolución. La teoría del abuso sirvió como primer paso para frenar el derecho absoluto emergente de la patria potestad; el proceso social la transformó en deber.

⁶¹ Laquis, *El Abuso de Derecho en el Ejercicio de la Patria Potestad*, Edit. Abeledo-Perrot, 1963, Pág.50-51.

⁶² Josserand, *El espíritu de los derechos y su relatividad*, Edit. Cajica, 1946, Pág. 100.

En cuanto a si es posible aplicar o no en la actualidad el principio a la patria potestad, habrá que diferenciar: si se trata del incumplimiento de un deber derivado de la misma, se aplicará la sanción que la ley determine; si se trata de la extralimitación en el ejercicio del derecho otorgado por la patria potestad, será viable la aplicación al caso de la teoría del abuso.

Con referencia a los resultados prácticos de la doctrina, ha sido la jurisprudencia francesa la que en decisiones consideradas frecuentemente atrevidas ha iniciado el camino. En principio, con relación al derecho de los padres a solicitar la prisión del hijo y luego en materia de consentimiento para el matrimonio. En uno y otro caso se limitaba el derecho absoluto con la obligación de dar razones fundadas para hacer viable lo solicitado. En todo caso, siempre se ha exigido una real violación de los derechos morales del hijo para reconocer el abuso de la patria potestad⁶³.

Debo también hacer referencia al abuso del derecho de patria potestad negativo, es decir aquellos que son ejercidos por los padres beneficiados con la tenencia de los hijos en procesos de divorcio, el problema se genera cuando el cónyuge tiene la tenencia de sus hijos impide que el otro cónyuge vea a sus hijos, la controversia surge porque existe evidente abuso del derecho de patria potestad, así también la patria potestad como deber se ve afectada en su cumplimiento ante el impedimento de realizar las visitas a sus hijos dispuestas como medida provisional en un proceso de divorcio.

2.8. DESVINCULACIÓN MATRIMONIAL

En nuestro país podemos ver los antecedentes del divorcio, en la separación de cuerpos reconocida por la iglesia católica y estuvo vigente en nuestra legislación hasta la implementación de la ley del divorcio absoluto y últimamente repuesto en el Código de Familia y aplicaciones de la ley 1760 o ley de abreviación procesal Civil y de Asistencia Familiar.

⁶³ Planiol – Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Edit. Cultural, 1927, Pág. 318.

El 15 de abril de 1932 se promulga la ley del divorcio absoluto, cuyas reglas más o menos modificadas rigen actualmente las disposiciones relativas al divorcio, sin embargo al ser considerado como un tema polémico surgieron argumentos a su favor y otras en contra, entre los cuales se encuentran las pugnas doctrinarias entre los antidivorcistas quienes sostienen que el matrimonio es un contrato de derecho natural, único en su esencia, es anterior y superior a la ley civil, que puede regularlo, pero no disolverlo. El divorcio supone un acto semejante al de desbautizar un cristiano, la ruptura del matrimonio va contra el individuo, porque contribuye el trastorno de la familia y de todo el orden social. La unión conyugal reclama la indisolubilidad para su perfección, porque ella es total y sin límites en la intensidad y en la duración.

Por otra parte los divorcistas alegan que la indisolubilidad es contraria a la esencia del matrimonio, ya que antes de amparar las buenas costumbres contra el libertinaje, lo produce muchas veces, con el sistema de la separación de cuerpos: Desde el punto de vista moral, el divorcio es superior al régimen de la separación de cuerpos, en la que los hijos quedan siempre en una posición equivocada y los separados condenados a mantener uniones irregulares. El divorcio tiende a suprimir la desorganización de la familia y propende a la formación de otras uniones más armónicas. Como nadie puede ser casado contra su voluntad, nadie puede permanecer casado contra su albedrío. Nada parece más monstruoso que constreñir, con la indisolubilidad, a uno de los esposos a sufrir contra su voluntad los afectos apasionados del otro, en una degradante servidumbre del débito carnal o una imposible continencia decretada la separación de cuerpos.

El acto jurídico del matrimonio se caracteriza por ser una relación jurídica compleja constituida mediante un acto especial y sui géneris, conforme a las reglas de la institución que implementa el estado, con tendencias a que esta unión singular sea perdurable, permanente y hasta indisoluble; empero esa, relación marital puede verse afectada en su unidad cuando en la vida de los cónyuges se producen una serie de eventualidades naturales o legales que afecten su vigencia, especialmente cuando concurren hechos controversiales

que de manera indisoluble influyen en su estabilidad; en esta comprensión las causas por el que la unión matrimonial puede disolverse por las causales que están previstas en la ley⁶⁴ y no se hallan sustentadas en la simple voluntad de los esposos.

Formalmente hablando *“La disolución del matrimonio importa la extinción de la relación jurídica conyugal y de su objeto, que no es otra cosa que el cumplimiento de los derechos y deberes que género el acto jurídico, es decir, los efectos del matrimonio estado. Por tanto, la disolución matrimonial debe entenderse como la terminación, conclusión o ruptura del vínculo jurídico personal y económico establecido entre los esposos y no así con sus hijos. La disolución del vínculo supone también que el acto constitutivo del matrimonio opere con el cumplimiento de los requisitos y condiciones de existencia y validez exigidos por el Código de Familia, de ahí que se, discrepa que la invalidez del acto nupcial o la nulidad del matrimonio pueda constituir forma o especie de disolución como afirman ciertos autores”*⁶⁵.

El efecto primero del divorcio, se configura en la disolución, en la ruptura del vínculo conyugal, de acuerdo a la regla enunciada en el Art. 129 del Código de Familia. Es como dicen los Hnos. Mazeaud, su efecto esencial, que concierne a la persona de los conyuges se hace efectivo desde el día en que la sentencia adquiere autoridad de cosa juzgada, es cuando los esposos dejan de estar casados, derivando de esta las siguientes consecuencias:

- 1) Los esposos pasan a ser extraños el uno al otro y no subsiste ninguna de las obligaciones que implica el matrimonio, esto si es que no tienen descendencia pues las obligaciones que derivan de la patria potestad persisten aun después de una sentencia ejecutoriada.
- 2) La mujer pierde el derecho a seguir llevando el apellido de su marido, a menos que haya convenido de partes que lo permita o que el Juez lo autorice, habida cuenta el

⁶⁴ Art. 130 y 131 de la Ley 996 o Código de Familia de 4 de abril de 1988.

⁶⁵ Paz Espinoza Félix, “El Matrimonio, Divorcio, Asistencia Familiar, Invalidez Matrimonial, Restitución al Hogar, Negación y Desconocimiento de Paternidad, Homologación de Sentencias, Procedimientos, modelos” , 4ta. Edic., Edit. San José, La Paz – Bolivia, 2008, Pág. 91-92.

prestigio que con él se hubiera alcanzado en la actividad profesional, artística o literaria.

- 3) Termina el domicilio común y cada ex conyugue debe establecer el propio.
- 4) Cesa la afinidad, salvo para los efectos especiales determinados de impedimentos matrimoniales entre los ex afines, salvo dispensa judicial por causas atendibles.
- 5) Los vínculos de familia se rompen entre los esposos, aunque la presencia de los hijos, crea delicadas relaciones entre ellos.
- 6) Cada uno de los ex esposos es libre de volver a contraer matrimonio, entre sí o con terceras personas.
- 7) Debe comunicarse la sentencia al registro civil, para los fines de su publicidad⁶⁶.

Al parecer todas estas consecuencias de la ruptura del vínculo matrimonial parecerían sin ningún problema salvo lo desarrollado en el punto 5 que con justa razón explican los Hnos. Mazeaud señalando que si bien el divorcio disuelve la relación conyugal, sin embargo este no rompe con la relación filial y paternal que se tiene con los hijos, así también se lo interpreto en la jurisprudencia nacional cuando la Corte Suprema de Justicia estableció que ***“Las sentencias de divorcio solamente causan ejecutoria y son inamovibles en el punto relativo a la desvinculación matrimonial, pero no en cuanto se refiere a la guarda o tutela de los hijos menores que pueden modificarse por el juez, por motivos sobrevinientes o por convención expresa de los padres, según las circunstancias”***⁶⁷ es decir aun en situación de divorcio persiste jurídicamente el vínculo entre los hijos habidos en el matrimonio y sus padres, sin embargo debo hacer notar que se debe procurar complementar este punto bajo la óptica de las obligaciones derivadas de la patria potestad necesariamente para su cumplimiento debe realizarse por la vía judicial algo que debería estar sujeto a los principios morales de los padres quienes transforman a los hijos mercancías con las cuales pueden obtener beneficios adicionales a los fijados por la autoridad jurisdiccional, de tal suerte debe entenderse que esta laguna jurídica vulnera el

⁶⁶ Guillen Morales Carlos, “Código de Familia Concordado y comentado”, Edit. “Cadena”, Sucre-Bolivia, 2009, Pág. 364-365.

⁶⁷ G.J. No. 1212, Pág. 19.

derecho de visitas del padre que no obtuvo la tenencia de sus hijos en los procesos de divorcios.

2.9. EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad tiene fundamentalmente en vista la educación y el cuidado del menor; por lo tanto, cuando dicha protección no es necesaria o cuando el padre no está en condiciones de brindársela, cesa total o parcialmente. Cuando la extinción de la patria potestad se produce por vía de sanción, disminuyen o desaparecen las facultades que derivan de ella, pero nunca cesan las obligaciones que están a cargo de los padres.

La patria potestad puede llegar a su término por situaciones jurídicas incompatibles con su continuación o por vía de sanción.

En el primer caso la extinción se produce ipso jure, en el segundo mediante la sentencia correspondiente, una vez probados y apreciados los hechos, así el Código Niño Niña y Adolescente señala las siguientes causas para la extinción de la patria potestad:

“ARTICULO 35°. - DE LA EXTINCIÓN DE LA AUTORIDAD La autoridad de los padres se extingue: 1. Por la muerte del último progenitor que la ejercía; 2. Por abandono del hijo o hija debidamente comprobado; 3. Por consentimiento dado para adopción del hijo o hija ante el Juez de la Niñez y Adolescencia.”

Entendamos el concepto del término extinción en el lenguaje común es entendido como la acción de extinguirse desde el punto de vista jurídico es “cese, cesación, termino, conclusión, desaparición de una persona, cosa, situación o relación y a veces de sus efectos y consecuencias también” debo aclarar que en lo que se refiere al Art. en cuestión se está refiriendo a la extinción de un derecho por lo que se debe entender en este caso a la

extinción como el “*hecho de que cesen o acaben, ya por haberlos satisfecho, o haberlos abandonado o renunciado o por no ser ya legalmente exigibles*”⁶⁸”.

De la definición que antecede se puede apreciar que un derecho se extingue positivamente ya sea por la satisfacción del mismo o negativamente ya sea por renuncia o abandono, por lo que la extinción de la autoridad sucede por acción u omisión, en lo que se refiere al Art. 35 del Código Niño Niña Adolescente, señala cuales las causales de extinción de la autoridad paterna, sin embargo se puede apreciar que entre estas no se encuentra la acción impeditiva de ejercicio del derecho de visita que ejerce el progenitor que obtuvo la guarda familiar, mas al contrario se reconoce la causal por abandono del hijo.

En lo que se refiere a los efectos jurídicos cuando opera Art. 35 del C.Ñ.Ñ y A. es la referida en el “...**ARTÍCULO 62° (REQUISITOS PARA LOS SUJETOS DE LA ADOPCIÓN).**- Tanto para adopciones nacionales como internacionales, se establecen los siguientes requisitos: ...2. La resolución judicial que establezca la extinción de la autoridad de los padres, que acredite su condición de huérfano y la inexistencia de vínculos familiares;... “ es decir la extinción de la autoridad es de carácter definitivo.

2.9.1. Perdida de la Patria Potestad

Por otra parte el mismo cuerpo legal, señala cuales son las causales para la perdida de la autoridad:

“ARTÍCULO 34° (DE LA PÉRDIDA DE LA AUTORIDAD).- Los padres, conjunta o separadamente, pierden su autoridad: 1. Cuando son declarados mediante sentencia judicial ejecutoriada, autores, cómplices o instigadores de delitos contra el hijo; 2. Cuando por acción u omisión culposa o dolosa los expongan a situaciones atentatorias contra su seguridad, dignidad o integridad; 3. Cuando sean autores intelectuales de delitos cometidos por el hijo.”

⁶⁸ Cabanellas de Torres, Guillermo, “Diccionario Jurídico Elemental”, Edit. Heliasta S.R.L., Buenos Aires – Argentina, 1991.

Al igual que el anterior art. Conviene hacer un análisis superficial semántico de la palabra de Pérdida el cual es entendido como: “*daño, mal o menoscabo, disminución o retroceso*” en el caso analizado vendría amalgamarse estos conceptos con la de autoridad paterna.

La pérdida de la patria potestad, tiene como efecto principal la privación de toda autoridad del padre, respecto del o de los hijos nacidos o por nacer, privación que implica la de todos los atributos que esa autoridad supone, y además las facultades vinculadas al ejercicio de ella, como prestar asentimiento para el matrimonio, del hijo, o para la adopción o para otorgar la emancipación, “*la pérdida de la autoridad paterna, no supone sin embargo una ruptura del vínculo de la filiación y subsiste la obligación para el padre de prestar asistencia al hijo*⁶⁹”.

2.9.2. Suspensión de la Patria Potestad

Con relación a esta situación jurídica el Código Niño Niña y Adolescente señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 33º (SUSPENSIÓN DE LA AUTORIDAD).- La suspensión de la autoridad de uno o de ambos padres puede ser total o parcial para ciertos actos especialmente determinados, en los siguientes casos: 1. Por interdicción judicialmente declarada; 2. Por la declaración de ausencia; 3. Por falta, negligencia o incumplimiento injustificado de deberes, teniendo los medios para cumplirlos; 4. Por acción u omisión, debidamente comprobado por autoridad competente, que ponga en riesgo la seguridad y bienestar del niño, niña o adolescente, así sea a título de medida disciplinaria.”

Concordante con el Art. 219 del mismo cuerpo legal se establece que:

⁶⁹ Guillen Morales Carlos, “Código de Familia Concordado y comentado”, Edit. “Cadena”, Sucre-Bolivia, 2009, Pág. 677.

“ARTÍCULO 219° (PROCEDENCIA).- En los casos en que los derechos reconocidos por este Código fueran amenazados o violados por maltrato, faltas, abuso, supresión u omisión, así sea a título de disciplina, el Juez de la Niñez y Adolescencia de acuerdo con la gravedad del hecho podrá imponer las siguientes medidas:h) Suspensión o pérdida de la autoridad de los padres, de la Guarda o Tutela, de acuerdo con lo dispuesto por el presente Código....”

En lo que se refiere a la suspensión de la autoridad esta es de carácter temporal *“Art. 281.- (RESTITUCIÓN). Los padres que han sido suspendidos en el ejercicio de su autoridad pueden pedir que se les restituya cuando cesa el motivo de la suspensión o se demuestre haber corrección de conducta que la justifique, según sea el caso.”*⁷⁰

Por lo que el análisis de estos tres Art. del Código Niño Niña y Adolescente muestra claramente cuáles son las causales de la extinción, pérdida y suspensión de la autoridad paterna sin embargo no se encuentra como causal en ninguno de los tres casos el acto impeditivo de visita que ejerce el conyugue que se lo confió la guarda familiar en los procesos de divorcio.

2.10. CONSIDERACIONES CONCEPTUALES SOBRE EL DERECHO DE VISITA EN EL DIVORCIO

Previamente a las consideraciones socio - jurídicas para la incorporación en el Código de Familia normativas destinadas a garantizar la visita de los padres a los hijos como efecto de la separación o el divorcio, debo realizar presiones conceptuales con el objeto de identificar correctamente cual es la institución familiar aplicable para la proposición de la presente investigación.

En el ejercicio de la práctica del derecho, muchos de los abogados no encuentran distinción entre conceptos de tutela, tenencia y guarda, aspecto que resultara determinante a momento de plantear la aplicación y posterior modificación de las normas familiares, sobre las medidas provisionales que pudieran determinarse en un proceso de divorcio.

⁷⁰ Antes del Código Niño Niña Y Adolescente esta era la redacción en el Código de Familia de Bolivia, Ley N° 996, Art. 281.

La tutela según Sara Montero Dulhalt *“es la institución que tiene por objeto la representación y asistencia de los incapacitados menores de edad, y de los menores de edad no sujetos a patria potestad”*⁷¹ sin embargo el derecho positivo también nos otorga un concepto de tutela, así lo podemos apreciar en el Código Niño, Niña Adolescente *“ARTÍCULO 51º (CONCEPTO).- La tutela es la potestad que por mandato legal, se otorga a una persona mayor de edad, a efectos de proteger y cuidar a un niño, niña o adolescente, cuando sus padres fallecen, pierden su autoridad o están suspendidos en el ejercicio de ella, con el fin de garantizarle sus derechos, prestarle atención integral, representarle en los actos civiles y administrar sus bienes.”*⁷².

Conveniente señalar que entre sus características tenemos que la tutela es una carga pública, es unipersonal, es personalísimo, es discernido por un juez, es controlado, es remunerado y es una función supletoria o potestad subsidiaria a la autoridad de los padres, como se puede apreciar las dos últimas por las cuales se puede inferir que por el ejercicio de la tutela el tutor es remunerado en un 5% a 10% de las rentas producidas por los bienes sujetos a su administración, además que por su carácter subsidiario se desprende que está prevista cuando los padres fallecen o cuando pierden su autoridad o están suspendidas en el ejercicio de ella, ambas características nos demuestran los límites conceptuales por los cuales no puede identificarse a la tutela como la medida provisional en el divorcio, *“es inaceptable en la doctrina ya que los padres ejercen la patria potestad en virtud del derecho que tienen sobre la persona y los bienes del menor. La tutela solo existe como institución cuando el menor carece de progenitores por haber fallecido estos, o han sido suspendidos estos en el ejercicio de la patria potestad”*⁷³.

Qué debe entenderse por guarda material y guarda jurídica es problema que ha suscitado arduas discusiones y dudas entre los juristas. Más aún; la misma distinción entre ambas ha sido criticada por autores del prestigio universal de Henri Capitant, quien no vaciló en tildarla de "sutil" y sostener que fue ideada por el prurito de levantar construcciones

⁷¹ Montero Duhalt Sara, “Derecho de Familia”, Edit. Porrúa S.A., México, 1992, Pág. 359.

⁷² Ley No. 2026, Ley del Código del Niño, Niña y Adolescente, del 27 de octubre de 1999.

⁷³ Jimenez Sanjinez, Raúl, *Lecciones de Derecho de Familia y del Menor*, Edit. Presencia, La Paz – Bolivia, 2002, T.II, Pág. 426.

teóricas sobre la base de una sola palabra. A pesar de este punto de vista, tan eminente y respetable, poco cuesta percatarse que, en uno y otro caso, la posición del llamado "guardián" es diferente sobre todo cuando este término en la legislación nacional es identificada bajo dos tipos de relaciones: la primera como relación entre una cosa o bien con una persona y la otra identificada como la relación entre dos personas. En efecto: la guarda material es aquella que coloca a la persona en contacto directo e inmediato con la cosa, de suerte que su vigilancia sobre la misma es, si se acepta la expresión, "física": el objeto se encuentra en poder del agente, al alcance de su vista y de su mano, de manera que en cualquier instante puede disponer de él en forma tangible. De ahí, pues que la responsabilidad desaparezca cuando, de acuerdo con esta doctrina, la cosa sale de la órbita de acción de la persona encargada de su custodia.

El concepto de guarda jurídica, en cambio, es muy distinto. De conformidad con las enseñanzas de Mazeaud *“es la obligación, impuesta por la ley, de cuidar una cosa, o sea, de impedir que ella pueda ocasionar una lesión, interesando poco que aquel sobre quien gravita esa obligación tenga o no la cosa bajo su acción, que ejerza o no sobre la misma un poder de hecho: desde el momento que la ley pone a su cargo la obligación de cuidar, ello es suficiente y por eso queda constreñido al resarcimiento”*⁷⁴.

Dedujese de estos conceptos por lo tanto, que la guarda jurídica implica una verdadera facultad de vigilancia o custodia sobre la cosa, facultad de la cual, sin embargo carecen o pueden carecer quienes tienen sobre ella únicamente un simple poder *de facto*⁷⁵.

Entendida como un vínculo jurídico entre dos personas se dice que *“La guarda es una institución que tiene por objeto el cuidado, protección, atención y asistencia integral a un niño, niña o adolescente con carácter provisional y es otorgada mediante resolución judicial a uno de los progenitores; en casos de divorcio y separación de las uniones*

⁷⁴ Mazeaud, H., "En attendant l'arrêt de la Chambre réunies garde matérielle et garde Juridique"; crónica en D. H., año 1937. págs. 45 y sigs.

⁷⁵ Así lo podemos apreciar en nuestro Código Civil en su Libro V, Título II, Cap. IV, Sección II, Subsección IV, Art. 1423.- *“(GUARDA Y CUIDADO DE LAS COSAS DADAS EN PRENDA; RESPONSABILIDAD). El deudor conserva la guarda y cuidado de las cosas dadas en prenda. En consecuencia no puede trasladarlas, enajenarlas o desmejorarlas; si lo hace, debe resarcir el daño, aparte de la responsabilidad penal correspondiente.”*

conyugales libres y en otros casos a terceras personas carentes de autoridad parental o tuición legal”⁷⁶.

La guarda como se puede apreciar puede ser totalmente identificada como la medida provisional de carácter personal con relación a la situación de los hijos en el proceso de divorcio, sin embargo cabe mencionar que el Código de Familia, en su Art. 145 menciona “...*Todos los hijos menores de edad quedarán en poder del padre o de la madre que ofrezca mayores garantías para el cuidado interés moral y material de éstos, debiendo el otro cónyuge contribuir a la manutención de los mismos de acuerdo a sus posibilidades y en la forma que el juez señale. Por razones de moralidad, salud o educación, puede confiarse la guarda a los abuelos paternos o maternos o entre los hermanos de los cónyuges prescindiéndose de los padres. En caso necesario la guarda puede ser confiada a terceras personas de conocida idoneidad...*”, de lo que se desprende que este art. solo reconoce a la guarda como una obligación delegada por un juez a una tercera persona que no sean los progenitores, situación que parece excluyente y que debería subsanarse en la posterior legislación familiar.

Por los fundamentos expuestos en las líneas precedentes adoptare el término de “*guarda familiar*” refiriéndome a la tenencia de los hijos determinada como medida provisional en el proceso de divorcio, porque taxativamente así lo determina el Código de Niño Niña Adolescente, por lo que esta institución debería ser aplicada terminológicamente dentro de todos los procesos de divorcio en Bolivia.

2.11. DIVORCIO Y LAS RELACIONES PATERNO FILIALES

En nuestro país ya podemos ver los atisbos o preludios del divorcio, en la separación de cuerpos reconocida por la iglesia y vigente en nuestra legislación hasta la implantación de la ley del divorcio absoluto y últimamente repuesto en el Código de Familia.

⁷⁶ Concepto extraído del “Código de Niño, Niña y Adolescente” (ley 2026 del 27 de octubre de 1999), Art.42.

Después de los proyectos de ley sobre el divorcio absoluto de 1926 y no fue sino hasta el año 1931 que se presentó bajo una corriente del partido liberal un nuevo proyecto de ley y fue el 15 de abril de 1932 se promulga la ley del divorcio absoluto, cuyas reglas más o menos modificadas rigen actualmente en las disposiciones relativas al divorcio, sin embargo al considerarse un tema polémico surgieron argumentos entre los cuales están las pugnas doctrinarias entre los antidivorcistas los cuales sostenían que el matrimonio como un contrato de derecho natural, único en su esencia, es anterior y superior a la ley civil, que puede regularlo, pero no disolverlo. El divorcio supone un acto semejante al de desbautizar un cristiano, la ruptura del matrimonio va contra el individuo, porque contribuye el trastorno de la familia y de todo el orden social. La unión conyugal reclama la indisolubilidad para su perfección, porque ella es total y sin límites en la intensidad y en la duración.

Por otra parte los divorcistas alegaban: la indisolubilidad es contraria a la esencia del matrimonio, ya que antes de amparar las buenas costumbres contra el libertinaje, lo produce muchas veces, con el sistema de la separación de cuerpos: Desde el punto de vista moral, el divorcio es superior al régimen de la separación de cuerpos, en la que los hijos quedan siempre en una posición equivocada y los separados condenados a mantener uniones irregulares. El divorcio tiende a suprimir la desorganización de la familia y propende a la formación de otras uniones más armónicas.⁷⁷ Como nadie puede ser casado contra su voluntad, nadie puede permanecer casado contra su albedrío. Nada parece más monstruoso que constreñir (con la indisolubilidad) a uno de los esposos a sufrir contra su voluntad los afectos apasionados del otro, en una degradante servidumbre del debito carnal, o una imposible continencia decretada la separación de cuerpos.⁷⁸

El acto jurídico del matrimonio se caracteriza por ser una relación jurídica compleja constituida mediante un acto especial y sui géneris, conforme a las reglas de la institución

⁷⁷ SAMOS Oroza, Ramiro. (1992). Apuntes de Derecho de Familia . Sucre – Bolivia: Ed. Judicial. Tomo 1.

⁷⁸ Paz Espinoza Félix, “El Matrimonio, Divorcio, Asistencia Familiar, Invalidez Matrimonial, Restitución al Hogar, Negación y Desconocimiento de Paternidad, Homologación de Sentencias, Procedimientos, modelos” , 4ta. Edic., Edit. San José, La Paz – Bolivia, 2008, Pág. 91-92

que implementa el estado, con tendencias a que esta unión singular sea perdurable, permanente y hasta indisoluble; empero esa, relación marital puede verse afectada en su unidad cuando en la vida de los cónyuges se producen una serie de eventualidades naturales o legales que afecten su vigencia, especialmente cuando concurren hechos controversiales que de manera indisoluble influyen en su estabilidad; en esta comprensión las causas por el que la unión matrimonial puede disolverse por las causales que están previstas en la ley y no se hallan sustentadas en la simple voluntad de los esposos.

2.11.1. Efectos de la Desvinculación Matrimonial

La legislación familiar vigente en nuestro país determina los efectos jurídicos que produce la acción del divorcio en tres órdenes delimitados siendo estos los: a) Personales, b) Los Patrimoniales y, c) Los que se refieren a los hijos o familiares y al que la doctrina los divide como efectos esenciales y secundarios o concurrentes es decir los patrimoniales o extra patrimoniales, sin embargo el objeto de la presente investigación me llevan analizar solo los efectos esenciales del divorcio producidos con los hijos.

Ahora veremos los efectos relativos a los hijos:

2.11.1.1. Efectos relativos a los hijos

La concepción de matrimonio-instituto plantea al matrimonio como algo superior a un acuerdo de voluntades, tanto por sus efectos, como por su duración; por sus efectos, porque no depende de la voluntad de los contrayentes, que de ordinario los desconocen en el momento de la celebración; por su duración, porque aunque el matrimonio se disuelve, sus efectos se perpetúan en los hijos habidos en él⁷⁹.

2.11.2. La Relación Paterno Filial después del Divorcio

⁷⁹ Guillen Morales Carlos, "Código de Familia Concordado y comentado", Edit. "Cadena", Sucre-Bolivia, 2009, Pág. 136.

Conviene recordar lo dispuesto y desarrollado por la jurisprudencia nacional que señala: ***“Las sentencias de divorcio solamente causan ejecutoria y son inamovibles en el punto relativo a la desvinculación matrimonial, pero no en cuanto se refiere a la guarda o tutela de los hijos menores que pueden modificarse por el juez, por motivos sobrevinientes o por convención expresa de los padres, según las circunstancias”***⁸⁰

En el caso de la desvinculación matrimonial los efectos del divorcio repercuten con mayor magnitud en los hijos, que son los más damnificados. Los hijos merecen la mayor preocupación de los órganos estatales⁸¹ en pro de su bienestar y correcta formación moral, intelectual y física porque son los ciudadanos en potencia en quienes se cifran las esperanzas del futuro de una sociedad fuertemente consolidada.

La ley del divorcio no considera la situación de los hijos después de la separación de sus padres, a más de indicar la persona con quien deben quedar y fijar la pensión alimenticia procurando la estabilidad material pero no emocional de los hijos y precisamente es allí cuando se debe procurar preservar las relaciones paterno filiales aun después del divorcio, pues el código de familia no señala la forma de control de la vida posterior de los hijos, que en los más de los casos son maltratados psicológica y físicamente por el progenitor que se benefició con la guarda familiar.

Recordemos que entre las medidas provisionales, el Juez determina la situación circunstancial de los hijos. Medida que es definida en sentencia con amplia libertad de criterio, velando por el mejor cuidado e interés que los hijos menores de 7 años pueden quedar con la madre, los mayores de esa edad con el padre, o los varones con el padre y las mujeres con la madre, sin contemplación de edad.

Pero en la medida provisional de la tenencia de los hijos determinada en las disposiciones del Código de Familia no establece cual el resguardo del ejercicio en el derecho de visitas,

⁸⁰ G.J. No. 1212, Pág. 19.

⁸¹ “La Patria potestad, así como la tutela y todas las instituciones sociales que se relacionan con los derechos de la niñez, sea que se trate de su educación, instrucción, desarrollo físico y mental, alimentación, etc. Debe de tener preferente atención de los poderes públicos y muy especialmente de los encargados de velar la justicia.” (Gaceta Judicial N° 1178, Pág. 38)

más al contrario cuando esta medida provisional es violada son observadas por el procedimiento incidental que en el mejor de los casos terminan en conminatorias para su cumplimiento⁸², sin embargo ante otra violación se procede de igual forma.

Por lo referido el derecho de patria potestad no puede ser suspendido por ninguna acción dilatoria ya sea proveniente de la autoridad jurisdiccional o de otra persona como sucede en el caso boliviano cuando el conyugue que se benefició con la guarda familiar evita que se ejerza el derecho de visita determinado en los procesos de divorcio como medida provisional.

2.12. TENENCIA DE LOS HIJOS EN SITUACIÓN DE DIVORCIO

2.12.1. Tenencia de los hijos en divorcio

Planteada la demanda de separación personal o de divorcio, es habitual que las partes formulen sus pretensiones relativas a la tenencia de los hijos, durante la sustanciación del juicio, y con posterioridad a su decisión.

2.12.1.1. Guarda provisoria y tenencia definitiva

Nos hemos ocupado de la primera posibilidad al considerar las cuestiones conexas con el proceso principal, entre las cuales se cuenta la llamada tenencia provisoria o guarda de los hijos, pero a partir de la sentencia, el tema adquiere un grado de estabilidad mayor, que suele ser designado como “tenencia definitiva”.

En rigor de verdad, la tenencia no es nunca definitiva, pues su régimen ha de seguir la evolución de las circunstancias que sobrevengan en la vida de las personas involucradas en él, es decir los padres y los hijos, procurando que se satisfaga, primordialmente, el interés de los menores, principio rector del problema que analizo.

⁸² Véase las entrevistas realizadas a las Autoridades del Ejercicio Jurisdiccional de competencia familiar anexada a esta investigación.

2.12.1.2. Impostación procesal

Es habitual que el pedido de la tenencia definitiva de los hijos menores quede incluido en la demanda de separación personal y constituya uno de los puntos de la litis que los jueces deban resolver.

Pero es igualmente posible que la tenencia sea objeto de un proceso independiente, iniciado contemporáneamente al principal y aun después que este haya sido fallado, si es que se pretende un cambio de la situación vigente, ya que, como hemos dicho antes, lo acordado o decidido sobre la tenencia no causa nunca instancia y puede ser revisado cuando las partes interesadas lo propongan.

La elección de uno u otro camino es decir plantear juntas o independientemente las acciones de separación y de tenencia, deberá ser realizada con prudencia, valorando en qué medida el debate sobre la cuestión principal se proyectará sobre la accesoria, e incluyendo en tal caso la discusión sobre tenencia en la demanda, o bien eligiendo un planteo independiente cuando los argumentos para pretender la tenencia sean distintos y más amplios que los incorporados al juicio de separación o de divorcio.

Por último, aun tratándose de procesos contenciosos, no cabe descartar la posibilidad de que, quien inicia la acción principal, omita todo reclamo sobre la tenencia de los hijos y acepte expresa o tácitamente el mantenimiento de la situación imperante al promover la demanda.

Por cierto que, si el proceso de separación o divorcio tramita por la vía de la presentación conjunta, lo normal será que el escrito inicial incluya un convenio sobre este punto y que el juez lo homologue al dictar el fallo que las partes solicitan.

2.12.1.3. Necesidad de un pronunciamiento

Lo cierto es que, a través de cualquiera de los caminos mencionados, debe recaer alguna resolución decisoria u homologatoria, que determine cuál será el régimen a que quedarán sometidos los menores cuyos padres se separan o se divorcian.

Según lo relacionado anteriormente, quienes emprenden este camino pretenden que cese a su respecto el deber de cohabitación, quieren vivir separados y esta nueva circunstancia que sobreviene en la familia afecta, necesariamente, a los hijos, cuya posición debe quedar convenientemente aclarada.

Ello es aún más necesario desde que el Art. 251 del Código de Familia establece el ejercicio conjunto de la patria potestad, mientras los padres no estén separados o divorciados y el párrafo 2º dispone que en tales supuestos, dicho ejercicio corresponda a uno de ellos. El mismo Art. en su párrafo 3ro y su concordancia con el Art. 254 encara el problema que me ocupa analizar, ya nos remite expresamente a las disposiciones relativas a la patria potestad.

Es, importante identificar al titular de la tenencia, que en el régimen vigente ha dejado de ser una circunstancia de hecho, para transformarse en causa de un derecho en el ejercicio de la patria potestad, que afecta la situación jurídica de los hijos y de los padres.

2.12.2. Criterios legales para la asignación de la tenencia

El artículo 145 del Código de Familia señala: “...*El juez define en la sentencia la situación de los hijos, teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de éstos... Todos los hijos menores de edad quedarán en poder del padre o de la madre que ofrezca mayores garantías para el cuidado interés moral y material de éstos, debiendo el otro cónyuge contribuir a la manutención de los mismos de acuerdo a sus posibilidades y en la forma que el juez señale...*”.

De igual manera la jurisprudencia nacional determina que *“Es facultad de los jueces de grado, establecer a cuál de los esposos corresponde la tenencia y guarda de los hijos menores, atendidas las mayores ventajas que ofrezca uno u otro de los cónyuges divorciados”*⁸³, especialmente cuando la misma jurisprudencia nacional señala *“Los jueces deben tener en cuenta el mayor interés en la educación y formación (profesional) de los hijos de un matrimonio disuelto, porque importa al orden público que ellos se conviertan en elementos útiles a la colectividad, aunque se manifieste por los hijos (adolescentes, cuando son consultados) preferencia por la madre, que generalmente es más condescendiente y menos exigente respecto de las obligaciones de estudio de los hijos”*⁸⁴

2.12.2.1. Hijos menores de edad

El Código de Familia atribuye a la madre la tenencia de los hijos menores de edad, así lo establece el Código de Familia, por su parte la jurisprudencia, fue matizando el principio legal y apartándose de él cuando mediaban razones graves que así lo aconsejaran algo que fue señalado por la jurisprudencia de la siguiente forma *“Los hijos menores de cinco años, deben quedar en poder de la madre, aunque haya sido declarada culpable de divorcio, atendidos los cuidados que precisan por su tierna edad”*⁸⁵.

La notoria inmoralidad de la madre, las severas deficiencias de su salud física o psíquica y otras causas consideradas graves dieron fundamento a sentencias que, valorando el interés primordial de los hijos, privando a la madre de la tenencia que la ley le acordaba.

Cabe apuntar, sin embargo, que las causas contempladas por los fallos como excepciones al principio general han sufrido variaciones importantes.

Así, las de carácter moral suelen ser apreciadas hoy con un criterio más lato que el vigente hace quince o veinte años, dando preferencia a apreciaciones psicológicas, que a veces

⁸³ Gaceta Judicial, N° 1197 Pág. 18.

⁸⁴ Gaceta Judicial N° 1488, Pág. 104.

⁸⁵ Gaceta Judicial N° 1274, Pág. 14.

pueden ser esclarecedoras, pero que no siempre constituyen una clave segura para desentrañar los aspectos éticos implicados en el problema, aspecto que es señalado también por la jurisprudencia nacional cuando se estableció que *“acreditada la edad del menor de cinco años y no existiendo motivos de inmoralidad de parte de la madre para privársele de la tenencia de dicho menor, los jueces de grado hacen bien al ordenar que permanezca a su cuidado”*⁸⁶.

2.12.2.2. Mayores de cinco años

En lo que se refiere a los hijos mayores de 5 años el Código de Familia no señala más que principios generales como el establecido en el *“Art. 249 (SITUACIÓN DEL HIJO MENOR DE EDAD). El hijo menor de edad se halla sometido a la autoridad de sus padres hasta que llega a su mayoría o se emancipa.”*

La doctrina por su parte señala que la patria potestad es el conjunto de poderes – deberes, son poderes de duración temporal: cesan cuando el hijo alcanza la mayoría de edad o cuando ha sido emancipado, proviene del derecho germánico más del romano, según Planiol y Ripert, que recuerdan a propósito las palabras de Teodorico, citas por Casiodoro *“las águilas cesan de alimentar a sus pequeñuelos tan pronto se han formado las uñas y plumas”*, por su parte la jurisprudencia nacional estableció que *“El hijo está bajo la autoridad del padre y de la madre, hasta la mayoría o emancipación”*⁸⁷.

2.12.3. Principio rector relativo a la idoneidad del progenitor

Las circunstancias que cabe tener en cuenta para resolver esta delicada cuestión son muchas y, por ello, reacias a quedar encuadradas en una enumeración taxativa.

2.12.3.1. Principio rector

⁸⁶ Gaceta Judicial, N° 1211, Pág. 16.

⁸⁷ Gaceta Judicial N° 982, Pág. 11

Se trata, en todo caso, de alcanzar la situación más favorable al interés de los menores implicados en ella y este es el principio rector que ha de inspirar la búsqueda de la solución en los conflictos que puedan plantearse. Y ello es así, no solo según la doctrina judicial, sino porque lo establece el art. 3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: *“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*⁸⁸.

En procura de esa solución se pueden valorar circunstancias que, pese a su diversidad, voy a intentar enunciar por lo menos a través de algunos de los elementos que con mayor frecuencia se consideran para resolver sobre la tenencia.

2.12.3.2. Aspectos morales

En primer lugar, cabe mencionar todos los supuestos que la ley contempla como causas de privación de la patria potestad. La guarda de los hijos es un elemento constitutivo de la autoridad paterna y, por lo tanto, es evidente que los hechos que justifican la privación de la patria potestad han de ser, necesariamente, eficaces para desplazar de la guarda al progenitor que in curra en ellos. El Código Niño Niña y Adolescente atribuye tal efecto a la condena por delito doloso contra la persona o bienes de uno de los hijos, el abandono en perjuicio de ellos, y poner en peligro su seguridad, la salud física o psíquica, o la moralidad del hijo, ya sea mediante malos tratos, o ejemplos perniciosos, conducta notoria o delincuencia.

La norma aludida deberá ser aplicada al tema que me ocupa cuando su previsión alcance a alguno de los progenitores, pues si puede ocasionar la pérdida del derecho más amplio (la patria potestad), con mayor razón ha de ser apta para resolver un aspecto parcial de ese derecho, como es el ejercicio de la tenencia.

⁸⁸ Convención Sobre Los Derechos De Niño, que entro en vigor en fecha 2 de Septiembre de 1990.

Pero, además de su operatividad directa, la norma recordada tiene un sentido orientador para el intérprete, que ha de valorar la conducta de quienes discuten la tenencia, a la luz del criterio general que fluye. Los ejemplos perniciosos que puedan afectar la moralidad del hijo son, pues, datos esenciales que el juez ha de tomar en cuenta.

Así, el hecho de vivir en concubinato, mantener una relación notoriamente inmoral con terceros, tener costumbres disolutas, caer en el alcoholismo o la drogadicción, han de ser contemplados por el juez como factores decisivos para privar de la tenencia al progenitor que incurra en tales conductas

2.12.3.3. Posibilidades de ofrecer cuidado y educación

Dichas posibilidades abarcan dos aspectos distintos:

Disponibilidad de tiempo, El cuidado y la educación de los hijos requiere, por parte del progenitor que asume la tenencia, abundante tiempo. La formación de los menores no es, en efecto, algo que se logre mediante actuaciones específicamente dedicadas a tal fin, sino que fluye del contacto sostenido entre padres e hijos, en el curso del cual sobrevienen, a menudo, pequeños episodios, acontecimientos aparentemente baladíes, que suelen tener un carácter formativo y aleccionador más eficaz que ocasionales sermones.

Por eso conviene preferir a aquel cuyo compromiso sea menos exigente en cuanto a insumo de tiempo, y a tal fin es importante valorar las obligaciones laborales de los padres⁸⁹.

Aptitudes psíquicas, En los últimos años, la evaluación psicológica de los progenitores ha adquirido una importancia que antes no se le asignaba.

⁸⁹ No es cierto que conferir la tenencia a la madre que no trabaja implique premiar el ocio. Se trata de que, hallándose ambos progenitores dotados de análoga idoneidad para proveer a la crianza de los menores, debe preferirse que estos convivan con aquel que pueda estar durante más horas del día próximo a los menores, a fin de dispensarles cuidados y atención más esmerados. Y ello no puede ser sustituido por el afecto o dedicación de una abuela, o el que pueda haber evidenciado el personal de servicio

Es hoy frecuente que, a pedido de parte o por propia iniciativa, los jueces dispongan la realización de estudios de la personalidad de los padres, a cargo de peritos en el caso boliviano del SEDEGES, como resultado de los cuales suelen aparecer determinadas deficiencias, cuya mayor o menor gravedad incidirá para descartar o no a quien las padezca⁹⁰.

Coincido en la utilidad de tal recurso, mientras su gravitación sea valorada con la debida prudencia, que ha de consistir, a nuestro juicio, en filtrar cuidadosamente las opiniones del experto, computando aquellas que revistan importancia objetiva y que detecten problemas de cierta entidad.

La psicología no es una ciencia exacta; es, por el contrario, un campo científico en el que se desenvuelven arduos debates. Por lo tanto, el juez deberá precaverse contra las apreciaciones puramente subjetivas, o “de escuela”, en que pueda incurrir el experto, y contra la tentación de trasladar el dictamen técnico a la decisión de un problema, en cuya solución deben integrarse aspectos de muy diversa índole⁹¹.

Es importante, a tal respecto, controlar el contenido de los puntos de pericia, evitando preguntas como las que, a veces, suele proponerse sobre la mejor aptitud de uno u otro progenitor, tema que dada su complejidad escapa a la competencia profesional del psicólogo, y que, sin embargo, una vez respondida por este, puede comprometer la decisión del juez.

2.12.3.4. Salud y nivel cultural

⁹⁰En ejercicio del patronato, corresponde adoptar medidas de protección tanto de la persona de la madre como del hijo menor. Si de los elementos de juicio aportados podría resultar que la progenitora padeciera alguna enfermedad mental, el Estado, a través del SEDEGES, debe promover las actuaciones enderezadas a determinar su verdadero estado mental y en el supuesto de que se la declarara incapaz, asistirla mediante los medios legales previstos al efecto.

⁹¹ FORMIELLES, Salvador, Tratado de las sucesiones, Ediar, Buenos Aires, 1950, t II, ps 130 y 131. Dice este autor: “Se ha observado también la tendencia de los expertos a defender las doctrinas científicas que creen haber descubierto de que son partidarios, lo que los hace víctimas de prejuicios de escuela”

Las enfermedades graves que afecten a uno de los progenitores, sobre todo si son contagiosas, pueden determinar que no le sea atribuido el ejercicio de la tenencia.

Otro tanto ocurre con el nivel cultural. La asignación de la guarda no ha de ser considerada como si se tratara de un certamen académico, pero ello no obsta a que dicho aspecto sea computado por el juez en favor de quien ostente una estructura cultural más sólida, cuya transmisión a la prole constituye uno de los fines del matrimonio.

Por cierto que el nivel cultural no ha de ser confundido con un caudal de conocimientos o cierto grado de erudición, sino identificado con la mejor integración social, el respeto por determinadas jerarquías, el discernimiento de valores esenciales, la solidaridad con los demás, datos estos capaces de inclinar la preferencia por aquel progenitor que los posea en mayor grado⁹².

2.12.3.5. Medios económicos

Considero que la mayor disponibilidad de medios económicos no debe ser tomada en cuenta como factor decisivo en la cuestión que considero.

El progenitor que disponga de ellos en abundancia estará obligado a pasar a sus hijos menores una cuota alimentaria acorde con sus posibilidades económicas, con lo cual quedará conjurada la diferencia que, en este aspecto, pudiera existir entre los cónyuges.

Pese a la valoración excesiva que la sociedad contemporánea suele hacer del éxito crematístico, no ha de admitirse fácilmente que fortuna y aptitud personal sean consideradas como sinónimos⁹³.

⁹²No es conveniente la tenencia del menor por parte de la madre en orden a su educación si de las manifestaciones vertidas por ella, tales como 'que la castidad en un hombre adulto lo conduce a la homosexualidad', surgen graves prejuicios antirreligiosos y de conceptos somáticos elementales que pueden perturbar gravemente al menor, en el normal desarrollo de su vida sexual.

⁹³ En cualquier caso donde el interés del menor y el bien de la comunidad organizada son premisas decisivas para resolver en lo concerniente a la situación de estos incapaces respecto a sus progenitores, guardadores, adoptantes, etc., es necesario optar por el medio humano más apto para lograr un equilibrado desarrollo de la personalidad en todas sus dimensiones; no siendo decisiva la mayor o menor capacidad económica de quienes pretenden lograr que judicialmente se les reconozca tal tenencia.

Por último, ha de tenerse en cuenta que la abundancia de recursos no siempre es el mejor aporte que se puede hacer en pro de la formación de los hijos.

2.12.3.6. Sexo de los menores

A veces puede resultar decisivo el sexo de los menores de cuya tenencia se trate, el que deberá ser considerado en relación con su edad.

Tratándose de adolescentes, puede ser preferible que la guarda se confíe al padre o a la madre, según se trate de varones o mujeres, dado que si bien el aporte de ambos progenitores es esencial en cualquier etapa de la vida, hay momentos especiales en los cuales es más necesaria la presencia inmediata del progenitor del mismo sexo.

2.12.3.7. Situación precedente

Un factor que muchas veces decide el problema de la tenencia es la situación de hecho que se ha mantenido durante un tiempo más o menos prolongado, anterior al momento de la resolución.

En tal caso, es frecuente que los jueces mantengan la situación existente, presumiendo que para los menores es preferible no alterarla, ya que el cambio de ambiente puede resultarles perjudicial.

2.12.3.8. La opinión de los hijos

Las resoluciones sobre tenencia tienen distinta eficacia según la edad de los menores involucrados en ellas.

Una vez alcanzada cierta edad, los hijos no son elementos enteramente pasivos en la discusión planteada entre sus padres, y hay un punto de su evolución a partir del cual su opinión prevalecerá sobre lo decidido por el juez.

En efecto, constituye una virtual quimera atribuir a uno de los progenitores la guarda de un menor de diecisiete o dieciocho años que haya decidido permanecer junto al otro. El juicio del hijo podrá ser acertado o no, pero las posibilidades de hacer cumplir coactivamente el fallo son ilusorias y, en todo caso, contraproducentes.

No hace falta gran experiencia en la materia para advertir la ineficacia de una restitución del menor adolescente al hogar paterno o materno que tenga asignado, a través de un mandamiento judicial, que solo podrá encontrar justificación en casos muy excepcionales. Los fallos se han inclinado por computar la opinión de los menores sin sujetarse necesariamente a ella.

La Convención sobre los Derechos del Niño, recoge esta tendencia a través de su Art. 12, cuyo inc. 1º garantiza *“al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su Opinión libremente en todos los asunto que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta la opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”*.

Es verdad que no se prevé expresamente la audiencia directa del menor, pero la prudencia de jueces y asesores ha suplido ese silencio, y puede afirmarse que no hay decisiones que afecten a menores, en cuya gestación el interés de ellos no haya sido expresado y tomado en cuenta al sentenciar.

En todo caso, oír la opinión de los menores púberes es una actitud razonable para evitar el dictado de resoluciones apartadas de la realidad y que puedan resultar de imposible ejecución, si se los contraría abiertamente.

Pero, a nuestro juicio, sería poco sensato, y con mayor razón si se tratara de menores de corta edad, considerar su opinión como decisiva para la asignación de la guarda.

No es extraño que los padres que se separan o divorcian procuren inducir a sus hijos a permanecer con uno u otro, a despecho de provocarles un daño moral grave, como es generarles encono o menosprecio hacia el otro progenitor, o alejarlos injustificadamente de él. Si a este factor activo se le agrega la motivación poco profunda que suele inclinar la preferencia de los menores, cabe llegar a la conclusión de que su opinión no debe pasar de ser un elemento considerado por el juez entre los otros muchos que se integran a una decisión de esta naturaleza.

2.12.4. Criterios discutibles

2.12.4.1. Tenencia compartida

Nos hemos pronunciado en ocasiones anteriores en contra de la tenencia alternada, o compartida, según ahora suele llamársela.

La ley, en cuanto propone un criterio para optar por el progenitor a quien se deba asignar la tenencia, indica que el juez enfrenta una alternativa que debe ser resuelta en favor de uno de los aspirantes. Así lo han entendido la jurisprudencia y la doctrina, considerando que la tenencia compartida priva a los hijos de la necesaria estabilidad, ya que no tienen su hogar en ningún lado al tenerlo en dos distintos, y estimula, además, una suerte de competencia entre los padres para complacerlos durante el período que pasan con ellos, que, a la postre, redundará en perjuicio de su educación.

Sin embargo, las opiniones y los fallos han comenzado a insinuar una orientación distinta, y a aceptar propuestas de tenencia compartida cuando los padres así lo acuerdan, y aun a sugerir su utilización, invocando razones que la moda contribuye a presentar con apariencia de solución atractiva.

Es claro que las posibilidades de error en la asignación de la tenencia se reducen considerablemente distribuyendo la por mitades entre los progenitores, pero me parece que los riesgos que comporta esta aparente solución equitativa son mayores que sus beneficios.

La separación de los padres constituye un hecho negativo para el futuro de los hijos, y sus consecuencias no se evitan procediendo como si la crisis conyugal no se hubiera producido, disimulando, a los responsables de tal de cisión y a las víctimas de ella, sus verdaderos alcances. Es particularmente difícil que la tenencia compartida funcione aceptablemente cuando subsiste entre los cónyuges un clima de mutua animadversión, expresada frecuentemente en actitudes hostiles.

2.12.4.2. Separación de los hijos

Es desaconsejable dividir entre los padres la tenencia de los hijos comunes, asignando a uno de los progenitores los de mayor edad o los de determinado sexo, y al otro los restantes. Sin embargo, la Corte Suprema de Buenos Aires, consideró aplicable el sistema en un caso reciente⁹⁴.

Pensamos, no obstante, que la unión entre los hermanos, que suele robustecerse frente a la separación de los padres, es un factor que no puede conjurar los efectos negativos de esta, pero puede paliarlos en cierta medida, atenuando la repercusión de la quiebra matrimonial sobre el panorama afectivo de los menores.

La atribución de algunos hijos a cada uno implica ahondar la división de la familia que se produce de por sí a raíz de la separación o el divorcio, provocando enfrentamientos entre hermanos, a quienes, muchas veces, quien ejerce su tenencia procura enrolar en contra del otro progenitor.

⁹⁴ “Si bien la tenencia debe ser acordada a uno u otro de los cónyuges sin que los hijos se dividan, corresponde otorgar la tenencia dividida si media una justa causa y circunstancias especialísimas que atiendan a la suprema finalidad de otorgar máximo amparo a los hijos” (SCBA, 16/8/94, Rep. LL, t. LIV, p. 1503, sum. 7, ED, t. 159, p. 709).

2.12.5. Desvíos en el papel de los padres al debatir sobre la tenencia

Muchas veces las disputas referidas a la guarda del menor son particularmente encarnizadas, tal cual se presenta en:

2.12.5.1. Los hijos como objeto de disputa

Es fundamental que, en todo caso, jueces y abogados procuren discernir, con la máxima agudeza de que sean capaces, los verdaderos motivos que inspiran las posiciones antitéticas sostenidas en un debate judicial.

No es raro que la tenencia de los hijos sea buscada no tanto como ocasión de cumplir la responsabilidad asumida por ambos cónyuges al contraer matrimonio, sino como indicio demostrativo de la propia aptitud o de la propia inocencia y, consiguientemente, de la culpabilidad o ineptitud del otro.

Por cierto que tal disposición no es la habitual entre quienes discuten la tenencia, ya que constituye un enfoque patológico de la cuestión y que de ordinario el amor materno y paterno suele ser el motivo que induce a pelear por mantener al hijo consigo.

Pero identificar la actitud descrita y desenmascarar el falso celo que ella pretende ostentar es un modo de aproximarse a la mejor solución del problema, que consiste en acertar con la respuesta más favorable al interés de los hijos.

2.12.5.2. Tendencia a declinar la responsabilidad

Frente a los excesos por sostener el propio derecho a la tenencia, se advierten, con una frecuencia creciente actitudes paternas y maternas que buscan, a veces desembozadamente, desviar hacia el otro la responsabilidad de la tenencia, y aun aligerar el régimen de visitas en pro de una mayor libertad personal.

Se trata de una actitud egoísta hasta el extremo, que, sin embargo, suele ser exhibida algunas veces por las partes interesadas, quienes revelan, a través de ella, el grado de irresponsabilidad que las guió hacia la celebración de su matrimonio y la endeblez de su compromiso recíproco y hacia la prole que concurren a engendrar.

2.12.6. Acuerdos sobre tenencia

Cuando la separación o el divorcio tramitan según el procedimiento de presentación conjunta, es habitual que la demanda incluya un acuerdo sobre el régimen de tenencia de los hijos comunes.

Tal acuerdo suele ser decisivo para la solución del problema, dado que la responsabilidad sobre el cuidado y educación de la prole pesa primordialmente sobre los padres.

Por su parte la Ley N° 996 Código de Familia “**Art.145.- (SITUACIÓN DE LOS HIJOS).** ... Las convenciones que celebren o las proposiciones que hagan los padres, pueden aceptarse, siempre que consulten dicho cuidado e interés y tengan bajo su patria potestad a todos los hijos....”

Según la norma recordada, puede ser denegada la homologación de los acuerdos que merezcan objeciones serias, en cuanto sean capaces de perjudicar el interés de los menores.

La atribución judicial deberá ser ejercida, a este respecto, con particular prudencia, ya que sería objetable su ejercicio discrecional como medio de sustituir la facultad paterna de resolver sobre el futuro de los hijos.

Pero esta facultad no es irrestricta, y cuando su ejercicio revele ligereza, mezquindad o simplemente, torpe visión sobre la conveniencia de los menores, el juez podrá corregir, en resguardo del interés de estos, las estipulaciones paternas⁹⁵.

⁹⁵ “**Art.- 148.- (PROVIDENCIAS MODIFICATORIAS).** El juez puede dictar en cualquier tiempo, a petición de parte, las providencias modificatorias que requiera el interés de los hijos.” concordante con el Art. 397 Código de Familia, cabe señalar que este art. no señala las causales para la modificación de la medida provisional de tenencia de los hijos.

En los juicios contenciosos, la concertación de acuerdos relativos a la guarda es más problemática, pero cabe señalar que, en ejercicio de las facultades que la ley le reconoce, el juez suele instar a las partes al logro de un avenimiento sobre este punto, por lo menos en cuanto a la tenencia provisoria, cuya atribución tiende a ser el apoyo natural de la asignación definitiva.

Se ha discutido si los jueces tienen facultad para resolver sobre tenencia cuando las partes omiten toda referencia a ella, y a este respecto las decisiones judiciales suelen tomar rumbos diversos⁹⁶.

Creo, por mi parte, que solo ante la imposibilidad de acordar la voluntad de los padres, cosa que deberán procurar fervorosamente, los tribunales pueden llenar el vacío creado por la renuencia de los progenitores a decidir sobre los hijos, es el caso que me toca investigar.

2.12.7. Adjudicación de la guarda a terceros

2.12.7.1. Casos en que corresponde aplicarla

Cuando el juez llegara a la conclusión de que ninguno de los padres reúne las exigencias mínimas para el normal ejercicio de la tenencia, y que, por lo tanto, adjudicarla a uno u a otro resultaría igualmente perjudicial para el menor, procederá designar a un tercero para que ejerza dicha tenencia, por ley en el caso Boliviano se dispone que *“Por razones de moralidad, salud o educación, puede confiarse la guarda a los abuelos paternos o maternos o entre los hermanos de los cónyuges prescindiéndose de los padres. En caso*

⁹⁶ Por el reconocimiento de atribución al juez, no existe, en principio, inconveniente en decidir sobre lo relativo a la denominada tenencia de los hijos cuando se decreta la separación personal o el divorcio vincular, pues dicha situación es un efecto de esa acción de estado constitutiva, prevista por el legislador y que ha sido confiada al órgano judicial a los fines de asegurar el interés superior del niño (Art. 3.1. Convención sobre los Derechos del Niño). Claro está, que si los padres están de acuerdo en determinar quién asume la responsabilidad del cuidado y educación de los hijos, allí se detiene la actividad del órgano judicial, mientras no sobrevengan causas que alteren esa situación. Por lo tanto no se menoscaba el principio de congruencia cuando al decretarse el divorcio vincular, se hace aplicación de oficio del efecto que consagra el Art. 145 del Código de Familia sobre la asistencia y cuidado de los hijos del matrimonio, que incumbe a los padres.

*necesario la guarda puede ser confiada a terceras personas de conocida idoneidad.*⁹⁷
(Art. 36, 27, 144, 254, 365, 367, 389, 398).

Esta solución solo es aplicable a casos extremos. Debe tenerse en cuenta que los padres divorciados conservan la patria potestad sobre sus hijos, y que esta incluye, entre las facultades que la integran, el derecho a ejercer la tenencia, razón por la cual no es admisible el desconocimiento de dicha facultad a ambos progenitores, sin que medien graves razones para ello.

La adjudicación de la tenencia no puede ser, pues, el resultado de una confrontación entre condiciones deficientes del padre o la madre, y aptitudes satisfactorias de un tercero. Aquellos, por el solo hecho de ser los padres del menor, tienen derecho a ejercer la tenencia.

Por ello insistimos en que la atribución a un tercero solo puede ser admitida cuando la ineptitud de los progenitores sea evidente y pernicioso para los menores.

Tal situación podrá provenir de causas no imputables (como la enfermedad grave, física o mental) o de una conducta desarreglada, inmoral o delictiva. En este último supuesto, la privación de la tenencia podrá ser complementada con las disposiciones relativas a la patria potestad que la ley prevé.

2.12.7.2. A quién se la debe conferir

En cuanto a las circunstancias que deben contemplarse para elegir al tercero en cuestión, quedan libradas a la discreción judicial, pero puede señalarse, en primer término, la conveniencia de preferir, entre los parientes más próximos abuelos, tíos, hermanos a aquel

⁹⁷ Ley 996 Código de Familia de Bolivia, disposición que es concordante con los Arts. 36, 27, 144, 254, 365, 367, 389, 398, del mismo cuerpo legal.

que solicite la atribución de la tenencia. Ello, por cierto, sin prescindir del examen de sus condiciones personales.

Pensamos que es razonable por doctrina que se debe requerir que la persona a quien se atribuya la tenencia reúna aptitudes semejantes a las que la ley exige para conferir la adopción como por ejemplo edad, estado civil, medios de vida, cualidades morales y personales, pues, en definitiva, se trata de situaciones que, pese a sus diferencias sustanciales, ofrecen semejanzas significativas.

También reviste importancia la situación en que se encuentren los menores hasta el momento de decidir, es decir, que si ellos hubiesen estado en cierto tiempo a cargo de una persona determinada, en condiciones satisfactorias, el juez podrá inclinarse por mantenerlos con ella, aun cuando la tenencia fuese reclamada por parientes más próximos.

2.12.7.3. Internación en Institutos

Por último, la internación de los menores en un instituto solo es admisible en los casos en que resultara manifiestamente inconveniente o extraordinariamente dificultoso conferir la tenencia a personas de la familia o a otras vinculadas afectivamente a ellos, como podrían ser los padrinos, matrimonios amigos de los padres, etcétera. Entendemos que esta última solución es siempre preferible a la internación en institutos o colegios públicos o privados⁹⁸.

— **CARÁCTER PROVISIONAL DEL RÉGIMEN Y SU MODIFICACIÓN PRINCIPIO GENERAL.-** La doctrina y la jurisprudencia aceptan, en forma unánime, que los regímenes de tenencia, ya sean fruto de resolución judicial o de convenio entre partes, tienen carácter provisional⁹⁹

⁹⁸ Al respecto el Art. 263 del Código de Familia establece “(AUXILIO EDUCATIVO). En caso que el hijo observe mala conducta y sea imposible corregirlo por los medios ordinarios que aconseje su formación física y moral, puede acudir al órgano administrativo de protección de menores para que este tome las medidas que correspondan, oído que sea el ministerio público.”

⁹⁹ SENTENCIA CONSTITUCIONAL 2837/2010-R, Sucre, 10 de diciembre de 2010, Expediente:2009-19272-39-RAC y la

Es lógico que así sea. Los intereses implicados en este problema. Como son los de los hijos en primer término y los de los padres en segundo, deben ser contemplados a la luz de las circunstancias sobrevinientes.

Por lo tanto, la variación procederá cuando los hechos muestren que sería inconveniente mantener un régimen elaborado sobre la base de presupuestos posteriormente alterados, como puede ser la salud de los interesados, o la conducta que observen o cualquier otra circunstancia personal capaz de proyectarse sobre los hijos.

En tales casos, cualquiera de las partes podrá solicitar la modificación del criterio adoptado, para buscar la solución que en el nuevo contexto interprete mejor los intereses de los menores y los padres afectados.

— **REQUISITOS.**- Pese a la vigencia del principio general que he expresado, no conviene exagerar el carácter provisional de lo resuelto por los jueces, ya que, de lo contrario, la discusión sobre la guarda de los hijos podría ser interminable.

Una vez acordado o decidido un régimen, el pedido de modificación tendrá que basarse en un hecho sobreviniente, cuya valoración, en orden al interés de los menores, justifique modificar la situación en que estos han sido ubicados.

Ya hemos dicho que la situación en que se encuentren los menores suele ser mirada por los jueces con prudencia y que sus decisiones se orientan, por lo general, a mantener tal situación, mientras no aparezcan circunstancias que re velen claramente su inconveniencia¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Para resolver un cambio de guarda deben existir motivaciones de trascendencia que justifiquen la alteración del statu quo inicial y la solución que se adopte debe ser aquella que mejor contemple la integridad psicofísica y moral de los menores”

CAPITULO III

DERECHO A LAS VISITAS

La adjudicación de la tenencia a uno de los cónyuges y la consiguiente privación al otro, es una consecuencia necesaria de la separación legal dispuesta por la sentencia.

Pero ni el padre excluido de la tenencia ni el hijo o los hijos comunes pueden quedar privados del derecho, que recíprocamente tienen, a mantener un contacto íntimo, a conservar entre sí la unión más plena que las circunstancias permitan.

La integridad de la relación paterna o materna filial debe ser mantenida en cuanto sea posible, para que el padre o la madre no se vean privados de cumplir su misión de educar al hijo, y para que este solo padezca en la medida indispensable el alejamiento de aquellos.

Este es el problema que se procura resolver con el reconocimiento del derecho a las visitas, que deben ser reguladas de modo que los aportes afectivos y formativos del padre y de la madre que son diferentes e insustituibles, lleguen a los hijos con toda la amplitud posible.

El derecho a las visitas tiene su fundamento en el orden natural, y así lo admite una orientación invariable de la jurisprudencia y la doctrina, que lo reconocen sin retaceos¹⁰¹.

La denominación “derecho a las visitas” no es, por lo dicho, la que mejor refleja la índole del derecho que analizo, ya que la palabra “visita” otorga la idea de un contacto pasajero y formal, que no basta para nutrir una vinculación entrañable y permanente como la que liga a los padres con sus hijos.

¹⁰¹ El derecho de visita que corresponde al progenitor que no disfruta de la tenencia de sus hijos menores, se funda en elementales principios de derecho natural, por lo que su regulación debe realizarse procurando el mayor acercamiento posible entre ambos, de modo que su relación no sea desnaturalizada

Pero las propuestas que se han formulado socialmente o en tribunales para reemplazarla no parecen ventajosas, sobre todo porque, aunque la expresión no sea enteramente ajustada, representa valor entendido, cuya sustitución por otro presentarían dificultades que atractivos.

3.1. ¿QUÉ ES EL DERECHO DE VISITA?

Como acertadamente señalara FERNÁNDEZ,¹⁰² *“El hecho físico de la generación origina el hecho jurídico de la filiación, pero ésta, a su vez, produce un conjunto de relaciones que reciben el nombre de parentesco, de los cuales derivan múltiples y complejos derechos y obligaciones de atención y cuidado, respeto y obediencia, asistencia mutua y beneficios sucesorios, que a tanto alcanza el parentesco creado por la filiación.”*

La institución¹⁰³ más emblemática de estos vínculos de filiación se conoce bajo la expresión “patria potestad” que siguiendo las enseñanzas de Víctor Pérez¹⁰⁴ “debe verse como un conjunto de situaciones jurídicas, no ya de derechos sino de potestades”, pues, para él, se trata de un conjunto de conductas que se pueden realizar, pero que al mismo tiempo se deben realizar. Este rasgo de facultad-obligación se evidencia con mayor claridad cuando nos encontramos ante alguno de los supuestos en que el progenitor sufre una intromisión que pretende impedir que ejerza cualquiera de los cometidos que constituyen el núcleo, o la idea central del bien jurídico tutelado. Esta interferencia puede ser jurídicamente removida y, a contrario sensu, el progenitor que incumpla con estas potestades puede ser sancionado con modificaciones y hasta la supresión de la patria potestad, también llamada alternativamente, incluso por nuestro Código de Familia, de “autoridad parental” en los casos legalmente previstos.

¹⁰² FERNÁNDEZ, Clérigo L. El derecho de familia en la legislación comparada. México, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1947. Cit por RODRÍGUEZ ZAMORA, José Miguel. La Filiación y el Derecho Comparado. In Revista de Ciencias Jurídicas N° 77. Costa Rica UCR-Colegio de Abogados Enero-Abril 1994. pág. 65.

¹⁰³ Una institución es un conjunto de normas que regulan una materia compleja a partir de una idea central, que es el fin que todas tienden a lograr, el bien jurídico que todas tienden a proteger, según lo registra el maestro Dr. Eduardo Ortiz. (Propiedad y Constitución. In Revista Judicial, N° 37, San José, Corte Suprema de Justicia, junio de 1986. p.17).

¹⁰⁴ PÉREZ VARGAS, Víctor. El contenido de la patria potestad. In Revista Judicial N° 30, Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, setiembre 1984. Pág. 128.

Pero veamos, cuáles son esos cometidos, en qué consisten estas potestades que conforman la patria potestad. Se trata de poderes-deberes en relación a la persona del menor, a sus bienes y facultades de representación. Ante el primer grupo, que un sector de la doctrina llama “guarda”,¹⁰⁵ otros “guarda, crianza y educación”¹⁰⁶ otros “guarda y custodia”¹⁰⁷ y algunos “guarda y cuidado”¹⁰⁸ nos encontramos en presencia del contenido esencial de la patria potestad. En situación normal de convivencia de los progenitores estos poderes-deberes, que nosotros preferimos seguir llamando “guardia y custodia”, surgidos de la relación con el menor, se encuentran “embebidos por la patria potestad dual” en feliz expresión de RAGEL.¹⁰⁹

Para el autor argentino Augusto Cesar Belluscio,¹¹⁰ el desmembramiento de la guarda se configura cuando los padres se separan de hecho o de derecho, (separación de hecho,

¹⁰⁵ Expresión preferida por . BELLUSCIO, Augusto Cesar. Manual de Derecho de Familia. Tomo II., 5ª Ed., Argentina, Depalma, 1991, p. 302, Pacheco Rojas p. 34; Código Civil Brasileño de 1916, artículo 328; DE MATTIA, Fabio M. Direito de Visita. In Revista de Informação Legislativa. Año 17, N° 68, Senado Federal, Brasília, Octubre-Diciembre 1980. p. 180; DE BARROS MONTEIRO, Washington. Curso de Direito Civil. Vol II, Direito de Família. Editora Saraiva, Sao Paulo, 1989.p. 279, si bien este autor también utiliza “creación y educación” por ejemplo en la p. 281. En Francia es sin lugar a dudas de uso generalizado la palabra “garde” (guarda). El nuevo Código Civil Brasileiro de 2002 incorpora un “CAPÍTULO XI, Da Proteção da Pessoa dos Filhos” que en caso de separación judicial por mutuo consentimiento o por divorcio directo consensual se observará lo que los conjugues acuerden sobre la “guarda” de los hijos, manteniendo la expresión. (art. 1.583) Si ese acuerdo no existe, la guardia será atribuida a quien revele mejores condiciones para ejercerla. (art. 1.584) Cuando existan motivos graves el juez podrá regular de manera distinta la situación de los hijos y los padres (art. 1.586) En caso de invalidez del casamiento se aplicará lo dispuesto en los artículos 1.584 y 1.586. (art. 1587) La norma clave en el tema que nos ocupa es el artículo 1589 que literalmente dice “El padre o la madre en cuya guarda no estén los hijos podrá visitarlos y tenerlos en su compañía, según lo que acuerde con el otro conjugue, o fuera fijado por el juez, así como fiscalizar su mantenimiento y educación.”. Finalmente las disposiciones relativas a la guarda y prestación de alimentos a los hijos menores se extienden a los mayores incapaces. (art. 1.590)

¹⁰⁶ Expresión utilizada por el Código de Familia en los artículos 56 y en el 139 que habla de la patria potestad como algo distinto de la “guarda, crianza y educación” pues no se explica que si los considera parte de la patria potestad, los indique a continuación de ésta pero que no haga lo mismo con todas las facultades que la integran. Así resulta claro que este artículo menciona los poderes-deberes con relación al menor y la administración de sus bienes pero es omiso respecto a las facultades de representación. Al contrario, en el Código Civil costarricense, antes de la promulgación del Código de Familia, solamente se mencionaba la patria potestad, también en su artículo 139, por lo que resultaba más claro. Pérez aclara que se ha usado la expresión “guarda, crianza y educación” como sinónimo de tenencia estable del menor. (en contraposición a la tenencia periódica que podría tener el otro progenitor) Pero debe entenderse que los deberes de cuidar al menor (guarda), proporcionarle alimento y estímulos físicos (crianza) para su adecuado desarrollo y prepararle para la vida (educación) son poderes deberes que no cesan para el cónyuge al que no se le otorga la “guarda, crianza y educación”. Tesis absolutamente acertada del profesor Pérez Vargas.

¹⁰⁷ Esta es la terminología utilizada, entre otros, por ESPINOZA LOZANO José. Problemas Procesales en Derecho de Familia. José María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1991. p. 184 y por RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. La Guardia y Custodia de los hijos. In Revista Derecho Privado y Constitución. N° 15, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Enero-Diciembre 2001, quién la incorpora incluso desde el título de su artículo.

¹⁰⁸ Rivero Hernández. Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil. Madrid, 1994. p.1023 a 1028.

¹⁰⁹ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. La Guardia y Custodia de los hijos. Op. Cit. pág. 284.

¹¹⁰ BELLUSCIO, Augusto Cesar. Manual, p. 303. Este autor no considera apropiada la denominación tradicional de derecho de visita porque tal comunicación no se debe realizar necesariamente, ni como regla general, mediante la visita del progenitor al hijo, siendo destacable que el problema no se limita al contacto físico periódico con el hijo, sino que se manifiesta a través de otros aspectos como la vigilancia en la educación , el mantenimiento de correspondencia y otros. Víctor Pérez opina que la expresión “derecho de vista” es “poco feliz, pues no se trata realmente de un derecho y tampoco se trata de visitas carentes de ejercicio de los atributos dichos, sino que precisamente se trata de tiempo de ejercicio efectivo de estos: el padre o la madre, durante los mal llamados días de visita debe proteger al menor, velar por su integridad física y psíquica actual (guarda) y futura (educación) e igualmente satisfacer los requerimientos vitales (crianza).” Véase PÉREZ VARGAS, Víctor. El contenido de la patria potestad. Loc. cit. Nota 10. Por razones semejantes RAGEL

separación judicial, separación judicial consensual, divorcio, nulidad de casamiento) cuando entonces la guarda es encomendada a uno de los cónyuges. Esto acarrea como consecuencia el surgimiento del derecho de comunicarse con el menor y su reglamentación al progenitor que no ejerce la guarda.

Mientras exista una situación normal de convivencia, corresponde a los dos padres el cumplimiento conjunto de los deberes de cuidar a los hijos menores de edad y ejercer el derecho natural de comunicarse con ellos dentro de las más variadas manifestaciones de la vida doméstica.

Pero cuando se produce la ruptura de la unidad marital, las cosas cambian y es preciso acordar o reglamentar la forma como se cumplirán, hacia el futuro, esas obligaciones, y se ejercerán tales derechos.

Porque, en el primer caso, toca de consuno a los padres el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos; en tanto que, en circunstancias de separación, a pesar de que los hijos sean sacados del cuidado personal de uno de ellos, no puede prohibírsele al otro visitarlos con la frecuencia y libertad que convengan sus progenitores, o que el Juez considere conveniente. Debe recordarse que no son solamente los casos de ruptura de la convivencia en los que se presenta el problema del relacionamiento del progenitor que no convive con su hijo. También tenemos que contemplar los casos de quienes se llama “hijos

SÁNCHEZ, Luis Felipe en la obra *La Guardia y Custodia de los hijos*. (pág. 302) prefiere descomponer el derecho de visita en tres derechos distintos. En primer lugar habla de: 1.- El Derecho de Visita en sentido estricto que es “la posibilidad que tiene el progenitor de acudir al domicilio habitual del menor para relacionarse con él. Aunque existan supuestos de armonía entre los progenitores, que facilitan el ejercicio de este derecho, en la mayoría de los casos no deja de ser una entelequia, pues las difíciles o nulas relaciones entre los padres impedirá su ejercicio, que sólo será viable en situaciones de grave enfermedad de los hijos. 2.- El derecho de comunicación consistente en la posibilidad que tiene el progenitor no guardador de relacionarse con el menor en lugares distintos a su domicilio habitual (colegio, recinto deportivo, etc.), así como de mantener correspondencia por escrito, teléfono o medios telemáticos sin interferencias por parte del guardador. En situaciones límites, cuando los derechos de visita y de estancia son desaconsejables (malos tratos a los menores, o enfermedades como el alcoholismo o la toxicomanía por parte del progenitor no conviviente) este derecho de comunicación es el reducto mínimo que queda a los progenitores no guardadores y sus hijos. Existen dependencias administrativas, ubicadas generalmente en pisos, denominadas puntos de encuentro, en donde estos progenitores y sus hijos se relacionan durante unas horas previamente establecidas por el juez, fundamentalmente durante los fines de semana. En la mayoría de los casos, son medidas que se toman respecto de los menores de doce años, pues cuando los hijos superan esa edad, difícilmente aceptan este remedio tan artificial y molesto, y 3.- El derecho de estancia coincide con la posibilidad antes apuntada de que el progenitor conviva durante un tiempo con sus hijos, ya sea en el domicilio de aquel o en otro lugar. Esa convivencia se producirá generalmente durante determinadas épocas del año y, en especial, los fines de semanas continuados o alternos y parte de las vacaciones de los hijos.”
(RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO: *El derecho de visita*, José Ma. Bosch Editor S.L, Barcelona, España, 1996, páginas 20 y siguientes). (Para nuestro trabajo hemos tenido a la vista la edición de 1997).

extramatrimoniales” en donde nunca se ha presentado convivencia entre los padres. Además, este derecho alcanza, en distintas legislaciones a otros sujetos activos y pasivos. Por ejemplo entre los primeros se cuentan los abuelos,¹¹¹ hermanos mayores o emancipados, padres de crianza, padres biológicos en casos de adopción, padrinos de bautismo, o el conjunto de todos los parientes que están obligados a prestarse alimentos entre sí. En el otro extremo de la relación, además de los hijos menores, otras legislaciones reconocen este derecho a favor de incapaces o personas mayores gravemente enfermas.

El derecho de visita, pues, está concebido como un medio idóneo para fortalecer el afecto y la relación entre personas a las que unen vínculos de filiación con o sin relación de sangre¹¹² y hasta llega a hablarse de los padrinos bautismales¹¹³ y corresponsabilidad en cuanto a su bienestar. Se dirige a mantener la unidad familiar en circunstancias de deterioro de las relaciones entre los progenitores, o entre estos y ascendientes o colaterales” y consiste, como vimos, en la comunicación con las personas visitadas, ya sea a través de entrevistas personales, correspondencia postal, comunicación por cualquier otro medio (teléfono, etc.), o estancias a fin de estrechar las relaciones protegidas.

En vía administrativa el derecho de visita se determina por medio de un convenio de visita que se realiza entre las partes ante funcionarios o instituciones de la niñez y adolescencia.

¹¹¹ En España, por medio de la Ley 42/2003 de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, se procedió a cubrir a estos ascendientes así como a otros parientes o allegados con el manto protector de la ley, en su relación con los menores. Al efecto, la nueva relación de los artículos 160 y 161 ahora los incluye expresamente

¹¹² En España, por ejemplo, está legalmente regulado a favor de los padres, los parientes, los allegados y el propio hijo. El artículo 160 del Código Civil dice: “el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.- No podrá impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes o allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias.” Incluso tenemos que este derecho se amplió a los hijos incapacitados por medio del artículo 94 que estipula que: “El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumpliere grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”. (los destacados son nuestros)

¹¹³ Fabio de Mattia, reproduce las opiniones de ZANNONI y a Guillermo BORDA quienes lo defienden. En palabras de Eduardo ZANNONI “Se trata de un parentesco espiritual del Derecho Canónico. La visita de los padrinos puede ser autorizada si los representantes legales de los menores o incapaces la impidieren sin razón justificada. Se aplicarán en la hipótesis los principios generales de derecho según los cuales la patria potestad, la tutela y la curatela son instituciones establecidas en beneficio de los incapaces cabiendo a los tribunales corregir los abusos de los representantes legales” (Derecho civil – Derecho de Familia I, Buenos Aires, Astrea, 1978. pág. 108. Cit. por DE MATTIA, Fabio M. *Derecho de Visita*. pág. 185

Los padres prefieren llevar su caso por la simplicidad del procedimiento que se sigue y por la mayor rapidez en su resolución.¹¹⁴

Los conflictos que se presentan, siguen el siguiente procedimiento.

- 1) El caso debe presentarse para su de Admisión.
- 2) Una vez que el caso fue aceptado, se abre el expediente correspondiente para celebración de convenio de visitas.
- 3) Después se gira citación a la persona que tiene al menor con el objeto de solucionar el conflicto por medio de un acuerdo de visitas.
- 4) Mediante audiencia el día y hora señalados y con la presencia de ambas partes, un profesional expondrá el requerimiento a la persona que tiene al menor, aclarándole el derecho que tiene el gestionante y el menor de relacionarse, además se le brinda la oportunidad de exponer sus objeciones y se les orienta a tranzar en beneficio del menor.
- 5) De lograrse un acuerdo se levanta un acta, estipulado lo acordado por las partes sobre el régimen de visitas.
- 6) Si el psicólogo observa que existe alguna circunstancia que está perjudicando notablemente el desarrollo del menor, por parte de alguno de los padres, puede realizar de oficio un estudio junto con un trabajador social, para constatar esta lesión y tratar de encontrar una solución que lo favorezca. De dicho estudio puede que se conceda o se niegue en sede administrativa el derecho de visita, o que se tomen otras medidas necesarias al bienestar del menor.

Como puede percibirse de lo expuesto, por la vía administrativa se actúa como un mediador entre las partes, buscando resolver la controversia en atención al interés del menor. Lamentablemente carece de respaldo legal para resolver, al menos interlocutoriamente, de manera que las partes se vean compelidas a acatar sus determinaciones, las que tienen un fundamento técnico. Lo correcto sería fortalecer esta instancia administrativa obligando, en

¹¹⁴ María Elieth Pacheco Rojas en su tesis: "El Derecho de visita"

primer lugar, a acudir a ella antes de cualquier acción judicial, convirtiéndola en requisito de admisibilidad. En segundo lugar, dotándola de ejecutoriedad mientras no se resuelva en estrados judiciales por el fondo, pues en la práctica estos convenios son frecuentemente incumplidos por alguna de las partes, lo que al final remite el asunto a la vía judicial.

3.2. NATURALEZA Y RÉGIMEN DEL DERECHO DE VISITA

Recuerda Geneviève VINEY¹¹⁵ que la idea directriz de la jurisprudencia francesa fue crear un derecho de naturaleza puramente afectiva, con el propósito de permitir a quién visita manifestar su cariño al infante a través de las prerrogativas necesarias para la exteriorización de sus sentimientos.

La doctrina le ha reconocido la condición de ser un derecho que deriva del *jure sanguinis*, o sea una prerrogativa que tiene su origen en un ligamen de filiación directo a partir de la cual ha cambiado su orientación:

“Su silueta primitiva tiende a modificarse para satisfacer imperativos nuevos. Cuando surgió constituía una verdadera prerrogativa de naturaleza puramente civil, destinada a mantener ligámenes afectivos que el derecho no quería desconocer completamente, aunque contradijeran la organización jurídica de la protección de la niñez. Destinado a satisfacer la relación frustrada del visitante, no se inspiraba directamente en el interés del menor.

Al contrario, la evolución de las concepciones y el desarrollo de las medidas protectoras de la infancia llevaron, en seguida, la jurisprudencia a valerse de ese derecho en una óptica muy diferente que lo asimilaba cada vez más nítidamente a una medida de seguridad. El interés del niño asume un lugar más importantes y el

¹¹⁵ VINEY, Geneviève Du Droit de Visite. In Revue Trimestrielle de Droit Civil. Vol 63, Año 1965 Cit por DE MATTIA, Fabio M. Direito de Visita. In Revista de Informação Legislativa. Año 17, N° 68, Senado Federal, Brasília, Octubre-Diciembre 1980, pág 183

aspecto de prerrogativa civil es substituido por la noción de derecho-función y aún por la idea de medida de defensa social.”¹¹⁶

Las comunicaciones y visitas no pueden ser controladas o interferidas, sino por motivos serios y legítimos, en salvaguarda del interés superior de la persona menor de edad. Las visitas no deben ser perjudiciales para los menores, pero tampoco han de desarrollarse de manera que lesione la dignidad de quien las pide.

“Para que las visitas puedan cumplir cabalmente su cometido, deben realizarse en el hogar del progenitor en cuyo favor se establecen, si lo tiene honesto, o en el lugar que él indique”.

Consecuentemente, esas visitas no deben efectuarse en el domicilio del otro padre, “porque ello supondría someter al que ejerce el derecho de visita a violencias inadmisibles y quitar a la relación el grado de espontaneidad necesario para que el visitante cultive con eficacia el afecto de sus hijos”.

Es deber de los Jueces de Familia reglamentar el derecho de visita promoviendo el acercamiento entre padre e hijo, “de modo que su relación no sea desnaturalizada”, y evitando que se desdibuje o disminuya la imagen que éste tiene de su progenitor.

La reglamentación de las visitas debe hacerse de tal modo que procure el contacto natural de los menores con sus progenitores, con fluidez y espontaneidad.

“Sólo por causas graves que hagan que el contacto con los menores pueda poner en peligro su seguridad o su salud física o moral, pueden los padres ser privados de este derecho”.

“Los derechos de los hijos no pueden estar supeditados a los conflictos y problemas suscitados entre sus progenitores, independientemente de quién los haya provocado y de las motivaciones que animen las posiciones personales antagónicas entre ellos”.

¹¹⁶ VINEY Geneviève. Ibidem. Pág. 259

El padre que no ejerce la guarda de sus hijos, tiene derecho a vigilar su educación, y siempre está en la posibilidad de solicitar el cambio de tenencia o cuidado de los mismos, siempre en interés del menor.

3.3. EL CARÁCTER INALIENABLE Y MUTUO DE LAS RELACIONES ENTRE PADRES E HIJOS Y LA INCLUSIÓN DE LOS PADRES EXTRAMATRIMONIALES

Tanto las Convenciones Internacionales, como la legislación y la jurisprudencia de distintos países le dan a las relaciones entre padres e hijos un carácter inalienable y recíproco, precisamente porque abarcan las manifestaciones de afecto, de trato continuo y comunicación permanente, que “contribuyen a satisfacer en unos y otros naturales y legítimas aspiraciones derivadas de los lazos de sangre”.

La Convención sobre los Derechos del Niño, promulgada por las Naciones Unidas en el año de 1969, por ejemplo, obliga a los Estados Partes a “velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando... las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos... que tal separación es necesaria en interés superior del niño”, como aquellos casos de maltrato o grave descuido por parte de los padres.

Entendiendo el derecho de visita en los términos anteriores, no resulta posible celebrar dentro del acuerdo de divorcio o separación judicial pacto sobre la resistencia o renuncia, aún y cuando lo sea por un lazo determinado, al derecho de visita de los hijos. Dicha renuncia, a menos que nos encontremos frente a un caso de insensibilidad moral, solamente se produce por medio de la coacción, contra el cónyuge más débil, a quien se amenaza con escándalo, con la pérdida de la pensión alimenticia, o abusando de su ignorancia para obligarlo por otro medio espúreo, a aceptar semejante cláusula.

Nuestra Constitución Política contiene disposiciones claras y taxativas sobre la disciplina del Derecho de Familia, conteniendo, en lo que aquí nos interesa, los artículos que proporcionan una guía clara con la cual orientar el tratamiento de nuestro instituto. Así, dice Constitucionalmente que:

La familia, es el núcleo de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño el anciano

Pero los contenidos de estas disposiciones no son estáticos, sino que mediante el examen de la doctrina internacional:

“debe partir de que la familia, tal y como lo indica..., es la célula-fundamento de la sociedad, merecedora de una debida protección por parte del Estado. Pero la familia debe ser vista de manera amplia y nunca restrictiva, ya que la concepción reciente de la misma incluye, tanto a la familia unida por un vínculo formal -el matrimonio-, como aquélla en la cual la unión se establece por lazos afectivos no formales -uniones de hecho, regulares, estables, singulares, etc-.”

“... Encontramos en la norma constitucional dos elementos de suma importancia en la comprensión de la intención del legislador al promulgarla, cuales son el “elemento natural” y “fundamento de la sociedad”, como componentes básicos de la formación de la familia. En la primera frase, entendemos que nuestro legislador quiso que en dicho concepto -familia- se observara que su sustento constituye un elemento “natural”, autónomo de los vínculos formales. Por otro lado, y siguiendo esta misma línea de pensamiento, también debemos entender que al decirse que la familia es el “fundamento de la sociedad” no debemos presuponer la existencia de vínculos jurídicos.” Pero aún sin centrar el análisis en la familia para hacerlo respecto del status del padre, la conclusión es idéntica, porque fluye natural el criterio de que si se adquiere esa condición implica tanto soportar los deberes que el ordenamiento dispone, como los derechos a ella inherentes.

En otras palabras, la patria potestad debe entenderse como los poderes-deberes de madre y padre, mediante la cual se ejerce el gobierno sobre los hijos que se desglosa en guarda, crianza y educación del hijo, administración de sus bienes, así como responder civilmente por él, esto último debido a que los hijos menores de edad carecen de conformidad con el derecho, de capacidad de goce y disfrute directos, así como por su inmadurez psicológica y física.

Cuando hablamos de hijos extra matrimoniales no necesariamente estaremos en presencia de una familia, aun en sentido sociológico, y más bien pueden darse infinidad de situaciones fácticas que lo impidan. En esta materia, todo derecho comporta un deber, de modo que, por ejemplo: “Los padres tienen con sus hijos habidos fuera de matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él...” no puede en opinión de esta Sala, entenderse como implícito en ese texto, otro que dice: “Los padres tienen con su hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones -no los mismos derechos- que con los nacidos en él...” Una lectura de este tipo desnaturalizaría el instituto de la patria potestad, estableciendo una escisión apriorística de sus contenidos y un contrasentido jurídico. ¿Cómo tener las mismas obligaciones (o deberes) y no derechos (o potestades), sólo por el hecho de tratarse de un hijo extramatrimonial?. En lo conducente, dice: “La autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y en forma moderada, corregir al hijo...”.

Esta, que podemos llamar una concepción amplia de los institutos de la familia y de la patria potestad viene a modificar muy positivamente la situación jurídica de los padres extramatrimoniales, fortaleciendo su esfera de potestades e incidiendo en el derecho de visita en el sentido de afirmar el carácter natural del vínculo progenitor-hijo y su protección al amparo del derecho de la constitución, incluso a contrapelo de lo que estipula el Código de Familia, el cual, por medio de esta se establecía la “excepción” del reconocimiento de la patria potestad compartida a los padres extramatrimoniales, siendo que, como dice la misma sentencia “la norma parte de una regulación al revés de lo que naturalmente corresponde, ya que el padre en todo caso debe gozar de los derechos de tal”.

Así las cosas, no puede un progenitor, caprichosa o arbitrariamente, impedir que se lleven a cabo las visitas a sus hijos por parte del otro, pues quien así actúa, según los lineamientos trazados al respecto, terminaría frustrando en los niños las naturales tendencias de afecto, respeto y consideración hacia ambos padres, en igualdad de condiciones y de posibilidades, sin que quepa establecer diferencias por filiación. “Se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación”, mientras que “los poderes-deberes de la patria potestad derivan por la procreación como instituto natural”.

Opina el Tribunal de Familia de San José que debe promoverse *“la interacción entre los hijos y el padre o la madre que no ostenta esta guarda crianza y educación que en doctrina se conoce como la custodia de los hijos menores de edad. Esta forma de acercamiento, referida como régimen de visitas, impone tomar en cuenta una serie de aspectos referentes a las condiciones de edad, niveles de vida, salud y otros que fortalezcan la relación filial”*.¹¹⁷

En consecuencia no es aceptable ni moral ni jurídicamente el impedir el relacionamiento entre el progenitor que no tiene la guarda de los menores y sus hijos. El padre o la madre que convive con el menor y así actúa, se hace indigno de mantener la custodia, término con el que nuestros tribunales suelen denominar globalmente la guarda, crianza y educación de los hijos a la que se refiere el Código de Familia,¹¹⁸ y se somete a las determinaciones sancionatorias de los jueces.

3.4. REGULACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO DE VISITA

Existe vasta jurisprudencia en el entorno internacional en la que se establece con mucha claridad que la vía para la interposición de la pretensión de hacer efectivo el derecho de visita es por medio de un incidente. “las peticiones que hagan los padres para poder visitar a los menores, se han solucionado reiteradamente por la vía de los incidentes previstos por

¹¹⁷ Tribunal de Familia de San José. N° 92-04 de las 11.00 horas del 28 de enero de 2004.

¹¹⁸ Ibidem.

distintos Códigos de Familia en Latinoamérica, sin que resulten afectados los aspectos sustanciales de la patria potestad, pues lo que se pretende exclusivamente es bastantear la posibilidad de que el padre pueda visitar a sus hijos”.¹¹⁹

Incoada la petición, esta se debe resolver, en tesis de principio, bajo los cánones de la justicia rogada, esto es, el juez debe moverse dentro de lo solicitado por las partes. Esta orientación que circunscribe al juez a conocer de la litis dentro de los parámetros fijados por las partes debe atenuarse, llevando en cuenta que por disposición expresa de la ley debe la autoridad velar por el supremo interés del menor.¹²⁰ Como consecuencia, excepcionalmente se admite la posibilidad de que la resolución alcance aspectos que sobrepasen lo solicitado por las partes. (sin que por ello el juzgador incurra en el vicio de resolver “ultra petita”).

Para decidir sobre lo que sea más adecuado ZANNONI¹²¹ destaca que la conveniencia debe referirse en primer lugar a la persona visitada, o sea, teniendo en vista que el régimen de visitas atiende en primer lugar el interés de la persona visitada. Pero llevando en cuenta las situaciones particulares que puedan interesar y no apenas la visita, sino también la frecuencia o periodicidad, el lugar, los horarios etc.

Sobre el derecho de visita es importante resaltar la orientación que los tribunales en el área del derecho internacional vienen definiendo:

“debe promoverse, según convenga, la interrelación entre los hijos y el padre o la madre que no ostenta esta guarda, crianza y educación que en doctrina se conoce como la custodia de los hijos menores de edad. Esta forma de acercamiento, referida como régimen de visitas, impone tomar en cuenta una serie de aspectos referentes a las condiciones de edad, niveles de vida, salud y otros que fortalezcan

¹¹⁹ Tribunal Superior Primero Civil, N° 916 de las 9.55 horas del 22 de junio de 1983, San José de Costa Rica

¹²⁰ Estado Plurinacional De Bolivia, ley de 07 de febrero de 2009, Constitución Política del Estado; Código de Familia y Código Niño Niña y Adolescente

¹²¹ ZANNONI, Eduardo. Derecho Civil. –Derecho de Familia I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1978. pág. 109. Cit por DE MATTIA, Fabio M. Derecho de Visita. pág. 188

*la relación filial, siendo entonces conveniente que el Juzgador a la hora de establecer el régimen analice cada uno de las circunstancias en beneficio del interés superior que se protege, cual es el de las personas menores de edad”.*¹²²

Lo que, en tesis de principio, es armónico con la posición dominante en la doctrina. Respecto de la forma en que debe ser entendido el derecho de visitas, ha opinado el citado Tribunal que:

*“no es un derecho irrestricto del progenitor sino más bien debe constituirse en un mecanismo de interacción entre los progenitores y sus hijos. Pero estableciéndose en estricto apego al interés superior del menor; entendido éste como lo que más conviene al niño en el desarrollo de sus derechos”.*¹²³

Entre las atribuciones que los jueces ejercen en la materia destaca la facultad de someter a las partes a la supervisión de profesionales durante las etapas iniciales del contacto para evitar lesionar a las partes, particularmente a los menores. Así, se ha establecido por ejemplo que:

*“madre e hijo podrán compartir con la supervisión de la Psicóloga de la Oficina Local del Patronato Nacional de la Infancia en Ciudad Quesada, los días viernes de cada semana de las catorce a las dieciséis horas. La coordinación respectiva la realizará el juzgado de primera instancia fin de que se cumpla con lo establecido”.*¹²⁴

También dentro de las potestades de vigilancia de las condiciones en que se concede el derecho de visita ha sido particularmente cauteloso en detalles como la oposición a que *“una tercera persona sea la que funcione como intermediaria en la interrelación entre padre e hijo”* aunque se trata únicamente de recogerlo en la casa del guardador para que

¹²² Tribunal de Familia de San José de Costa Rica. N° 92-04 de las 11.00 horas del 28 de enero de 2004.

¹²³ Tribunal de Familia de San José de Costa Rica. N° 240-04 de las 8.00 horas del 19 de febrero de 2004.

¹²⁴ Tribunal de Familia de San José de Costa Rica. N° 92-04 de las 11.00 horas del 28 de enero de 2004.

*lo lleve con el padre, por lo que se ha ordenado “que deberá ser el padre quién recoja y entregue al niño en casa de la madre y bajo horario establecido”.*¹²⁵

Además, las potestades judiciales alcanzan la modificación del lugar que se eligió para el desarrollo de las visitas, pues cuando se ha establecido que el lugar debe ser la casa del progenitor que tiene la guarda, jurisprudencialmente se ha cambiado esta decisión¹²⁶ para que se realice en los Juzgados de Familia o entidades designadas por dichos juzgados tal el caso de las defensorías de la niñez y adolescencia bajo la supervisión de trabajadores sociales o psicólogos y de acuerdo a la disponibilidad de tiempo de los mismos.

3.5. LA VIOLACIÓN DEL DERECHO

Este derecho tan elemental y natural, no es siempre respetado por los representantes legales de los menores y existen múltiples formas de obstruirlo, entorpecerlo o más claramente de irrespetarlo, acarreando en todos los casos la violación del derecho del visitador y del visitado.

Es frecuente ver casos en los que un padre o madre altera los horarios, modifica los lugares de entrega, dificulta el contacto imponiendo condiciones gravosas o denigrantes, negándose a entregar la ropa del menor o sus medicinas, prodigando un trato indecoroso, o se hace acompañar de terceros con los que se han establecido nuevas relaciones. Se obstaculiza el contacto inventando enfermedades, labores académicas u obligaciones de trabajo o simplemente se niega a que se practique esa visita por el otro por simple capricho, o hace exigencias impropias, como la de que ellas se efectúen en su casa de habitación, bajo su vigilancia, o con la supervisión de otros parientes o allegados. Inclusive, hay casos en que,

¹²⁵ Tribunal de Familia de San José de Costa Rica. N° 1303-03 de 11.00 horas del 25 de setiembre de 2003

¹²⁶ “resulta poco propicio para una acertada relación que el padre esté en casa de la madre y del niño, por todas las circunstancias que rodean un conflicto familiar como el que nos ocupa...la alternativa correcta es realizar un proceso de empate en la oficina de trabajo social del Juzgado, durante una hora cada quince días por dos meses, es decir que practicará un régimen supervisado, y al cabo de ese tiempo, acorde con los resultados obtenidos, se realizará un régimen los días sábado de las nueve horas de la mañana a las cinco de la tarde, horario en el cual padre e hijo podrán asistir a lugares de sano esparcimiento para personas menores de edad y que propicien un acercamiento de la figura paterna”.

por exageradas prevenciones, se pide la intervención de testigos o funcionarios para entregar a los niños al otro padre, y se dejan constancias y registros de tales actos.

Para corregir tan graves abusos en el manejo de las relaciones paterno y materno filiales, algunos ordenamientos jurídicos¹²⁷ como el Francés (artículo 227-5 del Código Penal) o el Belga (artículo 369 bis del Código Penal) han establecido tipos penales para sancionar al progenitor o guardador que incurra en la no presentación del menor a efecto de cumplir el régimen de visitas fijado por los tribunales de justicia.

También está tipificado el no notificar, por parte del guardador de menor, el cambio de domicilio o de residencia al beneficiario de las visitas en Francia. (artículo 227-6 del Código Penal).

Por su parte en el caso de España el nuevo Código Penal de 1995 estipula en el artículo 556 el delito de desobediencia grave a la autoridad, que en lo pertinente dice: “los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren a la autoridad o sus agentes o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año”. Esta es la norma utilizada para respaldar la aplicación de las resoluciones judiciales en esta materia a semejanza de lo que se estila en nuestro país.

En otros países la sanción se establece en la forma de advertencia, que puede llevar hasta a retirar la guarda y custodia del menor, pero generalmente está punido como desobediencia.¹²⁸

¹²⁷ Para proceder a la recapitulación de las sanciones existentes en el derecho extranjero nos apoyamos en el recuento incluido en la obra de RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. El Derecho de Visita. José María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1997. Págs. 305-318

¹²⁸ En suiza se aplica el artículo 292 del código Penal Suizo que sanciona el delito de “insoumission á une décision de l’autorité”, con pena de tres meses o hasta 5000 francos suizos. En Alemania se considera una parcela desgajada de la patria potestad por lo que se beneficia del artículo 235 del Código Penal sobre sustracción de menores. El titular del derecho puede invocar esa norma contra cualquiera que impida el ejercicio de un derecho de relaciones personales. En Italia, el artículo 388, párrafo 2º del Código Penal Italiano fija en un plazo de uno a tres años de prisión y en multa de 40.000 hasta 400.000 liras (dato de 1997) a quien eluda o incumpla un mandato de un juez civil sobre la entrega o puesta a disposición para la guarda de menores o incapaces. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, Op. Cit. Pág. 307-308

En el caso nuestro es frecuente encontrar en las resoluciones la advertencia hacia las partes de que en caso de no acatar las instrucciones del juez “corre el riesgo de ser procesado por el delito de desobediencia a la autoridad”. Solo ello, sin lograr restituir dicho derecho a la visita.

3.6. MODIFICACIÓN DEL DERECHO DE VISITA

Básicamente la modificación del derecho de vista puede darse por dos causas: Tenemos así el caso de condiciones sobrevinientes, que se valorarán para contraer o expandir este derecho, lo que resulta de su naturaleza flexible, elástica y adaptable y que podrá ser variado por un nuevo convenio inter.-partes o por una resolución judicial como, por ejemplo, cuando sea necesario por el incumplimiento de deberes para con el menor, derivados de la regulación establecida¹²⁹ en el mismo régimen de visitas por parte del titular de tal derecho o el advenimiento de nuevas circunstancias, no conocidas e imprevistas en la regulación inicial o el puntual y satisfactorio cumplimiento de las mismas durante lo que puede considerarse períodos de prueba. Podríamos estar frente a modificaciones en cuanto al tiempo de duración de las visitas, sea para ampliarlas o reducirlas o para alterar las circunstancias de modo y lugar en las que los contactos y las comunicaciones pueden producirse.

3.7. SUSPENSIÓN DEL DERECHO DE VISITA

Los casos en que el derecho de visita puede ser suspendido están vinculados a graves y reiterados incumplimientos de lo pactado o determinado o cuando ese incumplimiento, igualmente serio se dé respecto de otros deberes legales para con el menor.¹³⁰ Aún bajo estas circunstancias puede concederse nuevamente por otra resolución judicial, al cesar el motivo de la suspensión. También puede darse el caso de que la suspensión sea dictada en

¹²⁹ A modo de ejemplo, el no devolver el menor cuando ya ha terminado la visita, el haber desatendido notoriamente al niño o el devolver al menor siempre horas más tarde de lo convenido. Tanto la gravedad como la reiteración del incumplimiento de lo fijado harán precedente la modificación.

¹³⁰ Como cuando por razones físicas o morales se pone en peligro la seguridad, la salud o la moralidad del menor, según: TREJOS SALAS, Gerardo. Op. Cit. Pág. 317

la misma resolución que concede el derecho de visita, demorando su inicio o fijando ciertas condiciones que, en tanto no se den, causarán la suspensión del derecho.

Como este derecho existe a partir de la premisa de que una de las partes es incapaz de auto determinarse por su minoridad y el conflicto que se produce entre quien tiene al menor bajo su cuidado y quien pretende relacionarse con él, es importante recordar que este derecho fenece con la emancipación del menor¹³¹ pues al ser este capaz de auto determinarse corresponderá al ejercicio de su libre albedrío. Además, obviamente, se plantean otros casos en los que se suspende la relación por impedimento físico,¹³² psíquico¹³³ o por la reconciliación entre el encargado de la patria potestad y el beneficiario del derecho de visita o ante la concurrencia de la condición de visitador y de guardador del menor.

Una parte de la doctrina y la jurisprudencia sostiene que el derecho de visita a favor de los padres puede ser suspendido cuando éstos no dan cumplimiento a su obligación alimentaria –salvo que se deba a circunstancias ajenas a su voluntad, como su falta material de recursos unida a la imposibilidad de adquirirlos con su trabajo–, pues se trata de una obligación primordial sin cuyo cumplimiento no puede pretenderse ejercerlos derechos correlativos ni alegar un cariño cuya existencia no se demuestra con un hecho tan elemental como proveerle el sustento.¹³⁴ En realidad, tendríamos que matizar este enfoque, en el sentido de que, pues en los procesos sumarios de régimen de visitas, también llamado proceso sumario de regulación de relaciones paterno-filiales o en los incidentes de modificación de régimen de visitas no cabe discutir los incumplimientos del derecho alimentario.

Cabe también considerar otra cuestión en materia de suspensión del derecho de visita, sobre el cual hemos hecho algunas reflexiones que pensamos deben compartirse para que se

¹³¹ No nos parece de recibo la tesis de que el “derecho de visita se extingue...por la suspensión definitiva del derecho de vista” tal y como afirma PACHECO ROJAS, María Elieth. Derecho de Visita. (pág. 94)

¹³² Por ejemplo el alejamiento por razones de estudio, atención médica o viaje. En la hipótesis “mortis causa” no se suspende sino que estamos simplemente ante la extinción del derecho

¹³³ Por ejemplo Según la Jurisprudencia de Costa Rica, en la sentencia del Tribunal Superior Primero Civil No. 834 de las 7:40 horas del 15 de junio de 1983 consideró inconvenientes las visitas del padre a una adolescente. Dijo en esa oportunidad el Tribunal: “Si de la declaración de la hija se desprende el abandono en que a ha tenido su padre y además ella se encuentra en la adolescencia, sería emocionalmente peligroso imponerle a estas alturas visitas forzadas de su papá...en consecuencia se confirma la sentencia del a quo en cuanto declara sin lugar el incidente para visitar a la menor”. (el destacado es nuestro).

¹³⁴ Esta corriente es referida por BELLUSCIO, Augusto Cesar. Manual de Derecho de Familia, página 303.

discuta abiertamente en círculos legislativos, judiciales y académicos. Me refiero al tema de la violencia doméstica. Uno de los campos en que resulta más importante entender mejor el fenómeno de la violencia doméstica es en relación a los efectos que ésta tiene en los menores que sufren la relación de violencia entre los adultos del hogar.

Sí bien podemos sentirnos a gusto con el trabajo de nuestros tribunales en la protección de los menores sometidos a maltrato físico y abuso sexual, aún debemos avanzar bastante en la protección de menores sometidos al influjo pernicioso de los ciclos de violencia intrafamiliar. Como indica la colega Ivette Ramos, “No podemos exagerar el daño que el ambiente de violencia produce sobre los niños y las niñas en el hogar. Existe una correlación clara entre la violencia doméstica, el maltrato de menores y la delincuencia juvenil”.¹³⁵

En atención a la realidad, es preciso aceptar que la violencia no cesa con la separación, la anulación o el divorcio. En muchas ocasiones los problemas empeoran, pues se produce un incremento en la violencia con el correlativo aumento en el peligro. Frente a este eventual cuadro fáctico tenemos que situarnos en algunos casos como elementos a ser valorados de previo a la definición de un régimen de relaciones paterno-filiales. Así, muchas veces los jueces deberán buscar la justa medida entre el derecho de los progenitores y particularmente de los menores, de mantener una relación positiva entre sí y, por otro lado, la necesidad de velar por la protección de las víctimas de agresión física o psicológica lo que puede implicar la imposición de medidas de protección que aparten las víctimas del victimario.

¹³⁵ En respaldo de esta relación, la abogada puertorriqueña indica que en 1988, el Hospital de la Ciudad de Boston determinó que en el 60 % de los casos de maltrato de menores, la madre también era víctima de maltrato en el hogar. Un estudio de 1985 del Departamento de Servicios a la Juventud de Massachussets encontró que los menores que se crían en hogares donde se practica la violencia doméstica tienen una mayor probabilidad -74% más – de cometer crímenes contra las personas y son 26 veces más propensos a cometer una violación sexual. En Oregon, el 68 % de los jóvenes delincuentes en programas de tratamiento habían presenciado el maltrato recibido por sus respectivas madres o habían sido objeto de maltratos. 63% de los jóvenes varones entre las edades de 11 a 22 años que se encuentran encarcelados por razón de una sentencia de homicidio en los Estados Unidos habían matado al agresor de sus respectivas madres. Vid. RAMOS BUONOMO, Ivette. La violencia doméstica y las determinaciones judiciales sobre la custodia y el derecho de visitación de menores en Puerto Rico. In Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, Vol 56, N° 4, oct. Dic. 1995. Pág. 96.

Con frecuencia las autoridades judiciales han entendido que en los procesos de disputa de la custodia de los hijos o la fijación de un régimen de visitas solo debía ser considerada la violencia física directamente dirigida contra los menores. Con ello se deja de considerar la agresión entre los progenitores.

3.8. ANÁLISIS PARA LA FIJACIÓN DE UN RÉGIMEN PARA LAS VISITAS Y CORRESPONDIENTE PROPUESTA

A pesar de la gran variedad de circunstancias que pueden presentar los casos concretos que derivan del derecho de visita familiar, hay algunos puntos esenciales que deben ser contemplados para establecer un régimen.

3.8.1. Derecho del progenitor

El padre a quien se le adjudica la tenencia, pese a que pierde el ejercicio de la patria potestad no deja de ser de este derecho, y está llamado a tener un papel importante en la formación de sus hijos.

La decisión que asigna la tenencia a uno de los cónyuges no se toma, por lo general, a raíz de un problema surgido en la relación con el hijo, sino a partir del distanciamiento entre los esposos.

Por lo tanto, el cónyuge privado de ejercer la tenencia conserva su derecho a mantener con los hijos “adecuada comunicación” y a “supervisar su educación”, las visitas son el modo de “adecuar” tales derechos a una realidad concreta.

3.8.2. Derecho de los hijos

No siempre se pone suficientemente de relieve que, junto al derecho a las visitas del progenitor, se debe tener presente una atribución paralela de los hijos: estos tienen, efectivamente, el derecho de mantener un fluido contacto con ambos progenitores y si la

edad u otras circunstancias impiden a los menores formular tal exigencia, el Ministerio Pupilar por intermedio de los tribunales tienen a su cargo tal valoración para la defensa de este indiscutible derecho de los hijos.

3.8.3. Necesidad de limitaciones

Sin embargo, la separación entre los padres hace imposible el mantenimiento de la situación propia de una familia bien avenida.

La limitación del pleno contacto entre los hijos y sus padres fluye de los hechos, pues si la relación no quedara sujeta a ciertas pautas, redundaría en alteraciones del orden y la disciplina que deben regir la vida de los menores.

También el cónyuge que ejerce la guarda, lo que no es un mero privilegio sino una responsabilidad seria, tiene derecho a que se preserven sus facultades, que podrían ser frustradas o gravemente comprometidas por un régimen irrestricto o excesivamente amplio.

Esas circunstancias son las que justifican la fijación de días y horas para el encuentro con los hijos, que los padres rechazan, frecuentemente, como un avasallamiento de sus atribuciones.

Por cierto que la prudencia puede suplir la necesidad de tal fijación y muchas veces se pacta entre los cónyuges un régimen amplio y no sujeto a pautas específicas, a cuya determinación se podrá siempre recurrir, si mediara abuso de una u otra parte¹³⁶.

¹³⁶ Todo régimen de visitas debe ser establecido de modo que contemple tanto el interés de los padres como el de los hijos menores, y aun cuando es el de estos últimos al que hay que dar prevalencia, debe advertirse que el interés del menor, rectamente entendido, requiere de modo principalísimo que no se desnaturalice la relación con su padre, siendo necesario que entre este y su hijo exista el mayor acercamiento posible, a fin de que se repare, aunque sea parcialmente el desquiciamiento familiar provocado por la separación de los progenitores

3.8.4. Conveniencia de la cooperación

Es aconsejable que el régimen sea organizado de tal modo que ambos progenitores participen de las distintas actividades de sus hijos comunes y que el titular del derecho a las visitas no solo se acerque a ellos para proporcionarles diversión y ofrecerles regalos que es lo que generalmente sucede con el progenitor a quien se le dio el derecho de visitas, lo ideal sería que comparta la tarea de orientarlos en los estudios y vele por el cumplimiento puntual y responsable de sus obligaciones de toda índole.

Complementariamente, es deseable que quien ejerza la guarda no solo tenga a su cargo los aspectos más áridos y a veces espinosos, de la relación con sus hijos, sino que pueda compartir con ellos momentos de esparcimiento.

La evolución de las costumbres ha determinado una mayor aproximación aunque no equivale a confusión, entre las funciones del padre y la madre respecto de los hijos.

El sexo de cada uno signa la índole de sus aportes a la educación y formación de los hijos, pero no excluye una colaboración amplia, que es bueno procurar que se mantenga aun en los casos de separación y que puede quedar reflejada en los regímenes de visitas, si estos son elaborados con el espíritu de armonizar los diferentes intereses involucrados en su organización.

3.8.5. Circunstancias del ejercicio

El titular del derecho a las visitas tiene, en principio, la facultad de retirar a sus hijos del domicilio donde viven y llevarlos donde juzgue oportuno.

No es admisible, salvo en casos excepcionales, la pretensión de que las visitas se realicen en el domicilio de los menores, ya que ello puede implicar una restricción al libre y fluido contacto entre el progenitor visitante y sus hijos.

Pero este derecho no puede ser ejercido en forma abusiva y si así ocurriera con el cónyuge que ejerza la guarda podrá oponerse a los excesos en que incurra el otro pro genitor.

3.8.5.1. Participación de terceros

Una de las cuestiones que se plantean con mayor frecuencia es la que suscita el ejercicio del derecho a las visitas, cuando el cónyuge titular asocia a la persona con la cual mantiene una relación in formal. Tal actitud puede implicar una perturbación en los sentimientos de los menores y una distorsión en su concepto de la familia, que deben ser evitadas en salvaguarde de su formación moral y afectiva.

Este criterio, que era firme hace veinte años, suele registrar hoy día vacilaciones y apartamientos, surgidos al amparo del espíritu permisivo que se ha impuesto en materia de relaciones de familia.

Por cierto que la cuestión no podrá plantearse en caso de un segundo matrimonio del titular de las visitas, Pues en tal caso mediará un vínculo legítimo, según la ley vigente. Pero aun así, la legitimidad del vínculo civil no impide que determinadas circunstancias del segundo matrimonio puedan gravitar negativamente sobre los menores, en cuyo caso pueden redundar en la restricción del régimen.

3.8.5.2. Lugares inadecuados

El cónyuge titular de la guarda tiene derecho a influir en la forma de aplicar el régimen y a que se limite el derecho del otro progenitor cuando ejerza su derecho a las visitas en lugares inadecuados, por razones de salud, seguridad o moralidad.

3.8.5.3. Situaciones Conflictivas

Cuando por distintas razones el cumplimiento del régimen fuera particularmente conflictivo, el juez podrá fijar lugares de visitas que, preferentemente, han de ser el

domicilio de parientes y solo en última instancia, un instituto especializado cabe mencionar que en Bolivia no existen que procuren fortalecer las relaciones familiares sino mas bien instituciones que intervienen solo cuando existe conflicto familiar como las defensorías de la niñez y las brigadas de protección familiar.

En todo caso se podrá designar a un asistente social para que controle el desarrollo de las visitas, pero tratándose de una situación de excepción, este recaudo no ha de prolongarse excesivamente.

3.8.6. Vacaciones

El régimen de visitas incluye generalmente la facultad, en favor del cónyuge que no ejerce la tenencia, de pasar con los hijos parte de las vacaciones de verano y de invierno.

El fundamento de esta previsión es el mismo que hemos establecido para el derecho a las visitas. Se trata, en efecto, de períodos especialmente propicios para enriquecer y estrechar las relaciones paterno filiales, que ambos progenitores tienen derecho a utilizar con tal fin.

Solo si mediaren razones serias que muestren la inconveniencia de esta posibilidad, podría justificarse que ella fuera descartada.

3.8.7. Incumplimiento del régimen de visitas

3.8.7.1. Por parte del cónyuge titular de la tenencia

Cuando el cónyuge que ejerce la tenencia obstaculiza o impide el cumplimiento del régimen de visitas, afectando de este modo los derechos del otro cónyuge y del hijo común, el poder jurisdiccional debe arbitrar las medidas para superar esa situación, con la necesaria celeridad.

A tal fin, las sanciones que pueden ser adoptadas son varias como las conminatorias y las multas procesales¹³⁷ que conscientemente deben ser graduadas y adecuadas convenientemente a las circunstancias del caso.

En caso de que la postura del cónyuge renuente fuera pertinaz, debería privarse de la tenencia, ya que su conducta sería reveladora de un incorrecto ejercicio de ese derecho.

Por último, mediando la pertinente intimación judicial, el cónyuge que se negara al cumplimiento del régimen puede incurrir en el delito de desobediencia que prevé el Código Penal, sin embargo esta constituye una medida muy larga hasta que se imponga una pena.

3.8.7.2. Por parte del titular del derecho a las visitas

El cónyuge investido del derecho a las visitas también puede incurrir en el incumplimiento del régimen aunque no es común, ya sea reteniendo indebidamente a los menores o bien absteniéndose de visitarlos en la medida y circunstancias autorizadas.

- Ejercicio abusivo. En el primer supuesto, la sanción que corresponde aplicar es la que recae sobre el régimen de visitas propiamente dicho, que puede ser reducido y acaso suspendido, cuando las violaciones cometidas por el titular sean numerosas y graves. También pueden aplicarse las astreintes cuando, por las circunstancias del caso, la autoridad judicial interprete que serán remedio eficaz para resolverlo. Ello, sin perjuicio de las derivaciones penales que el caso pudiera tener.
- Falta de ejercicio. En el segundo supuesto, es decir cuando el titular de las visitas no ejerce su derecho a efectuarlas y deja transcurrir el tiempo sin acercarse a los hijos, puede ser también procedente la aplicación de sanciones en su contra.

¹³⁷ Tómesese en cuenta las entrevistas a abogados quienes en la mayoría de los casos no sabían si existía alguna sanción, en el caso de las entrevistas a las Autoridades Jurisdiccionales en materia familiar estos manifiestan que se expiden multas procesales, sin embargo suele verse que no son medios efectivos para restaurar el derecho de visita vulnerado.

Tal conclusión podría parecer infundada, si se pensara que las visitas solo contemplan el interés del visitante. Pero si se repara en que dicho interés es compartido por los hijos, se puede aceptar sin esfuerzo la conclusión de que la abstención del progenitor puede hacerlo acreedor a una sanción por abandono.

Su aplicación deberá ser solicitada por el otro cónyuge, en su condición de representante legal de los menores y puede consistir en una disminución de la frecuencia de las visitas acordadas, o en la merma de su tiempo, o en la suspensión total del régimen; y llegar eventualmente a justificar la suspensión del ejercicio de la patria potestad

3.8.8. Suspensión del régimen

La presente investigación propone que dentro del régimen de visitas se incorpore en Código de Familia la suspensión de la guarda con el propósito de sancionar el incumplimiento de alguna obligación por parte de su titular o bien para preservar al menor de los peligros ciertos que pudieran derivar de su cumplimiento.

3.8.8.1. como sanción al titular

El primer supuesto es aplicable en los casos de incumplimiento del régimen, que hemos considerado en el punto precedente. Algunos fallos han admitido, con criterio que no compartimos, que sea suspendido el régimen de visitas, a título de sanción contra el cónyuge que no da cumplimiento a su obligación alimentaria respecto de los hijos, cuya tenencia ejerce el otro cónyuge.

Esta solución, que puede parecer eficaz como medio para compeler al cumplimiento de la obligación alimentaria, tiene el inconveniente de que no solamente perjudica al deudor de dicha obligación, sino que incide asimismo sobre los menores, cuyo derecho a mantener trato frecuente y fluido con sus progenitores se vería afectado.

Consideramos por eso que la aplicación de este remedio debe quedar reservada a los casos en que se han agotado otros medios compulsivos para lograr el cobro de la pensión alimentaria. En tales casos, el deudor de los alimentos podría, sin embargo, alegar y probar el carácter involuntario de su incumplimiento.

3.8.8.2. Protección del menor

La otra posibilidad de Suspensión del régimen de visitas se relaciona con el interés del menor.

Dicho interés suele ser invocado en juicio, aunque no siempre con fundamento razonable, aduciendo peligros eventuales que podrían surgir de las visitas.

Nos parece obvio que, sobre tales bases, el régimen no puede ser suspendido, sino solamente cuando se acrediten peligros ciertos, o se aduzcan razones que demuestren por sí mismas que del cumplimiento del régimen ha de resultar un mal cierto —físico o moral— en perjuicio del menor.

3.9. TEORÍA DEL SADISMO SOCIAL COMO EFECTO DEL DIVORCIO CON AFECTACIÓN DEL MENOR DE EDAD

Existen otros aspectos ajenos a la voluntad jurídica que influyen a momento del cumplimiento recíproco de las asignaciones familiares, no es menos conocido que en la sociedad Boliviana existen familias disueltas por divorcio en las cuales se asignaba asistencia familiares a favor de los hijos habidos en el seno matrimonial, sin embargo esta asistencia muchas de las veces no satisface las necesidades de los beneficiados que en cierta manera se convierten en perjudicados cuando se ven obligados asistir constantemente a las autoridades o tribunales jurisdiccionales con el objeto de que se cumpla con lo establecido en la asistencia familiar.

Pero también es conocido que los hijos son usados por el padre que obtuvo la guarda para sonsacar al obligado de asistencia familiar más de lo que se estableció en esta, en estos casos se utiliza a los hijos como el medio más eficaz para satisfacer el resentimiento generado entre cónyuges, convirtiéndose este acto en sadismo socio-familiar.

Entendamos este concepto, Sádico se dice de aquel que siente cierta complacencia al producir dolor en otro; a aquel que hace sufrir con una indiferencia e insensibilidad rayadas en lo brutal, al emplear el término sadismo social, me propongo demostrar que hoy por hoy, la complicada existencia del mundo es una gigantesca presión para todos los seres, a quienes parece hacer sufrir mientras él es indiferente a todo, no podemos negar que hoy en día, la sociedad es terriblemente sádica con el hombre, porque vapulea de distinta manera, perforando su psicología.

Pues bien, si esta injusticia traslucida a la familia y en especial en contra de los hijos afectados por el divorcio, a la que denomino como sadismo socio-familiar¹³⁸, se hace patente en todas las agrupaciones humanas trátase incluso del mismo matrimonio perfecto, del hogar numeroso y mal formado, creo tiene mucha mayor severidad para la familia derrumbada por el divorcio, es decir para el divorciado o divorciada y sobre todo los hijos, y esto por la sencilla razón de que aquellos, aparte de afrontar las actitudes y dificultades que trae consigo todo desquiciamiento hogareño tiene en su haber una desagradable impresión con motivo de la violenta separación conyugal, que en el campo psicológico, provoca siempre un decaimiento afectivo, produciendo en la mayoría de los casos la muerte total de las aspiraciones hacia un futuro mejor, que afecta mucho más a los hijos cuando estos se ven involucrados en peleas posteriores al divorcio que se generan las muchas de las veces por la obligación de asistencia familiar.

La situación se agrava cuando el niño o los niños no pueden comprender la razón que ha motivado el divorcio de los padres. Si las razones estriban en una falta de armonía física o

¹³⁸ Término que en esencia ya fue utilizado por el Dr. Ángel Castro Santos, "El Matrimonio, La Familia, El Divorcio y sus repercusiones Socio-Psicológico-Legales", Edit. Universitaria de Potosí-Bolivia, 2002, Potosí-Bolivia, Pág. 8-10.

en la disparidad de temperamentos, el destino de los hijos dependerá de las relaciones que conserven los padres después del divorcio, sin embargo las cosas son distintas cuando el hijo ignora las razones del divorcio; si los padres se separaron en malos términos o cuando al ocultarle la culpabilidad de uno de ellos, se cierne sobre el misterio del divorcio, inventando pretextos para disimular la triste realidad, entonces mas nace en el hijo la curiosidad de indagar y recelar al mismo tiempo de uno de otro, acabando por ser objeto de varios complejos que lo pueden llevar a detestar u odiar al padre o la madre según los casos.

¿Qué sucede cuando un hogar se descuida por el divorcio? ¿O cuando el hombre o la mujer divorciados al dar una soltura a su decepción pasional desatienden las obligaciones que tiene para con sus hijos? Las consecuencias son muchas y lamentables entre las que tenemos: odio a los padres, que en el peor de los casos es alentado y fomentado por alguno de los cónyuges aflorando complejos psicológicos con sus hijos como el desgano y a veces miedo por la vida, suicidios, tendencias delincuenciales, etc., así se vio fundamentada con las estadísticas publicadas sobre la delincuencia juvenil que han demostrado de un 36% a un 54% del total, pertenecen a hijos de hogares desechos, convirtiendo de esta forma a la familia como un núcleo psicológicamente desecho.

Como se podrá apreciar por el sucinto análisis realizado son múltiples los conflictos y complejos que acarrea el divorcio y el descuido con los hijos cuando se encuentran en medio de esta disfunción familiar, trayendo consecuencias no solo a los divorciados sino con mayor intensidad con los hijos que tienen que soportar con mayor crudeza las secuelas socio-psicológicas, por lo que me pareció acertado hablar del sadismo social para con los sujetos involucrados con el proceso de divorcio, la que especialmente hoy se ha hecho tan tirante e intolerable, que sus atractivos y valores van siendo pisoteados en la sombra de la desvalorización moral.

CAPITULO IV

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL POSITIVO VIGENTE QUE RESGUARDA EL DERECHO A LA VISITA

4.1. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

De lo que se desprende del contenido de la Convención sobre los derechos de los niños, esta establece que todos los estados partes deberán respetar los derechos y responsabilidades inicialmente de los padres así como de todos los miembros de la familia, para dar facultad en el ejercicio de los mismos, tal cual lo establece:

Artículo 5

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Estos aspectos son inherentes al derecho a la identidad lo cual lo facultara con los demás derechos civiles, esto en base a saber quiénes son sus progenitores y ser cuidado por ellos, tal cual lo emana:

Artículo 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Dado lo expuesto anteriormente y en base a la primacía de los derechos del niño esta esta vinculado al derecho a no ser separado de sus padres o de mantener contacto permanentemente, de los cual los estados parte de este convenio se encargaran de prever esto legalmente dentro de su propia legislación, así lo expresa:

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Ahora en los casos de separación por mandato de un estado, esta adoptara toda la responsabilidad y mantendrá informado a los padres o la persona encargada del menor de edad, así lo establece:

Artículo 9

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares

ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

4.2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO, LEY DE 07 DE FEBRERO DE 2009

Con relación al derecho de visitas en materia familiar, tal cual la constitución lo proclama ningún derecho será entendido como negación de otro ni su superioridad con otros derechos, sin jerarquía y con igualdad tal cual lo establecen tratados internacionales, así lo prevé el siguiente artículo como un derecho fundamental:

Artículo 13.

- I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos.*
- II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.*
- III. La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros.*
- IV. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.*

Ahora dentro de las garantías constitucionales todo ser humano tiene capacidad para el ejercicio de sus derechos, donde el estado prohíbe la discriminación para su ejercicio y

garantiza el acceso de los derechos y garantías constitucionales, sin embargo cuando se niega el derecho a las visitas, se prohíbe un derecho para con el progenitor, o para con el niño, lo cual no permite el acceso a las garantías siguientes:

Artículo 14.

- I. Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna.*
- II. El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona.*
- III. El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos.*
- IV. En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban.*

Sin embargo dentro de las presentes garantías una de las maneras de afectar la seguridad psicológica e incluso física del menor al no permitir ver a su progenitor en casos de familias ya disueltas o extramatrimoniales, y esto atenta a lo establecido:

Artículo 15.

- I. *Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual. Nadie será torturado, ni sufrirá tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes. No existe la pena de muerte.*

Y en consecuencia afecta a su salud emocional:

Artículo 18.

- I. *Todas las personas tienen derecho a la salud.*
- II. *El Estado garantiza la inclusión y el acceso a la salud de todas las personas, sin exclusión ni discriminación alguna.*

Ahora bien específicamente si analizamos los *DERECHOS DE LA NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y JUVENTUD* un niño es:

Artículo 58. *Se considera niña, niño o adolescente a toda persona menor de edad. Las niñas, niños y adolescentes son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución, con los límites establecidos en ésta, y de los derechos específicos inherentes a su proceso de desarrollo; a su identidad étnica, sociocultural, de género y generacional; y a la satisfacción de sus necesidades, intereses y aspiraciones.*

Si se le prohíbe el derecho a la vista por parte de sus progenitores si el que tiene la tenencia o guarda se lo prohíbe afecta directamente a su proceso de desarrollo integral, además de negarle el acceso o crecer en el seno de su familia de origen, tal cual lo establece:

Artículo 59.

- I. *Toda niña, niño y adolescente tiene derecho a su desarrollo integral.*
- II. *Toda niña, niño y adolescente tiene derecho a vivir y a crecer en el seno de su familia de origen o adoptiva. Cuando ello no sea posible, o sea contrario*

a su interés superior, tendrá derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley.

- III. Todas las niñas, niños y adolescentes, sin distinción de su origen, tienen iguales derechos y deberes respecto a sus progenitores. La discriminación entre hijos por parte de los progenitores será sancionada por la ley.*
- IV. Toda niña, niño y adolescente tiene derecho a la identidad y la filiación respecto a sus progenitores. Cuando no se conozcan los progenitores, utilizarán el apellido convencional elegido por la persona responsable de su cuidado.*
- V. El Estado y la sociedad garantizarán la protección, promoción y activa participación de las jóvenes y los jóvenes en el desarrollo productivo, político, social, económico y cultural, sin discriminación alguna, de acuerdo con la ley.*

Con relación a la prioridad de del estado de garantizar la prioridad del interés de los niños y que esta no está exenta a crecer con sus padres, por más de que estos sean de padres divorciados o padres extramatrimoniales, uno de sus derechos es el conocer su origen y asistencia personal por parte de los padres, así lo establece:

Artículo 60. Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado.

Y separarlos negándoles el derecho a la visita es una forma de violencia lo cual concurre en contra de:

Artículo 61.

I. Se prohíbe y sanciona toda forma de violencia contra las niñas, niños y adolescentes, tanto en la familia como en la sociedad.

Del análisis de los Art. 194, 196 y 197 fundamenta en el matrimonio con carácter de igualdad entre los cónyuges no solo de las obligaciones sino también de los derechos y precisamente uno de esos derechos es la visita a los hijos concedido por juicio de separación o divorcio, pero la efectividad del ejercicio de este derecho no se encuentra regulada, de esta manera el padre favorecido con la guarda cohibe de este derecho al otro, estableciendo condicionamientos muchas veces favorables para su persona y no así para su hijo. En cuanto a la separación o divorcio la Constitución Política del Estado concede gran importancia de valores morales y materiales de los hijos, considerando al conjunto infantil e incluso de adolescentes los futuros ciudadanos de Bolivia, por lo que es imperioso velar por su educación Intra familiar para que estos en adultos reflejen su calidad moral a la sociedad.

Artículo 194.

I. El matrimonio descansa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.

Artículo 196. *En los casos de separación de los cónyuges, la situación de los hijos se definirá teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de estos. Las convenciones.....*

Artículo 197.

I. La autoridad del padre o la madre, así como la tutela, se establecen en interés de los hijos, de los menores y de los inhabilitados, en armonía son los intereses de la familia y de la sociedad. La Adopción....

4.3. CÓDIGO DE FAMILIA, LEY N° 996, LEY DE 4 DE ABRIL DE 1988

De la comprendido y establecido de los siguientes artículos:

Art. 146 (autoridad de los padres, tutela, derecho de visita y supervigilancia). Cada uno de los padres ejerce la autoridad que le corresponde sobre los hijos a su cargo. Si la guarda se confía a los ascendentes o hermanos de los cónyuges, o a un tercero, se aplican respecto de estos, las reglas de la tutela.

No obstante, el padre o la madre que no ha obtenido la guarda tiene derecho de visita en las condiciones que fija el juez y el de supervisar la educación y el mantenimiento de los hijos, con arreglo al Art. 257.

Art. 257(Derechos de los padres que no ejercen autoridad) los padres que no ejercen su autoridad pueden conservar con sus hijos las relaciones personales que permitan las circunstancias, y supervigilar su mantenimiento y educación a no ser que a ello oponga el interés dichos hijos.

Estos artículos expresan de manera directa el derecho que tiene el padre de visitar a sus hijos cuando se encuentra separado de su cónyuge, como se podrá observar solo se considera el derecho pero de ninguna manera manifiesta la sanción o la consecuencia cuando este derecho sea privado, habiéndose encontrado un vacío jurídico de protección a este derecho de visita.

4.4. CÓDIGO NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE, LEY N° 2026 DEL 27 DE OCTUBRE DE 1999

Con respecto a la autoridad de los padres ambos se encuentran aptos y con igualdad al ejercicio de dichos Derechos tal el caso de visitar a sus hijos y velar por su desarrollo integral, así lo establecen:

Art. 31 (Autoridad de los padres) La autoridad de los padres es ejercida en igualdad de condiciones por la madre o por el padre, asegurándoles a cuales

quiera de ellos, en caso de discordancia, el derecho de acudir ante la autoridad judicial competente, para solucionar la divergencia.

El Art. 31 del código Niño Niña Adolescente, determina la igualdad de los padres respecto de su autoridad, complementando lo establecido por el código de familia, el hecho esta que ni el primero ni el segundo concede una garantía inmediata para asegurar la visita del padre divorciado.

CAPITULO V

**ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE TRABAJO DE
CAMPO, SOBRE LA NECESIDAD DE
GARANTIZAR EL DERECHO A LA VISITA DE
PADRES COMO EFECTO DE LA SEPARACIÓN O
EL DIVORCIO**

5.1. UNIVERSO DE ESTUDIO

El universo de estudio es conformado por dos grupos poblacionales objeto del estudio para determinar y poder dar una respuesta a los objetivos dados en base al presente estudio.

- El primer grupo poblacional está conformado por 43 personas varones, inmersos dentro de litigios de divorcio en la cual existe disputa dentro de la problemática.

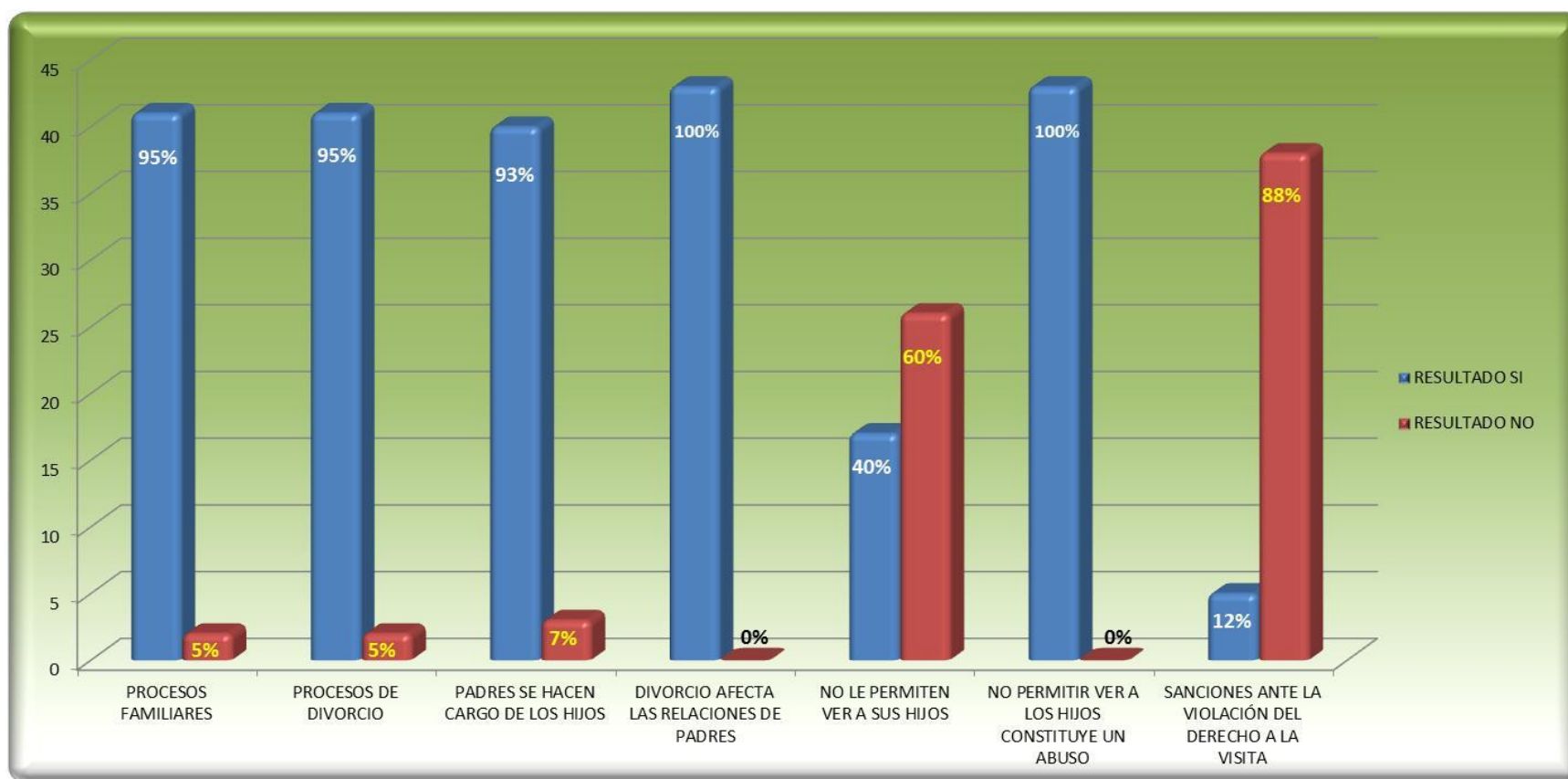
- El segundo grupo poblacional está conformado por 36 personas mujeres, inmersos dentro de litigios de divorcio en la cual existe disputa dentro de la problemática

Al realizar las encuestas se tomó a cada encuestado de forma aleatoria, para poder abarcar y recopilar criterios de forma general dentro la problemática.

Es así que a continuación presento un análisis sobre los resultados, emergentes de las encuestas realizadas sobre la materia tratada en la presente investigación.

5.1.1. Resultados a las encuestas realizadas a Padres dentro de procesos de divorcio y separación

Grafico 1: RESULTANTES DE PADRES QUE NO ACCEDEN AL DERECHO A LA VISITA DE SUS HIJOS



Fuente: Elaboración Propia

Cuadro 1: REPRESENTACIÓN DE LAS VARIABLES A CADA PREGUNTA A PADRES

Item.	VARIABLE	RESULTADO		TOTAL
		SI	NO	
1)	PROCESOS FAMILIARES	41	2	43
2)	PROCESOS DE DIVORCIO	41	2	43
3)	PADRES SE HACEN CARGO DE LOS HIJOS	40	3	43
4)	DIVORCIO AFECTA LAS RELACIONES DE PADRES	43	0	43
5)	NO LE PERMITEN VER A SUS HIJOS	17	26	43
6)	NO PERMITIR VER A LOS HIJOS CONSTITUYE UN ABUSO	43	0	43
7)	SANCIONES ANTE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA VISITA	5	38	43

Fuente: Elaboración Propia

1) ¿Conoce o su labor se encuentra relacionada con procesos familiares?

Con relación a si conoce o su labor se encuentra relacionada con procesos familiares el 95% de los encuestados responde afirmativamente en el grupo de personas masculinas, donde un 5% responde de forma negativa.

2) ¿Conoce usted los procesos de divorcio?

Y en relación directa con la anterior pregunta inherente a los procesos de divorcio de igual forma la resultante coincide con un 95% que afirma que si, esto implica que de los procesos familiares todos son vinculados al divorcio en su mayoría, teniendo como respuesta negativa al 5%.

3) ¿Sabía usted que es uno de los padres quien se hace cargo de los hijos cuando se encuentra en un proceso de divorcio?

Respecto a quien se hace cargo de los hijos en momento del divorcio, los encuestados en un 93% coligen en que esta esta bajo el cargo de uno de los padres, sin embargo un 7% difiere de ello.

4) ¿Cree usted que el divorcio afecta las relaciones paterno y/o materno filiales?

Ahora bien con relación directa si el divorcio afecta las relaciones ya sea paterno o materno filiales todos coinciden en que si esta afecta en su totalidad (100%)

5) ¿Sufrió o escucho de alguien a quien no le permiten ver a su hijo porque se encuentra en situación de divorcio?

Tomando en cuenta la presente pregunta, una minoría respondió que si les permiten ver a su(s) hijos (40%), ante la mayoría con diversas respuestas de negativas indican que no les permiten ver a su(s) hijos (60%)

6) ¿Cree usted que la reacción de no permitir ver a los hijos de un padre divorciado constituye un abuso?

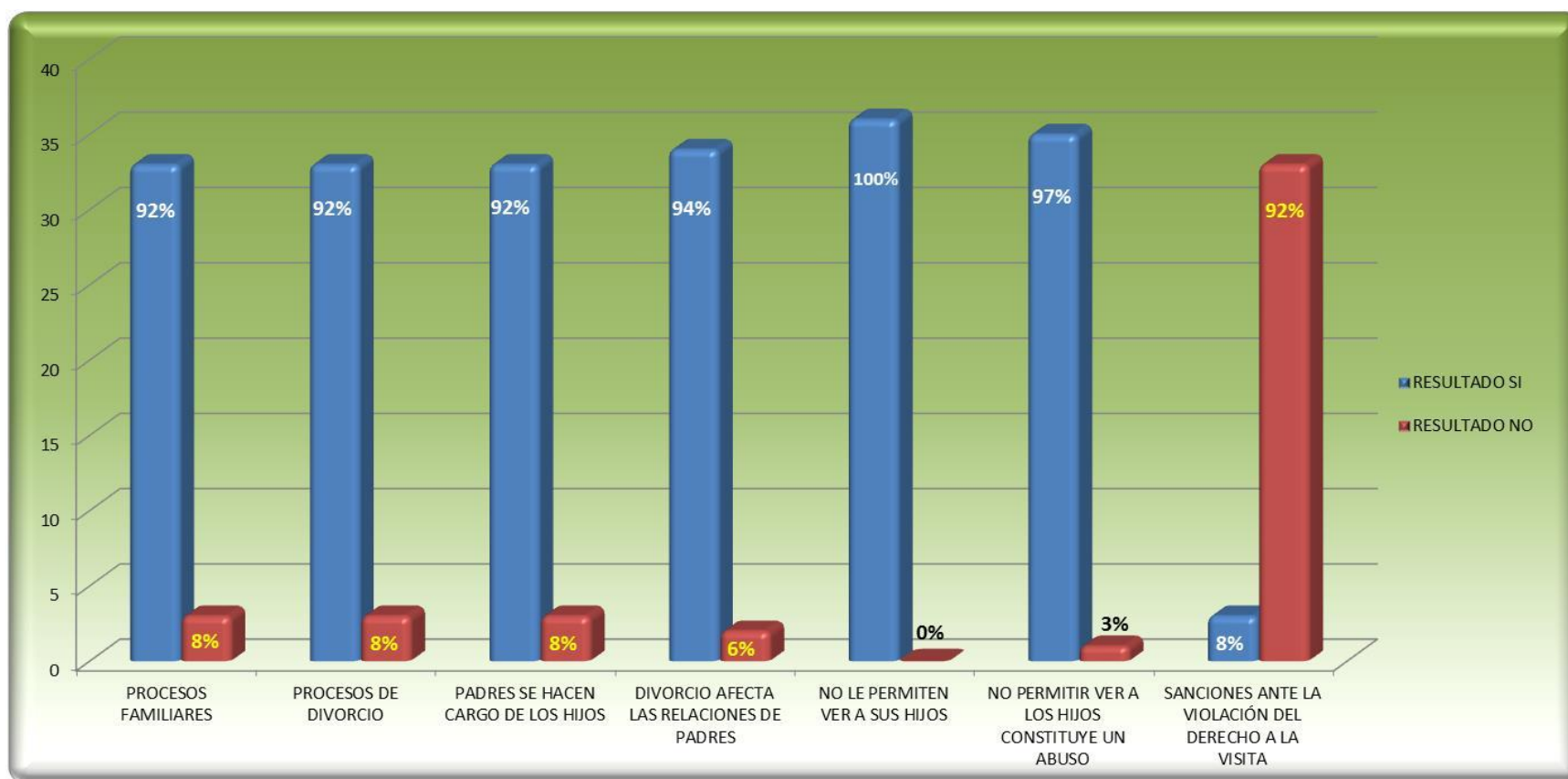
Otro resultado sorprendente en el caso de los padres es que en su totalidad afirman que si consiste en un abuso (100%), ya que se ven tropezando con distintos artificios para que no les permitan el encuentro con sus hijos

7) ¿Conoce usted de alguna sanción judicial que se aplique a la reacción de no permitir ver a los hijos cuando los padres se encuentran divorciados?

Respecto a alguna norma que les permita garantizar o sancionar y se les restituya su derecho a las visitas, tanto para el bien de los niños solo un 12% establece de que si hay formas de lograr este cometido, sin embargo la mayoría 88%, indica que se carece de un medio jurídico para lograr este fin.

5.1.2. Resultados a las encuestas realizadas a Madres dentro de procesos de divorcio y separación

Grafico 2: RESULTANTES DE MADRES QUE NO ACCEDEN AL DERECHO A LA VISITA DE SUS HIJOS



Fuente: Elaboración Propia

Cuadro 1: REPRESENTACIÓN DE LAS VARIABLES A CADA PREGUNTA A MADRES

Item.	VARIABLE	RESULTADO		TOTAL
		SI	NO	
1)	PROCESOS FAMILIARES	33	3	36
2)	PROCESOS DE DIVORCIO	33	3	36
3)	PADRES SE HACEN CARGO DE LOS HIJOS	33	3	36
4)	DIVORCIO AFECTA LAS RELACIONES DE PADRES	34	2	36
5)	NO LE PERMITEN VER A SUS HIJOS	36	0	36
6)	NO PERMITIR VER A LOS HIJOS CONSTITUYE UN ABUSO	35	1	36
7)	SANCIONES ANTE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA VISITA	3	33	36

Fuente: Elaboración Propia

1) ¿Conoce o su labor se encuentra relacionada con procesos familiares?

Sobre el nivel de conocimiento que tiene este grupo de encuestadas el 92% afirma conocer procesos en materia de familia, y el 8% respondió de forma negativa

2) ¿Conoce usted los procesos de divorcio?

De igual forma se entiende que de los procesos familiares que conoce estos son en un 92% procesos de divorcio ante una respuesta negativa del 8%.

3) ¿Sabía usted que es uno de los padres quien se hace cargo de los hijos cuando se encuentra en un proceso de divorcio?

De igual forma las encuestadas coligen o establecen en un 92% que uno de los padres se hacen cargo de los hijos en situación de separación o divorcio, y un 8% establece otras posibilidades que se hacen cargo de los mismos.

4) ¿Cree usted que el divorcio afecta las relaciones paterno y/o materno filiales?

En este aspecto la mayoría de las encuestadas afirma que si (94%) y una minoría determina que no (6%) que se resuelve de la forma tranquila.

5) ¿Sufrió o escucho de alguien a quien no le permiten ver a su hijo porque se encuentra en situación de divorcio?

Con respecto a que si sufren aspectos en los cuales no se les permite ver a sus hijos, hijas, las encuestadas establecen en su totalidad (100%) que este aspecto es muy común en distintas oportunidades

6) ¿Cree usted que la reacción de no permitir ver a los hijos de un padre divorciado constituye un abuso?

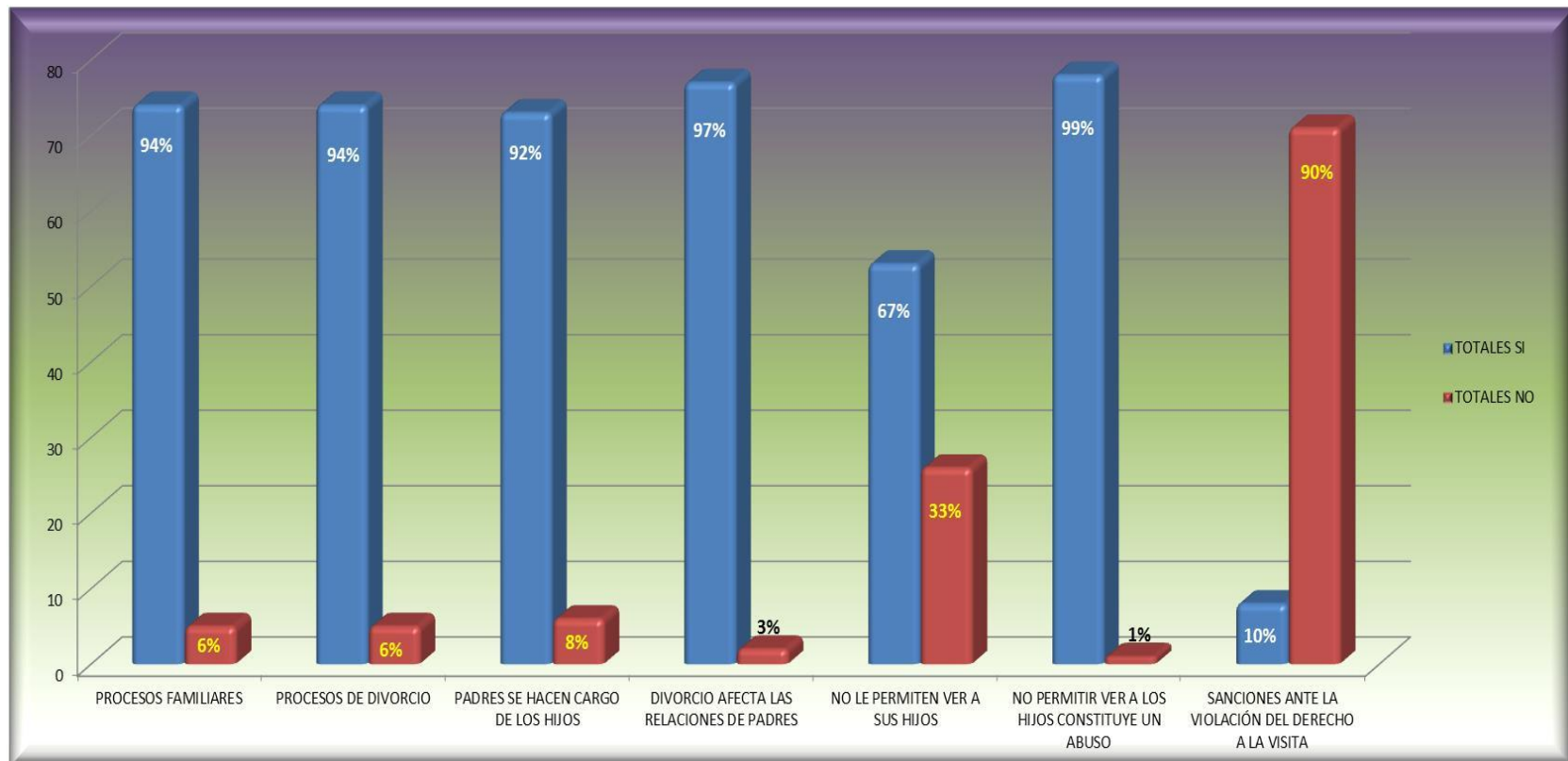
Al respecto en su mayoría, las encuestadas afirma que si constituye en un abuso (97%) y el resto una minoría muy corta responde que no (3%)

7) ¿Conoce usted de alguna sanción judicial que se aplique a la reacción de no permitir ver a los hijos cuando los padres se encuentran divorciados?

De igual forma que el anterior grupo las encuestadas solo el 8% responde que existen mecanismos para lograr ver a sus hijos, y el 92% establece que no existen dichos mecanismos.

5.2. ANÁLISIS GENERAL

Grafico 3: RESULTANTE GENERAL DE LAS DIFICULTADES DEL ACCESO AL DERECHO A LA VISITA DE SUS HIJOS



Fuente: Elaboración Propia

**Cuadro 3: RESULTANTE GENERAL DE LAS DIFICULTADES DEL ACCESO AL
DERECHO A LA VISITA DE SUS HIJOS**

Item.	VARIABLE	MASCULINO		FEMENINO		TOTALES		TOTAL
		SI	NO	SI	NO	SI	NO	
1	PROCESOS FAMILIARES	41	2	33	3	74	5	79
2	PROCESOS DE DIVORCIO	41	2	33	3	74	5	79
3	PADRES SE HACEN CARGO DE LOS HIJOS	40	3	33	3	73	6	79
4	DIVORCIO AFECTA LAS RELACIONES DE PADRES	43	0	34	2	77	2	79
5	NO LE PERMITEN VER A SUS HIJOS	17	26	36	0	53	26	79
6	NO PERMITIR VER A LOS HIJOS CONSTITUYE UN ABUSO	43	0	35	1	78	1	79
7	SANCIONES ANTE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA VISITA	5	38	3	33	8	71	79

Fuente: elaboración Propia

De las resultantes obtenidas de forma general se colige lo siguiente:

- En todos los casos se tiene conocimiento de lo que implica la demanda familiar (94%) y en particular la demanda de procesos de divorcio (94%).
- En lo que concierne a la tenencia de hijos uno de los padres se hace cargo de ellos (92%) optando por otras alternativas en forma mínima (8%)
- Este aspecto de la separación y consecutivamente del divorcio esta afecta notoriamente las relaciones ya sean paterno o materno filiales (97%).
- De donde se deduce que la primera consecuencia es privar que los hijos vean a sus padres o sean visitados por sus padres (67%)
- Lo cual casi en su totalidad lo consideran o constituye un abuso (99%) tanto para con los derechos del menor como para los padres privados del derecho a la visita.
- DE ahí que finalmente se establece que no existen sanciones ante esa vulneración (90%) o mecanismo alguno que permita poder acceder al derecho a la visita, en situaciones en las que se trate de ocultar o no permitir ver al hijo.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

Resulta insuficiente la legislación. Tanto en lo que se refiere al contenido del derecho, que es irrenunciable, provisional, restringible o suprimible, como en lo que se refiere a los sujetos pasivos y activos que otras legislaciones ya reconocen para todos los obligados a prestación alimentaria o aún más allá de este ámbito, luego del divorcio y sus correspondientes obligaciones para con los hijos.

El Código de Familia contempla el derecho de visita en sus disposiciones que hacen referencia al derecho de visita de los progenitores, en situaciones de divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio. Deja por fuera otras personas en razón de parentesco, convivencia anterior con el menor y especial cariño que podrían ser también titulares del derecho, además según las nuevas garantías constitucionales no debe excluir a las paternidades extramatrimoniales o las separaciones de hecho o en uniones de hecho.

Respecto del progenitor el instituto aparece como un derecho-deber. Constituye en primer lugar un desdoblamiento de la patria potestad, por lo que se expresa como una de las formas en que este poder-deber se manifiesta. Pero incluso en casos en que el progenitor ha sido privado de la patria potestad, continúa asumiendo estas características, pues así como la obligación alimentaria obliga a colaborar en el mantenimiento del menor, existe la obligación de colaborar en el crecimiento afectivo, la orientación y el soporte emocional del niño.

Los convenios de visita ante autoridad judicial, deben tener amparo legal para obligar a su cumplimiento, incluyendo sanciones, al tiempo que deben ser una obligatoria etapa previa a la activación del aparato jurisdiccional, que actúa como mediador, buscando resolver la petición de relacionamiento en atención al interés del menor en el caso de las visitas. Lamentablemente carece de respaldo legal para su cumplimiento obligatorio, al menos interlocutoriamente, de manera que las partes se vean compelidas a acatar sus determinaciones, las que tienen un fundamento técnico.

Al no existir la obligatoriedad de cumplimiento del derecho de visitas que garantice la misma, dotándola de ejecutoriedad mientras no se resuelva en estrados judiciales por el fondo afecta inicialmente a los derechos del menor. Con ello se paliaría la mora en la restitución de los derechos vulnerados del padre y del hijo, pues aún los regímenes provisionales de visita suelen ser apelados y su puesta en práctica dilatada durante muchos meses.

En los casos en que se compruebe que el ejercicio del derecho de visita produce más perjuicios que beneficios, sobre todo en aspectos emocionales o morales, la autoridad judicial en uso de potestad de regulación, está en la obligación de restringirlo o hasta suprimirlo, siempre atendiendo al principio de que el interés del menor debe ser el que prevalezca.

Finalmente dentro de las conclusiones emergentes del trabajo de campo muchos padres que no tienen la tenencia de los hijos en situación de separación o de divorcio, sufren debido a que les restringen visitar a los hijos por acción de quien tiene la tenencia del menor, de la cual se establece que no existe un mecanismo legal o judicial que garantice su cumplimiento, y con ello el presente estudio se convierte en un problema social que afecta al desarrollo integral del menor. Donde el Estado garantiza como primacía el velar por el bienestar del menor y por ende aplicar políticas que garanticen sus derechos es fundamental.

Recomendaciones

Como vemos, nuestra ley tiene como sistema básico que los niños quedarán con uno de los padres. El otro progenitor tiene lo que se llama "derecho de visitas", que consiste en verse periódicamente con sus hijos, controlar su salud, su educación, y todo lo relacionado con su vida y crecimiento. En los convenios que hacen los progenitores como lo que en ausencia de éste establece el juez, se contempla los días y horarios de las "visitas" del progenitor que no tiene la guarda con sus hijos. Pero lo que habitualmente no se contempla es con quién pasan los niños las fiestas familiares, tanto los cumpleaños, los aniversarios y, por supuesto, las fiestas tan significativas como son las de nochebuena, navidad, fin de año y año nuevo.

Esta omisión suele llevar a situaciones muy dolorosas para los hijos, consistente en que el padre no conviviente reclama que en alguna de ellas sus hijos estén con él y, eventualmente, su familia. El otro progenitor suele rechazar este pedido con la misma firmeza con que el otro hace el reclamo.

Por otra parte es necesario crear convenios y acuerdos más favorables para el bienestar del menor, en los cuales los padres dentro de lo que suele no estar previsto en los acuerdos de visitas con quién pasarán las fiestas los niños, los mismos progenitores suelen no anticiparse a tratarlo entre ellos y con sus hijos ante la proximidad de las mismas. Cuando se produce la comunicación suele ser a último momento y en base a "entendidos" que, en general, son malos entendidos. El resultado es la crispación en lugar del diálogo y la rabieta entre ambos, que los hijos perciben aunque nada se les diga, con lo cual el conflicto emocional que llevó a la separación de sus padres se le transfiere a los hijos, incorporando el mismo sentimiento contra el progenitor ausente.

De este modo se disocia a los niños que por un lado, como hijos, sienten que el ausente los abandona, y por otro, identificados con el rechazo del progenitor que tiene la guarda contra el otro, odian al progenitor ausente.

En esta posición de incomunicación, los padres piensan y actúan en función de sus propios sentimientos e intereses sin contemplar los intereses de sus hijos, aunque es lo que suelen invocar.

Otro aspecto es la importancia de la inclusión del progenitor ausente. El vínculo emocional con el progenitor ausente les permite a los hijos generar un límite en su vinculación con el progenitor que tiene la guarda. Les permite crecer y en determinado momento abandonar el hogar para hacer su vida. La aceptación por los hijos del progenitor ausente es hoy muy importante y en el futuro lo será mucho más, en tanto es previsible que al divorcio, como un límite al matrimonio, se le incorporen nuevos límites que compitan con las uniones de hecho actuales. Por ello, si es previsible que los hogares monoparentales prosperen y aun lleguen a ser lo que predomine, es conveniente modificar la actual cultura de exclusión del progenitor ausente por otra que lo incluya.

Es muy recomendable un cambio cultural en las familias de los progenitores. En esta sórdida guerra por la propiedad privada de los hijos hay otros protagonistas que tienen un rol muy importante: las familias de ambos progenitores. Los abuelos y tíos por parte de la madre y del padre de los niños ¿qué actitud tienen en estos conflictos? Lamentablemente, suelen reforzar la postura del propio pariente echando más leña al fuego en que se calcina la salud emocional y posibilidades de maduración de los niños.

Sin embargo, los abuelos y tíos están en mejores condiciones de comprender que el interés emocional de los niños es poder comunicarse de la mejor manera con el progenitor ausente. El peso de la lealtad familiar entre los mayores no es igual a la de los niños con el progenitor con quien viven. Los adultos pueden tomar distancia de los propios sentimientos egoístas como para pensar en la conveniencia de los niños y así aconsejar al padre y a la madre de las criaturas que no se dejen llevar por sus odios y rencores y que puedan actuar en función del interés de sus hijos. Esto requiere un cambio en la cultura familiar en que siempre se ampara la posición del propio pariente contra los de afuera. Es un cambio para el que la familia está perfectamente preparada si logran pensar que los niños en pugna son también sus parientes y que, para que crezcan adecuadamente, les conviene relacionarse tanto con la madre como con el padre, es decir, que los niños no tienen dueño.

Si las posturas de los progenitores y las de sus familias no resuelven la inclusión del progenitor ausente, la ley prevé dos caminos para solucionar el problema:

Por un lado la mediación, que es la intervención de un tercero al que se recurre para que ayude a las partes a resolver el conflicto a través del diálogo entre ellos, en el que cada parte estará asistida por su propio abogado.

Si la mediación no da resultado, se puede recurrir a la Justicia. Pero el pedido a la Justicia debe tener como objetivo inicial que el juez convoque a las partes para que se pongan de acuerdo y aún que induzca y proponga formas en que el mismo se pueda llevar a cabo. Como último recurso, si este acuerdo no se logra, el juez dictaminará lo que corresponde en beneficio de los niños.

Por lo expuesto la recomendación principal es la aplicación de medidas que garanticen el derecho a la visita de los padres, lo cual garantizara el desarrollo integral del menor como sujeto sano dentro de la sociedad, cuyo mecanismo jurídico para su implementación y ejecución se encuentra mediante una propuesta o mecanismo legal que posibilite su aplicación, la misma que se encuentra como propuesta en el siguiente apartado:

PROPUESTA DE MECANISMO LEGAL

**PROYECTO DE LEY DE INCORPORACIÓN DE LAS
GARANTÍAS AL DERECHO DE VISITA DE LOS PADRES
A LOS HIJOS COMO EFECTO DE LA SEPARACIÓN O
EL DIVORCIO**

Proyecto de ley N°:.....

JUAN EVO MORALES AYMA:

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE
BOLIVIA

Por cuanto la Honorable Asamblea legislativa Plurinacional, en uso de sus facultades, ha sancionado la siguiente Ley:

**LEY DE INCORPORACIÓN DE GARANTÍAS AL DERECHO DE VISITA DE
LOS PADRES A LOS HIJOS COMO EFECTO DE LA SEPARACIÓN O EL
DIVORCIO**

CONSIDERACIONES:

Considerando, que es deber fundamental de estado garantizar el bienestar de los niños, niñas y adolescentes.

Considerando, que para garantizar los derechos de los niños, se deben garantizar el acceso del mismo mediante sus progenitores, en relación a sus obligaciones sus hijos.

Considerando, que dentro de los conflictos emergentes de la desvinculación matrimonial o proceso de separación y divorcio, afectan al desarrollo emotivo de los hijos.

Considerando, que los padres separados o divorciados emplean como objeto de disputas y peleas a los hijos, impidiendo que los hijos vean puedan ver y relacionarse con sus padres que no tienen su tenencia.

Considerando, que es obligación del Estado garantizar el derecho a las visitas de los padres, para garantizar el desarrollo integral del menor y todas sus necesidades.

Considerando, el Art. 13; Art. 14 parr. I-II-III-IV; Art. 15 parr. I; Art. 18 parr. I-II; Art. 58; Art. 59; art. 60; Art. 61 parr. I; Art. 194 parr. I; Art. 196 y Art. 197, de la Ley de 07 de febrero de 2009, Constitución Política del Estado.

Considerando, el Art. 146 y Art. 257 del Código de Familia, Ley N° 996, Ley de 4 de abril de 1988.

Considerando el Art. 31 del Código Niño, Niña y Adolescente, Ley N° 2026 del 27 de octubre de 1999.

POR TANTO:

La Honorable Asamblea Legislativa Plurinacional del Estado Boliviano

DECRETA:

Artículo 1.- (Objeto).- La presente ley tiene por objeto incorporar medidas las garantías y sanciones por vulnerar el derecho de visita del padre o la madre que no tuviera la tenencia del hijo(a) o hijos.

Artículo 2.- (Modificaciones a la Ley 996).- Modifíquese al Código de Familia, Ley N° 996, Ley de 4 de abril de 1988. Al libro Primero: Del Matrimonio, Título IV: De la Disolución del Matrimonio y de la Separación de los Esposos, Capítulo II: Del Divorcio, Sección III: De los efectos del Divorcio, al Artículo 146, quedando redactado con el siguiente texto:

ARTICULO 146.- AUTORIDAD DE LOS PADRES, TUTELA, DERECHO DE VISITA Y SUPERVIGILANCIA

1° Cada uno de los padres ejerce la autoridad que le corresponde sobre los hijos confiados a su cargo. Si la guarda se confía a los ascendientes o hermanos de los cónyuges, o a un tercero, se aplican respecto a éstos, las reglas de la tutela.

- 2° *No obstante, el padre o la madre que no ha obtenido la guarda tiene derecho de visita en las condiciones que fije el juez y el de supervigilar la educación y el mantenimiento de los hijos, con arreglo al artículo 257.*
- 3° *El Padre o la Madre que teniendo la guarda, obstaculice, evite o impidiera la visita del padre o la madre que no ha obtenido la guarda por mandato judicial, será pasible a la sanción determinada por el Artículo 179 del Código Penal, Por desobediencia judicial.*
- 4° *De reincidirse luego de aplicada la medida anterior, será pasible a la suspensión de la guarda del hijo (a) o hijos en las condiciones que fije el juez.*

DISPOSICIÓN FINAL

Queda abrogadas todas las disposiciones contrarias a la presente ley, A partir de su aplicación y ejecución.

Para fines de su promulgación y vigencia, remítase a conocimiento del Órgano Ejecutivo.

Dada en la sala de sesiones del Órgano Legislativo Plurinacional del Estado Boliviano.

Fdo. Presidente Cámara de Senadores Fdo. Presidente Cámara de Diputados
Fdo. Senador Secretario Fdo. Diputado Secretario

POR TANTO, la promulgo para que se tenga y cumpla como Ley del Estado Plurinacional de Bolivia

Fdo. JUAN EVO MORALES AYMA
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL
DE BOLIVIA

Bibliografía

- Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil Argentino, "Familia", 2a ed., Ed. Perrot, Bs. Aires, 1959, T. I.
- Busso, Eduardo B., Código Civil Anotado, Editorial Ediar, Bs. Aires, 1958, T. II.
- Cabanellas de Torres, Guillermo, "Diccionario Jurídico Elemental", Edit. Heliasta S.R.L., Buenos Aires – Argentina, 1991.
- Díaz de Guijarro, Tratado de derecho de familia, ed. Tea, 1953.
- D' Aguanno, José, La génesis y la evolución del Derecho Civil, trad. de Pedro Dorado Montero, Madrid, T. I.
- Dr. Bort Irahola, Carlos: "Reingeniería Constitucional en Bolivia", Tomo II "Poder Judicial", Cuadro estadístico desde 1995 a 2003
- Dr. Daniel Hugo y D'Antonio: "Derecho De Menores"
- Dr. Ángel Castro Santos, "El Matrimonio, La Familia, El Divorcio y sus repercusiones Socio-Psicológico-Legales", Edit. Universitaria de Potosí-Bolivia, 2002
- Dr. Eduardo Ortiz: Propiedad y Constitución. In Revista Judicial, N° 37, San José, Corte Suprema de Justicia, junio de 1986.
- Escriche, Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Librería de la Vda. de Ch. Bouret, París-México, 1925.
- Eduardo B. Busso, "Codigo Civil" anotado, T. II, primera parte, Familia, Edit. Ediar, Buenos Aires- Argentina.
- Enciclopedia Universal ilustrada. Editor Hijos de J. Espasa, Barcelona
- Enneccerus, L., Kipp, T. y Wolff, M., Tratado de Derecho Civil, T. IV, Derecho de Familia, vol. I, Buenos Aires, 1948.
- Espinoza Lozano, José. Problemas Procesales en Derecho de Familia. José María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1991.
- Fernández, Clérigo L. El derecho de familia en la legislación comparada. México, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1947.
- Formiellas, Salvador, Tratado de las sucesiones, Ediar, Buenos Aires, 1950.
- Guillen Morales Carlos, "Código de Familia Concordado y comentado", Edit. "Cadena", Sucre-Bolivia, 2009.

- Goldstein, M., “Derecho hebreo a través de la Biblia y el Talmud”, Ed. Atenea, Bs. Aires- Argentina, 1946.
- Jimenez Sanjinez, Raúl, Lecciones de Derecho de Familia y del Menor, Edit. Presencia, La Paz – Bolivia, 2002.
- Jossierand, El Espíritu de los Derechos y su relatividad, Edit. Cajíca, 1946.
- Jossierand, Louis, Derecho Civil, Bs. Aires, 1950
- Laquis, El abuso de derecho en el ejercicio de la patria potestad, ed. Abeledo,- Perrot, 1963.
- Morgan, Luis E., La Sociedad Primitiva, La Plata, 1935, T. II.
- Montero Duhalt, Sara, “Derecho de Familia”, Edit. Porrúa S.A., México, 1992.
- Orgaz, Alfredo, Nuevos Estudios de Derecho Civil, Bs. Aires, 1954.
- Paz Espinoza Félix, “El Matrimonio, Divorcio, Asistencia Familiar, Invalidez Matrimonial, Restitución al Hogar, Negación y Desconocimiento de Paternidad, Homologación de Sentencias, Procedimientos, modelos” , 4ta. Edic., Edit. San José, La Paz – Bolivia, 2008.
- Pavón, C., “Tratado de la familia en el Derecho Civil Argentino”, Ed. Ideas, Bs. Aires-Argentina, 1946.
- Pérez Vargas, Víctor. El contenido de la patria potestad. In Revista Judicial N° 30, Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, setiembre 1984.
- Planiol Bipert y Rouast, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, traduc. de Mario Díaz Cruz, La Habana, 1946.
- Pacheco Rojas, María Elieth: Tesis “El Derecho de visita”, España.
- Planiol, M., y Ripert, J., Tratado Práctico de Derecho civil /ranees, pág. 369, núm. 487, Ed. Cultural, La Habana (Cuba), 1939
- Ragel Sánchez, Luis Felipe. La Guardia y Custodia de los hijos. In Revista Derecho Privado y Constitución. N° 15, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Enero-Diciembre 2001.
- Ramos Buonomo, Ivette. La violencia doméstica y las determinaciones judiciales sobre la custodia y el derecho de visitación de menores en Puerto Rico. In Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, Vol 56, N° 4, oct. Dic. 1995.
- Rivero Hernández. Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil. Madrid, 1994.

- Rivero Hernández, Francisco: El derecho de visita, José Ma. Bosch Editor S.L, Barcelona, España, 1996.
- Rodríguez Zamora, José Miguel. La Filiación y el Derecho Comparado. In Revista de Ciencias Jurídicas N° 77. Costa Rica UCR-Colegio de Abogados Enero-Abril 1994.
- Zannoni, Eduardo. Derecho Civil. –Derecho de Familia I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1978.

Páginas web consultadas:

- <http://www.revistacriterio.com.ar/sociedad/la-crisis-matrimonial-tres-miradas>.

Jurisprudencia consultada:

- SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0223/2007, Sucre, 3 de Abril de 2010
- SENTENCIA CONSTITUCIONAL 2837/2010-R, Sucre, 10 de diciembre de 2010, Expediente:2009-19272-39-RAC
- Tribunal de Familia de San José. N° 92-04 de las 11.00 horas del 28 de enero de 2004.
- Tribunal Superior Primero Civil, N° 916 de las 9.55 horas del 22 de junio de 1983, San José de Costa Rica
- Tribunal de Familia de San José de Costa Rica. N° 240-04 de las 8.00 horas del 19 de febrero de 2004.
- Tribunal de Familia de San José de Costa Rica. N° 1303-03 de 11.00 horas del 25 de setiembre de 2003

Normativa legal consultada:

- Gaceta Oficial de Bolivia, Estado Plurinacional de Bolivia, Constitución Política del Estado, Ley de 07 de febrero de 2009.
- Gaceta Oficial de Bolivia, Estado Plurinacional de Bolivia, Código de Familia, Ley N° 996, Ley de 4 de abril de 1988

- Gaceta Oficial de Bolivia, Estado Plurinacional de Bolivia, Código Niño, Niña y Adolescente, Ley N° 2026, Ley del 27 de octubre de 1999.
- BOLIVIA, Ley de 15 de Abril de 1932, promulgada durante la presidencia de Daniel Salamanca.
- Declaración de Ginebra: Convención sobre los derechos del niño, 16 de septiembre de 1924.

ANEXOS

ANEXO I
DE ENCUESTAS DE TRABAJO DE CAMPO

ANEXO II
SENTENCIA CONSTITUCIONALES

ANEXO III
ENTREVISTAS