

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



TESIS DE GRADO

**“LA NECESIDAD DE INCORPORAR LA TUTELA COMPARTIDA EN
EL CÓDIGO DE FAMILIA PREVIO RECONOCIMIENTO DE LA
CAPACIDAD PATERNA”**

(Tesis para optar el grado de licenciatura en Derecho)

Postulante : Viveros Rios Evelyn Bertha

Tutor de Tema : Dr. Raúl Jiménez Sanjinés

La Paz- Bolivia

2009

DEDICATORIA

Dedicado a mis papitos Rosalía Ríos y Javier Viveros, a mi hermana Andreyana Viveros R. por ser las personas que me brindan su enseñanza, apoyo y afecto día a día.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Diosito, a mis papás, hermana, familia y amigos por quererme, cuidarme y alentarme todos los días de mi vida y a los docentes de la Carrera de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés, que me brindan su enseñanza.

RESUMEN ABSTRACT

“La incorporación de la tutela, guarda y custodia compartida en el Código de Familia previo reconocimiento de la capacidad paterna”, lo que busca es el mayor beneficio del menor después de un divorcio o una separación de hecho por ser ellos los más afectados con esta situación, por este motivo es necesario analizar la normatividad vigente en nuestro país con lo referente a la tutela de los hijos después de una separación conyugal bajo el criterio de que la pareja es la que se separa pero la labor de padres permanece en el tiempo.

Es de esta manera el Derecho puede contribuir tanto a los padres como a los hijos que atraviesan por una separación conyugal porque existirá mayor igualdad entre los progenitores con respecto de la situación de sus hijos ya que la finalidad es lograr que el niño, niña y adolescente conviva con ambos progenitores similares cantidades de tiempo, previamente verificando que el padre tenga la capacidad para cuidarlo, protegerlo y ofrecerle su enseñanza y amor el tiempo que comparta con el menor.

Para lograr los objetivos de la investigación se utilizaron los métodos generales deductivo, sociológico e histórico, los mismos que fueron complementados con los métodos específicos jurídico – descriptivo, exegetico, lógico – jurídico y gramatical. Asimismo como técnicas de investigación se requirió el método bibliográfico - documental y las encuestas como medios de recolección de información.

Finalmente y con respaldo de fundamentos teóricos, estudios bio – psico – sociales, análisis de la legislación e investigaciones realizadas, se evidencia la importancia de incorporar la tutela, guarda y custodia compartida previo reconocimiento de la capacidad paterna en el Código de Familia boliviano, ya que se comprueba que los hijos necesitan y tienen el derecho de crecer con referencias de las figuras paterna y materna para su mejor desarrollo y los progenitores deben ser más concientes y tomar el camino de conciliación y entendimiento por el bienestar de sus hijos, ya que la ausencia de una de estas dos figuras podría llegar a ser una carga emocional con consecuencias impredecibles las cuales repercutirán en la sociedad.

**“LA NECESIDAD DE INCORPORAR LA TUTELA COMPARTIDA EN EL CÓDIGO DE
FAMILIA PREVIO RECONOCIMIENTO DE LA CAPACIDAD PATERNA”**

ÍNDICE

	Pág.
Dedicatoria	I
Agradecimientos	II
Resumen Abstract	III
Índice	
DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	
Enunciado del título del tema	
Identificación del problema	
Problematización	
Delimitación de la investigación	
Delimitación Temática	
Delimitación Temporal	
Delimitación Espacial	
Fundamentación e Importancia de la investigación	
Objetivos a los que se ha arribado en la investigación	
Objetivo General	
Objetivos Específicos	
Marco teórico que sustenta la investigación	
Hipótesis de trabajo de la investigación	
Variables de la investigación	
Variable Independiente	
Variable Dependiente	
Métodos que fueron utilizados en la investigación	
Técnicas que fueron utilizados en la investigación	
INTRODUCCIÓN	

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA TUTELA

1.1. Origen de la tutela en Roma	1
1.1.1. Tutela Hereditaria	2
1.1.2. Tutela Legítima	3
1.1.3. Tutela Dativa o Atiliana	3
1.2. Tutela desde la perspectiva judicial actual	5
1.2.1. Apertura para la tutoría	5
1.3. Clases de tutela en el Código Niño, Niña y Adolescente	6
1.3.1. Tutela Ordinaria	6
1.3.2. Tutela Superior	6
1.4. Características de la tutela	7
1.5. Apertura, Tutor y requisitos para la tutoría	8
1.6. Función de la Tutela	10
1.7. Incapacidad para el ejercicio de la tutela	10
1.8. Exclusión o Dispensa de la Tutela	11
1.8.1. Extinción y cesación de la tutela	11
1.8.1.1. Extinción	11
1.8.1.2. Cesación	12

CAPÍTULO II

GUARDA Y CUSTODIA DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA

2.1. La Guarda y Custodia	13
2.2. Guarda del niño, niña y adolescente	14
2.2.1. Clases de Guarda	18
2.3. Custodia	18
2.3.1. Tipos de Custodia	19
2.3.1.1. Custodia Legal	19
2.3.1.2. Custodia Física	19
2.4. Marco Histórico-Jurídico del Niño, Niña y adolescente en Bolivia	
2.4.1. Código de Familia. Ley No. 996	21
2.4.2. Código del Menor. Ley No. 1403	21
2.4.3. Código de Niño, Niña y adolescente. Ley No. 2026	24
2.5. Tutela, Guarda y Custodia en la Legislación Boliviana	26

2.7. Sistema utilizado en la actualidad para dar la guarda de los niños y adolescentes en Bolivia	29
2.7.1. Guarda y Custodia exclusiva de uno de los progenitores, con derecho reducido de visitas para el otro progenitor	31
2.7.1.1. Síndrome de Alienación Parental	31
2.8. El Niño, Niña y Adolescente en la legislación Boliviana actual	33
2.8.1. Derechos de los niños, niñas y adolescentes en la legislación boliviana	34
2.8.2. Derechos de los padres divorciados en cuanto a sus hijos en la legislación boliviana	38
2.8.2.1. La Nueva Constitución Política del Estado	40
2.8.2.2. Código de Familia	40
2.8.2.3. Código Niño, Niña y Adolescente	41
2.8.2.4. Código Civil	41

CAPÍTULO III

LA AUTORIDAD PATERNA Y LA GUARDA COMPARTIDA

3.1. Autoridad Paterna	43
3.1.1. Efectos de la Autoridad Paterna y su relación con la guarda	45
3.2. Guarda Compartida	46
3.2.1. Modalidades básicas de aplicación de la guarda compartida	47
3.2.1.1. Tiempos de convivencia iguales con los padres	47
3.2.1.2. Libre relación de los menores con el progenitor no custodio	47
3.2.2. La Guarda compartida concebida como convivencia alterna	49
3.3. Legislación Comparada	50
3.3.1. Chile	50
3.3.2. Argentina	51
3.3.3. Perú	53
3.3.4. Colombia	54
3.3.5. Costa Rica	55
3.3.6. Estados Unidos	55
3.3.7. Francia	56
3.3.8. Inglaterra	56
3.3.9. Suecia y Alemania	57
3.3.10. España	57
3.4. Derechos y Deberes que encierra la Guarda compartida de los menores	58

3.4.1. Derechos de los padres	59
3.4.2. Deberes de los padres	60

CAPÍTULO IV

INCORPORACIÓN DE LA GUARDA COMPARTIDA EN BOLIVIA PREVIO RECONOCIMIENTO DE LA CAPACIDAD PATERNA

4.1. Incorporación de Guarda Compartida previo reconocimiento de la capacidad paterna en la legislación Boliviana	61
4.4.1. Capacidad Paterna y materna	64
4.2. Beneficios de la Incorporación de la Guarda Compartida en Bolivia	64
4.2.1. Beneficio de los menores con la Incorporación de la Guarda Compartida	67
4.2.1.1. Derecho de los hijos a tener una convivencia alterna con sus padres.....	68
4.2.1.2. La necesidad del menor de disfrutar de ambas figuras parentales	70
4.2.2. Importancia de la participación de los dos padres en la formación del menor ...	72
4.3. Titularidad y ejercicio de autoridad parental con igualdad de condiciones de los Padres	73
4.4. Principios en los que se fundamenta la Guarda Compartida	74
4.4.1. El principio del “favor minoris” como rector del derecho de familia	74
4.4.2. La igualdad entre el hombre y la mujer e igualdad entre los hijos	75
4.5. Aspectos que se deben tener en cuenta al momento de decidir la guarda de los Hijos	76
4.6. Inconvenientes y obstáculos para su implantación	77

CAPÍTULO V

PRESENTACIÓN E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

5.1. Cantidad de divorcios en los últimos tres años en La Paz	79
5.2. De la encuesta dirigida a funcionarios y litigantes de tribunales del área familiar	81
5.2.1. Personas que están pasando por un divorcio o separación conyugal o conocen a alguien en esta situación	81
5.2.2. Parejas en separación o divorcio que tienen hijos menores de 18 años	83
5.2.3. Padres de los menores con capacidad de cuidar a sus hijos	85
5.2.4. La figura paterna es importante en el crecimiento de los menores aún después del divorcio	87
5.2.5. De acuerdo con que el 95 % de las sentencias en materia familiar determinen que la tutela de los menores se quede con la madre y el padre tenga un hora-	

rio de visitas restringido	89
5.2.6. Personas de acuerdo con la tutela compartida	91
6.3. Interpretación de resultados	93
CONCLUSIONES	95
PROYECTO DE LEY SOBRE LA GUARDA COMPARTIDA EN BOLIVIA	98
BIBLIOGRAFÍA	IV
ANEXO I	VIII

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA TUTELA

El objetivo de este capítulo es asimilar el origen de la tutela y su acepción actual, tanto en la sociedad como en el ámbito jurídico; partiendo de que esta institución fue creada por el Derecho Romano, con la finalidad de proteger a todas las personas sui juris impúberes, quienes en la sociedad romana se encontraban desprovistas de la protección y cuidados que la familia brindaba en cuanto a las necesidades fundamentales del ser humano.

Las personas según su edad se clasificaban en púberes e impúberes y todos los que estaban dentro del status familiar eran considerados alieni iuris, aún en caso de incapacidad por edad o sexo, gozaban según la doctrina romana de la protección de la Autoridad Paterna.

1.1. Origen de la Tutela en Roma

La palabra tutela deriva de la voz latina tueor o tueri, que significa defender, proteger. Tutelar por lo tanto significa cuidar, proteger y ésta es cabalmente una de las misiones más importantes que debe cumplir el tutor: proteger los intereses del pupilo, tanto personales como patrimoniales. Así, se puede decir que el papel del tutor es el proteger la persona incapaz, procurando siempre su buen desarrollo y su bienestar, también el administrar su patrimonio de manera que rinda al máximo de sus beneficios siempre en provecho del pupilo.

La tutela impuberum de Gayo en el digesto y atribuida a Servio, respondía a una finalidad opuesta a la que persigue nuestra tutela de menores actual, porque lejos de aparecer con la finalidad de proteger al pupilo de su propia incapacidad, nació con la finalidad de proteger los intereses patrimoniales de la familia su familia y en especial de sus presuntos herederos. Por esta razón

la tutela de impúber otorgaba al tutor un derecho que se caracterizaba como una presunción. También existía la Tutela Milierum (tutela perpetua de las mujeres debido a su incapacidad en Roma).

La definición reproducida en las Institutas de Justiniano, decía que la tutela era una potestad establecida sobre una persona libre, constituida y autorizada por el derecho civil, para proteger al que en razón de su edad, no podía defenderse por sí mismo. La idea de que el cargo de tutor no sólo implicaba derechos sino también obligaciones frente al pupilo, se plasmó en posteriores normas jurídicas.

En el Derecho Romano habían tres clases de tutelas: la tutela testamentaria, legítima y la deferida por el magistrado o tutela dativa que apareció por el siglo IV de Roma al atribuirse a ciertos magistrados la facultad de nombrar tutores¹; teniendo entre ellas primacía la tutela testamentaria, pues era sólo a falta de tutor testamentario cuando se abría la tutela legítima y a falta de tutor legítimo, cuando correspondía de designación al magistrado.

1.1.1. Tutela hereditaria

La tutela se abría cuando ocurría la muerte del paterfamilias o la emancipación de un hijo en estado de impubertad, en un acto en el que se hacía sui iuris a un impúber.

El padre puede dar tutor al hijo, instituyéndole heredero o desheredándolo; parecía que más bien se daba tutor para los bienes que para la persona y los requisitos eran:

- Un testamento válido.
- La asignación en el testamento de un tutor para el hijo sometido a su potestad.

¹ ARGUELLO Luis Rodolfo, Manual de Derecho Romano, Tercera Edición, Argentina, 1980

- La confirmación del magistrado, la cual daba validez a la designación del tutor.
- Posteriormente se extendió el atributo de designar tutor al padre natural, a la madre, a los parientes próximos o al patrono.

Al tutor testamentario le fue permitido librarse definitivamente de la tutela haciendo una declaración solamente ante testigos de no querer ejercerla, a esto se llamó la “abdicatio tutelae”.

1.1.2. Tutela legítima

La tutela legítima se originaba por disposición de la ley y a falta de tutor testamentario, de acuerdo con la ley de las XII Tablas, la tutela correspondía en primer lugar a los agnados (parientes por parte de padre, incluidas también las mujeres pero no sus hijos), cuando se trataba de un liberto impúber, la tutela le correspondía a su patrono y respecto a un hijo emancipado antes de la edad de la pubertad, la tutela correspondía al autor de la emancipación o sus descendientes y entonces se llamaba tutela fiduciaria.

El tutor legítimo puede transferir la tutela a un extraño, mediante la *in iure cessio*, pero si el cesionario muere se reintegra de pleno derecho a sus funciones de tutor.

1.1.3. Tutela Dativa o Atiliana

Surge a falta de tutor testamentario y de tutor legítimo, la designación correspondía al magistrado² y debía hacerse previa información sobre la moralidad y la fortuna del tutor nombrado.

Los gobernadores acostumbraban realizar investigaciones sobre la capacidad de los posibles tutores, par el desempeño del cargo antes de

² ARIAS Ramos J. y ARIAS Nonet J.A., Derecho Romano, Quinceava Edición, Madrid, 1958

su nombramiento, pero los magistrados municipales no solían hacerlo, de allí que el tutor dativo tuviera que prestar fianza.

En el derecho romano los poderes del tutor sobre los bienes del pupilo, fueron ilimitados; se decía que el tutor era como propietario de los bienes del pupilo³, sólo existían tres restricciones a las sus facultades:

- En lo relativo a las donaciones;
- Para los actos que interesaban a la vez al tutor y al pupilo
- Para los actos ejecutados de mala fe por el tutor, que podía al pupilo hacer que se anularan.

No sólo se podía designar un tutor para uno o para varios impúberes sui iuris, sino que se podían designar y era frecuencia varios tutores para un solo pupilo, de manera que podían haber pluralidad de tutores, cualquiera que fuera el origen de la tutela⁴.

Con Justiniano se estableció que cualquiera que fuere el origen de la tutela (testamentaria, legítima o dativa) era suficiente la autorictas de uno solo de los tutores, para la realización de los actos de disposición durante la etapa de la semi - infancia (7 a 14 años de edad).

La tutela, se extinguía por causas referentes al pupilo y al tutor. Entre las referidas al pupilo encontramos:

- El arribo del pupilo a la pubertad.
- La muerte del pupilo.
- La capitis deminutio del pupilo, máxima, media y mínima.
- La llegada del término o de la condición resolutoria.

³ RUSSOMANO Mario C., Breve Historia del Derecho Romano, Edit. Claridad, Argentina, 1988

⁴ ARGUELLO Luis Rodolfo, Manual de Derecho Romano, Tercera Edición, Argentina, 1980

1.2. Tutela desde la perspectiva judicial actual

La tutela es una institución del Derecho de Familia y está definida en el Artículo 51 del Código Niño, Niña y Adolescente, como la potestad que por mandato legal se otorga a una persona mayor de edad a efectos de proteger a un niño, niña o adolescente cuando sus padres fallecen, pierden la autoridad o están suspendidos en el ejercicio de ella; para prestarles una atención integral, representarle en actos civiles y administrar sus bienes, es de carácter individual e intransmisible, con la finalidad de garantizarle sus derechos, representarle en los actos civiles y administrar sus bienes.

1.2.1. Apertura para la tutoría

El artículo 283 del Código de Familia establece los parámetros que son:

- Cuando sus padres fallecen
- Cuando el padre pierde la Autoridad Paterna o la autoridad paterna están suspendidos en el ejercicio de ella
- Cuando la situación familiar de dichos menores no se halla establecida (divorcio, menores abandonados o de padres desconocidos).
- Cuando la situación de los menores no está definida, por ejemplo cuando los padres están en trámite de divorcio

Se abre la tutela de los niños y adolescentes cuando sus padres fallecen, cuando pierden su autoridad o están suspendidos del ejercicio de ella y cuando la situación de los menores no está establecida. También puede ser de carácter voluntario o legal, la madre y el padre voluntariamente en un testamento designan a un tutor para sus hijos, ya sea por documento público o privado debidamente reconocido y aún por declaración recibida por el juez tutelar, con la concurrencia de dos testigos.

La tutela se desempeña por el tutor con la supervigilancia e intervención del juez tutelar, pueden cooperar los órganos de la administración pública y las entidades de asistencia.

1.3. Clases de tutela en el Código Niño, Niña y adolescente

En la aplicación jurídica hay dos clases de tutela:

1.3.1. Tutela Ordinaria

Es una función de interés público ejercida por las personas que designe el juez de la niñez y adolescencia y de la que nadie puede eximirse, sino por causa legítima. (Artículo 52 C.N.N.A.).

1.3.2. Tutela Superior

Función pública ejercida por el Estado para asumir la asistencia, educación, guarda y representación jurídica de los niños, niñas y adolescentes carentes de la autoridad de los padres y que no se encuentran sujetos a tutela ordinaria. (Artículo 54 C.N.N.A.).

La ejerce por intermedio de la instancia técnica gubernamental correspondiente y puede suscribir convenios con instituciones privadas idóneas, sin fines de lucro, para delegar la guarda de los niños, niñas y adolescentes sujetos a su tutela.

El Estado a través de la instancia correspondiente puede suscribir convenios con instituciones privadas idóneas, sin fines de lucro, para delegar la guarda de niños, niñas y adolescentes sujetos a su tutela. Y tramitarán la asistencia familiar, subsidios y otros beneficios a los niños y adolescentes.

1.4. Características de la Tutela

- Es controlado: Los actos del tutor están sujetos a inspección y vigilancia del Juez de la niñez y adolescencia y de los fiscales de esta área.
- Es una carga pública: No hay excusa para no ejercerla sin causa suficiente y legítima, como lo establecen los artículos 247 del Código de Familia y el artículo 52 del Código Niño, Niña y adolescente.
- Es unipersonal: Tanto la doctrina como la jurisprudencia indican que las funciones de tutela y guarda deben recaer sobre el tutor, ya que éste tiene a su cargo la formación del menor y requiere de un trato directo.
- Es personalísimo: No puede transferirse por actos entre vivos o de última voluntad, pero el tutor si puede otorgar poder cumpliendo las formalidades de ley.
- Subsidiaria: O sea que sólo es aplicable cuando no existe otro medio de defensa judicial; cuando los niños y adolescentes se encuentran en estado de abandono.
- Inmediata: Su propósito es entregar una respuesta rápida a la protección que se solicita.
- Específica: Es única para la protección de los derechos fundamentales.
- Representativa: El tutor asume la representación del menor en los actos civiles y administrativos.

La acción de tutela puede aplicarse cuando se amenaza un derecho fundamental, bien sea por parte de una autoridad pública o por parte de particulares. Además, la acción de tutela puede utilizarse como un mecanismo transitorio para evitar un daño irremediable sobre las personas.

El tutor debe ser nombrado por el juez tutelar, inmediatamente cuando tenga conocimiento de la apertura de la tutela, cuando hay varios hermanos se le debe nombrar un solo tutor salvo razones atendibles como conflictos de intereses entre ellos.

1.5. Apertura, tutor y requisitos para la tutoría

La tutela se abre cuando los padres del menor fallecen, cuando por alguna causa han perdido su autoridad o están suspendidos en el ejercicio de ella o cuando la situación del menor no se halla definida.

Se entiende como tutor al representante legal del niño, niña y adolescente o incapacitado en el ejercicio de las funciones de tutela, pudiendo ser, según cada legislación, una persona física o una persona jurídica. En algunas legislaciones se permite que existan dos o más tutores, cuando lo aconseja que uno de ellos gestione la tutoría de la persona y otro la del patrimonio.

La capacidad legal para ser tutor se concede a todos los mayores de edad, con plena capacidad para el ejercicio de los derechos civiles y que no incurran en causas de incapacidad.

En general, las legislaciones civiles de los distintos países consideran como causas que incapacitan para la función de tutor las siguientes:

- Los menores de edad, excepto el hermano de dieciocho años designado por el padre o la madre.
- Los mayores sujetos a tutela
- Los que litigan o cuyos padres, cónyuge o hijo tienen pleito pendiente con el pupilo y/o los que tienen un interés contrapuesto a éste.
- Los condenados por homicidio o delito contra el patrimonio público o privado o contra las buenas costumbres.
- Los padres que pierden su autoridad o son suspendidos de ella, o las personas removidas de otra tutela.

- Los que tienen mala conducta o padecen de enfermedad o vicio que ponga en peligro la salud, la seguridad o moralidad del niño o adolescente.
- Los enemigos de los padres.
- Aquellos que sean enemigos manifiestos del tutelado.
- Los excluidos por los padres en documento notarial o testamento.

Existe la dispensa de la tutela a aquellos que de hecho, tienen imposibilidad absoluta de ejercerla; por edad (más de 60 años), enfermedad, militares en servicio activo, los que ejercen otra tutela o tienen tres hijos, los que residen fuera del lugar donde deba ejercerse la tutela o se ausenten de él con frecuencia.

El tutor debe presentar un plan general sobre el cuidado de la persona y la administración de sus bienes; debe hacer un inventario estimativo de los bienes del menor y una fianza suficiente que garantice su gestión. Declarando los créditos que tenga contra el pupilo bajo pena de perderlos.

Están exentos de fianza los abuelos, hermanos del menor, los que han sido nombrados por el padre que ejercía la autoridad parental, los que no administran bienes.

El que fue nombrado tutor debe prestar juramento a tiempo de asumir el cargo, sino cumple con los requisitos entro de os 60 días que se hizo saber su nombramiento, se procede a nombrar uno nuevo.

El tutor realiza los actos de administración ordinaria sin necesidad de autorización, pero debe consultar al menor cuanto éste ha llegado a los dieciséis años, pero el asentimiento del menor no lo descarga de su responsabilidad.

- La tutela se extingue por la muerte del menor
- Por la emancipación del niño, niña o adolescente

- Por llegar el mayor a su mayoría de edad

1.6. Función de la Tutela

- Guarda y cuidado del niño, niña o adolescente, darle alimentación, techo, ropa acompañados de virtudes morales.
- Administración de sus bienes, no es necesario la autorización judicial, en caso de que el menor tenga 16 años el tutor debe consultarle acerca de estos actos.
- Asunción de la representación legal del titulado, ya que el tutor ejerce la función análoga a la patria potestad, pero con ciertas diferencias.

Estas funciones se desempeñan con la intervención del juez de la niñez y adolescencia.

1.7. Incapacidad para el ejercicio de la tutela

Los menores de edad, excepto el hermano mayor de 18 años, los mayores sujetos a tutela, los que tienen litigio pendiente con el pupilo o tengan interés contrapuesto a éste.

Los condenados por homicidio o por delito contra el patrimonio público o privado, los padres que pierden su autoridad o son suspendidos de ella, las personas con mala conducta o que padezcan enfermedades que ponga en cualquier clase de peligro al menor.

1.8. Exclusión o dispensa de la tutela

El Artículo 52 Inc. 1) del Código Niño, Niña y Adolescente indica que “nadie puede eximirse, sino por causa legítima”. El Artículo 297 del Código de Familia, establece las causas por las que el tutor puede ser

dispensado, excusado o excluido de su función, como ser: profesión u oficio (cambios de destino de militares o policías), por tener residencia fuera del lugar donde deba ejercerse la tutela o por motivos de orden personal, salud física e intelectual. La dispensa constituye una dispensa para liberar a quienes se hallan obligadas a cumplir con la función⁵.

1.8.1. Extinción y cesación de la tutela

1.8.1.1. Extinción

Entre las causas de extinción de la tutela, relacionadas con el pupilo, encontramos:

- La mayoría de edad: finalización IPSO JURE
- La emancipación: El adolescente adquiere el derecho de conducirse por sí mismo y administrar sus bienes antes de su mayoría de edad.
- La muerte del pupilo: Se constituye en un hecho jurídico que pone fin a la tutela.
- Reingreso o ingreso a la autoridad de los padres: Cuando éstos logran recobrar el ejercicio de la autoridad paterna.
- El Dr. Félix Paz Espinoza en su libro Derecho de la Niñez y Adolescencia y Derechos Humanos, agrega la causal de que el menor haya contraído matrimonio.

⁵ PAZ Espinoza Félix, Derecho de la Niñez y Adolescencia y Derechos Humanos, Primera Edición, La Paz – Bolivia 2005.

1.8.1.2. Cesación

La “cesación” es por causas inherentes al tutor, indica que se pone fin a la tutoría, pero la tutela sigue subsistiendo.

Sucede por la muerte del tutor, su condena penal por el Artículo 249 del Código Penal (incumplimiento de deberes de asistencia) y por dispensa aceptada (Arts. 297 y 298 del Código de Familia).

Se produce la REMOCIÓN o sustitución del tutor cuando el tutor esté en incapacidad según el Artículo 296 del Código de Familia, cuando no presenta el presupuesto, informe anual o el estado de situación y cuando haya hecho mala administración del patrimonio del pupilo o haberlo puesto en riesgo a él.

CAPÍTULO II

GUARDA Y CUSTODIA DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA

Este capítulo analiza los significados de los términos de guarda y custodia en la legislación de nuestro país relacionada con el niño, niña y adolescente; tomando en cuenta desde anteriores normativas hasta las actuales, para establecer la importancia de éstas figuras jurídicas con respecto a ellos después del divorcio o una separación de hecho ya que se las debe aplicar protegiendo el mejor cuidado e interés moral y material del menor, como indica el Artículo 145 del Código de Familia.

2.1. La Guarda y Custodia

La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores ha sido a lo largo de estos años, una de las cuestiones centrales en los supuestos de crisis de pareja, tanto matrimoniales (separación, nulidad y divorcio) como no matrimoniales.

Es la designación de un miembro de la pareja, sobre el cual recaerá el cuidado diario y directo de los hijos menores, debiendo encargarse de su educación y control cotidianos; permite al progenitor que la obtenga desarrollar un mayor grado de afectividad y relación personal con sus descendientes.

En la práctica y como consecuencia indisolublemente unida a lo anterior, el cónyuge beneficiario de la guarda, lo será también en lo que a la atribución de la vivienda familiar se refiere, a lo que habrá que sumar el carácter de acreedor de la pensión de alimentos⁶.

⁶ MELÉNDEZ Martín, Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Teoría y práctica jurisprudencial, Editorial Civitas, 2005. Pág. 1, 2 y 3.

Lo común en toda la historia jurisprudencial, es el teórico criterio inspirador de todas y cada una de las resoluciones, que es el beneficio del menor, favor filii o bonum minoris; éste superior interés de los hijos es el que guiará la toma de decisiones judiciales y en definitiva, la adopción del régimen de custodia y visitas más conforme con aquel beneficio.

La jurisprudencia emanada tras las diversas reformas legislativas, es fiel reflejo de las consideraciones psicosociales del último cuarto de siglo y cuyo máximo criterio inspirador se asienta sobre el favor filii (“beneficio superior del menor” o “adecuado desarrollo de la personalidad del menor”).

2.2. Guarda del niño, niña y adolescente

La guarda es una institución que tiene por objeto el cuidado, protección, atención y asistencia integral a un niño, niña y adolescente con carácter provisional y es otorgada mediante Resolución Judicial a uno de los progenitores en caso de divorcio y/o separación de las uniones conyugales libres y en otros casos a terceras personas carentes de autoridad parental o tuición legal⁷.

Confiere al guardador el derecho de oponerse a terceras personas, inclusive a los padres y de tramitar la asistencia familiar de acuerdo con lo establecido por ley. Y supone a la vez la vigilancia de la conducta y las relaciones del hijo, así como su correspondencia y velar por su educación.

La guarda se constituye como un medio alternativo o sustitutivo de las otras instituciones tutelares de la minoridad, surgiendo la necesidad de su

⁷ PAZ Espinoza Félix, Derecho de la Niñez y Adolescencia y Derechos Humanos, Primera Edición, La Paz – Bolivia 2005.

implementación cuando los progenitores actúan en forma inadecuada en el ejercicio de su rol paterno.

Los doctores Zanoni y Bossert definen a la guarda "Como el derecho de tener consigo al menor para así orientar la formación y educación de los hijos». De lo que deviene que la guarda integrada a la autoridad paterna surge como un derecho natural y originario de los padres y es el presupuesto que posibilita las restantes funciones paternas de educación, asistencia, vigilancia, corrección y representación.

La guarda así como el derecho de autoridad paterna que integra no les corresponde a los padres por concesión del Estado o de la ley, sino que preexiste al ordenamiento jurídico positivo, es decir que el origen de la potestad deviene del hecho de la paternidad y maternidad en el marco de la familia.

En caso de desvinculación familiar de hecho o de derecho, la guarda consiste en una institución del Derecho de la niñez que brinda cuidado y asistencia integral a los niños y adolescentes, se caracteriza por su provisionalidad y temporalidad; es otorgada mediante resolución emitida por el Juez de la niñez y adolescencia a uno de los progenitores o a terceras personas carentes de autoridad parental o tuición legal. Y si se tramitara junto con el divorcio por el juez de Partido de Familia.

Puede encontrarse la guarda separada de autoridad paterna, ya que quienes son titulares de ésta no siempre detentan la guarda de los hijos menores; en este supuesto la figura de la guarda adquiere una amplia dimensión; es por esto importante que la guarda sea acompañada de relevancia jurídica, por las repercusiones en la esfera de las relaciones sociales. La guarda desmembrada de la autoridad paterna se produce cuando el menor esta abandonado o en peligro moral y material e interviene

el Estado, otorgando la guarda del menor a una tercera persona para su debida protección.

Pudiendo definirse esta guarda desmembrada y delegada como la “tenencia de un menor por un tercero”, que no es su representante legal o por un órgano ejecutivo de protección, para darle asistencia integral y contribuir a la formación de su personalidad, debiéndose conceder sólo en el caso de ser beneficioso para el menor; este principio fundamental no debe estar ausente en las situaciones en las que se encuentren comprometidos los intereses de los menores.

Corresponde al Juez mediante informes técnicos evaluar la capacidad del guardador; la capacidad tiene íntima relación con la aptitud de brindar al menor el trato paterno y un ambiente familiar adecuado para el desarrollo del niño. El criterio de atribución y de preferencia no son absolutos, sino que son relativos, ya que cada caso es diferente y se ven de manera particular, pero cuando existe parentesco con el menor (previa idoneidad acreditada por el pretense guardador), es obvia dicha preferencia, ya que ello implica mantener al menor dentro del grupo familiar preexistente, evitando de ese modo la separación de su familia.

El moderno Derecho ha ampliado de forma notable las situaciones de guarda del menor, porque puede ser ejercida tanto por las personas físicas como por personas jurídicas - administrativas o por otras creadas para tal efecto. El sujeto destinatario de esta actividad (Protección) es un menor, no necesariamente abandonado, pues también puede tratarse de los que se encuentran en condiciones de riesgo (físico, psíquico o educativo) o en situación de desamparo; para ello el ordenamiento sitúa el principio de obrar en interés del menor por encima de cualquier otro derecho o interés que entre en colisión con aquel principio.

Su carácter de administración tuitiva no puede entenderse como actuación directa, sino en todo caso subsidiaria y por ello sólo será constitutiva de la acción familiar por resolución expresa y motivada en la forma conveniente del juez.

El Juez de la niñez y adolescencia en resolución ordenará a las instancias técnicas o a las defensorías municipales realizar el seguimiento correspondiente. Será evaluada durante dos años cada 480 días y podrá convertirse en adopción; si se ejerciera por terceras personas, bajo ninguna circunstancia pueden transferir la guarda que les fue conferida.

Es tramitada ante el Juez de la Niñez y Adolescencia de la jurisdicción del niño, niña o adolescente y será ejercida en el lugar de residencia del responsable de la guarda dentro del territorio nacional.

Por razones de moralidad, salud, educación puede darse la guarda a los abuelos paternos o maternos o entre hermanos de los cónyuges prescindiéndose de los padres. En caso necesario la guarda puede ser confiada a terceras personas de conocida idoneidad, como lo establece el Artículo 145 del Código de Familia.

El artículo 255 del Código de Familia indica que la guarda corresponde regularmente a la madre, aunque sea menor de edad o el reconocimiento hecho por ella sea de fecha posterior al del padre, a no ser que el hijo haya sido entregado a éste. Pero el juez puede confiarle la guarda al padre y aún entregarle la tutela a otra persona.

Aún cuando no hayan obtenido la guarda tienen derecho a visitarlos en las condiciones que fije el juez y de supervigilar la educación y el mantenimiento de los hijos, como lo establecen los Artículos 146 y 257 del código de Familia.

Puede ser revocada mediante Resolución Judicial fundamentada, de oficio o a petición de parte considerando los informes previo requerimiento del Ministerio Público, después de haber oído al adolescente en todos los casos y al niño o niña de acuerdo con la edad y grado de su madurez.

2.2.1. Clases de Guarda

- **La guarda legal**, que es conferida por el juez de la niñez y adolescencia a la persona que no tiene tuición legal sobre un niño, niña o adolescente y se sujeta a lo dispuesto por el Código Niño, Niña y adolescente. La orientación de la guarda legal presupone que los menores que sean objeto de ella serán, siempre que sea posible, integrados en la familia natural; de no ser esto posible o siendo inconveniente para el menor integrarse en otra familia y en casos extremos se mantendrán en establecimientos públicos.
- **La guarda en desvinculación familiar**, sujeta a lo previsto por el Código de Familia y es conferido por el juez de partido de familia, en la tramitación del divorcio, que es una acción que se da cuando uno o ambos cónyuges han dejado de cumplir con los deberes del matrimonio, haciendo extremadamente difícil o imposible la vida en común.

2.3. Custodia

Es la potestad que tiene el juez de otorgarle a cualquiera de los padres la protección, amparo del niño o adolescente, de acuerdo al interés moral y económico del niño previo estudio bio-psico-social. Ya que la ley dice que tras una separación o un divorcio, la guarda y custodia de los hijos puede ser adjudicada a cualquiera de los dos progenitores. Corresponde al juez tomar la decisión final analizando diversos factores, aunque en el 94% de los casos, la sentencia es favorable a la madre.

Si hay mutuo acuerdo entre los dos progenitores sobre este aspecto, el juez puede ratificar lo que han acordado ambos, salvo que considere que puede haber un riesgo claro para los menores. Y sino hubiera acuerdo previo, la justicia decide.

2.3.1. Tipos de custodia

2.3.1.1. Custodia legal

El Custodio legal, es quién toma las decisiones sobre la salud, la educación y el bienestar de los niños. Esto incluye decidir a qué escuela van los niños o si deben usar aparatos para enderezarles los dientes. Si los padres tienen custodia legal conjunta, ambos padres pueden pedir información sobre sus hijos a las escuelas y a los médicos a los que vayan. Es importante tener claro quién toma las decisiones, para que no haya desacuerdos más adelante.

Se da si no hubiera acuerdo previo entre las partes y en este supuesto se tienen en cuenta varios factores:

- No separar a los hermanos.
- La cercanía de otros miembros de la familia (los abuelos, tíos por ejemplo).
- La disponibilidad de los padres para poder atenderlos.
- Si alguno de los cónyuges tiene algún tipo de adicción, enfermedad mental o tipo de vida desordenada.
- Otro de los criterios que tiene en cuenta el juez y que a menudo resulta el más determinante, es la dedicación que haya tenido cada progenitor hacia el hijo antes de producirse la ruptura.

Este motivo es por el que a pesar de haber una igualdad jurídica en razón de sexo, a la hora de considerar con quién se quedarán los hijos, en el 94% de los casos se adjudican a las mujeres.

Aún pesa el papel de madre educadora, que ha recaído tradicionalmente en la mujer, pero una nueva generación de hombres, implicados y capaces para la labor, reivindican el derecho a vivir y educar a sus hijos.

2.3.1.2. Custodia física

Se refiere al tiempo que los niños pasan regularmente con cada uno de los padres. Por ejemplo, los niños pueden estar con uno de sus padres los días de escuela y con el otro los fines de semana, más una visita para cenar en el medio de la semana. Los padres pueden dividir los días festivos y las vacaciones.

A veces un juez otorga custodia legal a ambos padres, pero no les da custodia física conjunta. Esto significa que **ambos padres tienen igual responsabilidad por las decisiones importantes en la vida de sus hijos, pero los niños viven la mayor parte del tiempo con uno de sus padres.** El padre que no tiene la custodia física por lo general tiene tiempo programado con sus hijos. Los padres deben hablar con un abogado sobre la custodia legal y física antes de llegar a un acuerdo final.

La custodia física conjunta es una buena opción para los padres que se pueden poner de acuerdo sobre un plan entre

ellos o con la ayuda de un mediador. Requiere cooperación, flexibilidad y buena comunicación entre los padres.

2.4. Marco histórico – Jurídico del Niño, Niña y Adolescente en Bolivia

Los conceptos relativos al menor se pueden observar en nuestro país analizando los períodos históricos. Por ejemplo: El niño en el incario estuvo bajo la protección del estado por representar un valor económico en el ayllu.

Durante la colonia la protección del menor tuvo sentido religioso por representar caridad debido a la existencia de discriminaciones. Esta situación se extendió hasta los primeros días de la república y el estado asumió la protección de los menores huérfanos mediante disposiciones legales y se creó el Patronato Nacional de Huérfanos de la Guerra que se convierte luego en el Patronato Nacional de Menores.

El 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN); este texto supone un mejor tratamiento jurídico de la infancia, frente a la vieja teoría de la "situación irregular", la nueva doctrina de la "protección integral" consagra la consideración de todos los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y no como simples objetos de compasión o represión.

2.4.1. Código de Familia. LEY No. 996

Ley del 4 de abril de 1988, durante la presidencia de Victor Paz Estensoro, indica en su artículo 3, que los miembros de la familia gozan de un trato jurídico igualitario en la regulación de relaciones conyugales y de filiación, así como en el ejercicio de la autoridad de los padres y en otras situaciones similares, eliminando toda mención o criterio discriminatorio que sea incompatible con el valor y la dignidad esencial de la persona humana.

En el artículo 145 del Código de Familia, se indica que la situación de los hijos la decide el juez en la sentencia de divorcio o separación de hecho, teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de éstos.

Los mismos, quedarán a cargo del que ofrezca mejores garantías de cuidado, debiendo el otro cónyuge ayudar a la manutención de éstos de acuerdo a sus posibilidades y en la forma que el juez lo señale. En caso necesario la guarda puede darse a terceras personas de conocida idoneidad y acerca de la tutela sólo indica que es un medio de protección familiar a los incapaces.

2.4.2. Código del Menor. LEY No. 1403

En 1992 se aprobó el Código del Menor. Este fue un primer avance en la adecuación de la ley de la niñez y la adolescencia a la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, en el Código del Menor todavía existía todo un resabio de la protección irregular.

Esta ley es del 18 de diciembre de 1992 y éste Código regula el régimen de prevención y atención integral que el Estado y la sociedad deben garantizar a todo menor a fin de asegurarle un desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social en condiciones de libertad, respeto y dignidad, protege a todos los menores desde su concepción hasta que obtengan su mayoría de edad.

Dicho desarrollo, debe interpretarse velando por el interés superior del menor, de acuerdo con los objetivos y principios planteados y admitidos por la Constitución Política del Estado, las leyes nacionales, la Convención de los Derechos del Niño, otras

convenciones y declaraciones internacionales. Con el fin de poner a los niños y adolescentes a salvo de todo riesgo físico, social, moral y psicológico, por causas de negligencia, de acción u omisión, discriminación, explotación, violencia, crueldad, opresión y agresión.

Se expone el derecho a la familia y la convivencia comunitaria, en el artículo 31 de ésta ley, se estipula que todo menor tiene derecho a desarrollarse y educarse en un ambiente de afecto y seguridad en su familia de origen y excepcionalmente, en familia sustituta que le asegure la convivencia familiar y comunitaria.

El menor no será separado de su familia salvo circunstancias especiales y con la exclusiva finalidad de protegerlo. En cuanto a la autoridad de los padres indica que será ejercida en **igualdad de condiciones por la madre y por el padre**, asegurando a cualquiera de ellos en caso de discordancia, el derecho de recurrir a la autoridad judicial competente para solucionar la divergencia. Los padres están obligados a prestar sustento, guarda y educación a los hijos menores, asimismo, tienen el deber de cumplir y hacer cumplir las determinaciones judiciales impuestas en interés del menor.

Se inició un proceso de revisión del Código del Menor después de tres años de su entrada en vigor, sobre todo por parte de las Instituciones y la sociedad civil más comprometida con la infancia. De esta forma, a partir de los años 1995-1996 nuevamente se empezó a elaborar un nuevo proyecto de ley en trabajos de equipos interinstitucionales, para que realmente se cumpliera la adecuación de la legislación boliviana a la Convención.

Otro documento importante que impulsó la revisión del Código del Menor fue el primer informe del Comité de los Derechos del Niño: "El

Comité recomienda que el Estado parte adopte todas las medidas a su alcance para garantizar que el actual proceso de reforma de su legislación sobre los derechos del niño se ajuste plenamente a los principios y disposiciones de la Convención".

Bolivia fue el octavo país del mundo en ratificar la Convención, en mayo de 1990; al incorporarla a su ordenamiento jurídico como Ley de la República directamente aplicable. No obstante, dado el carácter general de la norma internacional, se hizo necesario adaptar la legislación boliviana a esta nueva visión.

2.4.3. El Código del Niño, Niña y Adolescente. LEY No. 2026

El 27 de octubre de 1999 se promulgó el nuevo Código del Niño, Niña y Adolescente que utiliza los términos "niño, niña y adolescente" en lugar del término "menor".

Este Código establece y regula el régimen de prevención, protección y atención integral que el Estado y la sociedad deben garantizar a todo niño, niña o adolescente; con el fin de asegurarles un desarrollo físico, mental, moral, espiritual, emocional y social en condiciones de libertad, respeto, dignidad, equidad y justicia.

Y según la última disposición se considera niño o niña a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años y adolescente desde los doce a los dieciocho años de edad cumplidos.⁸

Además indica que es obligación del Estado asegurarles por Ley o por otros medios, todas las oportunidades y facilidades tanto a mujeres como a varones, con el fin de garantizarles su desarrollo integral en condiciones de igualdad y equidad.

⁸ CÓDIGO NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE Artículo 2 Editorial Tribuna de los trabajadores Pág. 5 La Paz-Bolivia 2000

Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a desarrollarse y educarse en un ambiente de afecto y seguridad en su familia de origen (padres o por cualquiera de ellos, los ascendientes, descendientes o parientes colaterales) y excepcionalmente, en una familia sustituta que le asegure la convivencia familiar y comunitaria.

El niño, niña o adolescente no será separado de su familia, salvo circunstancias especiales definidas por este Código y determinadas por el Juez de la Niñez y Adolescencia, previo proceso y con la exclusiva finalidad de protegerlo. La falta o carencia de recursos materiales y económicos, no constituye motivo para la pérdida o suspensión de la autoridad de los padres.

El niño, niña o adolescente no será alejado de su familia de origen, la cual será obligatoriamente incluida en programas prefecturales, municipales y no gubernamentales de apoyo y promoción familiar

La autoridad de los padres es ejercida en igualdad de condiciones por la madre o por el padre, asegurándoles a cualquiera de ellos, en caso de discordancia, el derecho de acudir ante la autoridad judicial competente, para solucionar la divergencia. Los padres están obligados a prestar sustento, guarda, protección y educación a los hijos conforme a lo dispuesto por el Código de Familia. Asimismo, tienen el deber de cumplir y hacer cumplir las determinaciones judiciales impuestas en favor de sus hijos que no hayan llegado a la mayoría de edad.

Modernamente se considera a la patria potestad como un poder de protección y surgió la conveniencia de sustituir la expresión de patria

potestad por la de autoridad paterna que vendría a ser ejercida no sólo por el padre sino también por la madre.⁹

2.5. Guarda en la legislación boliviana

Tanto en el Código de Código de Familia (Ley No. 996) del 4 de abril de 1988, en el Código del Menor (Ley No. 1403) del 18 de diciembre del 2002 y en el Código del Niño, Niña y Adolescente del 27 de octubre de 1999, el objetivo del estado Boliviano es el de proteger al niño, pero al pasar el tiempo y al cambiar estas leyes, la perspectiva y la consideración a los niños se fue incrementando.

El nuevo Código del Niño, Niña y Adolescente utiliza los términos "niño, niña y adolescente" en lugar del término "menor". La adopción de este título responde a la necesidad de superar el carácter peyorativo que se le ha dado al "menor" en Latinoamérica.

A lo largo de todo este largo proceso, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (en inglés, United Nations Children's Fund, UNICEF), ha brindado al país: Apoyo Técnico ya que revisó en antiguo Código del Menor y elaboró el proyecto del Código del Niño, Niña y Adolescente; Apoyo financiero ya que financió la realización de talleres para ayudar a la socialización y al mayor conocimiento del trabajo que se venía realizando durante la elaboración de la propuesta del nuevo Código.

Tutelar significa: “guardar con cuidado y vigilancia. Velar, proteger”. El juzgador, afronta casos con respecto a los menores en casos de crisis familiares y tiene dos pronunciamientos a cerca de este tema: El ejercicio de la Autoridad Paterna y la atribución de la guarda y custodia.

⁹ JIMÉNEZ Sanjinés Raúl, Lecciones de derecho de familia y derecho del menor Tomo I, Segunda Edición, 2006, Pág. 175

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.

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 conyugales libres y en otros casos a terceras personas carentes de autoridad parental o tuición legal. La Guarda se refiere al encargado de la defensa, tutela, cuidado o custodia del menor; es el cuidador que no ha de apartarse de la vigilancia directa de una persona. La Custodia es sinónimo de protección y amparo.

Confiere al guardador el derecho de oponerse a terceras personas, inclusive a los padres y de tramitar la asistencia familiar de acuerdo con lo establecido por Ley.

El artículo 32 del Código Niño, Niña, Adolescente enumera los deberes de sus padres, que están obligados a prestar sustento, guarda, protección y educación y el deber de cumplir y hacer cumplir las determinaciones judiciales impuestas a favor de los hijos que no hayan llegado a la mayoría de edad.

Podría afirmarse que el ejercicio de la Autoridad Paterna abarca las decisiones en materias como nacionalidad, domicilio, vecindad y en general capacidad de obrar, añadiendo también educación, formación y sanidad cuando éstas sean de cierta importancia, relegándose la guarda y custodia a las decisiones que se producen en la convivencia y que de

forma diaria afectan a la salud, la educación, la disciplina y la formación de nuestros menores, por lo que ésta abarca tareas tales como alimentarlos, cuidar de ellos, vigilarlos, instruirlos, educarlos, y ser responsables frente a terceros de los actos cometidos por ellos.

El fenómeno que sufren los hijos cuyos padres separados mantienen un conflicto grave sobre su custodia, puede encaminarles a una depresión crónica, incapacidad de funcionar en un ambiente psicosocial normal, trastornos de identidad y de imagen, desesperación, un sentimiento incontrolable de culpabilidad, un sentimiento de aislamiento, comportamientos de hostilidad, falta de organización, personalidad esquizofrénica, inclinación al alcohol y a la droga y otros síntomas de un profundo malestar.

Es deber y obligación de cada padre fomentar y alentar el amor y respeto del niño hacia el otro progenitor y la dejación en esta obligación es tan dañina para el niño como la dejación en proporcionarle alimentación, vestido o cobijo. La continuidad del vínculo del niño con el padre es un derecho del niño y después un derecho y un deber del padre.

Ante esta exposición razonada de los deberes y derechos que comprende el ejercicio de la Autoridad Paterna, la tutela, la guarda y custodia de los hijos menores; se podría afirmar que el progenitor que no ostenta la guarda y custodia del menor y sólo goza de un régimen de visitas definido, tiene absolutamente idénticos deberes y derechos que el progenitor que obtiene la guarda.

Es por ello que la que suscribe no entiende porque la ley no contempla un sistema legal que podría denominarse “alternancia en el cuidado y educación de los hijos o responsabilidad compartida” y sigue en el

conceptualismo obsoleto y conflictivo de la guarda y custodia y el correspondiente régimen de visitas y comunicación restringidas.

Respecto a la alternancia en el cuidado y educación de los hijos, que **dicha alternancia no implica una división exhaustiva del 50% del tiempo de los menores**, pudiendo alcanzar fórmulas equitativas de asignación de funciones, tiempo, modelos de ejercicio de las tomas de decisiones y demás cuestiones relativas a los menores.

La ley respalda el derecho y el deber de guarda y custodia como uno de los atributos de la Autoridad Paterna, a la vez que establece que este derecho del niño, niña o adolescente no se verá afectado por el divorcio de los padres; por lo tanto sería una incongruencia legal pensar que posterior a la separación un solo padre quedará obligado a la atención económica, moral y social de sus hijos.

Ya que no puede ejercerse plenamente la Autoridad Paterna cuando sólo se ve al hijo un fin de semana o cada quince días, porque no basta con ser titular de esa potestad, sino que se debe ejercerla; disfrutando al máximo de la convivencia con sus descendientes.

2.7. Sistema utilizado en la actualidad para dar la guarda de los niños y adolescentes en Bolivia

La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores de edad ha sido a lo largo de estos años, una de las cuestiones centrales en los supuestos de crisis de pareja, tanto matrimoniales (separación, nulidad y divorcio) como no matrimoniales. Supone la designación del miembro de la pareja sobre el que recaerá el cuidado diario y directo de los hijos menores, encargándose de su educación, control cotidiano y en definitiva permite al progenitor desarrollar un mayor grado de afectividad y relación personal con sus descendientes.

La incorporación de la mujer al trabajo y seguridad social (Artículo 45 de la Nueva Constitución Política del Estado), ha provocado su independencia económica pero la realidad judicial sigue siendo que las guardas y custodias se otorgan a las madres y que los regimenes de comunicación y estancias a favor del padre son escuetos, cargándose de este modo la madre toda la responsabilidad.

Disponiendo por ese motivo el padre de una libertad horaria que le permite progresar en su actividad profesional, lo que sirve en bandeja por una parte, una numerosa conflictividad judicial llena de demandas por abuso de funciones de guarda y custodia (cambios de colegio sin previo consentimiento e incluso cambios de domicilio a otra localidad, decisiones importantes en temas de salud, gastos extraordinarios no consensuados).

A pesar de que no se puede establecer taxativamente fases perfectamente definidas, pero si es posible establecer de un modo orientativo en lo que a la evolución de la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores se refiere. Afrontaremos su estudio basándonos en la jurisprudencia emanada tras las diversas reformas legislativas, fiel reflejo de las consideraciones psicosociales del último cuarto de siglo y cuyo máximo criterio inspirador se asienta sobre el favor filii como ya hemos avanzado.

2.7.1. Guarda y custodia exclusiva de uno de los progenitores, con Derecho reducido de visitas para el otro progenitor

Los supuestos en los que se concede la custodia en exclusiva a uno de los progenitores con un derecho de visitas reducido al otro son cada día menos frecuentes en los países desarrollados, al entenderse que el beneficio del menor aconseja el contacto habitual con ambos

progenitores. Con excepción en los casos de violencia de género o maltrato.

La guarda monoparental es la usual en países latinos, en caso de divorcio o separación de hecho, cualquiera fuera la causa del mismo, suele darse la tenencia a uno de los padres, confiriéndose al otro el derecho de visitas y el pago de los alimentos. En algunos casos esta solución del conflicto postconyugal resulta satisfactoria para las tres partes involucradas: hijos, madre y padre.

Pero hay muchos otros casos en que fracasa, generando problemas tales como la falta del pago de los alimentos, el alejamiento del padre visitante, la alienación del que termina criando solo a sus hijos y el dolor de los menores por no contar con uno de sus progenitores. Uno de los más graves problemas que se origina en el hijo es el Síndrome de Alienación Parental.

2.7.1.1. Síndrome de Alienación Parental

Es el proceso destinado a romper el vínculo de los hijos con uno de sus progenitores. El término fue propuesto por el doctor en Psiquiatría Richard A. Gardner en 1985, como consecuencia del estudio que realizó en casos de divorcios conflictivos o destructivos. Con posterioridad, se han sucedido varios estudios que han intentado comprobar la universalidad de los comportamientos descritos en diversos países donde existe el divorcio.

Habitualmente es un fenómeno desencadenado por uno de los progenitores respecto al otro; no necesariamente se desencadena por divorcio o separación, también puede ser provocado por una persona distinta del custodio del menor (abuelos, tíos).

Es característico que los hijos estén involucrados en el proceso de deterioro, hecho que logra provocar el progenitor alienador mediante algún mensaje. Los hijos que sufren este síndrome, desarrollan un odio patológico e injustificado hacia el progenitor alienado que tiene consecuencias devastadoras en el desarrollo físico y psicológico de éstos.

Consecuentemente el síndrome afecta también a familiares del progenitor alienado como son: abuelos, tíos, primos, etc. Otras veces, sin llegar a sentir odio, provoca en el niño/a un deterioro de la imagen que tiene del parental alienado, resultando de mucho menos valor sentimental o social que la que cualquier niño tiene y necesita de sus progenitores: "el niño/a no se siente orgulloso de su padre/madre como los demás niños".

Esta forma más sutil, que se servirá de la omisión-negación de todo lo referente a la persona alienada, no producirá daños físicos en los menores, pero sí en su desarrollo psicológico a largo plazo, cuando en la edad adulta ejerzan su papel de progenitores. El síndrome de alienación parental está considerado como una forma de maltrato infantil.

Existen antecedentes en los que la Justicia ha actuado penalmente contra dicho maltrato, que generalmente es causado por madres separadas movidas por el despecho o venganza hacia el otro progenitor. Sin embargo existe todavía una gran resistencia a tomar medidas impopulares por parte de los jueces en parte por la visión tradicional y sexista de que la madre garantiza siempre una mejor educación y en parte por la presión mediática que puede ver

en decisiones en contra de los progenitores femeninos una discriminación sexista.

La privación de la autoridad paterna no se debería acordar salvo circunstancias excepcionales, por lo que con carácter general ambos progenitores se consideran titulares de la misma, pero sólo el custodio se encarga de su ejercicio ordinario.

2.8. El niño, niña y adolescente en la legislación boliviana actual

El Código niño, Niña y Adolescente Boliviano, en su artículo primero regula el régimen de prevención, protección y atención integral que el Estado y la sociedad deben garantizar a todo niño y adolescente para asegurarles un desarrollo bueno.

Se considera niño o niña a todo ser humano desde su concepción hasta sus 12 años y adolescentes a los de 12 a 18 años de edad.

Si bien el Código del Niño, Niña y Adolescente postula como principio el interés superior del niño y adolescente de acuerdo con la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados Internacionales vigentes y la primacía de este principio en todas las medidas concernientes a ellos que tomen las instituciones públicas o privadas en la práctica se mantiene como un simple postulado de escasa aplicación en estrados judiciales y operadores sociales.

En general se desconoce el principio el interés superior del niño, su significado y su alcance. Una muestra de ello es la ausencia de políticas y servicios culturales, deportivos, de esparcimiento y recreación, la falta de

protección en políticas comunicacionales y en general que sus derechos están subordinados a los derechos de la sociedad adulta.

El mejor interés del niño deberá ser la consideración fundamental en las decisiones sobre cualquier arbitraje relacionado con la custodia y según la cual el niño ha de compartir su tiempo de residencia y contacto con ambos padres.

2.8.1. Derechos de los niños, niñas y adolescentes en la legislación Boliviana

En 1989 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Convención de los Derechos del Niño, que exige que todas las medidas adoptadas por un Estado en relación con los niños deberían tener como consideración fundamental favorecer los intereses del menor.

La Convención proporciona a los niños los mismos derechos fundamentales y libertades públicas que tienen los adultos en la mayoría de los países desarrollados, exige una protección para los niños contra toda clase de maltrato y pide para éstos un nivel de vida adecuado, una buena formación, asistencia sanitaria e incluso diversión.

La Convención no es directamente ejecutoria, pero los gobiernos que la firman y ratifican deben presentar informes sobre el progreso efectuado en el cumplimiento de tales objetivos, a un comité de las Naciones Unidas dedicado a velar por los derechos del menor.

- **Derecho a mantener la familia de origen:** Todo niño y adolescente, tiene derecho a vivir y crecer en el seno de su familia y tiene iguales derechos y deberes respecto a sus progenitores (Artículo 59 de la Nueva Constitución Política del Estado, Pár. II y III).

El niño, niña o adolescente no será alejado de su familia de origen, la cual será obligatoriamente incluida en programas prefecturales, municipales y no gubernamentales de apoyo y promoción familiar.

Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a desarrollarse y educarse en un ambiente de afecto y seguridad en su familia de origen y, excepcionalmente, en una familia sustituta que le asegure la convivencia familiar y comunitaria.

El niño, niña o adolescente no será separado de su familia, salvo circunstancias especiales y determinadas por el Juez de la Niñez y Adolescencia, previo proceso y con la exclusiva finalidad de protegerlo.

- **Derecho a contar con un entorno familiar:** Así como en la legislación del Código del Niño, Niña y adolescente tiene previstos todos estos aspectos, hay que reconocer que nuestro entorno social y cultural dificulta en gran manera la reunificación familiar, la no separación del niño de la familia como tradicionalmente se lo concibe.

Son muy diversos los modelos de familia existentes en el país: nuclear, monoparental, familia ampliada, social.

- **Derecho a la identidad y filiación:** El derecho a la identidad comprende un nombre que no sea motivo de discriminación, dos apellidos (del padre y de la madre), la nacionalidad, la posibilidad de conocer a los padres biológicos y estar informado de los antecedentes familiares.

En caso de no conocerse la identidad de uno o ambos progenitores, o a falta de reconocimiento de uno de ellos, deben utilizarse, de

acuerdo al caso, dos o un apellido convencional (Artículo 59 de la Nueva Constitución Política del Estado, Parágrafo IV).

El Código Niño. Niña, Adolescente señalaba, antes de su modificación por la Ley 2616/2003, que: todo niño o niña debe ser inscrito en el Registro Civil y recibir el certificado correspondiente, en forma gratuita, inmediatamente después de su nacimiento y que todos entre uno y 18 años no inscritos en el Registro Civil se beneficiarían.

Esta normativa no pudo ser efectivamente aplicada por falta de presupuesto para encarar el registro y certificación gratuita y además por la idea preconcebida de que se afectarían el nombre y los intereses familiares de hombres cuyos apellidos podrían usarse, como convencionales.

En caso de desconocerse la identidad de uno o ambos progenitores deben registrarse nombres y apellidos convencionales para éstos. Estas disposiciones son extensibles a toda persona menor de 18 años en virtud de un artículo transitorio del mismo Código del Niño, Niña y Adolescente.

El Reglamento del Código del Niño, Niña y adolescente (Decreto Supremo 26086 de fecha 23 de febrero de 2001) estableció que para procederse a la inscripción de niños con nombres convencionales se requería un "asesoramiento previo de Defensorías de la Niñez". Pero muchas de las disposiciones no se concretizaron, en forma verbal se instruyó a los oficiales de Registro Civil que no se inscriba con nombres convencionales bajo argumento que se modificaría esa disposición del Código del Niño, Niña y adolescente.

- **Derecho a la vida e integridad Física, psicológica y sexual; derecho a la salud; a la educación y vivienda;** Estos derechos están enumerados en los derechos fundamentales de la Nueva Constitución Política del Estado en su Capítulo Segundo.

- **Derecho a la expresión, información, libertades de asociación:** El punto más relevante de este derecho sería que en la Reforma Educativa, al contemplar las asociaciones escolares, no permite en las mismas a los alumnos. Solo pueden estar conformadas por profesores, padres de familia y representantes de organizaciones de base de la zona.

- **Derecho a no ser sometido a la tortura:** El artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, proclaman que nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Se entiende por "tortura del menor" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a un menor o adolescente, dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de castigarla por un acto que haya cometido, de intimidar o coaccionar a esa persona por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación.

- **Derecho a la Alimentación:** El derecho de alimentación de los niños, niñas y adolescentes es imprescindible y constituye un deber constitucional fundamental, en la legislación se expresa como asistencia familiar y abarca lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, atención médica, educación y formación profesional o en un oficio (Artículo 14 Código de Familia).

Debe hacerse efectiva en dinero o especie, a través de una pensión mensual fijada en proporción a la necesidad del beneficiario y a los recursos del que debe prestarla. En los casos no contenciosos, antes de la desvinculación matrimonial, ambos progenitores pueden firmar un acuerdo voluntario que se homologa en el proceso de divorcio, acuerdo también posible cuando los padres no están casados entre sí.

2.8.2. Derechos de los padres divorciados en cuanto a sus hijos en la legislación Boliviana

Las causales del divorcio están específicamente determinadas por el código de Familia en el Capítulo II, Del Divorcio, en el artículo 130 (adulterio, tentativa contra la vida del otro, corromper al otro cónyuge o a los hijos y por sevicias, injurias y malos tratos de palabra y obra) y en el artículo 131 que es la separación de hecho libremente y consentida por más de dos años.

En Bolivia la principal causal de divorcio por la que se lo demanda es la establecida por el artículo 131 del Código de Familia y la que sigue en porcentajes es el artículo 130, inciso 4).

Basta con especificar las causales es posible iniciar la acción de divorcio, pero al cabo de seis meses de no seguir con el proceso la parte demandante, se declara “perención de instancia”. También es renunciable y se puede dar marcha atrás, una vez iniciada la acción, mediante el retiro de la demanda o en el transcurso del trámite mediante la reconciliación.

Los efectos provisionales de divorcio son por ejemplo disponer la separación personal de los cónyuges en aplicación del artículo 388 del Código de Familia en cuanto se admite la demanda.

En la audiencia de medidas provisionales se determina lo respecto al cuidado de los hijos, la fijación de la asistencia familiar a favor de los menores y en algunos casos también a favor de la madre y se indicará la existencia o no de bienes para evitar su pérdida. Esta audiencia no es necesaria si existiera un acuerdo transaccional entre cónyuges con lo referente a estos temas, ya que sólo se procede a aprobarlo en toda forma de derecho y se dispone su homologación en sentencia.

La sentencia de divorcio disuelve el matrimonio desde el día en que pasa en autoridad de cosa juzgada y retrotrae sus efectos en cuanto a los bienes hasta el día en el que se decretó la separación provisional de los mismos; produce nuevo estado civil de los cónyuges. Determina la situación de los hijos teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de éstos y se designa un tutor para los hijos menores de edad, pero independientemente de quien obtenga la tutela, los dos están obligados a contribuir al mantenimiento y educación de los hijos en proporción a sus posibilidades y a las necesidades de éstos.

2.8.2.1. La Nueva Constitución Política del Estado

En el Artículo 14, Numeral II), se establece que el Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en la razón, sexo, color, edad, estado civil y otras; sin embargo, en muchos órdenes de la vida diaria, se presentan con mayor frecuencia las excepciones a esta regla general.

El artículo 197 establece a la Tutela como elemento jurídico destinado a defender el interés de los hijos y de los menores.

El artículo 199 señala que el Estado debe velar por la salud física, mental y moral de niños y menores, garantizando que éstos accedan al derecho de contar con un hogar y educación.

2.8.2.2. Código de Familia

El artículo 96 establece la igualdad conyugal, esta igualdad se traduce en la situación de que los esposos tienen los mismos derechos y deberes en la dirección y manejo de los asuntos del matrimonio, así como en la crianza y educación de los hijos. Esta norma sirve como base para la implantación legal de la Tutela Compartida.

El artículo 97 expresa que los esposos se deben fidelidad, asistencia y auxilio mutuo.

El artículo 251 señala que los desacuerdos entre el padre y la madre se resuelven a través del Juez, con sujeción al procedimiento establecido por el Código de Familia, considerando el interés del o de los hijos.

El artículo 258 del Código de Familia enumera los deberes y facultades de los padres, por ejemplo el de “Velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Representar y administrar sus bienes”. Este artículo también refuerza la implantación legal de la Tutela Compartida.

El artículo 283 define lo que es Tutela y que ésta se da cuando la situación de los menores no se halla establecida claramente.

2.8.2.3. Código Niño, Niña y Adolescente

Los artículos 51 al 56 tratan sobre la Tutela, coincidiendo con el Código de Familia en que la Tutela es la potestad que por mandato legal, se otorga a una persona mayor de edad, a efectos de proteger y cuidar a menores de edad, con el fin de garantizarles sus derechos, prestarles atención integral, representarles en los actos civiles y administrar sus bienes.

2.8.2.4. Código Civil

El artículo 4, referido a la Mayoría de Edad y Capacidad de Obrar, norma modificada en virtud a la Ley 2089 de 5 de mayo de 2000. De acuerdo a este precepto, la mayoría de edad se adquiere a los 18 años cumplidos. Se entiende que las personas menores de 18 años, están comprendidas en el marco de la institución jurídica de la Tutela.

Los menores de edad son incapaces de obrar, de acuerdo al artículo 5 del Código Civil, sin embargo, cualquier menor puede ejercer una profesión u oficio o administrar libremente el producto de su trabajo, sin autorización previa de su representante.

CAPÍTULO III

LA AUTORIDAD PATERNA Y LA GUARDA

COMPARTIDA

En este capítulo se estudia la Autoridad Paterna, que es la relación que existe entre ascendente y descendente, en la cual debe imperar el respeto y consideración mutuos, confirmándole la Ley a los padres la igualdad de condiciones entre ambos ante la autoridad jurídica y sobre la persona y bienes de sus hijos, con la finalidad de proteger a los menores mientras adquieren la madurez suficiente para atender por sí mismos sus necesidades.

Luego se conceptualiza la guarda compartida, indicando también los derechos fundamentales en los que se ampara, como ser el derecho del hijo a preservar su relación con sus dos progenitores y el derecho y deber de los padres a prestar asistencia a sus hijos, así como velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos. Para finalizar se realiza un estudio descriptivo de la legislación comparada, porque aunque la guarda compartida aún no está en la legislación Boliviana, esta figura ya está implantada en otros países desarrollados, por lo que se analiza los derechos y deberes que encierra esta figura para determinar su implantación y su trascendencia en Bolivia.

3.1. Autoridad Paterna

La autoridad paterna es un conjunto de derechos que la ley confiere a favor del padre y de la madre, sobre el hijo menor no emancipado y sobre sus bienes. Modernamente se la considera como la autoridad sobre los hijos comunes, se ejerce durante el matrimonio, no sólo por el padre sino también por la madre¹⁰. Conforme a las disposiciones contenidas en el Código Niño,

¹⁰ JIMÉNEZ Sanjinés Raúl, Lecciones de derecho de familia y derecho del menor Tomo I, Segunda Edición, 2006, Pág. 175

Niña y adolescente, la Autoridad Paterna corresponde a ambos esposos o cónyuges.

En caso de ausencia de uno de los padres, de pérdida o suspensión de su autoridad, de incapacidad u otro impedimento, la autoridad se ejerce solamente por uno. Los desacuerdos entre los padres se resuelven por el Juez teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material del niño, niña y adolescente.

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 se oponga el interés de dichos hijos. Sólo pueden impedirse por causa justa las relaciones personales entre el niño, niña y adolescente y sus parientes; en caso de oposición, el Juez resolverá tomando en consideración el interés superior del niño, niña y adolescente.

Los familiares dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad y las defensorías de la Niñez y adolescencia pueden demandar la suspensión, pérdida o extinción de la autoridad paterna y los efectos que produce su pérdida es el cese de los derechos, pero no de las obligaciones derivadas de la paternidad. (Artículo 288 del Código de Familia).

El artículo 145 del Código de Familia define la “Situación de los hijos” dando al Juez la potestad para determinar la situación de los hijos después del divorcio, debiendo tomar en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de éstos. Y 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.

El conflicto surge cuando ambos padres están en igual de condiciones y pueden ofrecer estabilidad económica y emocional al menor, la norma en ese caso es restringida porque si se trata de menores de 14 años en el 94% la guarda queda a favor de la madre, cuando sin embargo los cónyuges tienen una obligación que consiste en que deben compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado de sus descendientes.

3.1.1. Efectos de la Autoridad Paterna y su relación con la guarda

La ley respalda el derecho y el deber de guarda como uno de los atributos de la Autoridad Paterna, a la vez establece que este derecho no se vea afectado por el divorcio de los padres; por lo tanto sería una incongruencia legal pensar que posterior a la separación un padre solo quedará obligado a la atención económica.

El Artículo 251 del Código de Familia, establece que la autoridad sobre los hijos comunes, se ejerce durante el matrimonio por el padre y la madre y que en caso de ausencia de uno de los padres, por pérdida o suspensión de su autoridad, la autoridad se ejerce solamente por el otro.

El Artículo 254 también del Código de Familia, indica que la autoridad de los padres en caso de divorcio o separación de los esposos se ejerce sobre los hijos confiados a su cargo, no obstante el padre o la madre que no haya obtenido la guarda tiene derecho de visitas en las condiciones que fije el juez y el de vigilar la educación y el mantenimiento de los hijos, también pueden conservar con ellos las relaciones personales, esto no procederá cuando esta situación se oponga al interés superior de dichos hijos; esto en concordancia con los Artículos 146 y 257 del Código de Familia.

Es la relación paterno-filial que tiene por núcleo el deber de los padres de criar y educar a sus hijos, le corresponde por igual a los progenitores y esto implica que viviendo juntos, las decisiones concernientes a los hijos habrán de ser adoptadas de común acuerdo, en caso de desacuerdo, el juez será quien atribuirá la potestad a uno o repartir entre ellos sus funciones. ¹¹

3.2. Guarda Compartida

Guarda compartida es la situación legal en la que ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos, en caso de separación matrimonial o divorcio. La Guarda Compartida responde a una fórmula expresiva y directamente traducida de otros modelos normativos, pero carece de un significado técnico preciso en nuestro Derecho. Con ella se alude en realidad al modo de ejercicio conjunto o compartido de Autoridad Paterna sobre un menor cuya titularidad tienen ambos padres. ¹²

Es la responsabilidad del padre y de la madre en todo cuanto concierna a sus hijos aún después de la ruptura matrimonial y pretende que ambos padres tengan un idéntico reconocimiento de sus deberes y derechos en la formación de los niños, así como la atención común de todas sus necesidades y la convivencia compartida con los mismos.

La guarda compartida se ampara legalmente en dos derechos fundamentales, por una parte el derecho del hijo a preservar su relación con sus dos progenitores y por otra el derecho y deber de los padres a prestar asistencia a sus hijos, así como velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos.

¹¹ http://www.gesef.it/articoli/Vanguardia_com.htm

¹² <http://www.hera2001.com/custodiareponsable/noticias.asp>

Ante la confrontación de intereses que pueden darse en la separación de pareja, la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño es explícita al indicar que los derechos que deben primarse al asignar la guarda; indicando que "la consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño, tanto en las instituciones públicas como privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos".

3.2.1. Modalidades básicas de aplicación de la guarda compartida

3.2.1.1. Tiempos de convivencia iguales con los padres

Se trata de dividir el tiempo de permanencia con cada progenitor en intervalos semanas, meses, etc. que pueden variar en función de las circunstancias y necesidades de los hijos (edad, proximidad geográfica, situación personal). Para llevar a cabo esta opción (la que más se ha adoptado en países desarrollados como ser Francia), los menores pueden alternar su permanencia en dos hogares muy cercanos, para que no cambien de ambiente o permanecer en el hogar conyugal y ser los padres quienes vayan rotando.

3.2.1.2. Libre relación de los menores con el progenitor no custodio

Los menores pueden residir exclusivamente con un progenitor y tener con el otro un contacto más usual, haciendo menos riguroso el horario de visitas. Por ejemplo, el padre no custodio podría ir por los niños al colegio y pasar la tarde con ellos cuando tuviera la tarde libre (previo conocimiento del otro progenitor) y los

llevaría después al domicilio del progenitor custodio, permitiendo así la libre comunicación de los hijos con ambos padres.

La modalidad que se pretende con la presente investigación es la segunda, "LIBRE CONVIVENCIA CON EL PROGENITOR NO CUSTODIO", ya que es la que debería incorporarse de forma primaria al Código de Familia Boliviano, porque está demostrado por informes Bio-Psico-Sociales del Servicio Departamental de Gestión Social que un porcentaje de padres, cumple con los requisitos para obtener la guarda y tutela de sus hijos después del divorcio o separación de hecho.

Es decir de ser capaces de cuidarlos y protegerlos tanto como la madre y por desigualdad de condiciones, tienen un horario de visitas restringido, es decir a tres o cuatro veces al mes y el equivalente a 12 a 18 horas mensuales en el mejor de los casos.

De esta manera se comprueba notablemente la injusticia que se produce tanto con el menor como con el progenitor capaz de obtener la guarda.

3.2.2. La Guarda Compartida concebida como convivencia alterna

La guarda compartida no es más que alternar la convivencia de los hijos entre madre y padre, por períodos similarmente iguales previamente acordados, pero prácticamente no existe legislación en Bolivia al respecto. En caso de que los padres hayan terminado con muchas diferencias entre ellos, no surja el entendimiento, por lo que

resulte imposible llegar a un acuerdo en este tema y los dos no estén de acuerdo con esta figura, no podrá otorgarse la guarda compartida de ninguna manera, porque en este caso se crearía más traumas de los que se quiere evitar en el desarrollo del niño, niña y adolescente.

En los países en los que la guarda compartida está instaurada, la contemplan como un acuerdo de los padres previo cumplimiento de una serie de requisitos, que están asociados a distancia geográfica de vivienda de los padres, la edad de los menores, el rol y la función que han ejercido los padres durante el matrimonio.

Hay numerosos acuerdos europeos e internacionales que determinan la igualdad de los derechos de hombre y mujer; la no discriminación entre sexos por lo que preferir a la madre por sobre la voluntad de ambos padres, sería contra la ley.

Esto y otros numerosos elementos no hacen más que reforzar la posibilidad de que la guarda compartida sea la mejor opción en términos afectivos y psicológicos para el desarrollo de los hijos. Todo bajo el supuesto de que el padre quiera asumir roles que socialmente están vinculados a la madre y que ésta esté dispuesta a entregar a sus hijos por períodos mayores en su custodia.

3.3. Legislación Comparada

3.3.1. Chile

Actualmente está el Anteproyecto de ley que se denomina "TUICIÓN COMPARTIDA", que indica que la Tuición de los hijos corresponde a los padres por Igual y en caso de que los padres no cohabiten efectivamente, se observará un régimen de custodia alternada, por períodos iguales de tiempo.

Este período, se determinará por el mutuo acuerdo de padres y legalizado ante el Tribunal. A falta de acuerdo, el Tribunal correspondiente determinará el régimen de Custodia Alternada más adecuado, protegiendo los intereses superiores de los hijos.

Al padre o madre a quien el juez no le otorgó la guarda, tendrá el derecho a mantener relaciones personales y directas con los hijos, de modo regular. Este derecho es irrenunciable, y es obligación de todo Tribunal de la República el salvaguardar su cumplimiento a petición de parte, solicitud que tendrá el carácter de "Titulo Ejecutivo".

Al publicarse esta ley, en los casos en que hubiera sentencia firme y ejecutoriada, a petición de parte, se buscará el acuerdo de los padres para conocer quién de los dos comienza con el período de Custodia Alternada. A falta de acuerdo se ordenará a ambos padres la comparecencia a un Centro de Mediación, el cual buscará conciliación entre ambos progenitores. Si no se produjere ésta, se fijará según lo que estime el Tribunal, en concordancia con los resultados de los peritajes.

Los derechos y obligaciones que emanan del régimen de custodia alternada serán iguales para ambos padres.

3.3.2. Argentina

La Tutela Compartida aún no está legislada en este país, sin embargo los magistrados operan considerando derogadas las disposiciones que vulneren, desconozcan, restrinjan o contradigan los derechos de la infancia, sin necesidad de que tales disposiciones constitucionales sean expresamente reformadas y existen sentencias con tal figura (sentencia de fecha 24 de noviembre de 1998).

Los hijos menores de 5 años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afectan el interés del menor, los mayores a esa edad a falta de acuerdo de los cónyuges quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo y ambos continuaran sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto a sus hijos.

A momento de decidir el juez, debe tomar en cuenta qué cónyuge dio el motivo de separación, que el que se quedará con la tutela mantenga el nivel económico en el que vivieron antes del divorcio.

La interpretación de la ley debe realizarse en consecuencia con el propósito que inspiró la elaboración de la misma, las bases para la decisión de la tutela compartida y la convivencia alterna en Argentina son:

- La ausencia de normas no permite olvidar que los niños necesitan siempre a ambos padres.
- Sólo justifica el rechazo de la propuesta de ambos padres, en cuanto a compartir responsabilidades y duplicar la atención respecto de los hijos, si tal acuerdo resultara perjudicial a éstos.
- Los jueces deben operar considerando modificadas o derogadas las normas que vulneren, desconozcan, restrinjan o contradigan los derechos de la infancia, sin necesidad de que las mismas sean expresamente derogadas o reformadas.
- La Constitución consagra en la cúspide de la pirámide de jerarquías de las normas jurídicas los convenios y tratados internacionales, entre ellos, la Convención de los Derechos del Niño.
- Cuando ambos progenitores estén de acuerdo en optar por la guarda compartida, el hijo será el más beneficiado, por contar con

ambos padres en su desarrollo y además ambos se mantienen en contacto con ellos y se equiparan en cuanto a organización de su tiempo y vida personal y profesional, se les presentan menos problemas de lealtades y se elimina de este modo el padre periférico.

- Sólo se justifica el rechazo de la propuesta de ambos padres, si tal acuerdo resultara perjudicial a éstos.
- Se ha comprobado que el progenitor que no tiene la guarda se muestra menos dispuesto al contacto con sus hijos a medida que transcurre el tiempo.
- Hay numerosos acuerdos y directivas europeas e internacionales determinan acerca de la igualdad de los derechos de hombre y mujer y la no discriminación entre sexos, por lo que preferir a la madre en contra de la voluntad de ambos padres, es contrario a la mencionada igualdad que propone la ley.
- El proyecto de compartir responsabilidades paternas respecto del hijo implica el de elegir el lugar de residencia de éste. Después del divorcio, los padres deben redefinir los conceptos tradicionales de la familia y sus roles, reorganizándose para el futuro. La reconocida necesidad de estabilidad del menor deber ser definida más en términos afectivos; que en términos geográficos y temporales.
- Es indudable que un niño necesita continuar con el contacto que tenía cuando la familia estaba "intacta" con ambos padres. Esto garantiza la permanencia de los cuidados parentales y con ellos, el mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas. La no discriminación entre los sexos y a la equiparación de los derechos – deberes de los padres, que es contrario a otorgar la tenencia a uno

sólo de los cónyuges, cuando ambos se reconocen el uno al otro con iguales capacidades para cuidar y ocuparse de sus hijos, es producir entre ellos un balance de decisiones.

3.3.3. Perú

La Comisión de la Mujer y Desarrollo Social aprobó a nivel de Comisión Parlamentaria la reforma del Código del Niño y del Adolescente, promoviéndose la “tenencia compartida” de los menores a cargo de los padres, el cual propone establecer la figura de la tutela compartida o ‘comparentabilidad’ entendida como la igual implicación de ambos progenitores, aun cuando se encuentren separados en la formación de sus hijos, atendiéndolos de manera común en todas sus necesidades y conviviendo con ellos la mayor cantidad de tiempo posible.

La iniciativa, que modifica los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, estableciendo la figura de la tutela compartida, por la cual se permite que ambos cónyuges compartan la tenencia de sus hijos e involucra iguales responsabilidades en la formación de los niños, así como la atención común de todas sus necesidades y la convivencia con los mismos.

Consideran primordial mantener la unidad de educación de los menores, no separando a los hermanos cuando son varios y debe tratarse que vivan juntos, porque la vida en común facilita la formación de su mentalidad, sentimientos y carácter.

Antes no veían la necesidad de requerir la opinión de los hijos para decidir sobre su tenencia, sin embargo ahora toman en cuenta los deseos de los menores en varios de los fallos, en especial cuando tienen una cierta edad y madurez.

3.3.4. Colombia

Se encuentra en Proyecto de ley en el Congreso, la ley que establece la guarda compartida de los hijos menores e indica que la Custodia y Cuidado Personal de los hijos corresponde a los dos padres.

Y en el caso de los padres que no cohabiten efectivamente por causa de desavenencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho, divorcio o nulidad de matrimonio, se observará un régimen de custodia alternada, por períodos iguales de tiempo. Éste régimen se determinará por el mutuo acuerdo de ambos padres mediante los mecanismos de conciliación prejudicial y refrendada por el Juez de Familia.

A falta de acuerdo, el Juez de Familia y del menor, a petición de parte, determinará el régimen de Custodia Alternada más adecuado mediante el Proceso Verbal Sumario contemplado en el Código de Procedimiento Civil, pero siempre protegiendo el interés superior de los menores.

Al padre o madre que le corresponda la custodia, estará obligado a la crianza, educación, salud y cuidado personal de los hijos. Sin perjuicio de la responsabilidad de aquél que no tiene la custodia para el período determinado y en lo concerniente a la obligación alimentaria, pero conservando el derecho a mantener relaciones personales y directas con los hijos menores, de modo regular. Este derecho es irrenunciable y es deber del Juez de Familia salvaguardar su cumplimiento a petición de parte.

3.3.5. Costa Rica

La ley de paternidad responsable (2001) que siguiendo la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Declaración de Derechos humanos de la ONU 1948, exige que todo niño/a tenga derecho efectivo de inscribirse legalmente (derecho a una identidad, un nombre y un registro ciudadano) con dos adultos responsables (padre y madre) que se comprometan en caso de separación o divorcio, mantener las mejores condiciones para los hijos el régimen igualitario de responsabilidad, tutela compartida y convivencia alterna.

3.3.6. Estados Unidos

Las leyes de este país han llegado a establecer la presunción de que la guarda compartida, es siempre coincidente con el mejor interés del menor y reconocen su estrecha relación con el interés del hijo y el mejor interés del niño será siempre la consideración básica del tribunal, al determinar la custodia y responsabilidad de un niño y el acceso a él.

La Corte Suprema de Ohio (EEUU) planteó que "Es deber y obligación de cada padre fomentar y alentar el amor y el respeto del niño hacia el otro progenitor y la dejación en esta obligación es tan dañina para el niño como la dejación en proporcionarle alimentación, vestido o cobijo".

3.3.7. Francia

La Asamblea Francesa iguala los derechos de ambos progenitores en cuanto a la guarda y custodia, porque el juez puede dictar la residencia del o los hijos/as de forma alterna en los domicilios de ambos progenitores, durante un periodo "pactado y con fecha de revisión fijada" y para ello tener en cuenta la edad de los hijos/as, las

prácticas pasadas de la pareja y las opiniones de expertos (en psicología infantil, psicología y terapia de familia).

La puesta en práctica de la residencia alterna permitiría a los padres ejercer realmente la Autoridad Paterna, aún cuando se piense que su aplicación será difícil. En consecuencia el artículo modificado dice: La separación de los progenitores no tendrá efectos en las normas de atribución del ejercicio de la Autoridad Paterna.

3.3.8. Inglaterra

Las leyes anglosajonas han llegado a establecer la presunción de que “la guarda compartida es siempre coincidente con el mejor interés del menor” y este principio será siempre la consideración básica del tribunal al determinar la custodia y responsabilidad de un niño y el acceso a ese niño.

Para mayor bienestar del menor se propuso la fórmula de reparto del tiempo del niño, entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo general de semanas alternas y ésta se reconoce hoy tan válida para responder a las necesidades del niño como las fórmulas más clásicas del reparto del tiempo entre días laborables y fines de semana y en ese sentido, no se puede ya hablar de un padre custodio y un padre no custodio, puesto que esto quedaría para la historia como un colosal paso en la defensa de la Custodia Compartida.

3.3.9. Suecia y Alemania

El Código de los Niños y los Padres sueco ha introducido la siguiente disposición: el mejor interés del niño deberá ser la consideración fundamental en las decisiones, sobre cualquier arbitraje relacionado con la guarda y según la cual el niño ha de compartir su tiempo de residencia y contacto con ambos padres. Y consideran que “la guarda compartida no es una opción, sino que debería ser la regla ante los

divorcios”, lo que asegura a los hijos contar con sus dos padres aunque ellos ya no estén juntos.

3.3.10. España

El 2005 se reformó la Ley del Divorcio y desde entonces está reconocida la igualdad de derechos para ser custodios de los hijos, pocos han sido los casos en los que se concede si no hay mutuo acuerdo entre los progenitores.

Se reformaron los artículos 156 del Código Civil, que dice que “La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro.

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”.

El artículo 159 del Código Civil, indica “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los fueran mayores de doce años”.

Si bien el artículo 94 del Código Civil español, determina el derecho del progenitor no custodio de visitar, comunicarse y tener en su compañía a los hijos no sujetos a su guarda y custodia, de tal precepto sustantivo no cabe predicar la inviabilidad de una guarda y

custodia compartida, sobre todo cuando es susceptible de ser tratada ampliamente por el órgano jurisdiccional y siempre teniendo presente los intereses de los menores.

3.4. Derechos y deberes que encierra la Guarda compartida de los menores

El derecho del menor, toma en consideración la calidad del sujeto en razón de su especificidad, regula las relaciones jurídicas y a todas las instituciones que dan soluciones a los problemas, referidos al menor de edad. Se desprende primero del derecho civil y luego del derecho de familia.¹³

Se deben resolver los problemas de nuestra sociedad teniendo como principio fundamental el beneficio del menor ya que muchas veces no se los toma en cuenta en decisiones importantes.

El Doctor Raúl Jiménez Sanjinés señala que el derecho del menor es una disciplina de orden público independientemente del derecho de familia, que trata exclusivamente de la situación personal física y psicológica del menor, en cuanto se refiere a su prevención, protección y educación por parte del Estado, de su familia en condiciones de dignidad y decoro.¹⁴

Durante la tramitación de separación o divorcio, los padres a veces elaboran un acuerdo transaccional, en el cual se indica cual de ellos obtendrá la guarda de los hijos, pero si ellos no lo hicieran, dejarán esta situación a una decisión judicial.

¹³ JIMÉNEZ Sanjinés Raúl, Lecciones: de Derecho de Familia y Derecho del Menor Tomo II, Segunda Edición, Pág. 495

¹⁴ JIMÉNEZ Sanjinés Raúl, Lecciones: de Derecho de Familia y Derecho del Menor Tomo II, Segunda Edición, Pág. 500

Teniendo en cuenta que tanto hijos como padres tienen derechos y deberes, siendo todos iguales sin importar el género que tengan y lo importante es lograr el buen desarrollo de los hijos, actualmente se sabe por varios estudios realizados que la presencia de ambos padres en el crecimiento del niño es beneficiosa. Los dos cónyuges tienen una serie de derechos y obligaciones con sus hijos, se quedan a cargo de ellos o no después del divorcio.

3.4.1. Derechos de los padres

- El disfrute diario de los hijos.
- Tomar las decisiones relacionadas a sus hijos.
- Administrar los bienes y la pensión alimenticia de sus hijos.
- Ser informado de todas las incidencias importantes.
- Disfrutar del régimen de visitas acordado.
- Ejercer la Autoridad Paterna, que sigue siendo compartida, salvo que el juez indique lo contrario.
- Acudir al juez en caso de que se produzca algún incumplimiento.
- Compartir y disfrutar de la compañía de sus hijos, interactuando con ellos.

3.4.2. Deberes de los padres

- Facilitar el cumplimiento del régimen de visitas.
- Informar al otro progenitor de las incidencias importantes que le sucedan al menor.
- Alimentarles, educarles, darles la compañía y el cariño necesarios
- Cumplir con todo lo acordado en el convenio regulador (régimen de visitas, pensiones alimenticias).

- Velar por ellos en todo lo que se refiere a salud, educación y desarrollo integral de su persona.

CAPÍTULO IV

INCORPORACIÓN DE LA GUARDA COMPARTIDA

EN BOLIVIA PREVIO RECONOCIMIENTO DE LA

CAPACIDAD PATERNA

Cada año aumentan los casos de separación de hecho y divorcios, la mayoría de éstos con hijos menores de edad en Bolivia. En estos últimos cinco años hubo más de 5.000 divorcios y aunque las leyes conceden igualdad de derechos a los dos progenitores, la guarda y custodia de los hijos se adjudica a la madre en el 94% de los casos.

Ante esta situación de desigualdad e injusticia tanto con los progenitores, como con los hijos es que se ve la necesidad de Incorporar la guarda Compartida previo reconocimiento de la capacidad paterna en el Código de Familia, que es una figura jurídica que ya se ha aplicado en otros países y que conlleva una serie de beneficios, sobre todo para los hijos, pero también para los ex cónyuges.

Legalmente ninguna persona debe ser sujeto de discriminación por su género, ni por ningún otro motivo y los hijos tienen derecho de tener una familia, sea de padres separados legalmente o no y la regla es convivir con la familia de origen, al margen de que la pareja es la que se separa, pero el lazo continúa entre padres e hijos a lo largo del tiempo.

4.1. Incorporación de la Guarda Compartida previo reconocimiento de la capacidad paterna en la Legislación Boliviana

Por guarda compartida tras la separación o el divorcio, debe entenderse como la participación de ambos padres en la vida de sus hijos del modo más

razonable y beneficioso para todos en función de las circunstancias de cada caso, de tal manera que no se presenten traumas en los niños y adolescentes.

Es un reparto equitativo de derechos y obligaciones, no un reparto exacto del tiempo. Ni siquiera requiere siempre el cambio periódico de domicilio de los hijos ya que puede haber otras fórmulas.

La guarda compartida, no significa como pretenden algunas interpretaciones; reparto en dos mitades exactas del tiempo de convivencia de los hijos con cada uno de sus progenitores; en razón que los hijos no son maletas que van y vienen, pero tampoco deben ser rehenes en manos de una de las partes para extorsionar a la otra, ni piezas de convicción en una falsa denuncia, ni trofeos de una guerra entre sus padres, ni huérfanos por decisión judicial.

La guarda a uno de los progenitores es la regla y otorgar la guarda y custodia compartida sería la excepción, hay casos en los que los padres de los niños y adolescentes terminan con muchas diferencias entre sí, incluso no se dirigen la palabra “en estos casos no procedería la guarda compartida”, por no haber un acuerdo entre ambos, porque resultaría ser perjudicial para la familia.

Para que proceda la excepción será necesario que los padres tengan una buena relación entre sí y los dos estén de acuerdo con tener el mismo tipo de derechos y deberes para con sus hijos, para que de esta manera no se produzcan traumas ni desequilibrios mayores en la formación del niño, niña o adolescente.

A falta de acuerdo entre las partes, sobre ese plan de coparentalidad el juez requeriría la intervención del mediador y si tras esa intervención persiste el desacuerdo, impondría su propio plan de coparentalidad con arreglo a los

principios establecidos en la ley para garantizar el contacto frecuente y continuo del niño con ambos padres, pero aún no tenemos en la legislación Boliviana esta figura, porque lo más conveniente es que proceda sólo previo acuerdo entre partes y no por decisión judicial.

El régimen de guarda compartida, como modalidad preferente sería un poderoso desincentivador de los conflictos en el divorcio, ya que ninguno de los dos progenitores tendría nada que ganar con la confrontación y tiene efectos fulminantes sobre sus derechos como padre y hacia el hijo también por privarlo de la presencia de su progenitor.

La guarda compartida se ampara legalmente en dos derechos fundamentales, por una parte el derecho del hijo a preservar su relación con sus dos progenitores, de acuerdo con la Carta de los Derechos del Niño y por otra, el derecho y deber de los padres a prestar asistencia a sus hijos, así como "velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos".

Ante la confrontación de intereses que pueden darse en la ruptura matrimonial, los derechos que deberían primar al asignar la guarda, según la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, es que en todas las medidas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá será el interés superior del niño. Ya que de debe velar el interés moral, psicológico y económico del niño y adolescente.

Por eso actualmente se propone una alternativa legislativa basada en la parentalidad conjunta. La guarda compartida tiene dos modalidades básicas de aplicación:

- Tiempos de convivencia iguales: se trata de dividir el tiempo de permanencia con cada progenitor en intervalos, que pueden variar en función de las circunstancias y necesidades de los hijos (edad, proximidad geográfica, situación personal). Para llevar a cabo esta opción, en los países desarrollados los menores pueden alternar su permanencia en dos hogares muy cercanos, para que no cambien de ambiente, o permanecer en el hogar conyugal y ser los padres quienes vayan rotando.
- Existe la libre relación de los menores con el progenitor no custodio: los menores pueden residir exclusivamente con un progenitor y tener con el otro un contacto equivalente a las visitas. Por ejemplo, el padre no custodio podría ir por los niños al colegio y pasar la tarde con ellos, y los llevaría después al domicilio del progenitor custodio, permitiendo así la libre comunicación de los hijos con ambos padres.

4.1.1. Capacidad Paterna y materna

Los progenitores deben estar libres de patologías psiquiátricas, perturbaciones psicológicas y adicciones como ser el alcohol y las drogas, deben tener un lugar de vivienda estable, ingresos económicos y desde el punto de vista profesional no tenga impedimento para obtener la autoridad paterna o materna.

4.2. Beneficios de la incorporación de la guarda Compartida en Bolivia

De los resultados obtenidos de las experiencias en otros países, así como de la opinión de distintos expertos en esta materia, se desprenden las principales ventajas e inconvenientes que comporta la guarda compartida.

La coparentalidad conlleva beneficios tanto para el menor como para la relación entre los progenitores:

- Se preserva mejor la continuidad de la vida familiar del niño. Las distintas experiencias en guarda compartida han demostrado que se reduce el fracaso escolar, así como las posibles carencias de afectividad.
- La presencia de las dos figuras, paterna y materna, en la educación facilita una distribución de las tareas de crianza, la participación en la toma de decisiones y la superación de la costumbre machista de "padre proveedor" y "madre cuidadora".
- Favorece por una parte, la integración social y laboral de las mujeres y por otra parte, estimula en los hombres valores considerados tradicionalmente femeninos.
- Los niños desarrollan una mentalidad y actitud distinta, ante la ruptura de sus padres, al no culpabilizarse por ella y seguir manteniendo la relación con los dos. Los expertos aseguran que la guarda compartida exige que el niño tenga que adaptarse a dos maneras de entender la vida.
- La relación de los ex cónyuges resulta menos conflictiva, ya que han debido establecer un acuerdo previo y desaparecen muchos de los aspectos que más enfrentamiento; provocan la utilización del piso conyugal, el pago de pensiones compensatorias, el impedimento de régimen de visitas.
- Se deja de utilizar a los hijos como arma arrojadiza o de presión en el reparto de bienes. Como consecuencia, el número de litigios por separación o divorcio descendería, como demuestran las experiencias en otros países.
- El padre se siente más implicado e integrado en la educación y desarrollo de sus hijos, al permitirle mantener sus lazos de afectividad y una relación constante. Este hecho supone una ventaja añadida, ya que reduce el impago de pensiones.
- Da una obligación al progenitor a tal forma que cuando tenga otros hijos, ya estará acostumbrado a velar también por el hijo del otro matrimonio o unión de hecho, no dejándolo de lado.

La principal razón en defensa de la guarda compartida es que en caso de otorgarse la misma, ambos padres pueden influir sobre el desarrollo y la evolución física y psicológica de sus hijos, al tener un contacto permanente con los mismos.

En las guardas que no son compartidas, el desarrollo del menor es notablemente menor y los conflictos emocionales se desarrollan en él por el resto de su vida.

De este modo, algunos consideran que existe un derecho natural, que en algunos países llega a ser también constitucional, que defiende que los padres e hijos deben vivir estrechamente relacionados. Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la ONU consideran la guarda compartida como una vía de igualdad y protección de los derechos del niño. Sólo algunos estados europeos, como España e Italia, no ejercitan aún la guarda compartida obligatoria, lo que genera graves problemas de relaciones entre los padres y generalizándose el síndrome de alienación parental.

Esta dramática situación de desprotección a los niños, da el poder total a la madre que en algunos casos obtiene así la protección conferida por la ley y que en algunos casos usan este recurso para manipular a su ex pareja y producir daños emocionales a su niño, a la familia paterna y por ende a la propia madre y a la familia materna.

La guarda compartida de los hijos en el divorcio, es una opción posconyugal por la cual ambos progenitores pueden seguir criando a sus hijos luego de haberse disuelto el matrimonio.

Es por ello que surge la opción de la guarda compartida, concepto que implica que ambos padres siguen sosteniendo y criando a sus hijos pese al divorcio. El concepto, inspirado en las leyes anglosajonas (joint custody),

aún no está legislado en muchos casos, aunque cada vez son más los países que lo van adoptando.

4.2.1. Beneficio de los menores con la incorporación de la guarda compartida

Los padres que no obtienen la guarda de sus hijos no estará con sus hijos diariamente y los verá en un horario de visitas mínimo y restringido y a pesar de todo es muy probable que al comienzo del divorcio aquel que se fue de la casa vea con una frecuencia intensa a sus hijos, todos los días que le corresponda, pero con el correr del tiempo ese aparente acercamiento va tendiendo cada vez más a alejarse, debido a la falta del hábito en convivir que tiene éste padre con su hijo.

Ocurre en la mayoría de los casos, porque quienes se van de la casa o quienes dejan todo a la madre (incluso a sus hijos) y comienzan a realizar sus vidas y requieren de más tiempo para ellos e inconscientemente van dejando a un segundo plano su anterior familia conyugal.

Esto es lo que sucede y está totalmente incentivado por el actual sistema que rige o regula en Bolivia, la guarda favorable a uno sólo de los progenitores.

Es raro que un divorcio termine amistosamente, actualmente si ocurre pero es en porcentaje menor. Normalmente se necesitan varios años para que se dejen atrás las rencillas, el despecho y una sed de venganza que en algunos casos queda arraigada.

Una vez que se han normalizado las visitas a los hijos, los dos días del fin de semana no alcanzan para entregar toda la afectividad

que los niños necesitan, ni menos poder aportar a su formación, a sus hábitos y a todo lo que se relacione con ello.

Incluso los padres que pueden compartir con sus hijos sólo unas horas no pueden regañarlos en esas 48 horas juntos, aún ellos hagan algo que está fuera de norma, ya que ellos tendrían una perspectiva diferente de lo que en realidad es su padre y los días con él ya no serían tan agradables.

4.2.1.1. Derecho de los hijos a tener una convivencia alterna con sus padres

El movimiento favor de los derechos de la niñez y la adolescencia, tiene como punto de partida el reconocimiento de la especificidad de este grupo etáreo y de las diferentes dimensiones (social, psicológica y jurídica), en esta perspectiva la dimensión psicosocial del sujeto es fundamental, dado que los niños son un ser, lleno d vida, que aprende con facilidad lo que pasa en su entorno, que depende de la autoridad y protección de sus padres.

Dentro del espectro de sus derechos, algunos se encuentran estrechamente relacionados con el derecho a la salud física y psicológica de los individuos menores de edad y que con su propia naturaleza en cada caso particular, cruzan otros derechos reconocidos por las disposiciones nacionales e internacionales. Los derechos fundamentales son:

a) Derecho al respeto: Tal cual señala el artículo 105 del Código Niño, Niña y adolescente, consiste en la inviolabilidad de la integridad física, psíquica y moral del

menor, también involucra la preservación de la imagen, la identidad, los valores, las opiniones, los espacios y objetos personales; y es deber de todos ampararlos y ponerlos a salvo de cualquier tratamiento inhumano, violento o represivo.

b) Derecho a la salud emocional: Es la hostilidad verbal crónica en forma de insultos, desprecios, crítica, amenaza y constante bloqueo de las iniciativas de interacción social por parte de cualquier miembro adulto¹⁵.

c) Derecho a no sufrir abandono emocional: Es la negligencia o incapacidad de proporcionar cariño, estimulación, apoyo y protección necesarios en los diferentes estados de desarrollo del niño y le priva de establecer relaciones sociales

La Convención Internacional sobre los derechos del Niño en el artículo 3.1. señala que en todas las decisiones concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, como ser los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, atenderán con una consideración una consideración primordial el interés superior del niño. Y sólo lo que es considerado derecho de los niños y adolescentes, puede ser “interés superior”.¹⁶

¹⁵ ONOSTRE Guerra Raúl D., Maltrato del niño(a) y adolescente, Ed. 1997, Pág. 33

¹⁶ SILLERICO Bruño Miguel, Derechos de la niñez y adolescencia, Ed. 2000, Pág. 39

4.2.1.2. La necesidad del menor de disfrutar de ambas figuras parentales

Según estudios sociológicos la simple alternancia en la convivencia del niño o adolescente con sus progenitores, no provoca ningún trastorno en el menor, lo que si puede ocasionar serios daños; es la conducta irreflexiva y enfrentada de los padres, aún así es siempre menor que los severos traumas que acarrea la ausencia de unos de los padres durante la infancia y la adolescencia.

Existen indicios de que con los esfuerzos por proteger a los niños de la ansiedad, confusión y conflicto normativo del período inmediatamente posterior a la separación, hemos creado las condiciones a largo plazo para los más nefastos síntomas de enojo, depresión y profunda sensación de pérdida, al privar al niño de la oportunidad de mantener una relación plena con cada uno de sus padres.

Es importante tomar en cuenta que la doctrina y los especialistas en psicología familiar como Richard A. Gardner en Estados Unidos y actualmente también el Servicio Departamental de Gestión Social, han advertido sobre el denominado Síndrome de Alineación Monoparental, fenómeno que sufren los hijos cuyos padres separados mantienen un conflicto grave sobre su custodia ya que tienen las ideas del padre que obtiene la guarda, llegando a tener repulsión al otro progenitor.

El síndrome de alienación parental puede inducir en los hijos víctimas una depresión crónica, una incapacidad de funcionar en un ambiente psicosocial normal, trastornos de identidad y de imagen, desesperación, un sentimiento incontrolable de

culpabilidad, un sentimiento de aislamiento, comportamientos de hostilidad, falta de organización, personalidad esquizofrenica, inclinación al alcohol y a la droga y otros síntomas de un profundo malestar.

La vestimenta y la alimentación son necesarios para el desarrollo sano del menor, pero no suficientes para que sea feliz, ya que para lograr esto se debe sentir amado al tener la presencia de sus progenitores en su crecimiento.

Tal posición es compendiada en las palabras de la ya citada Ministra de Familia: "La continuidad del vínculo del niño con el padre es ante todo, un derecho del niño y después un derecho y un deber del padre".

Los niños deben ser oídos cuando se adopten decisiones en materia de responsabilidad parental que les afecten, que si es necesario sean representados por algún miembro de la familia extensa y de forma general ha acreditado que "las determinaciones de coparentalidad se basen en el mejor interés del niño". El separar el menor de uno de sus padres implica someterlo a una semiórfandad artificial que bajo ninguna percepción lógica puede ser favorable a este. Personalmente considero que no debemos hacer a nuestros hijos sufrir por nuestra rusticidad e incapacidad de conciliación; apuesto por la Guarda Compartida como el mejor reflejo del interés del menor. Incluso en los exámenes bio-psico-sociales gran parte de los niños de sexo masculino comprendidos entre los 9 a 13 años indican que ellos desearían estar con su padre pero sin embargo la madre es

siempre la que obtiene la guarda, pese a la estabilidad económica y emocional del padre.

4.2.2. Importancia de la participación de los dos padres en la formación del menor

El logro de una efectiva igualdad de oportunidades es imparabile, cada vez mas los hombres van aceptando este tipo de cambios que significa la pérdida de los privilegios de la sociedad patriarcal a favor de aquellos.

Las distintas leyes que se han venido aplicando para las crisis matrimoniales o para los casos de ruptura familiar tras la separación o divorcio de la pareja, no dan soluciones equitativas.

Desde hace años, existe una tendencia más cultural que legal, de otorgar el cuidado cotidiano (custodia monoparental) de los hijos a las madres. Esta tendencia ha influido bastante en la generación de nuevos tipos de problemas que, en nuestro país, eran desconocidos hasta la década de los ochenta, pero que cada año, se ven implicada más gente, adultos y menores.

Existen numerosos estudios que indican que los hijos de parejas separadas o divorciadas, tienen una mayor tendencia a tener mayores problemas en su desarrollo, cuanto menor es el contacto con uno de los dos progenitores tras el divorcio de sus padres.

La jurisprudencia también se expresa al respecto, marcando pautas al indicar que los menores sufren la ausencia de una figura paterna que le ocasiona en la infancia déficit de desarrollo afectivo y en la adolescencia un daño psíquico-moral, al sólo contar con uno de los progenitores.

Todo este tipo de problemas sin resolver y los nuevos tipos de problemas que están dando lugar el establecimiento del divorcio en nuestra sociedad, hace que se busquen nuevos tipos de soluciones a estos nuevos problemas.

La Convención de los Derechos del Niño, reconoce el equilibrio entre los derechos y responsabilidades de las familias e indica que los padres son responsables de la protección de los derechos de sus hijos y el artículo 5 deja claro que los padres tienen derechos y deberes con respecto a sus hijos y éstos están vinculados con la necesidad de que los padres y las madres promuevan y protejan los derechos de sus hijos.

4.3. Titularidad y ejercicio de autoridad parental con igualdad de condiciones de los padres

Un criterio con el que cuenta el juez y que resulta determinante, es la dedicación que haya tenido cada progenitor hacia el hijo antes de producirse la ruptura.

Por este motivo es por el que a pesar de haber una igualdad jurídica en razón de sexo a la hora de considerar con quién han de quedarse los hijos, en el 94% de los casos se entregan a las mujeres.

Aún pesa el papel de madre educadora, que ha recaído tradicionalmente en la mujer, pero una nueva generación de hombres, implicados y capaces para la labor, reivindican el derecho a vivir y educar a sus hijos cuando la pareja se extingue.

Pero por muy capaces que sean los hombres de cuidar, proteger y de obtener la guarda de los hijos las resoluciones judiciales sólo le conceden un régimen de visitas, que consiste en un horario de visitas reducido. Lo más

común es establecer un régimen de visitas de fines de semanas alternos y períodos vacacionales al 50%.

Sin embargo, cada vez se convienen regímenes de visitas más amplios, introduciendo algún día entre semana. Cuando no existe acuerdo entre las partes, es obligatorio establecer un régimen mínimo y deben quedar detallados los períodos, días y horas de recogida, así como quién será la persona que vaya a buscar a los menores.

Y cuando el niño sea mayor de 13 años se tendrá en cuenta su opinión a la hora de establecer el régimen y las fechas de las visitas, de acuerdo al Código Niño, Niña y Adolescente del 27 de octubre de 1999.

4.4. Principios en los que se fundamenta la guarda Compartida

4.4.1. El principio del “favor minoris” como rector del derecho de familia

El interés del menor (favor minoris) es un principio rector en todas las legislaciones que tratan el tema, en concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño que dice que los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular.¹⁷

Es el derecho de todo niño a ser educado y protegido por sus padres con respeto a su persona, este precepto se relaciona directamente con lo que postula la guarda Compartida, debe ser respetado y convertirse en norma.

¹⁷ <http://www.lukor.com/not-soc/cuestiones/htm>

Si hay algo en común a estos últimos años de historia jurisprudencial, es el teórico criterio inspirador de todas y cada una de las resoluciones: el beneficio del menor, favor filii o bonum minoris. Será este superior interés de los hijos el que guiará el proceso de toma de decisiones judiciales y en definitiva, la adopción del régimen de custodia y visitas más conforme con aquél.

4.4.2. La igualdad entre el hombre y la mujer e igualdad entre los hijos

Existe el principio de igualdad de oportunidades, capacidad y mérito como las herramientas para combatir la discriminación entre hombres y mujeres y por se debe combatir cualquier discriminación por motivos de sexo.

En la actualidad hay un avance hacia un modelo de convivencia en condiciones de igualdad, ya que propone criterios, principios y mecanismos que favorecen a la igualdad entre progenitores.

Pero la legislación establece medidas de discriminación positiva que con la intención de avanzar en la modificación de algunas estructuras sociales, económicas y jurídicas, fuerzan situaciones que pueden suponer una discriminación injustificada y contraproducente para el niño, niña y adolescente.

Por esta razón se debe equiparar derechos entre hombres y mujeres en lo referente a los permisos de maternidad-paternidad, promoviendo de este modo la corresponsabilidad en el cuidado y educación infantil.

Esta establecido que del principio de igualdad deriva la declaración de los derechos del hombre en dicha declaración es titular de derechos y

obligaciones todo aquel que pertenezca a la raza humana; el ámbito de validez personal de la norma, alcanza el máximo de sus posibilidades, toda vez que no se excluye a ningún ser humano para ser titular de derechos y obligaciones.

La titularidad generalizada de esos derechos, constituye un status de igualdad formal, que limita la conducta del individuo, sólo en cuanto atenta o amenaza la libertad de otro individuo. La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro, se podría decir entonces que el ejercicio de los Derechos Naturales de cada ser humano no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de esos mismos derechos.

El Estado tiene la responsabilidad de proteger a las personas, quienes frecuentemente desconocen cuáles son sus derechos, ignoran los medios para hacerlos valer y carecen de los recursos necesarios para acudir ante los sistemas de justicia.

Entre los factores que influyen en la vulnerabilidad se encuentran la falta de educación, la incapacidad para satisfacer sus necesidades básicas, desnutrición, enfermedades, incapacidad de acceder a los servicios públicos, marginación.

4.5. Aspectos que se deben tener en cuenta al momento de decidir la guarda de los hijos

Lógicamente regulando aquellas excepciones en interés del menor, le fuesen de aplicación (como podrían ser: periodos de lactancia, residencia de los progenitores en distintas provincias, retirada de la Autoridad Paterna, y/o sentencia condenatoria, que no imputación, en temas de violencia doméstica a uno de los progenitores).

- Tomar en cuenta la situación actual de los niños y el medio donde se desarrollan

- Considerar la situación económica, social, habitacional y afectiva que presenten cada uno de los progenitores
- Considerar la inclinación y demanda afectiva de los niños hacia cada uno de sus padres
- Tomar en cuenta el estado emocional y físico de los menores
- Recomendar a los progenitores que resuelvan sus conflictos de pareja en el marco del respeto y la madurez, evitando involucrar y manipular en su favor a los hijos y que organicen su tiempo para brindar a los niños mayores cuidados y atenciones.
- Que los padres asuman sus roles y funciones paternas adecuadamente, evitando delegar la tenencia a terceras personas
- Determinar la tenencia compartida si ambos padres disponen de tiempo, predisposición y dedicación que permita a los niños desarrollarse adecuadamente y de manera integral
- Tomar en cuenta los informes médicos y psicológicos

4.6. Inconvenientes y Obstáculos para su implantación

- El continuo cambio de domicilio cuando se opta por la alternancia entre la vivienda materna y paterna. La estabilidad personal y emocional, considera improcedente la guarda compartida por la falta de domicilio estable de la menor, a pesar de la cercanía entre las residencias de sus progenitores, pues supondría algo así como que la niña no tendría un domicilio estable, sino dos y una regularidad en su vida, hábitos y costumbres, que es absolutamente esencial y más aún con la escasa edad de aquélla. Junto a ello no puede olvidarse que esta situación podría suponer con mucha probabilidad un incremento de la crispación entre los progenitores.
- Existe una mayor exigencia y necesidad de entendimiento entre los ex cónyuges, para establecer el acuerdo, que en algunas situaciones resulta muy complicado, debido al profundo deterioro de la relación de pareja.

- La guarda compartida conlleva más beneficios que inconvenientes, sobre todo, para el niño. Parece lógico, pues, que ésta se considere la fórmula más adecuada para los menores.
- Distintas personas separadas y divorciadas apuntan a los intereses económicos derivados del sistema contencioso actual, ya que cada litigio supone un gasto mínimo de Bs. 5.000.- según el arancel del abogado.
- Existe un desconocimiento del sistema de guarda compartida por parte de los agentes implicados en el proceso de separación o divorcio -cónyuges, abogados, jueces, psicólogos-, por lo que esta posibilidad ni siquiera se contempla actualmente.
- A fin de vencer los obstáculos que suponen el desconocimiento, la tradición y la actual legislación, las distintas organizaciones sociales que defienden la coparentalidad han puesto en marcha distintas iniciativas.
- Todos los expertos consultados coinciden en señalar que la asignación de la custodia de los hijos tras la ruptura de la pareja debe atender al interés de los hijos. Y para esto es necesario un factor clave que es el necesario cambio de actitud de los progenitores: Se deben mentalizar que la pareja se separa, pero la labor de padres permanece en el tiempo a pesar de esta separación.

CAPÍTULO V

PRESENTACIÓN E INTERPRETACIÓN DE

RESULTADOS

5.1. CANTIDAD DE DIVORCIOS EN LOS ÚLTIMOS TRES AÑOS EN LA PAZ

Estos datos se los obtuvo mediante los libros de demandas nuevas de los ocho juzgados de partido de familia de la ciudad de La Paz, que es donde se llevan a cabo los procesos de divorcio.

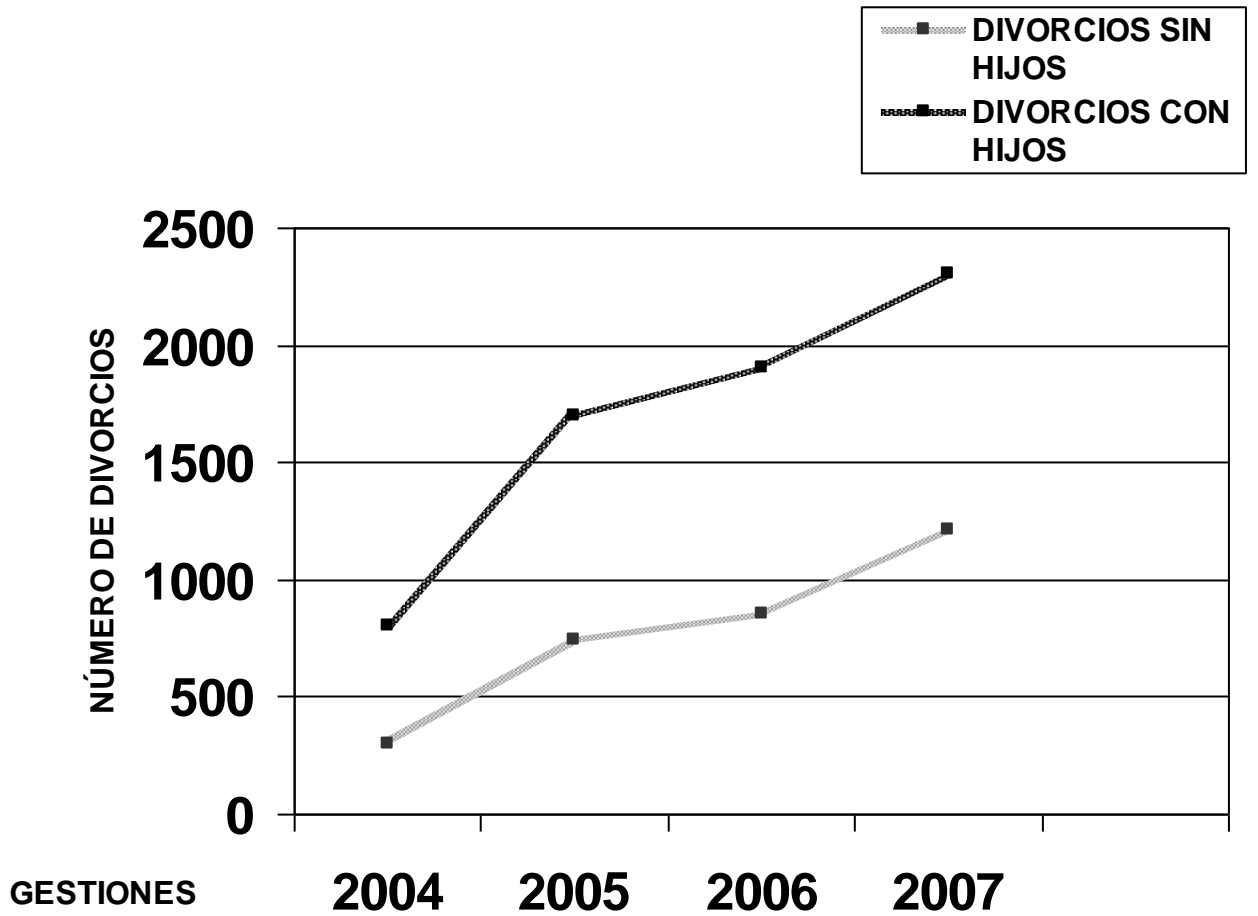
Se puede observar que cada año los divorcios se van dando con mayor frecuencia, por las diversas causales de divorcio, pero causal por la que más se demanda es la establecida en el Artículo 131 del Código de Familia, que establece que cualquiera de las partes puede interponer demanda de divorcio tras una separación libremente consentida y continuada por más de dos años sin que haya habido reconciliación.

La segunda más usual es la del artículo 130 inciso 2) y 4) que indican que se puede demandar el divorcio por adulterio o relación homosexual de cualquiera de los cónyuges y por sevicias y malos tratos de palabra y obra que hagan intolerable la vida en común respectivamente. Las otras causales de divorcio establecidas en el Art. 130, como ser la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o autor, cómplice o instigador del delito contra su honra o bienes; por corromper al cónyuge o a los hijos o por prostitución y por abandono malicioso del hogar por parte de uno de los cónyuges existen en las demandas pero en un porcentaje mínimo.

A todos consta que en un divorcio los más afectados siempre son los hijos y más aún cuando éstos son menores de edad e incluso la separación de sus padres puede repercutir en su vida futura por necesitar de ambas figuras en su crecimiento.

CUADRO Y GRÁFICO No. 1
CANTIDAD DE DIVORCIOS EN LA PAZ

**CANTIDAD DE DIVORCIOS CON Y SIN HIJOS
MENORES DE 18 AÑOS**



5.2. DE LA ENCUESTA DIRIGIDA A FUNCIONARIOS Y LITIGANTES DE TRIBUNALES DEL ÁREA FAMILIAR

El formulario de encuestas está redactado para obtener la percepción de las personas que son parte de un proceso de divorcio o separación de hecho, en especial cuando se procrearon hijos y saber su preferencia con respecto a la guarda del menor, teniendo como principio principal el bienestar del menor.

Y de los funcionarios de tribunales del área familiar de la ciudad de La Paz, ya que día a día atienden procesos de divorcios y observan la situación en la que se encuentran los menores. Sus respuestas darán pautas para el mejoramiento de la normativa vigente, con respecto a la situación de los niños después del divorcio.

5.2.1. Personas que están pasando por un divorcio o separación conyugal o conocen a alguien en esta situación

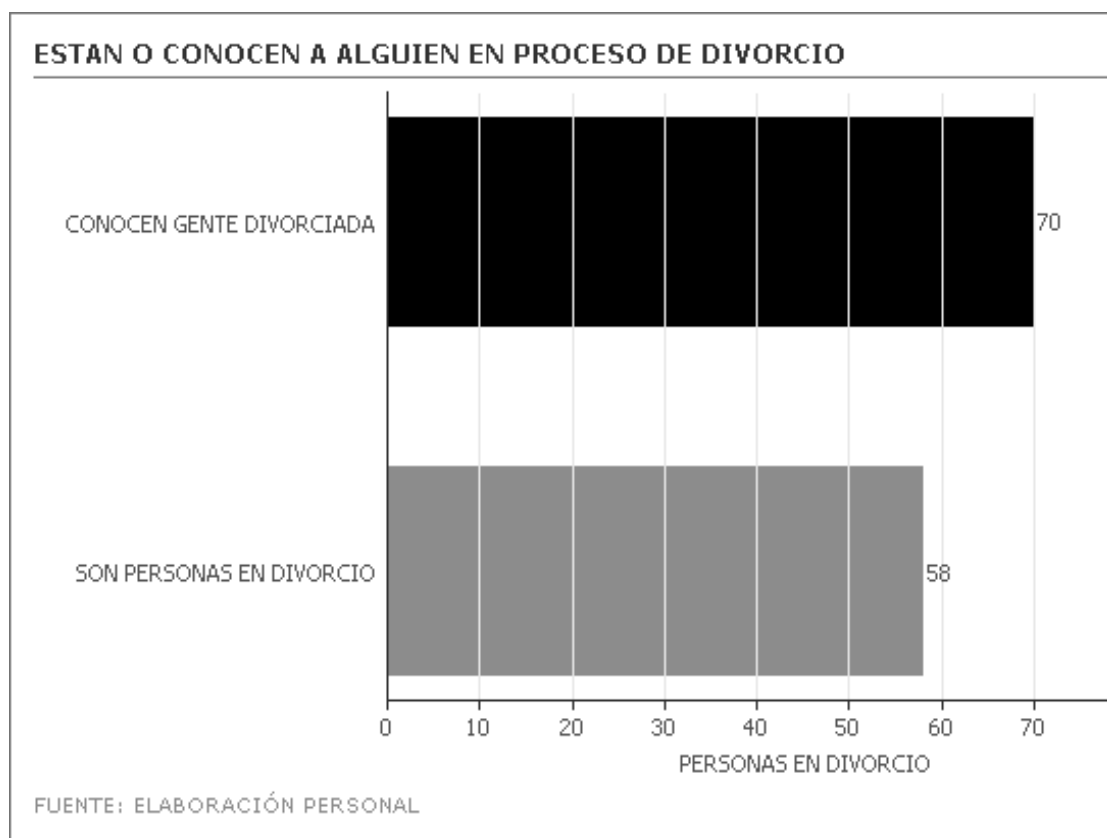
Cuadro y gráfico No. 2

Los resultados recogidos muestran que en nuestra sociedad cada vez existen más divorcios y las encuestas las llenaron en un 60% gente menor a los 35 años de edad, lo que nos muestra que la gente joven es la que se divorcia con mayor frecuencia en la ciudad de La Paz.

Por una encuesta realizada por la Radio FIDES en la gestión 2007, se indicó que las mujeres que quedaron embarazadas a muy temprana edad y se casaron por no ser madres solteras, son las que en mayor frecuencia se divorcian.

CUADRO Y GRÁFICO No. 2
PERSONAS QUE ESTAN EN DIVORCIO O SEPARACIÓN
CONYUGAL O CONOCEN A ALGUIEN EN ESA SITUACIÓN

DESCRIPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Conocen gente divorciada	70	55%
Son personas en divorcio	58	45%
TOTAL	128	100%



5.2.2. Parejas en separación o divorcio que tienen hijos menores de 18 años.

Cuadro y gráfico No. 3

En el contenido de esta tesis se explico el porqué los menores de edad son los más afectados tras una separación de sus padres, y en este gráfico podemos observar que lamentablemente el 53% de las parejas en divorcio o separación conyugal procrearon hijos los cuales al momento de su separación son menores de 18 años, vale decir menores de edad ante la legislación boliviana.

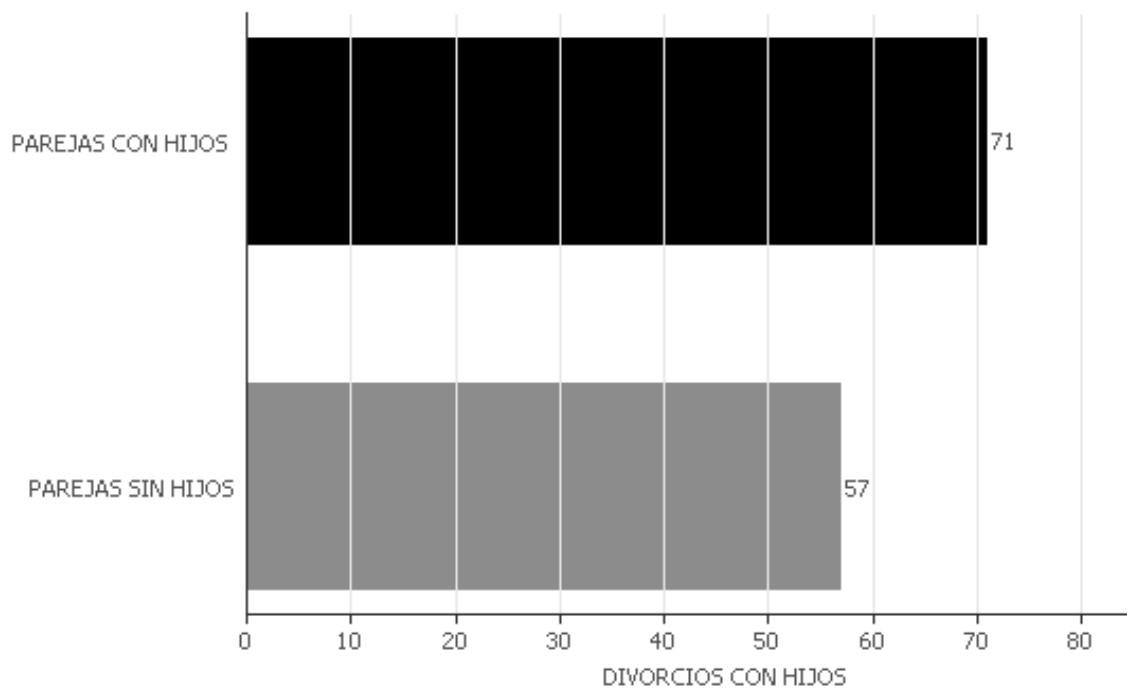
La ausencia de uno de los padres durante la infancia y la adolescencia acarrea traumas en los niños, niñas y adolescentes. Existen indicios que indican que por muchos esfuerzos que hagan los padres por proteger a los niños de la ansiedad, confusión y conflicto normativo del período inmediatamente posterior a la separación, igual se crean condiciones para síntomas de enojo, depresión y profunda sensación de pérdida en el menor, al privarlo de la oportunidad de mantener una relación plena con cada uno de sus padres.

Y es realmente sorprendente que el 48% de las parejas que se encuentran en situación de divorcio o separaciones conyugales tengan hijos menores de 18 años.

CUADRO Y GRÁFICO No. 3
PAREJAS EN DIVORCIO QUE TIENEN HIJOS MENORES
DE 18 AÑOS

DESCRIPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	71	55%
NO	57	45%
TOTAL	128	100%

PAREJAS EN DIVORCIO QUE TIENEN HIJOS MENORES DE 18 AÑOS



FUENTE: ELABORACIÓN PERSONAL

5.2.3. Padres de los menores con capacidad de cuidar a sus hijos

Cuadro y gráfico No. 4

De las respuestas recogidas se puede interpretar que la mayoría sabe que el padre de los hijos menores, tiene toda la capacidad de cuidar y proteger a u hijo menor de edad después de un divorcio.

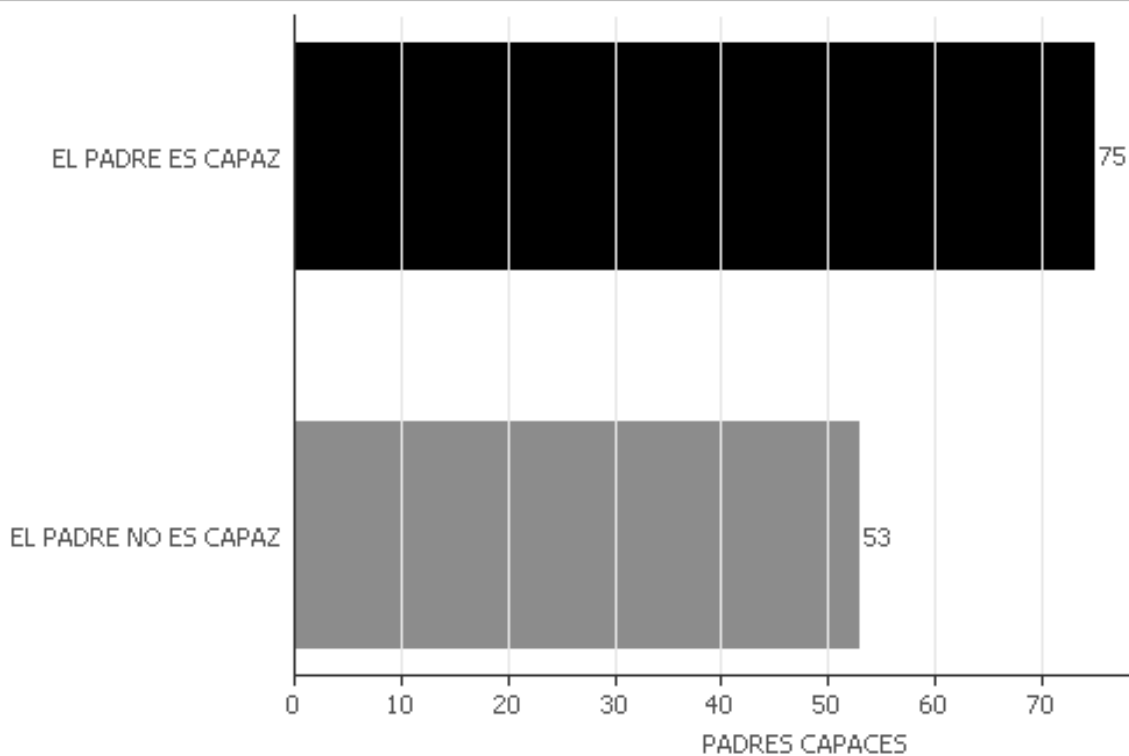
En muchos casos en la actualidad el padre es el que cuenta con mayor estabilidad económica, psicológica y afectiva con el menor que la madre y se le da la guarda a ella, pero esto también tiene su fundamento en razón de la edad, el sexo y lo que los niños prefieran.

Lo que se quiere lograr con la guarda compartida es el lograr beneficiar al menor, ya que de esta manera él podrá contar con sus dos progenitores y ya no se le hará tan difícil la convivencia con el otro y de esta manera también se beneficiarán lo padres porque no hay tranquilidad más plena para un padre que ver a su hijo bien y contento.

CUADRO Y GRÁFICO No. 4
EL PADRE DE LOS MENORES TIENE LA CAPACIDAD
PARA CUIDAR DE SUS HIJOS MENORES

DESCRIPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	75	59%
NO	53	41%
TOTAL	128	100%

PADRES CAPACES DE CUIDAR A SUS HIJOS MENORES DE EDAD



FUENTE: ELABORACIÓN PERSONAL

5.2.4. La figura paterna es importante en el crecimiento de los menores aún después del divorcio

Cuadro y gráfico No. 5

El niño, niña y adolescente tienen derecho a no estar separados de uno o de ambos padres, deben mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, ya que esto favorecerá a su mejor crecimiento y desarrollo psicológico e intelectual, ya que es muy importante que el menor de edad se sienta querido.

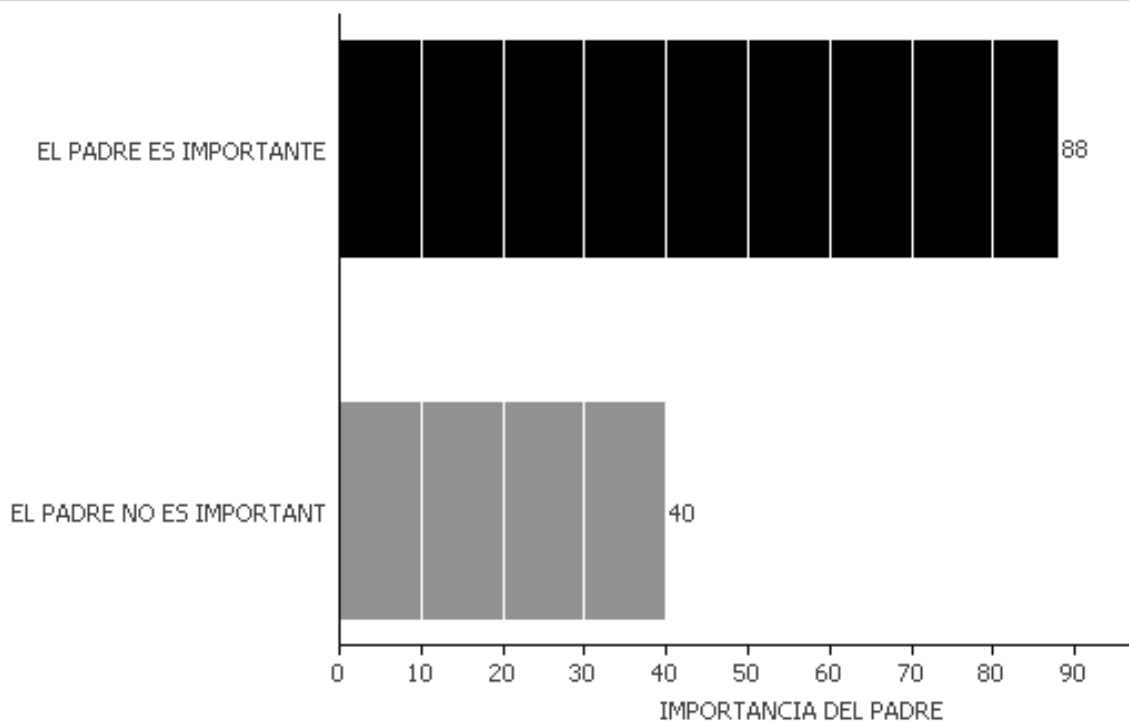
Todo niño tiene derecho a ser educado y protegido por sus padres con respeto a su persona, este precepto se relaciona directamente con lo que postula la Guarda Compartida, debe ser respetado y convertirse en norma.

Existen numerosos estudios que indican que los hijos de parejas separadas o divorciadas, tienen una mayor tendencia a tener mayores problemas en su desarrollo, cuanto menor es el contacto con uno de los dos progenitores tras el divorcio de sus padres.

CUADRO Y GRÁFICO No. 5
LA FIGURA PATERNA ES IMPORTANTE EN EL
CRECIMIENTO DE LOS MENORES AÚN DESPUÉS DEL
DIVORCIO

DESCRIPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	88	69%
NO	40	31%
TOTAL	128	100%

EL PADRE ES IMPORTANTE EN EL DESARROLLO DE SU HIJO



FUENTE: ELABORACIÓN PERSONAL

5.2.5. Personas de acuerdo con el 94% de las sentencias de divorcio que determinan que la guarda de los menores se quede con la madre y el padre tenga un horario de visitas restringido entre 12 a 24 horas al mes con sus hijos.

Cuadro y gráfico No. 6

El hecho de que en el 94% de los casos la custodia del niño sea otorgada a la madre, es una práctica judicial que tiene lugar en el Tribunal y es consecuencia de una mentalidad, a veces matriarcal, de que si la mujer quiere el hijo, se le debe entregar.

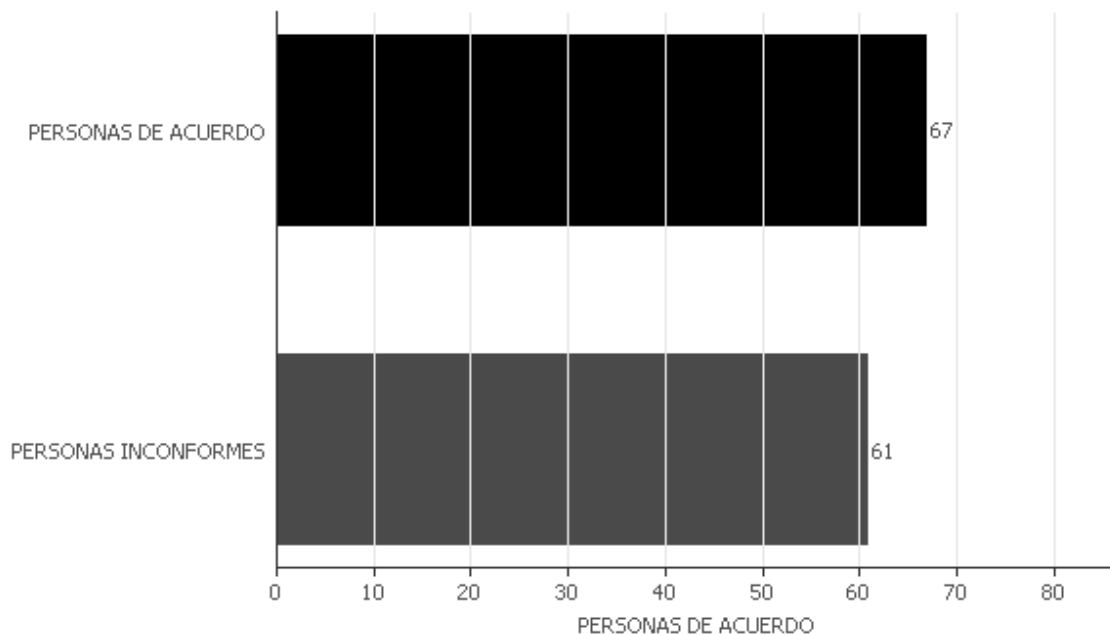
Y a pesar del pasar del tiempo la realidad judicial sigue siendo que las guardas y custodias se otorgan a las madres y que los regimenes de comunicación y estancias a favor del padre son escuetos y de esta manera la madre carga con toda la responsabilidad del bienestar de los hijos y por ende el padre tiene más libertad con respecto a esta clase de responsabilidad.

Los progenitores deben estar libres de patologías psiquiátricas, perturbaciones psicológicas y adicciones como ser el alcohol y las drogas, deben tener un lugar de vivienda estable, ingresos económicos y desde el punto de vista profesional no tenga impedimento para obtener la autoridad paterna o materna.

CUADRO Y GRÁFICO No. 6
PERSONAS DE ACUERDO CON QUE LA MADRE SE
QUEDE CON LA GUARDA DE LOS MENORES Y EL
PADRE CON UN HORARIO DE VISITAS RESTRINGIDO

DESCRIPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	67	52%
NO	61	48%
TOTAL	128	100%

PERSONAS DE ACUERDO CON LA TUTELA A FAVOR DE LA MADRE



FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA

5.2.6. Personas de acuerdo con la guarda compartida

Cuadro y gráfico No. 7

Un buen porcentaje actualmente el La Paz apoya a la guarda compartida entendida como la colaboración entre ambos padres y se trata de reparto equitativo, pero referido a los deberes y derechos de ambos padres para con sus hijos y eso no entiende de límites temporales y deja de lado las posturas egoístas o discriminatorias.

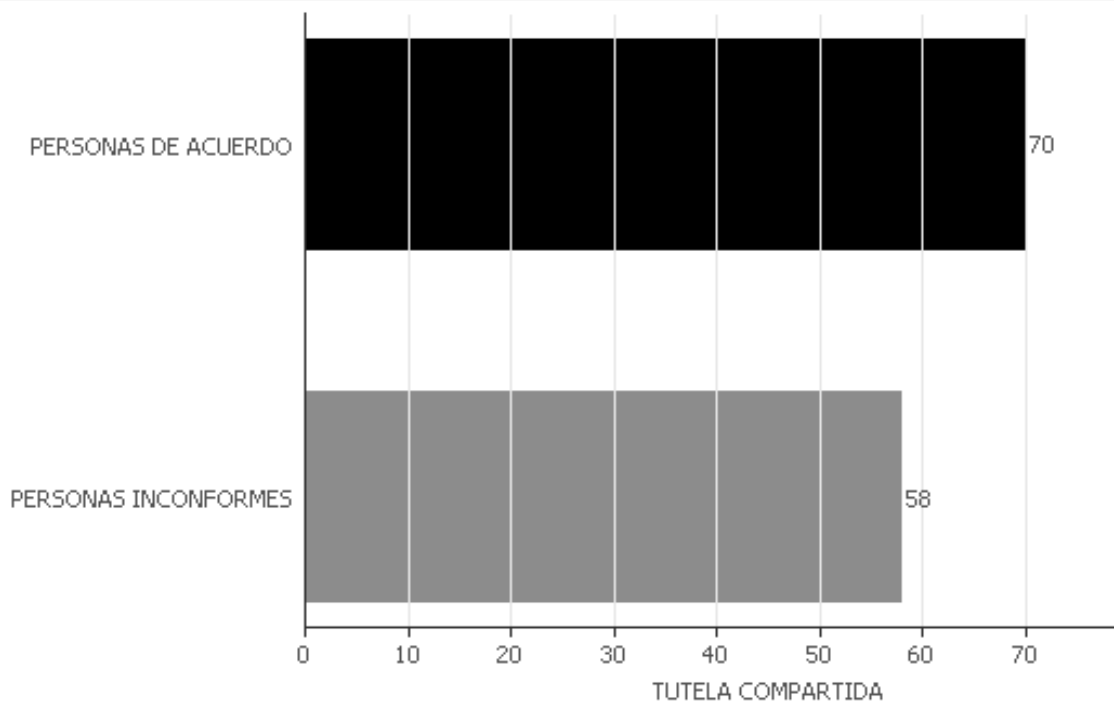
"El deber de los padres no se limita a la asistencia material, que no debe ser una coartada para desentenderse de lo esencial: la educación y los vínculos afectivos que deben seguir estrechando.

La tendencia judicial ha de ser valorar la casuística y regirse por el mejor efecto para el niño y no por un sentido de justicia o equidad hacia los padres, la fórmula de coparentalidad más idónea es la que permita al niño un mayor disfrute de la presencia y los cuidados de ambos padres.

CUADRO Y GRÁFICO No. 7
PERSONAS DE ACUERDO CON LA GUARDA
COMPARTIDA

DESCRIPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE	
SI	70	55%	
NO	58	45%	
TOTAL	128	100%	

PERSONAS QUE ESTAN DE ACUERDO CON LA TUTELA COMPARTIDA



FUENTE: ELABORACIÓN PERSONAL

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

- Después de contraer matrimonio en la ciudad de La Paz muchas parejas jóvenes y adultas, optan por el divorcio por falta de comunicación, incompatibilidad de caracteres, comprensión, infidelidad, falta de trabajo y escasos recursos económicos que atraviesan en sus hogares. Algunos de estos casos llegan de los juzgados de Partido de Familia y otros se quedan escritos en papeles.
- Durante la gestión 2007 el Servicio Departamental de Gestión Social (SEDEGES) de la Ciudad de La Paz atendió 1480 casos de divorcio a solicitud de los juzgados de partido de familia, de los cuales 960 informes de esta institución indican trastornos bio- psico- sociales en el menor a causa del divorcio de sus padres, lo cual realmente es preocupante. Y en la presente gestión se determinaron 5 informes en los cuales se señala la existencia de la Alienación parental en los niños.
- Por estudios bio psico sociales realizados por SEDEGES, se sabe que el daño que produce en los menores alejarse de uno de sus padres puede ocasionar serios daños es la conducta del menor y con más fuerza si los padres aún después del divorcio siguen comportándose de una manera irreflexiva y enfrentada entre si.
- La mayoría de los demandantes corresponde a un estrato social medio - alto, con un mínimo porcentaje de estratos sociales bajos, dado los costos que implican los tramites de divorcio.
- La población que acude son parejas jóvenes de 23 a 60 años de edad. Prevalciendo la edad entre 30 a 40 años con hijos menores de 10 años. Por lo que se observa que el incremento de los divorcios es una situación preocupante, porque cada año la problemática esta con mayor relevancia. Es más frecuente el problema y trae consecuencias negativas sobretodo para los niños.

- Entre las causas principales por las que deciden divorciarse en nuestro país, son por factores económicos, falta de trabajo, infidelidad, falta de entendimiento, alcoholismo y otras circunstancias que proceden con la demanda de divorcios en los juzgados correspondientes.
- Cuando las personas se casan por obligación, como por ejemplo el embarazo y no pueden llevar adelante una relación conyugal, entonces, la pareja opta por a separación y posteriormente el divorcio.
- Las personas litigantes y funcionarios de los juzgados de partido de familia están de acuerdo con la incorporación de la guarda compartida en Bolivia, ya que no apoyan la desigualdad entre los progenitores cuando ambos son capaces de cuidar al menor.
- Están de acuerdo con que los niños y adolescentes requieren de la figura y el apoyo paterno y materno en su crecimiento.

MOTIVACIÓN

En la ciudad de La Paz existen 8 tribunales de Partido de Familia, con competencia para conocer los divorcios; a la semana cada uno de ellos recibe como mínimo 7 demandas nuevas, haciendo un promedio de 56 demandas de divorcio a la semana en esta ciudad, esto refleja una situación alarmante de desvinculación familiar. En la presente tesis se pretende hacer conocer que el número de parejas en divorcio con hijos menores de 18 años alcanzaría el 48%, vale decir hijos menores de edad ante la legislación boliviana.

Estudios bio-psico-sociales, confirman que por muchos esfuerzos que hagan los padres por proteger a sus niños de ansiedad, confusión, sentimientos de culpabilidad, aislamiento y otros síntomas de malestar ante la separación de sus padres, no es posible lograrlo debido a la privación que siente el niño de mantener una relación plena con cada uno de sus padres.

Es deber de cada padre fomentar el amor y respeto del niño hacia el otro progenitor y la dejación en esta obligación es tan dañina para el niño como dejar de proporcionarle alimentación, vestido o cobijo; la continuidad del vínculo del niño con el padre es un derecho de ambos.

La ley respalda el derecho de la guarda como uno de los atributos de la Autoridad Paterna; por lo tanto sería una incongruencia legal pensar que luego de la separación, uno de los progenitores pueda ejercer este derecho viendo a su hijo sólo unas horas al mes y pasando asistencia familiar.

A partir de la tutela compartida los varones tendrán más responsabilidades que el sólo pasar la asistencia a sus hijos y estará más consciente de su labor paterna; ya que está comprobado que el no realizar una tarea diariamente produce la dejadez y

falta de costumbre en hacerlo, es así que no se debe dejar que los padres se desliguen de su labor como responsables de la formación y educación de sus hijos, así los niños desarrollarán una mentalidad y actitud distinta ante la ruptura de sus padres, al no culpabilizarse por ella y seguir manteniendo la relación con ambos padres.

La posibilidad de incorporar la guarda compartida en el Código de Familia previo reconocimiento de la capacidad paterna, se convertiría en la mejor opción en términos afectivos y psicológicos para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes de padres separados, una mayor igualdad de responsabilidades y derechos de los progenitores respecto a los hijos, ya que evitaría los traumas psicológicos, la desintegración familiar, los problemas de comunicación entre progenitores y algunas veces entre hijos, lo que repercutiría en una mejor sociedad a futuro.

CONCLUSIONES

La guarda compartida desde el punto de vista de la presente investigación consiste simplemente en la libre relación de los niños y adolescentes con ambos progenitores aún después del divorcio o separación de hecho, pueden residir sólo con un padre y tener con el otro un contacto más o menos equivalente en lo que respecta a las visitas, previo reconocimiento de la capacidad paterna, motivación del padre a tenerla y con consentimiento de la otra parte; porque limitar el tiempo de convivencia con el progenitor no custodio de 12 a 32 horas mensuales es injusto, tanto para el hijo como para el padre.

La guarda monoparental se constituye en un modelo del derecho contemporáneo, pero se debe entender que la visión, tanto de hombres como de mujeres ha cambiado y que los hijos (más aún si son menores de edad), necesitan de ambas figuras para crecer afectuosamente. Cada caso es diferente al otro por lo que el informe bio – psico – social se constituye en un elemento fundamental para determinar la clase de guarda se dará en cada caso, debido a que los valores, sentimientos, aspiración laboral en cada persona es distinta.

Los niños y adolescentes son los más afectados con el divorcio o la separación de hecho, ya que están acostumbrados a contar diariamente con sus dos figuras parentales y por los estudios Bio Psico Sociales también se determina que esta separación produce falta de atención, inestabilidad emocional, inseguridad y otros aspectos negativos en la personalidad del niño, niña y adolescente; ya que en la mayoría de estos casos crecen con falta de afecto por uno de sus progenitores, lo que les impedirá desarrollarse de manera satisfactoria, afectando de esta manera su estabilidad psíquica y sociológica.

Para determinar acerca de la guarda de los niños y adolescentes, la Resolución judicial debe fundamentarse también en estudios de psicólogos y trabajadores

sociales, por lo que es necesario la intervención de Servicio Departamental de Gestión Social (SEDEGES) en los procesos de divorcio, para que estas figuras no repercutan en traumas familiares, por lo que previa guarda compartida los progenitores deben comprometerse ambos a ir a terapias psicológicas familiares que ayuden y den una explicación a los niños del porqué de la situación.

Actualmente hay la misma cantidad de divorcios que de matrimonios y en especial las parejas que procrearon hijos son las que tienen que tomar mayor conciencia con respecto a sus actos después del divorcio, ya que si al niño le afecta bastante sólo el saber que ya no tendrá a sus dos progenitores diariamente basta con sólo imaginarse cómo le afecta que ya ni viviendo juntos sus padres no quieran verse y mucho menos conversar, la real solución está en las parejas, quienes deben tomar conciencia y preferir el verdadero bienestar de sus hijos, antes que la comodidad de ellos mismos.

El hecho que ambos padres obtengan la guarda, implica mayor responsabilidad, afecto, amor y convivencia para con sus hijos. En la actualidad se ha incrementado el número de progenitores varones que pelean la guarda de sus hijos debido a malos tratos y conductas reprochables de parte de las madres. Por lo que se aumentaron las sentencias resolviendo que la guarda de los menores quede a cargo del varón.

PROPUESTA

La Guarda Compartida, es la situación en la que ambos progenitores ejercen la guarda legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos, responde al modo de ejercicio conjunto o compartido de Autoridad Paterna sobre el niño, niña y adolescente, cuya titularidad tienen ambos padres.

Es responsabilidad del padre y de la madre todo cuanto concierna a sus hijos aún después de la ruptura matrimonial y pretende que ambos padres tengan un idéntico reconocimiento de sus deberes y derechos en la formación de los niños, así como la atención común de todas sus necesidades y la convivencia compartida con los mismos.

Está amparada legalmente en el derecho del hijo a preservar su relación con sus dos progenitores y en el derecho - deber de los padres a prestar asistencia a sus hijos, así como velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos.

Esto y otros numerosos elementos, refuerzan la posibilidad de que la guarda compartida sea la mejor opción en términos afectivos y psicológicos para el desarrollo de los hijos. Todo bajo el supuesto de que el padre quiera asumir roles que socialmente están vinculados a la madre y que ésta esté dispuesta a entregar a sus hijos al padre por períodos similarmente iguales a los de ella.

La guarda compartida no significa como pretenden algunas interpretaciones, el reparto en dos mitades exactas del tiempo de convivencia de los hijos con cada uno de sus progenitores; en razón que los hijos no son maletas que van y vienen, pero tampoco deben ser rehenes en manos de una de las partes para extorsionar a la otra, ni piezas de convicción en una falsa denuncia, ni trofeos de una guerra entre sus padres.

La guarda a uno de los progenitores es la regla y otorgar la guarda compartida sería la excepción; para que proceda ésta es necesario que los padres tengan una buena relación entre sí y ambos estén de acuerdo con tener el mismo tipo de derechos y deberes para con sus hijos, para que no se produzcan traumas ni desequilibrios mayores en la formación del niño, otro requisito sería una valoración terapéutica (análisis psicológico y sociológico), ya que los progenitores deben estar libres de patologías psiquiátricas, perturbaciones psicológicas y adicciones como ser el alcohol y las drogas, deben tener un lugar de vivienda estable, ingresos económicos y desde el punto de vista profesional no tener impedimento para obtener la autoridad paterna o materna.

La guarda compartida de los hijos, es una opción posconyugal por la cual ambos progenitores pueden seguir criando a sus hijos y ellos pueden residir exclusivamente con un progenitor y tener con el otro un contacto equivalente a las visitas. Por ejemplo, el padre no custodio podría ir a por los niños al colegio y pasar la tarde con ellos y los llevaría después al domicilio del progenitor custodio, permitiendo así la libre comunicación de los hijos con ambos padres.

Corresponde al Juez mediante informes técnicos evaluar la capacidad del guardador, la cual tiene íntima relación con la aptitud de brindar al menor el trato paterno y un ámbito familiar adecuado para el desarrollo del niño. El criterio de atribución y de preferencia no son absolutos, sino que son relativos, ya que cada caso es diferente y se ven de manera particular.

**“PROYECTO DE LEY SOBRE LA GUARDA COMPARTIDA
EN BOLIVIA”**

**TITULO I
DISPOSICIONES GENERALES**

**CAPÍTULO I
DEL FIN Y OBJETO**

Artículo 1.- DEL FIN Y OBJETO.-

I. La presente figura jurídica tiene como principales fines:

- a) La Igualdad de los hijos de padres divorciados
- b) La Igualdad de los padres después del divorcio con respecto a sus hijos, Igualdad de ambos padres respecto de la escolaridad de sus hijos, ficha informativa con ambas direcciones, boletines de notas, procedimientos disciplinarios, orientación, derecho de opinión en temas del niño.

II. Los objetivos son:

- a) Definir un derecho común a todos los niños, con independencia de que sus padres vivan juntos o estén divorciados y sean o no casados, a fin de estabilizar la filiación.
- b) Ejercer en común la autoridad parental, en condiciones igualitarias entre el padre y la madre (coparentalidad) y consecuentemente, consolidar la función de los padres y la función paterna.

Los padres deben ejercer su responsabilidad con la misma dignidad y su autoridad con la misma eficacia.

Se iguala la responsabilidad parental entre el padre y la madre y por tanto, consolidar la función paterna y revalorizar el papel de los padres.

Las reglas son aplicables a todos los padres incluso para los no casados y éstos puedan ejercer la autoridad parental.

Con la guarda Compartida ambos padres conservan el ejercicio de la Autoridad Paterna, porque cada uno conserva el derecho y el deber de custodia, que es uno de los atributos de la Autoridad Paterna.

CAPÍTULO II
TÍTULO I
DE LA GUARDA COMPARTIDA

Artículo 2.- GUARDA COMPARTIDA. La guarda compartida consiste en brindar igualdad de deberes y derechos de los dos padres frente a los hijos después del divorcio y se reserva para las situaciones en las que ambos estén espontáneamente de acuerdo y así lo plasmen en el convenio regulador o hayan llegado al mismo en el curso del procedimiento si fuere compatible con el interés del menor.

Por guarda compartida tras la separación o el divorcio debe entenderse como la convivencia alterna de los hijos con los dos progenitores por periodos similarmente iguales previamente acordados, sin que esto implique la alternancia en su domicilio.

Artículo 3.- (GUARDA COMPARTIDA A PETICIÓN DE PARTES). Se dará prioridad a los acuerdos entre el padre y la madre, sobre todo en lo que respecta a la organización de la guarda y bienestar del menor.

Se homologará los acuerdos que ambos miembros establezcan entre ellos, con lo referente a la guarda de menores cuando favorezca al menor, con independencia de que estén o no casados.

Aún en los casos establecidos en los artículos anteriores, el juez para acordarla deberá valorar distintas circunstancias, como la procura de la no separación de los hermanos, las alegaciones de las partes y del propio menor y los resultados de la prueba y las relaciones de los padres con sus hijos.

Cuando a petición de parte el juez acuerde la guarda conjunta, deberá fundamentar su resolución en la mejora protección del interés del menor. Además deberá adoptar las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de la guarda.

TÍTULO II

DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 4.- *ÁMBITO DE APLICACIÓN.*- La presente Ley se aplicará en todo el territorio Boliviano.

Artículo 5.- *CASOS EN LOS QUE PROCEDE LA GUARDA COMPARTIDA.*- Para que se otorgue la guarda compartida se deben cumplir con todos los requisitos expuestos:

I. Se otorgará la guarda Compartida será otorgada por el juez que conozca la causa de que motiva el proceso de separación de los progenitores los cuales deben estar de acuerdo con esta disposición, previo acuerdo transaccional en el que se exprese la voluntad y el consentimiento de ambos de tener el cuidado y protección de sus hijos después del divorcio.

II. Se otorgará la guarda compartida previo examen bio-psico-social de los menores y el entorno familiar (Padres y Madre), a fin de establecer la estabilidad biológica, psíquica – emocional y social de los padres intenciones como prueba de su capacidad para proteger a sus hijos.

III. Previo compromiso de los padres a asistir a terapia psicológica familiar, a fin de precautelar la integridad psicológica y emocional del menor.

Artículo 6.- CASOS EN LOS QUE NO PROCEDE LA GUARDA COMPARTIDA.-

I. No procederá la guarda compartida cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos.

II. Tampoco procederá cuando el juez advierta de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de alcoholismo en el progenitor.

III. La guarda compartida no tendrá lugar si ninguno de los padres lo solicita aún cuando se estime que es lo mejor para la salvaguarda del interés del menor, el juez no podrá establecerla.

IV. El juez antes de adoptar alguna decisión con respecto a los menores después del divorcio de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de un facultativo relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la Autoridad Paterna y del régimen de guarda de los menores.

TÍTULO III

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 7.- OPINIÓN DEL NIÑO. Cuando el niño sea mayor de 13 años se tendrá en cuenta su opinión a la hora de establecer el régimen y las fechas de las visitas.

Artículo 8.- DEL PADRE QUE OBTENGA LA GUARDA. En caso de que se proceda a la guarda compartida, ya no habría un padre que obtenga la guarda y otro que no la obtenga, ya que la separación conllevará necesariamente una alternancia de la guarda, porque que el niño debe repartir su tiempo entre ambos padres, con independencia del modo de alternancia establecido.

Artículo 9.- DEL DOMICILIO DEL MENOR. Se fijará una residencia habitual en el domicilio de uno de ellos, éste será el progenitor que aloja a título principal al niño y

se establecerá una modalidad de repartición del tiempo del niño, para que esté con el otro progenitor.

Artículo 10.- DEL RÉGIMEN DE VISITAS. El régimen de visitas es el tiempo que el niño convive con el progenitor que no posee la guarda. Lo más común es establecer un régimen de visitas de fines de semanas alternos y períodos vacacionales. Sin que el menor deje de dormir en la residencia habitual.

A fin de que puedan repartir los padres mejor el tiempo con sus niños, se podrá modificar el dispositivo de permisos de ambos padres según las actividades que realice el menor según el paso del tiempo.

Se debe asegurar que por la ubicación de los domicilios de los padres, el menor gozará de la necesaria estabilidad para el mejor desarrollo de su personalidad y para el desenvolvimiento idóneo de sus hábitos y relaciones personales.

BIBLIOGRAFÍA

1. BELLUSCIO AUGUSTO CESAR,
DERECHO DE FAMILIA,
Tomo III, Editorial De Palma, Buenos Aires-Argentina, 1981

2. BORDA A. GUILLERMO,
TRATADO DE DERECHO CIVIL.
Tomo II, Editorial Pierrot, Buenos Aires-Argentina, 1993

3. CABANELLAS DE LAS CUEVAS GUILLERMO,
DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL,
15ava. Edición, Editorial Heliasta, 2001

4. D` ANTONIO DANIEL HUGO,
DERECHO DE MENORES,
4ta. Edición, Buenos Aires – Argentina, Edición 1994

5. FANZOLATO EDUARDO IGNACIO,
ALIMENTO, SEPARACIÓN Y DIVORCIO,
Ediciones De Palma, Buenos Aires-Argentina, 1993

6. GARECA OPORTO LUIS,
DERECHO FAMILIAR “PRÁCTICO Y RAZONADO”,
Oruro-Bolivia, 1987

7. HINOZTROZA MARQUEZ ALBERTO,
DERECHO DE FAMILIA “DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA”
3ra. Edición, Editorial San Marcos, Lima-Perú, 1994

8. JEMIO VERA MANUEL,
EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN,
La Paz – Bolivia, Edición 2006.

9. JIMENEZ SANJINÉS RAÚL,
TEORÍA Y PRÁCTICA DEL DERECHO DE FAMILIA,
La Paz – Bolivia, Edición 1997

10. MORALES GUILLEN CARLOS,
CÓDIGO DE FAMILIA,
Edición 2006 – 2007, La Paz – Bolivia

11. ORTEGA VÉLEZ RUTH E.,
25 LECCIONES DE DERECHO DE FAMILIA,
Ed. Scisco, Puerto Rico, Edición 1997.

12. OSORIO MANUEL,
DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES,
Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, Edición 2007

13. PAZ ESPINOZA FELIX,
DERECHO DE FAMILIA Y SUS INSTITUCIONES,
2da. Edición, La Paz – Bolivia, 2002.

14. PAZ ESPINOZA FELIX,
DERECHO DE LA NIÑEZY ADOLESCENCIA Y DERECHOS HUMANOS
1ra. Edición, La Paz – Bolivia, 2005.

15. SAMOS OROZA RAMIRO,
APUNTES DE DERECHO DE FAMILIA,
Tomo I, Editorial Judicial, Sucre, 1995

16. H. CÁMARA DE DIPUTADOS,
MANUAL DE PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO Y FORMATOS
Secretaría General, La Paz, 1997

17. VILLAZON D. MARTHA,
FAMILIA, NIÑEZ Y SUCESIONES,
Editorial Talleres Gráficos JR, Cochabamba-Bolivia, Ed. 1997.

LEYES DE BOLIVIA

18. REPÚBLICA DE BOLIVIA,
Constitución Política del Estado,
Promulgada el 13 de abril de 2004,
Gaceta Oficial de Bolivia, 2004, La Paz-Bolivia

19. REPÚBLICA DE BOLIVIA,
Código de Familia,
Promulgado el 4 de abril de 1988,
Gaceta Oficial de Bolivia, 1988, La Paz-Bolivia

20. REPÚBLICA DE BOLIVIA,
Código Civil,
Promulgado el 2 de abril de 1976,
Gaceta Oficial de Bolivia, 1976, La Paz-Bolivia

21. REPÚBLICA DE BOLIVIA,
Código Niño, Niña y Adolescente,
Promulgado el 23 de diciembre de 2003,
Gaceta Oficial de Bolivia, 2003, La Paz-Bolivia

22. REPÚBLICA DE BOLIVIA,
Reglamento del código Niño, Niña y Adolescente,
Promulgado el 8 de abril de 2004,
Gaceta Oficial de Bolivia, 2004, La Paz-Bolivia

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

23. <http://www.hera2001.com/custodiareponsable/noticias.asp>

24. <http://www.custodiacompartida.org/content/view/465/43/>

25. http://www.ahige.org/texto_arti.php/wcodigo/

26. <http://www.lukor.com/not-soc/cuestiones/0409/20135604.htm>

27. <http://www.lukor.com/not-soc/cuestiones/0409/20135604.htm>

28. http://www.gesef.it/articoli/Vanguardia_com.htm

29. <http://www.bolivia.com/Noticias/AutoNoticias.asp>

**ENCUESTA DIRIGIDA A FUNCIONARIOS Y LITIGANTES DE TRIBUNALES DEL ÁREA
FAMILIAR**

EDAD: _____

SEXO: FEMENINO

MASCULINO

1. ¿Usted está pasando por un DIVORCIO o SEPARCIÓN CONYUGAL o conoce a alguien que este pasando por esa situación?

SI

NO

2. ¿La pareja a la que se refiere tiene hijos menores de 18 años?

SI

NO

3. ¿Cree usted que el padre de los menores tiene la capacidad para cuidar de ellos?

SI

NO

4. ¿Cree usted que la figura paterna es importante en el crecimiento de los menores aún después del divorcio?

SI

NO

5. ¿Está usted de acuerdo con que el 95% de las sentencias en materia familiar determinen que la tutela de los menores se quede con la madre aunque el padre tenga igual o mayor estabilidad económica y psicológica que ella?

SI

NO

6. ¿Estaría usted de acuerdo con una tutela compartida, siendo que ésta sólo implique mayor convivencia con el progenitor que no obtenga la tutela menor?

SI

NO